

Проф. Л. І. Петражицкій.

ТЕОРІЯ ПРАВА

И ГОСУДАРСТВА

ВЪ СВЯЗИ СЪ ТЕОРІЕЙ ПРАВСТВЕННОСТИ.

примъ

Издание второе, исправленное и дополненное.

Томъ II.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія М. Меркушева, Невскій пр., № 8.

1910.

Отвѣтъ на замѣчанія критиковъ, который авторъ первоначально предполагалъ помѣстить во второмъ томѣ въ видѣ особаго приложенія, при исполненіи такъ разросся, что его приходится издать особо. Зато сдѣлано болѣе существенное добавленіе, заполненъ существенный пробѣлъ перваго изданія, состоявшій въ отсутствіи ученія о гражданскомъ и публичномъ правѣ (стр. 647—745).

Оглавление.

ГЛАВА IV.

Объ элементахъ права.

	отр.
§ 22. Элементы права съ психологической и съ проекціонной точки зрѣнія	319
I. Ученіе о правѣ въ объективномъ смыслѣ.	
§ 23. О природѣ и функціяхъ нормъ права	321
§ 24. Объ элементахъ и видахъ нормъ права	332
II. Ученіе о правѣ въ субъективномъ смыслѣ (о субъективномъ правѣ).	
§ 25. Общая характеристика современныхъ ученій о правоотношеніяхъ, обязанностяхъ и правахъ	342
§ 26. Господствующее ученіе о правоотношеніяхъ	344
§ 27. Ученіе современныхъ юристовъ и моралистовъ о природѣ обязанностей	354
§ 28. Ученіе современныхъ юристовъ о природѣ правъ въ субъективномъ смыслѣ	360
§ 29. Ученіе о правоотношеніяхъ, правовыхъ обязанностяхъ и правахъ, какъ долгахъ однихъ, закрѣпленныхъ за другими, въ смыслѣ эмоціональныхъ проекцій, и отношеніе этого ученія къ теперешнимъ ученіямъ о правоотношеніяхъ, правовыхъ обязанностяхъ и правахъ	381
§ 30. Объ элементахъ нравственныхъ и правовыхъ обязанностей, правъ, правоотношеній. Общая характеристика существующихъ ученій	385
§ 31. О субъектахъ правоотношеній и нравственныхъ обязанностей	388
§ 32. Объ объектахъ нравственныхъ и правовыхъ обязанностей и правъ	421
§ 33. О юридическихъ и нравственно релевантныхъ фактахъ	449
§ 34. Теорія элементовъ правовыхъ и нравственныхъ явленій	461

ГЛАВА V.

О видахъ и разновидностяхъ права.

§ 35. Дѣленіе права на интуитивное и позитивное	472
§ 36. Интуитивное право	479
§ 37. Справедливость	504
§ 38. О природѣ т. н. естественнаго права прежней фило- софіи права	513
§ 39. Позитивное право и его виды	516
§ 40. Законное право	528
§ 41. Обычное право	551
§ 42. Право судебной практики и другіе виды судебного права.	572
§ 43. Книжное право и другіе, неизвѣстные современной наукѣ или неизрѣкаемые ею, виды позитивнаго права	579
§ 44. Дѣленіе права на официальное и неофициальное	614
§ 45. Приложение: Составъ официального права Россіи	624

Дѣленіе права на частное и публичное.

§ 46. Господствующая классификація права. Ученія, разли- чающія частное право отъ публичнаго по пользѣ, цѣли или защищаемымъ интересамъ и по способу защиты.	647
§ 47. Критика опредѣленій частнаго и публичнаго права съ точки зрѣнія различія интересовъ и способа ихъ защиты.	663
§ 48. Другія попытки опредѣленія частнаго и публичнаго права	673
§ 49. Двѣ системы правно-психическаго воздѣйствія на чело- вѣческое поведеніе и развитіе человѣческаго характера	688
§ 50. Право социальнаго служенія и лично-свободное право.	712

ГЛАВА VI.

§ 51. Право, какъ факторъ и продуктъ социальна-пси- хической жизни	746—758
---------------------------------------------------------------------------------	---------

ГЛАВА IV.

Объ элементахъ права.

§ 22.

Элементы права съ психологической и съ проекціонной точки зрѣнія.

Знаніе природы сложныхъ предметовъ или явленій предполагаетъ знаніе ихъ состава, элементовъ, изъ которыхъ они слагаются. Сообразно съ этимъ выше при опредѣленіи природы этическихъ явленій вообще, какъ общаго рода, обнимающаго право и нравственность, были указаны общіе элементы этихъ явленій: 1) этическія эмоціи и 2) представленія: а) объектныя, объектовъ обязанностей, б) субъектныя, с) релевантныхъ фактовъ и д) нормативныхъ фактовъ; затѣмъ, при образованіи понятій нравственности и права путемъ дѣленія этическихъ явленій на двѣ разновидности были указаны элементы переживаній того и другого вида и специфическія различія эмоциональнаго и интеллектуальнаго состава права и нравственности. При этомъ оказалось: 1) что основное различіе между нравственностью и правомъ состоитъ въ различіи соответственныхъ импульсій, эмоцій, которыя въ области нравственности имѣютъ чисто императивный, а въ области права императивно-атрибутивный характеръ, и 2) что этому различію соответствуетъ различіе интеллектуальнаго состава, состоящее въ томъ, что въ области правовой психики интеллектуальный составъ сложнѣе, имѣетъ парный характеръ; наряду съ представленіями субъектовъ обязанностей здѣсь имѣются представленія субъектовъ правъ, наряду съ представленіями объектовъ обязанностей—представленія объектовъ правъ.

Въ настоящее время, ни въ наукѣ права, ни въ наукѣ нравственности такого ученія объ элементахъ этическихъ явленій вообще и нравственныхъ и правовыхъ въ частности не существуетъ; и оно не могло возникнуть, независимо отъ другихъ причинъ, уже вслѣдствіе того, что не было извѣстно существованіе моторныхъ раздраженій, импульсій, какъ особаго класса психическихъ явленій, ихъ свойствъ, методовъ открытія и познанія и т. д.

Но въ наукѣ права существуетъ нѣчто, въ извѣстной степени соотвѣтствующее и параллельное изложенному ученію объ элементахъ права, въ видѣ ученія о т. н. правѣ въ объективномъ смыслѣ, о нормахъ права и ихъ элементахъ, гипотезахъ и диспозиціяхъ, и о т. н. правѣ въ субъективномъ смыслѣ, о правоотношеніяхъ и ихъ элементахъ: обязанностяхъ, правахъ, ихъ субъектахъ и объектахъ.

Главная разница состоитъ въ томъ, что предложенное выше ученіе объ элементахъ правовыхъ явленій касается реальныхъ элементовъ правовыхъ явленій, господствующее же ученіе исходитъ изъ проекціонной точки зрѣнія и сообразно съ этимъ представляетъ себѣ подлежащіе элементы находящимся не тамъ, гдѣ они дѣйствительно имѣются, — въ сознаніи переживающаго правовыя явленія и соотвѣтственные проекціи, — а разсѣянными въ пространствѣ, во внѣшнемъ по отношенію къ переживающимъ правовыя явленія мірѣ.

Въ наукѣ о нравственности вообще не существуетъ до сихъ поръ сколько-нибудь развитаго ученія объ элементахъ нравственности, такъ что въ этомъ отношеніи эта наука отстала отъ правовѣдѣнія. Это находится въ связи съ тѣмъ, что правовѣдѣніе, сообразно императивно-атрибутивной природѣ права и связанной съ нею унификаціонной потребности и тенденціи, склонно къ яснымъ и точнымъ различеніямъ и разграниченіямъ и сообразно съ этимъ къ разложенію сложныхъ величинъ на ясно различенные и опредѣленные элементы, между тѣмъ какъ моралистамъ чужда такая тенденція и даже, сообразно умѣтности въ морали свободной растяжимости представленій (ср. выше, стр. 177), господствуетъ привычка и склонность къ туманнымъ и неопредѣленно-растяжимымъ представленіямъ и разсужденіямъ.

Для ориентировки въ юридической литературѣ и сознательно-критическаго отношенія къ ея обще-теоретическимъ и спеціальнымъ ученіямъ въ области отдѣльныхъ правовыхъ дисциплинъ необходимо ознакомленіе съ главнымъ содержаніемъ упомянутаго ученія объ элементахъ права и его недостаткахъ.

Настоящая глава посвящена главнымъ образомъ критическому обзору подлежащихъ ученій и, въ связи съ этимъ, дополненію и подкрѣпленію изложеннаго уже выше объ элементахъ правовыхъ (и правевенныхъ) явленій.

Сообразно различенію съ господствующей (проекціонной) точки зрѣнія двухъ сторонъ или элементовъ права: права въ объективномъ смыслѣ или объективнаго права, т. е. нормъ права, и права въ субъективномъ смыслѣ, или субъективнаго права: правоотношеній, обязанностей и правъ, существующее ученіе объ элементахъ права распадается на два: ученіе о правѣ въ объективномъ смыслѣ и ученіе о правѣ въ субъективномъ смыслѣ.

I.

УЧЕНІЕ О ПРАВѢ ВЪ ОБЪЕКТИВНОМЪ СМЫСЛѢ.

§ 23.

О природѣ и функціяхъ нормъ права.

Право въ объективномъ смыслѣ или объективное право опредѣляется обыкновенно какъ совокупность нормъ права ¹⁾.

¹⁾ Такъ какъ дѣло идетъ о классовыхъ понятіяхъ и классахъ, а не о суммахъ, совокупностяхъ, то правильнѣе говорить просто: объективное право суть нормы права. Названіе «объективное» объясняется представленіемъ о существованіи нормъ, независимо отъ такихъ или иныхъ субъектовъ, между тѣмъ какъ право въ субъективномъ смыслѣ: права, обязанности, представляются принадлежностями опредѣленныхъ субъектовъ. Ср., напр., Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, § 22: «Такимъ образомъ, существованіе права выражается не только въ существованіи юридическихъ нормъ, но также и въ существованіи юридическихъ отношеній. Юридическія нормы и юридическія отношенія — это двѣ различныя стороны права: объективная и субъективная. Юридическія отношенія называются правомъ въ субъективномъ смыслѣ, потому что право и обязанность составляютъ принадлежность субъекта... Напротивъ, юридическія нормы не состоятъ въ такомъ отношеніи... не пріурочены къ опредѣленному субъекту» и т. д.

Совокупности нормъ права, регулирующихъ извѣстный спеціальный видъ отношеній, называютъ институтами права, напр., говорится объ институтѣ брака, институтѣ права собственности, отеческой власти и т. п. Совокупность институтовъ, относящаяся къ извѣстной обширной области отношеній или обнимающая все (официальное) право даннаго народа или (позитивное) международное право, называется системой соответственнаго права, напр., система гражданского, уголовного права, система русскаго права, международного права.

Что касается понятія и выраженія „норма“, то оно встрѣчается въ разныхъ наукахъ, не только о правѣ и нравственности, въ смыслѣ правилъ поведенія вообще, напр., и правилъ техники, гигиены и т. п. оппортунистическихъ правилъ, правилъ цѣлесообразности (т. е. въ болѣе широкомъ смыслѣ, чѣмъ какой былъ связанъ нами выше съ этимъ выраженіемъ въ качествѣ условнаго спеціальнаго термина). Такъ какъ обыкновенно предполагается, что всѣ правила поведенія суть правила цѣлесообразности, то иногда къ опредѣленію нормъ, какъ правилъ поведенія, добавляются указанія, что онѣ обусловлены такою или иною цѣлью, имѣютъ въ виду опредѣленную цѣль и т. п. (хотя это въ пониманіи авторовъ такихъ опредѣленій плеоназмъ, ибо иныхъ правилъ поведенія они не знаютъ ¹⁾).

Подъ нормами или „императивами“ въ области права (или подъ „соціальными“ нормами вообще, куда относятъ обыкновенно кромѣ нормъ права нормы нравственности и правовъ) господствующее мнѣніе разумѣетъ такіа правила поведенія, которыя являются „выраженіями воли однихъ по

¹⁾ Ср., напр., Коркуновъ, Лекціи, § 5: «правила, обусловленные опредѣленною цѣлью, называются вообще нормами...; вся дѣятельность людей совершается согласно правиламъ цѣлесообразности... и т. д.; Шершеневичъ. Опредѣленіе понятія о правѣ, стр. 9: «Подъ именемъ нормы или правила мы понимаемъ указаніе, какъ должно поступать, чтобы достигнуть той или иной цѣли. Норма представляетъ собою сообразованіе дѣятельности съ намѣченною цѣлью»; стр. 9: «Велкое правило непременно предполагаетъ извѣстную цѣль. Безъ цѣли правило немнѣнно», и др. На принципиально иной, прямо противоположной, точкѣ зрѣнія видѣется изложенная выше теорія права и нравственности. По поводу психологическаго недоразумѣнія, будто велкое дѣйствіе совершается для какой-либо цѣли, велкое правило поведенія обусловлено извѣстною цѣлью и т. д., ср. выше, стр. 16 и сл.

адресу других“ или просто „велѣніями“¹⁾). Иногда при этомъ указывается, что императивы или нормы непременно предполагаютъ наличность бѣльшей силы на сторонѣ повелѣвающаго. По мнѣнію Іеринга, который различаетъ конкретныя велѣнія и абстрактныя и (какъ, впрочемъ, и многіе другіе авторы) подъ нормами или императивами разумѣетъ только общія правила, абстрактныя велѣнія (права, нравственности и нравовъ), „императивъ имѣетъ смыслъ только въ устахъ того, кто имѣетъ власть наложить на чужую волю такое ограниченіе; это болѣе сильная воля, которая предписываетъ поведеніе болѣе слабой волѣ“²⁾).

Нормы или велѣнія дѣлятся на положительныя велѣнія, приказы, велѣнія въ тѣсномъ смыслѣ, велѣнія совершить что либо, требованія положительныхъ дѣйствій, и отрицательныя велѣнія, запрещенія, требованія воздержанія отъ извѣстныхъ дѣйствій.

Въ наукѣ права идетъ, впрочемъ, споръ о томъ, можно ли все право въ объективномъ смыслѣ сводить къ велѣніямъ и запретамъ или нельзя. Нѣкоторые утверждаютъ существованіе, на ряду съ велѣніями и запретами, еще другихъ видовъ правовыхъ нормъ (или, разумѣя подъ нормами только велѣнія и запреты,—другихъ видовъ правовыхъ положеній). Сюда относятся:

1. Т. н. отрицательныя нормы (*verneinende Rechtssätze*). Подъ отрицательными правовыми положеніями разумѣютъ такія, которыя указываютъ, что съ извѣстными фактами не связываются извѣстныя юридическія послѣдствія (обязанности, права); напр., договоры малолѣтнихъ не имѣютъ силы, не дѣйствительны, дѣяніе, совершенное въ состояніи безпамятства, не влечетъ за собою наказанія. Аналогичны съ отрицательными отмѣнительные законы, напр., законы, отмѣняющіе рабство, крѣпостное право, пытки и проч.

¹⁾ Ср., напр., Bierling, *Juristische Principienlehre*, I, стр. 29: „Norm ist der Ausdruck eines Wollens, das seine Vollziehung von Anderen erwartet“; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, стр. 1 и сл. и др.

²⁾ Ihering, *Zweck im Recht*, I,—Kap. 8 § 11; Шершеневичъ, назв. соч. стр. 22; иногда добавляется, что императивъ всегда сопровождается явно или молчаливо угрозою невыгодныхъ послѣдствій въ случаѣ уклоненія, виновникомъ которыхъ будетъ авторитетъ, установившій норму... если социальная норма (норма права или нравственности, приличія и т. д.) есть повелѣніе, требованіе, то угроза зломъ составляетъ необходимый и существенный элементъ ея (Шершеневичъ, тамъ же, стр. 23).

2. Такъ называемыя опредѣлительныя или объяснительныя нормы (*begriffsentwickelnde, deklaratorische Rechtssätze*), положенія, заключающія въ себѣ опредѣленія какихъ-либо понятій, встрѣчающихся въ другихъ статьяхъ закона, или иныя поясненія или болѣе подробныя опредѣленія относительно такихъ или иныхъ элементовъ другихъ, повелительныхъ или запретительныхъ, нормъ; напр., рядомъ со статьями законовъ, опредѣляющими наказанія за такія или иныя преступленія, встрѣчаются статьи, содержащія опредѣленія подлежащихъ преступленій; рядомъ со статьями, указывающими обязанности заключившихъ извѣстный договоръ, имѣются въ законѣ опредѣленія этого договора, указанія относительно формы его совершенія, необходимой для признанія его дѣйствительнымъ, и т. п.

3. Такъ называемыя дозволительныя нормы (*erlaubende Rechtssätze*), заключающія въ себѣ извѣстное дозволеніе, предоставленіе извѣстнаго полномочія; обычныя примѣры: собственникъ можетъ пользоваться вещью по усмотрѣнію, заключившій договоръ можетъ требовать исполненія договора и т. п. Нѣкоторые говорятъ не о дозволительныхъ, а о предоставительныхъ нормахъ или „предоставленіяхъ“ (*gewährende Rechtssätze, Gewährungen*).

Разногласія относительноведенія нормъ права къ велѣніямъ и запретамъ имѣлись, повидимому, уже въ древнеримской юриспруденціи. Такъ, напр., Цицеронъ характеризовалъ право, какъ существующіе у народовъ велѣнія и запреты¹⁾. Напротивъ, римскій юристъ Модестинъ сверхъ повелительныхъ и запретительныхъ законовъ признавалъ еще существованіе нормъ дозволительныхъ и карательныхъ²⁾. Въ послѣ-римской наукѣ права долгое время слѣдовали авторитету Модестина, различая такимъ образомъ четыре категоріи нормъ. Въ XIX столѣтіи было признано, что карательныя нормы представляютъ повелительныя нормы, заключающія въ себѣ повелѣнія судамъ показывать преступниковъ, но возникъ большой споръ по поводу указанныхъ выше

¹⁾ Cicero, de leg. II c. 4 § 9 (*iussa ac vetita populorum*, ср. тамъ же § 8: *sapientia aut cogentis aut vetantis ad iubendum et ad deterrendum idonea*).

²⁾ I. 7. Digest. de legibus 1, 3: *Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*.

другихъ видовъ нормъ. Сторонники сведенія всѣхъ нормъ къ велѣнiямъ и запретамъ пытаются доказать, что не признаваемые повелительными со стороны противниковъ нормы на самомъ дѣлѣ заключаютъ въ себѣ велѣнiя, напр., нормы о правахъ собственника сводятся къ запретамъ, обращеннымъ къ не-собственникамъ, препятствовать собственнику пользоваться вещью и т. д., или не имѣютъ самостоятельнаго значенiя, представляютъ добавочныя поясненiя къ главнымъ положенiямъ, подлиннымъ нормамъ и т. п. Иногда, вопреки традиционной аксиомѣ о томъ, что право регулируетъ только внѣшнее поведенiе, указывается на то, что такъ называемыя объяснительныя и т. п. нормы заключаютъ въ себѣ велѣнiя понимать другiя нормы въ такомъ-то смыслѣ, вообще повелѣнiя относительно соотвѣтственной умственной дѣятельности ¹⁾). Противники не соглашаются съ этими аргументами и утверждаютъ, напр., что дозволенiе или предоставленiе нѣчто иное, нежели запрещенiе по адресу другихъ и т. д.; и споръ не подвигается къ разрѣшенiю, такъ что нѣкоторые авторы обходятъ его какъ бесплодный и безнадежный.

Подробное изложенiе аргументовъ съ той и другой стороны представляется излишнимъ, ибо весь споръ и вообще все существующее ученiе о нормахъ покоится на существенныхъ недоразумѣнiяхъ.

Въ основѣ его лежитъ прежде всего смѣшенiе нормъ съ нормативными фактами позитивнаго права (понятiя норма-

¹⁾ Ср., напр., Bierling, Juristische Principienlehre I, S. 105: «Существенное различiе между *этими* волевыми изреченiями (Willens-Aussprüchen) и самостоятельными нормами состоитъ только въ томъ, что они имѣютъ своимъ исключительнымъ предметомъ *духовную* дѣятельность, между тѣмъ какъ самостоятельныя нормы всегда направлены на извѣстное внѣшнее поведенiе (дѣйствiя и воздержанiя), и что они именно поэтому служатъ подлинной цѣли права, состоящей въ опредѣленiи внѣшняго поведенiя людей по отношенiю къ людямъ, всегда только *косвенно* и лишь постольку, поскольку они имѣютъ цѣлью извѣстную модификацію главныхъ самостоятельныхъ правоположенiй и требуютъ отъ тѣхъ, къ кому они обращаются, произвести въ мысляхъ эту модификацію».

Авторъ не замѣчаетъ, что его разсужденiя заключаютъ въ себѣ внутреннее противорѣчiе и вмѣстѣ съ тѣмъ petitio principii. Выставивъ необоснованное положенiе о томъ, что право регулируетъ только внѣшнее поведенiе, онъ здѣсь выставляетъ противорѣчающее этому положенiе и пользуется первымъ положенiемъ для доказательства правильности сведенiя всѣхъ положенiй права къ велѣнiямъ.

тивныхъ фактовъ въ современной наукѣ права не существуетъ, именно вслѣдствіе смѣшенія ихъ съ нормами).

Въ области законодательнаго позитивнаго права дѣйствительно имѣются разныя повелѣнія, запреты и иныя изреченія указанныхъ выше видовъ; но это не нормы права, а только нормативные факты, факты, которыми опредѣляются и на которые ссылаются соотвѣтственныя правовыя мнѣнія людей и подлежащія проекціи, въ томъ числѣ нормы.

Что эти факты, съ одной стороны, и нормы, съ другой стороны, представляютъ двѣ принципиально различныя, совершенно гетерогенныя вещи, въ этомъ, между прочимъ, юристамъ (и не зная интуитивнаго права, гдѣ вообще нѣтъ не только начальственныхъ велѣній, но вообще никакихъ нормативныхъ фактовъ, а равно разныхъ другихъ видовъ позитивнаго права, гдѣ нормативными фактами являются не велѣнія и т. д., а совсѣмъ иного рода факты) не трудно было бы убѣдиться; достаточно было бы для этого обратить вниманіе хотя бы на то, что велѣнія, запрещенія и т. д. суть особаго рода дѣйствія, поступки людей, напр., монарховъ, членовъ законодательнаго собранія и т. д.,—явленія, быстро переходящія, исчезающія, уже не существующія послѣ произнесенія соотвѣтственныхъ словъ (въ области устнаго законодательства, словесныхъ повелѣній абсолютныхъ монарховъ, словесныхъ постановленій народнаго законодательнаго собранія и т. п.) или подписанія соотвѣтственнаго документа; между тѣмъ какъ нормы представляются (и обсуждаются самими же юристами, несмотря на смѣшеніе понятія ихъ съ понятіемъ велѣній), какъ что-то длительно или постоянно существующее: такъ, законодательныя повелѣнія покойныхъ законодателей—событія бывшія, перешедшія въ архивъ исторіи, между тѣмъ юристы говорятъ о соотвѣтственныхъ нормахъ, какъ о чемъ-то продолжающемъ существовать, и проч. Правда, въ области законодательства въ письменной формѣ остается слѣдъ отъ подлежащихъ дѣйствій—въ видѣ соотвѣтственныхъ документовъ. Но до такой наивности, чтобы за нормы права принимать эти документы, т.-е. листы бумаги съ чернильными пятнами, или эти пятна на бумагѣ, юристы не доходятъ. Эти документы и письмена играютъ только роль свидѣтельствъ (въ формѣ символическихъ знаковъ) о бывшихъ

фактахъ, о подлежащихъ дѣйствіяхъ монарховъ или иныхъ законодателей.

Уже выше было указано, что на основаніи одного законодательнаго изреченія, взятаго отдѣльно или въ связи съ другими, въ правовой жизни и въ частности въ юриспруденціи высказывается множество правовыхъ сужденій и утверждается существованіе множества правовыхъ нормъ различнѣйшаго содержанія; въ частности, напр., изъ законодательнаго изреченія, опредѣляющаго наказаніе за извѣстное преступленіе (принимаемаго ошибочно за норму, повелѣвающую суду соотвѣтственно наказать преступника), выводятся разныя обязательныя нормы и обязанности и для преступниковъ, и для администраціи, полиціи, слѣдователей, прокуроровъ и проч. и проч. И обратно, изъ двухъ или болѣе законодательныхъ изреченій въ совокупности выводятся правовую психикю одна норма; напр., цѣлый рядъ законодательныхъ изреченій содержитъ описаніе формы сдѣлки и перечисленіе иныхъ фактовъ, которые должны быть налицо, для того, чтобы извѣстное лицо пріобрѣло извѣстное право по отношенію къ другому (релевантныхъ фактовъ); и получается одна норма для поведенія соотвѣтственныхъ лицъ въ случаѣ на личности всего того, что указано во множествѣ статей законодательнаго сборника. Замѣчаніе въ законѣ, гласящее, что такія-то, предшествующія или нынѣ статьи закона распространяются и на такіе-то случаи, на такія-то категоріи лицъ и т. д., или не распространяются на такія-то категоріи лицъ, на такіе-то случаи и проч., является нормативнымъ фактомъ, служащимъ основаніемъ для отрицанія существованія множества нормъ, которыя бы утверждались на основаніи иныхъ статей въ случаѣ отсутствія упоминанія о нераспространеніи (основаніемъ для сокращенія числа нормъ), или, напротивъ, для производства множества новыхъ нормъ.

Нормативные факты, въ области законодательнаго позитивнаго права, изреченія законодателя, играютъ роль не только фактовъ, создающихъ позитивныя нормы (т. е. вызывающихъ въ психикѣ людей соотвѣтственныя правовыя сужденія и проекціи), но и уничтожающихъ, искореняющихъ изъ народной психики такія или нынѣ нормы (т. е. соотвѣтственныя правовыя переживанія и проекціи). Законода-

тельное объявленіе объ отмѣнѣ рабства, крѣпостного права, тюрьмы за долги, пытокъ, тѣлесныхъ наказаній, смертной казни и проч. суть нормативные факты, законодательные акты, грандіозной и величайшей важности—въ качествѣ фактовъ, искореняющихъ изъ правовой психики множество прежде имѣвшихъ правовыхъ убѣжденій, мнѣній и соотвѣтственныхъ проекцій—нормъ.

Если въ теперешнемъ ученіи о нормахъ, смѣшивающемъ законодательныя постановленія съ нормами, т. е. отмѣнительныя или отрицательныя нормы изображаются, какъ нѣчто несамостоятельное, неважное и т. п., то это сочетаніе двухъ крупныхъ недоразумѣній. Какъ повелительныя, такъ и отрицательныя „нормы“, въ частности отмѣнительныя законы, на самомъ дѣлѣ не нормы, а нормативные факты; но въ качествѣ таковыхъ отрицательныя, въ частности отмѣнительныя, законодательныя изреченія суть акты, имѣющіе самостоятельное значеніе, подчасъ величайшей важности, производящіе коренные перевороты въ правѣ, принципіальныя революціи въ народной правовой психикѣ, искореняя цѣлыя системы правовыхъ убѣжденій, опредѣлявшихъ прежній социальный строй, и т. д.

Такіе нормативные факты, которые не создаютъ, а уничтожаютъ „нормы“ (устраняютъ изъ области правовой психики прежнія правовыя убѣжденія, мнѣнія и соотвѣтственные проекціи, приписываніе обязанностей, правъ, проекціи нормъ), мы назовемъ условно нормоуничтожительными или отрицательными нормативными фактами, въ отличіе отъ дѣйствующихъ на правовую психику въ противоположномъ направленіи—нормосозидательныхъ или положительныхъ нормативныхъ фактовъ.

Между прочимъ, многіе нормоуничтожительные факты, сдѣлавъ свое дѣло, очистивъ народную психику отъ соотвѣтственныхъ правовыхъ убѣжденій, напр., относительно права кровавой мести, пытокъ, господскихъ правъ помѣщика по отношенію къ крестьянамъ, лишаются затѣмъ всякаго правового значенія, такъ что, напр., при составленіи сборниковъ дѣйствующихъ законовъ ихъ незачѣмъ упоминать. Множество законовъ, напр., относительно крѣпостного права, сожженія еретиковъ, вѣдьмъ и т. п., теперь нигдѣ не приводится въ

новыхъ кодексахъ, хотя ихъ обратной отмѣны не было (и невозможно было бы совершить съ правовымъ успѣхомъ, ибо народная психика къ такимъ законамъ, возстановляющимъ рабство и т. п., не отнеслась бы какъ къ авторитетно нормативнымъ фактамъ; законодательныя велѣнія можно было бы издать, но соотвѣтственное право не появилось бы въ народной психикѣ).

Большинство нормосозидательныхъ законовъ являются вмѣстѣ съ тѣмъ и нормоуничтожительными, потому что, создавая новое право, они тѣмъ самымъ устраняютъ прежнее право, нормировавшее тѣ же области поведенія.

Наряду съ нормосозидательными и нормоуничтожительными фактами можно еще различать, какъ третью категорию, нормоизмѣнительные, модифицирующіе право факты. Или, принявъ во вниманіе, что измѣненіе чего-либо сводится или къ добавленію, созданію чего-либо, или къ устраненію чего-либо, или къ сочетанію того и другого, можно всѣ нормативные факты сводить къ двумъ категоріямъ: къ положительнымъ и отрицательнымъ нормативнымъ фактамъ, какъ простѣйшимъ элементамъ.

Къ этимъ двумъ категоріямъ нормативныхъ фактовъ сводятся всѣ тѣ явленія, которыя теперь обсуждаются, по недоразумѣнію, какъ разные виды нормъ: повелительныя, запретительныя, отрицательныя, отмѣнительныя, объяснительныя и проч.

Но, далѣе, слѣдуетъ имѣть въ виду, что повелительныя, запретительныя, объяснительныя изреченія не существуютъ (не только въ области интуитивнаго права, но и) въ области разныхъ другихъ видовъ позитивнаго права, гдѣ нормативными фактами являются вовсе не велѣнія, приказанія, изреченія, заключающія въ себѣ опредѣленія понятій, объясненія объ отмѣнѣ и т. п., а совсѣмъ иныя нормативные факты. Съ разными видами этихъ фактовъ мы подробнѣе познакомимся въ ученіи о позитивномъ правѣ и разныхъ его видахъ ¹⁾. Но наряду съ законодательнымъ правомъ и

¹⁾ Вообще ученіе о велѣніяхъ, запретахъ, отмѣнительныхъ, отрицательныхъ и т. д. законодательныхъ изреченіяхъ лишь по недоразумѣнію пошло въ общее ученіе о нормахъ, какъ таковыхъ, и намъ здѣсь приходится объ этомъ говорить лишь для разъясненія подлежащихъ недоразумѣній.

въ теперешней юриспруденціи всѣми признается еще существованіе обычнаго права. Здѣсь роль нормативныхъ фактовъ играютъ поступки другихъ, поведеніе предковъ, „такъ поступали отцы наши“ и т. п., а не повелительныя, объяснительныя, отмѣнительныя и т. п. изреченія кого-либо; и тѣ ученія и споры о разныхъ видахъ нормъ, которые были приведены выше, здѣсь непримѣнимы, не имѣютъ почвы; они специально прицуровлены къ законодательнымъ изреченіямъ, а между тѣмъ принимаются за общее ученіе о нормахъ права.

И въ этомъ заключается второе коренное недоразумѣніе господствующаго ученія о нормахъ. Оно покоится на смѣшеніи съ нормами вообще не только того, что тамъ, гдѣ оно существуетъ, представляетъ нѣчто принципиально отличное отъ нормъ, а именно нормативные факты, но вмѣстѣ съ тѣмъ того, что въ качествѣ нормативныхъ фактовъ существуетъ только въ области одного изъ видовъ позитивнаго права и не существуетъ вообще въ другихъ (и, конечно, въ области интуитивнаго права).

Природу и специфическія свойства нормъ правъ, какъ и нормъ нравственныхъ, эстетическихъ нормъ и т. д., вообще можно познать и правильно опредѣлить только на почвѣ знакомства съ подлежащими эмоціями и ихъ свойствами, въ частности ихъ способностью породить особаго рода фантазмы, — эмоціональныя проекціи. Правовыя нормы, какъ и всѣ прочія нормы, представляютъ эмоціональныя фантазмы (§ 2). Сообразно особому авторитетно-мистическому характеру этическихъ эмоцій и сходству ихъ по характеру внутренняго давленія съ эмоціями, вызываемыми въ насъ велѣніями и запрещеніями, получается на почвѣ соответственныхъ переживаній представленіе наличности и высшаго господства надъ людьми и иными существами, не исключая божествъ, какихъ-то высшихъ „велѣній“ и „запретовъ“, между тѣмъ какъ въ дѣйствительности имѣются только соответственныя эмоціонально-интеллектуальныя процессы. Слѣдуя соответственной наивно-проекціонной точкѣ зрѣнія, философы, моралисты и юристы называютъ нормы велѣніями и запретами и подыскиваютъ или придумываютъ, фантастически конструируютъ, соответствующія подлежащимъ смутнымъ

представленіямъ реальности (ср. выше, стр. 36 и сл.). Въ области законодательнаго права, императивно-атттрибутивныхъ переживаній, ссылающихся на указы монарховъ и т. п., юристамъ удалось найти кажущееся имъ подходящимъ реальное (наивно-реалистическая теорія, ср. Введеніе § 2). Въ области обычнаго права такого реального нѣтъ, но отсутствіе его было обезврежено соотвѣтственною конструкціею яко бы существующей „общей воли“, что на почвѣ смѣшенія воли въ психологическомъ смыслѣ и велѣній дало въ результатъ искомыя и необходимыя велѣнія (ср. выше, стр. 37, наивно-конструктивная теорія)¹⁾.

Но при этомъ еще сдѣлана была одна ошибка. Специфическая особенность правовыхъ эмоцій и вообще правовыхъ эмоціоально-интеллектуальныхъ переживаній и подлежащихъ проекцій, обязанностей и нормъ,—ихъ атрибутивный характеръ. Характеристика подлежащихъ нормъ, не только какъ велѣній и запретовъ, но и какъ императивовъ въ условленномъ выше смыслѣ, не опредѣлила бы природы правовыхъ нормъ, какъ нормъ не императивныхъ просто, а императивно-атттрибутивныхъ. Нѣкоторые, какъ уже упомянуто выше, предлагаютъ различать среди юридическихъ нормъ, наряду съ повелительными и запретительными, еще предоставительныя, какъ третій видъ; другіе оспариваютъ это, все сводя къ велѣніямъ и къ запретамъ. Обѣ стороны ошибаются въ томъ смыслѣ, что всѣ правовыя нормы суть „предоставительныя нормы“, и въ этомъ ихъ специфическая природа, отличіе отъ всѣхъ прочихъ нормъ.

Господствующее ученіе о правѣ, какъ велѣніяхъ и запретахъ и только, противно специфической природѣ правовой психики, и, напр., права, о которыхъ говорятъ представители этого ученія на каждомъ шагѣ въ области правовѣдѣнія, представляютъ *deus ex machina*, нѣчто такое, что съ ихъ точки зрѣнія необъяснимо, не должно было бы вообще

¹⁾ Въ литературу, между прочимъ, уже возникли сомнѣнія насчетъ этихъ мнимыхъ «велѣній» или мнимой «общей воли», «воли общенія», но они не подѣйствовали; ибо безъ этой воли нельзя обойтись; въ противномъ случаѣ грозитъ крушеніе и существующей теоріи нормъ и существующей теоріи обычнаго права, а для иной теоріи нѣтъ матеріала и посылокъ. (Ср. напр. Bierling, *Jurist. Princ.* I S. 155 («для обычнаго права возвращеніе на него, какъ на выраженіе общей воли вообще, представляется единственно возможнымъ») и др.

существовать. Ибо какъ велѣнія по адресу однихъ могутъ создавать права для другихъ, это загадка.

Впрочемъ, это возраженіе по адресу теоріи велѣній, выраженной воли болѣе сильнаго по адресу болѣе слабыхъ и т. п., имѣетъ лишь относительное значеніе. Ибо не только право, но и *обязанности* не вмѣщаются въ рамки этой теоріи. Путешественникъ, попавшій въ руки шайки разбойниковъ, можетъ для сохраненія жизни исполнить велѣніе болѣе сильныхъ, напр., выдать кошелекъ, но наличности обязанности, какъ таковой, вѣроятно, не только онъ, но и разбойники не стали бы утверждать.

И право и нравственность съ велѣніями и запрещеніями, какъ таковыми, не имѣютъ ничего общаго.

§ 24.

Объ элементахъ и видахъ нормъ права.

Юридическія нормы принято дѣлить на безусловныя, категорическія, и условныя, гипотетическія, смотря по тому, представляютъ ли онѣ безусловныя велѣнія исполнить что-либо или не дѣлать чего-либо, напр., не убивать, или лишь условныя велѣнія, велѣнія исполнить что-либо въ случаѣ наступленія извѣстныхъ возможныхъ обстоятельствъ, напр., въ случаѣ убійства наказать преступника. Въ условныхъ нормахъ различаютъ двѣ части: гипотезу (условіе), часть, содержащую указаніе условій, и диспозицію (распоряженіе), часть, содержащую само велѣніе. Категорическія нормы содержатъ только диспозицію. Гипотеза можетъ имѣть форму придаточнаго предложенія, начинающагося словомъ „если“, но возможны и разныя иныя равнозначащія формы, напр., „тотъ, кто совершитъ то-то“..., „совершившій то-то“..., „за совершеніе такого-то дѣянія“ (гипотеза—если кто совершитъ такое-то дѣяніе) виновный подвергается такому-то наказанію (диспозиція); наниматель (если кто нанялъ, заключилъ договоръ найма) обязанъ и т. д. Въ наукѣ уголовного права принято впрочемъ называть первую часть уголовныхъ законовъ, предусматривающую соответственное преступленіе, не гипотезой, а диспозиціей, а вторую часть, опредѣляющую наказаніе, не диспозиціей, а санкціей. Подъ санкціями въ

наукѣ права разумѣются вообще невыгодныя послѣдствія, связываемыя правомъ съ правонарушеніями для нарушителей.

Въ новое время распространился взглядъ, что все юридическія нормы представляютъ условныя велѣнія, имѣютъ гипотетическую природу; существованіе категорическихъ нормъ вообще отрицается ¹⁾.

Съ точки зрѣнія моднаго теперь, подъ вліяніемъ ученій Геринга, воззрѣнія на право, какъ на правила цѣлесообразности и средства для охраны интересовъ, право вообще представляетъ нѣчто условное и относительное; „юридическая норма осуществленія каждаго интереса обусловлена тѣмъ, какому другому интересу онъ въ данномъ случаѣ противопоставляется. Противоположеніе тому или другому интересу зависитъ отъ соотвѣтствующей фактической обстановки осуществленія интереса. Поэтому примѣненіе юридической нормы ставится въ зависимость отъ наличности извѣстныхъ фактовъ“ ²⁾.

Для правильной постановки ученія о гипотезахъ и диспозиціяхъ нормъ и рѣшенія вопроса о существованіи или несуществованіи категорическихъ нормъ, слѣдуетъ поставить соотвѣтственное ученіе на научно-психологическую почву и, въ частности, замѣнить представленія о велѣніяхъ по адресу другихъ для извѣстныхъ цѣлей изученіемъ нормативныхъ переживаній въ установленномъ выше смыслѣ и ихъ проекціонныхъ отраженій—нормъ.

Что касается вопроса о существованіи или несуществованіи категорическихъ нормъ права (и нравственности, эстетики и т. д.), то, въ случаѣ примѣненія фактическаго, наблюдательнаго, научно-психологическаго изученія, вмѣсто произвольныхъ и основанныхъ на незнаніи природы нормъ вообще разсужденій объ относительности интересовъ, зависимости всего въ человѣческомъ поведеніи и его правилахъ отъ цѣли

¹⁾ Ср. напр., Inering, Zweck im Recht, I, Kap. VIII, 2; Коркуновъ, Лекціи, § 24; Шершеневичъ, Опредѣленіе понятія о правѣ, стр. 9; впрочемъ, большинство новѣйшихъ теоретиковъ права о дѣленіи нормъ на гипотетическія и категорическія вообще умалчиваютъ.

²⁾ Коркуновъ, Лекціи, § 24; ср. Шершеневичъ назв. соч. § 2: «Все нормы обуславливаются цѣлью. Поэтому все нормы, вопреки Канту, гипотетичны, категорическихъ нормъ нѣтъ».

и обстоятельствъ и т. п., онъ несомнѣнно и легко разрѣшается въ пользу существованія и даже весьма частаго переживанія категорическихъ правовыхъ (и нравственныхъ) нормъ.

Это на каждомъ шагу подтверждается самонаблюдениемъ и соединеннымъ методомъ внутренняго и вишняго наблюденья. Особенно часто категорическій характеръ имѣютъ переживанія и нормы интуитивнаго права. Мы руководствуемся въ нашемъ поведеніи по отношенію къ ближнимъ множествомъ интуитивно-правовыхъ (и нравственныхъ) убѣжденій, безусловно, а не только при наличности извѣстныхъ особыхъ обстоятельствъ, отвергающихъ извѣстныя посягательства на нихъ и предписывающихъ иное поведеніе. Но и весьма многія нормы позитивнаго права имѣютъ несомнѣнно категорическій характеръ. Между прочимъ, въ качествѣ подтвержденія условнаго характера всѣхъ юридическихъ нормъ указывается на то, что даже норма, запрещающая убійство, имѣетъ только условный характеръ, напр., правомъ допускается смертная казнь, убійство на войнѣ и т. п. Но это — недоразумѣніе. Фактически, въ психикѣ нормально воспитанныхъ людей, не занимающихся ремесломъ палачей или т. п., норма объ убійствѣ имѣетъ категорическій характеръ. Что же касается допущенія со стороны позитивнаго права смертной казни, убійства на войнѣ и т. п. (пока таковое допущеніе существуетъ), то дѣло идетъ не о гипотетическомъ характерѣ нормы, запрещающей убійство, а о существованіи особыхъ исключеній изъ соотвѣтственнаго общаго принципа. Но есть много такихъ нормъ, которыя не только, какъ норма объ убійствѣ, переживаются нормально въ категорической формѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ соотвѣтствуютъ такимъ общимъ принципамъ права, которые уже на теперешней ступени развитія человѣческой культуры имѣютъ въ цивилизованномъ мѣрѣ характеръ абсолютно-общихъ, чуждыхъ всякихъ исключеній принциповъ. Такой характеръ не только категорическихъ нормъ, но и абсолютно-общихъ принциповъ цивилизованнаго права имѣютъ, напр., нормы, не допускающія пытокъ, истязаній, т. н. квалифицированной смертной казни (напр., распятія на крестѣ, залитія горла раскаленнымъ металломъ, четвертованія, колесованія и проч.), изнасилованія, подлоговъ, порабощенія людей и торговли ими, и проч. Какіе бы „ин-

тересы“ или „цѣли“ ни имѣлись въ виду, такія и т. п. посягательства на личность и права другого культурнымъ правомъ отвергаются ¹⁾).

Итакъ, гипотезы свойственны далеко не всѣмъ (правовымъ переживаніямъ и) нормамъ права.

Что касается затѣмъ диспозицій нормъ права, то слѣдуетъ имѣть въ виду, что онѣ, сообразно императивно-атттрибутивной природѣ правовыхъ переживаній, представляютъ не „велѣнія“, а (представляемые объективно существующими) императивно-атттрибутивные положенія. Сообразно съ этимъ существующее ученіе объ анализѣ и элементахъ правовыхъ нормъ, знающее только дѣленіе элементовъ нормъ на гипотезы и диспозиціи, можно и слѣдуетъ подвинуть дальше и дополнить различіемъ въ диспозиціяхъ правовыхъ нормъ двухъ элементовъ, двухъ тезисовъ: 1) императивнаго и 2) атттрибутивнаго. Какъ уже видно изъ изложеннаго выше, на стр. 58 и сл., соотвѣтственная природа диспозицій правовыхъ сужденій и нормъ отражается въ формѣ виѣшняго словеснаго выраженія правовыхъ положеній въ видѣ двойственной, императивно-атттрибутивной (адекватной), редакціи, указывающей, путемъ соотвѣтственныхъ двухъ положеній или иначе, и обязанности одной стороны и права другой стороны, и въ видѣ чередованія трехъ сокращенныхъ формъ, сокращенно-атттрибутивной, сокращенно-императивной и обоюдосокращенной формъ.

Далѣе, и въ императивѣ и въ атттрибутивѣ юридическихъ диспозицій слѣдуетъ для дальнѣйшаго анализа, въ качествѣ дальнѣйшихъ элементовъ, различать:

1) Субъектныя опредѣленія: представленія субъектовъ предоставляемаго актива, субъектовъ права, и представленія субъектовъ возлагаемаго пассива, субъектовъ обязанности; такъ какъ нормы представляются съ проекціонной точки зрѣнія нѣкими высшими распоряженіями по адресу тѣхъ, кого онѣ надѣляютъ активомъ и обременяютъ пассивомъ, то соотвѣтственныя представляемая существа могутъ быть съ созна-

¹⁾ Вообще, модное теперь базированіе теоріи права на понятіи или представленіи объ «интересахъ» не только придаетъ циничное и низменное направленіе правовѣдѣнію, но и влечетъ за собою множество теоретическихъ ошибокъ. Слѣдуетъ вездѣ помнить, что право и нравственность регулируютъ не «интересы», а поведеніе.

тельно-проекціонной точки зрѣнія названы адресатами нормъ: активными адресатами и пассивными.

Между прочимъ, въ современной наукѣ права встрѣчаются разсужденія и споры о томъ, къ кому обращаются юридическія нормы, т. е. подлежащія „велѣнія“ и „запрещенія“. По мнѣнію Іеринга и другихъ: „норма (т. е. „повелѣніе“) издается, обращается всегда и безъ исключенія къ органамъ власти, должностнымъ лицамъ и учрежденіямъ, которымъ ввѣряется ея осуществленіе... Норма, которая была бы направлена къ частнымъ лицамъ, а не къ органамъ власти, нѣчто невозможное“¹⁾. Другіе полагаютъ, что нормы суть велѣнія, направляемая не только къ судамъ, административнымъ чиновникамъ и т. д., но и къ частнымъ лицамъ.

Въ основѣ этого спора лежитъ, очевидно, то сочетаніе существенныхъ недоразумѣній, которое было обнаружено выше по поводу вопроса о природѣ юридическихъ нормъ. А воззрѣніе Іеринга и его послѣдователей страдаетъ сверхъ того еще явнымъ порокомъ прыганія въ томъ направленіи, что онъ свое положеніе, приноровленное къ официально-государственному законодательству (впрочемъ, ошибочное и здѣсь) распространяетъ на всѣ нормы права. Въ области народнаго обычнаго права (и другихъ видовъ позитивнаго права, не говоря уже объ интуитивномъ правѣ) представленіе нормъ, какъ приказовъ по адресу чиновниковъ,—особенно поразительная несообразность.

Адресатами нормъ въ смыслѣ психологической теоріи права являются тѣ пары представляемыхъ существъ, между которыми пронеходитъ императивно-аттрибутивная нормировка, тѣ, отъ которыхъ требуется, и тѣ, которымъ предоставляется что-либо. Что же касается того, какія (представляемая) существа могутъ быть пассивными и активными адресатами юридическихъ нормъ, то уже изъ предыдущихъ частей изложенія видно, что сюда относятся не только чиновники, а и простые смертные и, сверхъ того, еще всевозможныя иныя представляемая существа: божества, покойники, животныя и т. д., и это подтвердится еще въ дальнѣйшемъ изложеніи.

¹⁾ Ihering, Zweck im Recht, Kap. VIII, 2.

Адресатами нормъ могутъ быть или опредѣленные индивиды, конкретные субъекты, „я“, „ты“, „Иванъ“, „Петръ“, монархъ Георгій I, городъ Петербургъ, Россія (въ международныхъ отношеніяхъ, ср. ниже о т. н. юридическихъ лицахъ), или классы, классовымъ образомъ опредѣленные субъекты, напр., дѣти, родители, квартирохозяева, квартиронаниматели, государства вообще (въ международномъ правѣ).

Сообразно съ этимъ нормы можно дѣлить на: 1) индивидуальныя, конкретныя или сепаратныя и 2) общія, абстрактныя. Утвержденіе Іеринга и другихъ, будто все нормы суть „абстрактныя императивы“, произвольно и противорѣчитъ фактамъ. Путемъ самонаблюденія можно познакомиться съ нормами (т. е. съ проекціей нормъ) по адресу „я“, „ты“, „вы“, „товарища А“ и пр. Между прочимъ, и въ области официально-законодательнаго права на каждомъ шагѣ приходится имѣть дѣло съ индивидуальными нормами, напр. въ области податнаго законодательства адресатомъ атрибутива является „казна“, т. е. казна даннаго государства; права монарховъ на извѣстное содержаніе, по т. н. цивильному листу, или иныхъ поименно называемыхъ лицъ на извѣстную пенсію, на особое вознагражденіе за заслуги и проч., устанавляются нерѣдко путемъ т. н. сепаратныхъ законовъ, и соотвѣтственныя позитивныя нормы имѣютъ индивидуальный характеръ.

Нерѣдко въ исторіи положительнаго права общимъ нормамъ извѣтнаго содержанія предшествуетъ появленіе соотвѣтственныхъ индивидуальныхъ нормъ. Такъ, напр., въ большинствѣ современныхъ государствъ акціонерныя компаніи учреждаются на основаніи общаго закона, такъ что для каждой индивидуальной компаніи не требуется особаго сепаратнаго закона, но въ начальные эпохи развитія акціонернаго дѣла акціонерныя компаніи утверждались и въ этихъ государствахъ сепаратными законами.

Точно такъ же право авторовъ на исключительное пользованіе изданіемъ своихъ сочиненій (такъ называемое право литературной собственности) первоначально предоставлялось отдѣльнымъ авторамъ сепаратными законами.

Соотвѣтственныя нормы были индивидуальными нормами.

Международно-правовыя нормы, основанныя на договорахъ, конвенціяхъ между опредѣленными государствами, представляютъ тоже индивидуальные нормы.

Пассивными или активными адресатами общих, абстрактных норм могут быть или определенны только категории лиц, или „все“, „каждый, кто бы онъ ни былъ“.

Напр., норма, надѣляющая кого-либо правомъ собственности, имѣетъ *пассивнымъ* адресатомъ, адресатомъ императива, „каждаго“, „всѣхъ другихъ“, „всякаго посторонняго“, т. е. то представляемое, что обозначается этимъ выраженіемъ (ср. выше, стр. 193). Норма, требующая воздержанія отъ пытокъ, истязаній, изнасилованія и т. п., имѣетъ своимъ активнымъ адресатомъ, адресатомъ атрибутива „каждаго, кто бы онъ ни былъ“; „всякій“, по этой нормѣ, имѣетъ право на то, чтобы не подвергаться такимъ злостнымъ воздѣйствіямъ. Напротивъ, норма, опредѣляющая, что дѣти обязаны повиноваться родителямъ, родители имѣютъ право на повиновеніе со стороны дѣтей, или норма, по которой должникъ въ извѣстныхъ случаяхъ обязанъ уплатить проценты, неустойку и т. п., кредиторъ имѣетъ право на полученіе такихъ-то процентовъ, неустойки и т. п., имѣютъ своими адресатами только определенныя категории лицъ: дѣтей-родителей, должниковъ-кредиторовъ.

Сообразно съ этимъ общія нормы можно раздѣлить по ихъ адресатамъ на: 1) нормы по адресу всѣхъ и каждаяго; ихъ мы назовемъ абсолютными нормами и 2) нормы по адресу определенныхъ категорій субъектовъ; ихъ мы назовемъ относительными нормами.

Абсолютныя нормы можно затѣмъ дѣлить на: 1) императивно или пассивно абсолютныя, тѣ, въ которыхъ адресатомъ императива является каждый, кто бы онъ ни былъ, 2) атрибутивно или активно абсолютныя, тѣ, въ которыхъ адресатомъ атрибутива является каждый, кто бы онъ ни былъ, 3) двусторонне абсолютныя или абсолютныя въ тѣсномъ смыслѣ („квадратъ“) нормы, такія, въ которыхъ и адресатами императива, обязанности, и адресатами атрибутива, управомоченными, являются „все“, „каждый“. Напр., нормы, требующія воздержанія отъ упомянутыхъ выше злостныхъ дѣйствій, суть двусторонне абсолютныя нормы.

2) Объектныя опредѣленія, представленія того поведенія, тѣхъ доставленій въ общемъ смыслѣ, которыя требуются отъ адресатовъ императива, представленія объектовъ императива, и тѣхъ полученій въ общемъ смыслѣ, которыя авторитетно

предоставляются адресатамъ атрибутива, какъ нѣчто имъ причитающееся, представленія объектовъ атрибутива.

Какъ уже было указано выше, стр. 71 и сл., всѣ объекты императива, всѣ требуемые отъ обязанныхъ виды поведения, могутъ быть сведены, какъ къ простѣйшимъ элементамъ, къ отдѣльнымъ 1) положительнымъ дѣйствіямъ, *facere*, 2) воздержаніямъ, *non facere* и 3) терпѣніямъ, *pati*; а всѣ объекты атрибутива, всѣ полученія въ общемъ смыслѣ, могутъ быть сведены къ соотвѣтственнымъ 1) положительнымъ полученіямъ, полученіямъ въ тѣсномъ смыслѣ, *accipere*, 2) непретерпѣваніямъ извѣстныхъ воздѣйствій, свободамъ отъ таковыхъ, „неприкосновенностямъ“, „охранностямъ“, *non pati*, 3) терпимымъ со стороны обязанныхъ дѣйствіямъ, положительнымъ свободамъ, свобододѣйствіямъ, *facere*.

Сообразно съ этимъ можно различать по объектнымъ опредѣленіямъ три вида нормъ: 1) положительно-притязательныя или предоставительныя (объекты: *facere-accipere*), 2) отрицательно-притязательныя или охранительныя (объекты: *non facere-non pati*) и 3) уполномочивающія (объекты: *pati-facere*).

Смутное сознаніе различія этихъ трехъ типовъ нормъ лежало, вѣроятно, въ основаніи различенія со стороны древнихъ римскихъ юристовъ трехъ функцій законовъ: *iubere*, *vetare*, *permittere*; оно же отражается въ миѣніяхъ тѣхъ новыхъ юристовъ, которые вопреки господствующей теоріи императивовъ утверждаютъ еще существованіе т. н. дозволильных нормъ.

Назвапіе: дозволильныя нормы и противопоставленіе ихъ императивнымъ — неудачно; нормы, о которыхъ мы говоримъ подъ именемъ уполномочивающихъ, тоже императивны, какъ и другія, но особенность ихъ императива состоитъ въ томъ, что онъ возлагаетъ обязанность терпѣть извѣстныя дѣйствія управомоченнаго.

Современная юриспруденція, зпающая и признающая только позитивное право, упускаетъ изъ виду въ своемъ ученіи объ элементахъ нормъ, о гипотезахъ и диспозиціяхъ, еще одинъ элементъ нормъ, который заслуживалъ бы особаго вниманія ея, именно, какъ науки позитивнаго права.

Мы имѣемъ въ виду тотъ элементъ позитивнаго права вообще и позитивныхъ нормъ въ частности, который состоитъ

въ представленіяхъ соотвѣтственныхъ нормативныхъ фактовъ. Эту часть нормъ мы назовемъ условно „позитивнымъ основаніемъ“ или „позитивною ссылкой“. Такимъ образомъ, въ позитивныхъ нормахъ права можно различать три части: 1) позитивныя основанія или позитивныя ссылки, 2) гипотезы и 3) диспозиціи. Напр., на основаніи закона такого-то года (позитивное основаніе) въ такихъ-то случаяхъ (гипотеза) полагается то-то (диспозиція); по пункту первому статьи десятой уложенія (позитивная ссылка) въ такихъ-то случаяхъ...; по указу Его Императорскаго Величества...; по обычаямъ торговаго оборота (позитивная ссылка обычнаго права), покупатель (указаніе субъектовъ и вмѣстѣ съ тѣмъ гипотеза: если кто заключилъ договоръ купли) имѣетъ право и т. д. (диспозиція въ односторонне атрибутивной формѣ).

Такъ какъ, согласно изложенному выше, позитивныя правовыя сужденія и соотвѣтственныя нормы выводятся нерѣдко не изъ одного, а изъ совокупностей нормативныхъ фактовъ, то позитивная ссылка одной позитивной нормы состоитъ нерѣдко въ указаніи на нѣсколько нормативныхъ фактовъ. Напр., на основаніи статей 5, 15 и 20 такого-то (напр., уголовного) уложенія въ связи со статьей 50 устава уголовного судопроизводства (сложная позитивная ссылка), въ такихъ-то случаяхъ (гипотеза), полагается то-то (диспозиція).

Сообразно съ этимъ, позитивныя основанія или позитивныя ссылки можно дѣлить на простыя и сложныя.

Упоминаемые въ сложной позитивной ссылкѣ нормативныя факты могутъ относиться къ одной категоріи нормативныхъ фактовъ, напр., къ категоріи законовъ или обычаевъ, или къ разнымъ, напр., одинъ къ законамъ, другіе къ обычаямъ; напр., „на основаніи такого-то обычая торговаго оборота въ связи съ такою-то статьею торговаго кодекса и такою-то статьею устава торговаго судопроизводства“...

Сообразно съ этимъ сложныя позитивныя ссылки можно дѣлить на однородныя и смѣшанныя.

Именно по наличности или отсутствію позитивнаго основанія слѣдуетъ различать и дѣлить нормы на интуитивныя и позитивныя.

И, далѣе, позитивныя нормы слѣдуетъ дѣлить на виды и разновидности: законныя, обычныя, прецедентныя, договор-

ныя и т. д. (подробнѣе объ этомъ въ ученіи о позитивномъ правѣ), смотря по тому, какія категоріи фактовъ упоминаются въ позитивныхъ ссылкахъ.

Какъ видно изъ указаннаго относительно смѣшанныхъ ссылокъ, позитивныя нормы могутъ быть не только законными, обычными и т. д., но и смѣшанными: законно-обычными, обычно-договорными и т. д.

Современное правовѣдѣніе не знаетъ о существованіи такихъ смѣшанныхъ нормъ¹⁾, какъ и вообще о позитивныхъ ссылкахъ, какъ особомъ элементѣ позитивныхъ нормъ, вслѣдствіе того, выясненнаго уже выше, обстоятельства, что оно смѣшиваетъ нормы съ нормативными фактами. То, что съ точки зрѣнія психологической теоріи права упоминается въ одной изъ частей позитивныхъ нормъ, какъ нормативный фактъ, съ точки зрѣнія теперешней науки о правѣ представляеть самыя нормы.

Сводя воедино изложенное объ элементахъ правовыхъ нормъ, можно установить такую схему ихъ состава:

А) Позитивныя ссылки (въ позитивныхъ нормахъ), В) гипотезы (въ гипотетическихъ нормахъ), С) диспозиціи; элементы диспозицій: 1) императивныя и 2) диспозитивныя тезисы; элементы императивныхъ тезисовъ, указанія: а) адресатовъ императива, обязанныхъ, б) объектовъ императива, предметовъ обязанностей, подлежащаго поведенія (*facere, non facere, pati*); элементы атрибутивныхъ тезисовъ, указанія: а) адресатовъ атрибутива, управомоченныхъ, б) объектовъ атрибутива, предметовъ правъ, подлежащихъ полученію (*accipere, non pati, facere*).

Эта схема представляеть полную схему и руководство для юридическаго анализа (мысленнаго разложенія сложнаго на простые элементы) и синтеза (мысленнаго составленія сложнаго изъ простыхъ элементовъ) и для надлежащаго толкованія и изложенія смысла юридическихъ нормъ (чего нельзя сказать о традиціонномъ ученіи юристовъ о нормахъ и двухъ элементахъ ихъ: гипотезахъ и диспозиціяхъ-велѣніяхъ), а равно основу для классификаціи нормъ.

¹⁾ И соответственное открытіе привело бы его въ большое смущеніе и разстройство, вслѣдствіе несовмѣстности установившихся взглядовъ и ученій съ этимъ явленіемъ.

Съ подлежащими измѣненіями эту схему можно перенести въ науку о нравственности. Подлежащія измѣненія состоятъ въ упрощеніи схемы, а именно въ удаленіи изъ нея атрибутивнаго тезиса диспозиціи. Съ помощью этой схемы представители этики (науки о нравственности) могли бы подвинуть свою науку, какъ таковую, существенно впередъ, замѣнивъ свои туманныя и сбивчивыя представленія и разсужденія о нравственныхъ нормахъ яснымъ и точнымъ знаніемъ и анализомъ.

Аналогична схема и для познанія анализа, синтеза и т. д. эстетическихъ нормъ (ср. выше § 2).

II.

УЧЕНІЕ О ПРАВѢ ВЪ СУБЪЕКТИВНОМЪ СМЫСЛѢ (О СУБЪЕКТИВНОМЪ ПРАВѢ).

§ 25.

Общая характеристика современныхъ ученій о правоотношеніяхъ, обязанностяхъ и правахъ.

Согласно изложенному выше, этическія (нравственныя и правовыя) переживанія сопровождаются процессами проекцій на разныя представляемыя существа особыхъ, кажущихся реальными, состояній подчиненности, несвободы, об(в)язанности, каковыя эмоціалныя фантазмы объясняются особымъ, указаннымъ выше, характеромъ этическихъ эмоцій и представляютъ его проекціонныя отраженія.

Сообразно специфическому, видовому, различію между нравственными и правовыми моторными раздраженіями, подлежащія эмоціалныя фантазмы имѣютъ различный характеръ въ правѣ, съ одной стороны, въ нравственности, съ другой стороны.

Въ области нравственной психики обязанность, долгъ представляется одностороннею связанностью, въ области правовой психики двустороннею связью; обязанности, долги, лежащія на однихъ, закрѣплены за другими, представляютъ принадлежатіе имъ долги, ихъ права.

Въ менѣ развитыхъ, болѣ примитивныхъ, народныхъ языкахъ эти единыя, но представляющіяся двусторонними связями проекціи имѣютъ, какъ было показано выше, одно имя, соотвѣтствующее современнымъ выраженіямъ долгъ, обязанность; въ болѣ развитыхъ юридическихъ языкахъ, въ частности въ памятникахъ римскаго права, сыгравшихъ рѣшающую роль въ области развитія разныхъ ученій современной науки о правѣ, появляются три различныя наименованія для подлежащихъ проекцій, смотря по точкѣ зрѣнія на нихъ. Такъ, для обозначенія подлежащихъ двустороннихъ связей, поскольку онѣ разсматриваются не спеціально съ точки зрѣнія обязанной и не спеціально съ точки зрѣнія противоположной стороны, а съ нейтральной точки зрѣнія, въ памятникахъ римскаго права имѣются выраженія: *iuris pexus*, *iuris vinculum*, двусторонняя связь между сторонами, по установившемуся современному переводу—правоотношенія, *Rechtsverhältnisse*;—а поскольку онѣ разсматриваются съ точки зрѣнія активной принадлежности долга, съ точки зрѣнія противостоящей обязанному стороны,—выраженія: *ius*, *iura*, права, правомочія, правопритязанія, *Rechte*, *Ansprüche* и т. п.

Слѣдую соотвѣтственному словоупотребленію и предполагая. сообразно наличности трехъ разныхъ наименованій: „обязанности“, „права“, „правоотношенія“, существованіе трехъ различныхъ объектовъ, а съ другой стороны не обладая свѣдѣніями объ эмоціяхъ и вызываемыхъ ими фантазмахъ и не подозрѣвая эмоціально-проекціонной природы обязанностей, правоотношеній и правъ, современное правовѣдѣніе предполагаетъ въ области права существованіе трехъ различныхъ реальностей; оно разсматриваетъ правоотношенія, права и обязанности, какъ нѣчто реально существующее и при томъ какъ три различныя реальности.

Сообразно съ этимъ, установленному выше одному понятію правовыхъ обязанностей, или правъ, правоотношеній, какъ особаго рода эмоціальныхъ фантазмъ: обязанностей однихъ, закрѣпленныхъ за другими,—въ современной наукѣ права соотвѣтствуютъ три (наивно-проекціонныя) ученія: 1) ученіе о правоотношеніяхъ, 2) ученіе объ обязанностяхъ и 3) ученіе о правахъ,—направленныя главнымъ образомъ на опредѣленіе природы предполагаемыхъ трехъ различныхъ реальностей.

§ 26.

Господствующее учение о правоотношеніяхъ.

Учение о правоотношеніяхъ имѣетъ въ современной наукѣ двойственный и колеблющійся характеръ. Съ одной стороны, въ правоотношеніяхъ различаютъ, какъ элементы, права и обязанности; и разныя сочетанія правъ и обязанностей (считающихся, какъ указано, различными явленіями), напр., права кредитора и обязанности должника, юристы на каждомъ шагѣ называютъ правоотношеніями (долговыми правоотношеніями и т. д.); съ другой стороны, правоотношенія отождествляются съ жизненными или житейскими, бытовыми отношеніями (Lebensverhältnisse).

А именно господствующее опредѣленіе правоотношенія гласитъ:

Правоотношенія суть регулируемая (или опредѣляемая, признаваемая и т. п.) объективнымъ правомъ житейскія (бытовыя) отношенія¹⁾. Типическіе примѣры: родственныя, брачныя житейскія отношенія, регулируемая правомъ.

Регулируя жизненныя отношенія, традиціонно поясняется по этому поводу, право возводитъ (или „превращаетъ“) житейскія отношенія въ правовыя.

Главная тема современной литературы о правоотношеніяхъ—споръ о томъ, существуютъ ли правоотношенія только между людьми (или лицами) или также между людьми и вещами.

Нѣкоторые полагаютъ, что право, регулируя только отношенія между людьми, защищая человѣческіе интересы противъ посягательствъ со стороны другихъ людей и т. п., можетъ

¹⁾ Ср., напр., Коркуновъ, Лекція, § 27, въ началѣ §—а: «юридическое отношеніе есть то же житейское, бытовое отношеніе, только регулируемое юридической нормою», въ концѣ: «каждое юридическое отношеніе складается изъ права и обязанности»; въ срединѣ, впрочемъ, читаемъ опять иное, а именно авторъ присоединяется здѣсь къ ученію Иеринга и другихъ о т. н. «пассивномъ дѣйствіи права», т. е. о правоотношеніяхъ, «въ которыхъ правообязанность существуетъ безъ соответствующаго ей правопритязанія». Нѣкоторые говорятъ также о правоотношеніяхъ, въ которыхъ нѣтъ ни изъ которыхъ не «вытекаетъ» ни правъ, ни обязанностей. Ср., напр., Регельсбергеръ, Общее ученіе о правѣ, § 5 (Pandekten I § 13): «Практическое значеніе правоотношеній заключается въ вытекающихъ изъ нихъ правахъ и обязанностяхъ. Но существуютъ правоотношенія, изъ которыхъ непосредственно не вытекаетъ ни правъ, ни обязанностей».

устанавливать правоотношения только между людьми, а не между людьми и вещами¹⁾).

Но такое сужение понятия правоотношения находитъ сравнительно мало сторонниковъ въ новой литературѣ. Большинство ученыхъ продолжаетъ придерживаться того взгляда, что право регулируетъ не только отношения людей къ людямъ, но и отношения людей къ вещамъ.

„Посредствомъ своихъ свободныхъ дѣйствій или независимыхъ отъ своей воли событій, замѣчаетъ, напр., Регельсбергеръ (Pandekten I § 13), человекъ вступаетъ въ отношенія къ существамъ внѣшняго міра, къ людямъ и вещамъ. Для удовлетворенія своихъ тѣлесныхъ и духовныхъ потребностей, пользуясь своими силами и способностями, онъ подчиняетъ себѣ вещи, обязывается по отношенію къ другимъ людямъ и обязываетъ ихъ по отношенію къ себѣ. Это относится какъ къ отдѣльнымъ людямъ, такъ и къ союзамъ ихъ. Регулированіе и защита возникающихъ отсюда людскихъ отношеній и составляетъ задачу права. Последнее, подчиняя житейскія отношенія своему господству, опредѣляя условія правового признанія ихъ и ихъ значеніе въ области права, возводитъ первоначально фактическое отношеніе въ правоотношеніе... Всякое правоотношеніе представляется, какъ разграниченная въ пользу одного по отношенію къ другому сфера интересовъ и правомочій. Поэтому всякое правоотношеніе содержитъ въ себѣ отношеніе управомоченнаго къ другимъ людямъ. Это даетъ поводъ видѣть въ правоотношеніяхъ исключительно регулированныя отношенія между лицами. Но это возрѣніе не подходитъ къ тѣмъ отношеніямъ, которыя на первомъ мѣстѣ и главнымъ образомъ содержатъ отношеніе лица къ внѣшнему предмету и въ особенности къ вещи. Правовое регулированіе этихъ отношеній не исчерпывается тѣмъ, что другимъ запрещено дѣлать, оно опредѣляетъ также отношеніе уполномоченнаго къ самому предмету, мѣру его правовой власти надъ нимъ. Поэтому совершенно справедливо видѣть здѣсь правовое регулированіе отношенія лица къ безличной вещи“.

¹⁾ Ср., напр., Коркуновъ, Лекціи § 23: «но право, устанавливая разграниченіе людскихъ интересовъ, непременно предполагаетъ столкновение ихъ и слѣдовательно отношеніе къ людямъ».

Сообразно съ этимъ многіе опредѣляютъ правоотношенія какъ регулированныя правомъ отношенія лица къ другимъ лицамъ или къ вещамъ ¹⁾).

Если исходить изъ того положенія, что правоотношеніями являются бытовыя, житейскія отношенія, поскольку они регулируются объективнымъ правомъ, то слѣдуетъ признать болѣе правильнымъ господствующее мнѣніе.

Несомнѣнно, есть такія житейскія отношенія, которыя являются исключительно отношеніями человѣка къ вещи, а не къ другимъ людямъ, и тѣмъ не менѣе эти отношенія регулируются правомъ, такъ что наступленіе ихъ влечетъ за собой возникновеніе правъ и обязанностей. Такъ, напр., если я на пустынномъ морскомъ берегу нашель раковину и спрятавъ ее себѣ въ карманъ или поймалъ рыбу въ открытомъ морѣ, то возникло житейское отношеніе господства моего надъ вещью, нахожденіе вещи въ моемъ карманѣ или въ моей лодкѣ. Съ другими же людьми, которыхъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ я овладѣлъ предметомъ, вовсе не было, я, взявъ раковину или поймавъ рыбу, ни въ какое „бытовое“ или „житейское“ отношеніе не вступилъ. Тѣмъ не менѣе объективное право содержитъ особыя регулирующія постановленія на случай такого завладѣнія никому не принадлежащей вещью (*occupatio rei nullius*); оно приписываетъ мнѣ на такую вещь право собственности съ момента завладѣнія ²⁾).

Но исходить изъ того положенія, что правоотношеніями являются бытовыя, житейскія отношенія (регулируемыя правомъ), не слѣдуетъ.

Съ психологической точки зрѣнія возникновеніе и укрѣпленіе въ наукѣ о правѣ ученія о правоотношеніяхъ, какъ о житейскихъ отношеніяхъ, вполне понятно и объясняется такъ же, какъ и ученіе о нормахъ, какъ повелѣніяхъ и запретахъ и т. п. Съ наивно-проекціонной точки зрѣнія на почвѣ правовыхъ переживаній кажется, что между соответственными представляемыми субъектами или людьми и вещами,

¹⁾ Ср. Deruburg, Pandekten I § 40 sub. I: «Unter einem Rechtsverhältniss ist zu verstehen eine rechtlich wirksame Beziehung einer Person zu anderen Personen oder zu Sachgütern».

²⁾ Поэтому въ приведенныхъ разсужденіяхъ Регельсбергера заключается ошибка, поскольку онъ во всякомъ правоотношеніи находитъ житейское отношеніе и къ другимъ людямъ.

ср. выше, стр. 187 сл., есть что-то реальное, какая-то реальная связь; и вотъ наукѣ нужно найти подлежащее реальное; и таковое удалось найти въ видѣ „житейскихъ отношеній“ (т. е. путемъ смѣшенія искомага, представляемаго реальнымъ, съ наличнымъ реальнымъ, съ явленіями иного порядка—наивно-реалистическая теорія).

Но съ научной точки зрѣнія подлежащее ученіе не выдерживаетъ критики даже на почвѣ тѣхъ данныхъ, которыя извѣстны юристамъ и признаются ими (въ другихъ мѣстахъ сочиненій: не говоря уже о критикѣ съ точки зрѣнія данныхъ психологической теоріи права).

А именно съ точки зрѣнія этихъ данныхъ возникаютъ противъ ученія о правоотношеніяхъ, какъ житейскихъ отношеніяхъ, слѣдующія возраженія:

1. Въ основѣ этого ученія лежитъ предположеніе, что правовая нормировка, „установленіе правъ и обязанностей“, предполагаетъ непременно наличность особыхъ житейскихъ отношеній между тѣми лицами, которыя связываются другъ съ другомъ правами и обязанностями. Правовая нормировка, права и обязанности, налагается, какъ штемпель, на уже существующій реальный субстратъ, на житейскія отношенія между данными лицами.

Но это предположеніе ошибочно. Установленіе правъ и обязанностей между данными лицами вовсе не предполагаетъ необходимо наличности какихъ-либо житейскихъ отношеній между этими лицами.

Т. е. абсолютныя права, т. е. такія правоотношенія, въ которыхъ обязанною стороною является всякій, каждый, напр., наше право жизни, притязаніе на то, чтобы никто не посягалъ, т. е. всякій воздерживался бы отъ посягательствъ, на нашу жизнь, право тѣлесной неприкосновенности, право чести, монопольныя права, авторское право и проч., и проч., по самой природѣ своей исключаютъ возможность того предположенія, изъ котораго исходитъ господствующая теорія правоотношеній; и странно, какъ это могло быть до сихъ поръ не замѣчено, въ виду того, что юристамъ эти правоотношенія извѣстны (хотя и не удается ихъ правильно конструировать, ср. выше, стр. 193). Къ этому слѣдуетъ прибавить, что, какъ видно изъ изложеннаго выше, стр. 338, есть и

такія правоотношенія, въ которыхъ и управомоченными являются всѣ и каждый.

Но и въ области относительныхъ правоотношеній, правоотношеній только между двумя или нѣсколькими опредѣленными лицами, предположеніе необходимости существованія житейскихъ отношеній между этими лицами, при ближайшей провѣркѣ, оказывается ошибочнымъ.

Такъ, разныя правоотношенія наслѣдственного права въ области наслѣдованія по завѣщанію, взаимныя права и обязанности между сонаслѣдниками, между наслѣдниками и тѣми, въ пользу которыхъ завѣщаны отдѣльные отказы (легаты), и т. д.—вовсе не предполагаютъ наличности какихъ-либо житейскихъ отношеній между этими лицами; они предполагаютъ только составленіе со стороны третьяго лица правильнаго завѣщанія и смерть этого лица, или, по нѣкоторымъ позитивнымъ правамъ, еще нѣкоторыя событія, но вообще такія, которыя не имѣютъ ничего общаго съ какими-либо житейскими отношеніями между названными въ завѣщаніи, нерѣдко не знающими даже о существованіи другъ друга, лицами.

Напр. Т (testator, завѣщатель) въ завѣщаніи возлагаетъ на то лицо, которое онъ назначаетъ своимъ наслѣдникомъ, на лицо А, обязанность уплатить 1000 р. лицу Б. А и Б ни въ какихъ „житейскихъ“ отношеніяхъ другъ съ другомъ не состоятъ, не только лично другъ съ другомъ не встрѣчались и въ области интересовъ другъ съ другомъ не сталкивались, но даже А не знаетъ вовсе, что за океаномъ существуетъ такой-то господинъ Б, а Б не подозрѣваетъ существованія А; между тѣмъ А, принявъ наслѣдство послѣ смерти Т, eo ipso попадаетъ въ особое юридическое отношеніе къ Б, хотя онъ, можетъ быть, еще не узналъ о распоряженіи Т относительно платежа 1000 р. Б; а именно онъ дѣлается должникомъ Б, а Б его кредиторомъ; между ними возникло обязательственное правоотношеніе при отсутствіи какого бы то ни было иного (житейскаго) отношенія между ними. Никакой юристъ не сталъ бы въ подобномъ случаѣ справляться, существовали ли или существуютъ ли какія-либо бытовья отношенія между А и Б, а всякій при наличности дѣйствительнаго (правильнаго) завѣщанія Т признаетъ возникновеніе

обязательственной связи, обязательственного правоотношения между наследником А и лицом Б.

То же относится ко всем другим относительным правоотношениям, для возникновения которых между определенными лицами (т. е. для соответственных проекций, для приписывания им взаимных обязанностей-прав) требуется не какое-либо житейское соприкосновение их друг с другом, напр., заключение договора или т. п., а распоряжение третьего лица ¹⁾, или иное нейтральное событие.

Между прочим, из истории права мы знаем не мало примеров и возникновения супружеских прав и обязанностей между двумя лицами разного пола, не находившимися друг с другом до или во время или даже после возникновения этих взаимных прав и обязанностей ни в каких житейских отношениях. Теперешний брак, правда, предполагает взаимное знакомство, согласие брачующихся и т. п., но история брачного права знает и такое время, когда браки заключались без согласия и даже без вѣдома брачующихся, напр., посредством договора между домовладками сопрягаемых; так что муж и жена подчас лишь впоследствии, после возникновения брачных прав и обязанностей, узнавали, что они супруги, знакомились друг с другом и вступали (или не вступали) в „житейскія“ отношения.

2. На ряду с понятіем и ученіем о правоотношеніяхъ, какъ житейскихъ отношеніяхъ, регулируемыхъ объективнымъ правомъ, въ наукѣ права существуетъ и играетъ большую роль понятіе и ученіе о юридическихъ фактахъ (между прочимъ, одно изъ наиболѣе удачныхъ и безспорныхъ общихъ понятій правовѣдѣнія; съ нимъ мы еще будемъ имѣть дѣло ниже, а теперь ограничиваемся положеніями, необходимыми для критики господствующей теоріи правоотношеній).

По общепринятому понятію, юридическіе факты суть такіе факты, которыми обуславливается (или вызывается) примѣненіе юридическихъ нормъ, или: возникновеніе, измѣненіе, прекращеніе правоотношеній (или: правъ и обязанностей ²⁾).

¹⁾ Ср., напр., явленіе страховыхъ и иныхъ договоровъ въ пользу третьихъ лицъ.

²⁾ Ср., напр., Регельсбергеръ, Pandekten I, § 118: „Юридическія

Сравнивая это общепринятое опредѣленіе¹ существа юридическихъ фактовъ съ критикуемымъ нами опредѣленіемъ правоотношеній, нельзя не замѣтить, что эти опредѣленія не даютъ критерія для того, чтобы отличить юр. факты отъ правоотношеній. Напротивъ, одни и тѣ же явленія подходятъ какъ подъ обычное понятіе правоотношенія, такъ и подъ общепринятое понятіе юридическихъ фактовъ.

Этотъ существенный научный порокъ въ традиціонной системѣ основныхъ юридическихъ понятій ускальзывалъ до сихъ поръ отъ вниманія науки лишь потому, что по своему словесному выраженію, по своей традиціонной редакціи, опредѣленія юр. отношеній кажутся непохожими на опредѣленія юр. фактовъ.

Во-первыхъ, выраженіе „бытовое, житейское отношеніе“ обозначаетъ, повидимому, нѣчто длительное, продолжающееся состояніе, слово же „фактъ“ выражаетъ, повидимому, нѣчто мгновенное, событіе не длительного характера. Уже въ этомъ, повидимому, заключается существенное различіе между „бытовыми отношеніями, регулируемыми правомъ“ (правоотношеніями) и фактами, обуславливающими примѣненіе юр. нормъ, возникновеніе правъ и обязанностей (юр. фактами).

Но на самомъ дѣлѣ такого различія не существуетъ и, поскольку обычныя формулы вызываютъ представленіе такого различія, онѣ вызываютъ ложное представленіе.

Несомнѣнно, къ юр. фактамъ относятся и длительныя, подчасъ даже и весьма продолжительныя состоянія; напр., существеннымъ юр. фактомъ въ бракѣ *usu* по древнему римскому праву было непрерывное брачное сожительство муж-

отношенія лицъ къ существамъ вѣшняго міра, правоотношенія, основывающіяся, прекращающіяся и измѣняются такими фактами, которымъ позитивное право присвоиваетъ такое дѣйствіе. Такіе факты называются юридическими, юридически важными фактами».

Коркуновъ, лекціи § 33:

«Юридическое отношеніе необходимо предполагаетъ составляющія его права и обязанности, а они являются результатомъ примѣненія юр. нормъ. Мы знаемъ, съ другой стороны, что примѣненіе юр. нормъ обусловлено наличностью извѣстныхъ фактовъ, опредѣленныхъ въ ихъ гипотезѣ. Поэтому и жизнь юр. отношеній обуславливается чередованіемъ такихъ фактовъ, служащихъ фактическимъ предположеніемъ примѣненія юр. нормъ. Факты, обуславливающіе примѣненіе юр. нормъ, называются также юридическими фактами».

чины и женщины въ теченіе года. Съ этимъ связывалось возникновеніе соотвѣтственныхъ, брачныхъ, правъ и обязанностей, права мужней власти и т. д. Владѣніе вещью въ теченіе 10 лѣтъ или оставленіе должника въ покоѣ въ теченіе того же срока является весьма важнымъ юр. фактомъ по нашимъ гражд. законамъ, ибо оно ведетъ къ измѣненію правоотношеній, къ приобрѣтенію права собственности на вещь, къ прекращенію долга. Незапамятная давность (*vetustas*) или столѣтняя, извѣстная нѣкоторымъ гражд. правамъ, еще нагляднѣе показываетъ неправильность представленія, будто понятія „юридическій фактъ“ и „бытовое отношеніе“ отличаются съ точки зрѣнія длительности.

Далѣе, обычныя опредѣленія юридическихъ фактовъ и юридическихъ отношеній вызываютъ или могутъ вызвать то представленіе, будто юридическій фактъ въ отличіе отъ „*житейскаго отношенія* лица къ лицу (или лица къ вещи)“ является непременно какимъ-то постороннимъ, третьимъ *событіемъ*, отличнымъ отъ бытовой связи, отъ *отношенія* между лицами или между человѣкомъ и вещью.

Но на самомъ дѣлѣ такого различія не существуетъ и, поскольку обычныя формулы вызываютъ представленіе такого различія, онѣ вызываютъ ложное представленіе.

Приведенные выше примѣры юридическихъ фактовъ показываютъ, что юридическіе факты могутъ состоять именно въ особыхъ отношеніяхъ лица къ лицу (брачное сожительство въ теченіе года, взиманіе съ извѣстнаго селенія оброка или подати съ незапамятнаго времени, продолжительное оставленіе въ покоѣ несправнаго должника и т. п.) или лица къ вещи (давностное владѣніе вещью).

Но, можетъ быть, господствующая теорія содержитъ критерій для различенія правоотношеній и юридическихъ фактовъ въ томъ смыслѣ, что въ опредѣленіи юридическихъ отношеній говорится о „регулированіи“ бытовыхъ отношеній, а въ опредѣленіяхъ юридическихъ фактовъ говорится, что юридическіе факты суть „условія примѣненія юридическихъ нормъ“, т. е. возникновенія правъ и обязанностей, что они „производятъ“ правоотношенія и т. п.?

И здѣсь слѣдуетъ повторить, что, поскольку эти различ-

ныя выраженія вызываютъ представленіе различія по существу, они вызываютъ ложное представленіе.

Выраженіе „право регулируетъ бытовыя отношенія“ можетъ, пожалуй, вызвать представленіе, будто право можетъ что-то непосредственно дѣлать съ „бытовыми отношеніями“, что оно какой-то сильный и вездѣсущій субъектъ, который на улицѣ, въ семейныхъ домахъ и т. п. заводитъ какіе-то порядки, разнимаетъ дерущихся, ловить и наказываетъ преступниковъ и т. п.,—то же ложное представленіе, которое связано съ разными формулами теорій принужденія, напимѣръ, изреченіями Теринга и другихъ, что право состоитъ изъ нормъ и принужденія, что юридическія нормы обладаютъ силою принужденія и исполненія, съ теоріей, видящей въ правѣ „защиту интересовъ“ и т. п.

Отношеніе объективнаго права къ бытовымъ явленіямъ, житейскимъ фактамъ и отношеніямъ, состоитъ въ томъ и только въ томъ, что юристы называютъ установленіемъ правъ и обязанностей; въ этомъ и состоитъ „регулированіе житейскихъ отношеній“. Поэтому выраженіе „житейское отношеніе, регулируемое правомъ“, не можетъ означать ничего иного, какъ такое житейское явленіе, „съ которымъ объективное право связываетъ права и обязанности“; т. е. оно означаетъ то же, что и понятіе юридическаго факта, какъ такого факта, который „обуславливаетъ“ возникновеніе правъ и обязанностей, примѣненіе юридическихъ нормъ, „порождаетъ на основаніи объективнаго права права и обязанности“ и т. п. Поэтому, напимѣръ, *usus*, брачное сожителство въ теченіе года, давностное владѣніе вещью и т. п., мы можемъ называть *ad libitum* „бытовымъ отношеніемъ, регулируемымъ правомъ“ или же „фактомъ, съ которымъ право связываетъ юридическія послѣдствія“, или „фактомъ, производящимъ права и обязанности“.

Изъ вышеозначеннаго вытекаетъ по адресу господствующей теоріи упрекъ въ смѣшеніи понятій, въ неудачной попыткѣ разграниченія понятія правоотношенія, съ одной стороны, юридическаго факта—съ другой.

3. Но, далѣе, такъ какъ господствующая теорія считаетъ эту неудачную (вслѣдствіе туманности формулы: житейское отношеніе, регулируемое правомъ) попытку совершеннымъ

установленіемъ различія, понятія, обозначающія одно и то же, считаетъ различными и оперируетъ ими какъ различными, то отсюда возникаютъ дальнѣйшіе уродливые съ логической точки зрѣнія продукты, нарушенія основного логическаго закона, закона тождества, и т. д.

Такая логическая аномалія, въ частности, коренится въ господствующемъ опредѣленіи понятія юридическихъ фактовъ и отношенія юридическихъ фактовъ къ правоотношеніямъ.

По господствующему воззрѣнію, существо юридическихъ фактовъ состоитъ въ томъ, что они обуславливаютъ возникновеніе и существованіе юридическихъ отношеній, что они „производятъ“, „вызываютъ“ юридическія отношенія и т. п. Юридическій фактъ является логическимъ *prius* для правоотношенія, онъ долженъ появиться, быть налицо для того, чтобы возникло правоотношеніе. Но въ этомъ заключается логическій *non sens*. Появленіе А предполагаетъ наличность А; А должно существовать раньше своего возникновенія; для производства А необходимо, чтобы существовало А, которое и производитъ А.

Такое нелѣпое содержаніе заключается въ формулѣ „правоотношеніе предполагаетъ наличность юридическаго факта“ (или „юридическій фактъ производитъ, обуславливаетъ правоотношеніе“) вслѣдствіе того, что правоотношеніе, по господствующей теоріи, въ существѣ дѣла и есть юридическій фактъ, такъ что выходитъ, что оно для своего возникновенія, какъ условіе, предполагаетъ свое существованіе, должно возникнуть раньше своего возникновенія.

Напримѣръ, *usus*, брачное сожителство въ теченіе года, несомнѣнно есть (по древнему римскому праву) житейское отношеніе, регулированное правомъ, т. е. съ господствующей точки зрѣнія — правоотношеніе. Но *usus* также несомнѣнно есть юридическій фактъ, и выходитъ, что *usus* долженъ быть налицо раньше *usus*, какъ условіе для собственнаго появленія.

Изложенныхъ соображеній достаточно для того, чтобы признать господствующую теорію правоотношеній несостоятельною.

Но и воззрѣніе на правоотношеніе, какъ на сочетаніе обязанностей и правъ, т. е. обязанностей въ смыслѣ совре-

менной юриспруденціи и правъ въ смыслѣ ея ученій, не можетъ быть признано правильнымъ и представляетъ также наивно-реалистическое воззрѣніе; ибо, какъ видно изъ дальнѣйшаго изложенія, современныя ученія объ обязанностяхъ и правахъ имѣютъ тоже наивно-реалистическій характеръ и обладаютъ разными иными существенными пороками.

§ 27.

Ученія современныхъ юристовъ и моралистовъ о природѣ обязанностей.

„Что касается постановки ученія объ обязанностяхъ, то остается только констатировать, что это ученіе до сихъ поръ, строго говоря, совершенно отсутствуетъ. Кромѣ нѣкоторыхъ общихъ фразъ на тему о томъ, что обязанность есть пассивная сторона правоотношенія, и связанныхъ съ этимъ споровъ, что чему предшествуетъ — право ли обязанности или наоборотъ, и возможно ли существованіе обязанностей безъ корреспондирующихъ имъ правъ, литература ничего не даетъ“ (Гриммъ, Курсъ римскаго права, т. I, вып. 1, стр. 116) ¹⁾.

Къ этому можно прибавить, что и у философовъ и моралистовъ ученіе объ обязанностяхъ находится не въ лучшемъ положеніи. И юристы, и моралисты, и философы въ области практической философіи говорятъ на каждомъ шагу объ обязанностяхъ; но что такое обязанность, этотъ вопросъ обыкновенно обходится съ такою осторожностью, что изъ подлежащихъ сочиненій нельзя извлечь даже и приблизительнаго представленія о томъ, какъ авторы понимаютъ природу того, о чемъ они говорятъ; видно только, что они исходятъ изъ наивно-проекціонной точки, смотрятъ на обязанность, какъ на нѣчто реальное и находящееся тамъ, куда направляется проекція обязанностей, но какъ они понимаютъ природу этихъ представляемыхъ реальностей, не видно.

¹⁾ Впрочемъ, какъ видно изъ дальнѣйшаго, кое какія, хотя и весьма рѣдкія и скудные, указанія относительно природы обязанностей въ юридической литературѣ можно найти.

Лишь по исключенію у нѣкоторыхъ философовъ, моралистовъ и юристовъ встрѣчаются замѣчанія, болѣе ясно характеризующія ихъ воззрѣнія на существо обязанности.

Главное содержаніе соответственныхъ замѣчаній философовъ и моралистовъ сводится къ тому, что обязанность предполагаетъ наличность императива, высшаго велѣнія, обращающагося къ волѣ разумнаго существа, или наличность „двухъ волей“, одной—требующей чего-либо, другой—подчиненной или подчиняющейся первой волѣ. При этомъ одни (главнымъ образомъ моралисты) отождествляютъ обязанность съ подлежащимъ велѣніемъ¹⁾; другіе съ давленіемъ, „принужденіемъ“, исходящимъ отъ подлежащей высшей воли или высшаго велѣнія (напр. по мнѣнію Канта обязанность есть „понуженіе къ неохотно принимаемой цѣли“); третьи съ состояніемъ несвободы, связанности, „связанности нормою“ (Gebundenheit an die Norm) того, къ кому обращено велѣніе; четвертые съ самою связанною велѣніемъ волею (напр., по мнѣнію философа Гербарта, указывающаго на неясность понятія обязанности, послѣдней „свойственъ признакъ воли, находящейся подъ высшимъ велѣніемъ“; „Sollen“, долженствованіе, сводится разными нѣмецкими моралистами къ „Wollen“, къ соответственной волѣ); пятые съ самими дѣйствіями, предписываемыми императивами (вообще въ философіи и этикѣ смѣшеніе обязанностей съ ихъ предметами, дѣйствіями—довольно распространенное явленіе).

Таково же въ общемъ содержаніе и замѣчаній юристовъ о природѣ обязанностей. Только въ юридической литературѣ встрѣчаются добавленія о томъ, что на сторонѣ повелѣвающей „воли“ предполагается большая сила, власть заставить подчиниться и т. д. или, сверхъ того, угроза причиненія извѣстнаго зла на случай неисполненія и т. д. (ср. выше стр. 323)²⁾. Сообразно съ этимъ, то „принужденіе“, съ которымъ подчасъ отождествляются обязанности, въ замѣча-

¹⁾ Ср. напр., Kreibig, Werth-Theorie, 1902, стр. 26 («совокупность нормъ, велѣній и запрещеній, называется въ гетеропатической области социальными обязанностями»).

²⁾ Впрочемъ, подобныя же замѣчанія встрѣчаются и у моралистовъ, ср. напр., Giżycki, Moralphilosophie, 2-te Aufl. S. 146: Pflichten sind Handlungen (ср. выше о смѣшеніи моралистами обязанностей съ дѣйствіями), welche durch eine Strafe irgend welcher Art sanctionirt sind.

ніяхъ юристовъ объ обязанностяхъ получаетъ характеръ физическаго принужденія или психическаго принужденія, исходящаго отъ угрозы. Нѣкоторые, усматривая природу обязанностей вообще, въ томъ числѣ и нравственныхъ, въ психическомъ принужденіи (въ реакціи общественнаго мнѣнія и связанныхъ съ этимъ невыгодахъ), для юридическихъ обязанностей считаютъ существеннымъ присоединеніе и физическаго, механическаго принужденія ¹⁾. Тѣ, которые отождествляютъ обязанности не съ самимъ принужденіемъ, а съ состояніемъ того, кто находится подъ дѣйствіемъ принужденія, характеризуютъ нерѣдко правовыя обязанности, какъ „необходимость“ извѣстнаго поведенія (вслѣдствіе наличности физическаго принужденія или во избѣжаніе примѣненія угрозы ²⁾).

¹⁾ Ср. напр. Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit S. 80: Такимъ образомъ обязанность (т. е. обязанность вообще) есть социально-психическое принужденіе посредствомъ угрозы («Pflicht ist also socialpsychischer Zwang durch Drohung»); тамъ же S. 97: «правовая обязанность... должна быть разсматриваема, какъ вышнее принужденіе, подчиняющее сопротивляющихся» (Rechtspflicht... als äusserer Zwang, der den Widerstrebenden beugt, anzusehen). Въ области другихъ проблемъ и разсужденій этого автора проводится, повидному, подъ вліяніемъ изложеннаго мною въ «Lehre v. Einkommen» о мотивационномъ дѣйствіи права и необходимости соответственнаго психологическаго изученія, точка зрѣнія психической природы и психическаго, мотивационнаго дѣйствія права.

²⁾ Сообразно съ этимъ въ нѣмецкой литературѣ весьма часто встрѣчается характеристика правовыхъ обязанностей, какъ «Müssen», что означаетъ необходимость, неизбѣжность извѣстнаго поведенія.

Ясное и послѣдовательное проведеніе воззрѣнія на обязанности, какъ на необходимость подчиняться во избѣжаніе осуществленія угрозы (хотя и безъ опредѣленія понятія обязанностей), ср., между прочимъ, у Шершеневича, «Опредѣленіе понятія о правѣ» (авторъ проводитъ вообще въ особенно ясной, отчетливой и послѣдовательной формѣ господствующія въ новой юриспруденціи подъ вліяніемъ ученій Геринга этическія воззрѣнія). Такъ, по мнѣнію Шершеневича, люди «обязываются къ выполненію нормъ» въ силу «фактической зависимости, въ которой находится лица, къ которымъ обращаются нормы... нѣтъ обязанности безъ соответствующаго повелѣнія, сопровождаемаго угрозою зла» (стр. 23). «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 нравственныя нормы имѣютъ силу только для тѣхъ, кто фактически чувствуетъ на себѣ давленіе общественнаго мнѣнія той среды, гдѣ онъ находится».

Встрѣчается также и у юристовъ отождествленіе обязанностей съ волей того, къ кому обращены велѣнія. Такъ, по мнѣнію Бирлинга, обязанность представляетъ волю подчиняющагося чужой волѣ, признающаго соответствующую норму, велѣніе, или „выраженіе воли, принимающей отъ другого норму“¹⁾.

Встрѣчается и отождествленіе обязанностей съ соответственными дѣйствіями, поступками и у юристовъ²⁾.

Критика приведенныхъ, по большей части вскользь и безъ всякаго обоснованія высказываемыхъ мнѣній о природѣ обязанностей, въ отдѣльности, потребовала бы болѣе мѣста, чѣмъ это соответствуетъ значенію этихъ мнѣній. Поскольку они связаны съ теоріей нормъ, какъ „велѣній“, съ предпо-

¹⁾ Bierling, Principialehre, I. S. 171: wie letzterer (Rechtsanspruch) der Ausdruck des in bestimmter Beziehung für einen Anderen normgebenden Willens, so ist die Rechtspflicht der Ausdruck des entsprechenden, d. h. in derselben bestimmten Beziehung normnehmenden Willens. По поводу обязанностей вообще авторъ замѣчаетъ: «Во-первыхъ «обязанность» мыслима только по отношенію къ *чужой* (въ текстѣ подчеркнуто), по крайней мѣрѣ въ извѣстномъ отношеніи, волѣ; ибо всякая обязанность имѣетъ своимъ содержаніемъ долженствованіе въ общирномъ смыслѣ, императивъ, норму... Съ другой стороны, точно также несомнѣнно съ существомъ каждой обязанности относится своеобразная связанность соответствующею нормою (Gebundensein an die fragliche Norm), подчиненіе, покорность соответственной чужой волѣ».

Такъ какъ авторъ подъ свое понятіе признанія нормъ подводитъ не только добровольное, но и вынужденное, «добытое силою признаніе» (ср. тамъ же, стр. 46), то его понятіе обязанности не исключаетъ и «выраженія соответственной воли» подъ дѣйствіемъ насилія съ другой стороны, но существенный признакомъ правовыхъ обязанностей, какъ и права вообще, угрозы примѣненія силы и т. д. онъ не считаетъ.

²⁾ Между прочимъ, по мнѣнію Гримма (Курсъ римскаго права, т. I в. I стр. 123 и сл.): «конкретныя жизненные отношенія, поскольку они подходятъ подъ абстрактный типъ, разрѣшающій извѣстнаго рода дѣятельность, именуется *субъективными правами*; тѣ же конкретныя отношенія, поскольку они подходятъ подъ абстрактный типъ, предписывающій или возбраняющій извѣстнаго рода дѣятельность, именуется *обязанностями*». «Всякое жизненное отношеніе выражается въ извѣстномъ активномъ или пассивномъ поведеніи заинтересованныхъ лицъ въ примѣненіи къ подлежащимъ объектамъ... будемъ ли мы называть ихъ (жизненные отношенія) правами или обязанностями, они остаются и въ томъ и въ другомъ случаѣ тѣмъ, чѣмъ были,—конкретными жизненными отношеніями: и тутъ и тамъ мы имѣемъ дѣло съ извѣстными конкретными субъектами, конкретными объектами, конкретнымъ поведеніемъ первыхъ по отношенію ко вторымъ»; ср. тамъ же стр. 127: «соответствующіе акты воздѣйствія... именуется *правами*»; «мы подъ первыми (правоначіями) понимаемъ конкретныя акты пользованія, распоряженія...» и т. д.; стр. 129: «Для обозначенія входящихъ въ составъ отношеній долженствованія актовъ воздѣйствія... мы не располагаемъ другимъ терминомъ, кромѣ того же термина «обязанность», который, какъ мы видѣли, обозначаетъ и все отношеніе долженствованія въ цѣломъ».

ложеніемъ „двухъ воль“ и т. д. и падаютъ вмѣстѣ съ этой теоріей, къ нимъ относится изложенное выше о теоріи нормъ, какъ вѣдѣній. Независимо отъ этого, всёмъ имъ (какъ и вообще всёмъ разсужденіямъ философовъ, моралистовъ и юристовъ объ обязанностяхъ) свойственъ порокъ, заключающійся въ незнаніи проекціонной природы обязанностей и некритической вѣрѣ въ существованіе на сторонѣ тѣхъ (представляемыхъ) существъ, которымъ приписываются обязанности, чего-то реального, имѣющагося тамъ.

Всѣ они, не находя ничего реального, соответствующаго приписываемымъ обязанностямъ, ищутъ спасенія въ принятіи за некоемъ другихъ реальностей, ничего общаго съ обязанностями не имѣющихъ; они смѣшиваютъ обязанности, эмоциональныя проекціи, съ совершенно инородными (гетерогенными) реальными явленіями и имѣютъ поэтому характеръ наивно-реалистическихъ теорій. Вполнѣ естественное послѣдствіе этого основнаго недоразумѣнія и симптомъ его представляетъ то обстоятельство, что разные философы, моралисты и юристы смѣшиваютъ съ обязанностями весьма различныя между собою вещи: 1) вѣдѣнія, 2) психическое или физическое принужденіе, 3) состоянія того, кто находится подъ дѣйствіемъ вѣдѣній, угрозъ и т. п., 4) волю этихъ субъектовъ, 5) ихъ дѣйствія (коллекція всего того, что можно было уловить, какъ реальное, и смѣшать съ нимъ неуловимое—обязанности).

Поскольку то реальное, которое каждую изъ подлежащихъ теорій найдено, бываетъ далеко не вездѣ и не всегда при наличности обязанностей, о чемъ, послѣ всего изложеннаго выше о природѣ нравственности и права, представляется излишнимъ подробно распространяться, подлежащія теоріи, предполагающія всегдашнюю наличность подлежащаго реального, страдаютъ, сверхъ порока абсолютной ложности, порокомъ прыганія. Между прочимъ, уже принятіе во вниманіе того, что субъектами обязанностей въ области правовой и нравственной правовой психики бываютъ божества, духи усопшихъ и т. п., показало бы полную и поразительную неспособность всёхъ существующихъ теорій обязанностей, приноровленныхъ спеціально къ обязанностямъ людей и имѣющихъ характеръ явно прыгающихъ теорій по отношенію къ обязанностямъ разныхъ человеческихъ существъ. Впрочемъ, и въ болѣе узкой, частичной области человеческихъ обязанностей, эти теоріи все еще страдаютъ порокомъ прыганія; мы приписываемъ на каждомъ шагѣ себѣ и другимъ людямъ разныя правовыя обязанности и при отступленіи

какихъ бы то ни было велѣній, угрозъ и т. п., и независимо отъ того, знаетъ ли обязанный объ этомъ, имѣеть ли онъ соотвѣтственную «волю» (между прочимъ, «воля» является преходящимъ психическимъ явленіемъ, а обязанности—чѣмъ-то длительнымъ, существующимъ не только тогда, когда обязанный объ этомъ думаетъ и проч.), и т. д.

Поскольку авторы подлежащихъ теорій обязанностей для того, чтобы находить существованіе утверждаемаго реальнаго и тамъ, гдѣ его нѣтъ (напр., велѣній и тамъ, гдѣ въ дѣйствительности нѣтъ повелѣвающихъ, «признанія» этихъ велѣній, подчиненія воли т. п., гдѣ этого въ дѣйствительности нѣтъ), съ помощью разныхъ умственныхъ операций конструируютъ наличность соотвѣтственныхъ представляемыхъ вещей, ихъ теоріи имѣють фантастическій, наивно-конструктивный характеръ (Введеніе § 2).

Поскольку нѣкоторые авторы, не находя въ области извѣстныхъ обязанностей того реальнаго, въ чемъ они усматриваютъ существо обязанности (не удастся построить наивно-реалистической теоріи) и не считая возможнымъ восполнить подлежащій недостатокъ съ помощью соотвѣтственной фантастической конструкціи (не удастся и построеніе наивно-конструктивной теоріи), не вѣрятъ въ самыя обязанности, рѣшаются отрицать эти обязанности, — подлежащія ученія имѣють характеръ наивно-нигилистическихъ теорій (Введеніе § 2).

Такъ, напр., Бирлингъ, обративъ вниманіе на то, что вѣдь правовыя обязанности приписываются не только взрослымъ и психически нормальнымъ людямъ, по адресу которыхъ ему (автору), по его мнѣнію, удастся конструировать наличность «признапія» подлежащихъ нормъ и обязанностей, а, напр., и дѣтямъ, умалишеннымъ (напр., имущественные долги), а также разнымъ, такъ называемымъ, юридическимъ лицамъ (ср. ниже), напр., казнѣ, земствамъ, городамъ и проч.,—прибѣгаетъ къ героическому средству отрицанія соотвѣтственныхъ обязанностей въ формѣ признанія ихъ только «фиктивными» и говоритъ сообразно съ этимъ о «фиктивныхъ», «полу-фиктивныхъ» правоотношеніяхъ и т. д. (полу-фиктивными, напр., оказываются правоотношенія между гражданами и казною, такъ какъ казна не имѣеть своей особой воли и т. д.)¹⁾

Сюда же относится отрицаніе со стороны нѣкоторыхъ юристовъ правовыхъ обязанностей монарха изъ-за непримѣяемости къ нему мѣръ принужденія и т. п.²⁾

Въ виду того, что, какъ видно изъ изложеннаго, въ теперешней наукѣ не достигнуто еще научное понятіе обязанностей вообще, какъ высшаго рода, обнимающаго нравственныя и правовыя

¹⁾ Bierling, назв. соч., стр. 172 и сл.

²⁾ Ср. также выше стр. 356 прим.—отрицаніе обязанностей подданныхъ, поскольку они недостижимы для представителей государственной власти.

обязанности, сравнительно незначительнымъ недостаткомъ современнаго ученія объ обязанностяхъ является то обстоятельство: 1) что нѣтъ научной классификаціи обязанностей вообще (напр., религіозныя обязанности, конвенціональныя, соответствующія «нравамъ», обязанности считаются за что-то еродное и отличное отъ нравственныхъ и правовыхъ обязанностей, къ каковой классификаціи примѣнны возраженія, приведенныя выше, стр. 253 и сл.) 2), нѣтъ научнаго опредѣленія специфической природы, специфическихъ признаковъ (*differentia specifica*), отличающихъ правовыя обязанности отъ нравственныхъ (о несостоятельности признака угрозъ и принужденія ср. выше § 19).

§ 28.

Ученія современныхъ юристовъ о природѣ правъ въ субъективномъ смыслѣ.

Между тѣмъ какъ проблема о природѣ обязанностей обыкновенно обходится молчаніемъ, проблема о природѣ правъ въ субъективномъ смыслѣ (правопритязаній, правомочій) весьма оживленно обсуждается въ наукѣ права и считается, наряду съ вопросомъ о существѣ права вообще (т. е. права въ объективномъ смыслѣ), интереснѣйшею, важнѣйшею и труднѣйшею проблемою науки о правѣ; она породила обильную, отчасти весьма остроумную и глубокомысленную, литературу; но тоже является до сихъ поръ спорнымъ вопросомъ, нерѣшенной проблемою.

Разныя предложенныя до сихъ поръ попытки опредѣленія существа правъ принято сводить къ двумъ основнымъ воззрѣніямъ: къ теоріи воли, ученіямъ, усматривающимъ существо правъ въ волѣ, и къ теоріи интересовъ, ученіямъ, усматривающимъ существо правъ въ интересахъ людей, охраняемыхъ правомъ въ объективномъ смыслѣ.

1. Теорія воли пользовалась рѣшительнымъ господствомъ до второй половины XIX вѣка и находитъ еще и теперь много авторитетныхъ сторонниковъ, но преобладающую роль въ новой юриспруденціи играетъ теорія интересовъ.

Формулы опредѣленія природы правъ съ точки зрѣнія волевой теоріи разнообразны: право есть воля частнаго лица, возведенная въ общую волю;—частная воля, признаваемая общою волею, или правомъ въ объективномъ смыслѣ;—со-

впадающая съ общемою волею (съ правомъ въ объективномъ смыслѣ);—воля, надѣленная господствомъ надъ известнымъ объектомъ со стороны права въ объективномъ смыслѣ;—известное содержаніе воли, о которомъ правопорядокъ въ конкретномъ случаѣ высказываетъ, что оно можетъ быть осуществлено по отношенію ко всѣмъ другимъ волямъ; воля, содержаніе которой составляетъ норма права, и т. п. ¹⁾.

2. Противъ волевой теоріи выступилъ Іерингъ ²⁾. Возраженія его состоятъ въ слѣдующемъ:

а. „Воля не есть цѣль и движущая сила правъ; понятіе воли и власти не въ состояніи доставить намъ практическое пониманіе правъ“. Съ точки зрѣнія волевой теоріи, право является „ареной для движеній и упражненія воли, воля есть органъ, путемъ котораго человѣкъ пользуется своимъ правомъ, пользование правомъ состоитъ въ томъ, что онъ ощущаетъ радость и прелесть власти, ощущаетъ удовлетвореніе въ томъ, что онъ совершаетъ актъ воли, напримѣръ, уступаетъ другому свое обязательственное право, закладываетъ свою вещь и этимъ показываетъ, что онъ—субъектъ воли“.

Но, помѣщая право въ возвышенной сферѣ воли, эта теорія игнорируетъ болѣе настоятельные и реальныя интересы и реальное значеніе права. Не ради формальнаго господства воли и удовольствія совершать волевые акты даются людямъ права, а ради осуществленія и защиты ихъ реальныхъ интересовъ.

б. „Если бы воля была цѣлью права, то какой смыслъ имѣли бы права въ рукахъ лицъ, лишенныхъ воли (дѣтей, умалишенныхъ) ³⁾. Они бы вовсе не могли достигнуть своей

¹⁾ По мнѣнію Бирлинга (Principienl. I. S. 161) правопритязаніе (по его терминологіи общее имя для всѣхъ правъ) есть «могущая быть выраженной въ императивной формѣ воля (желаніе, Begehren), содержаніе которой составляетъ норму права, т. е. норму, которая не только направлена субъектомъ воли къ одному или нѣсколькимъ другимъ, но также одновременно этимъ другими признается, какъ подлежащая съ ихъ стороны исполненію, другими словами, какъ ихъ обязанность».

²⁾ Въ третьемъ томѣ, §§ 60, 61, своего знаменитаго труда: *Geist des römischen Rechts*.

³⁾ Официальное право игнорируетъ договоры и пнія юридическія дѣйствія малолѣтнихъ и душевно-больныхъ, не признаетъ соответственныхъ обязанностей и правъ. По терминологіи юриспруденціи, договоры суть «волеизъявленія», дѣйствія вообще—«волевые акты». Отсюда у пред-

цѣли—очки для слѣпыхъ. Если бы правоспособность, способность имѣть права, совпадала съ волеспособностью, то какъ съ этимъ согласовать тотъ фактъ, что все извѣстныя права не только признають и защищаютъ тѣлесную невредимость и жизнь дѣтей и сумасшедшихъ, но и признають за ними съ незначительными измѣненіями ту же сферу способности къ имущественнымъ правамъ, какъ и за способными къ волевымъ актамъ субъектами. Отвѣтъ, будто законъ признаетъ въ нихъ будущую волеспособность, защищаетъ зародышъ воли, представляетъ жалкій изворотъ. Не говоря уже о тѣхъ случаяхъ, гдѣ такое предположеніе свелось бы просто къ фикціи, какъ, напримѣръ, въ случаѣ кретинизма и неизлѣчимаго умопомѣшательства, приведенное соображеніе о будущемъ наступленіи волеспособности оправдывало бы развѣ только защиту личности, какъ таковой, но не пріобрѣтеніе конкретныхъ имущественныхъ правъ, напр., наслѣдства. Самое большое, можно было бы допустить отерочку пріобрѣтенія до появленія волеспособности“. Дѣло объясняется просто съ точки зрѣнія реальныхъ потребностей и интересовъ. „Тѣ потребности, которыя неразрывно связаны съ живою природою человѣка, и удовлетвореніе которыхъ въ обезпеченной формѣ права составляетъ одну изъ первѣйшихъ цѣлей всехъ субъективныхъ правъ, эти потребности свойственны дѣтямъ и сумасшедшимъ не въ меньшей степени, какъ и всемъ другимъ, и такъ какъ они сами не въ состояніи заботиться объ ихъ удовлетвореніи, то тѣмъ болѣе это задача государства. Тѣ абстрактные субъекты права (волевой теоріи), существованіе коихъ начинается лишь съ момента наступленія способности имѣть волю, положимъ, такъ удачно устроены, что они не обладаютъ желудкомъ—органомъ, черезъ посредство котораго живые люди прежде всего приходятъ въ соприкосновеніе съ внѣшнимъ міромъ, но они и не суть жи-

ставителей официальной юриспруденціи представленіе, что у подлежащихъ индивидовъ нѣтъ «волн», «willenlose Personen», какъ выражается Терингъ. Съ психологической точки зрѣнія это, конечно, неправильно. Такъ какъ по своеобразной «психологіи» юриспруденціи у этихъ субъектовъ нѣтъ волн, а право волевой теоріей отождествляется съ волею, то и получается аргументъ противъ волевой теоріи. Вирлингъ обезвреживаетъ этотъ аргументъ посредствомъ объявленія соответственныхъ правъ (какъ и обязанностей) малолѣтнихъ, тоже отождествленныхъ имъ съ «волею» несуществующими, только фиктивными. Ср. выше стр. 359.

вые люди“. Съ точки зрѣнія волевой теоріи „въ случаѣ дѣтей и умалишенныхъ истиннымъ управомоченнымъ былъ бы ихъ опекунъ, ибо онъ распоряжается имуществомъ, ему одному достается то идеальное наслажденіе, которое по волевой теоріи составляетъ цѣль правъ: высокое наслажденіе предпринимать волевые акты“.

в. „Если конечная цѣль права заключается въ волю, то всѣ договоры, не заключающіе въ себѣ ничего недозволеннаго и безнравственнаго, должны были бы имѣть обязательную силу... Стало быть, договоръ, который возлагаетъ какое-либо ограниченіе на одно лицо безъ малѣйшей пользы для другого, напр., договоръ, чтобы кто-нибудь не продавалъ своего участка, не брался бы за извѣстныя занятія, былъ бы вполнѣ дѣйствительнымъ. То обстоятельство, что взявшій съ другого такое обѣщаніе не могъ бы указать ни малѣйшаго интереса для себя въ соблюденіи договора, не имѣло бы никакого значенія. Ибо къ чему такой интересъ? Цѣль права состоитъ вѣдь въ господствѣ воли, а господство надъ волей другого я осуществляю, если я имѣю право принудить его къ извѣстнымъ дѣйствіямъ и воздержаніямъ, все равно имѣютъ ли эти дѣйствія и воздержанія какой-либо интересъ для меня или нѣтъ: то духовное наслажденіе правомъ, которымъ довольствуется волевая теорія, радость по поводу власти, какъ таковой, удовольствіе проводить свою волю, въ обоихъ случаяхъ одинаково имѣетъ мѣсто“. Такой „волевой формализмъ“ былъ чуждъ римскому праву, которое договоры, въ случаѣ отсутствія интереса, признавало ничтожными. „Права существуютъ не для того, чтобы осуществить идею абстрактной „правовой воли“, а для того, чтобы служить интересамъ, потребностямъ, цѣлямъ оборота“.

Вмѣсто понятія воли для построенія теоріи права въ субъективномъ смыслѣ слѣдуетъ неходить изъ понятія интереса. „Субъективное право состоитъ изъ двухъ элементовъ, изъ элементовъ субстанціального, матеріальнаго, въ которомъ заключается практическая цѣль субъективнаго права, а именно пользы, выгоды, прибыли, которая должна быть обезпечена правомъ, и изъ элемента формальнаго, который относится къ упомянутой цѣли какъ средство, а именно изъ правовой защиты, иска. Первый есть ядро, второй—охраняющая скор-

лупа. Первый самъ по себѣ является основаніемъ лишь фактическаго состоянія пользы, пользованія, фактическаго интереса (*factisches Interesse*) и всегда безъ дальнѣйшихъ послѣдствій можетъ быть прекращенъ всякимъ, кто это фактически можетъ сдѣлать. Этотъ характеръ случайности, непрочности этого состоянія прекращается лишь вслѣдствіе того, что законъ беретъ его подъ свою защиту: пользованіе или надежда на такое вслѣдствіе этого дѣлаются обеспеченными, дѣлаются правомъ. Понятіе права основывается на юридической обеспеченности пользованія, права суть *юридически защищенные интересы*“.

„Всякое право гражданскаго права существуетъ для того, чтобы доставлять человѣку извѣстную выгоду, чтобы удовлетворять его потребности, его интересы, его цѣли... Эта цѣль относится ко всѣмъ правамъ, имѣемъ ли мы дѣло съ имущественными или личными правами; всѣ они должны мнѣ доставлять извѣстную услугу, извѣстную пользу, выгоду, какъ свобода, такъ и собственность, какъ бракъ, такъ и обязательственное право— „нѣтъ права безъ цѣли и пользы, благо и право не должны противопоставляться другъ другу, они находятся въ необходимой связи другъ съ другомъ (*Abreus*)“... Какъ бы различны ни были въ отдѣльныхъ случаяхъ права и интересы, во всякомъ случаѣ каждое допущенное *in thesi* право содержитъ выраженіе признаннаго законодателемъ съ точки зрѣнія его времени достойнымъ и нуждающимся въ защитѣ интереса“.

„Второй моментъ права есть правовая защита— права суть защищаемые правомъ интересы, право есть правовая обеспеченность пользованія“.

Имѣя въ виду гражданскія права, авторъ далѣе добавляетъ еще то положеніе, что управомоченному самому ввѣрена защита его интереса, что онъ въ этомъ отношеніи не зависитъ отъ милости другого, а можетъ защищаться по собственной инициативѣ, путемъ иска, т. е. обращенія къ гражданскому суду, обязанному доставить ему защиту его права. Такимъ образомъ право можно опредѣлить „какъ самозащиту интереса“.

Такъ какъ послѣдній пунктъ относится только къ гражданскому праву, то сторонники теоріи Иеринга при опредѣ-

леніи права въ субъективномъ смыслѣ вообще его устраняють. Остается общее опредѣленіе права: право въ субъективномъ смыслѣ есть защищенный юридически (защищаемый объективнымъ правомъ) интересъ.

Что касается упрековъ Гегеля по адресу волевой теоріи и особенностей его теоріи интересовъ, то слѣдуетъ замѣтить:

Поскольку нѣкоторые представители волевой теоріи имѣли въ виду выразить то положеніе, что цѣлью, задачей субъективныхъ правъ является доставленіе воли и поведенію людей извѣстной сферы господства и свободы, то они, конечно, имѣли въ виду не забаву упражненія воли или безсмысленный произволь, а „разумную свободу“; подъ свободой, дозволенностью или господствомъ воли разумѣется, конечно, не свобода дѣлать что угодно, напр., убивать, грабить и т. п., а дозволенность или господство воли опредѣленнаго содержанія, въ опредѣленныхъ разумныхъ предѣлахъ, устанавливаемыхъ объективнымъ правомъ. Поэтому, между прочимъ, и замѣчанія Гегеля о договорахъ не имѣютъ серьезнаго значенія.

Поскольку односторонне выдвигалась идея свободы въ смыслѣ задачи и идеала права, то здѣсь упрекъ въ формализмъ (который традиціонно повторяется противъ теоріи воли и свободы) совершенно неумѣстенъ, а можно лишь говорить именно объ односторонности, объ одностороннемъ идеализмѣ, о томъ, что право должно служить осуществленію и иныхъ или иныхъ благъ, нежели свободы, что практичнѣе имѣть въ виду желудокъ и карманъ, нежели свободу и т. д. Какъ предпочтеніе художественнаго произведенія, симфоніи, прекраснаго вида и т. п. куску колбасы нельзя назвать формализмомъ, такъ нельзя признать удачнымъ упрекъ въ формализмъ противъ теоріи воли и свободы.

Но вообще разсужденія о томъ, какова задача и цѣль субъективныхъ правъ, не относятся къ теоретической темѣ опредѣленія понятія права въ субъективномъ смыслѣ, правопритязанія.

Поскольку Гегель существо волевыхъ теорій толкуетъ въ смыслѣ положенія: воля, наслажденіе актами воли или т. п. есть цѣль субъективныхъ правъ, — онъ долженъ былъ

бы отвергнуть эти теории просто указаніемъ, что вопросъ идетъ о существѣ правъ, какъ таковыхъ, а не о томъ, для какихъ цѣлей человѣческихъ права устанавливаются и т. п. Между тѣмъ, онъ споритъ противъ приписанныхъ имъ противникамъ взглядовъ на цѣль правъ и на этой же методологически ошибочной почвѣ, въ частности на почвѣ смѣшенія теоретической и практической точки зрѣнія, строитъ свою теорію. При этомъ, развивая свою теорію съ точки зрѣнія „цѣли“ субъективныхъ правъ, онъ не различаетъ ясно, въ какомъ смыслѣ выступаетъ понятіе „цѣли“ въ его теоріи. Рѣчь идетъ то о задачахъ, которымъ субъективныя права, по мнѣнію автора, должны удовлетворять, то о практическомъ результатѣ существованія субъективныхъ правъ, то о цѣлевыхъ соображеніяхъ законодателей. Что этихъ точекъ зрѣнія не слѣдуетъ смѣшивать и что все онѣ должны быть отвергнуты въ области теоретическаго опредѣленія правовыхъ явленій, видно уже изъ соображеній, высказанныхъ выше по поводу опредѣленія права въ объективномъ смыслѣ (§ 23) ¹⁾.

Но формулы опредѣленія права въ субъективномъ смыслѣ съ точки зрѣнія воли обыкновенно являются не выраженіемъ только воззрѣнія ихъ авторовъ на цѣль правъ, и тѣмъ менѣе тѣхъ страннѣхъ воззрѣній, о которыхъ говоритъ Герингъ, а дѣйствительными (хотя и неудачными, какъ увидимъ ниже)

¹⁾ Но нельзя не отмѣтить, что соответственныя разсужденія Геринга вводятъ въ его теорію явное противорѣчіе. Понятія: пользованіе, выгода, интересъ, которые онъ рогнѣе употребляетъ, выставляются у него то какъ «субстанція», «ядро» правъ (напр., въ опредѣленіи: «права суть защищаемыя правомъ интересы»), то какъ цѣль правъ или даже играютъ въ одномъ и томъ же положеніи обѣ роли: роль цѣли и роль составнаго элемента самихъ правъ (напр., въ положеніи: «право въ субъективномъ смыслѣ состоитъ изъ двухъ элементовъ, изъ элемента субстанціального, въ которомъ заключается практическая цѣль субъективнаго права, а именно пользы, выгоды» и т. д.). Но цѣлью чего-нибудь можетъ быть лишь нѣчто будущее по отношенію къ нему, нѣчто не существующее, а лишь подлежащее достиженію; такъ что одно и то же у Геринга является то наличнымъ въ правѣ (какъ его составная часть или «матеріальное» ядро), то лишь будущимъ по отношенію къ праву, какъ средству для достиженія этого будущаго. Неясности и путаница понятій возникаютъ также вслѣдствіе того, что столь различныя понятія, какъ интересъ, пользованіе, благо и т. п. у него смѣшиваются и употребляются одно вмѣсто другого (ср., напр., замѣчаніе «первый», т. е. субстанціальный моментъ права, является основаніемъ лишь фактическаго состоянія пользы, пользованія—фактическаго интереса,—которое всегда безъ дальнѣйшихъ послѣдствій можетъ быть прекращено всякимъ)... Но дѣйствіе или состояніе пользованія и интересъ («фактический интересъ») совершенно различныя понятія.

опредѣленіями существа субъективныхъ правъ, какъ таковыхъ.

Представители волевой теоріи опредѣляютъ, независимо отъ ихъ воззрѣній на цѣли права и правъ въ субъективномъ смыслѣ, само правомочіе (а не цѣль его, пользу и т. д.), какъ частную волю, которая совпадаетъ съ общей волей (соотвѣтствуетъ нормамъ объективнаго права) и т. п.; такъ что отрицательныя и ироническія замѣчанія Геринга о волѣ, какъ цѣли права, никакого значенія для критики волевой теоріи субъективнаго права не имѣютъ и ея не опровергаютъ.

Съ другой стороны, и теорія интересовъ сохраняетъ свое значеніе теоріи существа правъ, поскольку мы отбросимъ, какъ негодный матеріалъ, разсужденія Геринга о цѣляхъ, практическомъ значеніи etc. правомочій и остановимся на формулѣ: права суть защищаемые объективнымъ правомъ интересы, какъ на опредѣленіи правомочій, самихъ по себѣ. Право само по себѣ (а не цѣль его) есть интересъ, интересъ особаго рода, а именно защищаемый объективнымъ правомъ.

Но и въ такомъ видѣ, освобожденномъ отъ чуждыхъ проблемъ и затемняющихъ вопросъ соображеній, какъ теорія воли, такъ и теорія интересовъ должны быть отвергнуты и притомъ по общимъ для обѣихъ соображеніямъ, такъ какъ онѣ представляютъ однородныя недоразумѣнія, заключають въ себѣ однородныя ошибки ¹⁾.

¹⁾ Воля и интересъ съ научно-психологической точки зрѣнія, конечно, принципиально различныя явленія. Но примѣнять научно-психологическіе критеріи къ выраженіямъ и понятіямъ современной юриспруденціи, которая вообще съ психологіей незнакома, не приходится. Тѣ смутныя и не соответствующія природѣ воли въ психологическомъ смыслѣ представленія о «волѣ», которыя играютъ большую роль въ современной юриспруденціи, и соответственныя представленія объ «интересахъ» какого-либо отчетливаго и яснаго различія между собою не заключаютъ и нерѣдко примѣняются юристами одно вмѣсто другого, какъ равнозначныя. Между прочимъ, Вирлингъ, отождествляющій права съ волею управомоченныхъ, готовъ называть ихъ и интересами. Такъ, по поводу отношенія правъ къ интересамъ онъ замѣчаетъ (назв. соч. стр. 167): «Право (правопритязаніе) представляетъ не такой «интересъ», къ которому объективное право только приходитъ со своею защитой, а такой интересъ, который могъ по своей природѣ сдѣлаться правомъ и фактически сдѣлался правомъ». Если, несмотря на такую неясность психологическихъ представленій, въ частности на отсутствіе яснаго и отчетливаго сознанія различія воли и интересовъ, появленіе теоріи интересовъ произвело «революцію» и составило «эпоху» въ юриспруденціи, какъ великое открытіе, то это объясняется тѣмъ, что представленіе «интересъ» связано съ представленіемъ особой «практичности», «реальности» и т. д.

Что какъ воля, такъ и интересъ суть чуждыя, постороннія для существа права въ субъективномъ смыслѣ явленія, не трудно каждому юристу убѣдиться (съ точки зрѣнія данныхъ и понятій современной юриспруденціи, безъ пользованія положеніями психологической теоріи права), предложивъ себѣ, напр., такіе вопросы:

а. Прекращаются ли права, напр., право собственности, права дѣтей по отношенію къ родителямъ, мужа по отношенію къ женѣ и обратно и т. п., вслѣдствіе того, что на сторонѣ управомоченнаго прекращается „интересъ“, заинтересованность въ правѣ или „воля“ пользоваться соотвѣтственнымъ правомъ, или даже появляется интересъ, направленный на прекращеніе этихъ правъ, появляется желаніе, можетъ быть, напряженная воля прекратить существованіе этихъ правъ? Всякій юристъ, не задумываясь, отвѣтитъ отрицательно. Есть такія права, которыми субъектъ ихъ вообще не можетъ распоряжаться, такъ что и прекратить ихъ онъ не можетъ при всемъ своемъ желаніи и заинтересованности въ прекращеніи. Отъ нѣкоторыхъ другихъ правъ можно освободиться лишь при извѣстныхъ исключительныхъ условіяхъ, напр., отъ правъ мужа или жены можно освободиться лишь при наличности особыхъ основаній для развода; при отсутствіи этихъ основаній никакой интересъ въ прекращеніи этихъ правъ, никакія старанія и хлопоты не помогутъ. Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда заинтересованный въ прекращеніи своего права субъектъ можетъ свободно имъ распоряжаться, для прекращенія права обыкновенно требуется совершеніе разныхъ дѣйствій, подчасъ соблюденіе сложныхъ и тягостныхъ формальностей (составленіе письменнаго акта, внесеніе прекращенія права въ поземельныя, ипотечныя книги и т. п.). Однимъ словомъ, несомнѣнно съ юридической точки зрѣнія, что наши права могутъ продолжаться и перѣдко продолжаютъ вопреки нашей волѣ и нашимъ интересамъ, а во всякомъ случаѣ при отсутствіи съ нашей стороны соотвѣтствующаго содержанію права интереса или направленія воли.

б. Является ли необходимымъ условіемъ для пріобрѣтенія права интересъ пріобрѣтающаго въ томъ, чтобы сдѣлаться управомоченнымъ, или воля пріобрѣсть данныя правомочія?

Отнюдь нѣтъ. Есть масса случаевъ, обширныя категоріи способовъ пріобрѣтенія правъ, которыя по природѣ своей воплощаютъ и наглядно доказываютъ возможность пріобрѣтенія права не только безъ соотвѣтственной воли и интереса, но даже вопреки имъ. Сюда, напр., относятся тѣ случаи пріобрѣтенія правъ, которые состоятъ въ возникновеніи извѣстнаго права для насъ влѣдствіе дѣйствія силъ природы, не управляющейся о нашей волѣ и интересѣ. Напр., собственникъ земли пріобрѣтаетъ право собственности на разные продукты почвы, въ томъ числѣ и на такіе, появленіе коихъ для него весьма неинтересно и нежелательно, напр., вредныя для полезныхъ растений или скота, или опасныя для людей растенія, ядовитые грибы и ягоды, паразитныя растенія, сорныя травы, плевелы; ему принадлежитъ право собственности на буреломъ, гниющій валежникъ, хворостъ, хотя бы онъ не только не былъ заинтересованъ въ наличности этихъ предметовъ, но даже желалъ бы ихъ скорѣйшаго исчезновенія. По тѣмъ правамъ, которыя признаютъ право собственности на дичь, находящуюся на участкѣ, собственникъ земли пріобрѣтаетъ право собственности на зайцевъ и другихъ дикихъ животныхъ, прибѣжавшихъ въ его лѣсъ или садъ, хотя это, можетъ быть, весьма нежелательныя для него предметы собственности. Пронеходящія влѣдствіе дѣйствія вулканическихъ или нептуническихъ силъ приращенія къ участку (появленіе острова, увеличеніе участка влѣдствіе примоя земляныхъ частицъ и т. п., пріобрѣтеніе права собственности влѣдствіе *avulsio, alluvio, insula nata* etc.) дѣлаются предметомъ собственности хозяина участка, хотя, можетъ быть, такое пріобрѣтеніе права собственности для него вовсе нежелательно (напр., влѣдствіе податныхъ соображеній) и т. д. Есть, да-лѣе, цѣлыя категоріи случаевъ пріобрѣтенія правъ влѣдствіе событій, происшедшихъ въ лицѣ другихъ людей, независимо не только отъ желаній и интересовъ пріобрѣтающаго, но и отъ воли, желанія этихъ другихъ лицъ. Сюда, напр., относится пріобрѣтеніе наслѣдственныхъ правъ или правъ на обезпеченіе, пенсію, страховую сумму и т. д. влѣдствіе смерти другого лица. Но особенно наглядное и интересное свидѣтельство противъ волевой теоріи и теоріи интересовъ содержатъ тѣ права, которыя (какъ, напр., древнее римское

право) знаютъ институтъ принудительнаго наслѣдованія (*suī et necessarij heredes римскаго права*); въ силу его нѣкоторымъ лицамъ противъ ихъ воли и интересовъ навязывается совокупность правъ и обязанностей (долговъ) умершаго, такъ что пріобрѣтеніе наслѣдства можетъ означать для нихъ имущественное разореніе, избѣгнуть котораго они не могутъ, ибо отреченіе отъ наслѣдственнаго права для нихъ не допускается. Но и по другимъ правамъ, которыя этого строгаго института не знаютъ и допускаютъ отреченіе отъ наслѣдства, весьма возможно и случается окончательное пріобрѣтеніе комплекса насл. правъ и вмѣстѣ съ тѣмъ обязанностей противъ воли и желанія, по оплошности, вслѣдствіе несоблюденія извѣстныхъ формальностей и т. д. Далѣе, есть не мало случаевъ пріобрѣтенія правъ вслѣдствіе распоряженія другихъ лицъ, не справлявшихся о нашей волѣ и нашихъ интересахъ. Напримѣръ, по нѣкоторымъ правамъ, особенно прошедшаго времени, права мужа или жены, какъ мы упомянули выше, навязывались нежелающимъ и вовсе не заинтересованнымъ въ ихъ пріобрѣтеніи, такъ что пріобрѣтеніе этихъ правъ не разъ сопровождалось плачемъ и рыданіемъ или даже самоубійствомъ. Въ приведенномъ выше (стр. 348) примѣрѣ легата, распоряженія въ завѣщаніи въ пользу лица, находящагося за океаномъ, легатарій пріобрѣтаетъ право, независимо отъ своей воли и желанія; напримѣръ, если американцу, не знающему русскаго языка и не желающему учиться греческому, отказанъ въ завѣщаніи учебникъ греческаго языка, написанный по-русски, или старыя туфли, тѣмъ не менѣе легатарій пріобрѣтаетъ право на легатъ, не только при полномъ отсутствіи заинтересованности въ этомъ правѣ, но даже не зная о его возникновеніи (юристами и т. д. приписывается ему соответственное право). Далѣе, и такія права, которыя обыкновенно пріобрѣтаются путемъ соответственнаго „выраженія воли“ пріобрѣтающаго, все-таки часто *ignorantibus et volentibus quaeruntur* (пріобрѣтаются независимо отъ знанія и желанія) въ томъ случаѣ, если они пріобрѣтаются для насъ нашимъ представителемъ (ср. выше § 8). Положимъ, обыкновенно, мы добровольно даемъ полномочіе на представленіе насъ въ юридическихъ дѣлахъ, но есть и представительство принудительное, навязанное, напримѣръ, въ

случаѣ расточительства можетъ быть расточителю противъ его воли назначенъ опекунъ, который и пріобрѣтаетъ для опекаемаго права, подчасъ не справляясь о томъ, желаетъ ли тотъ пріобрѣсть данное право, заинтересованъ ли онъ въ пріобрѣтеніи.

Коллекцію доказательствъ возможности и наличности правъ, лишенныхъ субстрата, состоящаго въ волѣ или интересѣ, или противныхъ волѣ и интересу управомоченнаго, можно было бы *ad libitum* увеличить; но и приведенныхъ вполне достаточно для обоснованія положенія:

Объ теоріи, какъ теорія воли, такъ и теорія интересовъ, видятъ существо правъ въ томъ, что не только не составляютъ существа ихъ, но даже не всегда сопровождаютъ послѣднія (порокъ прыганія).

Съ другой стороны, не трудно убѣдиться въ томъ, что рядомъ съ нежелательными и неинтересными для управомоченнаго правами, на ряду съ правами безъ „воли“ и „интереса“, могутъ существовать: частная воля, „признанная“ другими или „общей волей“, дозволенная или господствующая на основаніи объективнаго права воля, или „защищаемый объективнымъ правомъ интересъ“ — безъ наличности права.

Напримѣръ, по тѣмъ официальнымъ правамъ, которыя знаютъ рабство, рабъ является вообще безправнымъ существомъ. Но если стать на точку зрѣнія теоріи воли или теоріи интересовъ, охраняемыхъ объективнымъ правомъ, то окажется, напротивъ, что рабы имѣютъ множество правъ. Интересъ раба въ томъ, чтобы его не убивали, не отравляли, чтобы не ломали ему рукъ и ногъ, чтобы его не ограбили въ пути (если господинъ отпустилъ его къ родственнымъ или даль торговое порученіе), чтобы ему произвольно не препятствовали ѣхать или идти по улицѣ, его интересъ или желаніе, чтобы торговецъ, продавшій ему въ пути съѣстные припасы и взявшій деньги, дѣйствительно далъ купленный товаръ...—вѣдь пользуются „защитой объективнаго права“. Разбой, ограбленіе путешественниковъ, кража и т. д. запрещаются правомъ и преслѣдуются и въ томъ случаѣ, если разбойникъ или грабитель началъ на раба. Объективное право доставляетъ господство волѣ раба ѣхать безпрепятственно

въ сосѣдній городъ, охраняеть его интересъ въ сохраненіи взятаго на дорогу или въ полученіи купленнаго въ пути провіанта, а между тѣмъ никакой юристъ изъ этого не заключить, что въ данномъ примѣрѣ дѣло идетъ о правахъ раба. Такой выводъ сочли бы ересью и приверженцы волевой теоріи или теоріи интересовъ, несмотря на свое теоретическое воззрѣніе на существо субъективнаго права. Они бы разъяснили, что въ приведенномъ примѣрѣ дѣло идетъ частью о правахъ господина раба, частью о правахъ государства. Государство имѣеть притязаніе на то, чтобы въ предѣлахъ его территоріи не происходили грабежи и разбои, чтобы все воздерживались отъ этихъ поступковъ. Господинъ раба имѣеть притязаніе на то, чтобы его рабу не наносили побоевъ, тѣлесныхъ поврежденій и т. д., точно такъ же какъ онъ можетъ требовать отъ всякаго, чтобы не мучили или не убивали его ковя, собаку. Вслѣдствіе договора, заключеннаго рабомъ съ продавцомъ съѣстныхъ припасовъ, господаинъ раба пріобрѣтаеть притязаніе на то, чтобы торговецъ выдалъ рабу проданный провіантъ и т. д.

Интересы или воля дѣтей охраняются и ограждаются въ весьма значительной степени вслѣдствіе того, что ихъ родителямъ принадлежать разныя права и, обратно, разные интересы родителей обезпечены тѣми нормами права, изъ которыхъ вытекають права не для нихъ, а для ихъ дѣтей; многіе интересы городскихъ жителей или членовъ сельскаго общества охраняются объективнымъ правомъ тѣмъ путемъ, что городу или сельскому обществу принадлежать извѣстныя права и т. д.

Рядомъ съ коллекціей примѣровъ правъ безъ наличности соотвѣтственной воли или интереса ихъ субъекта можно устроить коллекцію примѣровъ „господства воли“, „охраны интересовъ“ и т. д. безъ наличности права на сторонѣ того субъекта, интересъ или воля котораго безпрепятственно осуществляется на основаніи нормъ объективнаго права.

Правда, Іерингъ, имѣя въ виду гражданскія, частныя права, добавляетъ то условіе, необходимое, по его мнѣнію, для понятія гражданского правомочія, что управомоченный можетъ защищаться (предъявить въ гражданскій судъ искъ) по собственной инициативѣ. Такимъ образомъ изъ его поня-

тѣ права исключаются тѣ случаи охраняемаго объективнымъ правомъ интереса, когда субъекту этого интереса не принадлежитъ право иска. Но введеніе понятія иска (какъ притязанія на доставленіе судебной защиты со стороны государства) въ опредѣленіе права не могло бы помочь дѣлу даже въ томъ случаѣ, если бы всякое право въ случаѣ его нарушенія порождало для управомоченнаго право иска; ибо получаемое такимъ образомъ опредѣленіе является *definitio per idem*. Спрашивается, что такое право, правопритязаніе (будетъ ли это право на полученіе 10 р. или право на защиту и т. д.),—а Терингъ отвѣчаетъ, что право (х) есть такой охраняемый правомъ интересъ, субъектъ котораго имѣетъ право (х) на судебную или иную защиту¹⁾.

Предыдущихъ соображеній достаточно для опроверженія теоріи воли и теоріи интересовъ. Но, въ виду того, что въ современной юриспруденціи, независимо отъ проблемы о природѣ правъ въ субъективномъ смыслѣ и ихъ опредѣленіи, признается несомнѣнной истиной и повторяется на каждомъ шагѣ положеніе, что всѣ права устанавливаются въ интересахъ тѣхъ лицъ, которымъ они даются, что они устанавливаются ради интересовъ, для охраны интересовъ подлежащихъ лицъ и т. п., или что смыслъ и значеніе правъ состоятъ въ доставленіи выгодъ, въ удовлетвореніи потребностей, интересовъ тѣхъ, которымъ они принадлежатъ и т. д.,—слѣдуетъ отмѣтить, что и эти положенія, отличныя отъ опредѣленія понятія правъ, ошибочны. Между прочимъ выше намъ пришлось имѣть дѣло съ правами служебной и соціальной власти (ср. выше стр. 200 и сл.). Эти права — особенно ясныя и поразительныя иллюстраціи несостоятельности тезисовъ Теринга и его школы относительно „цѣли“ (въ разныхъ, смѣшиваемыхъ другъ съ другомъ Терингомъ и его послѣдователями, смыслахъ) правъ въ субъективномъ смыслѣ. Эти права, напр., права опекунской власти по отношенію къ подопечнымъ,

¹⁾ Къ тому же бываютъ такія гражданскія права, въ случаѣ нарушенія которыхъ для субъекта нарушеннаго права не возникаетъ права иска (напримѣръ, *obligationes naturales* римскаго и иныхъ правъ, вообще права изъ т. н. *leges imperfectae*, т. е. нормъ безъ санкціи). Съ другой стороны, бываютъ такія права иска, права преслѣдованія нарушителя, которыя возникаютъ въ лицѣ субъекта, право котораго не было нарушено (напримѣръ, *act. populares* римскаго права).

права наставниковъ, воспитателей, директоровъ учебныхъ заведеній по отношенію къ подвластнымъ и проч. и проч. „существуютъ въ интересахъ“ отнюдь не опекуновъ и другихъ субъектовъ правъ этого рода, а въ интересахъ обязанныхъ. Точно такъ же разныя права, предоставляемая повѣреннымъ въ дѣлахъ, управляющимъ, приказчикамъ и прочимъ лицамъ, состоящимъ въ частныхъ или публичныхъ предиріятіяхъ и учрежденіяхъ, какъ средство для исполненія ихъ служебныхъ функцій, существуютъ не для интересовъ тѣхъ, кому они предоставляются. Уже изъ этихъ примѣровъ (которые можно было бы умножить) видно, что ходячія воззрѣнія на отношеніе правъ къ интересамъ по меньшей мѣрѣ—прыгающія ученія.

Но и относительно тѣхъ правъ, напр., обыкновенныхъ правъ собственности, денежныхъ притязаній и т. п., представленіе о которыхъ лежитъ въ основаніи ученій Геринга и его школы, весьма наивно и поверхностно думать, будто они (т. е. соотвѣтственныя императивно-атрибутивныя народныя убѣжденія и т. д.) развиваются ради интересовъ тѣхъ или другихъ субъектовъ. Право, какъ и правственность, представляютъ продукты безсознательно-удачнаго соціального приспособленія ко благу и процвѣтанію обществъ и духовно-культурному воспитанію человѣчества. И для пониманія соціального смысла такихъ или иныхъ правъ, напр., правъ собственности, долговыхъ, наследственныхъ правъ, слѣдуетъ имѣть въ виду не карманы такихъ или иныхъ собственниковъ, кредиторовъ, наследниковъ, а народное хозяйство и народную культуру, и надо изучать функціи подлежащихъ правовыхъ институтовъ въ подлежащихъ великихъ и сложныхъ процессахъ. Хотя и весьма „практичная“, но поверхностная, въ области имущественныхъ правъ частно-хозяйственная, точка зрѣнія Геринга и его школы должна быть замѣнена народно-хозяйственною и народно-культурною точкою зрѣнія ¹⁾.

Разсмотрѣнныя выше теоріи правъ въ субъективномъ смыслѣ не исчерпываютъ, впрочемъ, всѣхъ попытокъ опредѣленія природы правъ.

¹⁾ Ср. мое соч. *Lehre v. Einkommen*, II, Anhang.

Такъ, прежде всего, отъ теоріи, видящей существо правъ въ волѣ, слѣдуетъ отличать такія опредѣленія природы права въ субъективномъ смыслѣ, которыя усматриваютъ его существо во „власти воли“ или „господствѣ воли“ (Willensmacht, Willensherrschaft) лица надъ другими лицами или надъ лицами и вещами, или просто во власти, господствѣ лица надъ другими лицами или надъ лицами и другими объектами.

Обыкновенно этихъ ученій не различаютъ отъ разсмотрѣнныхъ выше и смѣшиваютъ ихъ въ одну группу подъ именемъ волевой теоріи. Но это неправильно. Ибо смыслъ этихъ ученій состоитъ въ отождествленіи права въ субъективномъ смыслѣ не съ волею субъекта права, а съ особымъ благопріятнымъ положеніемъ его, состоящимъ въ томъ, что онъ можетъ по желанію осуществить такую или иную свою „волю“, добиться осуществленія своихъ желаній ¹⁾.

Таковъ же смыслъ приписываемаго обыкновенно Гегелю, какъ родоначальнику, но существовавшаго уже до Гегеля ученія о правѣ въ субъективномъ смыслѣ какъ принадлежащей субъекту свободѣ (дѣйствовать въ направленіи содержанія своего права) ²⁾.

Опредѣленія правъ какъ свободы, „внѣшней свободы“, предоставленной индивиду „возможности дѣйствовать“, „сферы свободы“, „области свободной дѣятельности“ и т. п. были весьма распространены въ первой половинѣ XIX столѣтія въ эпоху господства либеральныхъ идей.

Равнымъ образомъ отъ теоріи, отождествляющей права съ защищенными интересами, какъ таковыми, слѣдуетъ отличать ученія, усматривающія существо права¹ въ особомъ

¹⁾ Это смѣшеніе облегчается тѣмъ, что сами представители волевой теоріи нерѣдко отождествляютъ права то съ «волею», то съ «господствомъ воли», какъ если бы это было одно и то же. Напр., Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, § 27, усматриваетъ существо права то въ «волѣ», то въ «господствѣ воли».

²⁾ Определенія права, какъ свободы, встрѣчаются и у болѣе раннихъ писателей. Напр., по ученію Гоббеса: *iuris nomen nihil aliud significatur quam libertas, quam quisque habet facultatibus naturalibus secundum rectam rationem utendi* (свобода пользованія естественными способностями согласно разуму).

По Гегелю право есть «дѣятельность свободной воли» или «свобода, какъ идея («Dasein des freien Willens... somit überhaupt die Freiheit als Idee»).

положеніи индивида, состоящемъ въ „возможности“, „обезпеченности“ осуществленія интереса, или во „власти“, „господствѣ“, „господствѣ воли“, предоставленной лицу для осуществленія ея интересовъ, и т. п.

Положенія послѣдняго типа представляютъ наиболѣе распространенныя теперь опредѣленія правъ въ субъективномъ смыслѣ. При чемъ обыкновенно указывается на важную заслугу Теринга, выясниваго „формализмъ“ прежней волевой теории и связь права съ интересами, но съ оговоркою, что моментъ власти или волевой власти все-таки присущъ праву, такъ что слѣдуетъ комбинировать прежнюю волевою теорію съ теоріей интересовъ и опредѣлять право, какъ власть, предоставленную для осуществленія интереса и т. п.¹⁾

Всѣ приведенныя теоріи: господства воли, свободы, власти, предоставленной для осуществленія интереса и т. п. — по существу однородны и могутъ быть объединены въ одну общую, третью, группу теорій права, подъ именемъ теорій власти, господства или т. п.

Всѣ онѣ исходятъ изъ того, что признаніе за извѣстнымъ лицомъ со стороны „объективнаго права“, со стороны „правопорядка“ (при чемъ, конечно, господствуетъ представленію официальнаго права, мощной исполнительной власти и силы, охраняющей права и т. д.), извѣстнаго права создаетъ фак-

¹⁾ Ср. напр., Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2-е Aufl. 1905, стр. 43 и сл. Его опредѣленіе гласитъ: «Субъективное право есть признанное и защищаемое правопорядкомъ господство человеческой воли, направленное на извѣстное благо или интересъ»; Регельсбергеръ, Общее ученіе о правѣ § 6 (Pandekten I § 14), опредѣляетъ права какъ «признанные правомъ и защищенные имъ круги интересовъ п власти»; по опредѣленію Меркеля, Юр. энци. § 159, «субъективное право, такъ же какъ и объективное, есть сила (власть, Macht), а именно власть, которая дается ради извѣстныхъ, предполагаемыхъ объективнымъ правомъ, интересовъ и съ нимъ, въ качествѣ орудія удовлетворенія, сообразована». По Барону, Система римскаго гражданск. права I § 16 (Pandekten § 16), право въ субъективномъ смыслѣ есть «господство (Herrschaft), принадлежащее опредѣленному лицу (или нѣсколькимъ лицамъ) надъ опредѣленнымъ предметомъ для цѣли удовлетворенія его интересовъ сообразно съ предписаніями права». По Коркунову, Лекціи § 29, «юридическая норма придаетъ лицу новую силу, увеличиваетъ его могущество въ осуществленіи своихъ интересовъ. Такое прямое и положительное вліяніе юридическихъ нормъ, выражающееся въ расширеніи фактической возможности осуществленія интереса, обусловленной установленіемъ соответствующей обязанности, мы и называемъ субъективнымъ правомъ или правомочіемъ. Или, короче, правомочіе есть возможность осуществленія интереса, обусловленная соответствующей юридической обязанностью».

тически для этого лица особенно благоприятное и обеспеченное положеніе въ области осуществленія соотвѣтственныхъ интересовъ его, желаній и т. д., доставляетъ ему фактическую власть, господство по отношенію къ другимъ гражданамъ или къ какому-либо предмету, напр., предмету права собственности. И съ этимъ фактическимъ результатомъ дѣйствія права эти теоріи отождествляютъ самыя права.

При томъ слѣдуетъ имѣть въ виду, что то фактическое положеніе „власти“, „могущества“, „господства“, „свободы“ и т. п., которое предполагается разсматриваемыми теоріями, далеко не всегда существуетъ въ дѣйствительности. (При чемъ мы, сообразно общему ограниченію нашей критики данными, извѣстными современной юриспруденціи и признанными ею, оставляемъ въ сторонѣ такія явленія, какъ интуитивное право или непризнаваемое, или даже преслѣдуемое, начальствомъ въ государствѣ позитивное право въ нашемъ смыслѣ, или, напр., права людей—слабыхъ существъ—по отношенію къ могущественнымъ существамъ—божествамъ и проч.). Такъ, въ области признаваемыхъ юристами правами международныхъ правъ слабыхъ и малыхъ государствъ по отношенію къ могущественнымъ державамъ, особенно если послѣднія склонны къ поправленію даннаго права слабого противника, напр., къ извѣстному международному грабежу и захвату, о „власти воли“, „господствѣ“ и т. п. серьезно говорить нельзя; а, напротивъ, приходится объективно констатировать наличность, не смотря на право, полного безсилія. Но такое полное отсутствіе „власти“, „господства“, „свободы“ и т. п., несмотря на наличность права, бываетъ и въ области официальнаго права; достаточно, напр., принять во вниманіе возможность произвола и поправленія правъ гражданъ со стороны разныхъ „сатраповъ“, возможность неправоудія и т. д. или даже просто явленіе обыкновенныхъ преступленій: грабежа, кражи, разбоя, поджога, изнасилованія, клеветы и проч. и проч. Въ случаѣ соблюденія логической послѣдовательности, представители теорій власти, свободы и т. д. должны были бы признать человѣка, связаннаго разбойниками и обираемаго или убиваемаго, лишеннымъ соотвѣтственныхъ правъ за отсутствіемъ соотвѣтственной власти, свободы и т. д.

Изъ указанного явствуетъ, что всё подлежащія теоріи по меньшей мѣрѣ страдаютъ порокомъ прыганія, такъ какъ онѣ приписываютъ всёмъ правамъ то, что въ области многихъ правъ вообще не существуетъ. Но онѣ, сверхъ того, должны быть признаны, такъ же какъ и теоріи воли и интересовъ въ собственномъ смыслѣ, абсолютно ложными теоріями; ибо и тамъ, гдѣ въ дѣйствительности имѣется „власть“, „господство“, „свобода“ въ ихъ смыслѣ, соответственное благопріятное фактическое положеніе, являющееся фактическимъ *результатомъ* надлежащаго, упорядоченнаго и т. д. дѣйствія права (между прочимъ, обыкновенно совокупностей разныхъ правовыхъ явленій или „нормъ“, напр., нормъ, касающихся судовъ и т. п.), съ одной стороны, и самыя, приписываемыя кому-либо (принципируемыя на кого либо) права, съ другой стороны, суть совершенно разнородныя явленія, и принятіе одного за другое есть смѣшеніе гетерогенныхъ вещей ¹⁾).

Наряду съ изложенными тремя группами теорій существуютъ еще разныя индивидуальныя попытки опредѣленія правъ, смѣшивающія ихъ съ разными другими реальностями: напр., съ благами, закрѣпляемыми правовою психикою за управомоченными, съ житейскими отношеніями, съ поведеніемъ, соответствующимъ приписываемымъ правамъ, съ соответственными актами воздѣйствія на объекты и т. п. ²⁾).

¹⁾ Наряду съ общими, указанными въ текстѣ, пороками, отдельнымъ разновидностямъ теорій власти свойственны свои особые, спеціальные недостатки; такъ, теоріи, включающія въ понятіе правъ указаніе на интересы, вносятъ этимъ дальнѣйшую ошибку, указанную выше, на стр. 373; теоріи свободы, т. е. возможности дѣйствовать по желанію, не соответствуютъ содержанію правоприязнаний, правъ на доставленіе чего либо со стороны другихъ или на разныя воздержанія съ ихъ стороны, такъ какъ дѣйствующимъ лицомъ въ области осуществленія этихъ правъ является не управомоченный, а обязанный, и т. д.

²⁾ Ср., напр., выше стр. 357 прим. По мнѣнію Мюленбруха, подъ правами въ субъективномъ смыслѣ разумѣется «соответствующій закону права образъ дѣйствія, или также совокупность правъ и обязанностей»; по мнѣнію Шуппе (Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, стр. 16), «Субъективное право можетъ состоять только въ своихъ или чужихъ дѣйствіяхъ или воздержаніяхъ, соответствующихъ волѣ объективнаго права»; ср. стр. 63: «Въ какой мѣрѣ подлежащія дозволеннымъ дѣйствіямъ и воздержаніямъ суть субъективное право?» и т. д. Впрочемъ, въ другихъ мѣстахъ той же книги о понятіи субъективнаго права авторъ отождествляетъ права съ субъективной волей, согласной съ объективной волей. По мнѣнію Колера (Kohler, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, стр. 8, 12) «субъективное право есть конкретное освящен-

Нерѣдко въ опредѣленіяхъ правъ охарактеризованныхъ категоріи добавляется въ качествѣ дальнѣйшаго признака указаніе на принужденіе, на защиту со стороны государства и т. п. Такъ какъ смыслъ соотвѣтственныхъ указаній сводится къ тому, что въ случаѣ неудовлетворенія управомоченный имѣетъ *право* на то, чтобы къ неисполняющему были применены принудительныя мѣры, чтобы ему была доставлена защита и т. д., то это только ухудшаетъ подлежащія формулы (такъ же, какъ указаніе въ формулѣ Геринга на искъ, т. е. право иска, ср. выше, стр. 373), вводя въ него порокъ ссылки на *x*, на подлежащее опредѣленію ¹⁾).

ное (санкціонированное принужденіемъ, ср. стр. 1, 7) правопорядкомъ отношеніе» (къ лицамъ или вещамъ, стр. 12); ср., впрочемъ, тамъ же стр. 17, гдѣ права уже отождествляются съ господствомъ и принужденіемъ («das Recht an Naturwesen ist Herrschaft, das Recht an Personen... ist... Rechtszwang»); по мнѣнію Деррибурга, Paudekten I § 39, «право въ субъективномъ смыслѣ есть принадлежащее данному лицу въ человѣческомъ обществѣ участіе въ житейскихъ благахъ»; къ этому положенію авторъ прибавляетъ поясненіе, что отъ этого опредѣленія не отличается существенно опредѣленіе Еллинека, по которому право есть «благо или интересъ, защищенные путемъ признанія человѣческой волевой власти»; по мнѣнію Кирвальфа—«дѣйствительное право есть удовлетворенная потребность» (Das wirkliche Recht ist das befriedigte Bedürfniss), и проч. и проч.

¹⁾ По мнѣнію Фейербаха, «право есть принудительная возможность такихъ дѣйствій, которыя не относятся къ другому разумному существу, какъ средству для любыхъ цѣлей («Das Recht ist eine Zwangsmöglichkeit solcher Handlungen, wodurch ein anderes vernünftiges Wesen nicht als beliebiges Mittel zu beliebigen Zwecken behandelt wird»); Namur, Cours d'encyclopédie du droit, стр. 12, усматриваетъ существо права въ субъективномъ смыслѣ въ томъ, что оно есть «власть воли, признанная и охраняемая государствомъ» (pouvoir de la volonté reconnu et protégé par l'Etat.); ср. Wallasek, Studien zur Rechtsphilosophie, s. 83, Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, passim, Gareis, Rechts-Encyklopädie, § 5). Между прочимъ, по мнѣнію Канта (Einleitung zu d. Metaph. Auf. d. Rechtslehre) «Recht und Befugniss zu zwingen bedeuten also einerlei». Такъ какъ нѣмецкое слово Befugniss означаетъ право, правомочіе, то эта формула означаетъ, что право есть право принуждать (т. е. $x = x + a$), нѣчто логически менѣе удачное, чѣмъ простая тавтологія. По-нѣмецки это съ перваго взгляда незамѣтно, вслѣдствіе различія этимологическаго состава словъ «Recht» и «Befugniss». Аналогично, т. е., не замѣчая тавтологіи вслѣдствіе различія словъ «Recht» и «Befugniss», опредѣляетъ право (разумѣя подъ этимъ право въ субъективномъ смыслѣ со включеніемъ обязанностей) Вундтъ, между прочимъ, не только выдающийся философъ, психологъ и т. д., но и специалистъ по логикѣ (Wundt, Logik II, 2, IV Cap., 2-ое изд. 1895 г. стр. 543: «So betrachtet ist das Recht die Summe der Befugnisse und Pflichten, die ein in einer Gemeinschaft geltender übergeordneter Wille den einzelnen Mitgliedern dieser Gemeinschaft und sich selber zuerkennt» («право есть сумма правъ»... и т. д.). Другое нѣмецкое слово, помогающее нѣкоторымъ опредѣлять право въ видѣ формулы $x = x$, не замѣчая definitio per idem, есть слово «dürfen», означающее имѣть право на какія-либо дѣй-

Всѣ приведенные виды воззрѣній на существо права основаны на незнаніи эмоціонально-проекціонной природы правъ, на предположеніи наличности чего-то реального у тѣхъ субъектовъ, которымъ приписываются права, и имѣютъ характеръ наивно-проекціонныхъ теорій.

Поскольку они смѣшиваютъ права съ чѣмъ-либо реальнымъ, дѣйствительно бывающимъ на сторонѣ тѣхъ, кому приписываются права: съ соотвѣтственными желаніями, интересами, фактически благоприятными положеніями и т. д., они имѣютъ наивно-реалистическій характеръ; поскольку, за отсутствіемъ подлежащаго реального, таковое конструируется отъ себя, подлежащія ученія имѣютъ наивно-конструктивный характеръ. Имѣются въ современной литературѣ о правахъ и разныя наивно-нигилистическія ученія, состоящія въ отрицаніи разныхъ правъ изъ-за ненахожденія подлежащаго реального и невозможности его конструировать. Такъ, въ области государственнаго права разныя государствовѣды отрицаютъ разныя категоріи правъ и объявляютъ соотвѣтственныя нормы только объективными нормами, „не порождающими субъективныхъ правъ“ изъ-за отсутствія соотвѣтственныхъ личныхъ интересовъ у тѣхъ, кому приписываются эти права. По ученію Бирлинга, права дѣтей, умалишенныхъ, т. н. юридическихъ лицъ (ср. ниже) оказываются не существующими, только фиктивными, такъ какъ авторъ смѣшиваетъ права съ волею, и не находитъ у этихъ субъектовъ подлежащей воли, и проч. и проч. ¹⁾.

Сознаніе неудовлетворительности результатовъ всѣхъ сдѣланныхъ до сихъ поръ попытокъ выяснить существо права въ субъективномъ смыслѣ не чуждо, впрочемъ, самой юриспруденціи. Возникаютъ даже сомнѣнія, какъ и по поводу проблемы о существѣ права въ объективномъ смыслѣ, т. е.

ствія, между прочимъ, слово, играющее (наряду со словомъ «Können», мочь, быть въ состояніи) въ нѣмецкой литературѣ о правѣ въ субъективномъ смыслѣ вообще большую роль, ср. напр., Jellinek, System der subjekt. öffentl. R., стр. 46 и сл. (ср. между прочимъ, тезисъ самого автора: «Die rechtlich relevanten von der Rechtsordnung gestatteten Handlungen bilden in ihrer Gesamtheit das rechtliche Dürfen», вмѣстѣ съ тѣмъ смѣшеніе правъ и дѣйствій). Такъ, существо правъ, по мнѣнію Виндшейда и нѣкоторыхъ другихъ, состоитъ въ «Wollendürfen», т. е. въ «имѣніи права хотѣть». Такъ какъ предметомъ правъ бываютъ не хотѣнія, а дѣйствія, полученія и т. д., то эта формула тоже хуже $x = x$.

¹⁾ Bierling, Jur. Principienlehre, I §§ 10 и сл.

нормъ права, о достижимости для науки удовлетворительнаго рѣшенія вопроса. Такъ, напр., по мнѣнію Беккера ¹⁾, „понятіе субъективнаго права не допускаетъ абсолютнаго установленія“ („nicht absolut festzustellen“); наиболѣе подходящимъ опредѣленіемъ ему представляется формула: „защита интереса, создающая господство воли защищаемаго“, но и эта формула, по его же признанію, „такъ же мало удовлетворительна, какъ и всѣ другія“.

§ 29.

Ученіе о правоотношеніяхъ, правовыхъ обязанностяхъ и правахъ, какъ долгахъ однихъ, закрѣпленныхъ за другими, въ смыслѣ эмоціональныхъ проекцій, и отношеніе этого ученія къ теперешнимъ ученіямъ о правоотношеніяхъ, правовыхъ обязанностяхъ и правахъ.

Выясненная выше несостоятельность существующихъ ученій о нравственныхъ и правовыхъ обязанностяхъ, правоотношеніяхъ и правахъ, въ частности неудача всѣхъ попытокъ разрѣшить проблему о природѣ правъ въ субъективномъ смыслѣ, несмотря на массу потраченнаго на эту проблему труда и остроумія юристовъ и философовъ, является подтвержденіемъ изложеннаго выше ученія о проекціонной природѣ обязанностей, правоотношеній и правъ.

Если бы обычная вѣра публики и науки въ существованіе нравственныхъ и правовыхъ обязанностей, какъ чего-то реальнаго, имѣющагося у субъектовъ обязанностей, въ видѣ чего-то психическаго или иного, —какого-либо особаго фактическаго состоянія, положенія, отношенія или т. п., была правильна, то, слѣдуетъ думать, многовѣковая работа мысли и изслѣдованія множества ученыхъ, въ томъ числѣ гениальныхъ мыслителей, философовъ, моралистовъ и юристовъ, въ направленіи отысканія и опредѣленія природы соответственнаго реальнаго, не осталась бы безрезультатною, по крайней мѣрѣ, въ смыслѣ отысканія и констатированія подлежащаго реальнаго. То же, еще въ большей степени, относится къ проблемѣ о природѣ правъ въ субъективномъ смыслѣ, въ

¹⁾ E. Bekker, System d. hent. Pandektenrechts, I § 13.

виду особенно усердной и энергичной работы философской и юридической мысли в этой области.

Въ этомъ смыслѣ нашъ тезисъ, что нравственныя и правовыя обязанности и права суть эмоціональныя проекціи, и что соотвѣтственные реальныя феномены дѣйствительно существуютъ не тамъ, гдѣ они кажутся существующими, какъ какія-то „принадлежности субъектовъ“, а въ психикѣ переживающаго подлежащіе эмоціонально-интеллектуальныя процессы и проекціи, имѣеть въ свою пользу, кромѣ изложенныхъ выше положительныхъ психологическихъ оснований, подтвержденіе въ отрицательной формѣ въ исторіи и теперешнемъ состояніи ученій философовъ, моралистовъ и юристовъ, исходящихъ изъ реалистической точки зрѣнія.

Что касается специально изложеннаго выше ученія о правовыхъ обязанностяхъ-правахъ-правоотношеніяхъ, какъ долгахъ однихъ, закрѣпленныхъ за другими, въ смыслѣ проекцій на почвѣ императивно-аттрибутивныхъ эмоцій, то оно, разрѣшая соотвѣтственныя, до сихъ поръ неразрѣшенныя, проблемы правовѣдѣнія, въ частности устраняя загадочность природы обязанностей и правъ, отличается, между прочимъ, тѣмъ свойствомъ, что оно вноситъ въ теорію права и въ правовѣдѣніе вообще существенное упрощеніе: вмѣсто трехъ различныхъ общетеоретическихъ ученій: 1) о правоотношеніяхъ, 2) о правовыхъ обязанностяхъ и 3) о правахъ и соотвѣтственныхъ тройственныхъ рядахъ проблемъ, попытокъ опредѣленій и иныхъ ученій въ спеціальныхъ юридическихъ дисциплинахъ и отдѣльныхъ ихъ вѣтвяхъ и развѣтвленіяхъ—получается единое ученіе, единое понятіе, т. е. сокращеніе работы мысли, памяти и т. д. второе.

При этомъ соотвѣтственное единое понятіе, опредѣляющее сразу природу и правоотношеній, и обязанностей, и правъ, содержитъ въ себѣ вмѣстѣ съ тѣмъ и указаніе видоваго отличія (*differentia specifica*) правовыхъ обязанностей и тѣмъ самымъ и нравственныхъ обязанностей, вообще содержитъ въ себѣ соотвѣтственную научную классификацію обязанностей (вмѣстѣ съ причиннымъ, эмоціонально-психологическимъ объясненіемъ подлежащей специфической особенности правовыхъ обязанностей-правъ-правоотношеній по сравненію съ нравственными обязанностями).

Впрочемъ, что касается классификаціи, то во избѣжаніе недоразумѣній слѣдуетъ напомнить, что она сообразована съ задачами адекватнаго научнаго познанія и объясненія явленій, а не съ профессионально-юридическими привычками названія. Установленное понятіе правовыхъ обязанностей-правъ-правоотношеній обнимаетъ несоизмѣримо больше того, что юристы привыкли называть правоотношеніями, правовыми обязанностями и правами. Въ частности, оно обнимаетъ и интуитивныя правоотношенія, а равно тѣ позитивныя правоотношенія, которыя въ государствѣ лишены официальнаго значенія.

Но на почвѣ нашего понятія правоотношеній, въ связи съ двумя дѣленіями права: 1) на интуитивное и позитивное и 2) на официальное и неофициальное, не трудно выяснитъ и природу правоотношеній, правъ и обязанностей въ юридическомъ смыслѣ. Это—сборная группа, заключающая въ себѣ: 1) позитивныя, т. е. приписываемыя на основаніи подлежащихъ нормативныхъ фактовъ (со ссылками на таковыя), правоотношенія-обязанности-права въ международной области + 2) официальныя позитивныя правоотношенія-обязанности-права во внутренне-государственной правовой жизни.

Такимъ образомъ, для международно-правовой юриспруденціи, съ одной стороны, для внутренне-государственныхъ юриспруденцій, съ другой стороны, получаютъ два различныхъ понятія правоотношеній-правъ-обязанностей.

Поэтому, между прочимъ, если бы ученія современнаго правовѣдѣнія о правоотношеніяхъ, обязанностяхъ и правахъ не были абсолютно ложны, наивно-проекціонны и т. д., какъ это выяснено выше, то все-таки представляли бы неизбѣжно научно-уродливые продукты, а именно, или хромыя, или прыгающія ученія (ср. выше, § 16). Эту сторону дѣла мы выше, при критикѣ существующихъ ученій о правоотношеніяхъ, обязанностяхъ и правахъ, оставляли въ сторонѣ потому, что эти ученія настолько далеки отъ научной удачности и соответствія дѣйствительности, что критика съ точки зрѣнія научной адекватности представляется излишнею.

Кромѣ рѣшеній общихъ проблемъ науки о правѣ: проблемъ о природѣ правоотношеній, правъ и т. д., и безчисленныхъ вытекающихъ изъ нихъ рѣшеній разныхъ болѣе спеціальныхъ проблемъ теоріи права и спеціальныхъ дисциплинъ правовѣдѣнія, ученіе о нравственныхъ и правовыхъ обязанностяхъ, правоотношеніяхъ и т. д.,

какъ объ эмоціональныхъ проекціяхъ, содержитъ въ себѣ *implicite* и важныя для наукъ о нравственности и правѣ методологическія указанія, указанія относительно того, въ чемъ должны состоять тѣ приемы изученія, тѣ методы изслѣдованія, съ помощью которыхъ въ области изученія нравственныхъ и правовыхъ обязанностей, правоотношеній, правъ можно добывать научные, достовѣрные, на фактахъ основанные результаты.

Такъ какъ представители теперешней «этики» или «нравственной философіи» (науки о нравственности) и теперешняго правовѣдѣнія ошибаются относительно области существованія подлежащихъ реальнымъ, поддающихся (простому или экспериментальному) наблюденію, феноменовъ, думая, что обязанности, правоотношенія, права находятся у тѣхъ субъектовъ, которымъ онѣ приписываются, и не зная дѣйствительной сферы существованія и возможности научнаго, фактическаго, наблюдательнаго изученія соответственныхъ реальнымъ феноменовъ, то подлежація изслѣдованія и ученія ихъ не только неудачны по результатамъ, но совершенно негодны и методологически, по способу производства ихъ, добыванія положеній, ихъ обосновыванія, доказыванія и т. д. (и критика съ этой точки зрѣнія, съ точки зрѣнія приемовъ добыванія и обоснованія подлежащихъ утвержденій, была оставлена выше, при разсмотрѣніи разныхъ ученій объ обязанностяхъ, правахъ и т. д. въ сторонѣ). Дѣло сводится къ произвольнымъ утвержденіямъ, конструированію, фантазированію, отрицаніямъ существованія того, что отрицающему кажется нерезоннымъ съ точки зрѣнія его практическихъ воззрѣній, или того, что ему не удается вмѣстить въ рамки своихъ произвольныхъ построеній—безъ реального изученія того, что имѣется въ дѣйствительности, и независимо отъ дѣйствительнаго бытія или небытія утверждаемаго или отрицаемаго.

Изъ ученія о нравственныхъ и правовыхъ обязанностяхъ, правахъ и правоотношеніяхъ, какъ объ эмоціональныхъ проекціяхъ, происходящихъ въ психикѣ того, кто переживаетъ эти проекція, приписываетъ такимъ или инымъ представляемымъ существамъ эти обязанности, права и т. д., а не тамъ находящихся, гдѣ это съ наивно-проекціонной точки зрѣнія кажется,—вытекаетъ то научно-методологическое начало для изслѣдованія нравственныхъ обязанностей, ихъ элементовъ, субъектовъ, объектовъ и т. д., правоотношеній и ихъ элементовъ и т. д., что для реального познанія и изслѣдованія въ этой области, вмѣсто произвольныхъ утверженій и т. д., надо обращаться къ психикѣ переживающихъ подлежащіе эмоціонально-интеллектуальные процессы и проекціи, здѣсь ихъ изучать, констатировать то, что здѣсь имѣется и какъ оно здѣсь имѣется (хотя бы оно казалось нерезоннымъ и т. п.), въ такомъ составѣ элементовъ, какіе здѣсь, т. е. въ психикѣ субъекта проекцій, имѣются и т. д. Сообразно съ этимъ методы реального изученія состоятъ, прежде всего, въ (простой или экспериментальной) интроспекціи, затѣмъ въ соединеніи интроспективнаго и внѣшняго

(простого или экспериментальнаго) наблюденія, какъ это было выяснено во Введеніи (§ 3) относительно изученія психическихъ явленій вообще.

Это въ частности и въ особенности слѣдуетъ имѣть въ виду и помнить въ области тѣхъ проблемъ и ученій, къ которымъ мы должны теперь перейти, а именно въ области проблемъ анализа и синтеза нравственныхъ и правовыхъ обязанностей, правоотношеній и правъ, или ученій объ элементахъ нравственныхъ обязанностей и правоотношеній.

§ 30.

Объ элементахъ нравственныхъ и правовыхъ обязанностей, правъ, правоотношеній. Общая характеристика существующихъ ученій.

Въ систему современнаго правовѣдѣнія входитъ, въ связи съ общимъ ученіемъ о правоотношеніяхъ, ученіе объ ихъ элементахъ и о возникновеніи и прекращеніи правоотношеній.

Въ качествѣ элементовъ правоотношеній принято различать: 1) права, 2) обязанности, которыя (права и обязанности), какъ видно изъ изложеннаго выше, принимаются за различныя реальности, 3) субъектовъ правъ и обязанностей и 4) объекты правъ¹⁾.

Въ этомъ дѣленіи, между прочимъ, заключается логическая непослѣдовательность господствующаго ученія, самопротиворѣчіе, въ виду того, что оно въ своемъ общемъ ученіи о правоотношеніяхъ отождествляетъ послѣднія съ житейскими, бытовыми отношеніями (регулируемыми объективнымъ правомъ или т. п.). Исходя изъ своего понятія правоотношеній, какъ житейскихъ отношеній, господствующее

¹⁾ Ср., напр., Коркуновъ, Лекціи, § 27 въ концѣ: «Каждое юр. отношеніе, какъ мы видѣли, слагается изъ права и обязанности, но и право и юридическая обязанность не могутъ существовать сами по себѣ. Они непременно составляютъ принадлежность какого-нибудь субъекта. Поэтому необходимымъ элементомъ каждаго юридическаго отношенія являются субъекты права и обязанности. Однако этимъ не исчерпываются необходимые элементы юридическаго отношенія. Право есть возможность осуществленія интереса, а осуществленіе нашихъ интересовъ предполагаетъ непременно пользованіе для этого тѣми или другими средствами. Поэтому каждое право необходимо должно имѣть свой объектъ, пользованіе которымъ и ведетъ къ осуществленію интереса, составляющаго содержаніе права. Такимъ образомъ каждое юридическое отношеніе предполагаетъ субъекта права, субъекта обязанности и объектъ. Этими элементами и опредѣляется структура юридическихъ отношеній».

ученіе должно было бы, въ случаѣ логической послѣдовательности, находить въ правоотношеніяхъ не права и обязанности, а безчисленные и весьма разнообразныя „бытовые“, „житейскіе“ элементы, напр., сосѣдскія отношенія, половыя связи, ссоры, драки, торговыя связи, житейскія отношенія между учениками и учителями, господами и прислугою—съ безчисленными физическими (механическими, фізіологическими и т. п.) и психическими элементами этихъ отношеній.

Но, фактически, житейскія отношенія, сослуживъ свою службу въ дѣлѣ опредѣленія природы правоотношеній, въ качествѣ кажущейся подходящей реальности (сообразно общимъ наивно-реалистическимъ тенденціямъ юриспруденціи), затѣмъ исчезаютъ, и правоотношенія превращаются въ сочетаніе правъ и обязанностей съ ихъ субъектами и объектами правъ, какъ дальнѣйшими элементами; при чемъ далѣе къ обязанностямъ и правамъ и ихъ элементамъ подыскиваются, въ свою очередь, разныя, кажущіяся подходящими, реальности во внѣшнемъ мірѣ.

Впрочемъ, ученія о субъектахъ и объектахъ, а равно о возникновеніи и прекращеніи правоотношеній въ большинствѣ систематическихъ руководствъ приурочиваются не къ правоотношеніямъ, какъ таковымъ, а спеціально къ правамъ; обычная система и порядокъ изложенія ученія о субъективномъ правѣ вообще состоятъ въ томъ, что, послѣ опредѣленія понятія правоотношенія, какъ двухсторонняго явленія, дальнѣйшее изложеніе дѣлается одностороннимъ, обязанности и сторона обязанная исчезаютъ, въ частности, вопросъ о природѣ обязанностей вообще обходится молчаніемъ; непосредственно послѣ параграфа, посвященнаго правоотношеніямъ, слѣдуетъ ученіе о правахъ въ субъективномъ смыслѣ, затѣмъ о субъектахъ правъ и объектахъ, затѣмъ, въ качествѣ послѣдней части ученія о субъективномъ правѣ вообще, слѣдуетъ ученіе о возникновеніи и прекращеніи правоотношеній или о приобрѣтеніи и потерѣ правъ.

Вообще современное ученіе о правѣ въ субъективномъ смыслѣ страдаетъ тѣмъ недостаткомъ, что здѣсь односторонне выступаетъ атрибутивная сторона, сторона управомоченности, а императивная сторона, сторона обязанности, въ большей или меньшей степени ступшевывается и игнорируется, и все

ученіе имѣетъ односторонній характеръ. И у тѣхъ юристовъ, которые ученія о субъектахъ и объектахъ приурочиваютъ къ правоотношеніямъ, фактически ученіе о субъектахъ получаетъ характеръ ученія не о субъектахъ обязанностей и правъ, а главнымъ образомъ или исключительно о субъектахъ актива, субъектахъ правъ. Что же касается ученія объ объектахъ, то подъ этимъ въ современной юриспруденціи разумѣется вообще ученіе объ объектахъ правъ. Понятія объектовъ обязанностей и соответствующаго ученія теперь вообще не существуетъ, такъ что предложенное нами выше различіе объектовъ обязанностей и объектовъ правъ представляетъ нововведеніе.

Противоположнымъ недостаткомъ, какъ мы видѣли выше, страдаетъ современное ученіе о правѣ въ объективномъ смыслѣ. Здѣсь игнорируется атрибутивная функція права. Нормы права сводятся къ велѣніямъ и запрещеніямъ.

Вслѣдствіе такого, односторонняго въ противоположныхъ направленіяхъ, характера ученій о правѣ въ объективномъ и правѣ въ субъективномъ смыслѣ, все современное ученіе о правѣ страдаетъ несогласованностью и внутреннимъ противорѣчіемъ. Содержаніе господствующаго ученія о правѣ въ объективномъ смыслѣ таково, что дальше рѣчь могла бы идти только объ императивной сторонѣ, объ обязанныхъ, обязанностяхъ и т. д., — оказывается же наоборотъ: въ дальнѣйшемъ изложеніи не только появляются, какъ *deus ex machina*, права, но о нихъ главнымъ образомъ или исключительно и идетъ рѣчь, а императивная сторона ступшевывается и исчезаетъ.

Необходимо исправить этотъ недостатокъ и привести въ согласіе и соответствіе обѣ части системы путемъ принятія во вниманіе и развитія въ первой области атрибутивной стороны, наряду съ императивною, во-второй — императивною, наряду съ атрибутивною.

Независимо отъ этого, достигнутый до сихъ поръ анализъ правоотношеній, разложеніе ихъ на элементы, страдаетъ, какъ и современный анализъ нормъ, не вышедшій за предѣлы различія въ нихъ двухъ элементовъ: гипотезъ и диспозицій, незаконченностью, неполнотою. Наряду съ субъектами и объектами, въ правоотношеніяхъ можно и слѣ-

дуетъ, какъ увидимъ ниже, найти еще другіе, теперь упускаемые изъ виду, элементы.

Въ области нравственной философіи или этики анализъ обязанностей находится въ еще менѣе развитомъ видѣ или, точнѣе, вообще еще не существуетъ. Для этой науки требуется не исправленіе, а вообще созданіе впервые ученія объ элементахъ обязанностей.

§ 31.

О субъектахъ правоотношеній и нравственныхъ обязанностей.

Подъ субъектами даннаго правоотношенія разумѣются въ наукѣ права участвующіе въ немъ въ качествѣ обязанныхъ или управомоченныхъ. Субъектами, субъектами права, или лицами (*personae*) называются также тѣ, которые способны быть участниками правоотношеній въ качествѣ обязанныхъ или управомоченныхъ (независимо отъ того, состоятъ ли они въ данное время субъектами какихъ-либо обязанностей или правъ). Способность быть участникомъ правоотношеній въ качествѣ обязаннаго или управомоченнаго называется правоспособностью. Впрочемъ, обыкновенно, правоспособность опредѣляется юристами сообразно общему одностороннему направленію ученія о правѣ въ субъективномъ смыслѣ, какъ способность имѣть права. Это подлежитъ исправленію, при чемъ можно различать активную правоспособность (способность къ правамъ) и пассивную (способность къ правовымъ обязанностямъ) ¹⁾.

Исходною посылкою современнаго ученія о субъектахъ является положеніе, что право регулируетъ только между-человѣческія отношенія, *omne ius hominum causa constitutum est*, все право создано ради людей, для защиты „интересовъ“ людей, по модному теперь выраженію; такъ что и субъектами права являются только люди. Иногда упоминается, что эта „истина“ не всегда была извѣстна и ясна, и въ прежнія времена права приписывались и разнымъ другимъ существамъ:

¹⁾ Съ правоспособностью въ указанномъ техническомъ смыслѣ отнюдь не слѣдуетъ смѣшивать способность къ переживанію правовыхъ актовъ сознанія, которую можно назвать психологическою правоспособностью.

божествамъ, духамъ усопшихъ, животнымъ и даже неодушевленнымъ предметамъ, но это признается продуктомъ незнанія, неразвитости, суевѣрія, и на современное „просвѣщенное“ ученіе о томъ, кто можетъ быть субъектомъ права, не вліяетъ.

Начинается правоспособность человѣка, по ученію современной юриспруденціи, съ момента рожденія, кончается въ моментъ смерти. Принадлежитъ она всеѣмъ людямъ; впрочемъ, по традиціонному ученію, это относится только къ современному праву, не знающему рабства. Въ эпоху же рабства правоспособностью обладали только свободные люди; что касается рабовъ, то они были лишены правоспособности, были не субъектами, лицами въ юридическомъ смыслѣ, а вещами, объектами (ср. ниже современные ученія объ объектахъ). Что послѣднее положеніе ошибочно и что существо рабства—господской власти состоитъ въ томъ, что рабъ является субъектомъ общей обязанности послушанія, терпѣнія и т. д. по отношенію къ господину, было уже указано выше. Можно только признать, что по официальнымъ правамъ государствъ, признающихъ рабство, рабы являются въ болѣе или менѣе полной степени лишенными активной правоспособности, т. е. способности обладать правами. По неофициальному праву, интуитивному или и позитивному, напр., обычному, и рабамъ, конечно, приписывались и приписываются тамъ, гдѣ еще существуетъ рабство (напр., въ центральной Африкѣ), различныя права въ домашнемъ, дѣловомъ быту и т. д.

Правоспособность можетъ быть полною или ограниченою, т. е. не распространяться на извѣстныя права. Въ зависимости отъ того, какому сословію, полу, религіи принадлежитъ данный человѣкъ, имѣетъ ли онъ право подданства даннаго государства и т. п., возможны большія или меньшія ограниченія правоспособности, напр., лишеніе способности къ некоторымъ должностямъ, къ приобрѣтенію права собственности на недвижимости и т. п. Болѣе или менѣе важныя ограниченія правоспособности налагаются также по суду въ видѣ наказанія за преступленія.

Отъ правоспособности слѣдуетъ отличать дѣеспособность, подъ которою разумѣется признаніе за дѣйствіями (напр., договорами) даннаго лица обычнаго юридическаго значенія,

или—способность къ юридическимъ дѣйствіямъ. Напр., дѣти, умалишенные правоспособны, но не дѣеспособны (по официальному праву).

Приведенныя положенія и понятія пользуются общимъ признаемъ, и вообще ученіе о людяхъ, какъ субъектахъ, представляетъ одно изъ весьма немногихъ общихъ учений правовѣдѣнія, которое не представляетъ сочетанія „спорныхъ вопросовъ“, и въ которомъ все, повидимому (ср. ниже), обстоитъ благополучно.

Но великія затрудненія въ области ученія о лицахъ причиняетъ современной наукѣ тотъ фактъ, что по официальному праву разныя права и обязанности, напр., право собственности, денежныя права требованія и долги и др., приписываются не только отдѣльнымъ людямъ, но и разнымъ учрежденіямъ, обществамъ и т. п., напр., государствамъ, казнѣ, земствамъ, городамъ, церквамъ, монастырямъ, университетамъ, ученымъ и инымъ обществамъ, акціонернымъ компаніямъ, больницамъ, богадѣльнямъ, библіотекамъ, кассамъ и проч. Напр., о данномъ участкѣ земли говорится, что право собственности на него принадлежитъ казнѣ, городу, монастырю, сельскому обществу. Съ городомъ, казною, акціонерными компаніями заключаются (черезъ представителей) договоры, напр., договоръ займа денегъ, аренды и т. п., по которымъ эти „субъекты“ принимаютъ на себя разныя обязательства, пріобрѣтаютъ права, называются кредиторами и должниками, въ случаѣ нарушенія судятся, являются истцами или отвѣтчиками.

Права и обязанности такихъ лицъ строго отдѣляются отъ правъ и обязанностей отдѣльныхъ людей, хотя бы они были членами даннаго общества, общины и т. д.: *si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent* (причитающееся корпораціи не причитается отдѣльнымъ членамъ, долги корпораціи не суть долги отдѣльныхъ членовъ); тѣ вещи, на которыя принадлежитъ право собственности корпораціи, не принадлежать членамъ корпораціи и обратно, и т. д.

Такихъ субъектовъ называютъ „юридическими лицами“, въ отличіе отъ отдѣльныхъ людей, которыхъ, въ качествѣ субъектовъ права, называютъ „физическими лицами“.

Традиційно различають два вида юридическихъ лицъ:

1) Корпораціи (*universitas personarum, collegia personalia* средневѣковыхъ юристовъ). Обычное опредѣленіе корпораціи гласить: корпорація есть правоспособный союзъ лицъ, или такое юр. лицо, субстратомъ котораго являются члены. Сюда относятся разныя общества, компаніи и т. п.

2) Учрежденія (*universitas bonorum, collegia realia* средневѣковыхъ юристовъ). Обычное опредѣленіе: имущественные комплексы, самостоятельныя имущества, посвященныя опредѣленной полезной цѣли, или такія юр. лица, субстратомъ коихъ является комплексъ имущества (напр., богадѣльни, дома трудолюбія, учебныя заведенія, за которыми признана самостоятельная правоспособность, и т. п.).

Обыкновенно признается также наличность переходныхъ или смѣшанныхъ формъ (*collegia mixta*).

И вотъ въ наукѣ идетъ великій споръ, породившій громадную литературу, о томъ, являются ли т. н. юридическія лица дѣйствительно лицами, субъектами, существуютъ ли въ дѣйствительности такіе субъекты, и если да, то кто или что собственно является здѣсь носителемъ правоспособности, субъектомъ правъ, какова дѣйствительная природа этихъ субъектовъ. Для рѣшенія этихъ вопросовъ было предложено множество различныхъ теорій, отчасти весьма замысловатыхъ и трудно поддающихся пониманію и передачѣ ¹⁾.

Главнѣйшія изъ теорій юридическихъ лицъ суть слѣдующія ²⁾:

1. *Теорія фикціи*. По этому ученію, связываемому обыкновенно съ именемъ Савиньи (хотя оно было уже извѣстно и господствовало въ юриспруденціи въ теченіе нѣсколькихъ столѣтій до Савиньи, въ частности было обстоятельно разработано знаменитымъ юристомъ XIII вѣка, папою Иннокентіемъ IV въ 1245 г.), дѣйствительнымъ реальнымъ субъектомъ правъ можетъ быть только отдѣльный человѣкъ. Но

¹⁾ Ср., между прочимъ, Суворовъ, Объ юридическихъ лицахъ по римскому праву, 2-е изд. 1900 г., стр. 102: «Не слѣдя далѣе за изложеніемъ мыслей Гирке..., такъ какъ тутъ почтенный цивилистъ перестаетъ уже говорить удобопонятнымъ языкомъ, мы перейдемъ» и т. д.

²⁾ Болѣе подробные обзоры разныхъ ученій о юр. лицахъ можно найти въ названномъ соч. Суворова и въ соч. Гервагена, Развитие ученія о юр. лицѣ. 1888 г.

позитивное право можетъ для извѣстныхъ цѣлей перенести правоспособность и на нѣчто такое, что не является реальнымъ лицомъ, фингировать наличность лица тамъ, гдѣ его въ дѣйствительности нѣтъ. Такіе фингированные, т. е. вымышленные для цѣлей права, субъекты, существующіе только въ качествѣ „отвлеченнаго понятія“, а не въ дѣйствительности (*nomina juris et non personarum, nomina intellectualia*, по выраженіямъ Иннокентія IV), и суть юридическія лица.

Среди прежнихъ и современныхъ сторонниковъ теоріи фикціи имѣются разногласія по вопросу о томъ, что возводится въ личность путемъ фикціи; по мнѣнію однихъ (Савиньи, Пухты и др.) олицетворяется цѣль, по мнѣнію другихъ имущество, по мнѣнію третьихъ въ области корпорацій—соединеніе лицъ, въ области учреждений—имущество¹⁾.

2. *Отрицательныя теоріи.* Отъ теоріи фикціи естественный переходъ къ ясному и послѣдовательному отрицанію иныхъ лицъ въ правѣ, кромѣ физическихъ, и къ признанію несостоятельности самаго понятія юридическихъ лицъ и дѣленія лицъ на два вида.

а) *Теорія цѣлевыхъ имуществъ.* Противъ теоріи фикціи, господствовавшей безраздѣльно въ наукѣ права до второй половины XIX вѣка, и вообще противъ ученія о юридическихъ лицахъ, какъ таковыхъ, выступилъ (въ 1857 г.) Бринцъ. Онъ неходитъ изъ того простаго положенія, что если юридическія лица суть только фиктивные, на самомъ дѣлѣ не существующія лица, то такъ и слѣдуетъ признать, что они не существуютъ, а не различать, какъ какой-то второй видъ лицъ, наряду съ физическими, юридическія лица. Юридическія лица играютъ въ наукѣ права такую же роль, какъ чучела для пуганія воробьевъ въ антропологіи, если бы ихъ отнести туда, какъ особый видъ людей, потому что они изображаютъ челоуѣка.

Ученіе о существованіи двухъ видовъ лицъ слѣдуетъ отвергнуть. Существуютъ не два вида лицъ, а только два вида

¹⁾ Чрезвычайное и исключительное распространеніе теоріи фикціи проводитъ теперь, между прочимъ, Бирлингъ. Его теорія права такова (ср. выше, стр. 294 прим.), что по ней, кромѣ юридическихъ лицъ, оказываются фиктивными, или «полуфиктивными» субъектами еще и разныя другіе: дѣти, сумасшедшіе, иностранцы, безвѣстно отсутствующіе (ср. *Principienlehre* § 13).

имущество: 1) имущество, принадлежащее известному лицу (Personenvermögen), 2) имущество, предназначенное для чего либо, имущество для цѣли, имущество цѣли (Zweckvermögen), т. е. имущество, не принадлежащее никакому лицу, но служащее для опредѣленной цѣли. Этимъ понятіемъ Zweckvermögen слѣдуетъ замѣнить неудачное понятіе юридическихъ лицъ.

Ученіе Брицца вызвало большое смущеніе и броженіе мысли въ юриспруденціи; многіе отказались отъ господствовавшей прежде теоріи фикціи; нѣкоторые присоединились къ ученію Брицца ¹⁾; другіе же (большинство), не удовлетворяясь его ученіемъ, стали искать иныхъ путей рѣшенія загадочной проблемы.

в. *Теорія безсубъектныхъ правъ.* Теорія фикціи и вообще отрицаніе дѣйствительнаго существованія субъектовъ тѣхъ обязанностей и правъ, которыя приписываются юридическимъ лицамъ, заключаетъ въ себѣ признаніе существованія обязанностей безъ субъектовъ, безъ обязанныхъ, и правъ безъ субъектовъ, безъ управомоченныхъ. Уже до появленія ученія Брицца было предложено (Виндшейдомъ) признать существованіе „безсубъектныхъ правъ“ ²⁾, а со времени появленія ученія Брицца теорія безсубъектныхъ правъ получила дальнѣйшее распространеніе. Объ обязанностяхъ при этомъ, сообразно общему одностороннему направленію теперешняго ученія о субъективномъ правѣ вообще и о субъектахъ права въ частности, обыкновенно забывается. Послѣдовательно, съ точки зрѣнія ученія о безсубъектныхъ правахъ, слѣдуетъ признавать и существованіе такихъ обязанностей, по которымъ никто не обязанъ.

с. *Теорія Геринга* ³⁾. Сообразно своему общему ученію о правахъ, какъ защищенныхъ интересахъ, Герингъ полагаетъ, что права можетъ имѣть только тотъ, кто имѣетъ интересы, потребности, кто можетъ пользоваться, удовлетворять свои потребности, т. е. только отдѣльные люди. Теорія юри-

¹⁾ Впослѣдствіи или съ разными модификаціями, въ родѣ, напр., того, что имущества играютъ роль лица (Personenrolle), не будучи лицами.

²⁾ По ученію Виндшейда, права, „Wollendürfen“, по его опредѣленію, ср. выше стр. 379 прим., представляютъ нѣчто безличное, не требующее наличности субъекта; можетъ существовать «право хотѣть» господство воли, никому не принадлежащее.

³⁾ Geist des röm. Rechts. III § 61.

дическихъ лицъ, какъ особыхъ субъектовъ, есть, по его мнѣнію, порожденіе формализма и признакъ непониманія истиннаго существа дѣла. Истинными субъектами правъ въ тѣхъ случаяхъ, когда говорится о юридическомъ лицѣ, являются отдѣльные члены корпораціи или люди, пользующіеся благами даннаго учрежденія, напр., призрѣваемые бѣдные, больные и т. д., вообще адресаты, дестинатары реального пользованія. Для практическихъ надобностей, для удобства исковой защиты правъ, дается одинъ искъ отъ имени совокупности, но изъ этого нельзя заключать, будто дѣло идетъ о принадлежности правъ не отдѣльнымъ лицамъ, а какому-то особому субъекту ¹⁾.

3. *Теорія реального существованія юридическихъ лицъ.* Несмотря на рѣзкую полемику и высмѣиваніе теоріи юридическихъ лицъ, какъ особыхъ субъектовъ правъ, со стороны скептиковъ, многіе ученые, въ томъ числѣ весьма выдающіеся, утверждаютъ существованіе юридическихъ лицъ, и притомъ не въ качествѣ фикцій, а какъ дѣйствительныхъ, реальныхъ лицъ, такъ же реальныхъ, какъ и отдѣльные живые люди.

а. *Теорія социальныхъ организмовъ.* Наибольшее значеніе въ современной наукѣ права изъ теорій реального существованія юридическихъ лицъ имѣетъ ученіе, видящее въ юридическихъ лицахъ особаго рода организмы вышаго (надъ индивидуальнаго) порядка, социальные организмы, одаренные волею и правоспособностью, — ученіе, соответствующее по своему характеру и направленію органической или биологической школѣ социологін и государствовѣдѣнія (ср. выше § 12). Его называютъ также германистическимъ, потому что главными его представителями являются корифеи науки національнаго германскаго права — германисты (Безелеръ, Блюнчли, Гирке и др.), въ отличіе отъ романистовъ — специалистовъ по наукѣ римскаго права. Притомъ выдающіеся представители этого ученія видятъ въ признаніи реальныхъ и живыхъ общественныхъ

¹⁾ Какъ видно изъ сообщеннаго выше, стр. 364, права по Герингу состоятъ изъ интересовъ и исковъ. Этимъ объясняется его формулировка, касающаяся специально исковъ. Послѣдующіе сторонники его теоріи (ср., напр., М. Schwabe, Rechtssubjekt, 1901) распространяютъ его тезисъ на всѣ вообще права, приписываемыя юр. лицамъ; нѣкоторые при этомъ, напр., Коркузовъ, признаютъ наличность фикцій.

организмовъ особенность и великое преимущество германскаго національнаго духа и права предъ римскимъ: въ римскомъ правѣ, по ихъ мнѣнію, юридическія лица были безжизненными фикціями, безтѣлесными тѣнями; напротивъ, германское національное сознаніе выработало и признаетъ въ области юридическихъ лицъ реальныя, жизнеспособныя и живыя существа, реальныя соціальныя организмы. Отсюда восторженный тонъ защиты этой теоріи.

„Достойнымъ нашего времени, дѣйствительно обоснованнымъ нашимъ міросозерцаніемъ, дѣйствительно прогрессивнымъ является только воззрѣніе, которое выработалъ германскій духъ въ многовѣковой борьбѣ: надъ человѣческими индивидами продолжаютъ существовать человѣческіе союзы разнаго порядка и ранга—реальныя существа исторической дѣйствительности, соціальныя организмы съ головой и прочими органами, изъ коихъ каждый на своемъ мѣстѣ участвуетъ въ общей жизни цѣлаго“ (Gierke, Deutsches Privatrecht, I. 1895. стр. 468) ¹⁾.

Какъ и въ области біологической школы соціологін и въ наукѣ о государствѣ, теорія соціальныхъ организмовъ имѣетъ множество разновидностей и отгѣнковъ, смотря по степенямъ сближенія „соціальныхъ организмовъ“ съ животными организмами. Такъ, нѣкоторые находятъ въ юридическихъ лицахъ и душу и тѣло (Блюнчли даже различалъ разныя юридическія лица по полу, приписывалъ государству, по нѣмецки *der Staat*—имя существительное мужескаго рода, мужескій полъ, церкви—женскій и т. п.); другіе, оставляя анатомію въ сторонѣ, вращаются главнымъ образомъ въ сферѣ психологін (т. е. юридической психологін, съ ея представленіями о „волѣ“, „интересахъ“ и т. д., а не обычной научной психологін) и приписываютъ юридическимъ лицамъ больше

¹⁾ «Со времени появленія исторической школы воспылала борьба по поводу понятія юридическаго лица, борьба, расколовшая представителей нѣмецкой науки права на два враждебные лагеря» (Schwabe, назв. соч., стр. 9). Это главнымъ образомъ относится къ борьбѣ «романистической» теоріи фикціи и «германистической» теоріи соціальныхъ организмовъ. Впрочемъ, въ новѣйшее время къ германистической теоріи присоединились и разные выдающіеся романисты (Баронъ, впоследствии, впрочемъ, возвратившійся къ теоріи фикціи, Регельсбергеръ, Эртманъ и др.), и теперь германистическая теорія является наиболее распространенною и популярною.

или меньше разныхъ духовныхъ свойствъ и способностей, главнымъ образомъ и прежде всего особую единую „волю“.

б. Меньшее значеніе въ наукѣ и по большей части только единичныхъ приверженцевъ имѣютъ многочисленныя и разнообразныя другія теоріи реальнаго существованія юридическихъ лицъ. Нѣкоторые ученые дѣйствительными субъектами права въ области юридическихъ лицъ считаютъ организованное управленіе или „дѣющеся состояніе управленія имуществомъ“, или администраторовъ, или отдѣльныя хозяйства, или совокупности членовъ корпорацій и пользующихся учрежденіями, какъ таковыя, въ отличіе отъ отдѣльныхъ лицъ (безъ отождествленія ихъ съ организмами въ біологическомъ смыслѣ) и т. д. Нѣкоторые смотрятъ на дѣло весьма реалистически въ томъ смыслѣ, что они апеллируютъ къ свидѣтельству внѣшнихъ чувствъ, доказывающихъ наглядно реальное существованіе юридическихъ лицъ, не допускающихъ и мысли, что городъ, государство, университетъ и т. п. есть ничто, въ дѣйствительности не существуетъ¹⁾. На противоположной сторонѣ длиннаго ряда подлежащихъ теорій находятся тѣ, которыя считаютъ соотвѣтственныя реальности не только недоступными внѣшнимъ чувствамъ, но и вообще опытному познанію, и имѣютъ метафизическій или мистическій характеръ. Такъ, нѣкоторые возводятъ въ субъекты „метафизическую волю“ или „волю“ (безъ эпитета „метафизическій“) или „безтѣлесныя воли“, какъ особыя недоступныя внѣшнимъ чувствамъ существа. Особенно обстоятельно теорію воли, существующей и дѣйствующей безъ соотвѣтственнаго тѣла, развилъ Цителъманъ. Въ области корпорацій, по мнѣнію Цителъмана, подлежащая воля образуется изъ воли отдѣльныхъ членовъ. Въ учрежденіяхъ подлежащая безтѣлесная воля представляетъ отдѣлившуюся и получившую самостоятельное существованіе волю учредителя. Въ обѣихъ областяхъ истинными субъектами являются безтѣлесныя воли. Сообразно съ

¹⁾ Ср., напр., изъ современныхъ авторитетныхъ юристовъ Дернбургъ, Пандекты I § 59: «Представленіе юридическаго лица (не есть фикція, т. е. представленіе, противорѣчащее дѣйствительности, реальному положенію вещей, а напротивъ) подводитъ дѣйствительное явленіе подъ соотвѣтствующее ему понятіе. Понятіе общины, напр., связано съ землею и людьми, состоящими между собою въ извѣстныхъ отношеніяхъ. Это представленіе соотвѣтствуетъ реальности. Оно не порожденіе фантазіи, какъ нѣкоторые думаютъ, а разсудка».

этимъ вмѣсто дѣленія лицъ на физическія и юридическія Цительманъ предлагаетъ дѣлить ихъ на тѣлесныя и безтѣлесныя ¹⁾). У другихъ авторовъ вмѣсто „воли“ фигурируютъ „цѣли“, или „интересы“, какъ какія-то самостоятельныя существа, и проч.

Подробная критика приведенныхъ теорій, изложеніе всѣхъ или хотя бы только главнѣйшихъ возникающихъ противъ нихъ возраженій, потребовала бы много мѣста и не представляется необходимою. Можно, оставаясь на почвѣ традиціонныхъ представленій и ученій о правѣ, т. е. того, что извѣстно современной юриспруденціи и признается ею, но упускается изъ виду при построеніи разныхъ теорій юридическихъ лицъ, ограничиться указаніемъ на слѣдующее обстоятельство:

Для существованія юридического лица вовсе не требуется наличности того, что предполагаютъ разныя существующія теоріи юридическихъ лицъ.

Страннымъ образомъ эти теоріи, сооружаемыя на почвѣ офиціальнаго права и припоровленныя къ содержанію его, не обращаютъ вниманія на то, что требуется и что не требуется по этому праву для возникновенія и существованія юридического лица, какъ особаго правоспособнаго субъекта, могущаго пріобрѣтать имущественныя и иныя права и т. д.

Для возникновенія юридического лица достаточно, по существующему (офиціальному) праву, совершенія извѣстныхъ

¹⁾ Впрочемъ, умственные манипуляціи, производимыя Цительманомъ съ волею, по скольку дѣло не идетъ специально о призваніи «безтѣлесныхъ волей» лицами, не представляютъ исключительной особенности его теоріи. Современное государство въ дѣлѣ и теоріи юридическихъ лицъ, какъ социальныхъ организмовъ, прибѣгаютъ къ такимъ же «психологическимъ» операціямъ съ «волею», къ производству особой «единой воли» государства и иныхъ надъ-человѣческихъ существъ изъ множества человѣческихъ волей, къ отдѣленію и перенесенію воли туда, гдѣ это для построенія подлежащихъ теорій требуется, и проч. Между прочимъ, наиболее выдающійся современный германецъ Гирке опредѣляетъ природу корпорацій и учреждений слѣд. образомъ (*Deutsches Privatrecht*, I 1895, стр. 474):

«Корпорація есть союзъ съ коренящеюся въ немъ самою личностью; ея душа есть единая общая воля, ея тѣло—союзный организмъ. Учрежденіе (*Anstalt*) есть союзъ съ насажденною ему извнѣ личностью; его душа—единая учредительская воля (воля учредителя), ея тѣло—органическое приспособленіе, путемъ котораго этой волѣ служатъ постоянно люди». Дальше авторъ указываетъ, что воля корпораціи есть имманентная, воля учреждений—трансцендентная воля.

формальностей: составленія извѣстныхъ документовъ, утвержденія со стороны извѣстнаго начальства и т. п.

Напримѣръ, новое германское гражданское уложеніе для возникновенія учрежденія, какъ юридическаго лица, требуетъ наличности слѣдующихъ условій (§ 80):

„Для возникновенія правоспособнаго учрежденія кромѣ сдѣлки¹⁾, направленной на созданіе учрежденія, требуется согласіе правительства“... (дальше опредѣляется, къ какому изъ германскихъ правительствъ въ какихъ случаяхъ слѣдуетъ обращаться, кому надлежитъ испрашивать согласіе правительства и т. д.).

Такимъ образомъ, по новому германскому уложенію (впрочемъ, въ данной области никакого существеннаго нововведенія по сравненію съ другими законодательствами не содержащему), для возникновенія юридическихъ лицъ, называемыхъ учрежденіями, достаточно наличности правильно составленнаго частнымъ лицомъ распорядительнаго документа и надлежащаго выраженія согласія со стороны правительства, напр., соответственной резолюціи министра.

Если обратить должное вниманіе на этотъ фактъ и то, что изъ него вытекаетъ, то сразу обнаруживается полная несостоятельность цѣлаго длиннаго ряда существующихъ теорій юридическихъ лицъ безъ дальнѣйшей ихъ критики:

1. Требуется ли для возникновенія юридическаго лица наличность тѣхъ людей, которымъ достается „польза“, чьи интересы удовлетворяются вслѣдствіе существованія даннаго учрежденія (наличность дестинатаровъ)? Такого условія и ограниченія законъ не устанавливаетъ. И это вполне резонно. Почему, напримѣръ, не допустить учрежденія „Пріюта имени Ивана Петрова“ для воспитанія подкидышей, которые родятся послѣ 1915 года (до того времени пожертвованный, пока не особенно большой, капиталъ долженъ увеличиваться наростаніемъ процентовъ или дальнѣйшими пожертвованіями)? Или почему не допустить учрежденія для чествованія такого то святого и вмѣстѣ съ тѣмъ поминовенія души знаменитаго предка учредителя? Въ первомъ случаѣ юридическое лицо возникаетъ раньше рожденія дестинатаровъ, во второмъ слу-

¹⁾ Напримѣръ, завѣщанія, договора.

чаѣ тоже не имѣется въ виду наличныхъ дестинатаровъ съ „брюхомъ“ и т. п. Такимъ образомъ, падаетъ теорія Террига и его послѣдователей, предполагающая за ширмами или скобками юридическаго лица наличныхъ живыхъ дестинатаровъ, какъ дѣйствительныхъ управомоченныхъ.

2. Требуется ли наличность имущества для возникновенія юридическаго лица? Такого ограниченія законъ вполне резонно не устанавливаетъ. Можетъ быть, въ данномъ случаѣ, послѣ признанія учрежденія, послѣ возникновенія юридическаго лица, ожидаются многочисленныя пожертвованія на имя этого лица для той цѣли, для которой учрежденіе предназначено. Или, напримѣръ, почему не допустить учрежденія „Сберегательной кассы такой-то“, „Кассы взаимной помощи“ и т. п. изъ-за отсутствія особаго имущества? Таковое соберется, лишь бы было признано правоспособное учрежденіе. Такимъ образомъ падаетъ теорія „цѣлевыхъ имуществъ“ Бринца и его послѣдователей.

3. Требуется ли появленіе какого-либо соціального организма для возникновенія юридическаго лица? По закону ничего подобнаго не требуется. И отъ составленія завѣщанія и подписи министра во всякомъ случаѣ не родится никакой „организмъ“ и вообще не появится никакого „существа“, кромѣ бумажнаго; а между тѣмъ юридическая личность возникаетъ и можетъ приобрести самостоятельныя права съ момента подписи документа подлежащимъ чиновникомъ. Такимъ образомъ падаетъ теорія соціальныхъ организмовъ.

4. То же (*mutatis mutandis*) относится къ теоріямъ „организованнаго управленія“, „администраторовъ“, отдѣльныхъ „хозяйствъ“ и проч.; ибо для возникновенія юридическаго лица не требуется, чтобы раньше было организовано управленіе, чтобы были налицо будущіе управители, чтобы уже было заведено отдѣльное хозяйство и проч.; и апеллировать къ свидѣтельству чувствъ и здраваго смысла, убѣждающихъ въ томъ, что городъ, государство не есть ничто, въ данномъ случаѣ не приходится, ибо учрежденіе, какъ юридическое лицо, можетъ существовать помимо земли, людей и т. п.; а на очевидное существованіе листовъ бумаги, на которыхъ написаны распоряженіе учредителя и выраженіе согласія правительства, какъ на свидѣтельство, что учрежде-

ніе есть реальное лицо, сторонники свідѣтельства чувствъ и здраваго смысла, конечно, ссылатся не стануть.

Что касается противоположныхъ теоріямъ здраваго смысла ученій о „метафизическихъ“ или „бестѣлесныхъ воляхъ“, „цѣляхъ“, „интересахъ“, могущихъ отдѣлиться отъ субъектовъ подлежащихъ психическихъ переживаній и превратиться въ самостоятельныя существа, то и эти ученія разрушаются при сопоставленіи съ содержаніемъ дѣйствующаго права, хотя обыкновенно утвержденія существованія чего-либо внѣ сферы опытнаго познанія отличаются тѣмъ, что они не поддаются ни доказательству, ни опроверженію.

Кромѣ § 80, не требующаго и не предполагающаго никакихъ превращеній въ метафизическомъ мірѣ, здѣсь заслуживаетъ вниманія одинъ изъ слѣдующихъ параграфовъ германскаго уложенія, а именно § 87, который содержитъ слѣдующее постановленіе:

„Если исполненіе цѣли учрежденія сдѣлалось невозможнымъ или опаснымъ для общаго блага, то подлежащій органъ власти можетъ опредѣлить для учрежденія другую цѣль или прекратить существованіе учрежденія“.

Въ силу этого положенія (повторяющагося и въ другихъ законодательствахъ) та бестѣлесная воля, которая, будучи создана учредителемъ-завѣщателемъ, продолжаетъ, по ученію Цительмана, существовать въ качествѣ субъекта, приобретающаго права, или тѣ интересы, или та постоянная, неизмѣнная цѣль, которые, по другимъ ученіямъ, существуютъ независимо отъ людей и являются субъектами права, получаютъ съ точки зрѣнія этихъ теорій, такъ сказать, отставку; а между тѣмъ юридическое лицо продолжаетъ существовать и дѣйствовать, несмотря на измѣненіе предназначенія и отступленіе отъ воли, выраженной завѣщателемъ или инымъ учредителемъ, какъ продолжаетъ существовать и дѣйствовать Иванъ Петровъ или Гансъ Мюллеръ, хотя онъ въ одно прекрасное утро радикально измѣнилъ свой планъ жизни, свои интересы и цѣли. Съ юридической точки зрѣнія здѣсь имѣетъ мѣсто тожество личности, тожество субъекта правъ при измѣненіи цѣли или отбѣивъ иныхъ распоряженій („воли“) учредителя; такъ что теоріи Цительмана и т. п. ученія находятся въ такой же коллизіи съ положеніями (официальнаго)

права, какъ теорія дестинатаровъ Геринга, теорія соціальныхъ организмовъ и проч.

Всѣ эти теоріи оказываются страдающими, по меньшей мѣрѣ, порокомъ прыганія (даже съ точки зрѣнія только официальнаго права), и этого достаточно для признанія ихъ несостоятельными.

Такимъ образомъ, уже отъ принятія въ соображеніе постановленій закона объ условіяхъ возникновенія и существованія юридическихъ лицъ (между прочимъ, постановленій, въ образованіи которыхъ для германскаго уложенія принимали участіе сами сторонники теоріи соціальныхъ организмовъ и т. п.), чтобы цѣлая масса теорій современной юриспруденціи, построенныхъ съ большимъ искусствомъ и глубоко-мыслиемъ, рухнула, какъ карточные домики отъ дуновенія.

Уцѣлѣло отъ этого разрушенія, произведеннаго столь скромными средствами, только ученіе объ отсутствіи въ дѣйствительности субъекта для подлежащихъ правъ, осложняемое и затемняемое разговоромъ о фикціи¹⁾ или свободное отъ этого ненаучнаго осложненія.

Но принятіе безсубъектныхъ правъ и безсубъектныхъ обязанностей представляетъ нѣчто, еще болѣе невозможное и неприемлемое, нежели даже фантастическія представленія объ отдѣляющихся отъ людей и самостоятельно существующихъ воляхъ и т. п.; ибо оно до такой степени противорѣчитъ самой природѣ права, т. е. нашей правовой психикѣ, что представляетъ для этой психики нѣчто немыслимое, психически неисполнимое. Такая обязанность, по которой обязанъ „никто“, т. е. никто не обязанъ, не есть обязанность, означаетъ отсутствіе обязанности; такое правомочіе, по которому никто не управомоченъ, не есть право; и представлять себѣ обязанности безъ кого бы то ни было, кто былъ бы обязаннымъ и т. д., можно не въ дѣйствительности, а только т. ск. на словахъ, т. е. можно произносить или писать соответственные слова, такъ же какъ, напр., слова „все бѣлое черно“ и т. п., но только безъ соответственной дѣйствительной и серьезной мысли.

¹⁾ Впрочемъ, и теоріи фикціи, по скольку онѣ псходятъ изъ наличности извѣстныхъ субъектовъ, имуществъ и т. д. и говорятъ о распространеніи правоспособности путемъ фикціи на эти субстраты, тоже разрушаются при сопоставленіи съ приведенными противоположеніями.

Такимъ образомъ, теперешняя наука права находится въ такомъ трагическомъ и, повидимому, безвыходномъ положеніи, что, съ одной стороны, немислимы права и обязанности безъ субъектовъ, а, съ другой стороны, всё поиски за подлежащими субъектами для множества правъ и обязанностей оказываются тщетными, несмотря на весь громадный потраченный на это трудъ и все остроуміе множества выдающихся юристовъ, въ томъ числѣ первыхъ корифеевъ романистической и германистической юриспруденціи. Это уже само по себѣ наводитъ на мысль, что поиски происходятъ не въ надлежащемъ направленіи, что въ основѣ ихъ лежитъ заблужденіе относительно сферы существованія и возможности успешнаго нахожденія искомаго.

Въ существѣ дѣла и въ области первой части ученія современной юриспруденціи о субъектахъ все представляется въ порядкѣ и не возбуждаетъ въ наукѣ споровъ и сомнѣній—только потому, что не принимаются во вниманіе разныя обстоятельства, противорѣчація подлежащему ученію и ниспровергающія его.

Такъ, между прочимъ, въ самомъ же ученіи о физическихъ лицахъ, какъ отдѣльныхъ живыхъ людяхъ, обладающихъ правоспособностью съ момента рожденія до момента смерти, обыкновенно сообщаются такія положенія (официальнаго) права, изъ которыхъ видно, что подлежащая основныя аксіомы ученія о физическихъ лицахъ неправильны, въ частности, что правоспособность не прекращается непременно въ моментъ смерти, что имѣть права и обязанности могутъ и покойники.

А именно, послѣ традиціонныхъ замѣчаній, что существованіе физическаго лица начинается въ моментъ рожденія, кончается въ моментъ смерти, въ томъ же или въ одномъ изъ слѣдующихъ параграфовъ ученія о физическомъ лицѣ въ учебникахъ гражданскаго права столь же традиціонно излагается такъ наз. ученіе о *commorientes*, о совмѣстной смерти, и ученіе о безвѣстномъ отсутствіи. Изъ сообщаемыхъ здѣсь данныхъ мы узнаемъ, что, напр., если нѣсколько лицъ погибло во время кораблекрушенія или сраженія или т. п. общей катастрофы такъ, что неизвѣстно, кто изъ нихъ потерпѣлъ смерть раньше, а отъ рѣшенія этого вопроса зависитъ

регулированіе какихъ-либо правъ и обязанностей (напримѣръ, наслѣдственныхъ правъ), то римское право и разныя современныя законодательства признають, что они погибли въ одинъ и тотъ же моментъ (такъ, что одинъ не сдѣлался наслѣдникомъ другого); но если они находились въ отношеніи нисходящихъ къ восходящимъ родственникамъ (напр., отецъ и сынъ, дѣдъ и внукъ), то предполагается, что совершеннолѣтній нисходящій пережилъ своего восходящаго, а несовершеннолѣтній умеръ раньше его. Далѣе, мы узнаемъ, что на случай безвѣстнаго отсутствія (человѣкъ исчезъ и о его жизни или смерти нѣтъ никакихъ свѣдѣній) разныя (официальныя) права устанавливаютъ разныя правила насчетъ того, до какого времени въ случаѣ безвѣстнаго отсутствія признавать лицо живущимъ и, стало быть, приписывать ему право собственности на его имѣніе, признавать его кредиторомъ и должникомъ по обязательствамъ и т. д., и съ какого времени признавать его умершимъ (такъ, что его права и обязанности переходятъ къ наслѣдникамъ), напр., съ момента истеченія 70 лѣтъ отъ роду или 30 или 10 лѣтъ отъ безвѣстной пропажи и т. п.

Съ перваго взгляда эти положенія представляются согласными съ обычнымъ понятіемъ физическаго лица и съ положеніемъ, что смерть прекращаетъ личность. Если право въ упомянутыхъ случаяхъ постановляетъ продолженіе личности въ юридическомъ смыслѣ, какъ самостоятельной правоспособности и самостоятельной сферы правоотношеній, то это именно происходитъ путемъ предположенія жизни, болѣе продолжительной жизни совершеннолѣтняго нисходящаго, нѣкоторой продолжительности жизни въ безвѣстномъ отсутствіи и т. д. Но дѣло въ томъ, что предположеніе жизни не превращаетъ покойника въ живущаго; и вообще смыслъ права состоитъ не въ правильныхъ или неправильныхъ утвержденіяхъ относительно бывшаго или сущаго, а въ нормировкѣ поведенія, правъ и обязанностей. Выраженіе „жизнь предполагается“ означаетъ вовсе не утвержденіе чего-либо, а требованіе неизмѣннаго исполненія обязанностей отъ имени отсутствующаго (живетъ ли онъ или умеръ, и безразличнымъ является, какъ кто объ этомъ думаетъ), напр., платежа долговъ изъ его

имущества, осуществленія его правъ, напр., платежа долговъ завѣдывающему дѣлами отсутствующаго на имя отсутствующаго; вообще, предположеніе „жизни“ сводится къ продолженію отдѣльнаго существованія и осуществленія правоспособности и правообладанія, къ продолженію существованія личности, независимо отъ того, что, можетъ быть, человекъ давно умеръ. Но если такъ, то въ ученіяхъ о безвѣстномъ отсутствіи и совмѣстной смерти содержится опроверженіе ученія о физическихъ лицахъ, какъ непременно „живыхъ“ людяхъ, и о прекращеніи личности, правоспособности въ моментъ смерти.

По нѣкоторымъ современнымъ официальнымъ правамъ (не говоря уже о неофициальномъ правѣ и объ официальныхъ правахъ прежнихъ эпохъ культуры), личность и правоспособность покойнаго продолжаютъ существовать и послѣ обыкновенной смерти, до пріобрѣтенія наслѣдства со стороны наслѣдниковъ. Между прочимъ, въ дѣйствующемъ въ Россіи уставѣ гражданскаго судопроизводства говорится объ искахъ, предъявляемыхъ „къ лицу умершаго“ (ст. 215 Уст. гр. суд. „Сему же суду предъявляются искн къ лицу умершаго собственника, буде нѣтъ въ виду признанныхъ или вступившихъ во владѣніе наслѣдниковъ“). Это явленіе западно-европейской юриспруденціи, воспитанной на почвѣ римскаго права и новыхъ законодательствъ, составленныхъ главнымъ образомъ путемъ заимствованія положеній римскаго права, неизвѣстно; въ случаѣ же извѣстности оно, конечно, было бы принято за недоразумѣніе, суевѣріе или т. п. Все-таки положеніе дѣла между смертью и пріобрѣтеніемъ наслѣдства со стороны наслѣдниковъ, т. е. до появленія новыхъ субъектовъ для соответственныхъ правъ и обязанностей, денежныхъ долговъ и проч., причиняетъ юриспруденціи немалыя непріятности и затрудненія. Кто тутъ субъектъ правъ и обязанностей? Объ этомъ существуетъ большая литература, но удовлетворительнаго (удовлетворяющаго современную юриспруденцію) рѣшенія проблемы до сихъ поръ не удалось найти. Въ источникахъ римскаго права имѣется изреченіе, по которому „лежащее (т. е. не пріобрѣтенное еще наслѣдниками) наслѣдство“ исполняетъ роль лица подобно муниципіямъ (го-

родскимъ общинамъ)“ и т. д. ¹⁾). Сообразно съ этимъ, нѣкоторые признають лежащее наслѣдство юридическимъ лицомъ, хотя оно и не вмѣщается въ рамки господствующаго ученія о юридическихъ лицахъ, корпораціяхъ и учрежденіяхъ, и строятъ соотвѣтственныя теоріи, напримѣръ, пересаживаютъ „волю“ наслѣдодателя въ это наслѣдство и заставляютъ ее дѣйствовать такъ, какъ это требуется по ихъ теоріи, и проч. Господствующее мнѣніе не согласно съ причисленіемъ лежащаго наслѣдства къ юридическимъ лицамъ, и такимъ образомъ получается особая проблема, отличная отъ проблемы о юридическихъ лицахъ, и особый рядъ теорій, — столь же искусственно построенныхъ и столь же мало успѣшныхъ, какъ и существующія теоріи юридическихъ лицъ ²⁾). За невозможностью найти субъекта, многіе, въ томъ числѣ и тѣ, которые считаютъ юридическія лица реальными субъектами, социальными организмами и т. п., признають въ данномъ случаѣ наличность безсубъектныхъ правъ, иногда съ добавленіемъ, такъ сказать въ утѣшеніе, что такое положеніе только временно, интеримистично.

Между прочимъ, и другое положеніе, что правоспособность начинается съ момента рожденія, тоже неправильно, и это видно уже изъ сообщаемыхъ тутъ же, рядомъ съ нимъ, положеній о зародышахъ, младенцахъ въ утробѣ матери. А именно, рядомъ съ традиціоннымъ отрицаніемъ правоспособности и личности до момента рожденія также традиціонно сообщается, что для младенца въ утробѣ матери сохраняются разныя права, въ томъ числѣ наслѣдственныя, что для охраны соотвѣтственныхъ правъ (т. е. для предъявленія исковъ, въ качествѣ представителя плода, и т. д.) можетъ быть для него назначенъ особый попечитель, *curator*, и т. д.; или даже просто и ясно говорится, что младенецъ въ утробѣ

¹⁾ I. 22 D. 46, 1 (*Hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas*).

²⁾ Между прочимъ, по мнѣнію Зома (*Institutionen des röm. Rechts*), субъектами подлежащихъ правъ являются наслѣдники (хотя они еще ихъ не приобрѣли!). Но въ источникахъ римскаго права подчеркивается, что наслѣдство поддерживаетъ личность не наслѣдника, а наслѣдодателя (*hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet*). По этому поводу Зомъ выставляетъ положеніе, что «наслѣдникъ, поскольку онъ наслѣдникъ, есть не онъ самъ, а наслѣдодатель»; такимъ образомъ спасается теорія.

матери „имѣть нѣкоторыя частныя и публичныя права“¹⁾. Такимъ образомъ, продолженіе изложенія ученія о началѣ правоспособности содержитъ скрытое неясными выраженіями о сохраненіи правъ или ясное и открытое противорѣчіе тому, что говорится въ началѣ этого ученія.

Если бы современное правовѣдѣніе не ограничивалось положеніями римскаго и современныхъ правъ относительно субъектовъ, а расширило горизонтъ и матеріалъ своего изученія, обратившись къ правамъ другихъ ступеней культуры, то оно убѣдилось бы, что для признанія человѣческихъ существъ субъектами правъ и обязанностей не нужно даже и зачатія. Такъ, по правамъ извѣстныхъ ступеней культуры, въ частности въ эпоху сильнаго и развитого родового быта, заключаются договоры, пріобрѣтаются права, напримѣръ, право собственности, принимаются обязательства не только отъ имени и на имя живущихъ, но и отъ имени и на имя всѣхъ потомковъ („на вѣчныя времена“), всего сѣмени и т. п.

Какъ бы то ни было, существующее ученіе о физическихъ лицахъ является сочетаніемъ противорѣчивыхъ и другъ друга неспровергающихъ положеній.

Кромѣ тѣхъ затрудненій, загадокъ, противорѣчій и т. д., которыми переполнено традиціонное содержаніе ученія о субъектахъ, какъ такового, симптомы ненормальной постановки ученія о субъектахъ проявляются и въ разныхъ другихъ областяхъ и проблемахъ юриспруденціи, традиціонно не относимыхъ къ ученію о субъектахъ (хотя по существу онѣ сюда относятся). Такъ, бѣдствіямъ, испытываемымъ современною наукою въ ученіи о субъектахъ изъ-за ненахожденія въ разныхъ случаяхъ необходимаго субъекта, можно противопоставить упомянутыя уже выше бѣдствія, имѣющіяся для современной юриспруденціи въ области ученія о правѣ собственности и другихъ такъ называемыхъ абсолютныхъ правахъ, изъ-за ужасающаго размноженія субъектовъ, изъ-за появленія несмѣтныхъ полчищъ таковыхъ. Изъ-за купли кѣмъ либо булавки или карандаша происходитъ революція среди всѣхъ людей и народовъ на земномъ шарѣ, такъ какъ

¹⁾ Ср., напр., Дернбургъ, Пандекты I, § 50.

„всѣ“ обязаны по отношенію къ собственнику булавки; ко всѣмъ отправляются (въ воображеніи юристовъ) запреты, всѣ должны возымѣть соотвѣтствующую волю, всѣ люди попадаютъ въ „житейское отношеніе“ (ср. выше господствующее опредѣленіе правоотношенія) къ купившему булавку и проч. и проч. Производятся, правда, разныя попытки истребленія этихъ, непріятно поражающихъ своюю чрезмѣрною многочисленностью, субъектовъ, но онѣ такъ же произвольны и мало успѣшны, какъ попытки отысканія или созданія субъектовъ тамъ, гдѣ они надобны хоть въ количествѣ одного ¹⁾).

Для успѣшнаго построенія ученія о субъектахъ, въ частности для рѣшенія загадочныхъ проблемъ о юридическихъ лицахъ, о лежащемъ наслѣдствѣ и т. д., слѣдуетъ исходить изъ того простаго положенія, что правовыя явленія и ихъ элементы суть явленія не матеріальнаго, а духовнаго міра, что для отысканія и изученія ихъ слѣдуетъ обращаться не къ поискамъ во внѣшнемъ мірѣ, а къ психикѣ тѣхъ, которые переживаютъ подлежащіе психическіе процессы, приписываютъ себѣ или другимъ представляемымъ существамъ соотвѣтственныя права, обязанности и т. д. Здѣсь, въ психикѣ подлежащаго индивида, и только въ этой сферѣ, имѣются правовыя явленія, какъ сложное цѣлое, и всѣ ихъ элементы. Все ученіе современной юриспруденціи о субъектахъ, такъ же какъ и о другихъ элементахъ права и о правѣ вообще, поконтея на томъ принципиальномъ недоразумѣніи, что поиски за подлежащими объектами производятся совсѣмъ не въ той сферѣ, гдѣ они имѣются.

Во Введеніи мы привели примѣръ логика или грамматика, который бы предложенную ему задачу анализа (разложенія на элементы), въ частности опредѣленія логическихъ субъектовъ или грамматическихъ подлежащихъ, трехъ сужденій или (предложеній): „Служитель находится въ прихожей“, „Зевсъ есть царь олимпійскихъ боговъ“ и „Казна обладаетъ большимъ имуществомъ“—сталъ бы рѣшать такимъ образомъ, что для нахождения субъекта перваго сужде-

¹⁾ Ср. выше, стр. 193 и слѣд. Въ дополненіе къ изложенному тамъ, можно добавить, что Бирлингъ изводитъ количество подлежащихъ субъектовъ на количество подданныхъ даннаго государства (Bierling, Jur. Princ. I стр. 184 и слѣд., прим.); все-таки не мало!

нія или подлежащаго перваго предложенія отправился бы въ прихожую за служителемъ (наивно-реалистическое рѣшеніе), по поводу субъекта втораго сужденія заявилъ бы, что онъ не вѣритъ въ его существованіе (наивно-нигилистическое рѣшеніе), а по поводу субъекта третьаго сужденія сталъ бы строить фантастическія теоріи о существованіи какаго-то сверхъ-животнаго или т. п. (наивно-конструктивное рѣшеніе).

Ту же картину, сочетанія такихъ же недоразумѣній, представляетъ ученіе о субъектахъ въ современной наукѣ права.

Приписывая „казнѣ“ и другимъ т. н. „юридическимъ“ или „физическимъ“ лицамъ такія или инныя права и обязанности, т. е. переживая соотвѣтственныя правовыя сужденія: „казна имѣетъ такія-то права“ и т. д., юрпеты имѣютъ подлежащихъ субъектовъ, такъ сказать, „весьма близко, подъ руками“, въ своей же психикѣ и могутъ весьма легко познакомиться съ ихъ природою. Субъектомъ приписываемаго права въ правовомъ переживаніи: „казна имѣетъ право...“ является логическій субъектъ этого сужденія, то представляемое, къ которому относится логическій предикатъ (сказуемое): „имѣетъ право“, содержаніе или предметъ того представленія, которому соотвѣтствуетъ имя „казна“. Это несомнѣнно реальній, логическій и юридическій, субъектъ и онъ находится тутъ же, въ самомъ сужденіи „казна имѣетъ право...“; и то же относится, напр., къ логическимъ и юридическимъ субъектамъ въ переживаніяхъ: „Зевсъ имѣетъ право на послушаніе со стороны боговъ и людей“, „покойный А имѣетъ право на то, чтобы не оскорбляли его памяти“, „святой Георгій имѣетъ право собственности на такой-то участокъ земли“ и проч. и проч. Между тѣмъ, юристы, не ориентировавъ относительно того, что, изучая право, занимаясь юридическимъ анализомъ (разложеніемъ на элементы), они должны вращаться въ сферѣ духовной жизни, а именно обращаться къ психикѣ индивида, переживающаго правовыя явленія, приписывающаго права, обязанности и т. д., и констатировать и изучать то, что здѣсь имѣется и какъ оно здѣсь имѣется, производятъ соотвѣтственные поиски въ совсѣмъ неподходящей сферѣ, во внѣшнемъ мірѣ, въ пространствѣ; и отсюда, естественно и неизбѣжно, получаютъ

курьезы и несообразности, тѣ же, несообразности, которыя имѣются въ приведенномъ выше примѣрѣ наивнаго логическаго или грамматическаго анализа съ поисками за подлежащими предложеній въ прихожей, въ облакахъ Олимпа и т. п.

Ученія теперешней науки права о субъектахъ имѣютъ наивно-реалистическій характеръ, такой же, какъ отысканіе грамматическаго подлежащаго или логическаго субъекта въ прихожей въ приведенномъ выше примѣрѣ наивно-грамматическаго или логическаго анализа, поскольку дѣло идетъ: о т. н. физическихъ лицахъ, о всѣхъ живущихъ на земномъ шарѣ людяхъ, какъ субъектахъ обязанностей въ области права собственности и другихъ абсолютныхъ правъ, о нахожденіи въ области ученій о т. н. юридическихъ лицахъ разныхъ реальностей, бывающихъ въ дѣйствительности, напр., дестинатаровъ теоріи Іеринга и т. п.

Онѣ имѣютъ наивно-нигилистическій характеръ, такой же, какъ неумѣніе найти и отрицаніе существованія логическаго субъекта или грамматическаго подлежащаго въ сужденіи «Зевесъ есть царь боговъ», поскольку онѣ состоятъ въ признаніи невозможности найти и отказѣ вѣрить въ существованіе множества разныхъ несомнѣнно существующихъ или существовавшихъ субъектовъ права за ненахожденіемъ во внѣшнемъ мірѣ представляющагося подходящимъ реальнаго.

Сюда относятся прежде всего и главнымъ образомъ отрицаніе со стороны современной науки о правѣ возможности и дѣйствительности существованія всѣхъ тѣхъ категорій субъектовъ, которыя не подходятъ подъ рубрики «живыхъ людей», т. н. «физическихъ лицъ», и «человѣческихъ союзныхъ образованій», т. н. юридическихъ лицъ, и которыя особенно на прежнихъ ступеняхъ культуры, въ томъ числѣ въ средніе вѣка, играли большую роль въ народной правовой цепихкѣ, въ томъ числѣ въ области официальнаго права: разныхъ безтѣлесныхъ духовъ, покойниковъ, божествъ, святыхъ, дьяволовъ и т. п. существъ, животныхъ, невоодушевленныхъ предметовъ и проч. Перетолковываніе разныхъ средневѣковыхъ документовъ на имя святыхъ и т. п. такъ, чтобы вмѣсто этихъ субъектовъ подставить монастыри, церкви и т. п., отказъ вѣрить, чтобы субъектами могли быть божества, духи усопшихъ, дьяволы, камни и т. п., несмотря на соотвѣтственныя историческія свидѣтельства, отношеніе къ этимъ явленіямъ, какъ къ наивнымъ недоразумѣніямъ и проч. — представляютъ особенно наглядныя иллюстраціи принципиальнаго недоразумѣнія современной науки о правѣ относительно собственной своей природы и природы права, относительно того, съ чѣмъ она вообще имѣетъ дѣло, въ какой сферѣ находятся подлежащія реальныя явленія, какъ она должна относиться къ своему предмету изученія, что является критеріемъ реальности въ ея сферѣ и т. д.

Съ наивно-нигилистическимъ отношеніемъ къ указаннымъ категориямъ субъектовъ связаны въ современной наукѣ разныя другія недоразумѣнія, отчасти весьма общаго и существеннаго свойства: ученіе о томъ, что право касается только человѣческаго поведенія, регулируетъ только междучеловѣческія отношенія; господствующее теперь ученіе Іеринга о томъ, что право касается только человѣческихъ интересовъ, защищаетъ ихъ, разграничиваетъ, предполагаетъ непремѣнно столкновеніе человѣческихъ интересовъ и проч.

Вообще можно сказать, что въ случаѣ отсутствія интересующаго насъ теперь наивно-нигилистическаго недоразумѣнія относительно субъектовъ права, вся теорія права и отдѣльныхъ его элементовъ получила бы совѣтъ иной видъ и инос содержаніе и направление, а во всякомъ случаѣ избѣгла бы множества свойственныхъ ей теперь ошибокъ или легко бы отъ нихъ освободилась.

Дѣло въ томъ, что знаніе и принятіе во вниманіе подлежащихъ категорій субъектовъ доставляетъ превосходный матеріалъ для провѣрки правильности и обнаруженія ошибочности существующихъ ученій о правѣ и его элементахъ. Выше, въ области критики существующихъ теорій права вообще и затѣмъ существующихъ ученій о нормахъ, правоотношеніяхъ, обязанностяхъ, правахъ и субъектахъ права, мы для опроверженія всѣхъ этихъ ученій пользовались только тѣми данными, которыя извѣстны современной юриспруденціи и признаются ею, — такъ сказать, только собственнымъ оружіемъ ея (во избѣжаніе неубѣдительности критики для современныхъ юристовъ съ ихъ традиціонными вѣрованіями); и для этого требовалось отыскивать подлежащія данныя, въ разныхъ случаяхъ различныя, выводить особыя положенія, находить аргументы, и т. д.; но подлежащая работа — устраненіе изъ науки неправильныхъ ученій — могла бы быть исполнена съ неизмѣримо большею легкостью и меньшею затратою мыслительной энергіи, если бы воспользоваться какъ оружіемъ для разрушенія подлежащихъ ученій интересующими насъ теперь категориями субъектовъ.

Достаточно, напр., знанія и принятія во вниманіе одного того несомнѣннаго историческаго факта, что Егова по древне-еврейскому праву былъ субъектомъ разныхъ правовыхъ обязанностей и правъ, чтобы съ величайшею легкостью и наглядностью разрушить всѣ весьма «реалистическія» и «практичныя» модныя теоріи Іеринга и его послѣдователей о правѣ вообще и отдѣльныхъ его элементахъ въ частности. Какой, напр., наивный видъ получаетъ общая характеристика права, какъ «политики силы» Іеринга «*das Recht als Politik der Gewalt*», Zweck I, кар. VIII, 2) или вообще теорія физическаго или психическаго принужденія, если ихъ сопоставить съ правовыми обязанностями Еگوی по отношенію къ Израилю и всему его сѣмени! Точно также возрѣніе Іеринга и его послѣдователей на нормы вообще, какъ на обращенія обладающей большею силою «воли» къ болѣе слабымъ, и вообще господствующее ученіе о нормахъ, какъ приказахъ и запретахъ, оказывается явною не-

сообразностью при сопоставленіи съ Еговою, какъ адресатомъ разныхъ нормъ. То же относится къ ученіямъ объ обязанностяхъ, какъ состояніяхъ несвободы, подневольности, въ виду вѣдній, угрозъ и т. д., при сопоставленіи съ обязанностями Еговы, — къ ученіямъ о правахъ, какъ защищенныхъ интересахъ или свободахъ, господствахъ, предоставленныхъ субъекту, при сопоставленіи съ правами Еговы; мы не говоримъ уже, напр., о теоріи правъ, какъ интересовъ съ исковою защитой по собственной инициативѣ субъекта ¹⁾).

Съ другой стороны, напр., такіе субъекты, какъ камни, колесницы, животныя, подвергавшіеся уголовнымъ судамъ и наказаніямъ по средневѣковому и инымъ правамъ, не менѣе поучительны для разныхъ другихъ общихъ теорій права, напр., теорій общей воли, общаго убѣжденія, общаго признанія—въ виду того, что по этимъ теоріямъ приходится и камнямъ и т. д. приписать участіе въ общей волѣ, общемъ убѣжденіи, общемъ признаніи. Но и для другихъ теорій, въ томъ числѣ также и теоріи физическаго или психическаго принужденія, для теорій свободы, теорій защиты или разграниченія интересовъ и т. п., а равно для существующихъ теорій нормъ, какъ обращеній одной воли къ другой, для существующихъ теорій обязанностей и правъ — эти субъекты являютел камнями преткновенія.

Но особенно поучительными для теоріи права (и нравственности, ср. ниже) представляются намъ такіе субъекты средневѣковаго права и разныхъ примитивныхъ правъ, какъ, напр., дьяволы, зѣшіе, духи убитыхъ животныхъ и т. п.; ибо они не только разрушаютъ все построенія существующей науки о правѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ въ высшей степени ясно и наглядно указываютъ тотъ общій путь, на который слѣдуетъ вступить этой наукѣ, какъ наукѣ объ особыхъ явленіяхъ человѣческаго духа, и, сверхъ того, тоже весьма ясно и внушительно подсказываютъ правильныя рѣшенія разныхъ специальныхъ проблемъ теоріи права. Напр., обязанности дьяволовъ по договору о продажѣ души и т. п., такъ сказать, сами сообщаютъ мыслителю, трудящемуся надъ проблемою, что такое обязанности, о своей проекціонной природѣ; во всякомъ случаѣ, онѣ свидѣтельствуютъ о томъ, что реальный феноменъ здѣсь имѣется не тамъ, гдѣ онъ кажется наличнымъ, а единственно въ психикѣ того, кто приписываетъ обязанности. Если сами дьяволы, духи убитыхъ медвѣдей, слоновъ и т. д. существуютъ не гдѣ-то въ пространствѣ, а въ психикѣ суевѣрнаго человѣка, то ясно, что и обязанности такихъ субъектовъ не находится гдѣ-то внѣ психики перживающаго подлежащіе психическіе процессы; и то же относится

¹⁾ Между прочимъ, Герингъ боролся противъ ученій, съ которыми онъ былъ несогласенъ, при помощи ироніи и насмѣшекъ. Какъ видно изъ текста, его теоріи, въ частности его насмѣшки (напр., по поводу отсутствія необходимаго по его мнѣнію для всякаго субъекта права брюха у субъектовъ права волевой теоріи и т. п.), могли бы, въ свою очередь, послужить весьма благодарною темою для научной юмористики.

къ правамъ, къ нормамъ права о честномъ исполненіи договоровъ и т. д., «обращающимся» и къ дьяволамъ и проч. ¹⁾).

Далѣе, къ категоріи наивно-нигилистическихъ относятся и многія ученія въ сферѣ двухъ остающихся видовъ субъектовъ, за отказомъ вѣрить въ существованіе всѣхъ прочихъ видовъ ихъ,— въ сферѣ, такъ называемыхъ, физическихъ и юридическихъ лицъ.

Въ области ученія о физическихъ лицахъ сюда относится отрицаніе, вопреки дѣйствительному содержанію права, существованія субъектовъ до рожденія и послѣ смерти, а равно отрицаніе субъекта въ области *hereditas iacens*, поскольку право даннаго народа приписываетъ соотвѣтственные права и обязанности не покойному наследодателю, а лежащему наследству, какъ таковому (ср. ниже). Сюда же можно отнести отказъ разныхъ ученій вѣрить въ то, что въ области права собственности и другихъ абсолютныхъ правъ субъектами обязанностей являются «всѣ», «каждый, кто бы онъ ни былъ». Современное ученіе объ абсолютныхъ правахъ представляетъ, такимъ образомъ, сочетаніе наивно-реалистической теоріи, поскольку «подъ всѣми» въ качествѣ субъектовъ обязанностей понимаются всѣ живые люди на земномъ шарѣ и т. д., и наивно-нигилистической, поскольку спасеніе отъ соотвѣтственныхъ паразитическихъ несообразностей отыскивается въ отрицаніи того факта, что подлежащія обязанности распространяются на «всѣхъ», и въ такомъ произвольномъ перетолковываніи подлежащихъ правовыхъ явленій, чтобы какъ-либо сократить это (мнимое) паразитическое большое число субъектовъ.

Въ области ученія о юридическихъ лицахъ наивно-нигилистическій характеръ имѣютъ: теорія фикціи, теорія Бринца, теорія Теринга, поскольку она содержитъ отрицаніе реального существованія юридическихъ лицъ, какъ таковыхъ (эта теорія представляетъ комбинацію наивно-реалистическаго ученія, поскольку она касается дестинатаровъ, и наивно-нигилистическаго), теорія безсубъектныхъ правъ,—вообще всѣ отрицательныя теоріи ²⁾).

¹⁾ Между прочимъ, указанія автора (въ докладѣ, прочитанномъ въ С.-Пет. Юр. Обществѣ о правѣ въ 1897 г.), что и дьяволы, лѣншіе и т. п. могутъ быть субъектами правоотношеній, правъ и обязанностей, и притомъ вполнѣ реальными субъектами, такъ же, какъ и реальными логическими субъектами сужденій, реальными подлежащими предложеній и т. д., подали поводъ одному изъ оппонентовъ для удивленія и насмѣшекъ и для обвиненія въ занятіи суевѣріемъ вмѣсто серьезнаго дѣла. Но подчасъ принятіе во вниманіе и изученіе суевѣрій бываетъ серьезнымъ и поучительнымъ дѣломъ.

²⁾ Кромѣ того, сюда относится отрицаніе разныхъ отдѣльныхъ видовъ юридическихъ лицъ въ разныхъ сферахъ официальнаго, публичнаго и гражданскаго права: въ области разныхъ государственныхъ учреждений и разныхъ частныхъ обществъ и отдѣльныхъ имуществъ, напр., денежныхъ суммъ, собранныхъ путемъ частной складчины или публичныхъ пожертвованій для помощи потерпѣвшимъ отъ какого-либо несчастія, для подарка заслуженному лицу и т. п. (ср. § 1914 герм. гражд. ул. и литературу о немъ). При изученіи дѣла съ помощью над-

Наконецъ, современныя ученія о субъектахъ права имѣють наивпо-конструктивный характеръ, поскольку они, вмѣсто констатированія дѣйствительно наличныхъ субъектовъ въ сферѣ ихъ реального бытія, строятъ разныя фантастическія существа въ ненадлежащей сферѣ, въ пространствѣ: теоріи соціальныхъ организмовъ, метафизическихъ и безтѣлесныхъ волей и т. п.

Существенно иной характеръ и иное содержаніе получаетъ ученіе о субъектахъ съ точки зрѣнія излагаемой теоріи права: ✓

1. Какъ и въ другихъ областяхъ науки о правѣ, сфера нахождения и изученія подлежащихъ явленій перемѣщается изъ внѣшняго міра въ психику переживающихъ правовые психическіе процессы, приписывающихъ разнымъ представляемымъ существамъ обязанности и права, и, сообразно съ этимъ, надлежащимъ методомъ изученія субъектовъ является самонаблюденіе и соединенный методъ внутренняго и внѣшняго наблюденія.

2. Задачею подлежащихъ изслѣдованій и ученій является ознакомленіе съ подлежащими фактами правовой психики, констатированіе того, что имѣется въ этой психикѣ въ качествѣ субъектныхъ представленій и въ какомъ видѣ оно здѣсь имѣется, безъ произвольныхъ перетолковываній.

Поэтому, наиримѣръ, если теперь по поводу «казны», какъ субъекта права, толкуется дѣло такъ, что субъектомъ здѣсь является государство, то это слѣдуетъ отвергнуть, какъ произвольное толкованіе, противное дѣйствительности, представляющее результатъ отсутствія надлежащаго метода изученія и примѣненія вмѣсто него приемовъ произвольныхъ перетолковываній. Путемъ самонаблюденія и соединеннаго метода не трудно убѣдиться, что, когда мы приписываемъ казнѣ такія или иныя права по отношенію къ себѣ или другимъ, дѣло идетъ о совсѣмъ иномъ представленіи, нежели то, которое соответствуетъ имени «государство», напр., въ представленіи государства заключается обыкновенно представленіе территоріи и народа; въ представленіи «казна»—этого нѣтъ; оно сродно съ представленіемъ «касса» или т. п. Въ иномъ смыслѣ перетолковывается природа другихъ т. н. юридическихъ лицъ, напр., мо-

лежащаго метода (ср. ниже), вмѣсто произвольныхъ перетолковываній, юридическихъ лицъ въ области officialнаго права (не говоря уже о прочахъ областяхъ права) окажется гораздо больше, чѣмъ полагаетъ современная юриспруденція, питающая инстинктивную вражду къ этимъ, неприятнымъ для нея, субъектамъ и истребляющая ихъ вездѣ, гдѣ это ей кажется возможнымъ, съ помощью разныхъ умственныхъ маппуляцій.

настырей, церквей и т. д., если они толкуются как «союзы лицъ», «соціальные организмы» и т. п. (причемъ мы оставляемъ въ сторонѣ основную ошибку, состоящую въ помѣщеніи подлежащихъ субъектовъ во внѣшнемъ мірѣ). Въ дѣйствительности содержаніе подлежащихъ представленій иное; напр., въ представленіи «монастырь» (особенно если дѣло идетъ о конкретномъ и знакомомъ индивиду монастырѣ) входитъ и представленіе построекъ и т. д. ¹⁾).

У разныхъ народовъ въ однихъ и тѣхъ же областяхъ права могутъ оказаться субъектами, при примѣненіи научно-психологическаго метода изученія (въ данномъ случаѣ соединеннаго метода внутренняго и внѣшняго наблюденія при изученіи письменныхъ памятниконъ и т. д.), различныя, неоднородныя, представляемыя существа (различныя субъектныя представленія). Напр., субъектомъ правъ и обязанностей послѣ смерти человѣка до пріобрѣтенія наслѣдства наслѣдниками можетъ оказаться по одному праву (по одной правовой психикѣ)—покойный наслѣдодатель, а по другому праву — «лежащее наслѣдство». Такъ это и слѣдуетъ констатировать, не перетолковывая, не конструируя какого-то единого третьяго субъекта. Что касается, впрочемъ, отношенія современной правовой психики къ положенію дѣла между смертью и принятіемъ наслѣдства, то оно часто состоитъ въ приписываніи соответственныхъ правъ и обязанностей не покойному и не лежащему наслѣдству, какъ таковымъ, а болѣе неопредѣленному по природѣ своей субъекту, приблизительно соответствующему мѣстоименію: «кто-то». Смутное сознаніе принадлежности извѣстнаго права, напр., права собственности на найденную вещь, «кому-то»—весьма обычное и имѣющее большое значеніе въ правовой жизни явленіе. И оно и его роль въ правѣ подлежатъ изученію психологической науки права.

Не входитъ въ задачу научныхъ изслѣдованій о субъектахъ и систематическаго изложенія подлежащихъ ученій изслѣдованіе природы того, что во внѣшнемъ мірѣ соответствуетъ такимъ или инымъ субъектнымъ представленіямъ. Какъ было бы явно несообразностью заниматься въ ученіи о т. н. физическихъ лицахъ (уже само названіе «физическія»—несообразность) анатомією и фізіологією человѣка, точно такъ же было бы несообразностью заниматься описаніемъ природы «соціальныхъ организмовъ» въ ученіи

¹⁾ Впрочемъ, въ задачу науки права не входитъ вообще описываніе подлежащихъ представленій, объясненіе ихъ происхожденія и проч., равно какъ такихъ, напр., субъектныхъ представленій, какъ представленія божествъ, духовъ усопшихъ, животныхъ и т. д.; ибо дѣло идетъ не о чемъ-то спеціально свойственномъ правовой психикѣ (ср., между прочимъ, ниже о субъектахъ нравственныхъ обязанностей); конечно, подлежащія психологическія изслѣдованія могутъ входить въ задачу правовѣднія, поскольку дѣло идетъ о спеціально важномъ для права и его науки, его теоріи, исторіи и т. д., опредѣленіи содержанія такихъ или иныхъ субъектныхъ представленій, о различеніи разныхъ представленій этого рода (напр., «казны» и «государства»), объясненіи ихъ происхожденія, измѣненій содержанія въ исторіи и т. п.

о лицахъ даже въ томъ случаѣ, если бы, напр., было открыто дѣйствительное существованіе подлежащихъ сверхъ-животныхъ, даже съ половыми органами, различными у государства и церкви, и т. д. Это открытіе слѣдовало бы сообщить зоологамъ для разработки; къ сферѣ науки права оно бы не относилось. И независимо отъ такихъ или иныхъ фантастическихъ конетрукцій, традиціонная система изложенія, состоящая въ приурочиваніи къ ученію о субъектахъ ученія объ «организациі» и «структурѣ» «юридическихъ лицъ», поконтея на недоразумѣніи ¹⁾).

¹⁾ Въ области разныхъ обществъ, учрежденій и т. д. могутъ существовать (приписываться) разные взаимныя права и обязанности между такими или иными лицами, и изученіе подлежащихъ правовыхъ явленій, конечно, относится къ наукѣ права. Но подлежащіе вопросы суть вопросы тоже правно-психологическаго, однако совсѣмъ иного порядка, нежели вопросы ученія о субъектахъ, какъ таковыхъ; они столь же мало относятся къ ученію науки права о субъектахъ, какъ, напр., и къ ученію логики или грамматики о субъектахъ (подлежащихъ).

Между прочимъ, какъ видно изъ изложеннаго выше, стр. 397 и сл., для наличности юридическаго лица вовсе и не требуется наличности во вѣвшемъ мѣрѣ чего либо, имѣющаго какую либо «организацию», не требуется наличности людей, состоящихъ въ какихъ либо правоотношеніяхъ къ данному юр. лицу, и т. д. Юрид. лицо, надо помнить, есть правоспособное, но не непременно уже обладающее правами лицо.

Съ другой стороны, разные правоотношенія между членами обществъ могутъ существовать и имѣть одинаковый характеръ независимо отъ того, признается ли наличность особаго юр. лица, или нѣтъ. Если, напр., традиціонно противопоставляются корпораціямъ, какъ юр. лицамъ, товарищества (*societas*), то это недоразумѣніе. Наличность товарищескихъ правоотношеній между такими или иными лицами вовсе не исключаетъ возможности признанія особой правоспособности (напр., процессуальной или иной) за товариществомъ, какъ таковымъ, и обратно. Родственные, напр., родовыя, правоотношенія могутъ существовать и при признаніи рода особымъ субъектомъ и безъ такового. И то же относится къ разнымъ инымъ обществамъ и ихъ организаціямъ.

Смѣшеніе вопроса о юридической личности съ вопросомъ общественной правовой организаціи причиняетъ, между прочимъ, большой вредъ въ современной наукѣ о государствѣ, заводя здѣсь путаницу понятій, созданая головоломныя проблемы, мнимыя объясненія и т. д. Если современные государственныяды усматриваютъ опредѣленіе природы государства, какъ особой соціальной организаціи, въ томъ, что оно— «лицо», «субъектъ», и затѣмъ на этой почвѣ строятъ все дальѣйшее ученіе о государствѣ, то это опять-таки недоразумѣніе и смѣшеніе совершенно разнородныхъ вопросовъ. «Государство» дѣйствительно является или, точнѣе, бываетъ въ области правовой психики субъектомъ, главнымъ образомъ въ области международнаго права, но также и во внутренне-государственной жизни (хотя здѣсь «личность» государства имѣетъ сравнительно малое значеніе)—въ томъ смыслѣ, что «государству» приписываются разные права, имущественныя права, права власти и проч. (обыкновенно, впрочемъ, эти права приписываются другимъ субъектамъ: казнѣ, монархамъ и т. п., ср. выше, стр. 214 и сл.); но это такъ же мало объясняетъ природу государства, какъ особой соціальной организаціи, какъ констатированіе того факта, что «государство» бываетъ подлежащимъ въ разныхъ предложеніяхъ, логическимъ субъектомъ разныхъ сужденій и проч.

3. Изслѣдованія и ученія теоріи права, какъ таковой, о субъектахъ должны, такъ же какъ и обще-теоретическія изслѣдованія и ученія о правѣ вообще, о правоотношеніяхъ, обязанностяхъ и т. д., распространяться и на область интуитивнаго права, а равно и всего позитивнаго права, независимо отъ офіціального признанія, во избѣжаніе разныхъ научныхъ пороковъ, въ частности хроманія. То, что теперь излагается въ качествѣ общаго ученія о субъектахъ, лишь по недоразумѣнію принимается за таковое, а на самомъ дѣлѣ представляетъ (неудачную) догматику современнаго офіціального права. Между прочимъ, такіе субъекты, какъ животныя, покойники, святые и т. д., какъ можно убѣдиться при изученіи неофіціальной правовой психики путемъ интроспективнаго и соединеннаго метода, вовсе не отошли въ область исторіи, а играютъ роль и въ теперешней правовой жизни (ср. выше, § 5). Путемъ такихъ же изслѣдованій, психологическихъ и не ограничивающихся узкими рамками офіціального права, можно весьма расширить горизонтъ и умножить матеріаль для ученія о т. н. „юридическихъ лицахъ“. Въ области неофіціального права имѣется великое множество и разнообразіе „юридическихъ лицъ“. Если мы имѣемъ дѣло съ какимъ-либо магазиномъ, типографіею или т. п., а владѣльца заведенія не знаемъ, то въ нашей правовой психикѣ фигурируетъ обыкновенно „магазинъ“, „типографія“ и т. д., какъ юр. лицо, хотя по офіціальному праву субъектомъ является владѣлецъ заведенія; президіумъ сходки, совѣтъ старость, „студенчество“ даннаго университета — юридическія лица студенческаго неофіціального права, и проч. и проч.

4. На вопросъ теоріи права: что или кто можетъ быть субъектомъ правоотношеній, обязанностей и правъ, съ точки зрѣнія психологической теоріи права получается отвѣтъ: субъектными представленіями въ области правовой психики могутъ быть всевозможныя представленія персональнаго, личнаго характера; поскольку съ этими представленіями ассоціируются правовыя эмоціи и другія представленія, объектныя и т. д. такъ, что подлежащему представляемому приписываются права и обязанности, предметы этихъ представленій являются субъектами права. Подлежащихъ (представляемыхъ) существъ, сообразно богатству и причудливости че-

ловѣческой фантазіи, необозримое множество: разные предметы неживой, но представляемой одушевленной, природы: камни, растенія и проч., животныя и ихъ духи, люди, ихъ зародыши, ихъ духи послѣ смерти, человѣческія (представляемая) общества и учрежденія, разныя божества и иные безтѣлесные духи—въ зависимости отъ ступени народной культуры, религіозныхъ вѣрованій, поэтическихъ способностей и т. д., или въ зависимости отъ индивидуальных особенностей даннаго человѣка, его возраста и т. д. (въ дѣтскомъ правѣ имѣются такіе субъекты права, напр., куклы, какихъ не имѣется въ правовой психикѣ взрослыхъ, и обратно).

Особенно слѣдуетъ подчеркнуть, что *субъектами обязанностей и правъ бываютъ не только индивидуальныя, конкретныя представляемая существа, но и классы таковыхъ, роды, виды* (ср. выше стр. 337 и сл.), хотя классы не представляютъ чего-то существующаго во внѣшнемъ мірѣ, въ частности не означаютъ реальныхъ совокупностей наличныхъ теперь объектовъ, а являются чисто идейными величинами (обнимающими и будущіе и иные мыслимые объекты, разъ они обладаютъ извѣстными признаками), а именно содержаніями или объектами абстрактныхъ, общихъ идей ¹⁾.

Напр., въ правоотношеніи: „родители имѣютъ право наказывать дѣтей, дѣти обязаны терпѣть родительскія наказанія“ субъектами права и обязанности являются не индивидуы, а классы: классъ родителей и классъ дѣтей.

Сообразно съ этимъ правоотношенія, права и обязанности слѣдуетъ дѣлить на индивидуальныя, конкретныя и классовыя, общія.

Съ этимъ дѣленіемъ, касающимся конкретныхъ правовыхъ переживаній, конкретныхъ проекцій обязанностей и правъ, не слѣдуетъ смѣшивать „абстрактныхъ правоотношеній“ въ смыслѣ общихъ понятій правоотношеній, или общихъ представлений правоотношеній извѣстнаго типа.

Изъ существа господствующаго ученія о правѣ вытекаетъ, что „правоотношенія между не-индивидами, между ро-

¹⁾ Ср. о классахъ и классовыхъ понятіяхъ, Введение § 4.

дами или видами существъ, т. е. между простыми абстракціями какъ таковыми... совершенно невысказуемы" ¹⁾).

Но фактически они не только мыслимы, но, какъ можно убѣдиться путемъ самонаблюденія, на каждомъ шагѣ нами переживаются. И это, между прочимъ, дальнѣйшее доказательство несостоятельности господствующихъ представлений и учений о правѣ.

Среди безчисленныхъ классовъ, могущихъ быть и бывающихъ въ правовой психикѣ субъектами правъ и обязанностей, особое значеніе имѣетъ классъ, обозначаемый мѣстоименіями: „все“, „каждый“, „всякій, кто бы онъ ни былъ“ и т. п.

Неоднократно уже выше упоминавшіяся, извѣстныя теперешней юриспруденціи, но не могущія быть ею выясненными, абсолютныя права, напр., право собственности, жизни, тѣлесной неприкосновенности, чести и проч. и проч., представляютъ не что иное, какъ такія права, субъектомъ обязанности въ которыхъ является классъ: „всякій“ „каждый“ ²⁾.

Наряду съ абсолютными правами слѣдуетъ признать еще существованіе и абсолютныхъ обязанностей, т. е. такихъ обязанностей, по которымъ субъектомъ права является классъ „всякій“, „все“ и „каждый“; напр., „моя“ обязанность воздерживаться отъ посягательствъ на чью бы то ни было жизнь, честь и т. д.

¹⁾ Ср. Bierling, назв. соч. I стр. 293.

²⁾ Про эти правоотношенія можно сказать, что даже тѣ современные юристы, которые соотвѣтственныя обязанности приписываютъ послѣдовательно всемъ живымъ людямъ на земномъ шарѣ, произвольно сокращаютъ число обязанныхъ, ибо классъ «всякій» обнимаетъ вовсе не только живущихъ теперь людей, а гораздо больше (между прочимъ, въ такой правовой психикѣ, по которой и животнымъ, покойникамъ и т. д. приписываются соотвѣтственныя обязанности,—классъ «всякій» обнимаетъ и всехъ животныхъ, покойниковъ и т. д.); а съ другой стороны, тѣ юристы, которые, во избѣжаніе громаднаго колпчества субъектовъ, пытаются его путемъ разныхъ произвольныхъ пріемовъ по возможности сократить до числа подданныхъ даннаго государства или даже до числа имѣющихъ намѣреніе посягнуть на соотвѣтственныя права, все-таки предполагаютъ больше субъектовъ, чѣмъ слѣдуетъ: ибо субъектъ обязанности, приписываемой «всякому», какъ и субъектъ (подлежащее) соотвѣтственнаго сужденія: «всякій обязанъ воздерживаться отъ посягательствъ на мою вещь» (право собственности), «на мою жизнь» и проч.—одинъ: «всякій»; здѣсь не множество подлежащихъ, а одно, какъ и одно сказуемое.

А такія правоотношенія, въ которыхъ субъектомъ обязанности и субъектомъ права является „всякій“, можно назвать двусторонне-абсолютными правоотношеніями или абсолютными правоотношеніями просто (ср. выше, стр. 338).

И въ индивидуальных и въ классовыхъ правоотношеніяхъ на сторонѣ пассива или на сторонѣ актива можетъ быть не одинъ, а нѣсколько субъектовъ; напр., если А и В обязались по договору съ С совершить что-либо въ его пользу, то имѣется множественность обязанныхъ и т. д.

Въ науку о нравственности вопросы о субъектахъ обязанностей не вызываютъ никакихъ особыхъ сомнѣній и затрудненій; здѣсь нѣтъ ученія и великаго спорнаго вопроса, соответствующихъ ученіямъ и спорамъ юристовъ о юридическихъ лицахъ. Но это не потому, что этика, нравственная философія (наука о нравственности) опередила здѣсь юриспруденцію, выяснила успешно дѣйствительное положеніе вещей и т. д., а, напротивъ, потому, что она и здѣсь, какъ и во многихъ другихъ областяхъ, отстающая, слабо-развитая наука, по сравненію съ правовѣдѣніемъ, еще не дошла до того, чтобы знать о существованіи этой проблемы, замѣтить существующіе факты и связанные съ нимъ вопросы. Изъ разсужденій философовъ и моралистовъ о нравственности и нравственныхъ обязанностяхъ видно, что они исходятъ, какъ изъ чего-то само собою разумѣющагося, изъ предположенія, что нравственность можетъ „обращаться“ и „обращается“ только къ „разумной и свободной“ волѣ (впрочемъ,—выраженіе „свободная воля“ не означаетъ непременно индетерминизма ¹⁾), что обязаннымъ можетъ быть только человекъ, обладающій такою „волей“ и проч. Но это предположеніе вовсе не соответствуетъ природѣ нравственности и противорѣчитъ явленіямъ дѣйствительной нравственной жизни. Если бы вмѣсто разсужденій съ точки зрѣнія того, что представляется резоннымъ и т. д., философы или моралисты попытались заняться психологическимъ изученіемъ фактовъ нравственной жизни, они легко убѣдились бы, что субъектами нравственныхъ обязанностей бываютъ, напр., и государства, общины, города, земства, университеты, акціо-

¹⁾ Ср. Введеніе § 11.

нерныя компанії и т. п.; напр., такимъ субъектамъ приписываются нравственныя обязанности заботиться о бѣдныхъ, о просвѣщеніи, честно и доброжелательно относиться къ служащимъ, къ рабочимъ и проч. и проч. Другими словами, въ случаѣ такой, по крайней мѣрѣ, освѣдомленности относительно субъектовъ обязанностей, какая имѣется въ правовѣдѣніи, и здѣсь имѣется или, точнѣе, должна была бы имѣться, своя проблема о „юридическихъ“ лицахъ—проблема о „моральныхъ лицахъ“ или т. п. Между прочимъ, такая же проблема должна была бы существовать и въ области эстетики, наукъ объ эстетическихъ явленіяхъ; ибо правила элегантности поведенія, правила приличія распространяются тоже и на поведеніе державъ, государствъ и т. д.; но наука эстетики отстала не только въ томъ отношеніи, что въ ней не имѣется ученія объ эстетическихъ субъектахъ, но даже въ томъ, что здѣсь вообще еще отсутствуетъ ученіе объ эстетическихъ нормахъ и нормативныхъ переживаніяхъ, а все еще толкуется только о наслажденіяхъ отъ воспріятія красотъ и т. д. (ср. выше § 2).

Тотъ фактъ, могущій быть легко провѣреннымъ и въ изобиліи изучаемымъ путемъ самонаблюденія и соединеннаго метода, что государства и проч. т. н. „юридическія лица“ бываютъ субъектами отнюдь не только юридическихъ обязанностей, а и нравственныхъ обязанностей и эстетическихъ „долженствованій“ (debet, „децентностей“) — между прочимъ поучителенъ не только для науки этики и эстетики, а и для науки о правѣ; принятіе его во вниманіе расширяетъ горизонтъ и юридического ученія о субъектахъ и уже само по себѣ обнаруживаетъ поверхностность и несостоятельность разныхъ ученій, приноровленныхъ спеціально къ праву, напр., ученія Савиньи, Теринга и др. о томъ, что эти субъекты существуютъ для особыхъ практическихъ надобностей права, для правовыхъ цѣлей и проч. И само названіе „юридическія лица“, возводящее подлежащее явленіе къ какою-то особенностью и спеціальностью права, оказывается неудачнымъ, выражающимъ ошибочныя представленія.

Далѣе, субъектами нравственныхъ обязанностей (и эстетическихъ децентностей) могутъ быть и бываютъ и живот-

ныя, духи усопшихъ, божества и проч. и проч., индивиды и классы, въ томъ числѣ „всякій“.

Вообще изложенное выше о субъектахъ права содержитъ *implicite* и ученіе о нравственныхъ субъектахъ, субъектахъ нравственныхъ обязанностей (и эстетическихъ субъектахъ). Существенная разница состоитъ въ томъ, уже указанномъ выше, обстоятельствѣ, что въ правѣ имѣются пары субъектовъ, двѣ стороны, а въ нравственности (и эстетикѣ)— только одна сторона ¹⁾.

§ 32.

Объ объектахъ нравственныхъ и правовыхъ обязанностей и правъ.

Подъ объектами правъ господствующее мнѣніе разумѣетъ предметы той власти, того господства, или того пользованія (осуществленія интереса), которыя доставляются или обезпечиваются субъективными правами ²⁾.

Въ области различныхъ правъ принято различать разные объекты. Объектами права собственности и ограниченныхъ правъ на чужія вещи признаются вещи. И главнымъ содержаніемъ господствующаго ученія объ объектахъ, развившагося на почвѣ науки римскаго гражданскаго права ³⁾ и разрабатываемаго и теперь главнымъ образомъ въ наукѣ гражданскаго права, сводится къ ученію о вещахъ и разныхъ ихъ видахъ: движимыхъ и недвижимыхъ (участкахъ земли), простыхъ и сложныхъ, главныхъ вещахъ и ихъ плодахъ, „орга-

¹⁾ Есть, впрочемъ, и нѣкоторыя другія различія, связанная съ общими специфическими тенденціями и характерными особенностями права и нравственности. Такъ, въ правѣ имѣется тенденція точной определенности субъектовъ, отсутствующая въ нравственности; въ нравственности, не склонной къ признанію представительства въ тѣсномъ смыслѣ слова, люди бываютъ обыкновенно субъектами лишь съ известнаго (точнѣе не опредѣленнаго) возраста; новорожденнымъ младенцамъ нравственныхъ обязанностей обыкновенно не приписывается (ср. выше §§ 8, 10).

²⁾ Ср. напр., Баронъ, Система I (Pandekten) § 16, Regelsberger, Pandekten I, § 94; Bekker, Pandekten I, § 20; Гриммъ, Лекціи по догмѣ римскаго права, § 25; Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, § 30.

³⁾ Подъ влияніемъ римскихъ систематическихъ рубрикъ изложенія гражданскаго права: *personae, res, actiones*, ученіе о лицахъ, о вещахъ, о искахъ.

ническихъ произведеніяхъ“ (напр., фрукты, приплодъ скота) ¹⁾ и т. д. Объектами договорныхъ и иныхъ т. п. обязательственныхъ правъ признаются господствующимъ мнѣніемъ дѣйствія должника, положительныя и отрицательныя (воздержанія) ²⁾. Предметами семейственныхъ правъ, въ частности правъ семейственныхъ властей, мужней, родительской власти, признаются личности другихъ, подвластныхъ и т. д. Предметомъ наследственнаго права признается имущество, оставшееся послѣ смерти другого. Многіе считаютъ также собственную личность управомоченнаго объектомъ въ области правъ жизни, тѣлесной неприкосновенности, чести и т. п. такъ называемыхъ правъ на собственную личность. У нѣкоторыхъ юристовъ получаютъ болѣе обильныя и разнообразныя коллекціи объектовъ.

Нѣкоторые писатели противопоставляютъ традиціонному и господствующему ученію о разныхъ видахъ объектовъ правъ, могущему быть названнымъ плюралистическимъ ученіемъ, разныя единныя, „монистическія“ теоріи объектовъ, т. е. ученія, считающія объектомъ правъ что-либо единое, однородное.

Одни считаютъ объектами правъ только вещи ³⁾, другіе считаютъ объектами правъ дѣйствія (дѣйствія и воздержанія) ⁴⁾; третьи признаютъ объектами людей, ибо право до-

¹⁾ Причемъ это ученіе о вещахъ, какъ и разныя другія ученія современной юриспруденціи, имѣютъ физикальный пли вообще натуралистическій характеръ; обсуждаются такія темы, вводятся такія понятія, которыя были бы уместны въ области естествознанія, но отнюдь не въ области общественныхъ наукъ вообще и правовѣдѣнія въ частности. Противъ этого направленія, въ частности въ пользу замѣны ученія о главныхъ вещахъ и ихъ органическихъ произведеніяхъ—ученіемъ о капиталѣ и доходѣ, ученія о вещахъ ученіемъ о хозяйственныхъ благахъ и т. д. и вообще въ пользу введенія въ науку о гражданскомъ правѣ и законодательствѣ народнохозяйственной точки зрѣнія, ср. мое соч.: *Lehre vom Einkommen*.

²⁾ Впрочемъ, нѣкоторые считаютъ объектами этихъ правъ другое, одни личность обязаннаго, другіе его волю, третьи его имущество (въ виду направленія взысканія по долгамъ на имущество должника), четвертые и личность должника и его имущество.

³⁾ Ср. напр., *Wendt, Pandekten*, § 6: «Противоположнымъ субъекту является вещь пли объектъ права; кругъ сотвореннаго и всего того, что мы имѣемъ предъ собою въ качествѣ доступнаго выѣвшимъ чувствамъ и осязаемаго, какъ тѣла, противоположеніемъ лица и вещи раздѣляется на двѣ половины... Назвавъ лица и вещи, мы назвали элементы всѣхъ частныхъ правоотношеній». По ученію Леонгарда (*Leonhard, Der allg. Theil des bürgerlichen Gesetzbuches*, § 45), объектами правъ являются главнымъ образомъ вещи, но также и права.

⁴⁾ Ср., напр., *Kierulf, Theorie des gem. Civilrechts I*, § 39, 308 fg.:

ставляетъ намъ господство надъ другими людьми¹⁾; четвертые—„волю“ другого (противостоящаго управомоченному) лица²⁾; имѣется и также воззрѣніе, что объектами являются силы, силы природы и человѣческія силы³⁾.

Впрочемъ, монистическія ученія не играютъ серіозной роли въ литературѣ; они имѣютъ лишь единичныхъ сторонниковъ; и у самихъ представителей этихъ ученій послѣднія играютъ по большей части лишь роль декоративныхъ вводныхъ замѣчаній, послѣ которыхъ авторы ихъ переходятъ на обыденную точку зрѣнія разнородности объектовъ разныхъ правъ и сами создаютъ болѣе или менѣе обильныя и пестрыя коллекціи таковыхъ⁴⁾.

«Объектомъ права въ практическомъ правѣ является всегда воля и ея проявленіе, положительныя и отрицательныя дѣйствія»; Roguin, *La règle de droit*, chap. II.; Bierling, *Juristische Principienlehre* I, § 14.

¹⁾ Ср. напр., Cosack, *Lehrb. d. deutschen bürgerl. R.* I, § 39.

²⁾ Ср. напр., Gierke, *Deutsches Privatrecht* I, § 29: «Господство (къ которому сводятся права въ субъективномъ смыслѣ) предполагаетъ необходимо отличный отъ своего субъекта объектъ, которымъ непосредственно не можетъ быть ничто иное, какъ подверженнаа господству свободная воля».

³⁾ Боркуновъ, *Лекціи*, § 30: «Объектомъ права можетъ быть все то, что служить средствомъ осуществленія интересовъ. Но все наши интересы осуществляютъ не иначе, какъ съ помощью какой либо силы. Поэтому общимъ образомъ можно сказать, что объектомъ правъ служатъ силы»; ср. Puchta, *Cursus d. Institutionen* I, § 23: «Mittelbar aber kommen zu den äusseren Gütern auch noch die Kräfte des Menschen hinzu»...

⁴⁾ Такъ, напр., Cosack (ср. выше), выставивъ утверженіе, что все права представляютъ господство лицъ надъ лицами и что поэтому можетъ быть только одинъ родъ объектовъ права—лица, дальше говорить:

«Впрочемъ, понятіе объекта права можно понимать и въ томъ смыслѣ, что оно обнимаетъ все то, къ чему относятся (на что распространяются) права. Съ этой точки зрѣнія мы получаемъ нѣсколько видовъ объектовъ правъ, а именно: а) лица, б) безличныя предметы, объединенные понятіемъ блага. Блага бываютъ: а) тѣлесныя, вещи или б) безтѣлесныя или в) соединенія вещей и безтѣлесныхъ благъ».

Точно также Кирульфъ, заявивъ въ началѣ ученія объ объектахъ, что объектами права являются всегда положительныя и отрицательныя дѣйствія, представляетъ затѣмъ понятіе «практическаго объекта», подъ которымъ онъ разумѣетъ объектъ дѣйствій, тотъ предметъ, на который направляются дѣйствія. «Таковымъ является тѣлесный предметъ или безтѣлесный фактъ, на который направленъ интересъ управомоченнаго... объектъ, который является конечною цѣлью, изъ-за которой существуетъ данное право и данная обязанность. Такъ, въ области долговыхъ требованій практическимъ объектомъ является непосредственно тѣлесная вещь или безтѣлесный фактъ, и косвенно (а именно въ качествѣ возможнаго объекта направленія взысканія для удовлетворенія интереса управомоченнаго) имущество должника, т. е. такое количество изъ него, которое равняется цѣнности непосредственнаго практическаго

Главный недостаток господствующаго ученія объ объектахъ, какъ и другихъ ученій современной юриспруденціи, состоитъ въ отыскиваніи объектовъ, элементовъ права, не въ надлежащей сферѣ. Другіе недостатки будутъ видны изъ дальнѣйшаго изложенія ученія объ объектахъ съ точки зрѣнія ученія о правѣ, какъ эмоционально-интеллектуальныхъ сочетаніяхъ, и объ обязанностяхъ и правахъ, какъ эмоциональныхъ фантазмахъ.

Въ области этики, науки о нравственности, ученія, соотвѣтствующаго ученію правовѣдѣнія объ объектахъ, еще вообще не существуетъ.

Для построенія надлежащей теоріи объектовъ, ученія весьма важнаго для обѣихъ наукъ, для правильнаго пониманія смысла и толкованія обязанностей, правъ, нормъ и т. д., и для классификаціи ихъ, слѣдуетъ, въ качествѣ базиса для научнаго анализа и синтеза подлежащихъ явленій, исходить изъ тѣхъ же методологическихъ началъ, которыя указывались выше по поводу другихъ ученій, а именно—изъ изученія того,

объекта требованія (эквивалентъ). Практическимъ объектомъ собственности является всегда индивидуальная вещь... и т. д. (между прочимъ, Кирульфъ является предшественникомъ Іеринга по односторонне утилитарному толкованію права, какъ средства, создаваемаго для достиженія определенной пользы, определенной практической цѣли, для удовлетворенія интереса и т. д., ср., напр., тамъ же стр. 1 и 2).

Примѣру Кирульфа слѣдуетъ также Бирлингъ, противопоставляющій дѣйствіямъ взоздержаніямъ, какъ «объектамъ права въ строго логическомъ смыслѣ», объекты права въ смыслѣ объектовъ, на которые направляются дѣйствія, и занимающійся въ своемъ ученіи объ объектахъ, послѣ краткихъ вводныхъ замѣчаній объ объектахъ «въ строго логическомъ смыслѣ», построеніемъ новой классификаціи объектовъ правъ во второмъ смыслѣ; въ этой классификаціи фигурируютъ разнообразныя категоріи, въ частности: а) обязанные и управомоченные, б) третьи лица, в) вещи, д) извѣстныя свойства и составныя части вещей, е) извѣстныя дѣятельности, ф) права и т. д.

Гирке, установивъ положеніе, что истиннымъ объектомъ правъ является «свободная воля», далѣе самъ признаетъ это «безцвѣтнымъ положеніемъ» и предлагаетъ различать: 1) права на *собственную личность* (объектъ: собственная личность), 2) права на *вещи*, 3) права на *другое лицо*, среди которыхъ, въ свою очередь, слѣдуетъ различать: а) права на *дѣйствія* другихъ лицъ, б) права на *личность другого лица*, в) права коллективнаго лица на *членовъ* корпораціи и права членовъ на *коллективную личность*, д) права на *оставшееся* послѣ отпаденія лица (на «резидуумъ личности», индивидуальной, наследственное право, или коллективной).

Чисто словесный характеръ имѣетъ, наконецъ, теорія объектовъ какъ «силъ» Коркунова. Онъ различаетъ, въ качествѣ объектовъ правъ, четыре категоріи «силъ»: 1) собственные силы субъекта, 2) силы природы, 3) силы другихъ людей и 4) силы общества». По поводу первой

что имѣется въ психикѣ переживающаго нравственные и правовые процессы и совершающаго соотвѣтственныя проекции, съ помощью самонаблюдения и т. д., безъ произвольныхъ толкованій и выводовъ изъ предвзятыхъ теорій объ интересахъ и т. п.

Затѣмъ, можно и слѣдуетъ построить общую для науки о правѣ и для науки о нравственности схему объектовъ обязанностей, и на этой почвѣ для науки права, сообразно атрибутивной природѣ его, выработать дополнительное учение объ объектахъ правъ.

Выше было указано, что этическія эмоціи суть бланкетныя, абстрактныя импульсии, не имѣющія, въ отличіе отъ спеціальныхъ импульсій: голода, страха, гнѣва и т. п., своихъ специфическихъ акцій, а дѣйствующія въ пользу того поведенія, представленію коего переживается въ связи съ данною этической эмоціею. Сообразно съ этимъ, существеннымъ интеллектуальнымъ элементомъ переживаній этического долженствованія являются акціонныя представленія, представленія того поведенія, въ пользу или противъ котораго дѣйствуютъ данныя этическія эмоціи; и немислимо переживаніе

категорія авторъ замѣчаетъ: «Обезпеченіе возможности пользоваться собственными силами выражается въ юридической охранѣ жизни, здоровья, тѣлесной неприкосновенности и нравственнаго достоинства лица». Подъ «силами другихъ людей» авторъ разумѣетъ «услуги», т. е. дѣйствія другихъ людей (стр. 156, хотя на стр. 154 онъ доказываетъ, что дѣйствія нельзя возводить въ объекты права вслѣдствіе существованія неспособныхъ субъектовъ, не могущихъ совершать подлежащихъ дѣйствій). Подъ выраженіемъ «силы природы» скрываются у автора вещи, о которыхъ затѣмъ и идетъ рѣчь. По поводу «силъ общества» мы узнаемъ слѣдующее: «Только сила... организованныхъ союзовъ, проявляющаяся какъ *власть* ихъ надъ своими членами, и можетъ быть объектомъ права» (авторъ смѣшиваетъ государственную власть съ коллективною «силою» и думаетъ, что въ государственномъ правѣ власть является объектомъ права; въ дѣйствительности, какъ мы видѣли выше, государственная власть не есть сила, и она не объектъ права, а право содержанія).

Такой приемъ составленія единыхъ теорій путемъ объединенія разнородныхъ вещей съ помощью называнія ихъ однимъ словомъ не соотвѣтствуетъ серьезнымъ задачамъ и методамъ науки.

Сама четырехчленная классификація объектовъ составлена, повидимому, подъ влияніемъ Геринга, различающаго четыре вида средствъ осуществленія интереса и соотвѣтственныхъ правъ (1. «мы сами», право личности, 2) «вещь», собственность въ обширномъ смыслѣ, 3) «лицо», т. е. другія лица, обязательственныя и семейственныя права, 4) «государство», государственныя права, права гражданина, Zweck, I Kap. V). Но Герингъ не придумываетъ для этихъ разнородныхъ вещей какого либо одного понятія и имени.

обязанности безъ представленія какого-либо поведенія, къ которому обязанъ данный субъектъ; быть обязаннымъ ни къ чему значить не быть обязаннымъ вовсе. Соотвѣтственное, необходимое интеллектуальное дополненіе къ предикату обязанности, къ сказуемому „обязанъ“, соотвѣтственное, представляемое какъ должное, поведеніе мы называемъ объектомъ обязанности; въ области чисто императивнаго долженствованія—объектомъ нравственной обязанности, въ области императивно-атттрибутивнаго долженствованія—объектомъ правовой обязанности. Реализація подлежащаго представленія, реальное совершеніе подлежащаго дѣйствія, есть исполненіе обязанности.

Сообразно бланкетной природѣ нравственныхъ и правовыхъ импульсій, объектами тѣхъ и другихъ обязанностей могутъ быть всевозможные виды поведенія: сюда относятся любя, представляемая, виѣшнія и внутреннія дѣйствія, въ томъ числѣ въ области права и чисто внутреннія, въ области нравственности и чисто виѣшнія дѣйствія, а также, въ обѣихъ областяхъ, не только дѣйствія, представляющіяся намъ разумными, полезными для другихъ, для общества, увеличивающими количество счастья и т. п. (какъ по недоразумѣнію полагають разные философы, моралисты и юристы), но и неразумныя, вредныя и т. д.

Какъ уже было указано выше, всѣ возможные виды поведенія, всѣ возможные дѣйствія могутъ быть сведены къ тремъ категоріямъ: къ положительнымъ дѣйствіямъ, воздержаніямъ и терпѣніямъ. Это дѣленіе дѣйствій на три категоріи было извѣстно уже римскимъ юристамъ, которые въ нѣкоторыхъ спеціальныхъ областяхъ права различали *facere*, *non facere* и *pati*, какъ три возможныхъ вида обязательнаго поведенія. Но въ новое время оно было замѣнено двойственнымъ дѣленіемъ, а именно дѣленіемъ на положительныя дѣйствія и отрицательныя дѣйствія или воздержанія, на томъ основаніи, что нормы, предписывающія терпѣніе чего-либо, означаютъ въ существѣ дѣла запрещеніе оказывать сопротивление¹⁾. Сообразно съ этимъ терпѣнія, какъ особая кате-

¹⁾ Ср., напр., Bierling, *Juristische Principienlehre*, I, S. 243: Такимъ образомъ, повелѣніе терпѣть что либо представляетъ въ существѣ дѣла не что иное, какъ запрещеніе: норма права, возлагающая на собствен-

горія обязательнаго поведенія, обыкновенно совсѣмъ не упоминаются; поскольку въ юридической литературѣ встрѣчаются иногда по разнымъ поводамъ замѣчанія о разныхъ видахъ предписываемаго правомъ поведенія, обыкновенно предполагается, что такихъ видовъ имѣется два, а именно положительныя и отрицательныя дѣйствія ¹⁾).

Въ основѣ сведенія терпѣннй къ воздержаніямъ отъ сопротивленія лежитъ примѣненіе ненаучнаго метода, который состоитъ въ произвольномъ перетолковываніи фактовъ съ точки зрѣнія практическихъ соображеній, соображеній о томъ, что одно равняется другому по своему практическому результату и т. д. — вмѣсто психологическаго метода изученія и констатированія, путемъ самонаблюденія или соединеннаго метода, того, что имѣется на самомъ дѣлѣ въ собственной или чужой психикѣ.

Съ психологической точки зрѣнія обязанности терпѣть что-либо и ихъ объекты, съ одной стороны, и обязанности воздержанія, въ томъ числѣ обязанности воздержанія отъ сопротивленія, и ихъ объекты, съ другой стороны, суть несомнѣнно различныя явленія. Содержаніе объектныхъ представленій въ этихъ двухъ случаяхъ совершенно различно.

Между прочимъ, имѣются такія сознанія долга терпѣнія, въ области которыхъ обыкновенно не возникаетъ даже мысли о сопротивленіи или воздержаніи отъ него, въ области которыхъ исключается соответственная ассоціація идей. Сюда, напримѣръ, относятся сознанія долженствованія терпѣть, безропотно, терпѣливо, покорно переносить болѣзни, разореніе, смерть близкихъ лицъ и другія несчастія, ниспосылаемая всемогущимъ Богомъ. Идея сопротивленія и воздержанія отъ него здѣсь, какъ и вообще въ области отношеній къ Всемогущему, нормально вовсе не возникаетъ; она предупреж-

ника, какъ и на всѣхъ другихъ, обязанность терпѣть пзвѣстныхъ дѣйствій имѣющаго сервитутное право, запрещаетъ ему препятствовать этимъ дѣйствіямъ».

¹⁾ Ср., напр., замѣчанія въ учебникахъ гражданскаго права о предметахъ т. н. обязательственныхъ правъ, напр., Windscheid, Lehrb. d. Pandekten II, § 252: «Дѣйствіе можетъ быть положительное или отрицательное, т. е. оно можетъ состоять въ совершеніи чего либо или несвершеніи». Изъ этого двойственнаго дѣленія исходятъ также обыкновенно соответственныя постановленія гражданскихъ кодексовъ; ср., напр., новое германское гражданское уложеніе § 246 (ср. выше стр. 59) и мотивы къ нему.

дается и устраняется уже представлениемъ всемогущества. Къ тому же дѣло обыкновенно идетъ о терпѣнн дѣйствіи или событіи, не предстоящихъ и съ этой точки зрѣнія допускающихъ мысль о предотвращеніи или воспрепятствованіи, а уже совершившихся; обязанность покорно терпѣть смерть близкаго лица или иное уже ниспосланное Богомъ несчастіе исключаетъ мысль о сопротивленіи и воспрепятствованіи не только вельдствіе всемогущества другой стороны, но и вельдствіе того, что событіе уже совершилось. Что же касается времени до событія, напр., до наступленія смерти дорогого лица, то сознание долга терпѣть ниспосылаемая Богомъ несчастія не исключаетъ обращенія къ врачу и т. п., хотя дѣло именно идетъ о попыткахъ не допустить наступленія угрожающаго событія.

Если кто, совершивъ тяжкое преступленіе, сидитъ въ цѣпяхъ въ темницѣ, и по обстоятельствамъ дѣла у него не можетъ быть мысли о бѣгствѣ или иномъ сопротивленіи, то это вовсе не исключаетъ возможности переживанія со стороны преступника болѣе или менѣе эмоціонально сильнаго и живого сознанія долга терпѣнія подлежащаго наказанія, напр., въ случаѣ совершенія вельдствіе особаго стеченія обстоятельствъ злого и жестокаго дѣянія со стороны человѣка, этпчески нормально развитаго или даже обладающаго весьма развитою и чуткою совѣстью. Для тюремника и другихъ, можетъ быть, совершенно безразлично, сознаетъ ли онъ долгъ терпѣнія или нѣтъ; всякое сопротивленіе, всякая попытка бѣгства и т. п. исключены, и этого достаточно. Но съ психологической точки зрѣнія здѣсь имѣется своеобразное и заслуживающее вниманія (въ частности съ точки зрѣнія науки уголовного права, вообще съ точки зрѣнія теоріи права наказанія — долга терпѣнія наказанія) явленіе, влекущее за собою дальнѣйшія психическія и физическія послѣдствія. Если бы заключенный въ темницу не сознавалъ долга терпѣнія (напр., если бы онъ былъ обвиненъ, опозоренъ и заключенъ вельдствіе ложнаго обвиненія и грязныхъ интригъ, безъ вины съ своей стороны), то онъ, можетъ быть, сошелъ бы съ ума (какъ это бываетъ), или умеръ бы отъ отчаянія, или сталъ бы царапать стѣны, рвать цѣпи и т. п. (что означало бы вовсе не попытки сопротивленія, а просто разряды сильныхъ эмоцій гнѣва и т. д.). Между тѣмъ онъ сидитъ смиренно и спокойно въ физическомъ и психическомъ смыслѣ, его отношенія къ тюремнику кротки и дружжелюбны, онъ переживаетъ и исполняетъ свой долгъ терпѣнія справедливой кары.

То обстоятельство, что въ теоріи легко и безъ всякихъ возраженій со стороны другихъ удалось перетолковать терпѣнія въ воз-

держанія отъ сопротивленія, очень естественно и понятно. Съ практической точки зрѣнія, съ точки зрѣнія интересовъ тѣхъ людей, которые имѣютъ дѣло съ обязанными къ терпѣнію чего - либо, главнымъ образомъ важно, чтобы не было сопротивленія. Сообразно съ этимъ, при отуствіи примѣненія психологическаго метода и при замѣнѣ его произвольными толкованіями и перетолковываніями съ точки зрѣнія практическихъ результатовъ, терпѣнія и въ наукѣ легко превратились въ пѣчто другое, практически кажущееся и часто бывающее равноцѣннымъ, а именно въ воздержанія отъ сопротивленія.

Сообразно дѣленію элементовъ поведенія на дѣйствія, воздержанія и терпѣнія, слѣдуетъ различать три рода нравственныхъ и правовыхъ обязанностей; ихъ можно условно называть: „дѣйственными“ „воздержательными“ и „страдательными“. Или, можно различать положительныя и отрицательныя „дѣйственныя“ или „активныя“ обязанности, съ одной стороны, „страдательныя“ или „пассивныя“ обязанности съ другой стороны.

Объектомъ нравственныхъ и правовыхъ обязанностей можетъ быть, впрочемъ, такое (представляемое, какъ должное) поведеніе, которое состоитъ въ болѣе или менѣе сложныхъ совокупностяхъ, рядахъ и системахъ, разныхъ отдѣльныхъ дѣйствій, воздержаній и терпѣній; напр., обязанность воспитывать дѣтей, обязанность управлять странюю и т. п. представляютъ обязанности, направленные на сложныя системы разныхъ дѣйствій, воздержаній и терпѣній, объединяемыя общими представленіями и именами: „воспитывать дѣтей“, „управлять странюю“. Сообразно съ этимъ слѣдуетъ различать простые или элементарные объекты, отдѣльно представляемые, какъ должныя, положительныя и отрицательныя дѣйствія и терпѣнія, и простыя обязанности, съ одной стороны, сложные объекты и сложныя обязанности, съ другой стороны.

Исполненіе разныхъ правовыхъ и нравственныхъ обязанностей, реализація соотвѣтственныхъ объектовъ, предполагаетъ обыкновенно совершеніе со стороны обязаннаго разныхъ другихъ положительныхъ или отрицательныхъ дѣйствій, или такія или ныя терпѣнія съ его стороны, или то и другое, въ качествѣ средствъ или необходимыхъ условій реализаціи требуемаго эффекта. Напр., исполненіе правовой обязанности уплатить другому причитающуюся ему сумму денегъ или нрав-

ственной обязанности оказать другому денежную помощь предполагает добывание со стороны обязанного соответственной суммы денег, если ея нѣтъ у него въ распоряженіи, воздержаніе отъ расходования ея на собственные нужды или удовольствія, претерпѣваніе соответственныхъ лишеній и т. п. Исполненіе обязанности желѣзнодорожнаго стрѣлочника ко времени прохожденія поѣзда предполагаетъ воздержаніе отъ сна, отъ пьянства, явку на мѣсто исполненія обязанности, терпѣніе непогоды, холода и проч.

Этому соответствуетъ явленіе нравственной и правовой психики, состоящее въ томъ, что на почвѣ сознанія даннаго долженствованія появляются (путемъ ассоціаціи идей или умозаключеній) представленія необходимыхъ для исполненія долга дѣйствій, воздержаній или терпѣній, и на нихъ распространяются эмоціи долженствованія, такъ что они въ свою очередь дѣлаются объектами обязанностей.

Такіе объекты, а равно соответственныя обязанности, нормы и вообще соответственныя нравственныя и правовыя переживанія мы можемъ условно назвать вспомогательными или послѣдовательными, въ отличіе отъ главныхъ или основныхъ.

Вспомогательные объекты могутъ сопровождать всѣ возможные главные объекты, въ частности не только положительныя дѣйствія, но и воздержанія и терпѣнія, и состоятъ въ свою очередь въ различныхъ видахъ поведенія, въ частности въ положительныхъ дѣйствіяхъ, воздержаніяхъ и терпѣніяхъ, независимо отъ природы главныхъ объектовъ. Изъ приведенныхъ выше примѣровъ видно, что вспомогательными объектами къ положительнымъ дѣйствіямъ, какъ главнымъ объектамъ, могутъ быть какъ положительныя дѣйствія, такъ и воздержанія и терпѣнія. То же относится къ вспомогательнымъ объектамъ къ воздержаніямъ и терпѣніямъ. Напр., въ области долженствованія претерпѣть отеческое наказаніе или тюремное заключеніе, смертную казнь и т. п. вспомогательными объектами могутъ быть различныя положительныя дѣйствія (напр., явиться къ отцу, признаться въ совершеніи проступка, возвратиться въ отечество, явиться въ полицію или къ прокурору, сообщить о своемъ преступленіи и т. д.), различныя воздержанія (напр., отъ укрывательства, отъ лжи, отъ бѣгства, отъ сопротивленія), различныя терпѣнія (напр., ареста, предварительнаго заключенія, допросовъ, обвинительныхъ рѣчей и проч.).

Между прочимъ, упомянутое выше ученіе, отождествляющее терпѣнія съ воздержаніями отъ сопротивленій и соответственныя,

возлагающія обязанности терпѣть что-либо, нормы съ запрещеніями оказывать сопротивленіе,—представляетъ не что иное, какъ смѣшеніе терпѣній съ однимъ изъ видовъ вспомогательныхъ къ нимъ элементовъ поведенія, съ воздержаніями отъ сопротивленія. Последнія принципиально отличны отъ терпѣній, но бываютъ часто вспомогательными объектами въ области обязанностей терпѣнія (на ряду съ другими вспомогательными объектами); отсюда на почвѣ соотвѣтственной ассоціаціи идей, въ связи съ отсутствіемъ надлежащаго метода изученія и съ отсутствіемъ установленныхъ выше понятій и различенія главныхъ и вспомогательныхъ объектовъ, обязанностей и т. д., и возникла теорія, смѣшивающая эти совершенно различныя вещи ¹⁾.

Вспомогательные объекты относятся по большей части къ стадіи, предшествующей реализаціи главныхъ объектовъ; они представляются по большей части предшествующими и содѣйствующими появленію главнаго эффекта. Такъ, напр., воздержаніе отъ сопротивленія, какъ вспомогательный объектъ къ долгу терпѣнія, относится обыкновенно ко времени, предшествующему времени терпѣнія, къ тому времени, когда дѣло еще только идетъ о попыткѣ другого (не достаточно могущественнаго, чтобы исключить мысль о сопротивленіи) причинить намъ извѣстное зло или т. п. Непротивленіе, какъ вспомогательный объектъ къ долгу претерпѣть тюремное заключеніе, смертную казнь и т. п., представляется предшествующимъ главному обязательному эффекту. Вспомогательная обязанность Сократа воздержаться отъ пользованія предлагаемою возможностью бѣгства относилась ко времени до осуществленія главнаго объекта долга, до смертной казни и т. д. Но бываетъ и такъ, что вспомогательные объекты относятся ко времени реализаціи главнаго объекта (напр., воздержаніе отъ бѣгства во время отбыванія тюремнаго заключенія) или къ послѣдующему времени. Напр., вспомогательнымъ объектомъ къ долгу дать что-либо другому можетъ быть воздержаніе отъ послѣдующаго отнятія. Если кто обязался по договору отдать себя во власть другого въ качествѣ плѣнника, заложника и т. п. и, совершивъ эту «формальность», затѣмъ тотчасъ убѣгаетъ, то этого нельзя признать надлежащимъ исполненіемъ долга влѣдствіе нарушенія соотвѣтственнаго вспомо-

¹⁾ Само собою разумѣется, воздержаніе отъ сопротивленія можетъ быть также объектомъ самостоятельной (отличной отъ обязанности терпѣнія) обязанности; можетъ не быть обязанности терпѣть извѣстное зло, или даже существовать обязанность предотвращать подлежащее зло всѣми допустимыми средствами, но къ этимъ допустимымъ средствамъ можетъ не относиться оказываніе фактическаго сопротивленія; можетъ существовать обязанность воздержанія отъ этихъ именно дѣйствій, несмотря на отсутствіе обязанности терпѣть подлежащее зло. Воздержаніе отъ сопротивленія можетъ быть также вспомогательнымъ объектомъ не къ обязанности терпѣнія, а къ инымъ обязанностямъ, напр., къ обязанности уваженія кого-либо, къ обязанности спасенія жизни другого и къ тысячамъ другихъ обязанностей, смотря по обстоятельствамъ.

наго долга и т. д. Такимъ образомъ, среди вспомо­гательныхъ объ­ектовъ и соответственныхъ обязанностей, нормъ и т. д. можно различить предше­ствующие, одновременные и послѣдующіе. Евреи часто нарушали свои обязанности терпѣнія по отношенію къ дѣй­ствіямъ Егвы тѣмъ, что они во время или послѣ этихъ дѣйствій роптали. Это и было главною формою нарушенія надлежащихъ обязанностей (о сопротивленіи, противодѣйствіи дѣйствіямъ Егвы не могло быть рѣчи).

Предложенныя понятія и различеніе главныхъ и вспомо­гательныхъ объектовъ, обязанностей, нормъ и изученіе соответственныхъ явленій нравственной и правовой психики представляются полезными для нравственныхъ и юридическихъ наукъ въ различныхъ направленіяхъ.

Между прочимъ, для правильнаго толкованія источниковъ положительной, напр., христіанской, нравственности и положительнаго права и для правильнаго догматическаго построенія соответственныхъ практическихъ ученій слѣдуетъ имѣть въ виду, что въ письменныхъ или устныхъ сообщеніяхъ нравственныхъ и правовыхъ мнѣній часто вмѣсто главныхъ объектовъ и обязанностей или наряду съ ними, на почвѣ соответственныхъ ассоціацій идей, указы­ваются разные вспомо­гательные.

Въ правильно понимаемой нравственной системѣ Христа играютъ въ высшей степени важную роль разныя обязанности терпѣнія. Но такъ какъ эти обязанности, какъ и другія, часто изображаются и изъясняются въ Евангеліи путемъ указанія разныхъ вспомо­гательныхъ объектовъ, а толкователи не имѣютъ въ распоряженіи надлежащей теоріи нравственности и ея элементовъ, въ частности ученія объ объектахъ и дѣленія ихъ на главные и вспомо­гательные, то на этой почвѣ возникаютъ разныя недоразумѣнія, отчасти весьма крупныя и существенно искажающія смыслъ евангельской морали.

Такъ, напр., изъ знаменитаго изреченія нагорной проповѣди о непротивленіи злему и подставленіи другой щеки, Ев. Матв. 5, 39 (ср. выше, стр. 55), выводится нравственная система апатіи, воз­держанія отъ борьбы со зломъ и противодѣйствія ему и т. д.

Подлежащее изреченіе состоитъ изъ двухъ положеній, которыя, повидимому, имѣютъ въ виду два вида обязанностей. Въ первомъ положеніи рѣчь идетъ объ отрицательной активной обязанности, объ обязанности воздержанія отъ сопротивленія, во второмъ о положительной активной обязанности, о подставленіи другой щеки. Но если принять во вниманіе логическую связь этихъ положеній и изложенное выше о главныхъ и вспомо­гательныхъ объектахъ и обязанностяхъ, въ частности о вспомо­гательныхъ объектахъ въ области обязанностей терпѣнія, то не трудно усмотрѣть, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ выраженіемъ еди­наго нравственнаго убѣжде­нія и иллюстраціей единой нравственной обязанности, а именно

обязанности, которая является не обязанностью воздержанія и не обязанностью къ положительнымъ дѣйствіямъ, а обязанностью терпѣнія (охотно терпѣть причиняемое намъ зло, напр., оскорбленія); эта обязанность, вообще соответственное нравственное убѣжденіе, иллюстрируется путемъ указанія двухъ вспомогательныхъ объектовъ и обязанностей. Впрочемъ, если принять во вниманіе логическую связь подлежащаго изреченія съ непосредственно предшествующимъ ему (о прежней заповѣди кровавой мести по началу таліона, око за око, зубъ за зубъ и т. д.), то оказывается наличие еще третьяго рода вспомогательныхъ объектовъ и обязанностей, послѣдующихъ по отношенію къ терпѣнію, а именно, воздержанія отъ мести. Только при такомъ толкованіи понятно и логически оправдано противопоставленіе: «А я говорю Вамъ» и т. д. Равнымъ образомъ дальнѣйшія положенія: о рубашкѣ и верхнемъ платьѣ и т. д. представляютъ очевидно не дальнѣйшія самостоятельныя обязанности къ положительнымъ дѣйствіямъ, а дальнѣйшія вспомогательныя поясненія обязанности терпѣнія, какъ главной обязанности.

Если взять положеніе о несопротивленіи отдѣльно и разсматривать соответственную обязанность воздержанія какъ самостоятельную общую обязанность, тогда получается, конечно, совсѣмъ иное нравственное ученіе, нежели въ томъ случаѣ, если принять во вниманіе, что дѣло идетъ о вспомогательной, послѣдовательной обязанности, имѣющей значеніе лишь тогда и постольку, поскольку имѣются на лицо условія существенно отличной обязанности терпѣнія.

Въ первомъ случаѣ получается апатичное и бездѣятельное отношеніе ко злу, какъ оно и проповѣдуется нѣкоторыми на почвѣ ложнаго пониманія нагорной проповѣди. Во второмъ случаѣ объ исключеніи борьбы въ пользу добра и противъ зла, каковую въ величественной формѣ и вели самъ Христосъ и его ученики, не можетъ быть рѣчи. Именно въ этой борьбѣ и посредствомъ нея можно осуществлять возвышенныя обязанности терпѣнія, подвергаясь въ ней разнымъ бѣдствіямъ, преслѣдованіямъ, оскорбленіямъ и т. д. и охотно претерпѣвая послѣднія безъ злостныхъ и эгоистическихъ реакцій, какъ это показываетъ великій примѣръ самого Учителя.

Подобные случаи выраженія и иллюстрацій нравственныхъ обязанностей съ помощью указанія вспомогательныхъ обязанностей весьма часты въ Евангеліи и другихъ письменныхъ памятникахъ морали. Но и въ юридическихъ памятникахъ, въ томъ числѣ въ новыхъ законахъ и кодексахъ, это явленіе тоже не рѣдко, несмотря на господствующую здѣсь тенденцію точной, подчасъ недантически точной, формулировки (каковая тенденція чужда нравственности, ср. выше, стр. 176 и сл.). Однимъ изъ источниковъ соответственныхъ, съ юридической точки зрѣнія неудачныхъ, формулъ обязанностей въ новыхъ законахъ и кодексахъ является, между

прочимъ, разсмотрѣнное выше теоретическое заблужденіе новой юриспруденціи, состоящее въ отождествленіи обязанностей терпѣнія съ обязанностями несопротивленія. Задачею толкованія и вообще научно-практической разработки подлежащихъ положеній въ области права, какъ и въ области нравственности, является выясненіе подлежащихъ главныхъ обязанностей и объектовъ съ помощью соотвѣтственныхъ теоретическихъ понятій и различеній.

Въ составъ (главныхъ и вспомогательныхъ) объектныхъ представленій въ нашемъ смыслѣ, кромѣ представленій самихъ тѣлодвиженій и иныхъ дѣйствій, какъ таковыхъ, въ области нравственности и права входятъ еще разныя добавочныя представленія, опредѣляющія точнѣе то, что требуется для надлежащаго исполненія обязанности; эти представленія можно назвать модальными или дополнительными объектными представленіями, а ихъ содержанія (представляемое)—модальностями или объектными дополненіями; сюда относятся:

1) представленія времени обязательнаго совершенія дѣйствія, напр., помочь немедленно, уплатить въ такой-то срокъ;

2) представленія мѣста, напр., доставить предметъ въ такое-то мѣсто;

3) представленія свойствъ обязательнаго дѣйствія, способа совершенія, порядка, качества, количества и т. д., напр., съ надлежащею осторожностью, охотно, усердно, постепенно, по мѣрѣ надобности и т. п.;

4) представленія тѣхъ вещей или иныхъ благъ, которыя должны быть доставлены кому-либо, или отъ посягательства или иного воздѣйствія на которыя слѣдуетъ воздерживаться, или пользованіе которыми со стороны другого слѣдуетъ терпѣть, вообще представленія предметовъ, къ которымъ относятся подлежащія дѣйствія, воздержанія или терпѣнія, а равно разныя, касающіяся этихъ предметовъ, дополнительныя представленія, напр., представленія ихъ величины, количества, качества и проч. Резервируя для представленій обязательнаго поведенія вмѣстѣ съ дополнительными представленіями: времени, мѣста, свойствъ дѣйствій, вещей и т. д. и для соотвѣтственнаго представляемаго термина, „объектныя представленія“ и „объекты обязанностей“, можно для интересующихъ насъ теперь представленій, т. е. для представленій тѣхъ предметовъ, къ которымъ относятся обязательныя

дѣйствія, какъ элементовъ объектныхъ представленій, установить въ качествѣ условнаго термина выраженіе „предметныя“ или „вещныя“ представленія (хотя дѣло идетъ не только о вещахъ, а и о иныхъ, не матеріальныхъ, предметахъ);

5) представленія адресатовъ или дестинатаровъ обязательныхъ дѣйствій, представленія тѣхъ людей или иныхъ существъ, по адресу которыхъ требуется извѣстное дѣйствіе, воздержаніе или терпѣніе, напр., тѣхъ, которымъ что-либо должно быть доставлено, отъ посягательства на которыхъ требуется воздержаніе, дѣйствія которыхъ слѣдуетъ терпѣть.

Въ области права дестинатары дѣйствія обыкновенно являются управомоченными, субъектами права, т. е. представленія дестинатаровъ совпадаютъ съ представленіями субъектовъ права или абсорбируются послѣдними и влѣдствіе этого не переживаются въ качествѣ особыхъ представленій. Отсюда отождествленіе въ теоріи (ср., напр., выше ученія Іеринга о субъективныхъ правахъ и о юридическихъ лицахъ) дестинатаровъ и управомоченныхъ. Но это—смѣшеніе понятій, которыя слѣдуетъ строго различать. Съ психологической точки зрѣнія представленія дестинатаровъ обязательнаго нравственнаго или правового дѣйствія, съ одной стороны, представленія субъектовъ правового притязанія, съ другой стороны, играютъ существенно различныя роли, занимаютъ различныя положенія въ составѣ этическихъ переживаній. Представленія субъектовъ притязанія находятся, какъ можно убѣдиться путемъ интроспективнаго метода, въ особой, специфической связи съ атрибутивными, правовыми эмоціями, такъ что соотвѣтственное эмоціональное „притяженіе“, „притязаніе“ представляется исходящимъ отъ соотвѣтственнаго, представляемаго, существа, что не относится къ представленіямъ дестинатаровъ, какъ таковыхъ. Особенно ясно можно наблюдать соотвѣтственное различіе въ области правовыхъ переживаній въ томъ случаѣ, если въ качествѣ дестинатаровъ представляются иные существа, нежели тѣ, которыя представляются въ качествѣ субъектовъ права. Дѣло въ томъ, что указанное выше совпаденіе дестинатаровъ и субъектовъ права въ области правовыхъ переживаній далеко не всегда имѣется налицо. Напр., если отецъ нанялъ кормилицу,

цяньку или т. п. для ребенка, заключилъ договоръ съ хозяиномъ квартиры, пансіона въ городѣ о доставленіи его дѣтямъ квартиры, обѣдовъ и т. д., то въ соответственныхъ правовыхъ переживаніяхъ имѣются представленія дѣтей, какъ destinatаровъ обязательныхъ дѣйствій, кормленія и иныхъ заботъ, и представленія другой договорившейся стороны, отца, какъ субъекта притязанія. Государствамъ приписываются разныя взаимныя притязанія и обязанности, destinatарами коихъ являются отдѣльные подданные. Въ области религіознаго права божествамъ принадлежатъ разныя притязанія по адресу людей на то, чтобы они относились извѣстнымъ образомъ къ своимъ ближнимъ, совершали въ ихъ пользу извѣстныя дѣйствія, воздерживались отъ посягательствъ на ихъ жизнь, честь, имущество и проч. Между прочимъ, destinatарами въ правѣ могутъ быть и сами обязанные. Напр., въ области дѣйствія служебныхъ и соціальныхъ властей, опекунской, родительской власти, государственныхъ властей, субъектамъ подлежащихъ властей принадлежитъ право на исполненіе со стороны подвластныхъ ихъ велѣній, издаваемыхъ ими не ради себя, а ради самихъ подвластныхъ, подчасъ съ особымъ указаніемъ на это обстоятельство; во избѣжаніе опасности для жизни пассажировъ, имъ запрещается выходить на площадку вагона и т. п.

Весьма существенную роль играютъ, между прочимъ, представленія destinatаровъ въ современной наукѣ о нравственности, хотя соответственныхъ научныхъ понятій и ученій, какъ и ученій о другіхъ элементахъ нравственныхъ переживаній, еще не существуетъ. А именно, подлежащія представленія лежатъ въ основаніи общепринятой классификаціи нравственныхъ обязанностей (и добродѣтелей) и самой системы науки, построенной на классификаціи обязанностей (или добродѣтелей). Современные представители этики или нравственной философіи различаютъ два класса нравственныхъ обязанностей: 1) обязанности по отношенію къ себѣ самому, или „индивидуальныя“ обязанности (индивидуальныя добродѣтели) и 2) обязанности по отношенію къ ближнимъ, другимъ людямъ, или „соціальныя“ обязанности (соціальныя добродѣтели); сообразно съ этимъ принятая система изложенія состоитъ въ дѣленіи ученія на двѣ части, на ученіе объ

индивидуальныхъ обязанностяхъ (или добродѣтеляхъ) и ученіе о социальныхъ обязанностяхъ (или добродѣтеляхъ). Въ прежніе вѣка господствовало дѣленіе обязанностей на три класса и дѣленіе системы на три рубрики: 1) обязанности по отношенію къ Богу, 2) по отношенію къ себѣ самимъ, 3) по отношенію къ ближнимъ. Это тройственное дѣленіе господствуетъ и теперь еще въ теологической христіанской этикѣ, и, сообразно съ этимъ, соотвѣтственные ученые трактаты и нравственные катехизисы состоятъ изъ трехъ частей.

Объ эти классификаціи и системы, покоящіяся, очевидно, на различеніи обязанностей по дестинатарамъ, не выдерживаютъ критики и должны быть отвергнуты въ силу слѣдующихъ оснований:

1. Прежде всего слѣдуетъ признать ошибочнымъ лежащее въ основаніи критикуемой классификаціи и системы предположеніе, будто всѣ нравственные обязанности предполагаютъ извѣстнаго дестинатара, будто всѣ онѣ суть обязанности по отношенію къ кому-либо. Напротивъ, слѣдуетъ утверждать, что имѣется множество такихъ обязанностей (и нравственныхъ переживаній вообще), въ которыхъ не имѣется никакихъ дестинатаровъ (соотвѣтственныхъ представленій). Слѣда, прежде всего, относится большинство тѣхъ обязанностей, которыя традиціонно подводятся подъ рубрику обязанностей по отношенію къ себѣ или т. п. индивидуальныхъ обязанностей, напр., обязанности (и добродѣтели) умѣренности, самобладанія, мужества, мудрости, скромности и т. д. Если примнить надлежащій методъ изученія, самонаблюденіе и т. д., то не трудно убѣдиться, что подлежащія обязанности переживаются обыкновенно безъ представленій какихъ бы то ни было дестинатаровъ. Мы должны быть скромны, умѣренны и т. д. просто, а не ради кого-либо или по отношенію къ кому-лю; представленіе себя самого или какого бы то ни было дестинатара обыкновенно отсутствуетъ (иногда оно имѣется, и тогда подлежащія обязанности суть обязанности съ дестинатарами). Но то же относится и ко многимъ тѣмъ обязанностямъ, которыя традиціонно квалифицируются, какъ обязанности по отношенію къ другимъ. Путемъ самонаблюденія не трудно, напр., убѣдиться, что тѣ обязанности, которыя традиціонно излагаются подъ рубрикою „правдивость“,

въ качествѣ обязанностей по отношенію къ другимъ, въ дѣйствительности тоже обыкновенно суть обязанности безъ дестинатара; „слѣдуетъ говорить правду“, „не слѣдуетъ лгать“ и т. д.—просто, а не ради кого-либо и т. д. Иногда, впрочемъ, бываетъ и такъ, что обязанность не лгать переживается какъ обязанность по отношенію къ другимъ; у переживающаго имѣется представленіе другого, которому подлежащая ложь могла бы причинить вредъ, и онъ считаетъ себя обязаннымъ воздержаться отъ лжи по отношенію къ этому другому и ради него. Но въ такихъ случаяхъ воздержаніе отъ лжи является обыкновенно не самостоятельнымъ объектомъ обязанности правдивости какъ таковой, а лишь послѣдовательнымъ, вспомогательнымъ объектомъ къ обязанности не причинить другому вреда. Напротивъ, въ случаѣ переживанія обязанности говорить правду или не лгать, какъ самостоятельной обязанности, она является обязанностью безъ дестинатара. Это можно выразить такъ, что такая обязанность не лгать, какъ ее понимаютъ и изображаютъ моралисты, представляетъ спеціальность лжецовъ, тѣхъ, которымъ сознаніе долга правдивости, какъ такового, чуждо. Напротивъ, люди, дѣйствительно проникнутые сознаніемъ долга правдивости, принципиально избѣгающіе лжи, переживаютъ подлежащую обязанность безъ дестинатара, не думая о томъ, причинитъ ли данная ложь кому-либо вредъ или не причинитъ, или даже ясно сознавая, что она никому не причинитъ вреда или, по обстоятельствамъ дѣла, можетъ ыть для кого-либо выгодною, полезною.

То же относится ко множеству другихъ обязанностей, къ которымъ моралисты произвольно придумываютъ такихъ или иныхъ дестинатаровъ для подведенія ихъ подъ традиціонныя рубрики системы и классификаціи или независимо отъ этого. Вообще можно сказать, что традиціонная классификація обязанностей, система изложенія и соотвѣтственная толкованія и перетолковыванія разныхъ обязанностей добродѣтелей со стороны существующей науки о нравственности представляютъ въ значительной степени существенное искаженіе и разрушеніе подлинной нравственности, конечно, не умышленное и не сознательное.

И здѣсь главный корень зла заключается въ ненаучномъ

методъ, въ отсутствіи научнаго объективно-психологическаго изученія съ помощью самонаблюденія и т. д. и въ замѣнъ этого собственными практическими (обыкновенно болѣе или менѣе поверхностными) разсужденіями и толкованіями о цѣляхъ, пользахъ и т. д.

2. Далѣе, если оставить въ сторонѣ указанное только что недоразумѣніе и остановиться спеціально на такихъ нравственныхъ переживаніяхъ и обязанностяхъ, въ которыхъ дѣйствительно имѣется представленіе какого-либо личнаго адресата подлежащихъ дѣйствій, то слѣдуетъ, затѣмъ, признать ошибочнымъ лежащее въ основѣ традиціонной классификаціи обязанностей и соотвѣтственныхъ ученій предположеніе, будто дѣло идетъ всегда о благожелательныхъ, дружественныхъ, направленныхъ на причиненіе добра подлежащимъ адресатамъ дѣйствіяхъ. Напротивъ, многія нравственныя переживанія и обязанности съ личными адресатами подлежащихъ дѣйствій направлены на причиненіе подлежащимъ адресатамъ не добра, а зла, напр., смерти, оскорбленія и т. д. Подлежащихъ адресатовъ, дестинатаровъ и соотвѣтственныя обязанности и вообще этическія переживанія мы назовемъ условно одіозными, въ отличіе отъ адресатовъ добра и соотвѣтственныхъ обязанностей и вообще этическихъ переживаній, которые можно назвать каритативными. За доказательствами возможности и существованія такихъ, съ традиціонными ученіями моралистовъ несомвѣстимыхъ, одіозныхъ, обязанностей, нормъ и т. д. не приходится далеко ходить. Разсмотрѣнныя выше положенія Евангелія о терпѣннн зла излагаются въ нагорной проповѣди въ качествѣ противоположенія прежнимъ заповѣдямъ, предписывающимъ месть; дальнѣйшія положенія тамъ же о любовномъ отношеніи къ врагамъ противопоставляются прежнимъ заповѣдямъ, предписывающимъ ненавидѣть враговъ (Ев. Матв., 5, 38, 43).

Обязанности ненавидѣть враговъ въ международномъ, международовомъ и междуиндивидуальномъ смыслѣ, вредить имъ всячески, преслѣдовать и истреблять ихъ безъ всякаго снисхожденія и компромиссовъ—составляютъ основы, а во всякомъ случаѣ весьма важный элементъ нравственности у всѣхъ народовъ на извѣстной ступени развитія. Съ точки зрѣнія этихъ одіозныхъ началъ и связанныхъ съ ними обязанностей

и добродѣтелей (храбрости, хитрости, неумолимости, даже жестокости вообще) происходитъ на этихъ ступеняхъ развитія этическая оцѣнка людей (ср., напр., Гомера). Противоположное направленіе поведенія и свойства характера, напр., мягкое и снисходительное отношеніе къ врагамъ, готовность къ компромиссамъ съ ними, недостатокъ воинственности, драчливости, храбрости—признаются самыми дурными пороками. Еще въ Библии, памятникъ сравнительно высокой культуры, компромиссы съ врагами, пощада ихъ жизни и т. д. считаются тяжелыми прегрѣшеніями (ср., напр., исторію Саула и т. д.). Еще Платонъ, признаваемый великимъ философомъ-идеалистомъ наиболѣе культурнаго народа древности, приписывалъ гражданамъ-воинамъ своего идеальнаго, утопическаго государства добродѣтель, которою отличаются злыя собаки. „Варвары“, т. е. всѣ люди, за исключеніемъ небольшого греческаго племени, представляются ему природными врагами, къ которымъ слѣдуетъ относиться безъ всякаго снисхожденія и пощады. Недостатокъ воинственности и храбрости влечетъ за собою изгнаніе изъ идеальнаго государства Платона; величайшія награды и почести при жизни и послѣ смерти заслуживаются храбростью по отношенію къ врагамъ. Сообразно съ этимъ устроено и воспитаніе, дѣти пріучаются къ картинамъ массовыхъ убійствъ, сраженій и т. д. И теперь еще среди т. н. цивилизованныхъ народовъ, не говоря уже о варварахъ и дикаряхъ въ тѣсномъ смыслѣ, не смотря на виѣшнее исповѣданіе христіанскаго ученія, проявленія подобной этики по отношенію къ людямъ иной національности, религій и т. д. далеко не чужды нѣкоторымъ, нравственно менѣе культурнымъ элементамъ общества. Очищеніе фактической морали отъ одіозныхъ элементовъ по отношенію къ чужимъ еще дѣло и задача будущей культуры. Чѣмъ ниже культура, тѣмъ вообще меньше значеніе каритативныхъ обязанностей, тѣмъ уже кругъ ихъ дестинатаровъ, тѣмъ больше значеніе одіозныхъ обязанностей, тѣмъ рѣзче и жесточе ихъ содержаніе, тѣмъ шире кругъ ихъ дестинатаровъ...

Если ходячія ученія о нравственности отождествляютъ ее съ альтруизмомъ, съ поведеніемъ, направленнымъ на общее счастье, на сохраненіе и процвѣтаніе человѣческаго рода и

т. п., то это иллюстраціи и симптомы отсутствія знанія природы морали по существу и вмѣстѣ съ тѣмъ ложной постановки всей науки о нравственности и метода ея построеній, отсутствія объективно-психологическаго изученія явленій и замѣна его личными практическими взглядами и разсужденіями.

Согласно вышензложенному, традиціонную классификацію обязанностей съ точки зрѣнія дестинатаровъ слѣдуетъ оставить и замѣнить дѣленіемъ на: 1) обязанности безъ дестинатара, могущія быть названными нейтральными или объективными, 2) обязанности съ дестинатарами, распадающіяся, въ свою очередь, на: а) одіозныя и б) каритативныя.

Лишь по отношенію ко второму виду второго рода обязанностей господствующая классификація была бы правильной, если бы она заключала въ себѣ правильную классификацію каритативныхъ дестинатаровъ. Но и этого нельзя признать.

3. Дѣленіе (каритативныхъ) обязанностей на обязанности по отношенію къ себѣ или т. н. индивидуальныя обязанности и обязанности по отношенію къ другимъ людямъ или т. н. социальныя обязанности есть хромая классификація, обнимающая только нѣкоторые изъ многихъ видовъ каритативныхъ обязанностей; немного лучшей, но тоже далеко не удовлетворительною была старая, трехчленная классификація, не забывавшая о Богѣ, какъ дестинатарѣ нравственныхъ обязанностей.

Дѣло въ томъ, что на ряду съ извѣстными существующей наукѣ о нравственности и принимаемыми ею во вниманіе дестинатарами нравственныхъ обязанностей существуетъ еще множество другихъ категорій дестинатаровъ. Сюда относятся всѣ тѣ категоріи представляемыхъ существъ, которыя были указаны выше въ ученіи о субъектахъ нравственныхъ и правовыхъ обязанностей и правъ, вообще всѣ представляемые существа, въ томъ числѣ духи усопшихъ, животныя, такія существа, которыя у юристовъ называются юридическими лицами, и т. д. Примѣры и доказательства легко найти въ изобиліи путемъ самонаблюденія и соединеннаго метода; поэтому можно ихъ не приводить.—

Изложенное выше о дѣленіи нравственныхъ обязанностей и вообще нравственныхъ переживаній съ точки зрѣнія пред-

ставленій дестинатаровъ относится *mutatis mutandis* и къ правовымъ обязанностямъ и переживаніямъ вообще. И здѣсь можно различать нейтральныя, объективныя обязанности, обязанности безъ дестинатаровъ, каритативныя обязанности и одіозныя; и здѣсь дестинатарами могутъ быть не только люди, а и животныя, духи усопшихъ, божества, т. н. юридическія лица и т. д. Традиціонныя ученія юристовъ, въ частности криминалиствъ, о томъ, что право охраняетъ только человѣческіе интересы, что если запрещается правомъ жестокое обращеніе съ животными, оскверненіе могилъ, богохульство и т. п., то это дѣлается отнюдь не ради животныхъ, покойниковъ, Божества, а ради людей, ради того, чтобы не возбуждать непріятныхъ чувствъ у людей и т. д.—представляютъ произвольныя и методологически недопустимыя перетолковыванія фактовъ сообразно съ личными практическими взглядами.

Предыдущее изложеніе содержитъ общую для нравственныхъ и правовыхъ переживаній схему объектовъ обязанностей и ихъ элементовъ, могущую служить руководствомъ для анализа, толкованія и иного изученія нравственныхъ явленій, а также и правовыхъ, поскольку дѣло идетъ объ императивной сторонѣ послѣднихъ.

Въ области права эта схема объектныхъ представленій нуждается въ дополненіи сообразно атрибутивной природѣ правовыхъ переживаній.

Уже выше было указано, что, сообразно атрибутивной природѣ правовыхъ эмоцій, на ряду съ представленіями тѣхъ дѣйствій въ общемъ смыслѣ, которыя требуются отъ обязаннаго, представленіями объектовъ императива,—объектовъ обязанностей, или, вмѣсто этихъ представленій, въ составъ правовыхъ переживаній входятъ представленія тѣхъ положительныхъ эффектовъ, тѣхъ полученій въ общемъ смыслѣ, которыя причитаются управомоченнымъ — представленія объектовъ атрибутива, объектовъ правъ; доставленіе управомоченнымъ этихъ полученій, реализація объектовъ атрибутива, играетъ главную и рѣшающую роль въ правѣ; исполненіе же со стороны обязанныхъ тѣхъ дѣйствій, къ которымъ они обязаны, реализація объектовъ императива, играетъ роль лишь средства достиженія этого эффекта, такъ что если управомоченному до-

ставлено какимъ бы то ни было путемъ соотвѣтственное получение, хотя бы безъ исполненія подлежащаго дѣйствія со стороны обязаннаго, правовая психика удовлетворяется этимъ, какъ надлежащимъ исполненіемъ того, что требовалось. Точно также уже выше (стр. 71 и сл.) было указано, что положительнымъ дѣйствіямъ, дѣйствіямъ въ тѣсномъ смыслѣ, какъ объектамъ обязанностей, соотвѣтствуютъ положительныя получения, получения въ тѣсномъ смыслѣ, какъ объекты подлежащихъ правъ (*facere-assicere*); отрицательнымъ дѣйствіямъ, воздержаніямъ, соотвѣтствуютъ въ качествѣ объектовъ правъ непретерпѣванія подлежащихъ воздѣйствій, „неприкосновенности“, „охранности“ (*non facere-non pati*); терпѣніямъ соотвѣтствуютъ въ качествѣ объектовъ правъ подлежація, терпимыя со стороны обязанныхъ, дѣйствія, „свобододѣйствія“ (*pati-facere*); такимъ образомъ получается три вида правъ (и правоотношеній, нормъ и т. д.): положительно-притязательныя, отрицательно-притязательныя и уполномочивающія, или: правопритязанія въ тѣсномъ смыслѣ, правоохраненія, правомочія.

Въ остальномъ, къ представленіямъ объектовъ правъ и подлежащимъ представляемымъ, объектамъ правъ, примѣнимо *mutatis mutandis* изложенное выше о представленіяхъ объектовъ обязанностей и подлежащихъ представляемыхъ, объектахъ обязанностей.

Въ частности, и здѣсь можно и слѣдуетъ различать главные и вспомогательные или послѣдовательные объекты и главные и вспомогательныя права. Такъ, напр., праву наказанія, какъ главному праву, соотвѣтствуютъ, въ качествѣ вспомогательныхъ правъ: правомочія предпринимать разныя дѣйствія, которыя являются средствами или подготовительными стадіями для наказанія, напр., арестъ преступника или иныя мѣры для достиженія власти надъ нимъ, разныя отрицательныя притязанія, притязанія на воздержаніе со стороны подлежащаго карѣ отъ того, что помѣшало бы реализаціи права наказанія и т. д. Главному праву собственника — правомочію пользоваться своею вещью и вообще дѣлать съ нею что угодно, въ случаѣ если вещь попала въ обладаніе другого, напр., находится въ его сараѣ, соотвѣтствуетъ притязаніе на выдачу вещи или допущеніе взять ее, открытіе подлежащаго запертаго помѣщенія и проч. и проч.

Далѣе, какъ и въ области представленій объектовъ обязанностей, въ составѣ представленій объектовъ правъ слѣдуетъ различать на ряду съ представленіями самихъ полученныхъ, какъ таковыхъ, модальныя, дополнительныя представленія: 1) времени подлежащаго полученія, 2) мѣста, 3) свойствъ, качества, порядка и т. д., 4) вещныя или предметныя представленія, 5) представленія адресатовъ или дестинатаровъ; напр., отецъ имѣеть право на то, чтобы его сыну (адресатъ) было доставлено къ такому-то сроку (время) въ такомъ-то мѣстѣ (мѣсто) то-то (предметное представленіе). Подлежащія представляемая: время, мѣсто и т. д. суть модальности или дополненія объектовъ правъ.

Сочетанія объектовъ обязанностей и соответственныхъ объектовъ правъ суть объекты правоотношеній. Предложенная нами тройственная схема объектовъ обязанностей и объектовъ соответственныхъ правъ: 1) *facere-accipere*, 2) *non facere-non pati*, 3) *pati-facere* (съ ихъ модальностями) есть схема трехъ видовъ объектовъ правоотношеній.

Эта схема въ сочетаніи съ понятіемъ и схемою модальностей содержитъ въ себѣ обще-теоретическое перечисленіе и классификацію подлежащихъ элементовъ правовыхъ явленій и руководство для правильнаго и отчетливаго толкованія и анализа, а равно синтеза (конструкціи) правоотношеній, правъ, обязанностей, нормъ права и правовыхъ явленій вообще. Но она не означаетъ того, чтобы въ каждомъ правовомъ переживаніи имѣлись полныя изображенія объектовъ правоотношеній въ видѣ парныхъ представленій по указанной двойственной схемѣ: *facere-accipere* и т. д. Это имѣеть мѣсто лишь въ нѣкоторыхъ правовыхъ переживаніяхъ и изреченіяхъ, напр., въ приведенномъ выше изреченіи ст. 74 Псковской судн. грам.: «ино гостинца дать (*facere*, объектъ обязанности), по счету ему взять» (*accipere*, объектъ права) и т. п. Обыкновенно объектыя представленія и соответственныя словесныя изреченія имѣють болѣе краткія, сокращенныя характеръ.

Уже выше (стр. 58 и сл.) было указано относительно формъ выраженія правовыхъ переживаній вообще, что на ряду съ полною, адекватною формою, въ которой выражены обѣ стороны правового переживанія, императивная и атрибутивная, съ указаніемъ субъектовъ и объектовъ обязанности и субъектовъ и объектовъ права, имѣются три сокращенныя: сокращенно-атрибутивная, съ указаніемъ только субъектовъ и объектовъ права, сокращенно-императивная, съ указаніемъ только субъектовъ и объектовъ обязанности, и обоюдо-сокращенная, нейтральная, съ безличнымъ указаніемъ того, что должно имѣть мѣсто (напр., возмѣщеніе убытковъ), при-

чемъ подразумѣвается, что одна сторона обязана вызвать подлежащій эффектъ, другая имѣетъ право на то, чтобы соответственное было ей доставлено. Сообразно съ этимъ и въ области объектныхъ представленій и соответственныхъ изреченій можно различать четыре формы переживанія и выраженія: полную, адекватную и три сокращенныя.

Но, на ряду съ *этими* сокращеніями, встрѣчаются еще и разныя другія. Такъ, разныя сложныя права, состоящія изъ правомочій и правопритязаній, изображаются въ сокращенной формѣ путемъ указанія дѣйствій, на которыя имѣетъ право управомоченный, какъ если бы дѣло шло только о правомочіи. Напр., весьма многія права состоятъ изъ двухъ элементовъ: изъ правомочія дѣлать извѣстныя заявленія, такъ что другіе обязаны терпѣть эти дѣйствія (напр. обращенія въ повелительномъ тонѣ, обращенія съ запросами въ парламентѣ), и изъ притязанія на принятіе во вниманіе выраженнаго въ такомъ или иномъ смыслѣ, напр., въ смыслѣ исполненія, въ смыслѣ обезужденія, въ смыслѣ отвѣта, если дѣло идетъ о вопросахъ, въ смыслѣ разсмотрѣнія и удовлетворенія или отказа, если дѣло идетъ о просьбахъ, прошеніяхъ и проч. и проч.; таковъ, между прочимъ, типичный составъ огромной массы правоотношеній государственной-политической жизни. И вотъ типичною формою изображенія подлежащихъ сложныхъ правоотношеній является указаніе, что такой-то имѣетъ право дѣлать такія-то заявленія, распоряженія и т. п.: напр., монархъ имѣетъ право объявлять войну, дѣлать такія-то распоряженія, созывать, распускать палаты, командовать арміею, миловать преступниковъ и т. д.; избирательныя права, права рѣшающаго или совѣщательнаго голоса, права законодательства, права управленія, права петицій, запросовъ, просьбъ, жалобъ, права сторонъ въ процессѣ дѣлать разныя заявленія и проч. и проч. — дальнѣйшіе примѣры этой категоріи правъ. Здѣсь комбинація двоякаго сокращенія: 1) сокращенно-аттрибутивная форма и 2) указаніе только соответственнаго правомочія безъ указанія правопритязанія.

Обширная категорія правоотношеній, въ томъ числѣ право собственности, состоитъ въ сочетаніи правомочія дѣлать что-либо, напр., пользоваться и вообще дѣлать что угодно съ данною вещью — обязанности другихъ терпѣть подлежащія дѣйствія, съ отрицательнымъ притязаніемъ на то, чтобы другіе воздерживались отъ соответственныхъ дѣйствій, напр., отъ пользованія и иного воздѣйствія на данную вещь. И здѣсь типичная форма выраженія состоитъ въ указаніи въ сокращенно-аттрибутивной формѣ подлежащаго правомочія; при этомъ иногда добавляется намекъ на подлежащее отрицательное притязаніе въ формѣ приписыванія данному пользованію или т. п. признака «исключительности»; иногда же нѣтъ и такого намека на подлежащее отрицательное притязаніе.

Въ области денежныхъ долговъ, какъ это вполнѣ естественно, вырабатываются въ народныхъ языкахъ особія сокращенныя и упро-

ценныя выраженія для объектных обозначеній. Напр., вмѣсто указанія, что одинъ обязанъ другому *уплатить* столько-то, другой имѣеть право *получить* столько-то, говорится просто: «А долженъ В столько-то рублей»; «В имѣеть право на такую-то сумму, на проценты, неустойку» и т. п. И въ области разныхъ другихъ положительныхъ правопритязаній, направленныхъ на полученіе извѣстнаго предмета, указаніе этого предмета (т. е. одной изъ модальностей полнаго объектнаго представленія) замѣняетъ нерѣдко полное указаніе объекта права, напр., А имѣеть право на орденъ, премію, пенсію, алименты, на казенную квартиру и т. п.

Какъ и въ области объектовъ обязанностей, въ юридическихъ изреченіяхъ вмѣсто главныхъ объектовъ (и правъ) нерѣдко указываются вспомогательныя, послѣдовательныя. Положительныя и отрицательныя правопритязанія изображаются нерѣдко въ неточной, искаженной формѣ такъ, что управомоченному приписывается право требовать чего-либо или запрещать что-либо (ср. выше стр. 164 и сл.).

Задачею толкованія въ указанныхъ выше случаяхъ сокращеннаго или неточнаго выраженія объектовъ является опредѣленіе и выраженіе ихъ въ полной и надлежащей формѣ по указанной выше двойственной схемѣ.

Сопоставляя изложенныя положенія объ объектахъ обязанностей и правъ съ господствующимъ ученіемъ объ объектахъ правъ, можно относительно послѣдняго отмѣтить слѣдующее:

1. Это ученіе, очевидно, не удовлетворяетъ задачѣ опредѣленія, перечисленія и классификаціи составныхъ элементовъ правовыхъ явленій. Многія существенныя категоріи этихъ элементовъ (ср., напр., выше объ объектахъ правъ въ нашемъ смыслѣ, о разныхъ видахъ причитающихся полученій: *ассиреге*, *поп рати*, *фасеге*, о модальностяхъ и разныхъ ихъ видахъ) остаются совершенно неизвѣстными современному общему ученію объ элементахъ правовыхъ явленій, какъ если бы они вовсе не существовали, хотя они на каждомъ шагѣ фигурируютъ въ правовыхъ явленіяхъ, составляя обильныя и существенныя части ихъ содержанія.

2. То, что составляетъ положительное содержаніе существующихъ ученій объ объектахъ, отчасти вообще не имѣеть никакого отношенія къ ученію объ элементахъ права, отчасти представляетъ смѣсь разнородныхъ вещей, имѣющихъ различное (и отличное отъ предполагаемаго) отношеніе къ праву и напрасно поэтому объединяемыхъ однимъ общимъ понятіемъ и именемъ объектовъ права. О постороннемъ, вообще не относящемся къ ученію объ элементахъ права, трактуютъ, напр., тѣ ученія, которыя говорятъ о «вольѣ» или «сплахъ», собственныхъ, общественныхъ и т. п., какъ объектахъ права. Смѣсь разнородныхъ вещей, имѣющихъ различное отношеніе къ праву, содержатъ господствующее ученіе и разныя индивидуальныя коллекціи объектовъ, въ томъ числѣ тѣ, которыя предлагаются юристами, выставляющими въ началѣ изложенія ка-

кое-либо монистическое понятие объектов (ср. выше, стр. 422 и сл.). Такъ, поскольку господствующее учение въ области права собственности и другихъ т. н. вещныхъ правъ объектами правъ считаетъ вещи, то, оговорившись, что части земной площади и иные матеріальные предметы не могутъ быть элементами права, и что для устранения подлежащей несообразности слѣдуетъ замѣнить «вещи» господствующаго учения представленіями о вещахъ и ихъ содержаніями, можно признать, что подлежащая часть господствующаго ученія, въ отличіе отъ ученій о «вольѣ», «силахъ» и т. п., не касается посторонняго и не относящагося къ дѣлу, а имѣетъ отношеніе къ ученію объ объектахъ; при чемъ это отношеніе состоитъ въ томъ, что вещныя представленія входятъ въ составъ представленій объектовъ правъ въ качествѣ одной изъ категорій модальныхъ, дополнительныхъ представленій (выше, стр. 434). Поскольку, затѣмъ, въ области договорныхъ и иныхъ т. н. обязательственныхъ правъ господствующее учение считаетъ объектами дѣйствія, положительныя дѣйствія и воздержанія должника, то дѣло идетъ объ имѣющемъ тоже отношеніе къ объектамъ, но уже совершенно иное. Представляемая въ качествѣ должныхъ дѣйствія и воздержанія являются объектами обязанностей, нравственныхъ и правовыхъ. Подлежащая часть господствующаго ученія, а равно монистическія ученія, признающія объектами правъ дѣйствія и воздержанія обязаннаго (или, точнѣе, начальныя замѣчанія подлежащихъ ученій, переходящихъ, затѣмъ, какъ упомянуто выше, къ перечисленію разныхъ иныхъ объектовъ), представляютъ вообще лучшія, наиболѣе близкія къ существу дѣла, изъ существующихъ положеній и ученій объ объектахъ. Впрочемъ, и они, какъ видно изъ изложеннаго выше, страдаютъ существенными недостатками и нуждаются въ существенныхъ исправленіяхъ и дополненіяхъ для того, чтобы представлять изъ себя вполне удовлетворительныя положенія (они упускаютъ изъ виду или напрасно исключаютъ терміны, какъ объекты обязанностей, обнимаютъ и послѣ соответственнаго исправленія лишь часть представленій объектовъ обязанностей, къ каковымъ еще относятся модальныя представленія, считаютъ объектами права то, что правильнѣе признать лишь объектами обязанностей, и упускаютъ изъ виду дѣйствительные объекты правъ, соответственныя *asserege, non pati, facere*, реализація коихъ имѣетъ, въ силу атрибутивной природы права, рѣшающее значеніе въ области удовлетворенія правъ и т. д.). Поскольку, затѣмъ, въ области семейственнаго права, въ частности правъ родительской, мужней власти и т. д., господствующее мнѣніе объектами объявляетъ личности другихъ, подвластныхъ и т. д., то здѣсь дѣло идетъ оягь о существенно отличномъ и имѣющемъ иное отношеніе къ праву и его элементамъ, нежели въ двухъ предыдущихъ категоріяхъ «объектовъ правъ». Представляемая личности другихъ являются субъектами подлежащихъ обязанностей, въ качествѣ таковыхъ уже имѣютъ свое мѣсто въ системѣ юридиче-

скихъ понятій и уже поэтому напрасно появляются второй разъ въ этой системѣ въ качествѣ «объектовъ». Поскольку въ области правъ жизни, тѣлесной неприкосновенности, чести и т. п. объектами правъ объявляются собственныя личности управомоченныхъ и соответственныя права называются правами на собственную личность, то это опять новая категорія, не указывающая того, къ чему обязана одна сторона, что доставляется другой стороной и т. д.

3. Вслѣдствіе указаннаго содержанія и характера своего, существующія ученія объ объектахъ не даютъ необходимаго базиса и руководства для конкретныхъ и специальныхъ работъ въ области теоретическаго и практическо-догматическаго изученія права, въ частности для правильнаго и точнаго толкованія права, для анализа и синтеза специальныхъ видовъ правъ и конкретныхъ правъ и т. д. Указанія на то, что «объектами» права собственности являются вещи, объектами правъ отеческой, мужней власти и т. д. являются другія лица и проч., — не выясняютъ, какова природа этихъ правъ, къ чему обязана одна сторона, на что имѣетъ право другая сторона; это остается до сихъ поръ научно неопредѣленнымъ и спорнымъ въ юриспруденціи до такой степени, что даже, какъ упомянуто было выше, не удалось научно выяснить, въ чемъ состоитъ отличіе правъ семейственной власти отъ права собственности.

4. Научною безплодностью и негодностью традиціонныхъ положеній о разныхъ объектахъ разныхъ категорій правъ объясняется, между прочимъ, то обстоятельство, что сами авторы этихъ положеній по большей части не придаютъ имъ серьезнаго значенія, не разрабатываютъ ихъ подробнѣе, не выводятъ послѣдствій и т. д. Исключеніемъ является ученіе о вещахъ, какъ объектахъ права, и къ этому ученію, ученію о разныхъ видахъ вещей и ихъ отношеній, и сводится, въ существѣ дѣла, какъ уже было упомянуто выше, современное ученіе объ объектахъ, такъ что прочее является чисто формальнымъ и декоративнымъ вводнымъ придаткомъ. И это ученіе, ученіе о вещахъ, дѣйствительно имѣетъ серьезный смыслъ и важное значеніе въ юриспруденціи, но только не тотъ смыслъ, который ему традиціонно приписывается отнесеніемъ его къ ученію объ объектахъ правъ. Дѣло въ томъ, что разныя обстоятельства, касающіяся участковъ земли и иныхъ вещей, играютъ въ правѣ роль юридически релевантныхъ, юридическихъ фактовъ. Такъ, для дѣйствительности многихъ юридическихъ дѣлъ требуется иная форма совершенія, если дѣло касается недвижимости, иная, менѣе сложная, если дѣло касается движимыхъ вещей. Разные субъекты, пользующіеся чужою землею, приобрѣтаютъ право собственности или не приобрѣтаютъ его на разные отдѣляемые отъ почвы предметы, напр., срубаемый лѣсъ, въ зависяемости отъ того, относятся ли подлежащіе предметы къ доходамъ, къ т. н. плодамъ, или къ капиталу, и проч. и проч. Въ виду этого для разныхъ и многочисленныхъ областей права важно установленіе соответствен-

ныхъ понятій и ихъ объема, установленіе того, что слѣдуетъ относить къ движимымъ, что къ недвижимымъ вещамъ, что слѣдуетъ относить къ капиталу, что къ доходу и т. д. То же относится къ разнымъ другимъ обстоятельствамъ, касающимся вещей. И вотъ традиціонное, исторически выработавшееся ученіе объ объектахъ и соотвѣтственная система науки покоятся на недоразумѣніи, состоящемъ въ принятіи за ученія объ объектахъ правъ множества разныхъ положеній и ученій имѣющихъ смыслъ и значеніе въ качествѣ ученій о юр. фактахъ и относящихся къ соотвѣтственной части системы.

§ 33.

О юридическихъ и нравственно релевантныхъ фактахъ.

Къ ученію о правоотношеніяхъ или, обыкновенно, къ ученію о правахъ приурочивается въ современной наукѣ права ученіе о юридическихъ фактахъ. Въ качествѣ средствъ приуроченія и звена для перехода отъ правъ или правоотношеній къ юридическимъ фактамъ примѣняется указаніе, что права (или правоотношенія) не остаются неизмѣнными, а, напротивъ, возникаютъ, измѣняются, прекращаются, и что эти измѣненія вызываются такими фактами, которымъ объективное право присвоиваетъ способность вызывать эти измѣненія, или которые, по объективному праву, обуславливаютъ эти измѣненія.

Подлежащіе факты называются юридически важными (релевантными) фактами или юридическими фактами, а вызываемыя ими измѣненія въ области правоотношеній — ихъ юридическими послѣдствіями¹⁾.

Юридическіе факты принято дѣлать на два вида: юридическія дѣйствія и прочіе юр. факты или юридическія событія.

Юридическія дѣйствія опредѣляются обыкновенно какъ такія проявленія воли (*Willensäusserungen*), которыя вызыва-

¹⁾ Иначе опредѣляетъ юридическіе факты Д. Гриммъ (Курсъ римскаго права, т. I, вып. I, стр. 141, ср. того же автора: Основы ученія о юрид. дѣлѣ, I. 1900), въ связи со своимъ ученіемъ, отождествляющимъ права и обязанности съ конкретными жизненными отношеніями; по его опредѣленію: «Юридическіе факты суть не что иное, какъ юридически существенные признаки, которые въ томъ или иномъ сочетаніи характеризуютъ тѣ или нѣкоторыя типичныя по своему хозяйственному или иному назначенію комбинаціи общественныхъ элементовъ».

ють такія или иныя юридическія послѣдствія, или какъ такіе юридическіе факты, которые вызываються сознательною волею чловѣка.

Это опредѣленіе покоится, между прочимъ, на психологическомъ недоразумѣніи, состоящемъ въ предположеніи, будто въ основѣ опредѣляемыхъ психически тѣлодвиженій и иныхъ (внутреннихъ) дѣйствій всегда имѣется воля. Какъ видно изъ изложеннаго во Введеніи и выше, стр. 3, дѣйствія обыкновенно вызываються непосредственно эмоціями (эмоціональ- ные, импульсивныя дѣйствія), и лишь въ извѣстныхъ слу- чаяхъ въ качествѣ средняго психического звена имѣется воля (волевые дѣйствія)¹⁾. Подъ юридическими событіями разумѣ- ють всѣ прочіе, влекущіе за собою какія-либо юридическія

¹⁾ Къ эмоціональнымъ дѣйствіямъ слѣдуетъ относить свободные элементъ эмоціональныхъ акцій, напр., схватываніе пищи подъ непо- средственнымъ дѣйствіемъ аппетита, нанесеніе смертельнаго или иного удара другому подъ непосредственнымъ дѣйствіемъ эмоціи гнѣва, ярости и т. п., въ отличіе отъ несвободныхъ, принудительныхъ элемен- товъ эмоціональныхъ акцій, напр., возбужденія слюнныхъ железъ при аппетитѣ, краски на лицѣ (прилива крови къ головѣ) отъ гнѣва, блѣд- ности (отлива крови къ ногамъ) отъ страха и т. п. (ср. Введеніе, § 13). Противопологать дѣйствіямъ въ области тѣлодвиженій слѣ- дуетъ принудительныя эмоціональныя акціи, рефлексы и спонтанныя тѣлодвиженія.

Вообще, ученія юристовъ (какъ, впрочемъ, и психологовъ) о дѣй- ствіяхъ заключаютъ въ себѣ обыкновенно не мало психологическихъ ошибокъ. Ср., напр., Гриммъ, лекціи по догмѣ римскаго права, § 38: «Итакъ, *дѣйствіе есть внѣшняя форма проявленія воли*. Какъ проявленіе воли, дѣйствіе есть актъ сознательный. Этимъ дѣйствіе отличается отъ безсознательныхъ (рефлекторныхъ и инстинктивныхъ) движеній. Воля, какъ сознательная дѣятельность, въ каждомъ данномъ случаѣ предполагаетъ: а) представленіе о конечной *цѣли*, которой лицо желаетъ достигнуть, б) представленіе о возможныхъ *средствахъ* достиженія ея и въ частности о томъ, на которомъ лицо остановилось, къ которому оно стремится, и с) представленіе о *дѣйствіяхъ*, пригодныхъ для даннаго случая, и въ частности о томъ дѣйствіи, которое лицо въ концѣ кон- цовъ избрало. Первое представленіе—о конечной цѣли, которое лицо себѣ намѣтило, породивъ желаніе достигнуть этой цѣли, служить *необу- дительнымъ мотивомъ* волевого акта»... и т. д. Со всеми этими поло- женіями и опредѣленіями нельзя согласиться (и послѣдовательное при- мѣненіе ихъ, напр., въ уголовномъ или гражданскомъ правѣ повело бы къ невозможнымъ послѣдствіямъ). Такъ, къ дѣйствіямъ относятся не только «внѣшнія формы проявленія воли» (а и внутреннія) и, какъ только что указано, не только проявленія воли. Нельзя также относить къ дѣйствіямъ только «сознательные акты», нельзя противопологать имъ какъ не-дѣйствія «инстинктивныя» движенія, нельзя для налично- сти дѣйствія требовать наличности трехъ перечисленныхъ видовъ представленій, нельзя сводить мотивы къ представленіямъ конечной цѣли и т. д. (ср. выше § 1 и Введеніе, §§ 10, 13, 19).

послѣдствія, факты, напр., смерть, рожденіе человѣка, истеченіе времени и т. п.

Юридическія дѣйствія дѣлятся на: 1) положительныя (дѣйствія въ тѣсномъ смыслѣ слова) и отрицательныя (воздержанія, упущенія); опускается изъ виду третья категорія: терцiи; 2) на дѣйствія сторонъ, лицъ участвующихъ въ правоотношеніи, и начальственные дѣйствія, напр., судебныя рѣшенія, административныя распоряженія¹⁾; 3) на дозволенныя дѣйствія и недозволенныя.

Подъ недозволенными, запрещенными дѣйствіями разумѣютъ такія дѣйствія или упущенія, которыя противны требованіямъ („вѣлнiямъ“) права и вѣлѣдствіе этого вызываютъ извѣстныя (для нарушителя невыгодныя) юридическія послѣдствія, напр., обязанность возмѣстить причиненный вредъ или потерпѣть наказаніе. Ихъ обыкновенно отождествляютъ съ правонарушеніями²⁾; но это неправильно, ибо многія правонарушенія, напр., нарушенія т. н. *leges imperfectae*, нормъ безъ санкцій, не влекутъ за собою никакихъ юридическихъ послѣдствій (ср. выше, стр. 275 и сл. прим.).

Въ качествѣ особенно важной категоріи дозволенныхъ дѣйствій выдѣляются и спеціально изучаются т. н. юридическія сдѣлки. Нѣкоторые юристы дѣлятъ юридическія дѣйствія вообще на: 1) юридическія сдѣлки, 2) правонарушенія (ср. выше) и 3) прочія юрид. дѣйствія³⁾. Юридическія сдѣлки, по господствующему опредѣленію, суть волеизъявленія (выраженія воли, *Willenserklärungen*), направленныя на установленіе, прекращеніе или измѣненіе правъ.

¹⁾ Ср. напр., Меркель, Юр. энци. § 28, Баронъ, Система (*Pandekten*), I § 47 и др. Подлежащее противопоставленіе не исполнѣ правильно, ибо „начальственные дѣйствія“ представляются тоже дѣйствіями сторонъ въ области соответственныхъ правоотношеній государственнаго права.

²⁾ Ср., напр., Меркель, Юр. энци. § 212, Баронъ § 71 и др.

³⁾ Ср., напр., Меркель § 209 и сл. Юристамъ, въ особенности цивилистамъ, слѣдовало бы недозволенными дѣйствіями, какъ дѣйствіями противъ права и во вредъ другихъ, противопоставлять, какъ особую категорію дѣйствій, дѣйствія въ пользу другихъ, поскольку они являются основаніемъ т. н. юридическихъ послѣдствій, въ частности права на возмѣщеніе затратъ (издержекъ, *impensae*, *pendant* къ обязанности возмѣщенія убытковъ въ области недозволенныхъ дѣйствій) или на награды (напр., на часть возвращенной находки, на пенсіи и инныя награды за непорочную службу и т. д., *pendant* къ наказаніямъ).

Сдѣлки дѣлятся на одностороннія и двустороннія, или договоры. Одностороннія сдѣлки опредѣляются, какъ такія, которыя представляютъ волеизъявленія одного лица, выраженія одной воли, напр., завѣщаніе, принятіе наслѣдства.

Двустороннія сдѣлки, или договоры, опредѣляются, какъ такія сдѣлки, которыя представляютъ согласное волеизъявленіе двухъ (или нѣсколькихъ) лицъ, предполагаютъ единеніе, совпаденіе двухъ (или нѣсколькихъ) волей; напр., договоръ найма, купли, займа.

Юридическія сдѣлки, главнымъ образомъ договоры, играютъ весьма важную роль въ правѣ, и о нихъ существуетъ огромная литература. Эта литература, впрочемъ, относится главнымъ образомъ или исключительно только къ одной изъ областей права, а именно къ гражданскому, частному праву, не касаясь т. н. публичнаго права, государственнаго и международнаго. И терминъ «юр. сдѣлка» означаетъ подлежащіе акты гражданского права, между тѣмъ какъ такіе же по существу акты имѣютъ мѣсто и играютъ важную роль и въ другихъ областяхъ права. Теоретики права упускаютъ это изъ виду и заимствуютъ подлежащія понятія, термины и положенія изъ существующей литературы, не соответствующей задачамъ и содержанию общей теории права. Этотъ недостатокъ нуждается въ исправленіи; въ частности, на ряду съ понятіемъ и терминомъ «сдѣлки», какъ спеціальнымъ понятіемъ и терминомъ гражданского права, слѣдуетъ ввести болѣе общее понятіе и общій терминъ, обнимающіе соответственные акты всѣхъ областей права. Подходящій терминъ для этого «юридическіе акты». Сдѣлки, съ точки зрѣнія этой терминологіи, являются однимъ изъ видовъ юридическихъ актовъ, а именно юридическими актами гражданского права.

Независимо отъ этого, существеннымъ порокомъ подлежащей литературы является то обстоятельство, что въ основѣ ея нѣтъ, необходимаго и въ этой области, знакомства съ природою правовой, императивно-атрибутивной, этической психики, а вмѣсто этого примѣняются негодные и несоответствующіе природѣ договоровъ и вообще юридическихъ актовъ суррогаты—понятія «воли», «единенія воли», «изъявленія воли» и т. д.

Уже выше было отмѣчено, что само явленіе договоровъ и иныхъ сдѣлокъ (юр. актовъ вообще), представляющихъ акты связыванія по отношенію къ другому, закрѣпленія долга за другимъ, или акты распоряженія существующими уже, закрѣпленными за даннымъ лицомъ, долгами другихъ, какъ своимъ добромъ, объясняется атрибутивною природою правовой психики и представляетъ характерную особенность права; въ области нравственности, чисто императивной этики, съ обязанностями свободными по отношенію къ другимъ, за ними не закрѣпленными, имъ не принадлежащими, невозможно и не существуетъ явленіе договорнаго установленія обязанностей и

распоряженія существующими обязанностями другихъ путемъ какихъ бы то ни было сдѣлокъ.

Что касается затѣмъ природы и состава договоровъ и одностороннихъ юридическихъ актовъ, то они состоятъ вовсе не въ волеизъявленіяхъ, въ совпаденіяхъ воли и т. д., какъ полагаетъ традиціонное ученіе, а въ своеобразныхъ переживаніяхъ правовой, императивно-атрибутивной психики и ихъ выраженіяхъ.

Въ различныхъ случаяхъ имѣютъ мѣсто и выражаются, изображаются символически и т. д., различные акты правовой психики (подлежащіе констатированію и изученію съ помощью интроспективного и соединеннаго метода). Что касается, прежде всего, природы договоровъ, создающихъ (въ представленіи сторонъ, вообще въ правовой психикѣ) обязанности—права между сторонами, то она, между прочимъ, наглядно изображается описанными выше (стр. 54 и сл.) символическими дѣйствіями. Одна сторона протягиваетъ другой сторонѣ руку или какой-либо другой предметъ, а другая сторона схватываетъ, и этимъ изображается закрѣпленіе долга одного за другимъ, установленіе обязанности по отношенію къ другому—права для другого. Здѣсь происходитъ и изображается вовсе не переживаніе воли, «совпаденіе», «единеніе» воли и т. п., а нѣчто другое. Воля есть чисто активный психическій процессъ, соединяющійся съ представленіемъ извѣстнаго будущаго дѣйствія субъекта воли и направленный на реализацію подлежащаго акціоннаго представленія въ будущемъ. Здѣсь же происходитъ (въ психикѣ сторонъ) и изображается настоящее связываніе одной стороны по отношенію къ другой, настоящее и окончательное закрѣпленіе долга одного за другимъ, т. е. происходятъ соответственные акты правовой психики съ соответственными проекціями и ихъ символическимъ изображеніемъ,—на сторонѣ пассива имѣется сознаніе правового, атрибутивнаго по отношенію къ другой сторонѣ, связыванія себя, на сторонѣ же актива сознаніе правового приобрѣтенія, закрѣпленія долга за собою; между прочимъ, въ виду существованія теоріи совпаденія, единенія воли (имѣющей у нѣкоторыхъ юристовъ особый мистическій характеръ образованія какой-то одной воли) слѣдуетъ подчеркнуть, что подлежащіе акты правовой психики имѣютъ различное, соответствующее различному положенію императивной и атрибутивной сторонъ, содержаніе у противостоящихъ другъ другу контрагентовъ, что и изображается путемъ совершенія соответственно различныхъ символическихъ дѣйствій. Такой же смыслъ, какъ упомянутыя символическія дѣйствія, имѣютъ словесныя или письменныя заявленія сторонъ при заключеніи договора. Онъ состоитъ въ томъ, что одна сторона обязуется, принимаетъ на себя обязательство (въ настоящемъ), что другой сторонѣ предоставляется право дѣлать то-то, требовать того-то и т. д. Поскольку иногда принимается будущее время, отъ имени обязующагося говорится, что онъ сдѣлаетъ то-то, не будетъ дѣлать того-то и т. п., то смыслъ этихъ заявленій состоитъ не въ выраженіи воли совершить соответственные

дѣйствія въ будущемъ, а въ выраженіи принятія на себя соотвѣтственнаго обязательства въ настоящемъ. Впрочемъ, въ связи съ договоромъ, до его заключенія, въ время заключенія или послѣ, можетъ также имѣть мѣсто и подлинное выраженіе воли, «твердой воли» и т. п. дѣйствительно и точно исполнить соотвѣтственную обязанность, совершить соотвѣтственное дѣйствіе и т. д. Но это для договора не требуется и къ нему не относится. Иногда при заключеніи договора предполагается или даже открыто выражается намѣреніе, въ случаѣ затрудненій или, просто, въ случаѣ нежеланія, не исполнять договора (что, между прочимъ, для другой стороны можетъ быть подчасъ болѣе выгоднымъ, чѣмъ исполненіе, вследствие права въ такомъ случаѣ на возмѣщеніе убытковъ, на неустойку и т. п.). И это несколько не умаляетъ юридической силы договора. Съ другой стороны, выраженіе воли сдѣлать что-либо въ будущемъ въ пользу собесѣдника, какъ таковое, не означаетъ принятія обязательства сдѣлать это и не имѣетъ юридическаго значенія. Разумѣется, само заключеніе договора можетъ быть продуктомъ предшествующаго волевого рѣшенія, воли заключить такой-то договоръ, принять на себя такое-то обязательство и т. д.; какъ и другія дѣйствія, оно можетъ быть также и бываетъ часто не волевымъ, а импульсивнымъ, непосредственно эмоціональнымъ дѣйствіемъ; но это тоже для договора неуместно и къ нему не относится. Равнымъ образомъ выраженіе воли заключить договоръ, принять на себя обязательство, т. е. совершить соотвѣтственныя дѣйствія въ будущемъ, отнюдь не означаетъ принятія на себя обязательства въ настоящемъ и не имѣетъ обязательственнаго значенія.

Такъ какъ, подобно съ атрибутивной природой права, обязанности, долги однихъ представляются принадлежащими другимъ, то послѣдніе, какъ хозяева, могутъ, поскольку нѣтъ особыхъ препятствующихъ основаній, распорядиться ими, какъ своимъ добромъ; отсюда возможность въ правѣ (въ отличіе отъ нравственности) разныхъ договоровъ (и одностороннихъ актовъ), состоящихъ въ распоряженіяхъ существующими долгами-правами, съ участіемъ обязанныхъ или безъ такового. Ихъ можно назвать правораспорядительными въ тѣсномъ смыслѣ, въ отличіе отъ создающихъ долги-права впервые, правосозидательныхъ.

Такъ, хозяинъ долга, управомоченный, можетъ (поскольку нѣтъ къ тому особыхъ препятствующихъ основаній) «отпустить долгъ» (*Schulderlass, remissio debiti*), простить долгъ, освободить должника. Наглядное изображеніе природы подлежащихъ, освободительныхъ, договоровъ представляютъ соотвѣтственныя символическія дѣйствія, состоящія въ возвращеніи обязанному со стороны хозяина долга документа или иного предмета, символически изображающаго долгъ, или въ иномъ изображеніи прекращенія держанія со стороны управомоченнаго (ср. выше, стр. 57). Между тѣмъ какъ въ области правосозидательныхъ договоровъ имѣется и изображается сознаніе созданія правовой связанности, закрѣпленія долга, здѣсь

имѣются и изображаются противоположные по содержанию акты правового сознанія, сознаніе правового освобожденія, прекращенія связанности, на одной сторонѣ, прекращенія активной принадлеж-ности долга, управомоченности на другой сторонѣ. И здѣсь, какъ и въ области правосозидательныхъ договоровъ, происходитъ не вы-раженіе воли относительно будущаго, а настоящее распоряженіе долгомъ-правомъ.

Отчасти природу правоустановительныхъ, отчасти природу осво-бодительныхъ имѣютъ договоры, посредствомъ которыхъ стороны производятъ такія или иныя измѣненія въ существующемъ между ними правоотношеніи, уменьшеніе долга (частичное освобожденіе), увеличеніе (добавленіе новаго обремененія), замѣну одного пред-мета долга другимъ (освобожденіе отъ прежняго съ замѣною но-вымъ).

Далѣе, хозяинъ долга другого, именно въ качествѣ хозяина, можетъ (поскольку нѣтъ особыхъ препятствующихъ основаній) усту-пить его третьему лицу. Символическое изображеніе—передача до-кумента или иного предмета, воплощающаго долгъ, третьему лицу. Подлежащіе договоры можно назвать передаточными. На биржѣ, напр., происходитъ торговля чужими обязательствами. Между про-чимъ, бумажныя деньги представляютъ символическія воплощенія обязательствъ казны уплатить соотвѣтственную сумму золотомъ, вообще цѣнною монетою, такъ что движеніе этихъ денегъ изъ рукъ въ руки означаетъ переходъ обладанія подлежащимъ долгомъ казны отъ однихъ лицъ къ другимъ.

Отчужденіе принадлежащей намъ вещи другому, уступка права собственности, а равно уступка другихъ абсолютныхъ правъ, напр., авторскихъ, другимъ заключаетъ въ себѣ тоже уступку закрѣплен-ныхъ за нами долговъ другихъ, а именно соотвѣтственныхъ дол-говъ «всѣхъ и каждаго» по отношенію къ намъ. Сверхъ того, отчуждающій право собственности или иное абсолютное право дру-гому обязуется по отношенію къ послѣднему къ тому же, къ чему обязанъ каждый третій, напр., впредь не посягать на переданную вещь, терпѣть пользованіе ею со стороны приобретателя и т. д.

Право собственности заключаетъ въ себѣ право на всевозмож-ные виды пользованія вещью, вообще множество разныхъ спеціаль-ныхъ и частныхъ правъ (т. е. собственнику въ соотвѣтственныхъ случаяхъ приписываются различныя соотвѣтственныя частныя право-мочія и правоприязанія), и то же относится къ разнымъ дру-гимъ правамъ, напр., правамъ господской и иной общей власти и т. д. Этому соотвѣтствуетъ явленіе предоставленія третьимъ ли-цамъ разныхъ частныхъ правомочій и правоприязаній со стороны обладателей болѣе обширныхъ правъ. Собственникъ можетъ надѣ-лять другихъ спеціальными правами пользованія; субъектъ общей господской или иной власти, хозяинъ общаго долга повинненія со стороны подвластнаго, можетъ надѣлять другихъ спеціальными пра-вами власти по отношенію къ подвластному, и проч.

И въ области разныхъ видовъ передаточныхъ договоровъ, какъ въ этомъ можно убѣдиться путемъ самонаблюденія и соединеннаго метода, происходитъ выраженіе не воли, а актовъ правосознанія, соответствующихъ характеру производимыхъ правозмѣненій, какъ чего-то настоящаго, совершаемаго субъектомъ.

То же относится къ одностороннимъ юридическимъ сдѣлкамъ и вообще одностороннимъ правораспорядительнымъ актамъ. Въ разныхъ областяхъ права для установленія правоотношенія, для закрѣпленія долга одного за другимъ, для освобожденія другого путемъ отказа отъ своего права и для другихъ видовъ распоряженія обязанностями-правами не требуется участіе двухъ сторонъ, договора, а достаточно соответственнаго распорядительнаго акта одной стороны, напр., заявленія ея, что она отказывается отъ такого-о права, и проч. Въ особенности для многихъ такихъ правораспорядительныхъ, которыя для юридической дѣйствительности между частными лицами (въ области частнаго права) требуютъ договора, въ отношеніяхъ между представителями государственной власти и подвластными достаточно односторонняго распоряженія представителями власти. Обложеніе гражданъ податями и разными иными обязанностями въ пользу казны, государства, общинъ, освобожденіе отъ платежа податей или иныхъ обязанностей, сложеніе недоимокъ, помилованіе, т. е. освобожденіе отъ долга претерпѣть наказаніе, и проч. и проч. — происходятъ путемъ одностороннихъ распоряженій компетентныхъ представителей государственной власти.

Независимо отъ указанныхъ частныхъ и специальныхъ изъясненій, господствующее ученіе о возникновеніи, измѣненіи и прекращеніи правоотношеній и о юридическихъ фактахъ нуждается въ реформѣ болѣе общаго и принципиальнаго характера.

То значеніе въ правѣ, которое по господствующему ученію имѣютъ юридическіе факты, это ученіе приписываетъ соответственнымъ объективнымъ событіямъ: явленіямъ природы, дѣйствіямъ людей, договорамъ и т. д., какъ таковымъ. Подлежащія объективныя событія вызываютъ или обуславливаютъ, по господствующему мнѣнію, разные измѣненія въ области правоотношеній, возникновеніе, прекращеніе, переходъ правъ отъ однихъ лицъ къ другимъ и т. д.

Но о такой роли этихъ фактовъ не можетъ быть рѣчи съ научно-психологической точки зрѣнія уже потому, что сами правоотношенія, права, обязанности представляютъ эмоциональныя фантазмы, проекціи, а не иѣчто объективно существующее. Можетъ быть рѣчь лишь о томъ, что подле-

жащіе факты вызываютъ соответствующія эмоциональныя фантазмы, проекціи, являются причиною или условіемъ приписыванія со стороны людей себѣ или представляемымъ другимъ существамъ обязанностей и правъ. Но событія ви́шняго міра, какъ таковыя, и такого эффекта вызывать не могутъ. Онъ можетъ вызываться и вызывается не подлежащими фактами, какъ таковыми, а соответственными представленіями, представленіями подлежащихъ событіи, какъ чего то совершившагося. Такъ и слѣдуетъ понимать и опредѣлять подлежащую причинную связь. Если въ психикѣ даннаго субъекта имѣется ассоціація общаго представленія противоправнаго причиненія другому убытковъ съ представленіемъ возмѣщенія потерпѣвшему убытковъ и соответственной императивно-атрибутивной эмоціей, то возникновеніе въ психикѣ этого субъекта (напр., вслѣдствіе сообщенія со стороны кого-либо) конкретнаго представленія (или сужденія) о противоправномъ причиненіи А со стороны В такихъ-то убытковъ, какъ о чемъ-то реальномъ, вызываетъ, по общему закону ассоціацій, соответственную императивно-атрибутивную эмоцію, представленіе о возмѣщеніи В убытковъ—вообще соответственное правовое переживаніе съ его проекціями, съ проекціей на В долга возмѣщенія, на А права на возмѣщеніе ему убытковъ; и это происходитъ по общимъ законамъ человѣческой психики и спеціальнымъ законамъ правовой психики и въ томъ случаѣ, если фактъ причиненія А убытковъ есть только мнимый фактъ, если въ дѣйствительности его не было. Съ другой стороны, если фактъ имѣлъ мѣсто, но данный субъектъ или вообще никто о немъ не знаетъ, то и нѣтъ и не можетъ быть переживанія соответственныхъ правовыхъ актовъ, сознанія, приписыванія А права на возмѣщеніе убытковъ и т. д. То же неизбѣжно относится ко всѣмъ другимъ юридическимъ фактамъ, въ томъ числѣ къ договорамъ и проч. Поэтому, напр., въ области сакральнаго права значеніе договоровъ съ божествами: основныхъ договоровъ, опредѣляющихъ на сотни и тысячи лѣтъ отношенія данныхъ народовъ къ ихъ божествамъ, строй ихъ государственной и иной жизни и т. д., и отдѣльныхъ частныхъ договоровъ, договоровъ отдѣльныхъ лицъ съ божествами объ извѣстныхъ услугахъ за извѣстныя приношенія, и проч.—отнюдь не за-

виситъ отъ того, дѣйствительно ли подлежащія божества принимали и принимаютъ участіе въ подлежащихъ договорахъ и т. д. Важны и имѣютъ рѣшающее значеніе въ правовой жизни не факты заключенія договоровъ, какъ таковые, а вѣра въ существованіе такихъ фактовъ, напр., въ то, что извѣстные результаты гаданія или исполненіе того, что желательно было достигнуть отъ божества путемъ договора, означаютъ, что божество вступило въ договоръ и имѣетъ право на исполненіе его, или въ то, что божество столько то сотенъ или тысячъ лѣтъ тому назадъ вело личные переговоры и заключило договоръ съ представителями народа, и т. д. И наввно было бы со стороны историка или теоретика права, не вѣрищаго въ участіе божествъ въ заключеніи договоровъ и иныхъ юридическихъ дѣлокъ, изъ-за этого отрицать подлежащее право, его существованіе, развитіе и т. д. Точно также принципиальнымъ недоразумѣніемъ слѣдуетъ признать господствующее ученіе о юридическихъ фактахъ и ихъ значеніи въ правовой жизни, поскольку оно имѣетъ въ виду подлежащія событія внѣшняго міра, вообще подлежащіе факты, какъ таковые, а не какъ существующіе въ представленіи, и этимъ фактамъ приписываетъ такъ или иначе понимаемое и опредѣляемое, во всякомъ случаѣ не существующее и невозможное, значеніе въ правовой жизни.

И здѣсь, какъ и въ другихъ областяхъ науки о правѣ, современная научная мысль и изслѣдованіе возвращаются не въ надлежащей сферѣ и должны быть для достиженія дѣйствительнаго познанія явленій и выясненія ихъ причинной связи переведены въ другую сферу, въ сферу психики переживающихъ правовыя явленія. Дѣло идетъ объ одномъ изъ интеллектуальныхъ элементовъ правовыхъ переживаній.

Сообразно съ этимъ и само понятіе юридическихъ фактовъ слѣдуетъ измѣнить или замѣнить другимъ въ томъ смыслѣ, чтъ подъ юридическими фактами слѣдуетъ разумѣть не внѣшнія, объективныя, а представляемыя событія—содержанія, предметы подлежащихъ представленій.

Въ области правоотношеній и ихъ анализа (съ сознательно проекціонной точки зрѣнія) юридическіе факты въ указанномъ смыслѣ выступаютъ въ двойной формѣ и играютъ двойную роль:

1. Они могут представляться, какъ возможные въ будущемъ, и играть роль условій соотвѣтственныхъ правоотношеній, правъ, обязанностей. При этомъ иногда подлежащее правосознаніе имѣетъ такой характеръ, что отъ подлежащаго представляемаго событія зависитъ само „существованіе“, „возникновеніе“ и т. д. подлежащаго долженствованія, права и проч. Иногда же оно имѣетъ такой характеръ, что уже теперь имѣется долженствованіе, право, но въ качествѣ условнаго долга, условнаго права. Напр., если А обязался В предоставить номеръ въ своей гостиницѣ въ случаѣ пріѣзда императора, то уже до исполненія этого условія создается существованіе обязательства-права въ качествѣ условнаго (между прочимъ, одно изъ доказательствъ проекціоннаго характера, отсутствія объективнаго существованія, правоотношеній, обязанностей, правъ; реальные предметы и явленія не могутъ быть условными).

2. Они могутъ представляться, какъ реально бывшіе или сущіе, и служить психологически исходными базисами для приписыванія, утвержденія и т. д. обязанностей и правъ (ср. выше стр. 17). Въ качествѣ таковыхъ ихъ можно назвать фактическими основаніями подлежащихъ правоотношеній, обязанностей, правъ. Представляемое реальнымъ причиненіе убытка является фактическимъ основаніемъ притязанія на возмѣщеніе убытковъ и т. д.

Въ области позитивнаго права проекція обязанностей и правъ имѣетъ еще дальнѣйшій исходный базисъ, дальнѣйшее основаніе: нормативные факты, представляемое законодательное распоряженіе, правовой обычай и т. д. Его можно назвать „позитивнымъ основаніемъ“ подлежащихъ, позитивныхъ, обязанностей, правъ, правоотношеній (ср. выше, стр. 339 и сл.). Напр., на основаніи такого-то закона (позитивное основаніе) А въ виду совершенія имъ такого-то дѣянія (фактическое основаніе) обязанъ по отношенію къ В къ тому-то, и т. д.

Интуитивныя правоотношенія, права, обязанности суть правоотношенія, существующія (приписываемыя) независимо отъ какихъ бы то ни было нормативныхъ фактовъ, позитивныхъ основаній.

Понятіе и ученіе о нормативныхъ фактахъ и позитивныхъ основаніяхъ правоотношеній, обязанностей, правъ въ установленномъ смыслѣ чуждо современному ученію о правоотношеніяхъ и правахъ. Но соотвѣтственное явленіе правовой психики отражается въ современной юриспруденціи въ той формѣ, что въ ней на ряду съ юридическими фактами въ качествѣ фактора, создающаго права, играетъ роль „объективный порядокъ“, „нормы объективнаго права“, „законъ“ и т. д. И это, какъ видно изъ предыдущаго, представляетъ недоразумѣніе. Дѣйствительное отношеніе между законами и т. д. и правоотношеніями, правами и обязанностями состоитъ въ томъ, что представленія подлежащихъ нормативныхъ фактовъ вызываютъ соотвѣтственные правовыя переживанія съ ихъ проекціями, приписываніемъ правъ и т. д.

При томъ господствующее мнѣніе исходитъ изъ того предположенія, что для „возникновенія“ всякаго права требуется наличность какъ соотвѣтственнаго постановленія закона или обычнаго права, такъ и соотвѣтственнаго юридическаго факта. Права являются продуктами взаимодѣйствія этихъ двухъ факторовъ и безъ наличности одного изъ нихъ не могутъ существовать. Поскольку дѣло касается постановленій закона и т. д., то предположеніе необходимости этого условія для наличности правъ связано съ позитивнымъ характеромъ того права, съ которымъ имѣетъ дѣло и которое единственно считаетъ правомъ современная юриспруденція. Что же касается предположенія необходимости юридическихъ фактовъ для всякаго права въ субъективномъ смыслѣ, то его слѣдуетъ признать ошибочнымъ и съ точки зрѣнія того права, съ которымъ имѣетъ дѣло современное правовѣдѣніе. Для существованія такихъ, напр., правъ, какъ права на то, чтобы насъ не подвергали истязаніямъ, распятію на крестѣ и т. п., вовсе не требуется особаго фактическаго основанія, особаго „порождающаго“ такое право юр. факта. Выше (стр. 333 и сл.) мы убѣдились въ существованіи, наряду съ условными, гипотетическими, безусловныхъ, категорическихъ нормъ права, въ томъ числѣ оффициально-позитивнаго права. Этому соотвѣтствуетъ существованіе (приписываніе) правъ, не предполагающихъ наличности какнхъ либо юр. фактовъ.

Въ современной наукѣ о нравственности не существуетъ ученія, соответствующаго ученію правовѣдѣнія о юр. фактахъ. Уже при опредѣленіи природы нравственности, выше стр. 75 и сл., было указано, что въ составъ нравственныхъ переживаній входятъ представленія фактическихъ обстоятельствъ, соответствующія представленіямъ юр. фактовъ въ области правовой психики. Сообразно съ этимъ были образованы понятія и термины морально релевантныхъ или моральныхъ фактовъ и ихъ представленій. Здѣсь остается добавить, что отношенію подлежащихъ представленій къ сознанию долженствованія и проекціи нравственныхъ обязанностей таково же, какъ отношенію представленій юридическихъ фактовъ къ правосознанію и проекціи правовыхъ обязанностей и правъ; и вообще изложенное выше о юридическихъ фактахъ относится съ подлежащими измѣненіями, вытекающими изъ чисто императивной природы нравственности, къ моральнымъ фактамъ. Равнымъ образомъ, въ области позитивной нравственности, на ряду съ морально-релевантными фактами, какъ фактическими основаніями нравственнаго долга имѣются нравственно нормативные факты, напр., изреченія Евангелія, какъ позитивныя основанія обязанностей.

§ 34.

Теорія элементовъ правовыхъ и нравственныхъ явленій.

Въ составъ ученій современнаго правовѣдѣнія о правѣ въ объективномъ и въ субъективномъ смыслѣ и ихъ элементахъ входятъ, кромѣ разсмотрѣнныхъ выше положеній и споровъ относительно природы подлежащихъ элементовъ и ихъ отношеній другъ къ другу, еще разныя ученія и спорные вопросы относительно возможности существованія однихъ элементовъ права безъ другихъ и о предшествованіи однихъ элементовъ другимъ ¹⁾.

¹⁾ Кромѣ того, теоретики права во многихъ областяхъ прижиливаютъ къ изложенію теоретическихъ положеній о правѣ вообще и его элементахъ изложеніе практическихъ началъ, содержанія предписаній современнаго права, не различая того и другого. Современная теорія права вообще страдаетъ смѣшеніемъ теоретической точки зрѣнія съ практически-догматическою и представляетъ смѣсь теоріи права съ догматикою. Настоящее сочиненіе стремится провести соответствующую границу и очистить теорію права отъ практически-догматической при-

Такъ, въ современномъ правовѣдѣніи имѣется и играетъ особенно большую роль въ наукѣ государственнаго права ученіе о существованіи объективнаго права безъ субъективнаго, о нормахъ права, не „порождающихъ“ никакихъ субъективныхъ правъ, не надѣляющихъ никого никакими правами. Съ другой стороны, говорится о законодательныхъ актахъ, распоряженіяхъ и т. п., устанавливающихъ непосредственно субъективныя права (напр. личныя привилегіи) безъ нормъ права. Часто высказывается мнѣніе, что въ исторіи развитіе субъективнаго права предшествуетъ развитію нормъ права, сообразно предшествованію частнаго и конкретнаго общему и абстрактному. Въ области ученія о правоотношеніяхъ встрѣчаются положенія о существованіи правоотношеній безъ обязанностей и правъ, о существованіи правовыхъ обязанностей безъ правъ и правъ безъ правовыхъ обязанностей и имѣется спорный вопросъ о томъ, что чему предшествуетъ: обязанности правамъ или права обязанностямъ. Объ ученіи о существованіи правъ и обязанностей безъ субъектовъ уже была рѣчь выше. Имѣется и ученіе о правахъ безъ объектовъ. Большинство этихъ и т. п. ученій и спорныхъ вопросовъ современнаго правовѣдѣнія были оставлены выше безъ разсмотрѣнія. Всѣ они покоятся на недоразумѣніяхъ относительно природы права и его элементовъ и надлежащаго метода изученія и отыскиванія подлежащихъ элементовъ, и устраняются сами собою въ случаѣ устраненія этихъ недостатковъ, какъ психологическихъ причинъ, ихъ вызывающихъ и поддерживающихъ. Нормы права и обязанности и права не суть какія-то самостоятельныя и отдѣльныя явленія, могущія существовать другъ безъ друга, предшествовать другъ другу въ исторіи и вообще имѣть самостоятельное существованіе. Это одновременныя отраженія, проекціи, реальныхъ правовыхъ переживаній, эмоціонально-интеллектуальныхъ процессовъ, того третьяго, котораго современная наука права не знаетъ и не изучаетъ, и знаніе котораго только и можетъ дать научно-реальное знаніе права вообще и его элементовъ. Равнымъ образомъ явныя недоразумѣнія представляютъ съ точки зрѣнія

мѣси безъ изложенія въ отдѣльныхъ случаяхъ содержанія примѣняемыхъ современными теоретиками чуждыхъ элементовъ и безъ соотвѣтственной полемики.

психологической теоріи права ученія о правоотношеніяхъ безъ обязанностей и правъ, о правовыхъ обязанностяхъ безъ правъ и т. д. и споръ о предшествованіи ихъ другъ другу. Ненахождение въ разныхъ случаяхъ правовыхъ нормъ или обязанностей соответственныхъ правъ, такъ же какъ и неудача поисковъ за субъектами для нѣкоторыхъ правъ и обязанностей связаны съ отсутствіемъ психологическаго пониманія и психологическаго метода изслѣдованія подлежащихъ явленій. Положеніе о существованіи правъ безъ объектовъ, тоже съ точки зрѣнія предыдущаго изложенія нѣчто невысказанное, связано съ неудачною постановкою современнаго ученія объ объектахъ. Между прочимъ, съ точки зрѣнія ученія, отождествляющаго объекты правъ съ предметами и явленіями внѣшняго міра, вещами, людьми и т. д., множество правъ должны, конечно, оказаться безъобъектными; но признаніе элементами права участковъ земли и т. п. представляетъ принципиальную несообразность.

Вмѣсто такихъ и т. п. ученій и спорныхъ вопросовъ, а равно и сложныхъ и замысловатыхъ проблемъ о самой природѣ разныхъ элементовъ права, получающихъ съ точки зрѣнія психологической теоріи права легкое и простое разрѣшеніе, главное содержаніе ученія объ элементахъ права должны въ будущемъ (съ дальнѣйшимъ развитіемъ психологическаго изученія права и освобожденіемъ теоріи отъ необходимости считаться съ теперешними ученіями, излагать ихъ, опровергать и т. д.) составлять изслѣдованія иного рода проблемъ.

Прежде всего, ученіе объ элементахъ правовыхъ явленій должно быть превращено изъ ученія о нормахъ права и правоотношеніяхъ, ошибочно принимаемыхъ теперь за реальные элементы реальныхъ правовыхъ явленій, въ ученіе объ эмоціональныхъ и интеллектуальныхъ элементахъ правовыхъ переживаній: о правовыхъ моторныхъ возбужденіяхъ и представленіяхъ: о субъектныхъ представленіяхъ, объектныхъ представленіяхъ и ихъ элементахъ, представленіяхъ подлежащихъ дѣйствій, доставленій, и полученій и ихъ модальностей: времени, мѣста, destinatаровъ и т. д., о представленіяхъ релевантныхъ фактовъ и нормативныхъ фактовъ. Что же касается нормъ права и правоотношеній, то ученіе о нихъ должно составлять особый отдѣлъ теоріи права въ качествѣ

ученія о правовыхъ фантазмахъ, проекціяхъ. Имѣя въ распоряженіи предварительно разработанное ученіе о реальныхъ элементахъ правовыхъ переживаній, не трудно затѣмъ въ ученіи о правовыхъ проекціяхъ, о нормахъ и правоотношеніяхъ, указать роль, которую здѣсь играютъ подлежащіе реальные элементы правовыхъ переживаній: правовыя эмоціи, сообразно своей императивно-аттрибутивной природѣ, отражаются въ проекціонной сферѣ въ той формѣ, что здѣсь представляется существованіе, съ одной стороны, высшихъ распоряженій, связывающихъ, обязывающихъ однихъ, авторитетно надѣляющихъ другихъ (императивно-аттрибутивныхъ нормъ), съ другой стороны, соответственныхъ состояній связанности, обязанности однихъ, надѣленности, управомоченности другихъ, долга одной стороны, закрѣпленнаго за другою, какъ ея актива (правоотношеній); что касается субъектныхъ представлений, то роль ихъ въ области проекцій состоитъ въ томъ, что здѣсь ихъ содержанія, подлежащая представляемая существа, фигурируютъ: въ нормахъ, какъ адресаты правовыхъ императивовъ и атрибутивовъ, въ правоотношеніяхъ, какъ обязанные, субъекты обязанностей, и надѣленные, субъекты правъ; точно также объективныя представленія отражаются въ проекціонной сферѣ въ той формѣ, что соответственныя представляемыя доставленія и полученія съ ихъ модальностями въ нормахъ являются предметами подлежащихъ высшихъ требованій и надѣленій, въ правоотношеніяхъ объектами подлежащихъ обязанностей и правъ, и т. д. Между нормами и правоотношеніями и представляемыми элементами тѣхъ и другихъ имѣется полное соответствіе, полный параллелизмъ, и соответственные два параллельныхъ ряда являются проекціоннымъ отраженіемъ третьяго ряда, ряда реальныхъ элементовъ реальныхъ правовыхъ переживаній, соответственныхъ эмоцій и представлений.

Между прочимъ, какъ видно изъ предыдущаго изложенія, современная наука о правѣ, не зная и не изучая реальныхъ правовыхъ явленій и ихъ эмоціонально-интеллектуальнаго состава и принимая за реальное проекціонныя фантазмы и ихъ элементы, вмѣстѣ съ тѣмъ такъ конструируетъ эти фантазмы: нормы и правоотношенія и ихъ элементы, что между природою и элементами нормъ, съ одной стороны, природою и

элементами правоотношений, съ другой стороны, не получается того параллелизма, того соответствія, которое здѣсь имѣется съ точки зрѣнія психологической теоріи права; въ соответственныхъ двухъ ученіяхъ: 1) о нормахъ и ихъ элементахъ и 2) о правоотношеніяхъ и ихъ элементахъ рѣчь идетъ о различномъ и другъ другу не соответствующемъ; главными причинами этого диссонанса являются неправильное пониманіе нормъ, какъ вѣднѣй, неразвитость ученія объ элементахъ нормъ (отсутствіе здѣсь различенія въ диспозиціяхъ разныхъ элементовъ: адресатовъ, объектовъ и т. д.) и отсутствіе надлежащаго ученія объ объектахъ обязанностей и правъ. Въ случаѣ устраненія этихъ и другихъ недостатковъ, ученія объ „объективномъ правѣ“ (нормахъ) и его элементахъ и ученія о „субъективномъ правѣ“ (правоотношеніяхъ) и его элементахъ оказались бы настолько соответствующими другъ другу, параллельными по содержанию, что дѣло сводилось бы, въ случаѣ сохраненія подлежащихъ двухъ ученій въ теперешней постановкѣ (хотя и съ исправленнымъ содержаніемъ) въ значительной степени къ повторенію дважды одного и того же. Созданіе же и добавленіе реально-психологическаго ученія о правовыхъ явленіяхъ и ихъ эмоціональныхъ и интеллектуальныхъ элементахъ повело бы, если не произвести указанной выше реформы системы науки, къ повторенію трижды одного и того же.

Затѣмъ, содержаніе подлежащаго, реально - психологическаго, ученія объ элементахъ правовыхъ явленій должно быть расширено и обогащено созданіемъ и обстоятельнымъ развитіемъ теорій подлежащихъ элементовъ въ смыслѣ изученія законовъ, тенденцій, дѣйствующихъ въ подлежащихъ областяхъ явленій и объясняющихъ, освѣщающихъ послѣднія. Такъ, напр., ученіе объ объектныхъ представленіяхъ не должно ограничиваться установленіемъ подлежащихъ категорій представленій: трехъ видовъ доставленій-полученій, модальныхъ представленій, времени, мѣста и т. д.; оно должно еще заключать въ себѣ, исходяція изъ специфической, атрибутивной природы права и связанныхъ съ нею общихъ характерныхъ свойствъ и тенденцій права, ученія о характерныхъ особенностяхъ подлежащихъ, главныхъ и дополнительныхъ, объектныхъ представленій, объ отличіяхъ между ними и со-

отвѣтственными представленіями въ области нравственности, о соотвѣтственныхъ тенденціяхъ историческаго развитія и т. д. Напр., независимо отъ особенности правовыхъ объектныхъ представленій, непосредственно связанной съ атрибутивной природой права и состоящей въ томъ, что они имѣютъ парный характеръ, въ отличіе отъ нравственныхъ объектныхъ представленій, здѣсь можно установить рядъ другихъ характерныхъ особенностей и тенденцій, чуждыхъ нравственности. Уже то обстоятельство, что въ правѣ требуемое отъ одного требуется непременно для доставленія другому, должно т. е. ск. дойти до другого, между тѣмъ какъ въ области нравственности требуемое отъ субъекта требуется какъ таковое, а не какъ закрѣпленное за другимъ и долженствующее ему быть доставленнымъ, — должно вести къ такому бессознательно-удачному социально-психическому приспособленію, что въ общемъ въ правѣ долженъ быть иной подборъ объектовъ обязанностей (иная тенденція подбора), нежели въ нравственности; что въ правѣ должно имѣть мѣсто исключеніе того, что негодно или мало годно для доставленія другимъ или что не доходить до другой стороны (и эта тенденція, на ряду съ другими, дѣйствуетъ въ пользу подбора главнымъ образомъ внѣшнихъ поступковъ въ правѣ, какъ объектовъ обязанностей), и т. д. И это особая важная и интересная тема для научныхъ изслѣдованій. Затѣмъ, общая унификаціонная тенденція права, связанная съ ея императивно-атрибутивной и конфликтною природою, должна проявляться въ области образованія и подбора объектныхъ представленій въ формѣ тенденции точной опредѣленности. Отсюда легко предвидѣть а priori и открыть фактически богатое развитіе въ правѣ дополнительныхъ, модальныхъ представленій, точнѣе опредѣляющихъ, фиксирующихъ въ частности то, что требуется отъ обязаннаго, и относительно скудное развитіе и малое значеніе этихъ представленій въ нравственности. Съ той же точки зрѣнія легко дедуктивно предвидѣть, что, на ряду съ обильнымъ развитіемъ, модальныя представленія въ правѣ должны проявлять тенденцію быть въ отдѣльности точно опредѣленными, по возможности даже математически точно. Въ разныхъ категоріяхъ модальныхъ представленій, напр., представленіяхъ времени, вещныхъ представленіяхъ, эта тенденція

должна проявляться въ соответствіи различныхъ формахъ, и это подлежитъ спеціальному изученію; подлежація изслѣдованія и ихъ результаты, напр., объясненіе съ этой точки зрѣнія своеобразныхъ правилъ права объ опредѣленіи времени, о томъ, съ какого дня и какъ считаются сроки и т. п., проливали бы цѣнный свѣтъ въ своихъ областяхъ и способствовали бы сознательному отношенію къ праву. Сообразно особенно большой опасности всякой неопредѣленности на низшихъ ступеняхъ культуры и уменьшенію опасности и злостности подлежащихъ конфликтовъ по мѣрѣ цивилизаціи характера человѣка, можно дедуктивно установить и прослѣдить на фактахъ, что въ области установленныхъ изслѣдованіями предыдущаго типа тенденцій существуютъ историческія законы измѣненія дѣйствія этихъ тенденцій въ смыслѣ ослабленія его рѣзкости; это опять въ области разныхъ модальностей проявляется въ различной формѣ и требуетъ соответственныхъ спеціальныхъ историко-теоретическихъ изслѣдованій и т. д. Въ области представленій релевантныхъ фактовъ, на ряду съ тою характерною особенностью права, непосредственно связанною съ его императивно-атрибутивной природою, что здѣсь въ качествѣ релевантныхъ фактовъ имѣются и играютъ огромную роль договоры и иные акты распоряженія обязанностями-правами, имѣются точно также еще разныя другія характерныя особенности и специфическія тенденціи, находящіяся въ непосредственной или посредственной связи съ атрибутивной природою права. Эти тенденціи въ области разныхъ категорій представленій релевантныхъ фактовъ, напр., договоровъ, преступленій и т. д., проявляются въ различныхъ, требующихъ спеціальнаго изученія, формахъ; и онѣ, въ свою очередь, на разныхъ ступеняхъ культуры дѣйствуютъ съ различною степенью интенсивности и въ различной формѣ, такъ что и здѣсь требуется изслѣдованіе и соответственныхъ историческихъ законовъ. Напр., частное проявленіе унификаціонной тенденціи права—тенденція подбора легко поддающихся контролю и доказательству юр. фактовъ и тенденція снабженія ихъ особыми аксессуаріями для большей доказательности и безспорности—проявляется въ области договоровъ и иныхъ юридическихъ актовъ на низшихъ ступеняхъ развитія съ большою рѣзкостью, чѣмъ на высшихъ;

право низшихъ ступеней культуры стремится снабдить договоры множествомъ свидѣтелей и иныхъ формальностей, способствующихъ достиженію несомнѣнности и безспорности; въ области самихъ договоровъ и ихъ содержанія единственно релевантными признаются произнесенныя слова и произведенные знаки; дѣйствительное же мнѣніе, подлинная мысль контрагентовъ и т. д. отступаютъ на задній планъ и игнорируются, какъ нѣчто, труднѣе поддающееся контролю и доказательству; съ прогрессомъ культуры содержаніе договорнаго права въ обоихъ указанныхъ (и разныхъ другихъ въ томъ же направленіи) отношеніяхъ постепенно измѣняется, все болѣе полагаясь т. ск. на честность и миролюбіе людей. Аналогичныя теоретическія и историко-теоретическія положенія можно установить въ области правонарушеній, какъ релевантныхъ фактовъ, въ области уголовного и иныхъ отдѣловъ права, касающихся правонарушеній, и т. д. Въ области представленій нормативныхъ фактовъ, независимо отъ той особенности права, связанной съ его атрибутивной природой, что здѣсь имѣется особенно богатое развитіе и большое значеніе этихъ элементовъ (позитиваціонная тенденція, ср. ниже), тоже дѣйствуетъ тенденція точной опредѣленности и доказательности соответственныхъ фактовъ, тенденція строгаго разграниченія сферъ рѣшающаго значенія разныхъ категорій этихъ фактовъ (разныхъ видовъ позитивнаго права), какъ-вья тенденціи чужды нравственности, и т. д.

Изложенное выше о надлежащей съ точки зрѣнія задачъ теоретической науки постановкѣ ученія объ элементахъ права относится съ соответственными измѣненіями и къ теоріи нравственныхъ явленій. И здѣсь слѣдуетъ исходить не изъ проекцій: нормъ и обязанностей, а изъ реальныхъ элементовъ нравственныхъ переживаній: императивныхъ эмоцій и представленій: субъектныхъ, объектныхъ, моральныхъ фактовъ и нормативныхъ фактовъ, и, не довольствуясь установленіемъ соответственныхъ понятій и категорій, развивать соответственные теоріи, изслѣдовать соответственные законы историческаго развитія и т. д. ¹⁾.

¹⁾ Такимъ образомъ то, что изложено было выше объ элементахъ правовыхъ и нравственныхъ явленій, въ связи съ установленіемъ природы права и нравственности и, затѣмъ, въ связи съ критикою тепе-

Разумѣется, правильная постановка и успѣшное развитіе ученій объ элементахъ нравственныхъ и правовыхъ явленій въ указанныхъ направленіяхъ предполагаетъ отнесеніе этихъ ученій къ надлежащимъ, адекватнымъ классамъ явленій, т. е. соотвѣтственную классификацію этическихъ явленій, соотвѣтственно образованные классы и классовыя понятія права и правственности. Съ другой стороны, ученіе объ элементахъ правовыхъ и нравственныхъ явленій является провѣркою правильности и плодотворности соотвѣтственной классификаціи.

Существующее ученіе объ элементахъ права отличается, кромѣ другихъ недостатковъ, еще тѣмъ, съ научно-теоретической точки зрѣнія кореннымъ и принципиальнымъ, порокомъ, что подлежащія положенія относятся не къ надлежащему классу, имѣютъ ложный адресъ. Несмотря на всю неполноту и иные недостатки отраженія дѣйствительной природы и дѣйствительнаго состава права въ традиціонномъ ученіи объ его элементахъ, все-таки изъ содержанія этого ученія видно, что адекватнымъ классомъ для него является отнюдь не то, къ чему его фактически относитъ современная юриспруденція, т. е. право въ юридическомъ смыслѣ, а право въ смыслѣ императивно-аттрибутивной вѣтви человѣческой этики,—несомнѣнно болѣе обширный классъ. Это ученіе говоритъ не объ одностороннихъ обязанностяхъ и обязаныхъ, какъ ученія моралистовъ, а о правоотношеніяхъ, о противостояннн обязанностямъ правъ, обязаннымъ управомоченныхъ, объ объектахъ правъ, о договорахъ и иныхъ распоряженіяхъ обязанностями-правами и т. д. Но подлежащія, отражающіяся въ этомъ исторически выработавшемся ученіи, особенности права суть особенности всей императивно-аттрибутивной этики, а не той частицы ея, которая содержится въ эклектической группѣ „права“ въ смыслѣ словопотребленія юристовъ. И въ области позитивнаго права, не пользующагося официальнымъ значеніемъ, а равно въ области интуитивнаго права обязанностямъ соотвѣтствуютъ притяза-

решеннаго ученія о правѣ въ объективномъ и въ субъективномъ смыслѣ и ихъ элементахъ, представляетъ лишь только нѣкоторые элементы и скромныя зачатки того, что требуется и желательно достигнуть въ этой области для наукъ о правѣ и о нравственности.

нія, имѣются два субъекта и т. д. Представляютъ ли договоры единенія воли, какъ полагаетъ господствующее ученіе, или ихъ психологія иная, какъ мы старались показать выше, во всякомъ случаѣ подлежащія явленія свойственны всей области императивно-аттрибутивной этики, а не тому только, что юристы называютъ правомъ; договоры заключаются и болѣе или менѣе добросовѣстно исполняются и въ разбойничьихъ шайкахъ относительно дѣлежа добычи и проч. Слѣдуетъ ли считать объектомъ права собственности вещь, какъ полагаетъ господствующее мнѣніе, или (представляемое) пользованіе по усмотрѣнію вещь, свободу отъ постороннихъ вмѣшательствъ и т. д., какъ это соотвѣтствуетъ изложенному выше ученію объ объектахъ, во всякомъ случаѣ то, что правильно относительно объектовъ права собственности, относится отнюдь не спеціально къ собственности официальнаго позитивнаго права, а и къ собственности официально не признаваемого позитивнаго права, а равно къ собственности интуитивнаго права, напр., къ праву собственности на перушки между дѣтьми, къ праву собственности, приписываемому честнымъ продавцомъ, получившимъ плату и передавшимъ владѣніе, и другимъ покупщику, хотя за отсутствіемъ соблюденія нѣкоторыхъ формальностей, по официальному праву, собственникомъ признается все еще продавецъ и проч. и проч. Такимъ образомъ, всѣ соотвѣтственныя теоретическія положенія и проблемы теперешняго правовѣдѣнія, поскольку оно относитъ ихъ спеціально къ праву въ юридическомъ смыслѣ, т. е. лишь къ незначительной частицѣ того обширнаго класса явленій, къ которому онѣ въ дѣйствительности относятся, которому онѣ адекватны,—представляютъ уродливыя съ научно-теоретической точки зрѣнія явленія, страдающія хромотою. И только прочно укоренившеюся традиціей и привычкою можно объяснить психологически то явленіе, что современные юристы этой, во множествѣ областей явной и поразительной, хромоты не замѣчаютъ и не подозреваютъ.

Нѣкоторыя изъ существующихъ ученій о такихъ или иныхъ элементахъ права, напр., ученіе Теринга о правахъ, какъ защищенныхъ некими интересахъ, свободны отъ порока хромоты, будучи спеціально приурочены (хотя и здѣсь

неудачно) къ внутренне-государственному официальному праву; но зато они, какъ это вытекаетъ изъ самой природы права въ юридическомъ смыслѣ, будучи отнесены къ этому праву, неизбежно страдаютъ порокомъ прыганія; въ международномъ правѣ о правахъ, какъ интересахъ, защищенныхъ искомъ, говорить не приходится.

Еще яснѣе и нагляднѣе обнаруживается несоотвѣтствіе ученія объ элементахъ права праву въ юридическомъ смыслѣ и адекватность этого ученія праву въ широкомъ смыслѣ императивно-атрибутивныхъ явленій человѣческой психики послѣ дополненія пробѣловъ тепершняго ученія (въ частности проведенія разложенія на элементы и въ области нормъ) и исправленія его недостатковъ. Равнымъ образомъ проведенію соотвѣтственного анализа въ области нравственности подтверждаетъ, съ своей стороны, правильность установленнаго класса и понятія нравственности и произведенной классификаціи этическихъ явленій вообще.

Развитіе же, сверхъ того, теоретическихъ и историко-теоретическихъ ученій о законахъ-тенденціяхъ, проявляющихся въ области отдѣльныхъ элементовъ права и нравственности, должно послужить дальнѣйшимъ свидѣтельствомъ цѣнности и плодотворности этой классификаціи въ дѣлѣ добыванія научнаго свѣта.

ГЛАВА V.

О видахъ и разновидностяхъ права.

§ 35.

Дѣленіе права на интуитивное и позитивное.

Для ознакомленія съ общимъ родомъ явленій важна ориентировка относительно его видовъ, подъ-классовъ. Важнѣйшими съ теоретической точки зрѣнія дѣленіями права на виды представляются предложенныя выше на почвѣ образованнаго раньше психологическаго понятія права, какъ императивно-атттрибутивныхъ переживаній, дѣленія: 1) на интуитивное и позитивное и 2) на официальное и неофициальное право.

Дѣленіе права на интуитивное и позитивное и соответственныя видовыя понятія тѣснѣйшимъ образомъ связаны съ установленнымъ выше широкимъ родовымъ понятіемъ права, обнимающимъ собою несоизмѣримо больше, чѣмъ право въ смыслѣ юридическаго словоупотребленія, въ частности включающимъ въ себѣ и тѣ императивно-атттрибутивныя переживанія, которыя чужды представленій какихъ бы то ни было авторитетно-нормативныхъ фактовъ: законовъ, обычаевъ и т. д. и независимы отъ нихъ. Современному правовѣдѣнію это дѣленіе и соответственныя видовыя понятія чужды, и для научнаго образованія ихъ въ современной наукѣ права нѣтъ необходимыхъ предпосылокъ и логическаго основанія; это слѣдуетъ, независимо отъ разныхъ другихъ обстоятельствъ (отсутствія соответственнаго общаго родового понятія, отсутствія изученія и знанія психологическаго состава, въ частности интеллектуальныхъ элементовъ правовыхъ явленій), уже изъ того, что, находясь въ зависимости отъ юридическаго слово-

употребленія и соотвѣтственнаго узкаго смысла слова „право“ и не предполагая возможности иной, научно-свободной, классификаціи явленій, современная наука права и въ случаѣ означенія съ тѣми явленіями, которыя мы назвали интуитивнымъ правомъ, не могла бы признать ихъ правомъ.

Въ частности, нѣтъ въ современномъ правовѣдѣніи научной почвы и логическаго основанія и для образованія понятія „позитивное право“, какъ научнаго понятія, имѣющаго научное содержаніе и научный смыслъ; ибо это предполагало бы обладаніе болѣе общимъ, родовымъ понятіемъ права просто и дѣленіемъ этого права на два вида, на позитивное и иное, не-позитивное, чего въ современномъ правовѣдѣніи не имѣется.

Тѣмъ не менѣе *выраженіе* „позитивное право“ не чуждо современной юриспруденціи и даже часто примѣняется въ литературѣ въ разныхъ контекстахъ, какъ если бы существовали соотвѣтственные родовыя и видовыя понятія. Это объясняется особыми историческими причинами. Дѣло въ томъ, что философы и юристы древности, среднихъ вѣковъ и новаго времени, до появленія и распространенія ученія т. н. исторической школы правовѣдѣнія въ началѣ XIX столѣтія, вѣрили въ существованіе, на ряду съ различнымъ по содержанію у разныхъ народовъ и исторически измѣняемымъ, нерѣдко неразумнымъ и несправедливымъ, зависящимъ отъ случая и произвола, правомъ законодательнаго и обычнаго происхожденія, еще иного права, вѣчнаго и неизмѣннаго, одинаковаго для всѣхъ народовъ и временъ, разумнаго, справедливаго по природѣ своей. Древніе философы и юристы полагали, что право это установлено самою Природою (которая нѣкоторыми философскими ученіями олицетворялась, надѣлялась божественнымъ разумомъ и т. д.); отсюда названіе право природы, природное, естественное право (*ius naturale*), каковое названіе сохранилось и впоследствии, хотя философы и юристы послѣдующихъ эпохъ принимали установленіе этого права Богу (средніе вѣка) или разнымъ метафизическимъ существамъ и силамъ (Разуму, Объективной Волѣ и т. п.) или выводили его изъ человѣческой природы, изъ природы вещей и отношеній и т. п. Исторически измѣнчивое, несовершенное, установленное людьми право получило названіе позитивнаго права

(*ius positivum*). Особенное развитие и процвѣтаніе получило ученіе объ естественномъ правѣ въ 17-мъ и 18-мъ столѣтіяхъ. На ряду съ позитивно-догматическою юриспруденціею въ это время развилась и разрабатывалась, главнымъ образомъ философами и въ связи съ философіею, особая наука, посвященная разработкѣ началъ естественнаго права подъ именемъ „философій права“ или „естественнаго права“ (т. н. школа естественнаго права); писались обширные трактаты, иногда даже сочинялись особые кодексы естественнаго права. Рѣшительный ударъ этому ученію былъ нанесенъ въ началѣ XIX ст. историческою школою съ Савиньи и Пухтою, какъ главными корифеями, во главѣ, отрицавшею существованіе естественнаго вѣчнаго и неизмѣннаго, годнаго для всѣхъ временъ и народовъ, права, а равно произвольность и случайность происхожденія положительнаго права и учившею, что это право есть продуктъ и проявленіе народнаго, національнаго духа, такъ же какъ языкъ, нравы и т. д., постепенно и незамѣтно развивающійся и независимый отъ чьего бы то ни было произвола. Ученіе исторической школы быстро получило общее признаніе и вытѣснило ученіе школы естественнаго права; и съ этого времени вѣра въ существованіе иного права, кромѣ положительнаго, считается слѣпнымъ въ архивѣ исторіи заблужденіемъ, и задачею науки права признается (или признавалось до конца XIX столѣтія, см. ниже) исключительно изученіе и разработка позитивнаго права.

Хотя такимъ образомъ новое, „историческое“, правовѣдѣніе не признаетъ иного права, кромѣ того, которое прежде считалось лишь однимъ изъ видовъ права и въ виду этого получило видовое имя „позитивное право“, въ отличіе отъ другого вида „естественнаго права“, тѣмъ не менѣе выраженіе „позитивное право“ примѣняется въ силу исторической традиціи и теперь; при чемъ слово „позитивное“ представляетъ лишнюю добавку къ слову „право“ (позитивное право = право) или, въ нѣкоторыхъ контекстахъ, означаетъ противопоставленіе не одного вида права другому, а новаго ученія прежнему, признававшему существованіе естественнаго права. Сообразно съ этимъ, по поводу слова „позитивное“ въ примѣненіи къ праву, перѣдко прибавляются поясненія въ томъ смыслѣ, что оно означаетъ дѣйствительно и единственно

существующее право, или имѣющее реальное существованіе и обязательное значеніе, исторически возникшее и измѣняющееся право и т. п. ¹⁾).

Впрочемъ, въ вѣкоторой части новѣйшей литературы (послѣдняго десятилѣтія XIX и начала XX ст.) появилось вновь признаніе естественнаго права, казавшагося окончательно и рѣшительно устраненнымъ изъ сферы научной мысли, и даже идетъ рѣчь о „возрожденіи естественнаго права“. Авторъ этого сочиненія пытался путемъ ряда специальныхъ изслѣдованій и основанныхъ на нихъ общихъ соображеній возбудить и обосновать мысль о возможности и необходимости созданія, на почвѣ психологическаго изученія права и его мотиваціоннаго и культурно-воспитательнаго дѣйствія, особой науки—политики права, въ частности—въ области гражданскаго, цивильнаго права—цивильной политики, посвященной, въ отличіе отъ существующей юриспруденціи, занимающейся историческимъ изученіемъ и практическо-догматическою разработкою дѣйствующаго права, разработкѣ началъ желательнаго, раціональнаго права и законодательства ²⁾). При этомъ авторъ указалъ на то, что прежняя т. н. школа естественнаго права исполняла въ извѣстной степени функціи политики права (указывая пути для прогресса и совершенствованія права) и что „въ этомъ смыслѣ въ возникновеніи цивильной политики мы можемъ усматривать возрожденіе

¹⁾ Ср., напр., Bierling, Jurist. Princ. I, стр. 3 и сл.: «Это основное предположеніе нашего изложенія» (авторъ имѣетъ въ виду выставляемый имъ въ видѣ предположенія тезисъ, что право, несмотря на разнообразіе и измѣчивость, обладаетъ и нѣкоторыми общими чертами, что въ немъ не все индивидуально различно, а есть и нѣчто общее) «отнюдь не означать отрицанія того, что всякое право въ юридическомъ смыслѣ имѣетъ дѣйствительное существованіе только какъ позитивное, т. е. дѣйствующее въ пзвѣстномъ мѣстѣ въ извѣстное время, ограниченное опредѣленнымъ кругомъ субъектовъ, и поэтому всегда только какъ индивидуально опредѣленное право; напротивъ, въ этомъ отношеніи мы вполне согласны съ господствующимъ теперь мнѣніемъ»; E. Hölder, Natürliche und Juristische Personen. 1905. Предисловіе, стр. VI: «Конечно, не существуетъ никакого естественнаго права, а существуетъ только позитивное, исторически возникшее и измѣняющееся право»; Schütze въ Grünhut's Zeitschr. VI, стр. 5: «Позитивнымъ правомъ мы называемъ такое, которое положено, переведено въ дѣйствительность (in die Wirklichkeit gesetzt), т. е. осуществившееся, сдѣлавшееся дѣйствительностью въ прошломъ времени или въ настоящемъ» и т. п.

²⁾ Въ соч.: Fruchtvertheilung, 1902, Lehre v. Einkommen, I, 1903, II, 1905, и др.

естественнаго права“¹⁾). Аргументація въ пользу „возрожденія естественнаго права“ въ этомъ смыслѣ, подкрѣпленная спеціальными правно-политическими изслѣдованіями для иллюстраціи соотвѣтственнаго метода и плодотворности его примѣненія, поколебала, повидимому, прежде аксіоматическую, вѣру въ то, что задачей науки права является только изученіе и разработка „позитивнаго“ права; и идея политики права, первоначально встрѣченная скептически, какъ „возвращеніе къ заблужденіямъ естественнаго права“, стала постепенно пріобрѣтать сторонниковъ въ сферѣ правовѣдѣнія²⁾).

При этомъ нѣкоторые стали называть соотвѣтственныя, подлежащія научному созданію, обоснованію и разработкѣ, положенія раціональнаго, желательнаго, „правильнаго“ права „естественнымъ правомъ“. Такимъ образомъ, повидимому, опять получается признаніе двухъ видовъ права, положительнаго и естественнаго. Но съ этимъ, т. е. съ такимъ понятіемъ „естественнаго права“ и противопоставленіемъ его положительному праву, нельзя согласиться. Выработываемая наукою или къмъ бы то ни было идеи относительно желательнаго, раціональнаго права и соотвѣтственныя законодательно-политическія предложенія и требованія представляютъ не право, а только проекты правовыхъ постановленій, представленія соотвѣтственныхъ правилъ, какъ желательныхъ, раціональныхъ, правильныхъ и т. д. Равнымъ образомъ и предметы такихъ представленій, представляемые въ качествѣ раціональныхъ, разумныхъ и т. д. правила права нельзя

¹⁾ Lehre v. Einkommen II, S. 579: «In diesem Sinne können wir in der Entstehung der Civilpolitik eine Wiedergeburt des Naturrechts erblicken». Руководящую роль въ области общихъ вопросовъ и направленій правовѣдѣнія играли тогда и играютъ до сихъ поръ представители науки гражданскаго (прежде главнымъ образомъ римскаго) права; поэтому авторъ, для того, чтобы поколебать существовавшіе предразсудки и сдѣлать возможнымъ принятіе идеи политики права со стороны правовѣдѣнія, обращался спеціально къ представителямъ этой науки и обосновывалъ главнымъ образомъ возможность и желательность созданія науки политики гражданскаго права.

²⁾ Прежде всего, съ 1894 г. въ нѣмецкой литературѣ (Ofner, Oertmann, Zitelmann, Stammler и др.), а затѣмъ и въ другихъ, въ особенности въ русской и французской, ср. брошюру В. М. Гессена «Возрожденіе естественнаго права», 1902, ст. П. И. Новгородцева, «Нравственный идеализмъ въ философіи права» въ «Проблемахъ идеализма» 1903, ср. сочиненіе того же автора: «Историческая школа юристовъ», 1896 г.; Lambert, Etudes de droit commun législatif, I, 1903, и др.

возводить въ особый видъ права подъ именемъ естественнаго или т. п., ибо это противно началамъ классификаціи, правиламъ образованія классовыхъ понятій. Классовыя понятія обнимаютъ и должны обнимать не сумму соответственныхъ существующихъ въ дѣйствительности предметовъ и явленій, а всѣ мыслимыя, въ томъ числѣ возможные въ будущемъ, желательныя и т. п. предметы или явленія, разъ они обладаютъ или мыслятся, какъ обладающіе подлежащими классовыми признаками (ср. Введеніе § 4); поэтому правильно составленное и правильно понимаемое понятіе права должно обнимать и возможное въ будущемъ, желательное право и т. д.; и дѣленіе права на два вида, два подкласса, по признаку существованія или не-существованія, а только возможности, желательности или т. п. представляетъ такую же классификаціонную несообразность, какъ, напр., дѣленіе собакъ на двѣ породы: 1) существующія собаки и 2) „будущія“ или „идеальныя“ или т. п. собаки. При томъ, рациональными, правильными могутъ быть и бываютъ не только возможныя въ будущемъ, представляемыя какъ желательныя, положенія права, а и безчисленныя положенія существующаго права. И съ этой точки зрѣнія восстановленіе дѣленія права на позитивное въ смыслѣ существующаго и естественное въ смыслѣ правильнаго, надлежащаго права было бы логическою несообразностью.

Существенно иной характеръ имѣетъ дѣленіе права на два вида: на позитивное и интуитивное право, смотря по наличности въ соответственныхъ императивно-атрибутивныхъ переживаніяхъ ссылки на нормативные факты или отсутствію таковой. Дѣло идетъ не о противопоставленіи существующему праву желательнаго, идеальнаго права или т. п. (содержанію интуитивнаго права можетъ быть и бываетъ и весьма неразумнымъ, варварскимъ, болѣе отсталымъ, менѣе разумнымъ, чѣмъ существующее позитивное право, и т. д., см. ниже), а о дѣленіи установленнаго выше подъ именемъ права класса психическихъ явленій на два вида, по ихъ психологическому составу, сообразно общимъ началамъ классификаціи явленій.

При этомъ слѣдуетъ замѣтить:

Такъ какъ дѣло идетъ при образованіи понятія интуитивнаго права о явленіяхъ, могущихъ быть каждымъ кон-

статированными, наблюдаемыми и изучаемыми съ помощью подлежащаго научнаго метода, интроспективнаго метода и соединеннаго метода ви́шняго и внутренняго наблюденія, то научнаго вопроса и спора о существованіи подлежащаго реальнаго, подобнаго, напр., спорамъ о существованіи т. н. естественнаго права, о правильности „гипотезы естественнаго права“, какъ нѣкоторые выражаются, не можетъ быть. Можетъ быть вопросъ только о томъ, есть ли научное основаніе для образованія такого единаго общаго класса явленій и классоваго понятія, подъ именемъ права, которое обнимаетъ и эти несомнѣнно существующія явленія, такъ что получается классификаціонная почва для различенія затѣмъ въ предѣлахъ этого новаго обширнаго класса двухъ видовъ, двухъ подъ-классовъ по указанному признаку,—вопросъ о томъ, не правильнѣе ли относить то, что мы называемъ интуитивнымъ правомъ, къ нравственности, ограничивъ понятіе права соответственными позитивными переживаніями, и т. д. Это дѣйствительно серьезный и существенно важный не только для науки о правѣ, но и для науки о нравственности вопросъ; но отвѣтъ на этотъ вопросъ въ смыслѣ формальнаго, методологическаго и матеріальнаго, теоретическаго обоснованія научной необходимости подлежащей общей классификаціонной реформы, и тѣмъ самымъ обоснованіе и оправданіе понятія интуитивнаго права, содержится во всемъ предыдущемъ изложеніи, включая сюда Введеніе: въ установленіи и обоснованіи началъ образованія теоретическихъ классовыхъ понятій и адекватныхъ теорій и въ установленіи и обоснованіи сообразно съ подлежащими методологическими пачалами рядовъ теоретическихъ положеній о правѣ и нравственности и ихъ адекватности предложеннымъ классамъ и классовымъ понятіямъ. Всѣ подлежащія положенія о правѣ и его элементахъ (за исключеніемъ отдѣльныхъ спеціальныхъ положеній о позитивномъ правѣ и нормативныхъ фактахъ) относятся и къ интуитивному праву; будучи же отнесены только къ позитивному праву въ нашемъ смыслѣ (не говоря уже о „правѣ“, или „позитивномъ правѣ“ въ смыслѣ юридическаго словоупотребленія), они получили бы уродливый, хромой характеръ.

§ 36.

Интуитивное право.

Установленныя выше общія положенія о правѣ, сообразованныя не спеціально съ позитивнымъ правомъ, а съ этимъ правомъ и интуитивнымъ вмѣстѣ, содержатъ тѣмъ самымъ, какъ уже упомянуто выше, соотвѣтственныя ученія объ интуитивномъ правѣ: ученіе о природѣ его, какъ императивно-аттрибутивныхъ переживаній, и отличіи отъ нравственности, какъ чисто императивныхъ переживаній; ученіе о дальнѣйшихъ особенностяхъ и тенденціяхъ, связанныхъ съ этою природою, въ области мотиваціоннаго и воспитательнаго дѣйствія соотвѣтственныхъ переживаній, въ области условій исполненія, реакцій на нарушенія и проч.; ученіе объ элементахъ интуитивнаго права: о подлежащихъ эмоціяхъ и представленіяхъ: объектныхъ, субъектныхъ и релевантныхъ фактовъ; ученіе о соотвѣтственныхъ проекціяхъ: о нормахъ, правоотношеніяхъ, обязанностяхъ и правахъ интуитивнаго права и ихъ представляемыхъ элементахъ. Задачею спеціального ученія объ интуитивномъ правѣ является дополнительное выясненіе того, что спеціально свойственно интуитивному праву по сравненію и по отношенію къ позитивному.

Съ указаннымъ также уже въ предыдущемъ изложеніи основнымъ отличіемъ (*differentia specifica*) интуитивнаго права отъ позитивнаго, находящимся въ области интеллектуальнаго состава и состоящимъ въ отсутствіи въ составѣ интуитивнаго права представленій нормативныхъ фактовъ, въ сознаніи атрибутивной обязательности соотвѣтственнаго поведенія независимо отъ какихъ бы то ни было постороннихъ авторитетовъ, — связаны разныя дальнѣйшія характерныя особенности интуитивнаго права по сравненію съ позитивнымъ:

1. Между тѣмъ какъ позитивное право, вслѣдствіе опредѣляемости его содержанія воспріятіями внѣшнихъ фактовъ, могущихъ быть одинаково познаваемыми и авторитетными для многихъ людей, способно доставлять соотвѣтственный однообразный шаблонъ правилъ для болѣе или менѣе значительныхъ массъ людей, несмотря на различіе ихъ харак-

тера, воспитанія и т. д., интуитивное право имѣеть индивидуальный, индивидуально-измѣнчивый характеръ; его содержание (составъ соотвѣтственныхъ диспозицій) опредѣляется индивидуальными условіями и обстоятельствами жизни каждаго, его характеромъ, воспитаніемъ, образованіемъ, социальнымъ положеніемъ, профессиональными занятіями, личными знакомствами и сношеніями и проч. и проч. Конечно, общность извѣстныхъ условій и факторовъ развитія интуитивно-правовой психики нѣсколькихъ индивидовъ (напр., дѣтей одной и той же семьи) или большихъ или меньшихъ массъ ихъ можетъ вести и ведетъ къ наличности большей или меньшей степени согласія ихъ интуитивнаго права. Поэтому можно, напр., говорить объ интуитивномъ правѣ данной семьи, даннаго кружка или обширнаго круга общества, напр., современнаго культурнаго общества, объ интуитивномъ правѣ даннаго класса общества, напр., рабочихъ, фабрикантовъ, крестьянъ, помѣщиковъ, о дѣтскомъ, женскомъ, мужскомъ интуитивномъ правѣ и проч., въ смыслѣ указанія извѣстной общности содержанія подлежащаго интуитивнаго права (или общности и вмѣстѣ съ тѣмъ отличія его отъ содержанія интуитивнаго права другихъ круговъ, другихъ классовъ, эпохъ и т. д.). Нѣкоторые вопросы интуитивно-правовой этики, сообразно большей общности условій, дѣйствующихъ въ пользу выработки опредѣленнаго ихъ рѣшенія, находятъ одинаковое рѣшеніе въ интуитивномъ правѣ большихъ круговъ или обширныхъ категорій людей, другіе получаютъ менѣе общее рѣшеніе и т. д. Изслѣдованіе соотвѣтственныхъ общностей (и различій)—интересная проблема психологической науки о правѣ. Но принципиально интуитивное право остается индивидуальнымъ, индивидуально-разнообразнымъ по содержанію, не шаблоннымъ правомъ, и можно сказать, что, по содержанію совокупностей интуитивно-правовыхъ убѣжденій, интуитивныхъ правъ столько, сколько индивидовъ¹⁾.

2. Будучи индивидуально-разнообразнымъ по своему содержанію, интуитивное право вмѣстѣ съ тѣмъ отличается

¹⁾ Во избѣжаніе недоразумѣній по поводу выраженія индивидуальной отмѣтимъ, что индивидуальнымъ въ психологическомъ смыслѣ является всякое, и позитивное право. Всякое психическое переживаніе есть явленіе индивидуальной психики. Въ текстѣ рѣчь идетъ о содержаніи подлежащихъ индивидуальнымъ переживаніямъ.

отъ позитивнаго тѣмъ, что его рѣшенія свободно сообразуются съ конкретными, индивидуальными обстоятельствами даннаго случая, данной житейской комбинаціи, не стѣснены, какъ въ области позитивнаго права, предустановленнымъ шаблономъ соотвѣтственныхъ законныхъ предписаній, установленныхъ обычаевъ и т. д., съ содержащимися въ нихъ рѣшеніями для общихъ категорій случаевъ, игнорирующими множество индивидуальныхъ особенностей конкретныхъ случаевъ жизни и не могущими ихъ предусмотрѣть и съ ними сообразоваться.

Вообще интуитивное право и его конкретныя рѣшенія свободны отъ дѣйствія разныхъ факторовъ, являющихся въ области позитивнаго права обильнымъ источникомъ несоотвѣтствія его конкретныхъ рѣшеній существу дѣла. Хотя вынесенная выше унификаціонная тенденція свойственна вообще правовой ссихикѣ и проявляется въ извѣстной степени и въ области интуитивнаго права, въ формѣ тенденціи позитивація, въ формѣ тенденціи относительной определенности содержанія, напр., свободы отъ той туманности и той, подчасъ, безграничной, растяжимости, какая свойственна нравственности, и т. д.; тѣмъ не менѣе, разные формы проявленія этой тенденціи, ведущія, ради избѣжанія возможности споровъ и конфликтовъ, къ игнорированію существа дѣла, напр., по существу важныхъ фактовъ, но не поддающихся по своему характеру легкому контролю и доказательству или не снабженныхъ въ конкретномъ случаѣ особыми доказательными формами, свойственны главнымъ образомъ позитивному праву. Будучи влѣдствіе своей шаблонности, въ смыслѣ однообразія содержанія для массы индивидовъ, специально годнымъ для унификаціи правоотношеній, позитивное право главнымъ образомъ и специально подвержено приспособленію къ этой соціальной функціи и потребности, ведущему къ подчиненію существа дѣла вышнимъ формамъ, фиксированности содержанія и т. д.

3. Далѣе, интуитивное право отличается отъ позитивнаго права свободною измѣнчивостью и примѣняемостью и въ смыслѣ процесса историческаго развитія. Позитивное право, именно влѣдствіе своей позитивности, влѣдствіе фиксированности его содержанія нормативными фактами, фактами прошлаго, подчасъ весьма отдаленнаго прошлаго, подвержено соотвѣтственнымъ задержкамъ развитія, отставанію отъ настоящей духовной, экономической и иной жизни. Это въ особенно высокой степени относится къ обычному праву, ссылающемуся на традиціи и обычаи предковъ, и представляющемуся въ эпохѣ своего процвѣтанія „тѣмъ святѣе,

чѣмъ старѣе“; но и законодательство не можетъ не быть подвержено отставанію въ тѣхъ или иныхъ своихъ частяхъ отъ постоянно и непрерывно развивающейся жизни. Съ другой стороны, въ области законодательнаго права, вообще въ области тѣхъ видовъ позитивнаго права, въ которыхъ соотвѣтственные нормативные факты зависятъ отъ умотрѣнія и произвола такихъ или иныхъ лицъ, возможны неправильности развитія и въ противоположномъ направленіи: въ видѣ скачковъ впередъ, въ видѣ введенія такого позитивнаго права, для надлежащаго благотворнаго дѣйствія котораго еще нѣтъ достаточнаго развитія народной психики, нѣтъ еще необходимыхъ экономическихъ условій и т. п. Вообще здѣсь возможны неправильности и неудачности развитія въ различныхъ смыслахъ и направленіяхъ, возможно рѣшающее дѣйствіе личнаго неразумія, легкомыслія, индивидуальныхъ или групповыхъ корыстныхъ, злостныхъ мотивовъ и соображеній и проч.

Иной характеръ процесса развитія интуитивнаго права. Указанныя явленія, представляющія осложненія, связанныя съ зависимостью содержанія позитивнаго права отъ нормативныхъ фактовъ, интуитивному праву чужды. Интуитивное право развивается закономѣрно-постепенно, не подвержено фиксированію и окаменѣнію и не зависитъ отъ чьего бы то ни было произвола.

Установленное положеніе, впрочемъ, отнюдь не содержитъ въ себѣ утвержденія, что интуитивное право представляетъ непременно лучшее по содержанію, болѣе совершенное, идеальное право или т. п. Напротивъ, возможно и часто бываетъ, что интуитивное право представляетъ менѣе доброкачественное право по своему содержанію по сравненію съ соотвѣтственнымъ позитивнымъ правомъ. Во-первыхъ, какъ было указано выше, интуитивное право разныхъ индивидовъ разнообразно, индивидуально по своему содержанію въ зависимости отъ условій индивидуальнаго развитія; а эти условія развитія могутъ быть таковы, что получается въ результатѣ болѣе или менѣе неудовлетворительное или даже весьма злокачественное интуитивное право; между прочимъ, уже выше (стр. 98 и сл.) были приведены примѣры патологическаго развитія интуитивно-правовой психики подъ вліяніемъ неудачнаго правового

воспитанія въ семьѣ. Затѣмъ интуитивное право, вырабаты-
ваемое путемъ взаимнаго психическаго общенія въ разныхъ
кругахъ и кружкахъ людей съ общими интересами, противо-
стоящими интересамъ другихъ, имѣетъ тенденцію развиваться
въ направленіи односторонняго предпочтенія подлежащихъ
интересовъ въ ущербъ другимъ¹⁾. Содержаніе общаго зако-
нодательства въ этомъ отношеніи обыкновенно лучше, пра-
вильнѣе, чѣмъ содержаніе множества имѣющихся въ народѣ
кружковыхъ и классовыхъ интуитивныхъ правъ. Далѣе, при
наличности въ народѣ отставшихъ по своей культурѣ, въ
частности этической культурѣ, слоевъ по сравненію съ руко-
водящею, направляющею законодательство и т. д. частью
общества, законодательство получаетъ въ разныхъ сферахъ
болѣе просвѣщенный, болѣе культурный характеръ, чѣмъ ин-
туитивное право отставшихъ культурно элементовъ и проч.
Напр., по закону даннаго времени, даннаго государства гра-
ждане въ области правъ личнаго уваженія, правъ чести, сво-
боды отъ тѣлесныхъ наказаній и проч. равны, по интуитив-
ному же праву разныхъ сферъ существуетъ величайшее
неравенство личныхъ правъ разныхъ членовъ общенія; напр.,
по интуитивному праву, господствующему въ сферахъ при-
слуги, положеніе барина въ области правъ личнаго достоин-
ства и чести совсѣмъ иное, нежели прислуги, положеніе
камердинера совсѣмъ иное, нежели разныхъ лицъ низшей
прислуги; законъ устанавливаетъ культурное брачное право,
интуитивное же право нѣкоторыхъ слоевъ общества приписы-
ваетъ мужу право бить, истязать жену, отказываетъ послѣд-
ней въ правѣ жаловаться на мужа, считаетъ это преступле-
ніемъ и проч. и проч. Между прочимъ, еще большія различія
между интуитивными и позитивными элементами этики въ
смыслѣ превосходства содержанія позитивныхъ можно найти
въ области нравственности. Если сравнить содержаніе пози-
тивной христіанской или буддистской морали съ прежнею и
теперешнею интуитивною нравственностью христіанъ или буд-
дистовъ, то подлежащая интуитивная нравственность пред-

¹⁾ Причины этого явленія могутъ быть правильно выяснены лишь
въ связи съ общою теоріею происхожденія и развитія права.

ставляетъ въ значительной степени нѣчто весьма жалкое и низменное по сравненію съ позитивною¹⁾).

4. Съ большею бѣдностью, съ большею простотою интеллектуальнаго состава интуитивнаго права по сравненію съ позитивнымъ, съ отсутствіемъ въ его составѣ представленій нормативныхъ фактовъ, связанъ большой объемъ, болѣе широкая примѣнимость положеній интуитивнаго права. Такъ какъ въ области позитивнаго права подлежація правила поведенія сознаются обязательными въ зависимости отъ соответственныхъ представляемыхъ авторитетно-нормативныхъ фактовъ и на основаніи таковыхъ, то эта обязательность сознается только по отношенію ко времени послѣ возникновенія подлежащаго авторитетно-нормативнаго факта, напр., послѣ изданія соответственнаго авторитетнаго велѣнія, только по отношенію ко времени до устраненія его значенія, напр., до отмены подлежащаго велѣнія или замѣны его инымъ, только по отношенію къ тому мѣсту, для котораго имѣется или имѣеть авторитетное значеніе подлежащій фактъ, напр., по отношенію къ территоріи даннаго государства въ области общегосударственныхъ законовъ, — даннаго города въ области постановленій городского начальства, — даннаго дома въ области постановленій

¹⁾ Между прочимъ, нѣкоторые сторонники „возрожденія естественнаго права“, относящіеся въ то же время одобрительно къ предложенной мною психологической теоріи права, соединяютъ подлежація двѣ категоріи идей въ томъ смыслѣ, что руководящій свѣтъ для критики положительнаго права и его совершенствованія, для политики права, они усматриваютъ въ интуитивномъ правѣ или вообще въ индивидуальномъ «идеальномъ» этическомъ сознаніи. Такъ, Гессенъ, «Возрожденіе естественнаго права», исходитъ изъ того, что «существованіе нормъ внутренняго интуитивнаго правоубѣжденія не подлежитъ сомнѣнію», называетъ соответственное право «идеальнымъ» (стр. 9) и возводитъ его въ масштабъ для критики положит. права и т. д. По поводу политики права авторъ замѣчаетъ: «проф. Л. І. Петражицкій пришелъ къ убѣжденію въ необходимости возрожденія естественнаго права, — впрочемъ подъ новой еще не скомпрометированной формой политики права», т. е. авторъ, повидимому, полагаетъ, что въ области проблемы и идей „политики права“ дѣло идетъ только т. ск. о новой, еще не скомпрометированной вывѣскѣ для возстановленія ученія объ идеальномъ, естественномъ правѣ, понимаемомъ въ смыслѣ интуитивнаго права, и о возведеніи его въ руководство для законодательства; ср. также Новгородцевъ въ наз. выше статьѣ, стр. 273, 274 и др. Съ моей точки зрѣнія интуитивное право (и интуитивная нравственность) отнюдь не содержитъ и не можетъ содержать въ себѣ руководящаго свѣта для сознательно-раціональной политики, и предложенная мною программа политики права, какъ науки, существенно отлична отъ возведенія интуитивнаго права въ руководство для законодательства.

домашняго начальства, только по отношенію къ тѣмъ лицамъ, къ которымъ относится и для которыхъ имѣеть значеніе данный авторитетно-нормативный фактъ, напр., по отношенію къ подвластнымъ издавшему повелѣніе и т. д. Эти ограниченія по времени, мѣсту, лицамъ и т. д., связанныя съ представленіями нормативныхъ фактовъ и ихъ рѣшающимъ значеніемъ въ области позитивнаго правосознанія, чужды интуитивному правосознанію, которое имѣеть такимъ образомъ въ соотвѣтственныхъ отношеніяхъ неограниченный объемъ и неограниченную примѣнимость.

Съ этимъ далѣе связаны соотвѣтственные различія между позитивно-правовыми и интуитивно-правовыми проекціями.

Между тѣмъ какъ позитивныя нормы представляются съ наивно-проекціонной точки зрѣнія нѣкоторыми высшими законами, существующими и царствующими надъ данною территоріею, въ теченіе извѣстнаго времени и т. д., интуитивно-правовыя нормы представляются высшими законами, существующими и господствующими вездѣ, всегда, по отношенію ко всѣмъ и т. д., поскольку субъектныя представленія или представленія релевантныхъ фактовъ, входящія въ составъ этихъ переживаній, не вносятъ соотвѣтственныхъ ограниченій. Обязанности и права въ области позитивнаго права представляются временными, мѣстными и т. д., въ области интуитивнаго права всеобщими, всегда и вездѣ сущими и т. д. (ср. выше стр. 473 и сл. и ниже о соотвѣтственныхъ представленіяхъ школы естественнаго права).

Далѣе, интуитивныя нормы, сообразно ассоціативной связанности подлежащихъ эмоцій съ представленіемъ извѣстнаго поведенія, какъ такового, или съ представленіями извѣстныхъ релевантныхъ фактовъ, какъ таковыхъ, внѣ зависимости отъ чьихъ-либо велѣній, мѣстныхъ и временныхъ человѣческихъ обычаевъ и т. д., представляются, въ отличіе отъ позитивныхъ, имѣющихъ условное значеніе, нормъ, какъ нѣчто истинное, правильное само по себѣ. Отсюда въ области наивно-проекціонной психики высшій ореоль, высшій рангъ интуитивно-правовыхъ нормъ, значеніе ихъ какъ высшаго масштаба и критерія для оцѣнки позитивныхъ нормъ, для порицанія ихъ въ случаѣ несоотвѣтствія ихъ содержанія содержанію интуитивныхъ нормъ, и т. д. Съ этимъ связана, далѣе,

способность интуитивнаго права достигать высшаго эмоциональнаго подъема, подчасъ высокаго энтузіазма или фанатизма. Вообще, повидимому, *ceteris paribus* эмоциональная живость, интенсивность правовыхъ эмоцій въ области интуитивнаго права больше, чѣмъ въ области позитивнаго права. Если такъ, то и мотивационное дѣйствіе сознанія своего долга — права другого (пассивно-правовая мотивация) и активнаго сознанія своего права (активно-правовая мотивация), а равно соотвѣтственное воспитательное дѣйствіе, должны быть въ области интуитивнаго права вообще сильнѣе, чѣмъ въ области позитивнаго права. Разумѣется, въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ и областяхъ можетъ быть иное отношеніе; большій авторитетъ, большая живость, болѣе сильное давленіе на поведеніе можетъ быть на сторонѣ позитивнаго права, напр., обычнаго въ психикѣ питающихъ высокое уваженіе къ традиціямъ и обычаямъ предковъ. Въ области позитивнаго, главнымъ образомъ официальнаго позитивнаго, права дѣйствуютъ при томъ часто разные побочные мотивы не-этического свойства, соображенія расчета, боязнь наказанія и т. п., подкрѣпляющіе или замѣняющіе специфически-правовую мотивацию въ дѣлѣ фактическаго достиженія соотвѣтственнаго поведенія.

Изучая съ помощью интроспективнаго и соединеннаго метода собственное и чужое поведеніе, поскольку оно опредѣляется правовою психикою (правовою мотивациею), не трудно убѣдиться, что фактически интуитивное право играетъ весьма большую и существенную роль въ качествѣ фактора индивидуальнаго поведенія и массовыхъ, социальныхъ, экономическихъ и иныхъ явленій; въ обширныхъ областяхъ социальной жизни оно играетъ болѣе важную и существенную роль, чѣмъ позитивное право. Многія области и элементы нашихъ отношеній къ ближнимъ, въ особенности къ близкимъ лицамъ, въ семейной, домашней жизни, въ области любви, дружбы, пріятельскихъ, товарищескихъ отношеній, вообще чужды позитивно-правовой нормировки, и поскольку они опредѣляются правовою психикою, сознаніемъ того, что другимъ причитается отъ насъ и намъ отъ другихъ, здѣсь дѣйствуетъ исключительно интуитивное право. Но и во многихъ тѣхъ областяхъ жизни, гдѣ подлежащіе вопросы поведенія предусматриваются

и рѣшаются такъ или иначе позитивнымъ правомъ, напр., въ области хозяйственно-дѣловой жизни, въ области найма квартиры, прислуги, извозчиковъ, покупки вещей въ магазинахъ, въ области отношеній къ чужой собственности, жизни, тѣлесной неприкосновенности, чести и проч., поскольку дѣло идетъ о сознаниіи и соблюденіи правъ другихъ или сознаниіи и осуществленіи своихъ правъ, фактически люди руководствуются обыкновенно вовсе не тѣмъ, что по этому поводу предписывается гражданскими, уголовными законами или т. п. (это громадному большинству обыкновенно вообще неизвѣстно), а своимъ интуитивнымъ правомъ, указаніями своей интуитивно-правовой совѣсти; такъ что фактической основою соотвѣтственнаго социальнаго „правопорядка“ и дѣйствительнымъ рычагомъ соотвѣтственной социальнo-правовой жизни является въ существѣ дѣла не позитивное, а интуитивное право. Лишь въ исключительныхъ, патологическихъ случаяхъ конфликтовъ, нарушеній и т. д. дѣло доходитъ до примѣненія позитивнаго права. Въ нѣкоторыхъ областяхъ, впрочемъ, главнымъ образомъ въ области официально-государственныхъ отношеній, въ области государственнаго суда, управленія и т. д. главную и рѣшающую или исключительно опредѣляющую роль играетъ позитивное право.

Изучая путемъ самонаблюденія и соединеннаго психологическаго метода отношеніе интуитивно-правовой психики къ разнымъ вопросамъ поведенія, можно констатировать, что нѣкоторые вопросы, разрѣшаемые въ такомъ или иномъ смыслѣ позитивнымъ правомъ, въ интуитивно-правовой психикѣ не находятъ никакого отвѣта, и наблюденіе или представленіе такого или иного фактическаго поведенія въ подлежащей области, напр., согласнаго или, напротивъ, несогласнаго съ подлежащими предписаніями закона, не возбуждаетъ въ нашей психикѣ никакой интуитивно-правовой реакціи, ни порицательной, отвергающей, ни одобрительной; напр., по закону полагается такой-то порядокъ составленія государственнаго бюджета, такой-то порядокъ охраненія наслѣдства, преподаваніе такихъ-то предметовъ въ такихъ-то школахъ; если мы по поводу соотвѣтствующихъ вопросовъ попробуемъ привести въ дѣйствіе нашу интуитивно-правовую совѣсть, попытаемся добиться отъ нея отвѣта на вопросы, есть ли пред-

писанный законами порядокъ надлежащій и съ точки зрѣнія нашего интуитивнаго права или наша интуитивно-правовая совѣсть требуетъ иного порядка, предписываетъ ли она преподаваніе тѣхъ же или иныхъ предметовъ въ такихъ-то школахъ, и т. д., то наши попытки окажутся безуспѣшными, мы не получимъ никакого отвѣта, т. е. соотвѣтственныя интуитивно-правовыя переживанія вовсе не появятся въ нашей психикѣ. Отсюда возникаетъ интересный и важный, съ точки зрѣнія характера и значенія интуитивнаго права и пониманія правовой жизни вообще, вопросъ о томъ, на что, на какія области поведенія распространяется интуитивно-правовая нормировка и какихъ областей она, въ отличіе отъ позитивнаго права, не касается,—вопросъ о сферѣ дѣйствія интуитивнаго права и отношеніи ея къ сферѣ дѣйствія позитивнаго права.

Психологическое наблюденіе (въ особенности самонаблюденіе, въ связи съ индуктивнымъ сопоставленіемъ подлежащихъ фактовъ) говоритъ въ пользу слѣдующаго тезиса:

Интуитивно-правовая нормировка распространяется на тѣ области отношеній къ другимъ, въ которыхъ дѣло идетъ о причиненіи извѣстнаго добра или зла (въ томъ числѣ извѣстной тягости, извѣстнаго имущественнаго бремени) или распредѣленіи извѣстныхъ благъ или золъ между нѣсколькими субъектами, *distributio bonorum atque malorum*. Т. е. человѣческой психикѣ свойственна тенденція вырабатывать и давать опредѣленныя интуитивно-правовыя рѣшенія на тѣ вопросы, которые сознаются, какъ вопросы причиненія добра или зла другимъ или полученія извѣстныхъ благъ, извѣстныхъ плюсовъ, или испытанія извѣстныхъ золъ, обремененія извѣстными минусами со стороны другихъ.

Поскольку же дѣло идетъ объ иного рода вопросахъ и отношеніяхъ, напр., о формальностяхъ, могущихъ быть по извѣстнымъ основаніямъ раціональными, необходимыми и т. д., о такихъ или иныхъ техническихъ способахъ и порядкахъ дѣйствій, могущихъ быть умѣстными или необходимыми съ точки зрѣнія цѣлесообразности, техники, политики, педагогики, но безразличныхъ съ точки зрѣнія распредѣленія добра или зла въ общемъ смыслѣ, не представляющихъ въ сознаніи какъ акты причиненія или полученія добра или зла, интуитивно-

тивно-правовая совѣсть не реагируетъ, проявляетъ безразличное отношеніе; соответственныхъ правовыхъ переживаній не возникаетъ.

Сообразно съ этимъ, напр., къ вопросамъ порядка и формъ составленія государственнаго бюджета интуитивно-правовая психика относится безразлично; но къ такимъ вопросамъ финансоваго хозяйства, которые представляются вопросами распределенія соответственныхъ тягостей, напр., распределенія податнаго бремени вообще или определенной подати между разными классами или раскладки извѣстной подати или повинности между отдѣльными лицами, напр., домохозяевами общины, или которые представляются какъ вопросы распределенія благъ государственно-хозяйственнаго попеченія между разными классами подданныхъ, напр., между представителями сельско-хозяйственной и иной промышленности, между разными провинціями, національностями, напр., равномернаго или неравномернаго распределенія средствъ на національныя школы разныхъ національностей и проч., — интуитивно-правовая психика относится не безразлично, имѣется соответственное интуитивное финансовое право.

Порядка вызова наследниковъ, охраны наследства и проч. интуитивное наследственное право не касается, но на вопросы, кому по совѣсти причитается наследство, а равно на вопросы надлежащаго распределенія наследства между сонаследниками, такъ чтобы не было никому обиды, оно обыкновенно даетъ такіе или иные отвѣты.

Формальнаго порядка назначенія на службу, условій возраста, ценза, определенія часовъ служебныхъ занятій и т. п. интуитивное служебное право не касается; но въ случаѣ предпочтенія и назначенія на службу или повышенія по протекціи менѣе достойнаго кандидата, въ случаѣ распределенія служебнаго бремени или наградныхъ во вредъ однимъ и въ пользу другимъ по мотивамъ личныхъ знакомствъ или т. п., въ случаѣ неосновательнаго выговора или иного дисциплинарнаго наказанія, лишенія должности и т. п. — интуитивно-правовая совѣсть, у кого она нормально развита, реагируетъ порицательно, подчасъ сильнымъ правовымъ негодованіемъ, и проч. и проч.

Иное положеніе дѣла, шире сфера дѣйствительной или

возможной нормировки, разнообразіе содержаніе нормировки и соотвѣтственныхъ обязанностей и притязаній — въ области позитивнаго права. Ибо содержаніе этого права опредѣляется содержаніемъ нормативныхъ фактовъ, а эти факты, напр., обычаи, законодательныя постановленія, таковы, что они могутъ касаться любыхъ областей поведенія, независимо отъ ихъ отношенія къ распредѣленію добра или зла или сознанія такого отношенія. Въ этомъ, между прочимъ, заключается одно изъ важныхъ преимуществъ позитивнаго права по сравненію съ интуитивнымъ и одна изъ причинъ соціальной полезности и необходимости, на ряду съ интуитивнымъ, позитивнаго права. На почвѣ одного интуитивнаго права не могла бы существовать и успѣшно развиваться нормальная соціальная жизнь не только потому, что въ такомъ случаѣ не было бы надлежащей унификаціи правоотношеній, не было бы соціальнаго мира и прочнаго порядка, но и потому, что многія области поведенія, нуждающіяся въ правовой нормировкѣ, были бы вообще лишены таковой влѣдствіе неспособности интуитивнаго права доставить ее.

Есть, впрочемъ, и такія темы правовой нормировки, которыя по природѣ своей исключаютъ, если не позитивную нормировку вообще, то, во всякомъ случаѣ, соотвѣтствующую существу дѣла, надлежащую позитивную нормировку, которыя требуютъ, для достиженія надлежащихъ результатовъ, интуитивно-правовой нормировки. Сюда относятся тѣ области, гдѣ является необходимымъ сохраненіе свободной измѣнчивости и приспособляемости обязанностей и правъ къ конкретнымъ обстоятельствамъ, сообразно измѣнчивому объему, измѣнчивымъ степенямъ интенсивности, качественнымъ отгѣнкамъ и т. д. релевантныхъ по существу обстоятельствъ, напр., характера и степени заслугъ, виновности и т. п. Въ области литературной, художественной и иной критики, вообще, распредѣленія похвалъ и порицаній, играющаго огромную роль въ соціальной жизни и ея прогрессѣ, хотя дѣло идетъ о невѣсовыхъ благахъ, дѣйствуетъ соотвѣтственное интуитивное право, подсказывающее, что кому причитается, чего кто заслужилъ; всякая же позитивная нормировка, не только официальная, но и неофициальная, здѣсь была бы неумѣстна. И болѣе вещественныя награды за заслуги, напр., за госу-

дарственные или общественные выдающиеся заслуги, не могут быть рационально нормированы без предоставления интуитивному праву решения вопросов о том, заслуживает ли данный индивид награждения и в какой мере. Какая кому отметка причитается на экзамене, это дело интуитивно-правовой совести экзаменатора и не может быть разумно predetermined позитивным правом. В области наказаний в различных сферах жизни, в семье, школе, в уголовной области весьма важно соразмерение наказания со степенью виновности, что может быть достигнуто только с помощью интуитивного, а не позитивного права. В таких областях позитивное право или совсем не применяется, и дело предоставляется исключительному действию интуитивного права, или оно устанавливает лишь известные рамки (напр., в области наказаний: от такого-то размера до такого-то), в пределах которых свободно действует интуитивное право. В области уголовных преступлений примитивное право, под сильным давлением в это время унификационной тенденции, устанавливает позитивно фиксированные наперед, независимые от степени конкретной виновности, наказания. Культурное уголовное право фиксирует только пределы, предоставляя соответственный простор для действия интуитивного права. В области наград, а равно и в разных других сферах наказаний, напр., родительских, господских, и на низших ступенях культуры нет позитивного шаблона, а господствует интуитивное право.

Исходя из того, что по мере облагорожения и социализации человеческой психики давление унификационной тенденции права, ведущей к жертвованию существом для из-за точной фиксированности и беспорности правоотношений, постепенно ослабевает, можно дедуктивно, в качестве закона развития права, установить положение, что сфера, предоставляемая позитивным правом действию интуитивного права, должна с течением времени все более увеличиваться.

Из предыдущего изложения видно, что правовая жизнь с точки зрения взаимоотношения интуитивного и позитивного права распадается на три области: 1) область исклю-

чительнаго существованія и дѣйствія позитивнаго права, 2) область исключительнаго существованія и дѣйствія интуитивнаго права и 3) область параллельнаго существованія и дѣйствія обоихъ видовъ права.

Относительно третьей, вообще весьма важной и обширной, области возникаютъ разные вопросы, касающіеся взаимныхъ отношеній между двумя конкурирующими правами.

Сюда относится прежде всего вопросъ объ отношеніяхъ ихъ по содержанію, о согласіи, совпаденіи по содержанію или разногласіи, различіи содержанія интуитивнаго и позитивнаго права.

Въ этомъ отношеніи можно установить слѣдующія положенія:

1. Съ одной стороны, между параллельно существующими въ народныхъ сферахъ интуитивнымъ и позитивнымъ правомъ, имѣется и должно неизбѣжно имѣться согласіе по содержанію въ главныхъ основахъ, въ общемъ и основномъ направленіи. И на этомъ и соответственной *взаимной поддержкѣ* и взаимоукрѣпленіи дѣйствія этихъ двухъ правовыхъ психикъ зиждется фактическій правопорядокъ и соответственный социальный, политическій, экономическій и т. д. строй. Причинная неизбѣжность такого отношенія интуитивнаго и позитивнаго права коренится съ одной стороны въ томъ, что, какъ это подлежитъ выясненію и доказательству въ ученіи о происхожденіи и развитіи права, развитіе обоихъ правъ, и интуитивнаго и позитивнаго, опредѣляется въ общихъ и основныхъ чертахъ дѣйствіемъ однихъ и тѣхъ же социально-психическихъ процессовъ, дѣйствующихъ по однимъ и тѣмъ же законамъ, и лишь въ связи со специфическими различіями интеллектуальнаго состава интуитивнаго и позитивнаго права получаютъ частично различные результаты развитія, разныя частныя, по большей части не-существенныя, различія по содержанію. Съ другой стороны, неизбѣжность согласія позитивнаго и интуитивнаго права въ главныхъ основахъ коренится въ томъ обстоятельстве, что одновременное существованіе и дѣйствіе интуитивнаго и позитивнаго права возможно только при условіи наличности согласія въ общихъ и основныхъ чертахъ; при переходѣ разногласія за извѣстные предѣлы неизбѣжно крушеніе подле-

жащаго позитивнаго права—въ случаѣ сопротивленія, въ формѣ соціальной революціи (ср. ниже).

2. Съ другой стороны, между позитивнымъ и интуитивнымъ правомъ не только могутъ существовать (въ указанныхъ предѣлахъ) и существуютъ разныя частныя разногласія, но они даже по природѣ вещей неизбежны. Такъ что такого позитивнаго права, которое бы во всѣхъ частяхъ и элементахъ своего содержанія было согласно съ параллельно существующимъ интуитивнымъ правомъ, ни у какого народа нѣтъ и не можетъ быть.

Основанія этого положенія, указывающія вмѣстѣ съ тѣмъ характеръ разныхъ категорій неизбежныхъ разногласій, состоятъ въ слѣдующемъ:

Во первыхъ, такъ какъ интуитивное право, какъ было указано выше, у разныхъ элементовъ общества, разныхъ классовъ и индивидовъ, имѣетъ различное въ частностяхъ содержаніе, то уже вслѣдствіе этого такого позитивнаго права, которое совпадало бы по содержанію съ интуитивнымъ правомъ всѣхъ элементовъ общества, не можетъ быть. Удовлетворяя интуитивно-правовымъ требованіямъ однихъ, позитивное право тѣмъ самымъ не удовлетворяетъ интуитивно-правовымъ требованіямъ другихъ. И чѣмъ разнообразиѣе составъ народонаселенія по воспитанію, національности, религіи, классовымъ интересамъ и проч., и вообще чѣмъ больше разнообразія и разногласія въ предѣлахъ самой интуитивно-правовой народной психики, тѣмъ обильнѣе и больше разногласія и коллизіи этой категоріи между позитивнымъ правомъ и интуитивнымъ правомъ разныхъ общественныхъ элементовъ. Разногласія этой категоріи можно назвать классовыми и индивидуальными конфликтами между позитивнымъ и интуитивнымъ правомъ.

Во вторыхъ, такъ какъ интуитивное право, какъ было указано выше, развивается и, стало быть, мѣняетъ свое содержаніе въ исторіи непрерывно-постепенно, развитіе же позитивнаго права по самой природѣ этого права подвержено задержкамъ и разнымъ инымъ отступленіямъ отъ непрерывно-постепеннаго развитія, то позитивное право должно неизбежно въ разныхъ своихъ частяхъ отставать отъ развитія интуитивнаго права и вообще расходиться съ нимъ по содер-

жанію, вслѣдствіе специфическихъ различій процессовъ развитія. И чѣмъ больше и обильнѣе фактически эти, въ извѣстныхъ предѣлахъ неизбежныя, диссонансы между процессами развитія, чѣмъ большей неподвижности и окаменѣлости достигаетъ традиціонно-обычное или иное право, напр., вслѣдствіе присоединенія религіозной санкціи, или чѣмъ менѣе приспособленъ законодательный механизмъ къ сообразованію законодательнаго права съ народными интуитивно-правовыми воззрѣніями и требованіями, тѣмъ обильнѣе и рѣзче *ceteris paribus* конфликты этого рода между интуитивнымъ и позитивнымъ правомъ. Ихъ можно назвать историческими или эволюціонными конфликтами.

Въ третьихъ, такъ какъ позитивное право согласно своей природѣ и социальной унификаціонной функціи расходится и должно неизбежно расходиться съ интуитивнымъ правомъ по степени приспособляемости къ конкретнымъ обстоятельствамъ, въ частности должно устанавливать рѣзкія границы, точно-опредѣленные объемы въ области объектовъ и релевантныхъ фактовъ, игнорировать неподдающіеся контролю факты и проч., то и при отсутствіи въ тѣхъ или иныхъ областяхъ разногласій и конфликтовъ указанныхъ выше категорій неизбежно должны получаться разногласія между позитивно и интуитивно-правовыми *рѣшеніями конкретных дѣлъ* и житейскихъ вопросовъ, конкретныхъ казусовъ. Напр., постановляемая официальными судами по законамъ, хотя бы и вполне рациональнымъ и превосходнымъ по содержанію законамъ, рѣшенія конкретныхъ дѣлъ должны въ извѣстныхъ предѣлахъ возбуждать въ психикѣ сторонъ и публики интуитивно-правовое осужденіе. И чѣмъ больше данное позитивное право развивается подъ давленіемъ унификаціонной тенденціи, чѣмъ больше существо дѣла жертвуется въ пользу точной опредѣленности, доказательности релевантныхъ фактовъ и т. д. (или чѣмъ больше позитивное право распространяетъ свою нормировку и на такіе вопросы, рѣшеніе конхъ слѣдовало бы предоставить интуитивному праву), тѣмъ обильнѣе и рѣзче *ceteris paribus* эти, въ извѣстныхъ предѣлахъ неизбежныя, разногласія и конфликты въ области конкретныхъ рѣшеній,—конкретно-житейскіе или „казуистическіе“ конфликты между позитивнымъ и интуитивнымъ правомъ.

Такимъ образомъ, что касается отношенія между интуитивнымъ и позитивнымъ правомъ по содержанію, то здѣсь имѣются минимальный и максимальный предѣлы согласія (или разногласія) между ними, и фактическое отношеніе состоитъ въ колебаніяхъ въ разные моменты исторіи, у разныхъ народовъ и т. д., между этими предѣлами.

Чѣмъ больше въ этихъ предѣлахъ въ данный моментъ степень согласія, тѣмъ лучше и правильнѣе, при прочихъ равныхъ условіяхъ, функционируетъ право вообще среди даннаго народа, тѣмъ неуклоннѣе его соблюденіе, въ частности тѣмъ больше уваженія и симпатій къ существующему позитивному праву, тѣмъ больше довольства существующимъ социальнымъ строемъ и тѣмъ крѣпче этотъ строй; и обратно.

Поскольку между интуитивнымъ и позитивнымъ правомъ имѣются такія или иные разногласія по содержанію, то возникаетъ, далѣе, вопросъ о томъ, какъ разрѣшаются подлежащіе конфликты въ конкретныхъ случаяхъ.

Поскольку интуитивно-правовыя мнѣнія сторонъ относительно ихъ взаимныхъ обязанностей и правъ совпадаютъ по содержанію и онѣ (стороны) дѣйствуютъ согласно съ указаціями ихъ интуитивно-правовой совѣсти (зная или не зная, что по позитивному праву получило бы иное рѣшеніе), то фактически получаетъ рѣшающее значеніе интуитивное право. То же имѣетъ мѣсто въ случаѣ обращенія для разрѣшенія несогласій не къ позитивному праву, а къ интуитивному праву третьихъ лицъ, къ третейскому суду по совѣсти и т. п. И сфера такого рѣшающаго значенія интуитивнаго права, при прочихъ равныхъ условіяхъ, должна по мѣрѣ роста культуры расширяться.

Поскольку же дѣло съ самаго начала обсуждается и рѣшается по позитивному праву, или вѣдѣтвіе разногласія сторонъ дѣло доходитъ внослѣдствіи до обращенія къ позитивному праву, то здѣсь получаетъ рѣшающее значеніе послѣднее. Впрочемъ, и въ этой области, въ области формально-рѣшающаго значенія позитивнаго права, интуитивное право далеко не лишено фактическаго значенія. Оно оказываетъ давленіе на толкованіе и примѣненіе позитивнаго права въ направленіи достиженія рѣшеній, согласныхъ съ указаціями

интуитивно-правовой совѣсти или, по возможности, наименѣе съ этими указаніями расходящихся. Практика позитивнаго права представляетъ равнодѣйствующую, направленіе которой въ болѣе или менѣе значительной степени опредѣляется давленіемъ интуитивнаго права рѣшающихъ лицъ.

И на научную обработку позитивнаго права, на ученую юриспруденцію интуитивное право оказываетъ такое же давленіе, опредѣляя соотвѣтственнымъ образомъ направленіе толкованія источниковъ, примѣненіе или непримѣненіе аналогіи, направленіе обобщеній на почвѣ конкретнаго матеріала и выводовъ спеціальныхъ положеній изъ общихъ началъ; и это въ свою очередь отражается на направленіи судебной и иной практики позитивнаго права.

Это вліяніе интуитивнаго права на разработку и примѣненіе позитивнаго права способствуетъ въ извѣстной степени предупрежденію, устраненію и смягченію конфликтовъ между позитивнымъ и интуитивнымъ правомъ.

Болѣе существеннымъ факторомъ, дѣйствующимъ въ томъ же направленіи — въ направленіи предупрежденія и устраненія конфликтовъ, является такое психическое давленіе интуитивнаго права на законодательство, на образованіе правовыхъ обычаевъ, вообще на развитіе позитивнаго права, которое стремится привести послѣднее въ согласіе съ первымъ.

Законы, массовое правовое поведеніе людей, служащее нормативнымъ фактомъ въ области обычнаго права, и другіе, подлежащіе разсмотрѣнію ниже, нормативные факты представляютъ въ значительной степени не что иное, какъ продукты и проявленія интуитивнаго права соотвѣствующихъ лицъ, индивидовъ и массъ, получающіе затѣмъ въ психикѣ другихъ самостоятельное значеніе, въ качествѣ опредѣлителей ихъ позитивно-правовыхъ переживаній; и постольку интуитивное право является создателемъ позитивнаго права. Впрочемъ, во избѣжаніе недоразумѣній, слѣдуетъ отмѣтить, что далеко не всѣ законы, обычаи, вообще нормативные факты позитивнаго права суть продукты и проявленія соотвѣтственнаго интуитивнаго права, и не все позитивное право ведетъ свое происхожденіе отъ интуитивнаго. Уже выше было указано, что интуитивное право имѣетъ свою, ограниченную, сферу существованія и дѣйствія (*distributio bonorum atque*

malorum), и что вопросы формальностей, технических порядковъ и т. п., поскольку они подвергаются правовому рѣшенію, относятся къ исключительной компетенціи позитивнаго права. Въ этой области позитивное право не бываетъ и не можетъ быть продуктомъ интуитивнаго права. Но и въ тѣхъ областяхъ, которыя относятся къ компетенціи интуитивнаго права, возможно въ отдѣльныхъ случаяхъ возникновеніе нормативныхъ фактовъ и соответственнаго позитивнаго права помимо или даже вопреки интуитивному праву; напр., возможны законодательныя постановленія на почвѣ такихъ или иныхъ расчетовъ, интересовъ и т. п., противорѣчающія интуитивно-правовой совѣсти самихъ законодателей или народныхъ массъ и вызывающія тѣмъ не менѣе къ жизни соответственное позитивное право ¹⁾).

Преобладающее вначалѣ, во время возникновенія позитивнаго права, вслѣдствіе зависимости нормативныхъ фактовъ отъ интуитивнаго права, согласіе между обоими правами имѣетъ тенденцію постепенно замѣняться все возрастающими несогласіями, вслѣдствіе фиксированности содержанія позитивнаго права и свободнаго дальнѣйшаго развитія интуитивнаго права. Но, по мѣрѣ появленія и усиленія этихъ несогласій, появляется и усиливается психическое давленіе интуитивнаго права въ пользу уничтоженія противорѣчащаго ему позитивнаго права и замѣны инымъ, согласнымъ по содержанію, въ частности въ пользу ослабленія и разрушенія или соответственнаго измѣненія подлежащаго обычнаго права или въ пользу законодательной реформы; подъ влияніемъ интуитивнаго права возникаетъ и распространяется мысль объ отмѣнѣ подлежащаго отдѣльнаго закона и замѣнѣ его инымъ или о пересмотрѣ подлежащаго кодекса, или о замѣнѣ подлежащаго не-законодательнаго права инымъ законодательнымъ, предъявляются все настоятельнѣе требованія реформы, подыскиваются и накаплиются разные аргументы

¹⁾ Впрочемъ, это возможно только въ извѣстныхъ предѣлахъ; такіе законы, которые бы постановляли что либо, заключающее въ себѣ рѣзкое и существенное противорѣчіе народному интуитивному праву, способны были бы вызвать скорѣе народное возмущеніе, волненіе и т. д. чѣмъ нормальный позитивно-правовой успѣхъ, чѣмъ соответственное позитивное право; тѣмъ болѣе исключено развитіе обычнаго права. съ самаго начала рѣзко противорѣчащаго господствующему въ подлежащихъ сферахъ интуитивному праву.

для этого и т. д. И независимо отъ этого, при составленіи законовъ по какому бы то ни было поводу, интуитивное право дѣйствуетъ въ пользу устраненія при этомъ противорѣчащихъ ему положеній прежняго позитивнаго права, замѣны ихъ согласными. Такимъ образомъ, процессу постепеннаго появленія и усиленія разногласій между интуитивнымъ и позитивнымъ правомъ соотвѣтствуетъ процессъ множества частичныхъ и мелкихъ или болѣе или менѣе крупныхъ разрушеній и переменъ въ сферѣ позитивнаго права.

Если въ этомъ разрушительномъ и обновительномъ процессѣ происходитъ, несмотря на возрастающее давленіе интуитивнаго права, задержка, вслѣдствіе сопротивленія представителей связанныхъ съ существующимъ правомъ интересовъ, напр., правящихъ и имѣющихъ въ своихъ рукахъ законодательство, или вслѣдствіе иныхъ причинъ, и дѣло касается важныхъ и существенныхъ вопросовъ права и общественнаго строя, то дальнѣйшій ростъ давленія интуитивнаго права, которое, вслѣдствіе сопротивленія, пріобрѣтаетъ все большую эмоціональную силу, доходящую у все большаго числа индивидовъ до энтузіазма и фанатизма и доводящую ихъ до фанатической ненависти къ существующему порядку и его представителямъ, вызываетъ въ концѣ концовъ взрывъ, революцію. Последняя обыкновенно ускоряется и облегчается тѣмъ, что пользующіеся существующимъ правовымъ строемъ, извлекающіе изъ него матеріальную пользу (напр., изъ рабства, какъ это было до соотвѣтственной американской революціи, изъ феодальныхъ привилегій, какъ это было до французской революціи) или поддерживающіе его по какимъ-либо инымъ расчетамъ и соображеніямъ безъ этической санкціи со стороны интуитивно-правовой совѣсти, безъ вѣры въ святость и справедливость своего дѣла или даже вопреки противоположнымъ указаніямъ своей интуитивно-правовой совѣсти, подвергаются неизбежно этическому отравленію и упадку; происходитъ этическое гніеніе соотвѣствующихъ верхнихъ слоевъ общества и государственнаго механизма, появляются и распространяются компрометирующія злоупотребленія, замѣчается недостатокъ честныхъ и выдающихся, дѣйствующихъ съ вѣрою и энтузіазмомъ, людей, и т. д.

Хотя бы объяснить явления социальных революций состоитъ въ томъ, что онѣ вызываються классовыми интересами: непризнаваемые и попираемые существующимъ правомъ классовые интересы въ случаѣ нарушенія прежняго равновѣсія силъ, въ случаѣ перехода большей силы къ подлежащему классу, вызываютъ соответствующій насильственный переворотъ. Но это объясненіе противорѣчитъ фактамъ исторіи, напр.; тому несомнѣнному факту или, точнѣе, тѣмъ безчисленнымъ фактамъ, что рабы, крѣпостные, вообще разные низшіе и находящіеся въ относительно неблагоприятномъ социальномъ положеніи классы, находящіеся подъ управленіемъ и господствомъ относительно ничтожнаго количества господъ, феодаловъ и т. п., тѣмъ не менѣе въ теченіе столѣтій и тысячелѣтій не учиняють никакихъ революцій, пока господствуетъ вѣра въ святость и справедливость существующаго права, т. е. пока существующее позитивное право согласно съ интуитивнымъ; далѣе, напр., тому факту, что участники соответственной междоусобной, революціонной борьбы распредѣляются по двумъ противоположнымъ лагерямъ не согласно теоріи интересовъ, а по инымъ социально-психическимъ законамъ, при чемъ, между прочимъ, большую роль играетъ возрастъ, интеллигенція, темпераментъ и т. д., и въ результатѣ въ обоихъ лагеряхъ борются массы тѣхъ, которые по теоріи интересовъ должны были бы быть въ противоположномъ лагерѣ. Далѣе, съ психологической точки зрѣнія теорія интересовъ, по существу психологическая теорія, представляется по меньшей мѣрѣ не основанною на изученіи, знаніи и пониманіи человѣческой психики и мотиваціи поведенія. Психологія интересовъ, какъ таковая, не есть психологія, способная заставлять множество лицъ жертвовать своимъ благополучіемъ, своею карьерою, своею жизнью и т. д. Стремясь все свести къ эгоизму и матеріальнымъ расчетамъ, теорія интересовъ вмѣстѣ съ тѣмъ, въ качествѣ *deus machina*, должна ввести предположеніе необъяснимаго для нея и невѣдомаго противоположнаго психическаго элемента. Природа подлежащаго психологическому объясненію поведенія въ данной области такова, что приходится искать объясненій въ области явленій и законовъ этической психики, и рѣчь можетъ идти о нравственной или правовой психикѣ. Но нрав-

ственная психика, какъ было выяснено выше,—мирная психика, и къ насильственному проведенію своихъ требованій несклонна и неспособна. Такими склонностями и тенденціями обладаетъ, въ области этической психики, только правовая.

Сообразно съ изложеннымъ, напр., во французской революціи была постоянно въ разныхъ формахъ рѣчь о „правахъ человѣка и гражданина“, въ американской революціи въ пользу уничтоженія рабства—о правѣ всякаго человѣка на свободу и на результаты своего труда и проч., и за эти права и противъ сдѣлавшагося ненавистнымъ противоположнаго порядка происходила борьба.

Разумѣется, какъ вездѣ въ массовыхъ соціальныхъ явленіяхъ и движеніяхъ, имѣются всегда разныя примѣси и осложненія, въ томъ числѣ примѣси различныхъ у разныхъ элементовъ интересовъ, расчетовъ, тщеславій, честолюбій и проч. и проч.

Въ случаѣ недостаточно сильнаго развитія или недостаточно общаго распространенія соотвѣтственнаго интуитивнаго права и революція бываетъ соотвѣтственно слабосильною.

Впрочемъ, по поводу дѣйствія интуитивнаго права въ пользу соотвѣтственныхъ измѣненій позитивнаго права, а также по поводу соотвѣтственнаго вліянія интуитивнаго права на толкованіе, научную разработку и примѣненіе позитивнаго права слѣдуетъ отмѣтить, что подлежащее дѣйствіе интуитивнаго права по большей части остается скрытымъ и незамѣтнымъ, не только въ смыслѣ отсутствія соотвѣтственнаго словеснаго или письменнаго выраженія, но и въ смыслѣ отсутствія знанія и пониманія дѣйствующими, напр., отстаивающими известное толкованіе существующаго права или известную его реформу подъ вліяніемъ давленія интуитивнаго права, того, что ихъ заставляетъ дѣйствовать въ соотвѣтственномъ направленіи. Интуитивное право дѣйствуетъ въ качествѣ т. ск. незримаго, закулиснаго фактора, на сценѣ же появляются разныя иные аргументы и соображенія, составляются разныя теоріи, политическія, соціальныя ученія. Несмотря на свою подчасъ большую поверхностность, односторонность и произвольность, подлежащія аргументаціи, теоріи, ученія, разъ онѣ по своему направленію соотвѣтствуютъ требованіямъ зарождающагося и укореняющагося интуитивнаго

права, представляются людямъ весьма удачными и убѣдительными, приобрѣтаютъ распространеніе и популярность, иногда такую вѣру и почитаніе, какая бываетъ въ религіозной области. Сила ихъ коренится не въ ихъ интеллектуальномъ содержаніи, а въ эмоціональной интуитивно-правовой подпочвѣ.

На ряду съ вліяніемъ интуитивнаго права на развитие позитивнаго имѣется еще и процессъ обратнаго взаимодѣйствія, — вліяніе позитивнаго права на развитие интуитивнаго. Интуитивное право индивида развивается въ дѣтствѣ, въ семьѣ, въ школѣ и дальнѣйшей жизни въ значительной степени подъ вліяніемъ не только интуитивно-правовыхъ воззрѣній окружающихъ и соотвѣтственныхъ внушеній со стороны родителей и т. д., но также и подъ дѣйствіемъ внушеній, исходящихъ отъ позитивнаго права, отъ соотвѣтственныхъ правовыхъ обычаевъ и законовъ и вообще отъ существующаго позитивно-правового социальнаго строя, особенно если данное позитивное право пользуется въ данной социальной средѣ уваженіемъ и не подвергается сомнѣніямъ и критикѣ. Выше былъ указанъ процессъ производства позитивнаго права со стороны интуитивнаго, состоящій въ томъ, что интуитивное право вызываетъ такіа дѣйствія, которыя получаютъ значеніе нормативныхъ фактовъ, дѣйствующихъ въ качествѣ таковыхъ уже независимо отъ интуитивнаго права, ихъ вызвавшаго. Аналогично имѣются процессы производства интуитивнаго права со стороны позитивнаго, состоящіе въ томъ, что правовыя переживанія, внушаемыя нормативными фактами позитивнаго права и первоначально зависямыя отъ представленій этихъ фактовъ, затѣмъ, и особенно въ случаѣ частаго повторенія ихъ и эмоціональной живости, получаютъ самостоятельный характеръ, появляются уже независимо отъ соотвѣтственныхъ нормативныхъ фактовъ и ихъ представленій, т. е. въ качествѣ интуитивно-правовыхъ. Происходитъ это путемъ образованія прочныхъ диспозитивныхъ ассоціацій соотвѣтственныхъ объектныхъ представленій и т. д. и императивно-аттрибутивныхъ эмоцій. Между прочимъ, дѣйствіемъ этихъ процессовъ интуитивно-правовая психика людей, имѣющихъ спеціально и постоянно дѣло съ извѣстнымъ позитивнымъ правомъ, напр., ученыхъ спеціа-

листовъ юристовъ, судей, адвокатовъ и т. д., подвергается своеобразному перерожденію и специальному и одностороннему развитію, состоящему въ томъ, что постоянно ими изучаемое, излагаемое съ кафедры или примѣняемое (т. е. по разнымъ поводамъ часто переживаемое и оставляющее соотвѣтственные диспозитивные слѣды) позитивное право въ значительной степени дѣлается ихъ интуитивнымъ правомъ и вытѣсняетъ и разрушаетъ разные элементы ихъ прежняго интуитивнаго права; такъ что ихъ интуитивно-правовая психика получаетъ въ соотвѣтственной мѣрѣ иной обликъ, нежели интуитивно-правовая психика не-спеціалистовъ (откуда подчасъ взаимное непониманіе, споры и т. д.). Въ болѣе слабой и менѣе замѣтной степени такъ же дѣйствуетъ позитивное право на интуитивно-правовую психику и всѣхъ прочихъ членовъ обществъ.

Сообразно съ этимъ разумное и дѣльное позитивное право является для народа, независимо отъ непосредственной своей цѣнности, драгоценною школою интуитивной императивно-атрибутивной этики (отчасти и чисто императивной: ибо между нравственностью и правомъ существуютъ аналогичныя изложеннымъ взаимодействія). Напротивъ, неразумное, злокачественное позитивное право, напр., право, допускающее и поощряющее злостное поведеніе, третированіе, преслѣдованіе и т. д. по отношенію къ извѣстной части народонаселенія, по религіи, расѣ, національности или т. п., является источникомъ отравленія и порчи народной интуитивной правовой (и нравственной) этики. Отстающее по содержанию, недостаточно прогрессивное позитивное право задерживаетъ въ извѣстной степени, пока оно само еще пользуется достаточнымъ авторитетомъ и уваженіемъ, и развитіе интуитивнаго права. Передовое позитивное право, въ частности законодательное или иное позитивное право, опережающее развитіе интуитивнаго права извѣстныхъ элементовъ общества, напр., менѣе культурныхъ слоевъ народонаселенія, ускоряетъ развитіе соотвѣтственнаго интуитивнаго права.

Степень способности позитивнаго права модифицировать интуитивное право сообразно собственному своему содержанию зависитъ въ сильной степени отъ качествъ этого содержанія, отъ его соотвѣтствія потребностямъ соціальной жизни, тен-

денціямъ ея развитія и т. д. Сообразно съ этимъ, задерживающее развитіе интуитивнаго права дѣйствіе отстающаго позитивнаго права слабѣе, чаще терпитъ крушеніе и т. д., чѣмъ ускоряющее развитіе интуитивнаго права дѣйствіе передоваго, прогрессивнаго позитивнаго права. Подчасъ позитивное право послѣдняго рода оказываетъ весьма быстрое и радикальное перерождающее дѣйствіе на интуитивное право, иногда вызываетъ коренныя „революціи“ въ области народной интуитивно-правовой психики. Такъ, напр., отмѣна крѣпостнаго права въ Россіи при императорѣ Александрѣ II, великая правовая реформа, осуществленная подъ дѣйствіемъ соотвѣтственнаго интуитивнаго права культурныхъ и передовыхъ личностей съ монархомъ во главѣ, несомнѣнно опередила развитіе соотвѣтственнаго интуитивнаго права въ громадной, рѣшительно преобладающей массѣ народонаселенія; интуитивное право этой части народонаселенія, въ частности большинства помѣщиковъ и огромнаго большинства крестьянъ, ко времени изданія манифеста о свободѣ было господскимъ-рабскимъ правомъ. Помѣщики приписывали себѣ соотвѣтственныя права по отношенію къ крѣпостнымъ, послѣдніе приписывали себѣ соотвѣтственныя обязанности по отношенію къ своимъ господамъ, соотвѣтственныя права своимъ господамъ — вовсе не на томъ только основаніи, что такъ полагается по закону, а и независимо отъ этого, по совѣсти, по своимъ интуитивно-правовымъ взглядамъ; и многіе даже не представляли себѣ возможности и допустимости иного права, права свободы и т. д. И вотъ законодательная реформа произвела въ этомъ отношеніи весьма быстрый и коренной переворотъ. Нѣкоторые крестьяне, главнымъ образомъ старцы, по исключенію сохранили въ теченіе десятилѣтій и до конца жизни свою прежнюю интуитивную психику крѣпостнаго права, не хотѣли знать и признавать реформы, заявляли прежнимъ господамъ, что они считаютъ своимъ священнымъ долгомъ и впредь вѣрою и правдою служить и даже обижались по поводу предложеній уйти на свободу, получать плату за службу и т. д. Но громадное большинство, особенно молодые, болѣе восприимчивые, весьма быстро освободились отъ своей прежней рабской интуитивной правовой психики и прониклись противоположными интуитивно-правовыми убѣжденіями; такъ

что, напр., обратная реформа уже годъ или меньше спустя послѣ изданія манифеста была бы абсолютно немислима уже въ слѣдствіе соотвѣтственнаго интуитивно-правового переворота въ народной психикѣ. Аналогичные крупные и болѣе или менѣе быстрые перевороты въ области народной интуитивно-правовой психики имѣли мѣсто въ исторіи у разныхъ народовъ подъ вліяніемъ подобныхъ по содержанію и разнымъ другимъ крупнымъ прогрессивнымъ реформъ въ области позитивнаго права, напр., подъ вліяніемъ законодательнаго предоставленія и осуществленія въ теченіе извѣстнаго времени политическихъ, конституціонныхъ правъ и проч. Рецепція западно-европейскими народами болѣе культурнаго и передового по сравненію съ ихъ національными правами римскаго права, въ качествѣ позитивнаго права, сопровождалась соотвѣтственными процессами измѣненія и интуитивно-правовой психики и облегчалась и ускорялась сама этимъ дѣйствіемъ на интуитивное право; особенно наиболѣе культурные элементы тогдашняго общества, знакомившіеся съ содержаніемъ болѣе культурнаго римскаго права, приходили въ воодушевленіе и энтузіазмъ по адресу этого права, и разные элементы его содержанія приобрѣтали въ ихъ психикѣ роль правовой истины, правовой правды, самой по себѣ, т. е. интуитивнаго права, а прежнія ихъ интуитивно-правовыя мнѣнія казались имъ чѣмъ-то варварскимъ, продуктомъ ихъ прежняго незнанія истиннаго права, отсутствія истиннаго правового свѣта.

§ 37

Справедливость.

Въ справедливости люди усматриваютъ высшій руководящій свѣтъ; въ вѣрѣ въ существованіе справедливости они находятъ успокоеніе и утѣшеніе въ бѣдствіяхъ и страданіяхъ жизни. Но что такое справедливость, гдѣ и въ какомъ видѣ она существуетъ, въ чемъ состоятъ начала, каковъ принципъ справедливости?

Проблема о природѣ и принципѣ справедливости издревле привлекала къ себѣ вниманіе и интересовала мыслящихъ людей. Она занимала видное мѣсто въ философскихъ ученіяхъ

древности (Сократа, Платона, Аристотеля, стоиковъ и др.), среднихъ вѣковъ и новаго времени. Специально къ своему вѣдѣнію относятъ ее моралисты. Въ подлежащихъ трактатахъ неизмѣнно имѣется отдѣлъ, посвященный ученію о справедливости, признаваемой одной изъ важнѣйшихъ нравственныхъ добродѣтелей, дѣлаются попытки выясненія ея существа, установленія единого принципа справедливости и т. д. Въ то же время въ сферѣ науки права имѣется сознаніе, что справедливость имѣетъ какое-то особое отношеніе къ праву, и сообразно съ этимъ представители общаго ученія о правѣ обыкновенно, съ своей стороны, пытаются опредѣлить природу справедливости, ея отличіе отъ права и отношеніе къ нему. Кромѣ того, природа справедливости и ея отношеніе къ праву обсуждается и въ нѣкоторыхъ специальныхъ юридическихъ наукахъ: въ наукѣ гражданского права (особенно римскаго гражд. права въ виду того, что справедливость, *aequitas*, играетъ большую роль въ источникахъ римскаго права) и въ наукѣ уголовного права.

Но, несмотря на многолѣтнюю работу мысли въ сферахъ этого ряда наукъ, проблема о природѣ справедливости остается до сихъ поръ нерѣшенной проблемою и спорнымъ вопросомъ.

Весьма распространеннымъ является воззрѣніе, что справедливость состоитъ въ равенствѣ, въ равномъ отношеніи къ другимъ; нѣкоторые усматриваютъ существо справедливости въ сочетаніи принципа равенства и нѣкоторыхъ другихъ принциповъ: одни — благожелательства, другіе — свободы и т. п. ¹⁾ Дѣйствительно, во многихъ случаяхъ справедливымъ представляется равное, несправедливымъ, неравное отношеніе; но во многихъ другихъ случаяхъ съ точки зрѣнія справедливости требуется противоположное, неравное отношеніе, напр., принятіе во вниманіе различныхъ степеней вины, заслуги и т. п. Это даже дало поводъ для возникновенія ученія (Пухта и др.), что справедливость состоитъ въ принятіи во вниманіе и признаніи индивидуальныхъ раз-

¹⁾ По мнѣнію Г. Спенсера, справедливость есть свобода каждаго, ограниченная равною свободою всѣхъ. Предлагаемая имъ формула справедливости гласитъ: каждый свободенъ дѣлать все, что хочетъ, предполагая, что онъ не нарушаетъ такой же, равной свободы кого бы то ни было другого

личій и ихъ требованій. Нѣкоторые соединяють оба принципа: равенства и неравенства и опредѣляютъ справедливость, какъ равное отношеніе къ равному, неравное къ неравному. Но, напр., наказаніе невиновнаго представляется несправедливымъ, независимо отъ того, что бываетъ въ другихъ случаяхъ. Не вызываетъ подобныхъ возраженій предлагаемая нѣкоторыми формула, по которой справедливость состоитъ въ такомъ отношеніи, которое основано на принятіи во вниманіе того, что заслуживаетъ вниманія, непринятіи во вниманіе того, что не заслуживаетъ такового, или, въ примѣненіи не произвольнаго какого либо масштаба, а такого, который соотвѣтствуетъ обстоятельствамъ дѣла. Но эти формулы страдаютъ слишкомъ большою общностью и безодержательностью и не указываютъ специфической природы справедливости. Всякое надлежащее поведеніе и отношеніе къ дѣлу должно, конечно, основываться на принятіи во вниманіе того, что заслуживаетъ вниманія, въ примѣненіи надлежащаго, а не произвольнаго масштаба и т. д., но о справедливости рѣчь идетъ лишь въ нѣкоторыхъ областяхъ такого поведенія; масштабъ справедливости представляетъ нѣкій особый масштабъ, на ряду съ разными другими, надлежащими въ своихъ областяхъ, масштабами, и требуется опредѣленіе его специфической природы.

Въ моралистической литературѣ нерѣдко встрѣчается сведеніе справедливости къ симпатіи, опредѣленіе справедливости, какъ особой формы симпатіи или особой формы примѣненія (равнаго и т. п.) симпатіи, или сочетанія симпатіи и другихъ элементовъ, напр., мудрости (такъ, по мнѣнію Гефдингга, справедливость есть сочетаніе симпатіи и мудрости). Нѣкоторые считаютъ существеннымъ для справедливости соотвѣтствіе истинѣ, согласіе съ дѣйствительностью. По мнѣнію Меркеля (Юр. энц. § 27 и сл.), справедливость состоитъ въ отношеніи, соотвѣтствующемъ истинѣ и нравственности, фактической и нравственной правдѣ. Многіе считаютъ существеннымъ элементомъ справедливости цѣлесообразность или просто отождествляютъ справедливость съ цѣлесообразностью, съ общественною цѣлесообразностью даннаго отношенія къ дѣлу (Перингъ и др.).

Въ изложенномъ выше ученіи о правѣ вообще и спе-

ціально объ інтуїтивномъ правѣ содержатся данныя и для разрѣшенія проблемы о природѣ справедливости. Дѣло въ томъ, что справедливость представляетъ не что иное, какъ право въ нашемъ смыслѣ, а именно інтуїтивное право.

Справедливость, какъ реальное явленіе, есть явленіе духовной жизни, психическое явленіе, и для научнаго, достовѣрнаго познанія соотвѣтственныхъ феноменовъ требуется примѣненіе соотвѣтственнаго метода, самонаблюденія и соединеннаго метода. Примѣняя этотъ методъ, нетрудно убѣдиться, что мы здѣсь имѣемъ дѣло не съ переживаніями симпатій (каритативныхъ эмоцій) по чьему либо адресу, не съ сужденіями объ общественной цѣлесообразности или вообще какими бы то ни было оппортунистическими сужденіями и расчетами и т. д., а съ принципиальными, нормативными переживаніями и при томъ этическими переживаніями въ смыслѣ соотвѣтственнаго образованнаго выше понятія; здѣсь имѣются этическія эмоціи, эмоціи долга, соотвѣтственное поведеніе сознается не какъ удобное для извѣстной цѣли, а какъ должное, независимо отъ какихъ бы то ни было цѣлей и расчетовъ; такъ что представленіе или воспріятіе чужого поступка, представляющагося намъ явно и рѣзко несправедливымъ по отношенію къ кому-либо, вызываетъ соотвѣтственное, этическое, порицаніе или негодованіе; воспоминаніе о собственномъ поступкѣ этого рода вызываетъ соотвѣтственные, этическія, угрызенія совѣсти и т. д. Пользуясь, далѣе, дѣленіемъ этическихъ переживаній на два класса: чисто императивныя, нравственныя, и императивно-аттрибутивныя, правовыя, и наблюдая и анализируя съ этой точки зрѣнія переживанія справедливости, нетрудно убѣдиться, что эти переживанія относятся ко второму классу, что здѣсь имѣются и дѣйствуютъ императивно-аттрибутивныя эмоціи, что соотвѣтственное сознаніе представляется сознаніемъ того, что отъ однихъ слѣдуетъ, причитается другимъ, а не сознаніемъ односторонняго, чисто императивнаго долженствованія; такъ что отнесеніе справедливости со стороны моралистовъ къ нравственности, а равно противопоставленіе ея со стороны юристовъ праву, съ точки зрѣнія изложенныхъ выше ученій, представляются неправильнымъ и подлежащимъ исправленію путемъ классификаціоннаго перемѣщенія справедли-

ности изъ класса нравственности въ классъ права. Наконецъ, примѣняя дѣленіе права на два вида: позитивное и интуитивное и соотвѣтственныя понятія и изучая переживанія справедливости съ этой точки зрѣнія, легко констатировать, что здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ позитивно, а съ интуитивно-правовыми феноменами, съ сужденіями не о томъ, что полагается по законамъ и т. п., а о томъ, что кому по „совѣсти“, по нашимъ самостоятельнымъ, независимымъ отъ ви́шнихъ авторитетовъ, убѣжденіямъ причитается, должно быть предоставлено и т. д. Сообразно съ этимъ, напр., сами законы, правовые обычаи и т. д. подвергаются критикѣ съ точки зрѣнія справедливости, какъ нѣкаго высшаго масштаба и критерія; нѣкоторые одобряются, какъ согласные съ требованіями справедливости, другіе порицаются или даже отвергаются съ негодованіемъ, какъ несправедливые, несогласные съ требованіями справедливости, лишающіе кого-либо того, что ему причитается, и т. д.

Выше было указано, что сферою дѣйствія интуитивнаго права является область надѣленія благами и причиненія золь, распредѣленія благъ и золь, въ отличіе отъ позитивнаго права, которое рѣшаетъ и не относящіяся къ этой сферѣ вопросы, вопросы формальностей, техническихъ порядковъ и т. п. Этому соотвѣтствуетъ сфера дѣйствія справедливости, которая спеціально касается области распредѣленія благъ и золь и некомпетентна въ области формальныхъ вопросовъ и т. д. Однимъ словомъ, реальное, наблюдательное изученіе съ примѣненіями добытыхъ раньше данныхъ въ качествѣ руководства даетъ тотъ результатъ, что переживанія справедливости суть интуитивныя этическія переживанія императивно-атрибутивнаго типа, по установленной выше терминологіи — интуитивное право.

Какъ вообще въ области этическихъ переживаній, обыденному, наивному, покоящемуся на вызываемомъ эмоціональною проекціею „оптическомъ“ обманѣ, воззрѣнію представляются реальными въ области справедливости соотвѣтственныя проекціи; сообразно съ этимъ, слово справедливость обозначаетъ обыкновенно, напр., въ выраженіяхъ: „справедливость требуетъ, предписываетъ“, „начала справедливости“, „по спра-

ведливости, по высшимъ началамъ справедливости, слѣдуетъ, причитается "... и т. д., соотвѣтственныя нормы, или совокупность соотвѣтственныхъ нормъ, представляющихся неизмѣнно существующими и опредѣляющими съ высшимъ авторитетомъ, что кому отъ кого причитается. Т. е. съ проекціонной точки зрѣнія справедливость обозначаетъ интуитивно правовыя нормы. На ряду съ проекціей нормъ въ области переживаній справедливости происходитъ, конечно, проекція соотвѣтственныхъ обязанностей („долгъ справедливости“, „по справедливости долженъ, обязанъ“...), обязанностей, закрѣпленныхъ за другими, правоотношеній, правъ („по справедливости имѣетъ право на то-то, можетъ притязать“... и т. д.). Поэтому, примѣняя традиціонное въ правовѣдѣніи различіе съ (наивно) проекціонной точки зрѣнія права въ объективномъ смыслѣ (нормъ) и права въ субъективномъ смыслѣ (правоотношеній, обязанностей, правъ) къ справедливости, можно различать съ (сознательно) проекціонной точки зрѣнія справедливость въ объективномъ смыслѣ (интуитивно-правовыя нормы) и въ субъективномъ смыслѣ (соотвѣтственныя правоотношенія, обязанности, правомочія и правопритязанія).

Дальнѣйшимъ продуктомъ проекціоннаго дѣйствія эмоций, входящихъ въ составъ переживаній справедливости, является приписываніе соотвѣтственному поведенію, поведенію, согласному съ нашимъ интуитивнымъ правомъ, особой природы, особаго представляющагося реальнымъ свойствомъ качества, выражаемаго эпитетомъ „справедливый“ („справедливый поступокъ“). Въ случаѣ противорѣчія, несогласія чьего-либо поведенія съ требованіями интуитивнаго права судящаго, этому поведенію приписывается (пронцируется на него) противоположное свойство „несправедливость“ („несправедливый поступокъ“). Далѣе, проекція подлежащихъ качествъ: „справедливый“, „несправедливый“ направляется и на тѣхъ людей или иныя существа, напр., божественныя, которыя представляются дѣйствующими согласно или вопреки требованіямъ справедливости, интуитивнаго права („справедливый чловѣкъ“, „Богъ—справедливъ“ и т. д.). И слово справедливость означаетъ, сверхъ интуитивно-правовыхъ нормъ, еще соотвѣтственное свойство поведенія или качество характера, похвальное качество, „добродѣтель“—склонность и стремле-

ніе всегда дѣйствовать согласно съ требованіями справедливости въ первомъ смыслѣ, т. е. съ нормами интуитивнаго права. Противоположное свойство поведенія и характера, порокъ, состоящій въ склонности нарушать требованія справедливости въ первомъ смыслѣ, называется „несправедливостью“.

Въ качествѣ именъ для обозначенія похвальныхъ качествъ поведенія и характера, заслугъ, добродѣтели, и противоположныхъ, достойныхъ порицанія, свойствъ поведенія и характера, выраженія „справедливость“ и „несправедливость“ естественно примѣняются главнымъ образомъ въ тѣхъ случаяхъ и областяхъ, гдѣ подлежащіе субъекты (поведенія или характера) представляются дѣйствующими по свободному выбору, а не подъ давленіемъ необходимости, принужденія, властныхъ велѣній другихъ и т. п., каковыя обстоятельства исключаютъ похвальность, наличность заслуги, добродѣтельность соотвѣтственнаго поведенія. Сообразно съ этимъ выраженія справедливость, несправедливость и т. д. примѣняются главнымъ образомъ тогда, когда рѣчь идетъ о поведеніи или характерѣ стоящихъ выше и господствующихъ по отношенію къ стоящимъ ниже, подчиненнымъ, зависимымъ, а не обратно; такъ, справедливость приписывается божествамъ, какъ высшимъ распредѣлителямъ благъ, по отношенію къ людямъ, а не обратно, не зависимымъ отъ божествъ и безсильнымъ по отношенію къ нимъ существамъ, не могущимъ ихъ надѣлать благами или лишать ихъ чего-либо людямъ; она приписывается законодателямъ по отношенію къ подзаконнымъ, монархамъ по отношенію къ подданнымъ, господамъ по отношенію къ рабамъ, слугамъ, начальникамъ по отношенію къ подчиненнымъ, судьямъ по отношенію къ судимымъ, родителямъ по отношенію къ дѣтямъ, критикамъ по отношенію къ критикуемымъ, экзаменаторамъ по отношенію къ экзаменуемымъ и т. д.,—а не обратно. Само собою, впрочемъ, разумѣется, что стоящіе въ одной области выше другихъ, надѣляющіе ихъ по усмотрѣнію чѣмъ-либо или лишаящіе чего-либо согласно или несогласно съ интуитивнымъ правомъ, могутъ въ другихъ областяхъ поведенія быть въ обратномъ положеніи по отношенію къ этимъ другимъ, и тогда говорится о справедливомъ или несправедливомъ отношеніи по-

слѣднихъ къ первымъ; напр., въ области экзамена и надѣленія экзаменующихся отмѣтками сообразно съ ихъ заслугами, какъ онѣ по совѣсти причитаются, рѣчь идетъ о справедливости не экзаменующихся, а экзаменатора; но если послѣ экзамена подвергшіеся экзамену обсуждаютъ поведеніе экзаменатора, воздають ему должное путемъ признанія его добросовѣтности или справедливости или отказываютъ въ такомъ признаніи, то здѣсь имѣется обратное отношеніе: „судьями“ становятся прежніе „подсудимые“ и сообразно съ этимъ къ ихъ сужденіямъ примѣнимы эпитеты „справедливый“ или „несправедливый“.

Такое словоупотребленіе, т. е. соотвѣтствующія привычки названія, вліяють и на примѣненіе слова справедливость въ смыслѣ соотвѣтственныхъ нормъ, высшихъ требованій (интуитивнаго права); а именно и въ этомъ смыслѣ слово справедливость примѣняется главнымъ образомъ въ тѣхъ областяхъ, гдѣ дѣло идетъ объ отношеніяхъ выше стоящихъ, властвующихъ и могущихъ по умотрѣнію надѣлять другихъ благами и т. д., къ ниже стоящимъ, зависящимъ въ области распределенія благъ и золь.

Такъ какъ справедливость есть право, относится къ классу права, соотвѣтственныя реальныя явленія суть правовыя, императивно-атрибутивныя, переживанія, соотвѣтственныя нормы суть правовыя, императивно-атрибутивныя, нормы и т. д., то все изложенное выше о правѣ вообще, о правовыхъ эмоціяхъ и о разныхъ категоріяхъ представленій, входящихъ въ составъ правовыхъ переживаній, о правовыхъ проекціяхъ, нормахъ и правоотношеніяхъ, обязанностяхъ, правахъ и ихъ элементахъ, о характерныхъ особенностяхъ права по сравненію съ нравственностью и т. д., относится и къ справедливости; въ составъ переживаній справедливости, въ отличіе отъ чисто императивныхъ, нравственныхъ въ смыслѣ установленной классификаціи, переживаній входятъ атрибутивныя (а не чисто императивныя) эмоціи, двустороннія, парныя субъектныя и объектныя представленія, представленія тѣхъ, отъ которыхъ, и тѣхъ, которымъ что-либо причитается, представленія доставленій, требующихся отъ обязанныхъ, и полученій, причитающихся противостоящей сторонѣ; вслѣдствіе атрибутивной природы подлежащихъ

эмоцій сознание справедливости оказываетъ болѣе сильное давленіе на поведеніе, чѣмъ чисто императивное, нравственное сознание, сознание такого долженствованія, по которому другимъ соотвѣтственное полученіе не причитается, и проч. и проч.

Далѣе, такъ какъ справедливость есть интуитивное право, то къ ней относится и все то, что было изложено выше спеціально объ интуитивномъ правѣ и отношеніи его къ позитивному. Вслѣдствіе независимости отъ нормативныхъ фактовъ, законовъ и т. д., справедливость отличается индивидуальной измѣнчивостью по содержанію, имѣетъ различное содержаніе у разныхъ классовъ людей и индивидовъ, обладаетъ болѣею способностью приспособляемости къ конкретнымъ обстоятельствамъ, чѣмъ позитивное право, развивается постепенно и незамѣтно, безъ тѣхъ осложненій, которыя свойственны развитію позитивнаго права; нормы справедливости представляются съ наивно-проекціонной точки зрѣнія, вслѣдствіе независимости отъ мѣстныхъ законовъ, обычаевъ и т. д., вѣчными, неизмѣнными, имѣющими всеобщее значеніе и т. д.; между справедливостью и соотвѣтственнымъ позитивнымъ правомъ неизбежны, на ряду съ согласіемъ въ основномъ и главномъ содержаніи, разногласія и конфликты: классовые и индивидуальные, эволюціонные и т. д.; такъ что разные элементы позитивнаго права и соотвѣтственныя конкретныя рѣшенія должны неизбежно оказываться съ точки зрѣнія разныхъ классовъ даннаго общества и индивидовъ несправедливыми; сознание справедливости оказываетъ давленіе на толкованіе, примѣненіе и научную разработку позитивнаго права, а равно является (мирно или революціонно дѣйствующимъ) факторомъ созданія, разрушенія и измѣненія позитивнаго права и т. д. ¹⁾).

¹⁾ Такимъ образомъ съ точки зрѣнія спеціальнаго интереса къ справедливости и ея изученію все предыдущее ученіе о правѣ и интуитивномъ правѣ можетъ разсматриваться какъ соотвѣтственно развитое ученіе о справедливости. То же относится къ тѣмъ частямъ послѣдующаго изложенія, которыя касаются права вообще, къ положеніямъ о происхожденіи и законахъ развитія, постепеннаго измѣненія содержанія права въ исторіи, и т. д.

§ 38.

О природѣ т. н. естественнаго права прежней философіи права.

Въ предыдущемъ ученіи о правѣ вообще и объ интуитивномъ правѣ въ частности содержатся также данныя и руководство для выясненія того, что такое представляетъ т. н. естественное право въ смыслѣ ученій прежней философіи права, и для рѣшенія вопроса о дѣйствительномъ существованіи или несуществованіи соотвѣтственнаго права.

Примѣняя къ содержанію трактатовъ, посвященныхъ изложенію нормъ т. н. естественнаго права, психологическій методъ изученія (въ данномъ случаѣ соединенный методъ внутренняго и внѣшняго наблюденія, ср. Введеніе § 2) и имѣя въ виду изложенное выше о природѣ правовыхъ переживаній и ихъ проекцій и о внѣшнихъ, словесныхъ, формахъ отраженія этихъ переживаній и проекцій, можно съ достаточною достовѣрностью констатировать, что разныя положенія т. н. естественнаго права, сообщаемыя авторами подлежащихъ трактатовъ, представляютъ не что иное, какъ отраженія и выраженія интуитивно-правовыхъ процессовъ въ психикѣ авторовъ, сообщенія содержанія ихъ интуитивно-правовыхъ мнѣній и соотвѣтственныхъ проекцій. Преобладающею формою внѣшняго выраженія является односторонне-аттритивная редакція; рѣчь идетъ не столько о естественно-правовыхъ обязанностяхъ, сколько о правахъ, о прирожденныхъ, установленныхъ самою природою, и т. п. правахъ человѣка, гражданина, мужа, отца и т. д. При этомъ авторы соотвѣтственныхъ положеній исходятъ изъ наивно-проекціонной точки зрѣнія и находятся подъ вліяніемъ соотвѣтственнаго заблужденія относительно сферы существованія и природы того, съ чѣмъ они имѣютъ дѣло, принимаютъ за реальное не подлежащія психическіе процессы, а ихъ представляющіяся существующими во внѣшнемъ по отношенію къ ихъ психикѣ мірѣ, проекціонныя отраженія. Сообразно выясненному выше специфическому характеру интуитивно-правовыхъ проекцій, связанному съ отсутствіемъ въ интеллектуальномъ составѣ интуитивно-правовыхъ переживаній представленій нормативныхъ фактовъ и состоящему въ соотвѣтственной неограни-

ченности проекціонной сферы, авторы естественно-правовыхъ положеній приписываютъ естественно-правовымъ нормамъ вѣчность, неизмѣнность, всеобщее, независимое отъ мѣста значеніе и т. д., говорятъ о всеобщихъ правахъ каждаго чловѣка, каждаго гражданина, о вѣчности и прирожденности, независимости отъ государственнаго предоставленія соотвѣтственныхъ правъ и т. д. Характеромъ высшей мистической авторитетности императивно-атрибутивныхъ этическихъ эмоцій объясняется, далѣе, тенденція естественно-правовыхъ ученій приписывать соотвѣтственныя высшія велѣнія и предоставленія такимъ или инымъ высшимъ существамъ: Природѣ, Божеству и т. д. Тѣмъ, что было выяснено выше относительно природы справедливости, объясняется, наконецъ, приписываніе подлежащимъ нормамъ, обязанностямъ, правамъ свойства справедливости, истинной справедливости, соотвѣтствія началамъ высшей справедливости и т. п.

На ряду съ интуитивно-правовыми мнѣніями въ составѣ содержанія естественно-правовыхъ ученій имѣются, впрочемъ, еще и разные другіе элементы. Кромѣ разныхъ теоретическихъ положеній и ученій: о природѣ права, о природѣ и свойствахъ естественнаго права и т. д., здѣсь мы находимъ еще разныя практическія положенія и ученія, имѣющія отличную отъ интуитивнаго права природу. Сюда относятся прежде всего разныя соображенія цѣлесообразности, въ частности законодательно-политическія соображенія о неудовлетворительности дѣйствующихъ законовъ и учрежденій, съ точки зрѣнія тѣхъ цѣлей и задачъ, которымъ они должны, по мнѣнію авторовъ, удовлетворять (напр., о нецѣлесообразности такихъ или иныхъ наказаній съ точки зрѣнія успешнаго искорененія преступленій или исправленія преступниковъ, о негодности пытки, какъ средства раскрытія истины въ уголовномъ процессѣ и т. п.), и предложенія соотвѣтственныхъ законодательныхъ реформъ. Далѣе, сюда относятся нормативныя, принципіальныя сужденія неправового типа: нравственныя, эстетическія ¹⁾). При этомъ авторы подлежащихъ

¹⁾ Напр., анализируя психологическія ученія философа Гербарта и его школы, можно констатировать, что эти ученія представляютъ смѣсь интуитивно-правовыхъ, нравственныхъ и эстетическихъ элементовъ (ср., напр., играющее большую роль въ этихъ ученіяхъ положеніе о безобра-

ученій, заключающихъ смѣсь различныхъ элементовъ, не различаютъ ихъ другъ отъ друга и одинаково считаютъ ихъ „естественнымъ правомъ“¹⁾).

Въ разныхъ естественно - правовыхъ ученіяхъ имѣются также подъ именемъ естественнаго права разныя такія положенія, которыя съ точки зрѣнія нашей классификаціи должны быть отнесены къ позитивно-правовымъ. Такъ, средневѣковые философы права излагали подъ именемъ естественнаго права разныя правовыя положенія въ качествѣ обязательныхъ въ силу такихъ или иныхъ приводимыхъ ими изреченій Евангелія или Библии, т. е. соотвѣтственныхъ нормативныхъ фактовъ, синайскаго законодательства и т. д. Другія положенія приводятся со ссылкой, какъ на нормативные факты, на общее мнѣніе въ сферѣ философовъ права или на мнѣніе пріобрѣвшихъ особый авторитетъ предшественниковъ (напр., Гуго Гроція). Вообще въ исторіи естественно - правовыхъ ученій замѣчается дѣйствіе, характерной для правовой психики вообще, тенденціи позитиваціи, выработки точно-опредѣленнаго единообразнаго шаблона.

Несмотря на наивно-проекціонную точку зрѣнія на право и незнаніе подлинной его природы, на смѣшеніе разнородныхъ вещей подъ именемъ естественнаго права и разные другіе научные недостатки, естественно-правовыя ученія, главнымъ образомъ интуитивно-правовые тезисы, выставляв-

зи споровъ, о томъ что «споръ не нравится» и разныя соотвѣтственныя частныя положенія).

1) Это представляетъ естественный результатъ отсутствія научнаго понятія права и критеріевъ для отличенія его отъ другихъ явленій, въ связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, что въ области «естественнаго права» нѣтъ помощи для отличенія права отъ другихъ явленій въ видѣ разныхъ внѣшнихъ критеріевъ, замѣняющихъ научное понятіе права въ области позитивно-правовой юриспруденціи: наличности соотв. госуд. законовъ, примѣненія въ судахъ, официальнаго принужденія и т. д.

На ряду со смѣшеніемъ разнородныхъ явленій подъ общимъ именемъ «естественнаго права» типичною ошибкою въ области естественно-правовыхъ ученій являются выводы правовыхъ положеній изъ чужеродныхъ посылокъ, напр., изъ разныхъ теоретическихъ положеній: о природѣ человѣка, о его общительности, эгоизмѣ, стремленіи къ само-сохраненію и т. п., изъ нравственныхъ тезисовъ, эстетическихъ и т. д. Изъ того, что человѣкъ отличается эгоизмомъ или т. п., и вообще изъ какихъ бы то ни было теоретическихъ тезисовъ, какъ таковыхъ, или изъ эстетическаго положенія о безобразіи спора или иныхъ эстетическихъ или нравственныхъ положеній или положеній цѣлесообразности не вытекаетъ и не можетъ вытекать правовой обязательности чего-либо, чьего-либо права на что-либо и т. д. (ср. Введеніе, § 17).

шіеся и съ воодушевленіемъ проповѣдывавшіеся передовыми и выдающимися мыслителями, принимавшими участіе въ разработкѣ естественнаго права, а также соотвѣтственныя правнополитическія соображенія и предложенія—исполняли полезную функцію содѣйствія прогрессу права и законодательства и въ этомъ смыслѣ служили суррогатомъ не существующей и до сихъ поръ науки политики права.

Переворотъ, происшедшій въ міросозерцаніи, направленіи и дѣятельности правовѣдѣнія въ первой половинѣ XIX столѣтія, состоявшій въ отказѣ отъ вѣры въ существованіе иного права, кромѣ положительнаго, и отъ иной дѣятельности, кромѣ историческаго и догматическаго изученія этого права, представляетъ въ обоихъ направленіяхъ регрессъ; были совершены двѣ крупныя ошибки, подлежащія исправленію путемъ развитія психологической науки о правѣ, обнимающей и интуитивное и позитивное право, и путемъ созданія на почвѣ соотвѣтственныхъ психологическихъ данныхъ науки политики права.

§ 39.

Позитивное право и его виды.

Подъ позитивнымъ правомъ, какъ реальными явленіями, согласно изложенному выше, мы разумѣемъ императивно-аттрибутивныя переживанія, содержащія въ себѣ представленія нормативныхъ фактовъ, какъ основаній обязательности; каковое понятіе, независимо отъ различія своего по содержанию отъ обычныхъ представленій о „правѣ“ или „позитивномъ правѣ“ въ юридическомъ смыслѣ, имѣетъ много большій объемъ, чѣмъ сфера примѣненія выраженной „право“ или „позитивное право“ въ современномъ правовѣдѣніи, обнимаетъ собою многое такое, что принято относить къ разнымъ противопоставляемымъ праву классамъ: правамъ, религіи и т. д., и равно многое такое, что въ современной классификаціи явленій вообще не находитъ себѣ мѣста, вообще упускается изъ вида.

Къ позитивному праву въ указанномъ, широкомъ, смыслѣ относится, во-первыхъ, все то, что было установлено выше относительно права вообще, во-вторыхъ, въ качествѣ спе-

ціальної теорії позитивного права, вь отличіе оть интуитивного, то, что было изложено выше вь формь указанія отличій интуитивного права оть позитивного и ихъ взаимоотношеній. Здѣсь остается, вь дополненіе къ этому, изложить дѣленіе позитивного права на виды и разновидности. А именно, вь области позитивного права можно различать нѣсколько видовъ и разновидностей, смотря по тому, на какого рода нормативные факты имѣется ссылка вь данныхъ позитивно-правовыхъ переживаніяхъ.

Ученіе о видахъ позитивного права, хотя и вь слабо развитой и вообще неудовлетворительной формь, имѣется уже вь существующей наукѣ права, замѣтовавшей его оть древнихъ римскихъ юристовъ; но оно скрывается подь своеобразнымъ и, повидимому, означающимъ нѣчто иное именованіемъ ученія о т. н. „источникахъ права“.

Что такое источники права? По общепринятому мнѣнію, къ источникамъ права относится законное право (или законы, что, съ точки зрѣнія существующихъ ученій о правѣ, равняется другъ другу) и обычное право. По господствующему, хотя и не общепризнанному мнѣнію, сюда относится также право судебной практики (или=судебная практика). По поводу понятія источника права—опредѣленія его, вь отличіе оть приведеннаго перечисленія отдѣльныхъ источниковъ—вь наукѣ имѣются разногласія. Всѣ согласны относительно того, отрицательнаго, положенія, что источники права вь техническомъ смыслѣ слѣдуетъ отличать оть источниковъ познанія права, оть тѣхъ историческихъ документовъ, вь томъ числѣ сочиненій частныхъ писателей, и иныхъ данныхъ, изъ которыхъ мы можемъ добыть свѣдѣнія относительно какого-либо существовавшего или существующаго права. Но какъ слѣдуетъ опредѣлить положительно существо источниковъ права, по этому поводу высказываются разнообразныя мнѣнія; нѣкоторые опредѣляютъ источники права, какъ формы созданія права, другіе, какъ основанія возникновенія права, третьи, какъ факторы, обосновывающіе право вь объективномъ смыслѣ, четвертые, какъ признаки обязательности юридическихъ нормъ, пятые, какъ различныя формы выраженія права, т. е. общей воли, и т. д.

Эти попытки опредѣленія и вообще вся постановка и

квалификація подлежащаго ученія, ученія о законномъ, обычномъ правѣ и т. д., какъ ученія объ источникахъ права, не выдерживаютъ научной критики и даже представляютъ странное и ненормальное съ элементарно-логической точки зрѣнія явленіе.

Если бы зоологи стали называть собакъ, кошекъ и т. д. „источниками животныхъ“ и спорить по этому поводу, что такое источники животныхъ, въ какомъ отношеніи они находятся къ животнымъ, представляютъ ли они формы созданія животныхъ или основанія ихъ существованія, или признаки ихъ животной природы и т. д., то это представляло бы явленія мысли, совершенно однородныя съ тѣми, которыя имѣются въ теперешнемъ правовѣдѣніи въ области ученія о т. н. источникахъ права.

Кошки, собаки и т. д. суть не источники животныхъ, не формы созданія животныхъ и т. д., и вообще не нѣчто отличное отъ животныхъ и только имѣющее къ нимъ какое-то таинственное, трудно поддающееся опредѣленію, отношеніе, а просто—животныя. Они сами именно и суть животныя, виды и разновидности таковыхъ. И точно также т. н. „источники права“: обычное право, законное право и т. д. суть не что иное, какъ само право, виды позитивнаго права, разновидности права, и странно ихъ называть „источниками права“, размышлять, въ какомъ они отношеніи находятся къ праву и т. д.

Сообразно съ этимъ теперешнее ученіе объ „источникахъ права“ слѣдуетъ переименовать въ ученіе о позитивномъ правѣ и его видахъ и разновидностяхъ.

Дальнѣйшій, болѣе существенный, чѣмъ недоразумѣнія, связанныя съ понятіемъ источниковъ права, порокъ, свойственный теперешнему ученію объ источникахъ права, т. е. о видахъ позитивнаго права, состоитъ въ томъ, что это ученіе и отдѣльныя его части: ученіе о законахъ, объ обычномъ правѣ и т. д., покоятся на смѣшеніи позитивнаго права и отдѣльныхъ его видовъ съ фактами, представленія коихъ, какъ нормативныхъ фактовъ, входятъ въ интеллектуальный составъ подлежащихъ позитивно-правовыхъ, законно-правовыхъ, обычно-правовыхъ и т. д. переживаній или, точнѣе, на совокупности слѣдующихъ недоразумѣній:

Какъ видно изъ изложеннаго выше, въ области позитивнаго права слѣдуетъ различать три различныя вещи: 1) нормативные факты, соответственные поступки людей, постановленія законодателей и т. д.; 2) императивно-аттритивныя переживанія, связанныя съ представленіями этихъ фактовъ—само позитивное право, какъ реальный феноменъ, и 3) соответственныя нормы, эмоціональныя фантазмы, порождаемыя этими переживаніями. И вотъ традиціонное ученіе этихъ трехъ различныхъ категорій, какъ таковыхъ, не знаетъ и не различаетъ; главную категорію, само реальное позитивное право, обычное, законное право и т. д. (2), оно вообще упускаетъ изъ виду и не изучаетъ, за реальное позитивное право принимаетъ эмоціональныя фантазмы, нормы (3) и, наконецъ, смѣшиваетъ эти нормы съ велѣніями законодателей или другими соответственными фактами (1). Между прочимъ, въ виду такого характера традиціонныхъ ученій о законномъ, обычномъ правѣ и т. д. можно сказать, что квалифікація законнаго и обычнаго права, какъ „источниковъ права“, несмотря на всю логическую несообразность ея, не лишена основанія въ смыслѣ (безсознательной, невольной) самокритики ученія: дѣйствительно, то, что господствующее ученіе принимаетъ за обычное право, законное право и т. д., т. е. велѣнія законодателей и т. д., не есть само позитивное право, а развѣ только „источникъ“ его, факты, вызывающіе къ психикѣ знающихъ о нихъ позитивныя правовыя переживанія. Поэтому, между прочимъ, возможно сохраненіе крѣпко укоренившагося и привычнаго юриспруденціи выраженія „источники права“, но только съ отнесеніемъ его къ нормативнымъ фактамъ и строгимъ отличеніемъ отъ самого права, обычнаго права, законнаго и т. д. (ср., впрочемъ, ниже).

Для надлежащаго построенія ученія о видахъ и разновидностяхъ позитивнаго права слѣдуетъ имѣть въ виду, что законодательныя велѣнія и другіе факты, представленія коихъ входятъ въ составъ позитивно-правовыхъ переживаній, не только не тождественны съ самимъ позитивнымъ правомъ, но и не состоятъ съ нимъ въ такой причинной связи, чтобы между ними существовалъ непремѣнно фактической параллелизмъ, чтобы фактамъ опредѣленнаго рода всегда соответствовало опредѣленное позитивное право.

Во-первыхъ, значеніе въ области позитивнаго права, въ качествѣ основаній обязательности и опредѣлителей содержанія, принадлежитъ не соответствующимъ объективнымъ событіямъ, вѣдѣніямъ законодателей и т. д., а представленіямъ о нихъ, какъ наличныхъ или бывшихъ. Поэтому, если имѣется представленіе соответственнаго факта, какъ реальнаго событія, напр., вѣдѣнія какого-либо монарха или божества, обычая предковъ и т. д., то для существованія и дѣйствія соответственнаго позитивнаго права: законнаго, обычнаго и т. д., безразлично, имѣлъ ли въ дѣйствительности мѣсто этотъ фактъ или его вовсе не было, напр., не только подлежащія представляемыя вѣдѣнія въ дѣйствительности не имѣли мѣста, но и сами представляемые авторы этихъ вѣдѣній: монархъ, яко бы царствовавшій когда-то, божество, которому приписывается вѣдѣніе,—только легендарныя, мифическія, а не реальныя существа, или предки вовсе не знали приписываемаго имъ обычая, поступали иначе и проч. На извѣстныхъ ступеняхъ культуры, до развитія письменности и въ теченіе извѣстнаго времени послѣ появленія и развитія письменности, позитивное право въ значительной степени опредѣляется разными легендарными и мифическими нормативными фактами, не только въ области религіознаго, сакральнаго, но и въ области свѣтскаго права. И обратно, если подлежащій фактъ имѣлъ мѣсто въ дѣйствительности, напр., былъ изданъ и не отмѣненъ до сихъ поръ извѣстный законъ, по соответствующаго знанія, соответственнаго представленія въ данное время не имѣется, напр., законъ забыть, то и существованія и дѣйствія соответственнаго позитивнаго права нѣтъ и не можетъ быть. На извѣстныхъ ступеняхъ культуры, до развитія письменности и даже въ послѣдующее время, до изобрѣтенія и распространенія книгопечатанія, въ развитіи позитивнаго права въ качествѣ разрушительнаго фактора не лишено значенія забываніе законодательныхъ распоряженій и иныхъ нормативныхъ фактовъ. Равнымъ образомъ, съ теченіемъ времени въ областяхъ дѣйствія устной традиціи и памяти происходятъ разныя частныя измѣненія содержанія представляемыхъ нормативныхъ фактовъ, напр., содержанія законодательныхъ, начальственныхъ распоряженій, смысла и характера обычаевъ предковъ и т. д.,—и соответственно измѣняется содержаніе

подлежащаго позитивнаго права, хотя сами бывшіе объективные факты не могут измѣняться. Сообразно съ этимъ подъ нормативными фактами или „источниками позитивнаго права“ въ области теоріи позитивнаго права и его видовъ слѣдуетъ разумѣть не внѣшнія, объективные событія, какъ таковыя, а содержанія соотвѣтственныхъ представленій, представляемые факты, независимо отъ ихъ дѣйствительнаго бытія.

Но затѣмъ и имѣющіеся въ представленіи законодательныя велѣнія, обычаи предковъ и иные факты, относящіеся къ категоріи способныхъ вообще играть авторитетно-нормативную роль, отнюдь не имѣютъ того значенія, чтобы имъ непремѣнно соотвѣтствовало опредѣленное позитивное право. Напротивъ,—и это очень важно имѣть въ виду въ области изученія позитивнаго права и отдѣльныхъ его видовъ—дѣло зависитъ отъ психическаго состоянія подлежащихъ индивидовъ или народныхъ массъ, отъ ихъ психическихъ склонностей, психическихъ привычекъ и диспозицій, убѣжденій разнаго рода (напр., интуитивно-правовыхъ, нравственныхъ, религіозныхъ вѣрованій) и т. д.; такъ что воспріятія и представленія соотвѣтственныхъ фактовъ, напр., изданныхъ въ надлежащей формѣ государственныхъ законовъ, обычаевъ предковъ и т. д., иногда возбуждаютъ въ ихъ психикѣ позитивно-правовую реакцію, вызываютъ соотвѣтственное позитивное право, иногда же не возбуждаютъ въ данное время или вообще оказываются безсильными возбудить соотвѣтственные позитивно-правовыя переживанія. Такъ, законодательныя распоряженія представителей государственной власти лишь на извѣстной ступени психической культуры пріобрѣтаютъ способность вызывать въ индивидахъ и массахъ соотвѣтственныя позитивно-правовыя переживанія; т. е. способность человѣческой психики къ правовымъ реакціямъ на законодательныя распоряженія есть продуктъ культуры, отеутствующій на низшихъ ступеняхъ послѣдней. Если подлежащее велѣніе отличается надлежащею грозностью, исходить отъ сильнаго и снабжено угрозами въ случаѣ неисполненія, то можетъ получиться соотвѣтственный страхъ и подчиненіе изъ страха, но это ничего общаго съ правомъ не имѣетъ; подлинное же право, этические императивно-атттрибутивные переживанія, и соотвѣтственная мотивация поведенія отеутствуютъ, не возни-

каютъ. Затѣмъ, уже имѣющаяся культурно-психическая способность и склонность къ законодательно-правовымъ переживаниямъ первоначально бываетъ относительно очень слабою; такъ что требуется наличность разныхъ особенно благоприятныхъ условій, напр., подкрѣпленія закона со стороны согласнаго по содержанию или среднаго по направленію интуитивнаго права, особой личной популярности издающаго законъ племеннаго начальника въ своемъ племени и т. п., чтобы законъ имѣлъ шансы вызвать соотвѣтственное, законодательное, позитивное право. Лишь постепенно психическая способность и склонность къ законному праву такъ развивается и укрѣпляется культурнымъ процессомъ, что дѣлается возможнымъ относительно надежное и успѣшное управление массовымъ поведеніемъ путемъ законодательства, съ помощью законодательно-правовой психики. Но и послѣ относительно прочнаго укрѣпленія въ народныхъ массахъ способности и склонности къ законодательному праву законодатель можетъ хозяйничать и распоряжаться въ области законодательно-правовой психики лишь въ извѣстныхъ предѣлахъ и съ соблюденіемъ извѣстныхъ осторожностей; въ противномъ случаѣ, законъ можетъ потерпѣть фіаско, не вызвать вообще законодательнаго права или достаточно сильнаго для успѣшнаго дѣйствія права (что, между прочимъ, компрометируетъ и прочіе законы и самого законодателя, колеблетъ ихъ силу и власть). Такъ, на низшихъ ступеняхъ культуры, хотя и не столь низкихъ, чтобы вообще не было развитой способности къ законодательному праву, весьма силенъ авторитетъ обычаевъ предковъ, старины, старой пошлщины, и такой законодатель, который бы возымѣлъ смѣлость посягнуть на эти обычаи, постановить что-либо прямо и рѣзко имъ противорѣчащее, только скомпрометировалъ бы себя самого. На извѣстной стадіи развитія позитивно-правовой психики замѣчается, своеобразное и странное съ перваго взгляда (съ правно-психологической точки зрѣнія, впрочемъ, вполне понятное), явленіе, которое можно охарактеризовать какъ контрабанду законодательнаго права подъ видомъ обычнаго и которое состоитъ въ томъ, что законодатели для приданія силы закону и достиженія законодательнаго успѣха снабжаютъ законодательные акты обманчивыми объясненіями, что

дескать ничего новаго не постановляется, что собственно таковъ былъ обычай предковъ, а только онъ забыть и т. п. Далѣе, въ случаѣ крѣпости извѣстныхъ религіозныхъ убѣжденій или религій вообще, законы должны сообразоваться съ религіею и въ случаѣ коллизіи терпятъ фіаско. Всегда и вездѣ слѣдуетъ считаться законодателю съ интуитивнымъ правомъ, чтобы не произошло крушенія закона влѣдствіе коллизіи съ интуитивнымъ правомъ (выше, стр. 497). Законъ, явно и серьезно противорѣчащій долгу соціально-служебной власти, долгу пользования законодательною властью не для личныхъ интересовъ, а для содѣйствія общему благу, а равно явно безирравственный или нелѣпый и безсмысленный законъ тоже оказались бы безсильными вызвать къ жизни соотвѣтственное позитивное право.—На ряду съ общекультурнымъ процессомъ постепеннаго развитія общей способности къ законодательной-правовой психикѣ можно въ исторіи найти примѣры лишь постепеннаго развитія и укрѣпленія способности и склонности къ надлежащей правно-психологической реакціи по адресу разныхъ спеціальныхъ видовъ законодательства или по адресу законовъ, исходящихъ отъ опредѣленнаго законодателя; напр., въ области развитія надъ нѣсколькими прежде суверенными небольшими соціальными организаціями соціально-правовой надстройки въ видѣ, первоначально слабой и зачаточной, обще-государственной организаціи, новое надъ-групповое законодательство сначала дѣйствуетъ весьма слабо, можетъ съ успѣхомъ коснуться лишь нѣкоторыхъ вопросовъ, легко терпитъ фіаско и т. д., и лишь постепенно пріобрѣтаетъ силу, значеніе и относительно большой просторъ дѣйствія. То же, при извѣстныхъ условіяхъ, бываетъ въ случаѣ переворотовъ, изгнанія одной династіи и воцаренія другой, смѣны монархіи республикой или обратно. Затѣмъ, возмѣвшій дѣйствіе законъ можетъ по разнымъ психическимъ причинамъ, и безъ забыванія о немъ (выше, стр. 520), утратить свой нормативный авторитетъ. Въ существѣ дѣла явленіе отмѣны законовъ, напр., другими законодательными актами (или инымъ нормативнымъ фактомъ, напр., установленіемъ противоположнаго обычнаго права), причемъ, конечно, фактъ закона не отмѣняется, бывшее не дѣлается не бывшимъ, при надлежащей вдумчивости, должно

было бы убѣдить не только въ коренномъ отличіи законовъ и вообще нормативныхъ фактовъ, съ одной стороны, права съ другой стороны, но и въ условности и относительности связи одного съ другимъ. Но законы перестаютъ нерѣдко возбуждать соотвѣтственное, законодательное право безъ всякой ихъ отмѣны. Между прочимъ, незамѣтное и постепенное разрушительное дѣйствіе оказываетъ въ этой области интуитивное право. Можно было бы набрать въ исторіи огромную массу примѣровъ прекращенія дѣйствія разныхъ жестокихъ карательныхъ законовъ, напр., законовъ, постановляющихъ смертную казнь, или квалифицированную, осложненную особыми жестокостями, казнь за кражу и разныя иныя менѣе тяжкія преступленія, подъ дѣйствіемъ измѣнившагося, болѣе мягкаго и гуманнаго, интуитивнаго права. Законы, устанавливающіе при высокой цѣнности извѣстной монетной единицы извѣстныя таксы вознагражденій, напр., за врачебную помощь, перестаютъ, въ случаѣ постепеннаго, но существеннаго измѣненія цѣнности подлежащихъ денегъ, дѣйствовать и примѣняться подъ вліяніемъ интуитивнаго права, признающаго несправедливымъ требовать исполненія подлежащихъ услугъ за столь ничтожное (по новымъ экономическимъ условіямъ) вознагражденіе и проч. и проч. И независимо отъ интуитивнаго права, законы утрачиваютъ нерѣдко свою нормативную силу, вслѣдствіе различныхъ, подрывающихъ эту силу, причинъ, напр., вслѣдствіе того, что они, при измѣнившихся обстоятельствахъ, начинаютъ представляться безнравственными, явно несообразными съ точки зрѣнія цѣлесообразности, противорѣчащими новымъ религіознымъ взглядамъ, или, при паденіи религіознаго рвенія, продуктами излишняго религіознаго фанатизма, или продуктами полицейской подозрительности, или стремленія вмѣшиваться въ то, чего законы не должны касаться, и проч. и проч.

Изложенное о законахъ относится *mutatis mutandis* ко всѣмъ категоріямъ нормативныхъ фактовъ (и потому было изложено здѣсь, а не въ спеціальному ученію о законахъ и законодательномъ правѣ). Всѣ они имѣютъ такое же относительное и условное значеніе, иногда возбуждаютъ къ жизни, а иногда не возбуждаютъ соотвѣтственное позитивное право, въ зависимости отъ разныхъ психологическихъ факторовъ и

условіи (подлежащихъ соответственному, психологическому изученію). Такихъ категорій фактовъ, которые бы т. ск. по природѣ своей, независимо отъ другихъ условій, непременно дѣйствовали нормативно въ области правовой психики, нѣтъ и не можетъ быть. Сообразно съ этимъ, подъ нормативными фактами въ области теоріи позитивнаго права и отдѣльныхъ его видовъ слѣдуетъ разумѣть не факты опредѣленной категоріи, обладающіе опредѣленными объективными признаками, напр., въ надлежащей формѣ изданные законы, извѣстнаго рода обычаи, какъ таковые, судебную практику, какъ такую, и т. д., а лишь (представляемые) факты этого рода, поскольку они фактически дѣйствуютъ нормативно, возбуждаютъ соответственныя позитивно-правовыя переживанія. Такимъ образомъ, законы, хотя бы они были изданы по всѣмъ правиламъ законодательства даннаго государства, обычаи, судебная практика и т. д., хотя бы они обладали всѣми признаками, требующимися или выставляемыми современною наукою для ихъ юридической дѣйствительности, не являются, съ точки зрѣнія нашей теоріи права, сами по себѣ не только позитивнымъ правомъ, но даже и нормативными фактами. Они только могутъ быть и бывають обыкновенно или иногда нормативными фактами, а иногда не бывають и таковыми.

Поскольку, далѣе, извѣстные факты имѣють нормативное дѣйствіе, получаютъ значеніе нормативныхъ фактовъ, между ними и вызываемыми ими позитивно-правовыми явленіями нѣтъ такого соответствія, чтобы опредѣленному нормативному факту, напр., опредѣленному законодательному постановленію, опредѣленному правовому обычаю, непременно соответствовало одно опредѣленное позитивно-правовое положеніе; какъ видно изъ изложеннаго по поводу ученія о природѣ нормъ, одинъ нормативный фактъ можетъ быть и бывать основаніемъ для вывода множества различныхъ правовыхъ положеній, источникомъ множества различныхъ по содержанію, смотря по направленію вниманія и т. д., позитивно-правовыхъ переживаній, и обратно, изъ совокупности нѣсколькихъ нормативныхъ фактовъ позитивно-правовая психика можетъ извлекать одно позитивно-правовое положеніе. Сообразно съ этимъ, съ точки зрѣнія развитія права, можно сказать, что при неизмѣнности нормативныхъ фактовъ, на которые опирается извѣстное позитивное право, это право можетъ тѣмъ не менѣе мѣнять свое содержаніе, въ частности развиваться, развѣтвляться, обогащаться все новымъ содержаніемъ и т. д. Путемъ выводовъ изъ немногихъ, сравнительно краткихъ изреченій законовъ XII таблицъ римская

юриспруденція съ теченіемъ времени выработала обильное по содержанию, богато развитое позитивное право. То же въ большей или меньшей степени относится ко всякому позитивному праву.

И въ томъ смыслѣ не слѣдуетъ предполагать необходимости соотвѣтствія между позитивнымъ правомъ и нормативными фактами, чтобы въ области позитивно-нормативной психики извѣстнымъ категоріямъ фактовъ соотвѣтствовали непременно правовыя и только такія, а не иныя, напр., нравственныя, позитивно-нормативныя переживанія, другимъ категоріямъ фактовъ, напротивъ, — нравственныя и только нравственныя, а отнюдь не правовыя переживанія и т. д. Напротивъ, одни и тѣ же факты могутъ играть роль въ индивидуальной и массовой позитивно-нормативной психикѣ и правовыхъ и нравственныхъ или также и эстетическихъ нормативныхъ фактовъ; или одни и тѣ же факты могутъ въ одно время играть въ народной психикѣ роль правовыхъ нормативныхъ фактовъ, въ другое время нравственныхъ нормативныхъ фактовъ. Напр., извѣстный (представляемый) обычай предковъ, касающійся бракосочетанія или т. п., можетъ быть одновременно нормативнымъ фактомъ: 1) въ области народной правовой психики, поскольку изъ него выводятся притязанія на то, чтобы и впредь соблюдалось то же, 2) въ области нравственной психики, поскольку соотвѣтственное поведеніе сознается должнымъ, надлежащимъ, само по себѣ, независимо отъ какихъ-либо притязаній, «потому что такъ поступали предки» и 3) въ области эстетической психики, поскольку соотвѣтственное поведеніе сознается надлежащимъ и съ точки зрѣнія эстетики, приличія, «потому что такъ поступали предки» и т. д.; изреченія десяти заповѣдей играли у евреевъ роль правовыхъ нормативныхъ фактовъ, на соблюденіе подлежащихъ правилъ предъявлялись притязанія, за нарушеніе полагалась смертная казнь и т. д.; а теперь эти же изреченія служатъ въ области христіанской позитивной нравственности нравственными позитивно-нормативными фактами, изъ нихъ въ нравственныхъ катехизисахъ выводятся разныя нравственныя обязанности и нормы; нѣкоторыя изреченія Евангелія, представляющія по своему смыслу, какъ и вообще содержаніе Евангелія, выраженія нравственныхъ, чисто императивныхъ мнѣній, служили въ средніе вѣка и впоследствии нормативными фактами для вывода разныхъ правовыхъ положеній, правопритязаній церковнаго права и иного.

И въ этомъ отношеніи слѣдуетъ имѣть въ виду и помнить, что способность быть правовымъ (или нравственнымъ и т. д.) нормативнымъ фактомъ не есть объективное свойство объективных внѣшнихъ событій, а зависитъ отъ психики тѣхъ, которые съ ними (съ ихъ представленіями) имѣютъ дѣло, и отъ ихъ склонности къ такимъ или инымъ психическимъ реакціямъ на соотвѣтственныя представленія.

Вообще для надлежащаго познанія позитивнаго права и отдѣльныхъ его видовъ: обычнаго, законнаго права и т. д., слѣдуетъ, какъ вездѣ въ области права, имѣть въ виду и изучать не какія-либо внѣшнія по отношенію къ переживающимъ правовые акты сознанія явленія и ихъ свойства, а то, что имѣетъ мѣсто въ психикѣ субъекта правовыхъ переживаній; и надлежащимъ методомъ изученія обычнаго, законнаго права и другихъ видовъ позитивнаго права является методъ самонаблюденія и соединенный методъ внутренняго и внѣшняго наблюденія.

Какія категоріи фактовъ могутъ играть роль нормативныхъ фактовъ и какіе, сообразно съ этимъ, имѣются виды позитивнаго права?

Воззрѣнію на право, какъ на совокупность нормъ, и на нормы, какъ на велѣнія, выраженія воли, воли общенія, общей воли и т. д., соответствуетъ ученіе, по которому подлежащая воля можетъ быть выражена или путемъ соответственныхъ словъ, и такое выраженіе воли общенія, или воли законодательнаго органа общенія, принимаемаго за волю общенія или общую волю, есть законъ, или законное право; или подлежащая воля можетъ быть выражена косвенно, молчаливо, путемъ т. н. выразительныхъ дѣйствій (*facta concludentia, konkludente Handlungen*), т. е. путемъ такого общаго поведенія, изъ котораго можно заключить о наличности соответственной воли, и такое выраженіе общественной воли есть обычное право; такимъ образомъ получаютъ два источника права: законное и обычное право. Но это ученіе, вообще ученіе о нормахъ, какъ велѣніяхъ, обыкновенно въ области ученія объ источникахъ права не проводится послѣдовательно. Такъ, многіе признаютъ существованіе еще третьяго источника права — судебной практики; и ученія объ обычномъ правѣ обыкновенно разрабатываются независимо отъ теоріи нормъ, какъ велѣній, и не приводятся съ нею въ логическое соответствіе.

Съ точки зрѣнія психологической теоріи права, какъ императивно-атрибутивныхъ переживаній, кругъ фактовъ, могущихъ играть роль нормативныхъ въ области позитивнаго права, значительно шире, и видовъ позитивнаго права значительно больше, чѣмъ признаетъ и предполагаетъ гос-

подствующее мнѣніе. Кромѣ законодательныхъ велѣній въ смыслѣ господствующаго мнѣнія, правовыхъ обычаевъ и судебной практики, нормативными фактами въ области позитивно-правовой психики могутъ служить и всевозможные иные факты, поскольку индивидуальная или массовая правовая психика способна и склонна извлекать изъ нихъ извѣстныя общія правила поведенія или конкретныя указанія для поведенія, придавая имъ императивно-атрибутивную силу. При этомъ слѣдуетъ имѣть въ виду, что, сообразно общей характерной для права унификаціонной тенденціи, правовая психика проявляетъ стремленіе пользоваться всякими возможными поводами и матеріалами для достиженія позитивнаго фиксированія шаблона, безспорно - предопредѣляющаго взаимныя права и обязанности.

Нижеслѣдующее изложеніе посвящено разсмотрѣнію и исправленію, подъ руководствомъ изложенныхъ выше общихъ началъ, господствующихъ ученій о законномъ, обычномъ правѣ и судебной практикѣ и, затѣмъ, выясненію существованія и природы другихъ видовъ позитивнаго права, неизвѣстныхъ современной юриспруденціи или непризнаваемыхъ ею „источниками права“.

§ 40.

Законное право.

Законы, или законныя правовыя нормы (Gesetzesrechtsätze) — выраженія и понятія съ точки зрѣнія современной юриспруденціи однозначныя — суть, по господствующему опредѣленію, нормы, установленныя государствомъ, или велѣнія, выраженія воли государства (или органовъ государственной власти). При этомъ подразумѣвается или особо указывается въ опредѣленіи, что подлежащія предписанія должны быть составлены и изданы въ надлежащемъ, установленномъ правомъ даннаго государства, порядкѣ. Нѣкоторые высказываются противъ включенія этого признака въ опредѣленіе закона на томъ основаніи, что, въ случаѣ несоблюденія надлежащаго порядка, нѣтъ государственнаго акта, выраженія воли государства, а имѣется только личный, не имѣющій государственнаго значенія, актъ частной воли издавшаго подлежащее ве-

лѣніе; такъ что соблюденіе установленнаго порядка само собою разумѣется и включеніе этого признака въ опредѣленіе представляется излишнимъ.

Законы дѣлятъ на законы въ тѣсномъ смыслѣ, акты законодательной власти, въ конституціонныхъ государствахъ акты, изданные съ согласія палатъ народнаго представительства, и распоряженія (Verordnung, decret), акты исполнительной власти, напр., министерскіе циркуляры. Распоряженія играютъ по отношенію къ законамъ подчиненную роль и имѣютъ юридическую силу лишь подъ условіемъ непротиворѣчія ихъ законамъ.

Далѣе, законы въ тѣсномъ смыслѣ дѣлятъ на основныя, или конституціонныя, и обыкновенныя. Основныя или конституціонныя законы опредѣляются обыкновенно какъ такіе законы, которые опредѣляютъ основныя начала государственнаго устройства страны и издаются особымъ осложненнымъ порядкомъ. Правильнѣе говорить не объ особомъ порядкѣ изданія этихъ законовъ, а о существованіи особыхъ правилъ для ихъ отмены или измѣненія, затрудняющихъ эти акты и способствующихъ прочности и постоянству соотвѣтственнаго права. Такъ, изданные въ 1906 г. русскіе „Основныя Государственныя Законы“ отличаются отъ прочихъ законовъ не тѣмъ, что они были изданы въ особомъ порядкѣ, а тѣмъ, что они „могутъ подлежать пересмотру въ Государственномъ Совѣтѣ и Государственной Думѣ“ не иначе, какъ по инициативѣ монарха (ст. 8 Основ. Зак.). Слѣдуетъ притомъ замѣтить, что въ число конституціонныхъ законовъ могутъ включаться и включаются не только законы, опредѣляющіе основныя начала государственнаго устройства, а и разныя другіе законы, пересмотръ коихъ создатели конституціи желаютъ по такимъ или инымъ соображеніямъ затруднить. Такимъ образомъ различіе между основными и обыкновенными законами имѣетъ чисто формальный, касающійся порядка ихъ измѣненія, характеръ.

Въ ученіе о законахъ теоретики права включаютъ, далѣе, ученіе о порядкѣ составленія и изданія законовъ (въ тѣсномъ смыслѣ), основанное на началахъ, принятыхъ въ конституціонныхъ государствахъ относительно порядка законодательства, и о дѣйствиіи законовъ по отношенію ко времени.

Въ процессѣ образованія законовъ различаютъ пять стадій: 1) починъ, или инициативу закона, 2) обсужденіе, 3) утверженіе, или санкцію закона, 4) промульгацію и 5) обнародованіе, или публикацію.

Подъ законодательною инициативою въ техническомъ смыслѣ разумѣютъ внесеніе въ законодательное учрежденіе предложенія объ изданіи, измѣненіи или отмѣнѣ закона, имѣющее то значеніе, что законодательное учрежденіе обязано обсудить и такъ или иначе рѣшить возбужденный законодательный вопросъ. Право законодательной инициативы въ большинствѣ конституціонныхъ государствъ (въ томъ числѣ въ Россіи за исключеніемъ упомянутыхъ выше вопросовъ о пересмотрѣ основныхъ законовъ) принадлежитъ правительству и палатамъ народнаго представительства, въ нѣкоторыхъ государствахъ только правительству или только парламенту. Такъ, въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ право инициативы не принадлежитъ министрамъ, а только членамъ конгресса; во Франціи по конституціи второй имперіи право инициативы принадлежало только императору.

Право законодательнаго обсужденія и принятія или неприятія проекта закона принадлежитъ палатамъ народнаго представительства. Право санкціи или утверженія законопроекта, акта, превращающаго законопроектъ въ законъ, или неутверженія, т. е. право veto, принадлежитъ главѣ государства, монарху или президенту республики. Различаютъ право абсолютнаго и суспензивнаго, отлагательнаго veto. Право абсолютнаго veto есть неограниченное право главы государства отвергнуть законопроектъ, такъ что послѣдній противъ его воли не можетъ сдѣлаться закономъ. Право суспензивнаго veto означаетъ, что, несмотря на неутверженіе законопроекта, послѣдній при извѣстныхъ условіяхъ, главнымъ образомъ при повторномъ или троекратномъ принятіи его со стороны палатъ, можетъ получить силу закона. Въ монархіяхъ, за немногими исключеніями, дѣйствуетъ первая система, въ республикахъ вторая.

Промульгаціею называется повелѣніе со стороны главы государства обнародовать и исполнять утвержденный имъ законъ.

Обнародованіе производится въ настоящее время путемъ печатанія въ особомъ предназначенномъ для этого официаль-

номъ изданіи, въ Россіи въ „Собраніи Узаконеній и Распоряженій Правительства“, издаваемомъ 1-мъ департаментомъ Сената, которому принадлежитъ функція обнародованія законовъ.

Законъ вступаетъ въ дѣйствіе, признается обязательнымъ для гражданъ, не раньше обнародованія. Моментъ начала дѣйствія закона можетъ быть установленъ въ самомъ законѣ; въ частности, въ области обширныхъ и заключающихъ въ себѣ много новшествъ законовъ моментъ начала дѣйствія отлагается нерѣдко на болѣе или менѣе продолжительное время, для доставленія населенію возможности подлежащаго ознакомленія съ содержаніемъ новаго права (*vacatio legis*). Если въ самомъ законѣ не назначенъ моментъ вступленія въ дѣйствіе, то этотъ моментъ опредѣляется общими, въ разныхъ государствахъ различными правилами. Содержаніе этихъ правилъ опредѣляется, съ одной стороны, тѣмъ соображеніемъ, что законы нельзя считать извѣстными народонаселенію съ момента выхода въ свѣтъ того номера официального изданія, въ которомъ онъ напечатанъ, что, особенно въ болѣе отдаленныхъ мѣстностяхъ, подлежащія свѣдѣнія доходятъ позже и т. д., съ другой стороны, необходимостью, сообразно общей въ области права унификаціонной потребности, точно и непререкаемо фиксировать моментъ прекращенія обязательности прежняго и начала обязательности новаго, устанавливаемого новымъ закономъ, права. Наболѣе соответствующимъ задачамъ унификаціи является установленіе опредѣленнаго, однообразнаго для всѣхъ частей государственной территоріи (за исключеніемъ развѣ колоній или иныхъ особенно отдаленныхъ мѣстностей) срока со дня публикаціи, и эта система принята въ большинствѣ новыхъ законодательствъ. Такъ, въ Германіи днемъ начала дѣйствія закона является 14-й день по истеченіи дня публикаціи; для колоній вмѣсто 14-дневнаго установленъ четырехмѣсячный срокъ; въ Бельгіи установленъ 10-дневный, въ Австріи 45-дневный срокъ. Въ нѣкоторыхъ государствахъ, напр., во Франціи, принята система разныхъ сроковъ для разныхъ мѣстностей сообразно разстояніямъ (главнаго города провинціи отъ столицы и т. п.). Въ Россіи, по 93 ст. новыхъ Основныхъ Законовъ, „закопъ получаетъ обязательную силу со времени назначеннаго для

того въ самомъ законѣ срока, при неустановленіи же такового срока — со дня полученія на мѣстѣ листа Сенатскаго изданія, въ коемъ законъ напечатанъ“.

Дѣйствіе закона прекращается, по господствующему ученію, или съ истеченіемъ срока, предусмотрѣннаго въ самомъ законѣ, если законъ былъ изданъ на опредѣленный срокъ, или съ изданіемъ (точнѣе вступленіемъ въ дѣйствіе) новаго закона, отмѣняющаго прежній. Нѣкоторые приписываютъ еще обычному праву силу отмѣнять законъ, другіе оспариваютъ это.

Въ связи съ ученіемъ о законахъ обыкновенно приводится начало, что надлежащимъ образомъ опубликованные законы считаются извѣстными всѣмъ гражданамъ (фигція общеизвѣстности) или что „никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, когда онъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ“ (слова ст. 95 Основныхъ Законовъ). Это начало, при специальномъ отнесеніи его къ законамъ, имѣетъ характеръ хромого положенія, ибо и въ области другихъ видовъ позитивнаго права подлежащая обязанности и отвѣтственность за нарушеніе приписываются другимъ, независимо отъ извѣстности или неизвѣстности послѣднимъ соответственныхъ нормативныхъ фактовъ; это соответствуетъ унификаціонной потребности и тенденціи права; ибо въ противномъ случаѣ, въ случаѣ допущенія ссылокъ на незнаніе подлежащихъ нормативныхъ фактовъ, было бы невозможно достиженіе прочности и беспорности правоотношеній.

Въ области законодательства различаютъ изданіе, по мѣрѣ надобности, отдѣльныхъ законовъ, посвященныхъ отдѣльнымъ вопросамъ правовой жизни или небольшимъ ихъ совокупностямъ, фрагментарное законодательство, и одновременную систематическую законодательную нормировку всего (официальнаго) права даннаго государства или обширной вѣтви его, напр., гражданскаго, уголовнаго, процессуальнаго права, систематическое законодательство. Въ области систематическаго законодательства различаютъ, въ свою очередь, два вида: инкорпорацію и кодификацію. Подъ инкорпораціею разумѣютъ составленіе и изданіе систематическаго свода содержанія изданныхъ уже раньше законовъ, т. е. такого законодательнаго сборника, который содержитъ не новую по содержанію нормировку, а только соединеніе въ единую систему и еди-

ное издание содержания или извлеченій изъ содержания накопившагося съ теченіемъ времени законодательнаго матеріала, съ устраниемъ устарѣвшаго матеріала противорѣчій, излишнихъ повтореній, излишняго многословія и т. п. усовершенствованіями по формѣ¹⁾. Правильнѣе подъ инкорпорациею разумѣть сводъ содержания не непременно только прежняго законнаго права, а вообще дѣйствующаго положительнаго права. Между прочимъ, традиціонно въ качествѣ примѣра инкорпорации приводится Юстиніаново законодательство, составленіе и изданіе Дигестовъ и Кодекса. Но Дигесты представляютъ сводъ не законовъ, а юридическихъ изреченій авторитетныхъ римскихъ ученыхъ юристовъ. Подъ кодификаціею разумѣютъ новую, не связанную содержаниемъ прежняго положительнаго права, систематическую законодательную нормировку. Инкорпорация служитъ задачѣ унификации официальнаго права, кодификація, сверхъ того, и задачѣ прогрессивнаго развитія официальнаго права по содержанию.

Главнѣйшіе недостатки господствующаго ученія о законномъ правѣ съ точки зрѣнія теоріи права состоятъ въ слѣдующемъ:

1. Въ отождествленіи законнаго права съ подлежащими нормативными фактами, въ смѣшеніи нормъ законнаго права съ законами, съ велѣніями законодателей, и въ оставленіи въ сторонѣ и незнаніи дѣйствительнаго законнаго права, соответственныхъ правовыхъ, императивно-аттрибутивныхъ переживаній. Для надлежащаго изученія и построенія теоріи законнаго права слѣдуетъ, сообразно изложеннымъ выше общимъ началамъ, строго различать: а) законы, постановленія такихъ или иныхъ лицъ, какъ нормативные факты, б) законное право въ реально-психологическомъ смыслѣ — императивныя переживанія со ссылкой на эти нормативные факты, на законы, в) соответственныя проекціонныя фаптазмы: законныя нормы, права, обязанности и т. д. (ср. выше, стр. 519 и сл.).

¹⁾ Предѣлы свободы составителей свода въ дѣлѣ разныхъ формально-техническихъ усовершенствованій могутъ быть различныя, въ зависимости отъ соответственной инструкціи и полномочій.

2. Въ ограниченіи понятія и ученія о законахъ государственнымнми законами и въ игнорированіи или исключеніи множества однородныхъ по существу явленій, которыя для построенія адекватной теоріи подлежатъ соединенію въ одинъ классъ; сюда относятся, напр., правовыя, императивно-аттритивныя переживанія со ссылкой: на соотвѣтственныя велѣнія боговъ, на постановленія церковныхъ соборовъ, папъ, патріарховъ и другихъ церковныхъ властей въ области церковной жизни, на постановленія родоначальниковъ, собраній старѣйшинъ и т. п. въ эпоху до-государственнаго и вообще родового быта, на велѣнія хозяина, отца, матери и т. д. въ домашнемъ быту, на распоряженія господина рабовъ, владѣльца имѣнія, фабрики, торговаго заведенія и т. п. или директоровъ, управляющихъ и иныхъ начальствъ въ области единоличныхъ частно-хозяйственныхъ предпріятій, на постановленія правленій, общихъ собраній и т. д., акціонерныхъ компаній и иныхъ частно-хозяйственныхъ обществъ, а равно обществъ, преслѣдующихъ неимущественныя цѣли, напр., ученыхъ обществъ, политическихъ партій, не исключая преступныхъ организацій, постановленій запрещенныхъ сходовъ и проч. и проч.

3. Представляя по существу ученіе не о законномъ правѣ, а только о законахъ, нормативныхъ фактахъ законнаго права, и ограничиваясь только государственнымнми законами, господствующее ученіе не можетъ быть признано правильнымъ и въ этихъ узкихъ предѣлахъ.

Такъ, прежде всего, слѣдуетъ признать ошибочнымъ то, лежащее въ основаніи ходячаго понятія законовъ, предположеніе, что для наличности закона требуется составленіе подлежащаго предписанія въ надлежащемъ, установленномъ для законодательства, или, какъ обыкновенно говорится, конституціонномъ порядкѣ (*verfassungsmässig*).

Множество законовъ, признаваемыхъ таковыми современною юриспруденціею, не соотвѣтствуютъ этому предположенію и должны быть признаны, съ точки зрѣнія господствующаго понятія законовъ, не-законами, дѣйствіями, не имѣющими силы закона.

Такъ, для того, чтобы признать обыкновенные законы, издаваемые на основаніи конституціонныхъ законовъ и въ

предписанномъ конституціею порядкѣ, законами, съ точки зрѣнія господствующаго понятія, требуется, чтобы подлежащіе конституціонные законы, въ свою очередь, были дѣйствительными законами, т. е. были изданы въ надлежащемъ, установленномъ для этого, порядкѣ, и т. д. Если произвести соотвѣтственную провѣрку, то относительно многихъ государствъ уже въ первой стадіи такой ретроспективной провѣрки, т. е. при провѣркѣ соотвѣтствія дѣйствующихъ въ настоящее время конституцій требованію составленія и изданія въ установленномъ для этого порядкѣ, окажется, что подлежащіе конституціонные законы не законы, не могутъ быть признаны законами вѣдствие ихъ противозаконнаго происхожденія. Сюда относятся въ частности конституціи революціоннаго происхожденія (подчасъ осложненнаго государственною измѣною—призывомъ на помощь въ борьбѣ противъ законной власти иностранныхъ державъ, ср., напр., исторію государствъ, составлявшихъ прежде турецкія провинціи). Затѣмъ, сюда относятся конституціи, установленныя или установленныя въ окончательномъ своемъ видѣ путемъ *coup d'état*, путемъ государственнаго переворота сверху, напр., путемъ совершеннаго съ нарушеніемъ конституціи ограниченія прежде установленной конституціи. Но и нѣкоторыя конституціи мирнаго происхожденія, не заключающаго въ себѣ ничего преступнаго, все-таки окажутся составленными и изданными безъ соблюденія установленнаго порядка—по той простой причинѣ, что до изданія подлежащей конституціи не было никакого, установленнаго для даннаго государства, порядка изданія законовъ и даже не было самого государства: подлежащая конституція впервые конституировала государство и впервые установила для него, подлежащій впредь соблюденію, порядокъ изданія законовъ. Это бываетъ, напр., при учрежденіи впервые простаго государства путемъ соотвѣтствующихъ постановленій собранія колонистовъ данной мѣстности или избранныхъ ими представителей и при учрежденіи впервые сложнаго, союзнаго государства путемъ выработки соотвѣтственной конституціи такими или иными представителями отдѣльныхъ простыхъ государствъ или народонаселенія этихъ государствъ.

Поскольку, такимъ образомъ, въ данномъ государствѣ конституціонные (или иные) законы, опредѣляющіе порядокъ изданія дальнѣйшихъ законовъ, не могутъ быть признаны съ точки зрѣнія господствующаго понятія законовъ дѣйствительными законами, то и всѣ дальнѣйшіе законы, изданные на основаніи и по правиламъ этихъ законовъ, тоже не удовлетворяютъ требованіямъ господствующаго понятія законовъ и должны быть послѣдовательно признаны не-законами.

Если распространить намѣченную выше ретроспективную провѣрку законности происхожденія законовъ, опредѣлившихъ въ разныхъ государствахъ порядокъ изданія дальнѣйшихъ законовъ, дальше, на болѣе отдаленныя стадіи законодательной исторіи, то получится соотвѣтственное дальнѣйшее массовое истребленіе законовъ.

Если, съ другой стороны, мысленно обратиться къ началу законодательной исторіи, къ первымъ законамъ какого-либо государства, то подлежащіе законы не могутъ быть законами съ точки зрѣнія господствующаго ученія на томъ основаніи, что до начала законодательства нѣтъ и установленнаго надлежащаго порядка изданія законовъ. Включая въ понятіе законовъ признакъ изданія въ установленномъ или конституціонномъ (*verfassungsmässig*) порядкѣ, ходячее воззрѣніе предполагаетъ опредѣленность этого порядка основными законами государства и постольку въ подлежащихъ формулахъ скрывается *definitio per idem*, наличность въ опредѣленіи подлежащаго опредѣленію: законы (x) суть предписанія, издаваемые органами государства согласно съ законами (x), опредѣляющими порядокъ изданія законовъ (x). По господствующее ученіе о правѣ знаетъ, на ряду съ законами, еще другой „источникъ права“, а именно обычное право. И вотъ, для того, чтобы избѣгнуть несообразнаго вывода о неизбѣжной незаконности первыхъ законовъ за отсутствіемъ установленнаго порядка законодательства, можно, повидимому, обратиться къ обычному праву и сказать, что отсутствіе законовъ, опредѣляющихъ порядокъ изданія законовъ, не вредитъ, ибо можетъ существовать обычно-правовой порядокъ изданія законовъ. Но на это можно возразить вопросомъ: какимъ образомъ до начала законодательства можетъ быть уже обычный порядокъ законодательства?

На ряду съ фактомъ существованія и дѣйствія законовъ, изданныхъ безъ соблюденія или съ прямымъ нарушеніемъ установленнаго порядка, слѣдуетъ принять во вниманіе тотъ, тоже несомнѣнный, уже упомянутый выше (§ 39), фактъ, что подчасъ изданныя въ подлежащемъ порядкѣ предписанія не дѣлаются законами для правовой жизни, не дѣйствуютъ, не вызываютъ соотвѣтственнаго сознанія долга и т. д., вообще не имѣютъ никакого значенія для правовой жизни или лишаются съ теченіемъ времени силы и значенія законовъ и, притомъ, вопреки господствующему ученію, безъ какой бы то ни было отмѣны.

Во всякомъ случаѣ, для надлежащаго образованія понятія государственныхъ законовъ (не говоря уже о законахъ вообще) слѣдуетъ отказаться отъ придаванія рѣшающаго значенія изданію въ подлежащемъ порядкѣ и перенести центр тяжести понятія и ученія о законахъ и законномъ правѣ въ область правовой психики, въ область правно-психологическаго дѣйствія.

Существеннымъ для наличности закона и законнаго права является не изданіе въ установленномъ порядкѣ, а наличность соотвѣтственныхъ императивно-аттрибутивныхъ переживаній, наличность правно-психологическаго дѣйствія подлежащаго постановленія, какъ нормативнаго факта.

Далѣе, слѣдуетъ признать ошибочнымъ, и въ области официально-государственнаго законнаго права, то, составляющее основу традиціоннаго понятія законовъ, положеніе, что законы суть велѣнія, выраженіе воли *государства* или *органовъ государства, государственной власти* и т. д. Уже изъ изложеннаго выше, по поводу установленнаго порядка законодательства, видно, что разные государственные законы, въ томъ числѣ конституціонные, могутъ исходить и исходятъ не отъ государства или органовъ государственной власти, а отъ другихъ лицъ. Конституціи революціоннаго происхожденія, изданныя революціоннымъ учредительнымъ собраніемъ, а равно конституціи, впервые конституирующія данное государство, не представляютъ актовъ государства или органовъ государственной власти въ смыслѣ господствующаго мнѣнія. Изъ исторіи законодательства можно было бы далѣе привести не мало примѣровъ распоряженій узурпаторовъ, полу-

чившихъ съ теченіемъ времени или (по крайней мѣрѣ въ психикѣ пѣкоторой части народонаселенія) сразу силу законовъ, и т. д. Между прочимъ, и то обычное явленіе, что въ частяхъ государственной территоріи, присоединенныхъ путемъ завоеванія или иныхъ международныхъ актовъ, дѣйствуютъ разные законы, изданные по законодателемъ даннаго государства, а представителями власти другого государства, въ составъ котораго прежде входила данная область, противорѣчить ходячему понятію о законахъ; ибо это понятіе имѣетъ въ виду изданіе подлежащихъ предписаній органами не какого бы то ни было, другого, а только даннаго государства, о правѣ котораго идетъ рѣчь.

И здѣсь слѣдуетъ сказать: центръ тяжести понятія и ученія о законномъ правѣ и законахъ долженъ быть перенесенъ въ область правно-психологическаго дѣйствія; существенно не то, отъ кого исходитъ законъ, отъ даннаго государства, его органовъ, или отъ кого-либо другого, а то, что соотвѣтственный актъ получаетъ въ данномъ государствѣ силу нормативнаго факта, т. е. вызываетъ соотвѣтственное императивно-аттритбутивное сознаніе.

Указанныя ошибки господствующаго понятія законовъ имѣютъ въ своей основѣ (кромѣ отсутствія надлежащаго психологическаго ученія о правѣ вообще и въ частности о позитивномъ правѣ и нормативныхъ фактахъ) методологическій недостатокъ, состоящій въ смѣшеніи теоретической точки зрѣнія, точки зрѣнія того, что есть, бываетъ, съ практическо-догматическою точкою зрѣнія, точкою зрѣнія того, что должно быть, что должно (впредь) быть соблюдаемо, какъ обязательное по предписаніямъ (официальнаго) права. Разъ имѣется налицо опредѣленный, установившійся государственный строй съ конституціею, опредѣляющею, кѣмъ и въ какомъ порядкѣ должны быть (впредь) издаваемы законы, постановляющею, что въ случаѣ нарушенія подлежащихъ правилъ изданное распоряженіе слѣдуетъ считать не имѣющимъ силы и т. д., то юристъ-догматикъ можетъ излагать соотвѣтственные правила, но именно какъ правила должнаго, какъ то, что слѣдуетъ (впредь) соблюдать, какъ обязательное по данному государственному праву; но такихъ положеній отнюдь не слѣдуетъ смѣшивать съ теоретическими поня-

тіями и истинами; то, что предписано на будущее время и обязательно, не всегда соблюдается, а до образования предписаній не могло быть соблюденія этихъ предписаній. Господствующее понятіе законовъ представляетъ продуктъ смѣшенія двухъ указанныхъ, существенно различныхъ точекъ зрѣнія; и вообще содержаніе современнаго теоретическаго, или, точнѣе, принимаемаго за теоретическое, ученія о законахъ представляетъ не столько дѣйствительно теоретическое ученіе о законахъ и законномъ правѣ, сколько практическо-догматическое изложеніе содержанія предписаній современнаго конституціоннаго государственнаго права съ принятіемъ подлежащихъ началъ за теоретическія истины (что, впрочемъ, относится въ значительной степени и къ другимъ частямъ современнаго общаго ученія о правѣ, ср. выше стр. 461 прим.). Обычныя сообщенія о дѣйствіи законовъ, о начальномъ моментѣ этого дѣйствія, о дальнѣйшемъ дѣйствіи до момента отмѣны, положенія объ образованіи законовъ, о разныхъ необходимыхъ стадіяхъ образованія законовъ, инициативѣ, обсужденіи, утвержденіи и т. д. — представляютъ тоже не что иное, какъ сообщеніе того, что предписывается современными законодательствами, какъ должное, съ принятіемъ подлежащихъ положеній за теоретическія истины. Съ фактическо-теоретической точки зрѣнія отнюдь нельзя утверждать, что издавныя и опубликованныя въ надлежащемъ порядкѣ постановленія непременно и всегда начинаютъ дѣйствовать съ такого-то опредѣленнаго момента времени, что они всегда дѣйствуютъ до момента отмѣны и т. д. Между прочимъ, вмѣсто выставленія этихъ и т. п. теоретически неправильныхъ положеній, къ задачамъ будущей теоріи законнаго права, какъ психическаго явленія *sui generis*, относится изученіе психологическихъ условій дѣйствія или бездѣйствія или начального слабаго и неувѣреннаго дѣйствія вновь изданныхъ законовъ, постепеннаго усиленія ихъ дѣйствія, укрѣпленія въ народной психикѣ (напр., конституціи, изданной на смѣну абсолютистическому строю), а равно изученіе условій и разныхъ процессовъ ослабѣванія и прекращенія дѣйствія законовъ безъ какой бы то ни было отмѣны ихъ и т. д.

Если изъ ходячаго понятія о законахъ удалить несо-
мнѣнно неудачные признаки издапія въ установленномъ по-
рядкѣ и происхожденія отъ государства или органовъ госу-
дарственной власти, то остается только родовое понятіе
нормъ, или велѣній, выражений воли и т. п. Но, далѣе,
возникають сомнѣнія и противъ того, что законы предста-
вляютъ велѣнія, и противъ разныхъ отсюда выводимыхъ
слѣдствій; сюда прежде всего относится усматриваніе осно-
ванія обязательности законовъ въ томъ, что они предста-
вляютъ начальственные велѣнія.

Слѣдуетъ прежде всего отмѣтить то важное для пра-
вильнаго пониманія природы законнаго права (и права
вообще, отождествляемаго съ велѣніями, обращеніями „одной
воли“ къ „другой“ и т. д.) обстоятельство, что обязатель-
ность соблюденія законовъ въ правовой психикѣ вовсе не
ограничивается только тѣми лицами или категоріями лицъ,
къ которымъ обращаются законодательныя распоряженія, а
простирается и на разные другія категоріи лицъ, въ томъ
числѣ на самихъ „повелителей“. Напр., монархъ, хотя бы
и самодержавный, признается точно также связаннымъ из-
даннымъ имъ закономъ, какъ и другіе, доколѣ этотъ законъ
не отмѣненъ. Смыслъ и дѣйствіе нѣкоторыхъ законовъ и со-
стоитъ главнымъ образомъ или даже исключительно въ со-
зданіи извѣстныхъ обязанностей (или въ отказѣ отъ извѣст-
ныхъ правъ) для издавшаго законъ монарха. Усматривать
существо акта и основаніе его обязательности въ томъ, что
здѣсь имѣется обращеніе одной, высшей, воли къ другой,
велѣніе, не приходится.

Съ точки зрѣнія теоріи права, какъ императивно-аттри-
бутивныхъ переживаній, въ частности теоріи позитивнаго
права, какъ такихъ же переживаній съ представленіями раз-
ныхъ фактовъ, какъ нормативныхъ, это явленіе, замѣтимъ,
не вызываетъ никакихъ затрудненій. Источникъ авторитет-
ности и обязательности права вообще и разныхъ видовъ
позитивнаго права въ частности состоитъ съ точки зрѣнія
этого ученія не въ какихъ-либо внѣшнихъ событіяхъ, въ
частности не въ чьихъ-либо велѣніяхъ, а въ эмоціяхъ долга,
могущихъ ассоціативно сочетаться съ различными предста-
вленіями, въ томъ числѣ представленіями весьма различныхъ

нормативныхъ фактовъ, не исключая собственныхъ словъ или иныхъ дѣйствій (ср. ниже о прецедентномъ правѣ, по которому поступившій извѣстнымъ образомъ въ одномъ случаѣ считается обязаннымъ дѣйствовать такъ же въ другихъ однородныхъ случаяхъ). Не только въ области питутивного, но и въ области позитивнаго права, въ томъ числѣ законнаго, вовсе не требуется необходимо наличности какихъ-либо постороннихъ „общественныхъ“ или т. п. авторитетовъ, вѣднѣй съ ихъ стороны, обращеній высшей и болѣе сильной „воли“ къ болѣе слабой „волѣ“ и т. п.

Но, далѣе, поскольку въ области законовъ дѣло идетъ объ обращеніяхъ къ другимъ и обязательности законовъ для этихъ другихъ, эти обращенія могутъ, какъ видно уже изъ изложеннаго выше, исходить отъ лицъ, не надѣленныхъ начальственными правами, правами повелѣвать и запрещать, и не претендующихъ на таковыя, напр., отъ частныхъ лицъ, равныхъ другимъ, хотя, можетъ быть, и особо уважаемыхъ и облеченныхъ довѣріемъ другихъ, избранныхъ колонистами для выработки конституціи учреждаемаго государства представителей, и т. п. Вообще въ разныхъ областяхъ законодательныхъ постановленій, особенно коллективныхъ, напр. на сходкѣ, вѣчѣ, въ парламентѣ, въ засѣданіяхъ факультетовъ, совѣтовъ высшихъ школъ и проч., и особенно если дѣло идетъ о выработкѣ извѣстныхъ правилъ для самого же рѣшающаго коллективнаго учрежденія или членовъ его, психологія повелѣванія, приказыванія нерѣдко вполне отсутствуетъ. Дѣло идетъ о выработкѣ и фиксированіи для себя и для другихъ извѣстныхъ правилъ поведенія, подлежащихъ впредь соблюденію, но не о приказываніи, повелѣваніи.

Слѣдуетъ при томъ имѣть въ виду—и это существенно важно для пониманія законодательной психологіи и природы законовъ,—что сообразно императивно-атрибутивной природѣ правовой психики и законодательная психика и смыслъ законовъ имѣютъ вообще двойственное, императивно-атрибутивное направленіе; независимо отъ того, что законодательное установленіе обязанностей отнюдь не предполагаетъ непременно повелѣванія, дѣло идетъ въ законодательствѣ не только объ установленіи обязанностей для однихъ, а и о закрѣпленіи соответствующихъ притязаній за другими, о

надѣленіи правами; законодательныя постановленія представляютъ вообще не императивныя, а императивно-аттритивныя распоряженія, и это отражается въ ихъ редакціи, въ полной и адекватной формѣ, въ формѣ обращенія по двумъ адресамъ, и въ чередованіи, какъ равныхъ по смыслу, трехъ сокращенныхъ формъ, въ томъ числѣ односторонне-аттритивной формы—обращеній только къ надѣляемымъ съ указаніемъ предоставляемыхъ имъ правъ (ср. выше, § 3).

На ряду съ положительно-нормативными законодательными распоряженіями, имѣющими въ виду установленіе извѣстныхъ правъ и обязанностей, для надлежащаго опредѣленія природы законовъ слѣдуетъ имѣть также въ виду существованіе и существенное значеніе отрицательно-нормативныхъ, нормоуничтожительныхъ, въ частности отмѣнительныхъ законодательныхъ распоряженій, не заключающихъ повелѣнія что-либо дѣлать и вообще не устанавливающихъ обязанностей, а, напротивъ, освобождающихъ отъ таковыхъ, устраняющихъ обязательность извѣстнаго поведенія на будущее время и отмѣняющихъ соотвѣтственныя права (ср. выше § 23).

Въ виду вышензложеннаго, законы слѣдуетъ характеризовать не какъ велѣнія, а какъ постановленія или распоряженія относительно того, что впредь должно или не должно признаваться обязанностью для однихъ, правомъ для другихъ, или, короче, какъ распоряженія относительно будущаго права, или—правовыя распоряженія (поскольку они являются нормативными фактами, т. е. соотвѣтственно вліяютъ на чью-либо правовую психику).

Къ этому для полученія окончательнаго опредѣленія законовъ и законнаго права слѣдуетъ добавить:

1. Что дѣло идетъ объ одностороннихъ распоряженіяхъ, въ отличіе отъ договоровъ, взаимныхъ соглашеній.

2. Что дѣло идетъ о представляемыхъ въ качествѣ реальныхъ постановленій такихъ или иныхъ (представляемыхъ) естественныхъ или сверхъестественныхъ существъ, напр., божествъ, независимо отъ того, состоялись ли они въ дѣйствительности или нѣтъ, или въ дѣйствительности имѣло мѣсто не правовое постановленіе, а что-либо другое, напр.,

выраженіе технического совѣта, эстетическаго правила, нравственной заповѣди или т. п.

На основаніи всѣхъ предыдущихъ соображеній можно опредѣлить:

1. Законное право, какъ императивно-атттрибутивныя переживанія со ссылкой на представляемыя одностороннія правовыя распоряженія кого-либо, какъ на нормативные факты.

2. Законы,—какъ представляемыя одностороннія правовыя распоряженія кого-либо, поскольку они являются нормативными фактами (т. е. поскольку подлежащія представленія оказываютъ соотвѣтственное вліяніе на чью-либо правовую психику, возбуждая или устраняя, или измѣняя императивно-атттрибутивныя переживанія).

Установленные классы и классовыя понятія законнаго права и законовъ, объемлющіе несоизмѣримо болѣе явленій, чѣмъ ходячія представленія о законахъ, допускаютъ дѣленія на разные виды, подвиды и разновидности, съ различныхъ точекъ зрѣнія и для различныхъ теоретическихъ и практическихъ надобностей, въ томъ числѣ для полученія болѣе узкихъ классовъ и классовыхъ понятій, удовлетворяющихъ потребностямъ официально-правового быта и официально-правовой, практическо-догматической юриспруденціи.

Такъ, законное право и законы можно дѣлить:

1. По тѣмъ представляемымъ существамъ, отъ которыхъ они представляются исходящими, на божескіе и человѣческіе. Это дѣленіе имѣетъ большое теоретическое значеніе. Божескіе законы отличаются вообще отъ человѣческихъ особымъ высшимъ авторитетомъ (для вѣрующихъ); соотвѣтственное право—особенно сильное, могучее право; его развитіе идетъ вообще инымъ путемъ, нежели развитіе человѣческаго законнаго права; въ частности оно, разъ развившись и укрѣпившись, отличается особою, по воляѣ понятнымъ причинамъ, неподвижностью, подчасъ полною невозможностью отмѣны или иного измѣненія до разрушенія соотвѣтственныхъ религіозныхъ вѣрованій. Божеское законное право играло огромную роль въ исторіи и теперь еще играетъ большую роль въ теократическихъ государствахъ и обществахъ, а равно въ церковномъ правѣ и у передовыхъ культурныхъ народовъ. Между прочимъ, дѣленіе законовъ на божескіе и человѣческіе,

lex divina, lex humana, было извѣстно и играло большую роль въ средневѣковой европейской юриспруденціи. Теперешніе теоретики права приписываютъ высшій законодательный авторитетъ только государству, и соотвѣтственно строить свои ученія о законахъ, напрасно забывая о еще болѣе авторитетныхъ законахъ—*leges divinae*.

2. Смотря по разнымъ общественнымъ сферамъ дѣйствія, можно различать законы и законное право: семейственныя, родовыя, общинныя, государственныя, церковныя и т. д.

3. Смотря по наличности или отсутствію officialнаго значенія въ государствѣ законы и законное право можно дѣлить на officialныя и неофициальныя. Officialное значеніе могутъ имѣть и имѣютъ не только государственныя законы, а и разныя другіе, напр., церковныя законы, поскольку подлежащее право пользуется officialнымъ признаніемъ со стороны государства, уставы и иныя постановленія разныхъ частныхъ, признаваемыхъ государствомъ, обществъ, напр., акціонерныхъ компаній, клубовъ, ученыхъ обществъ и проч.

Выше относительно государственныхъ законовъ было выяснено, что таковыми могутъ дѣлаться постановленія лицъ, не имѣющихъ правъ власти въ данномъ государствѣ или вообще. То же относится и къ другимъ видамъ законовъ и законнаго права. И въ области родовыхъ, общинныхъ, церковныхъ и проч. союзовъ и соотвѣтственнаго законодательнаго права получать силу закона могутъ распоряженія узурпаторовъ или иныхъ лицъ, не надѣленныхъ правомъ власти въ данной общественной сферѣ. Но обыкновенно, въ области упорядоченной и нормальной правовой жизни, законы исходятъ отъ лицъ или учреждений, надѣленныхъ (въ психикѣ подлежащаго общественнаго круга) такою или иною властью надъ другими, общею или спеціальною, социалью служебною или господскою, низшею или высшею или верховною властью; и издаются подлежащія (устныя или письменныя) распоряженія и признаются обязательными въ подлежащей общественной сферѣ въ силу соотвѣтственнаго права власти и въ предѣлахъ этого права. Сообразно установленнымъ выше общимъ и многообъемлющимъ понятіямъ законовъ и законнаго права, всякія права дѣлать распоряженія съ тѣмъ, что другіе должны съ ними сообразоваться, какъ съ нормативными фактами (какъ

бы подлежація права, напр., права няни по отношенію къ дѣтямъ, права раба, надѣленнаго властью надъ другими рабами, ни были скромны и ограничены), можно назвать законодательными правами или законодательными властями въ общемъ смыслѣ (о болѣе узкихъ понятіяхъ законовъ и законодательныхъ властей ниже). Сообразно предложенному выше дѣленію властей на виды и разновидности, можно различать и соотвѣтственные виды и разновидности законодательныхъ властей, законодательства и законодательнаго права. Такъ, законодательныя власти и законодательства можно дѣлить: 1) на общія, могущія касаться любыхъ отношеній или любыхъ за исключеніемъ нѣкоторыхъ, особо изъятыхъ, и спеціальныя, ограниченныя опредѣленнымъ кругомъ отношеній; напр., законодательная власть главы семьи, главы рода, обладателя верховной государственной власти есть общая законодательная власть и соотвѣтственное законодательство есть общее законодательство; законодательная власть главы церкви, напр., римскаго папы, университетскаго совѣта, министра народнаго просвѣщенія и т. п. есть спеціальная законодательная власть и соотвѣтственныя законодательныя распоряженія, постановленія, циркуляры и т. п. представляютъ спеціальное законодательство (ср. выше, стр. 199 и сл.); соотвѣтственныя постановленія признаются вообще дѣйствительными, имѣютъ силу закона, поскольку они не выходятъ за предѣлы подлежащей законодательной компетенціи; 2) на служебныя или соціальныя законодательныя власти и законодательства и господскія; законодательныя власти перваго рода, напр., законодательная власть главы семьи, родоначальника по отношенію къ членамъ семьи, рода, монарха по отношенію къ гражданамъ государства, представляютъ законодательныя права, соединенныя съ обязанностью по отношенію къ подвластнымъ и соціальной группѣ пользоваться ими на благо подлежащей соціальной группы и ея членовъ и подлежація осуществленію въ предѣлахъ этой обязанности и какъ средство ея исполненія; законодательныя власти втораго рода, напр., господина по отношенію къ рабамъ или крѣпостнымъ, начальника частнаго предпріятія по отношенію къ служащимъ въ немъ, монарха по отношенію къ порабощеннымъ народностямъ или государственнымъ рабамъ въ тѣсномъ смыслѣ (въ отлчіе отъ

свободныхъ гражданъ), суть свободныя по отношенію къ рабамъ и т. д. законодательныя права, не связанныя съ обязанностью осуществленія ихъ на благо подвластныхъ и могущія быть осуществляемыми для извлеченія имущественныхъ или иныхъ выгодъ изъ подвластныхъ, какъ изъ служебнаго средства (стр. 200 и сл.).

Въ областяхъ множественности властей и ихъ іерархической структуры (ср. выше, стр. 208 и сл.) имѣются соответственныя лѣстницы законодательныхъ властей и законодательствъ; и здѣсь можно различать іерархически низшія, подчиненныя, іерархическія высшія, господствующія, и высочайшія, верховныя законодательныя власти и законодательства. Напр., въ семейномъ и родовомъ быту имѣются относительно небольшія, а въ большихъ и сложныхъ государственныхъ или иныхъ организаціяхъ, напр., въ католической церкви, — длинныя, многостепенныя лѣстницы іерархически подчиненныхъ другъ другу законодательныхъ властей съ верховными во главѣ. Верховныя и вообще іерархически высшія законодательныя власти простираются и на субъектовъ всѣхъ низшихъ властей, которые обязаны въ сферѣ своихъ распоряженій подчиняться высшимъ законамъ, распоряженіямъ высшихъ властей, въ частности исполнять высшія предписанія путемъ соответственныхъ распоряженій внизъ. Въ этомъ смыслѣ іерархически низшія законодательныя власти можно называть исполнительными по отношенію къ высшимъ, а всѣ высшія законодательныя власти можно называть исполнительными по отношенію къ верховной законодательной власти. Послѣдняя не является исполнительною властью по отношенію къ какой-либо другой власти, она представляетъ самостоятельную законодательную власть, и съ этой точки зрѣнія можно ее называть законодательною властью по преимуществу или законодательною властью въ тѣсномъ смыслѣ. Верховныя законы могутъ отмѣнять всѣ низшіе законы, но не обратно; вообще іерархически высшіе законы могутъ отмѣнять іерархически низшіе законы всѣхъ степеней, но не обратно; законы низшихъ ранговъ имѣютъ нормативную силу лишь постольку, поскольку они сообразуются съ предписаніями законовъ высшихъ ранговъ или, во всякомъ случаѣ, имъ не противорѣчатъ.

Поскольку въ нѣкоторыхъ областяхъ множественности властей подлежащія власти находятся не въ отношеніи іерархическаго господства другъ надъ другомъ, а только въ отношеніи преимущества одной власти передъ другой, и между соотвѣтственными законодательствами и законодательными правами не имѣется отношенія взаимнаго іерархическаго подчиненія, а только отношеніе преимущества, т. е. преимущественной для подвластныхъ обязательности постановленій, исходящихъ отъ субъекта преимущественной власти, по отношенію къ постановленіямъ субъекта уступающей власти ¹⁾).

Впрочемъ, отношенія преимущества и іерархическаго подчиненія между разными категоріями законовъ, вообще различія ранговъ законовъ могутъ устанавливаться и независимо отъ соотвѣтственныхъ отношеній между властями.

Такъ, въ разныхъ областяхъ законодательнаго права, напр., въ области родового, государственнаго, церковнаго законодательства, въ области постановленій общихъ собраній частныхъ обществъ, напр., акціонерныхъ компаній, клубовъ и проч., законы, исходящіе отъ одной и той же законодательной власти, могутъ имѣть разную относительную силу, смотря по порядку и формѣ ихъ образованія, смотря по примѣненію болѣе простаго, или осложненнаго извѣстными особыми условіями и формальностями порядка ихъ образованія. Напр., распоряженія родоначальниковъ, монарховъ, главъ церкви, военачальниковъ и т. д. могутъ имѣть различную силу, смотря по тому, издаются ли они послѣ обсужденія ихъ въ собраніи извѣстныхъ лицъ, напр., совершеннолѣтнихъ членовъ рода, въ особомъ при монархѣ состоящемъ совѣтѣ, въ собраніи старѣйшинъ, родоначальниковъ, въ народномъ собраніи или въ собраніи избранныхъ народныхъ представителей, на церковномъ соборѣ, въ военномъ совѣтѣ и т. п., или безъ такого обсужденія; при чемъ значеніе такихъ собраній можетъ быть различное, только совѣщательное, т. е. не связывающее субъекта законодательной власти, который можетъ издать подлежащее постановленіе вопреки мнѣнію

¹⁾ Ср., напр., ст. 103 гражд. зак., Сводъ законовъ т. X, ч. 1: «Жена обязана преимущественнымъ повиновеніемъ волѣ своего супруга, хотя притомъ и не освобождается отъ обязанностей въ отношеніи къ ея родителямъ».

большинства членовъ собранія, вообще независимо отъ результатовъ обсужденія, или рѣшающее, т. е. для дѣйствительности распоряженія требуется не только обсужденіе, но и одобреніе, согласіе со стороны собранія; послѣдняго рода законодательство можно назвать вообще, не только въ области государственной жизни, конституціоннымъ, въ отличіе отъ самодержавнаго, не требующаго чьего-либо согласія; или постановленія монарховъ и т. д. могутъ имѣть различную силу, смотря по тому, изданы ли они въ письменной формѣ съ собственноручною подписью (или въ иной особо формальной и торжественной формѣ) или безъ соблюденія этой формы, въ видѣ словесныхъ распоряженій, и т. п.; постановленія коллективныхъ учреждений, имѣющихъ законодательную власть въ своей сферѣ, напр., общихъ собраній акціонерныхъ компаній и иныхъ обществъ, народныхъ собраній въ республиканскихъ государствахъ, могутъ имѣть различное значеніе, смотря по способу обсужденія или рѣшенія, напр., примѣненію начала единогласія или квалифицированнаго большинства, напр., $\frac{2}{3}$ голосовъ, или начала простого большинства голосовъ.

Законы, издаваемые осложненнымъ порядкомъ, — ихъ можно назвать квалифицированными законами, въ отличіе отъ простыхъ — имѣютъ обыкновенно по отношенію къ простымъ законамъ силу высшихъ законовъ, какъ если бы они исходили отъ высшей власти.

Такимъ образомъ, іерархическая лѣстница разныхъ категорій законовъ можетъ быть болѣе длинною, болѣе много-степенною, чѣмъ соотвѣтственная іерархическая лѣстница властей. Она можетъ еще удлиниться тѣмъ, что среди квалифицированныхъ законовъ возможно, въ свою очередь, существованіе двухъ категорій, просто квалифицированныхъ и вдвойнѣ квалифицированныхъ законовъ, т. е. законовъ, образуемыхъ еще болѣе квалифицированнымъ порядкомъ, чѣмъ просто квалифицированные законы, и имѣющихъ высшую силу, чѣмъ послѣдніе.

Силу наивысшихъ законовъ или законовъ иныхъ ранговъ могутъ получить и практически иногда получаютъ въ общественной правовой психикѣ, согласно изложенному выше, и постановленія, исходяція не отъ законныхъ властей или

изданныя въ установленномъ порядкѣ, незаконнымъ, революціоннымъ порядкомъ и т. д.

Нѣкоторое, хотя и далеко не полное и неудовлетворительное въ другихъ отношеніяхъ, отраженіе очерченнаго выше явленія многостепенности нормативной силы законовъ разныхъ категорій содержится, между прочимъ, въ традиціонномъ ученіи о законахъ въ тѣсномъ смыслѣ или законахъ просто и административныхъ распоряженіяхъ и объ обыкновенныхъ и основныхъ законахъ. То, что принято въ жизни называть законами въ тѣсномъ смыслѣ или законами просто, есть съ точки зрѣнія изложеннаго выше не что иное, какъ законы, исходящіе отъ верховной государственной власти, и при томъ квалифицированные законы, и законы, получившіе равную съ таковыми силу (хотя бы они были революціоннаго происхожденія и т. д.). Основные законы суть вдвойнѣ квалифицированные государственные законы и законы, получившіе равную съ таковыми силу. Такимъ образомъ въ государствахъ, гдѣ среди квалифицированныхъ законовъ, исходящихъ отъ верховной власти, имѣются двѣ категоріи, просто и вдвойнѣ квалифицированные законы, законами вообще называются законы двухъ высшихъ ранговъ, въ государствахъ, гдѣ нѣтъ этого дѣленія, — законы высшаго ранга. Законы всѣхъ низшихъ ранговъ, въ томъ числѣ постановленія, исходяція отъ субъекта верховной власти, но не квалифицированные, суть по этой терминологіи распоряженія. Сообразно съ этимъ законодательною властью въ государствѣ называется власть изданія законовъ подлежащей вышей или двухъ высшихъ категорій. Изданіе же законовъ всѣхъ прочихъ категорій относится къ т. н. исполнительной власти.

Характерною особенностью законодательства и законнаго права по отношенію къ другимъ видамъ нормативныхъ фактовъ и позитивнаго права, въ частности по отношенію къ обычному праву, является то, что здѣсь одно лицо или извѣстная группа лицъ можетъ по своему усмотрѣнію вызывать въ психикѣ другихъ, въ частности въ психикѣ болѣе или менѣе обширныхъ народныхъ массъ, такое право на будущее время, какое ему или ей представляется съ какой-

либо точки зрѣнія желательнымъ, а равно устранять, отмѣнять существующее право и производить разныя другія измѣненія въ чужой правовой психикѣ и жизни (впрочемъ, разумѣется, въ предѣлахъ своего законодательнаго авторитета и соблюденія другихъ условій успѣшнаго нормативнаго дѣйствія законодательныхъ постановленій, избѣганія рѣзкихъ противорѣчій съ интуитивнымъ правомъ и т. д.). При этомъ подлежащія правовыя измѣненія, въ томъ числѣ такія, которыя могутъ происходить въ видѣ медленнаго и постепеннаго развитія и безъ законодательнаго вмѣшательства, напр., путемъ соотвѣтственнаго развитія обычнаго права, въ области законодательства могутъ быть производимы внезапно, сразу, въ избранное по усмотрѣнiю время. Съ этими особенностями связаны разныя дальнѣйшія характерныя свойства законодательства и законнаго права, въ частности разныя его достоинства и недостатки по сравненiю съ другими видами нормативныхъ фактовъ и позитивнаго права. При разумномъ, просвѣщенномъ и умѣломъ пользованiи законодательство является превосходнымъ и могучимъ орудіемъ раціональнаго управленія развитіемъ права, его прогресса и совершенствованія, въ томъ числѣ, между прочимъ, формально-техническаго совершенствованія, приоровленія права къ удовлетворенiю общей потребности соціально-правовой жизни въ унификаціи правоотношеній. Но, съ другой стороны, при неразумномъ пользованiи законодательство является орудіемъ причиненія народу болѣе или менѣе серьезнаго зла въ различныхъ направленіяхъ. Особенно и главнымъ образомъ въ виду указанныхъ свойствъ законодательства крайне важнымъ для духовнаго и матеріальнаго благосостоянія человѣчества и его прогресса является созданіе и разработка въ руководство законодательству науки раціональнаго правопроизводства, науки политики права.

И изображенное выше явленіе сочетанія нормативныхъ актовъ и соотвѣтственныхъ позитивныхъ правъ разныхъ степеней и ранговъ съ іерархическимъ подчиненіемъ низшихъ общему руководству высшихъ представляетъ характерную особенность законнаго права по сравненiю съ другими видами позитивнаго права. Въ силу этой особенности законодательство является орудіемъ не только непосредственнаго

правосозданія, но и управленія разными подчиненными центрами правопроизводства, подчасъ, напр., въ церкви, въ государствахъ, цѣлыми системами таковыхъ. Съ этимъ, въ свою очередь, связаны разныя дальнѣйшія характерныя особенности законодательнаго права по сравненію съ другими видами позитивнаго права. Множественности, іерархическому подчиненію, развѣтвленію и спеціализаціи правопроизводительныхъ лабораторій соответствуетъ множественность категорій и типовъ подлежащихъ правовыхъ продуктовъ съ разными, но въ извѣстныхъ опредѣленныхъ и типичныхъ отношеніяхъ другъ къ другу находящимися, свойствами содержанія, кругами дѣйствія и т. д. Высшія законодательства, напр., государственные основные законы, могутъ ограничиваться установленіемъ общихъ директивовъ, предполагающихъ установленіе болѣе спеціальныхъ и частныхъ правилъ со стороны иного, подчиненнаго, законодательства, и даже подчасъ безъ этого неисполнимыхъ; по мѣрѣ движенія въ нижнія развѣтвленія системы законодательныхъ правъ содержаніе ихъ дѣлается вообще все болѣе частнымъ и спеціальнымъ, объемъ дѣйствія въ территоріальномъ или иныхъ отношеніяхъ все уже, соціальное значеніе все скромнѣе, мало-важнѣе.

§ 41.

Обычное право.

Обычное право обыкновенно опредѣляется, какъ такое право, которое; не будучи установлено закономъ (или государствомъ), фактически соблюдается, или—которое выражается въ постоянномъ однообразномъ соблюденіи извѣстнаго правила поведенія ¹⁾.

Впрочемъ, взгляды юристовъ на природу обычнаго права расходятся, и они точнѣе (чѣмъ въ формулахъ опредѣленія)

¹⁾ Ср., напр., Windscheid, Pandekten I § 15: «Unter Gewohnheitsrecht versteht man dasjenige Recht, welches, ohne vom Staate gesetzt worden zu sein, thatsächlich geübt wird»; Gierke, Deutsches Privatrecht, I § 20: «Gewohnheitsrecht ist ungesetztes Recht, somit Recht, das von einer Gemeinschaft unmittelbar durch Uebung erklärt ist»; Crome, System des Deutschen Bürgerl. R. I § 17: «Gewohnheitsrecht ist dasjenige Recht, welches, ohne vom Staate gesetzt zu sein, thatsächlich geübt wird».

выражаются въ указаніи состава или условій наличности обычного права. По мнѣнію однихъ, по т. н. спиритуалистической теоріи, основанной корифеями исторической школы, Савиньи и Пухта, для наличности обычного права требуется и достаточно существованіе соотвѣтственнаго народнаго правобудья (ср. выше, стр. 295 и сл.); что же касается фактическаго соблюденія подлежащей нормы, то оно является только неизбѣжнымъ результатомъ и спутникомъ обычного права и средствомъ познанія его существованія, но къ существу обычного права не относится.

По мнѣнію другихъ, по т. н. материалистической теоріи, напротивъ, существо и основа обычного права заключается въ постоянно соблюдаемомъ однообразномъ поведеніи, въ фактической привычкѣ; что же касается правобудья, то оно не существенно.

По третьему, среднему, мнѣнію, господствовавшему до появленія исторической школы и имѣющему теперь опять наиболѣе сторонниковъ, для наличности обычного права равно существенны два элемента: 1) продолжительное однообразное соблюденіе извѣстнаго правила и 2) убѣжденіе соблюдающихъ (или „общее убѣжденіе“), что подлежащее поведеніе юридически обязательно, соотвѣтствуетъ праву (т. н. *opinio necessitatis, opinio iuris, obligationis*).

Тѣ писатели, которые приводятъ понятіе обычного права въ связь съ общою теоріею права, какъ велѣній, императивовъ, усматриваютъ существо обычного права въ томъ, что оно есть „общая воля“ или „выраженіе общей воли“.

Всѣ эти ученія должны быть отвергнуты, какъ не соотвѣтствующія дѣйствительной природѣ обычного права.

Явленіе продолжительнаго однообразнаго соблюденія извѣстнаго правила поведенія съ признаніемъ его правовой обязательности вовсе не означаетъ еще существованіе особаго вида позитивнаго права—обычного права. Это явленіе бываетъ, при отсутствіи обычного права, и въ области дѣйствія законнаго права и права судебной практики, и книжнаго права и другихъ видовъ позитивнаго права (ср. ниже); мало того, оно бываетъ и тамъ, гдѣ нѣтъ не только обычного, но вообще никакого позитивнаго права, а имѣется согласное у многихъ по содержанію и успѣшно дѣйствующее интуитивное

право. Всякое право способно вызывать соответственное однообразное поведение съ сознаниемъ обязательности его, и при продолжительномъ дѣйствиі подлежащаго права будетъ и продолжительное однообразное соблюденіе и т. д.

Обычное право, какъ особый, специфическій видъ позитивнаго права, имѣется лишь въ томъ случаѣ, если въ чьей-либо психикѣ пронесяются императивно-атрибутивные переживанія съ представленіями соответственнаго массоваго поведения другихъ, такъ нормативнаго факта: я (или мы, онъ, они и т. д.) имѣю право на то или обязанъ къ тому-то потому, что такъ всегда соблюдалось прежде, такъ поступали предки, такова „старая пошлина“, „стародавній обычай“ и т. п.

Склонность къ такого рода правовымъ переживаніямъ, къ возведенію бывшаго поведения другихъ, главнымъ образомъ предковъ, въ „законъ“, въ нормативный фактъ для себя и для другихъ, свойственна главнымъ образомъ болѣе примитивной психикѣ, людямъ низшихъ ступеней культуры, когда сильно развито почитаніе предковъ и ихъ обычаевъ, когда старые традиціи и обычаи представляются чѣмъ-то священнымъ, а несоблюденіе ихъ чѣмъ-то злымъ и постыднымъ; и для научнаго, психологическаго, познанія подлежащихъ явленій правовой психики, для познанія подлиннаго обычнаго права и характерныхъ его свойствъ, важно обращеніе къ соответственному фактическому матеріалу, относящемуся къ старинному патриархальному быту или вообще къ низшимъ ступенямъ культуры, къ изученію подлежащей психики племенъ, живущихъ и теперь еще по обычаямъ предковъ, и т. д.

Впрочемъ, въ нѣкоторыхъ областяхъ нормативнымъ фактомъ обычнаго права бываетъ не поведение предковъ, старина, стародавніе обычаи и т. д., а соответственное массовое поведение современниковъ, тотъ фактъ, что „такъ принято“, „такъ всѣ поступаютъ“, „таковъ общепринятый (въ данное время) обычай“; и такое обычное право бываетъ и въ сферы почитанія предковъ и старины; напр., подлежащія явленія можно наблюдать въ области правилъ общественнаго этикета, обязательныхъ по обычаю визитовъ и иныхъ вѣжливостей, въ области правилъ разныхъ игръ, отчасти и въ

дѣловомъ быту, входящихъ въ сферу официального права, главнымъ образомъ въ торговлѣ, гдѣ разныя притязанія, не предусмотрѣнныя торговыми законами, заявляются и удовлетворяются на томъ основаніи, что „такъ принято въ торговлѣ“ и т. п.

Сообразно съ этимъ можно и слѣдуетъ различать два вида обычнаго права: 1) право обычаевъ предковъ, старыхъ традицій, старины и 2) право современныхъ обычаевъ, обычно соблюдаемаго, „общепринятаго“; для краткости первое можно назвать условно старообразнымъ, второе новообразнымъ; въ области обычно-правовой психики перваго вида престижъ, авторитетъ (эмоціональная сила) обычнаго права, при прочихъ равныхъ условіяхъ, тѣмъ выше, чѣмъ старѣе, древнѣе представляется данный обычай: „чѣмъ старѣе, тѣмъ святѣе“; въ области обычно-правовой психики втораго рода онъ, при прочихъ равныхъ условіяхъ, тѣмъ выше, чѣмъ болѣе общепринятымъ и неуклонно соблюдаемымъ въ подлежащей сферѣ представляется данное правовое поведеніе.

Въ обоихъ видахъ обычнаго права нормативнымъ фактомъ обыкновенно бываетъ массовое *правовое* поведеніе другихъ (предковъ или современниковъ), т. е. имѣется въ виду, что подлежащія дѣйствія, воздержанія или терпѣнія совершались въ качествѣ удовлетворенія признаваемыхъ за другими правъ и осуществленія этими другими приписываемыхъ себѣ правъ (а не, напр., исполненія чисто нравственныхъ, эстетическихъ правилъ и т. п.). Но возможно и иное, появленіе и распространеніе обычно-правовыхъ мнѣній, заявленіе притязаній со ссылкой на извѣстное массовое поведеніе предковъ и т. д., хотя подлежащее поведеніе вообще или въ большинствѣ случаевъ не имѣло характера правового поведенія. Слѣдуетъ притомъ имѣть въ виду, что въ области обычнаго права, какъ и въ другихъ областяхъ позитивнаго права, рѣшающее значеніе въ качествѣ нормативнаго факта имѣетъ не то, что было въ дѣйствительности, а то, что представляется, какъ бывшее. Если, напр., въ области дѣйствія старообразной обычно-правовой психики, почитанія обычаевъ предковъ и старины, въ данной сферѣ, напр., среди даннаго племени, появляется и распространяется мнѣніе, что предки держались такого-то правового обычая, что

въ старину соблюдалось то-то, то можетъ появиться и дѣйствовать соотвѣтственное обычное право со ссылкой на подлежащій обычай предковъ, хотя въ дѣйствительности предки поступали иначе: такого обычая совсѣмъ не было, или подлежащій обычай имѣлъ характеръ не правового, а, напр., чисто нравственного или эстетическаго обычая или техническаго обыкновенія и т. п. Выше (§ 39) было, между прочимъ, упомянуто явленіе введенія новаго права подъ видомъ возстановленія дѣйствія прежде якобы существовавшаго, но забытаго или искаженнаго, обычая. Вообще въ области дѣйствія начала „чѣмъ старѣе, тѣмъ святѣе“, особенно при отсутствіи письменности, благопріятствующемъ образованію всевозможныхъ легендъ, весьма легко, возможно и естественно появленіе и распространеніе разныхъ обычно-правовыхъ мнѣній, опирающихся на легендарныя и вообще невѣрныя представленія относительно старины, обычаевъ предковъ и т. д. Вездѣ въ области обычнаго права для тѣхъ, которые по молодости лѣтъ, неопытности или инымъ причинамъ сами лично не знакомы съ обычаями предковъ или съ современными обычаями, напр., съ обычаями, опредѣляющими права и обязанности дерущихся и секундантовъ въ области дуэли, рѣшающее значеніе имѣютъ сообщенія другихъ, напр., стариковъ или специалистовъ въ данной области, напр., дуэльной, или выдающихъ себя за таковыхъ, и, сообразно съ этимъ, возникаютъ и дѣйствуютъ обычно-правовыя мнѣнія, основанныя не на наблюденіи подлинныхъ обычаевъ, а на, подчасъ, невѣрныхъ сообщеніяхъ о нихъ изъ вторыхъ или третьихъ устъ. Въ исторіи обычнаго права, несомнѣнно, такого рода процессы играли и играютъ не малую роль.

На основаніи предыдущихъ замѣчаній обычное право можно опредѣлить, какъ императивно-атттрибутивныя переживанія со ссылкой на соотвѣтственное представляемое массовое поведеніе другихъ, какъ на нормативный фактъ.

Изъ этого опредѣленія, какъ и изъ всего изложеннаго выше о правѣ вообще и о позитивномъ правѣ въ частности, видно, что обычное право есть явленіе индивидуальной психики (и подлежитъ, какъ таковое, изученію съ помощью самонаблюденія и соединеннаго метода внутренняго и внѣшняго наблюденія).

Далѣ, по поводу предложеннаго понятія обычнаго права слѣдуетъ подчеркнуть, что оно обнимаетъ всѣ императивно-атрибутивные переживанія съ представленіями нормативныхъ фактовъ указаннаго типа, стало быть, и тѣ, которыя не имѣютъ официальнаго значенія въ государствѣ и которыя современная юриспруденція не относитъ къ праву вообще, противопоставляя ихъ праву подъ именемъ простыхъ правовъ, конвенціональныхъ правилъ и т. п., напр., мѣнія относительно правъ гостей на почетное мѣсто за столомъ и иные знаки вниманія, поскольку они опираются на принятые въ обществѣ обычаи, и проч. Сообразно съ этимъ обычное право въ установленномъ, широкомъ, смыслѣ можно дѣлить на два вида: официальное и неофициальное. Путемъ предложеннаго общаго опредѣленія обычнаго права и этого дѣленія получается, вмѣстѣ съ тѣмъ, и рѣшеніе проблемы о томъ, что такое обычное право въ юридическомъ смыслѣ, въ смыслѣ практическо-догматической юриспруденціи. Это эклектическая группа, въ которую входитъ во внутре́нне-государственной области официальное обычное право въ нашемъ смыслѣ, въ области международнаго права просто обычное право въ нашемъ смыслѣ.

Традиціонное ученіе объ обычномъ правѣ поконтея на несправности такого, эклектическаго, состава группы „обычное право“ (въ юридическомъ смыслѣ), исходитъ изъ предположенія, что оно имѣетъ дѣло съ единымъ особымъ классомъ явленій, пытается въ этомъ предположеніи дать единое опредѣленіе „обычнаго права“ въ своемъ смыслѣ и т. д.; такимъ образомъ, всѣ теоретическія положенія этого ученія, независимо отъ другихъ недостатковъ, должны неизбежно страдать пороками прыганія или хроманія или и тѣми и другими вмѣстѣ (ср. выше, § 16).

Независимо отъ этого, существеннымъ недостаткомъ господствующаго ученія объ обычномъ правѣ является то, что оно подлинныхъ, реальныхъ явленій обычнаго права, соответственныхъ явленій индивидуальной психики и ихъ состава, не изучаетъ и не знаетъ, а принимаетъ за обычное право то массовое явленіе, которое лишь можетъ быть и бываетъ иногда нормативнымъ фактомъ (въ представленіи переживающихъ обычно-правовые психическіе процессы). При

томъ, такъ какъ подлежащее массовое явленіе бываетъ, согласно указанному выше, и при отсутствіи обычнаго права, въ области дѣйствія разныхъ другихъ видовъ позитивнаго права и даже въ области дѣйствія интуитивнаго права, то господствующее ученіе ведетъ къ смѣшенію обычнаго права съ разными сюда совѣмъ не относящимися явленіями: съ иными видами позитивнаго права и съ интуитивнымъ правомъ.

Между прочимъ, повидному, признаніе того, что вѣдь и въ области законнаго права бываетъ однообразное поведеніе съ признаніемъ обязательности, такъ что указаніе на эти явленія, какъ на элементы обычнаго права, не даетъ критеріевъ для отличенія обычнаго права отъ законнаго, породило обыкновеніе включать въ опредѣленіе обычнаго права оговорки, исключаютія законъ, «не будучи установлено закономъ» и т. п. Примѣненіе такихъ отрицательныхъ оговорокъ не соответствуетъ правиламъ научнаго опредѣленія. Опредѣленіе должно содержать указаніе положительныхъ отличительныхъ признаковъ и не нуждаться въ помощи такихъ отрицательныхъ оговорокъ; напр., опредѣленіе животныхъ, которое бы нуждалось въ добавленіи оговорки, «не будучи растеніями», «...камнями» или т. п., для того, чтобы исключить соответствующее смѣшеніе, было бы плохимъ опредѣленіемъ, свидѣтельствомъ неумѣнія отличить въ опредѣленіи животныхъ отъ растеній, камней и т. д. Къ тому же оговорка, «не будучи установлено закономъ», въ опредѣленіи обычнаго права только потому кажется авторамъ этихъ опредѣленій обезпечивающею противъ смѣшенія обычнаго права съ неотносящимися сюда и подлежащими отличенію явленіями, что упускается изъ виду существованіе, кромѣ законнаго права, еще цѣлаго ряда разныхъ другихъ видовъ позитивнаго права, а равно интуитивнаго права.

Въ составъ традиціоннаго ученія объ обычномъ правѣ входитъ, на ряду съ установленіемъ понятія обычнаго права, еще указаніе разныхъ дальнѣйшихъ условій, необходимыхъ для наличности обычнаго права (*Erfordernisse*), выработанныхъ новою юриспруденціею, главнымъ образомъ, путемъ толкованія изреченій источниковъ римскаго права объ обычномъ правѣ, эпитетовъ обычнаго права въ изреченіяхъ римскихъ юристовъ и т. д. Сюда относятся: 1) продолжительность, многолѣтніе соблюденія (*consuetudo inveterata, longaeva*), 2) непрерывность соблюденія (*consuetudo tenaciter servata*), 3) разумность обычая, непротиворѣчіе его добрымъ правамъ и государственному порядку (*consuetudines contra rationem, non rationabiles*)¹⁾; впрочемъ, нѣкоторые оспариваютъ это требованіе; 4) спор-

¹⁾ Разные авторы формулируютъ это условіе различно. По мнѣнію Регельсбергера, *Общее ученіе о правѣ* § 12 (*Pand. I* § 26); «То, что безирравственно и противно основамъ гражданскаго порядка, не можетъ стать правомъ даже черезъ продолжительное упражненіе»; по

нымъ также представляется вопросъ, исключается ли наличность обычнаго права тѣмъ обстоятельствомъ, что въ основѣ подлежащаго поведенія лежала ошибка, въ частности ошибочное толкованіе закона или ошибочное предположеніе существованія соответственнаго закона.

По поводу этихъ ученій и спорныхъ вопросовъ слѣдуетъ отмѣтить:

Что касается продолжительности, многолѣтія соблюденія, то это условіе, во всякомъ случаѣ, не можетъ имѣть отношенія къ тому виду обычнаго права, который мы назвали новообразнымъ (ср. выше, стр. 554). Римскіе юристы, изреченія которыхъ объ обычномъ правѣ послужили, вмѣсто реального изученія подлежащихъ явленій, основою послѣдующаго развитія ученія объ обычномъ правѣ, имѣли въ виду главнымъ образомъ *mos majorum, usus antecessorum*, вообще старообразное обычное право и потому они говорятъ объ *inveterata consuetudo* и т. д. Что касается условія непрерывности соблюденія, то, между прочимъ, въ области права старинны, обычаевъ предковъ, бывають явленія перерывовъ и возстановленія соблюденія старины, вслѣдствіе возстановленія въ памяти подлинной старины. Что касается условія непротиворѣчіи основамъ нравственности, государственнаго порядка и т. д., то съ этой точки зрѣнія древнее примитивное обычное право, допускавшее и предписывавшее кровавую месть, самоубійство и самоуправство, рабство, похищеніе невѣсты, многоженіе и т. п., оказывалось бы, съ иной точки зрѣнія, не обычнымъ правомъ, и такая же судьба, обратнаго лишенія природы обычнаго права, должна была бы съ теченіемъ времени постигнуть теперешнее обычное право въ глазахъ будущихъ людей съ болѣе высокими нравственными требованіями. Что касается соблюденія извѣстнаго правила въ ошибочномъ предположеніи, что такъ полагается по закону, то подлежащее явленіе слѣдуетъ относить не къ обычному, а къ законному праву. Отнесеніе его къ обычному праву, а не къ законному, есть продуктъ сочетанія недоразумѣній относительно природы обоихъ видовъ позитивнаго права: 1) отождествленія законнаго права съ постановленіями законодателей (вслѣдствіе чего интересующія насъ явленія законнаго права не подходятъ подъ соответственное понятіе законнаго права), 2) отнесенія къ обычному праву всякаго соблюденія извѣстнаго правила, какъ обязательнаго, разъ оно не предписано закономъ. Съ другой стороны, разъ имѣется налицо подлинное обычное право

мнѣнію Дерибурга (Pandekten I § 27, D. bürgerl. R. I § 28), обычай долженъ для того, чтобы сдѣлаться обычнымъ правомъ, не противорѣчить здравому смыслу и добрымъ нравамъ; по мнѣнію Виндшейда (Pand. I § 16), требуется непротиворѣчіе основамъ государственнаго и нравственнаго порядка, и при томъ это условіе относится только къ мѣстнымъ (партикулярнымъ), а не общимъ обычаямъ; Баронъ I § 4 исключаетъ изъ сферы обычнаго права «укоренившіяся злоупотребленія» и т. д.

въ нашемъ смыслѣ, т. е. императивно-аттрибутивныя переживанія со ссылкой (не на правильно или ошибочно понимаемый законъ или иной нормативный фактъ, а на) соответственное поведеніе другихъ, то съ нашей точки зрѣнія, какъ видно изъ вышеннеложенаго, безразлично не только то, по какимъ, правильнымъ или ошибочнымъ, соображеніямъ такъ поступали другіе, но даже и то, дѣйствительно ли они, напр., отдаленные предки, такъ поступали, или этого совсѣмъ не было.

Но, затѣмъ, независимо отъ содержанія отдѣльныхъ условій, выставляемыхъ для существованія обычнаго права, все подлежащее ученіе, какъ таковое, покоится на методологической ошибкѣ и должно быть отвергнуто по методологическимъ соображеніямъ.

Слѣдуетъ различать двѣ точки зрѣнія и проблемы: 1) теоретическую точку зрѣнія и проблему о природѣ обычнаго права и его наличности или отсутствіи въ конкретныхъ случаяхъ; 2) практическую точку зрѣнія и проблему о томъ, слѣдуетъ ли судамъ примѣнять и вообще государству признавать официально обязательными и поддерживать всякое обычное право или же здѣсь требуются извѣстныя условія и ограниченія. Съ ботанической, теоретической точки зрѣнія и ядовитые грибы слѣдуетъ признавать грибами и нельзя отрицать ихъ существованія, какъ грибовъ, изъ-за ядовитости ихъ; съ гигиенической же, практической точки зрѣнія слѣдуетъ рекомендовать для употребленія въ пищу только нѣкоторыя, доброкачественныя грибы. Точно также въ области теоретической проблемы, касающейся наличности или отсутствія обычнаго права, слѣдуетъ признавать обычное право существующимъ совершенно независимо отъ того, удовлетворяетъ ли оно извѣстнымъ практическимъ требованіямъ, и всѣ сюда относящіяся положенія традиціоннаго ученія должны быть отвергнуты, какъ покоящіяся на смѣшеніи теоретическихъ и практическихъ точекъ зрѣнія и критеріевъ. Съ другой стороны, вполне умѣстна и желательна постановка и разработка практической проблемы о тѣхъ свойствахъ, которыми должно обладать конкретное обычное право, для того, чтобы его примѣнять въ судахъ и т. д. Точнѣе, здѣсь слѣдуетъ, въ свою очередь, различать двоякаго рода проблемы: 1) проблему догматики права, вопросъ о томъ, какъ слѣдуетъ съ точки зрѣнія дѣйствующаго официального права опредѣлять соответственныя качества обычнаго права; 2) проблему политики права, вопросъ о рациональной законодательной нормировкѣ официальной поддержки (или запрещенія и искорененія) обычнаго права. Притомъ, здѣсь слѣдуетъ имѣть въ виду соображенія двоякаго рода: 1) техническія, унификаціонныя, напр., съ нашей теоретической точки зрѣнія для наличности обычнаго права достаточно наличности хотя бы въ несихикѣ одного индивида (вопреки мнѣнію всѣхъ другихъ) императивно-аттрибутивнаго переживанія со ссылкой на поведеніе другихъ, хотя бы эта ссылка покоилась на недоразумѣніи, или подлежащее поведеніе было лишь рѣдкое и спорадическое и т. д. Но,

несомнѣнно, съ точки зрѣнія требованія унификаціи правоотношеній, прочности и опредѣленности правопорядка, такое обычное право представляется недостаточнымъ и негоднымъ для примѣненія въ судахъ. Слѣдуетъ требовать наличности однообразнаго шаблона обычно-правовыхъ мнѣній въ подлежащей средѣ, во всякомъ случаѣ преобладанія, господства извѣстнаго опредѣленнаго мнѣнія и т. д.; 2) соображенія по существу, соображенія социальнаго, матеріальнаго и духовнаго, благосостоянія и культуры и ея прогресса. Съ теоретической точки зрѣнія и дѣтское обычное право, касающееся игры въ перышки и т. п., и обычное право, господствующее въ сферахъ проституціи и санкціонирующее эксплуатацію жертвъ ея со стороны разныхъ категорій лицъ, есть обычное право, но официальная, судебная и иная, поддержка обычного права перваго типа, касающагося забавъ и т. п., была бы лишнею тратою общественной энергіи, а втораго типа—затратою общественной энергіи на злое дѣло. Мало того, съ точки зрѣнія современной законодательной политики возникаетъ вопросъ, слѣдуетъ ли вообще какія-либо сферы народной жизни, нуждающіяся въ официальномъ правѣ, предоставлять дѣйствию обычного права, не рациональнѣе ли озаботиться о надлежащей законодательной нормировкѣ и довольствоваться ею (ср. ниже)?

Вопросы о надлежащихъ предѣлахъ и условіяхъ официального признанія обычного права, слѣдуетъ отмѣтить, не касаются тѣхъ областей правовой жизни, гдѣ нѣтъ начальства, которое могло бы сортировать обычное право на доброкачественное, заслуживающее официальной поддержки, и недоброкачественное, подлежащее запрещенію и искорененію и т. д., въ частности они не касаются международныхъ отношеній и международнаго обычного права.

Но вообще подлежащіе вопросы догматики официального права и законодательной политики не относятся къ теоріи права, и мы ихъ коснулись лишь для выясненія надлежащей постановки теоретическихъ проблемъ.

По вопросу объ отношеніи обычного права къ закону до ученія исторической школы было распространено воззрѣніе, по которому обычное право не представляетъ самостоятельнаго, независимаго отъ закона, вида права („самостоятельнаго источника права“ по теперешней терминологіи). Основнымъ и единственно самостоятельнымъ видомъ права прежде юристы считали законъ, а на обычное право они смотрѣли, какъ на зависимое и подчиненное закону, въ частности выводили его обязательность изъ прямого предписанія или молчаливаго допущенія его дѣйствія со стороны законодателя. Великою, создавшею эпоху, заслугою Пухты считается опроверженіе подлежащихъ ученій и доказательство

самостоятельности и независимости обычного права по отношению къ закону. По господствующему теперь мнѣнію, отношеніе между обычнымъ правомъ и закономъ состоитъ не въ субординаціи, подчиненіи перваго второму, а въ координаціи, въ равенствѣ силы и самостоятельномъ и независимомъ другъ отъ друга существованіи и дѣйствіи.

Ни съ тѣмъ, ни съ другимъ ученіемъ невозможно согласиться. Ибо въ дѣйствительности отношеніе между законами и обычаями бываетъ на разныхъ ступеняхъ развитія и въ разныхъ сферахъ жизни различно, и утвержденія какого-либо одного опредѣленнаго отношенія между ними представляютъ прыгающія теории.

Въ нѣкоторыхъ областяхъ, главнымъ образомъ въ сферахъ и въ эпохахъ почитанія извѣстныхъ обычаевъ или вообще обычаевъ предковъ, какъ чего-то священнаго и неприкосновеннаго, отношеніе между обычнымъ и законнымъ правомъ состоитъ не въ равенствѣ, координаціи, а въ субординаціи, но не обычного права законному, а обратно. Для законодательства признается обязательнымъ сообразованіе съ обычнымъ правомъ, и законодательныя постановленія, противорѣчающія священнымъ обычаямъ предковъ, лишены нормативной силы.

Въ другихъ областяхъ, главнымъ образомъ въ сферахъ высокаго авторитета законовъ и дѣйствія конституціонныхъ и другихъ гарантій законности и слабости или отсутствія психики почитанія рутинны и старинны, отношеніе между законнымъ и обычнымъ правомъ бываетъ обратное; оно и здѣсь состоитъ не въ равенствѣ силы и координаціи, а въ субординаціи — обычного права законному. Страннымъ образомъ теорія координаціи возникла (на почвѣ ошибочныхъ апріорныхъ соображеній) и признается за важное научное открытіе въ такое время, когда факты дѣйствительной жизни на каждомъ шагу ей противорѣчатъ, и это противорѣчіе между теоріей и дѣйствительностью дѣлается все болѣе рѣшительнымъ. Въ современной государственной жизни (официальное) дѣйствіе обычного права опредѣляется вообще соответственнымъ законнымъ правомъ. Тамъ, гдѣ по закону полагается примѣненіе исключительно законнаго права, напр., въ области уголовного права, о примѣненіи обычаевъ нѣтъ рѣчи; тамъ, гдѣ по за-

кову допускается или предписывается примѣненіе обычнаго права, оно примѣняется въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ, и на основаніи закона, со ссылками на подлежащіе законы и т. д. Разныя новыя законодательства регулируютъ отношеніе между закономъ и обычаемъ различно, но вообще обычному праву отводится обыкновенно болѣе или менѣе узкая сфера дѣйствія (въ смыслѣ officialнаго права). Допускается примѣненіе обычнаго права главнымъ образомъ въ сферѣ торговаго и вообще частнаго, гражданскаго права, и то по большей части лишь въ болѣе или менѣе скромныхъ предѣлахъ, напр., въ случаяхъ отсутствія соотвѣтственнаго законодательнаго рѣшенія или наличности спеціальнаго закона, предписывающаго данный спеціальнй вопросъ или данную спеціальную группу вопросовъ рѣшать по обычному праву¹⁾. Въ другихъ областяхъ права, особенно въ области уголовнаго права и права, опредѣляемаго основными законами, примѣненіе обычнаго права исключается²⁾. И этому, какъ уже указано, соотвѣтствуетъ вообще фактической ходъ officialной правовой жизни. Разумѣется, возможны отдѣльныя нарушенія, какъ въ области другихъ законодательныхъ предписаній.

На ряду съ указанными двумя типами отношеній между обычнымъ и законнымъ правомъ, въ качествѣ средняго, переходнаго типа, слѣдуетъ признать и возможность существованія отношенія, возводимаго господствующимъ мнѣніемъ въ общую истину, т. е. отношенія равенства, координаціи обычнаго и законнаго права, или во всякомъ случаѣ отсутствія въ данной соціальной (массовой) психикѣ рѣшительнаго перевѣса силы и господства на сторонѣ того или другого вида позитивнаго права.

Отъ теоретической проблемы, касающейся фактическаго отношенія между обычнымъ и законнымъ правомъ, слѣдуетъ отличать практическія проблемы, касающіяся желательнаго или должнаго

¹⁾ Особенно обширную область дѣйствія обычному праву отводитъ, какъ увидимъ ниже, русское законодательство. Объ отношеніи новаго германскаго гражданскаго уложенія къ обычному праву ср. ниже.

²⁾ Господствующее ученіе объ обычномъ правѣ, развившееся и разрабатываемое главнымъ образомъ въ сферѣ науки гражданскаго права, имѣетъ главнымъ образомъ въ виду гражданское право и упускаетъ изъ виду другія сферы права, напр., упомянутыя въ текстѣ, и это способствуетъ преувеличенію значенія обычнаго права и мѣшаетъ правильному отношенію къ обычному праву и съ другихъ сторонъ.

отношенія (литература вопроса, какъ и другихъ вопросовъ общаго ученія о правѣ, страдаетъ смѣшеніемъ этихъ точекъ зрѣнія). Проблемы послѣдняго рода относятся къ догматикѣ и политикѣ права; но нельзя не отмѣтить, что ученіе о равенствѣ и координаціи обычнаго и законнаго права не только ошибочно въ качествѣ теоретическаго ученія, какъ несогласное съ дѣйствительностью, но и неприемлемо въ качествѣ практическаго принципа, въ качествѣ руководящаго правила поведенія для судовъ и т. д. Оно подрывало бы силу законовъ (и умаляло ихъ цѣнное социальное и культурное значеніе) и противорѣчило бы задачамъ унификаціи права, установленія опредѣленнаго и прочнаго правопорядка, содѣйствовало бы произволу и правовой анархіи. При наличности въ извѣстной социальной средѣ обычнаго права, нормирующаго извѣстныя области поведенія иначе, чѣмъ полагается по закону, напр., допускающаго тѣлесныя наказанія по отношенію къ батракамъ и подмастерьямъ, аккордную плату, уплату рабочимъ товарами, дуэли или инныя запрещаемыя закономъ реакціи на оскорбленія и проч., съ точки зрѣнія ученія о равенствѣ закона и обычая слѣдовало бы послѣдовательно сказать, что, напр., судьи могутъ свободно выбирать, какъ судить, по закону или обычаю, такъ что дѣло зависѣло бы отъ произвола, отъ вкусовъ и т. д. Господствующее ученіе не замѣчаетъ этого логическаго слѣдствія ученія о равенствѣ законнаго и обычнаго права, потому что оно не предполагаетъ возможности двояправія; для него обычное право, отвергаемое закономъ, превращается въ не-право, «простые нравы» и т. п. Другими словами, господствующее ученіе страдаетъ внутреннимъ противорѣчіемъ, провозглашаетъ равенство законнаго и обычнаго права и вмѣстѣ съ тѣмъ оказываетъ рѣшительное предпочтеніе закону.

Подъ вліяніемъ ученій исторической школы, превозносившей и возвеличивавшей обычное право по сравненію съ закономъ, обычному праву принято приписывать разныя высокія качества и преимущества по сравненію съ закономъ¹⁾: оно является непосредственнымъ и лучшимъ выраженіемъ народныхъ воззрѣній и потребностей, отличается гибкостью и приноровляемостью къ измѣняющимся воззрѣніямъ и потребностямъ, между тѣмъ какъ законъ „застываетъ уже въ моментъ начертанія“ и отстаютъ отъ постоянно измѣняющейся жизни; оно обладаетъ замѣчательною производительною силою и твор-

¹⁾ «Историческая школа правовѣдѣнія нашего вѣка произвела полную революцію (въ пониманіи значенія и цѣнности обычнаго права). Ея ученія бросили новый свѣтъ на существо обычнаго права. Она неопровержимо доказала непосредственное и основное значеніе обычнаго права, его творческую силу и несравнимую цѣнность» (Gierke, Deutsches Privatrecht, I, § 20).

ческой способностью, создаетъ надлежащую нормировку тамъ, гдѣ она требуется, заполняетъ пробѣлы закона, который не можетъ предусмотрѣть всѣхъ возникающихъ вопросовъ измѣняющейся жизни и т. д. ¹⁾ Съ другой стороны, Герингъ указалъ, что тѣ свойства обычнаго права, которыя представляются его достоинствами, а именно гармонія и единство этого права съ правовымъ воззрѣніемъ, его гибкость и измѣчивость, примѣняемость къ измѣняющимся условіямъ жизни, вмѣсто свойственнаго закону отставанія отъ жизни, связаны вмѣстѣ съ тѣмъ съ существеннымъ недостаткомъ обычнаго права, состоящимъ въ его несамостоятельности, въ отсутствіи его выдѣленія изъ сферы чувства, нравственности и нравовъ, и въ соответственной неопредѣленности и трудности распознаванія и доказательства, которое то удается, то не удается въ зависимости отъ воззрѣній допрашиваемыхъ лицъ и судьи ²⁾.

Эти положенія, какъ похвалы приверженцевъ обычнаго права, такъ и упреки Геринга, весьма мало соответствуютъ дѣйствительной природѣ обычнаго права и покоятся на смѣшеніи обычнаго права съ иными явленіями. Они скорѣе соответствуютъ природѣ интуитивнаго права, которое дѣйствительно отличается гибкостью и измѣчивостью, представляя постепенно и постоянно развивающіяся и измѣняющіяся правовыя воззрѣнія, а съ другой стороны не содержитъ опредѣленнаго однообразнаго правового шаблона, зависитъ отъ личныхъ взглядовъ и т. д. Что же касается подлиннаго обычнаго права, гдѣ такое существовало или еще и теперь существуетъ въ развитомъ видѣ, то оно представляетъ опредѣленный, подчасъ до мельчайшихъ подробностей и весьма точно фиксированный, однообразный массовый правовой шаблонъ, независимый отъ личныхъ нравственныхъ и интуитивно-правовыхъ воззрѣній отдѣльныхъ индивидовъ ³⁾. При томъ, характер-

¹⁾ Особенно это качество обычнаго права выдвигаетъ, между прочимъ, Гирке: «Творческая сила обычнаго права можетъ изсякнуть лишь тогда, когда прекратится жизнь самого права... Законодатель не обладаетъ фактически всемогуществомъ, которое онъ себѣ приписываетъ. Лишь въ незначительномъ размѣрѣ можетъ онъ дѣйствительно создавать впервые жизнеспособное право: свое лучшее заимствуетъ онъ всегда изъ развившагося безъ него или развивающагося обычнаго права... и т. д.» (Deutsches Privatrecht, I, § 20).

²⁾ Jhering, Geist des röm. R. II, § 25.

³⁾ Больше подробныхъ объясненій и доказательствъ этого и другихъ, излагаемыхъ въ текстѣ, положеній находятся въ рядѣ статей автора

нымъ свойствомъ его слѣдуетъ признать не гибкость и подвижность, примѣняемость къ новымъ воззрѣніямъ и потребностямъ, какъ полагаютъ господствующее мнѣніе и Терингъ, а, напротивъ, косность и неподвижность, сообразованность съ условіями не настоящаго, а прошлаго, подчасъ весьма отдаленнаго прошлаго, и тенденцію сохранять неизмѣнно подлежащую рутину и старину ¹⁾. Это наиболѣе косный и консервативный видъ права. Въ особенно высокой степени это относится къ главному и игравшему рѣшающую роль на протяженіи большей части исторіи человѣческаго развитія виду обычнаго права — къ старообразному обычному праву съ его психологіей „тѣмъ старѣе, тѣмъ святѣе“ (процвѣтающему, между прочимъ, и теперь и оказывающему упорное сопротивленіе всякимъ попыткамъ реформы и прогресса, изъ современныхъ большихъ государствъ, въ Китаѣ). Но и то обычное право, которое кое-гдѣ остается на развалинахъ прежняго величія обычнаго права въ видѣ права ссылающагося не на предковъ и старину, а на общепринятое, на существующій обычай, тоже опредѣляется рутинною (подчасъ древняго происхожденія, хотя и безъ знанія этого происхожденія и ссылки на старину) и поддерживаеъ эту рутину. Между тѣмъ какъ законъ обращается къ будущему, постановляетъ, что впредь должно быть правомъ, имѣетъ проспективный характеръ, обычное право по природѣ своей есть право, смотрящее не впередъ, а назадъ, имѣетъ ретроспективный характеръ, сообразуется неизбежно не съ тѣмъ, что можетъ быть въ будущемъ, и не съ настоящими условіями, какъ таковыми, а съ тѣмъ, что было раньше въ болѣе или менѣе отдаленномъ прошломъ.

Поэтому, между прочимъ, многіе обычаи непонятны соблюдающимъ ихъ (*Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*). Тѣ условія, при которыхъ они имѣли понятный смыслъ, давно исчезли и память о нихъ не сохранилась, такъ что смыслъ и значеніе подлежащихъ дѣйствій, формъ и обрядовъ для настоящаго поколѣнія неизвѣстны, но это, сообразно особой психологической природѣ обычнаго права,

объ обычномъ и законномъ правѣ въ «Правѣ» за 1899 г., стр. 65—72, 209—221, 319—322, 377—383, 426—444, 599—610, 809—822, 901—912; ср. также *Lehre vom Einkommen*. II, стр. 494 и *passim*.

¹⁾ «Право» 1899, стр. 326 и сл.

не мѣшаетъ ихъ соблюденію. Мало того, при силѣ и процвѣтаніи обычно-правовой психики, при господствѣ почитанія обычаявъ, это ведетъ къ тѣмъ болѣе точному и неуклонному соблюденію. Древніе предки, знавшіе смыслъ подлежащихъ дѣйствій, могли дѣлать разныя отступленія сообразно обстоятельствамъ; ихъ же потомки, унаслѣдовавшіе самый обычай, но не пониманіе его смысла, боятся сдѣлать малѣйшее отступленіе; ибо они не знаютъ, что важно въ данномъ обычаѣ и для чего нужны соотвѣтственныя дѣйствія, и приписываютъ одинаковую важность и святость всякой мелкой подробности.

Велѣдствіе замѣчательной консервативной силы и способности обычно-правовой психики (гдѣ эта психика сильна и процвѣтаетъ или вообще еще сохранилась) обычное право (какъ отчасти и обычная нравственность, обычная эстетика и т. д.) представляетъ, между прочимъ, большой научный интересъ и цѣнность въ качествѣ археологическаго, до-историческаго матеріала. матеріала для возстановленія такихъ элементовъ картины древняго быта, относительно которыхъ не сохранилось письменныхъ памятниковъ. Напр., упомянутый и объясненный нами выше обычай магарыча, какъ знака окончательнаго заключенія договора, обычай питья брудершафта, какъ знака договора дружбы, свидѣлствуютъ о примѣненіи въ древности крови для укрѣпленія правовыхъ актовъ, о важности и серіозности въ древности договоровъ дружбы, отражаютъ примитивныя матеріалистическія воззрѣнія на природу души; распространенный у разныхъ народовъ, тоже непонятный не только имъ, но и современной наукѣ, обычай обрѣзанія отражаетъ древнюю религіозно-правовую психику съ договорами и сдѣлками съ божествами и древній родовой бытъ съ безправіемъ женщинъ, съ договорами отъ имени рода, связывающими и все будущее сѣмя; въ разныхъ современныхъ обычаяхъ семейнаго права содержатся переживанія языческой эпохи или, точнѣе, разныхъ древнихъ эпохъ и стадій развитія, эпохи заключенія брака путемъ насильственнаго похищенія женщинъ въ союзъ съ сородичами, друзьями, эпохи покупки женъ, эпохи выбора супруговъ и заключенія договора брака не брачующимися, а ихъ владыками, и проч. и проч. Особенно эти и т. п. явленія представляютъ пора-

зительныя иллюстраціи того, какъ далеки отъ истины ходячія ученія о лучшемъ и непосредственномъ выраженіи въ обычномъ правѣ возрѣвній соблюдающихъ ихъ, о быстрой примѣняемости обычнаго права къ измѣняющимся взглядамъ и условіямъ жизни и т. д.

Человѣческая культура, въ томъ числѣ хозяйственная жизнь, техника, орудія и способы производства матеріальныхъ благъ и т. д., движется впередъ не пропорціонально времени, а въ ускоряющейся прогрессіи по отношенію ко времени ¹⁾. На низшихъ, примитивныхъ стадіяхъ развитія жизнь относительно неизмѣнна, процессъ культурныхъ измѣненій происходитъ весьма медленно, на высшихъ стадіяхъ развитія измѣненія дѣлаются все быстрее и быстрее. Столь сильныя измѣненія человѣческой жизни, для которыхъ на примитивныхъ стадіяхъ требуются десятки тысячъ лѣтъ, происходятъ на послѣдующихъ ступеняхъ въ теченіе тысячелѣтій, затѣмъ столѣтій, а теперь, въ частности подъ вліяніемъ могучаго фактора человѣческаго прогресса — науки, десятилѣтія вносятъ болѣе сильныя измѣненія, чѣмъ какія прежде достигались въ теченіе тысячелѣтій. Отсюда по отношенію къ обычному праву вытекають слѣдующія положенія:

1. Косность и архаичность обычнаго права, медленность его развитія и относительная неподвижность не представляютъ существеннаго недостатка, съ точки зрѣнія народной жизни и культуры и ея прогресса, на низшихъ ступеняхъ человѣческой цивилизаціи, вслѣдствіе относительной неизмѣнности самой жизни, духовной, экономической и т. д.; и чѣмъ ниже степень культуры, тѣмъ меньше отрицательное значеніе косности обычнаго права.

Мало того, консерватизмъ обычнаго права можно на низшихъ ступеняхъ культуры признать полезнымъ для народной жизни свойствомъ. Онъ способствуетъ накопленію и наслѣдственной передачѣ изъ поколѣнія въ поколѣніе бессознательныхъ, но цѣнныхъ добычъ коллективнаго опыта, предупреждаетъ растрату добытой вѣковымъ опытомъ общественной бессознательной нормативной мудрости. При относительной не-

¹⁾ По причинамъ, которыя могутъ быть выяснены лишь въ другомъ мѣстѣ, въ предположенномъ авторомъ трудѣ: «Очерки социологіи и исторіи политическихъ идей».

измѣнности жизни безсознательная нормативная мудрость, выработанная предыдущими поколѣніями, остается годною и цѣною и для слѣдующихъ.

2. Чѣмъ выше ступень культуры, тѣмъ болѣе консерватизмъ обычнаго права дѣлается отрицательнымъ факторомъ соціальной жизни и культуры и ея прогресса. Чѣмъ быстрѣе измѣняются условія и потребности жизни, тѣмъ меньше обычное право можетъ поспѣвать за этимъ развитіемъ, тѣмъ больше оно отстаетъ отъ жизни, тѣмъ быстрѣе прежняя нормативная мудрость теряетъ свою годность и приспособленность и превращается въ соціальное неразуміе, искажаетъ и тормозитъ развитіе „народнаго духа“¹⁾, народнаго хозяйства и т. д.²⁾.

3. Сообразно великой цѣнности обычнаго права и вообще обычаевъ предковъ (въ томъ числѣ нравственныхъ, техническихъ и иныхъ) на низшихъ ступеняхъ культуры, какъ основнаго разумнаго руководства въ соціальной и индивидуальной жизни, и сообразно слабости и неудачности продуктовъ сознательнаго индивидуальнаго мышленія, на низшихъ ступеняхъ культуры обычаи предковъ пользуются (безсознательно-удачною, соответвенною массовому опыту) весьма высокою соціальною оцѣнкою, имѣютъ великій престижъ и ореолъ, а всякое новшество, выдумываніе новаго собственнымъ умомъ вмѣсто соблюденія священныхъ традицій считается зломъ, постыднымъ и т. д. Сообразно съ этимъ обычное право имѣетъ великую, мотиваціонную и культурно-воспитательную, силу и цѣнность, а законодательство относительно безсильно и малоцѣнно. Положеніе неизбѣжно измѣняется по мѣрѣ отставанія и все большей негодности и неприспособленности къ новымъ условіямъ жизни обычно-традиціонныхъ правилъ, все болѣе частой зловредности слѣдованія имъ вмѣсто иного сознательно-раціональнаго поведенія въ области хозяйственной и иной жизни; престижъ и эмоціоально-мотиваціонная сила обычаевъ падаетъ и разрушается, уваженіе къ законному праву возрастаетъ и т. д.

4. Такой же историческій законъ (тенденцію развитія) можно установить и относительно т. н. „производительной силы“, „творческой способности“ обычнаго права, т. е.

¹⁾ Ср. «Право» 1899, стр. 331 и сл., стр. 377 и сл.

²⁾ Ср. тамъ же, стр. 426—444

склонности и способности народной психики къ выработкѣ достаточно развитой съ точки зрѣнія потребности унификаціи системы обычныхъ правилъ. На низшихъ ступеняхъ развитія, относительная неизмѣнность и вообще однообразіе жизни и взглядовъ людей въ связи со склонностью почитать обычаи предковъ и слѣдовать неуклонно ихъ примѣру ведутъ къ легкому и обильному развитію обычно-правового шаблона. На высшихъ ступеняхъ цивилизаціи, на почвѣ быстрыхъ измѣненій и разнообразія жизни, подвижности народонаселенія, разнообразія индивидуальныхъ и классовыхъ взглядовъ, уменьшенія или исчезновенія склонности слѣдовать рутинѣ, развитіе обычнаго права затрудняется или дѣлается вообще психически невозможнымъ; и во всякомъ случаѣ объ обеспеченности достаточно быстрого и обильнаго развитія обычно-правового шаблона въ областяхъ, требующихъ и не имѣющихъ позитивно-правовой нормировки, не можетъ быть рѣчи. Поэтому неисполненіе со стороны законодателя обязанности заботиться о доставленіи народонаселенію необходимаго для нормальной соціальной жизни, достаточно развитаго и опредѣленнаго позитивнаго права путемъ законовъ и предоставленіе народу или какой-либо части его создать себѣ вмѣсто этого обычно-правовую нормировку означало бы соціально и культурно злое вредное ущербленіе, лишеніе народа или соотвѣтственной части его благъ надлежащаго позитивнаго права.

При сравненіи качествъ обычнаго права и законнаго необходимо еще принять во вниманіе слѣдующее:

Обычное право является орудіемъ развитія и поддержанія соціально-правового неравенства, кастовыхъ и сословныхъ привилегій, рабства и крѣпостнаго права, безправія женщинъ и т. д. ¹⁾ Съ одной стороны, при выработкѣ права путемъ взаимодействія разныхъ элементовъ народонаселенія, болѣе сильныхъ по своему положенію и могущихъ диктовать условія другимъ, и болѣе слабыхъ и зависимыхъ, развивающіяся обыкновенія имѣютъ естественную тенденцію благопріятствованія сильнымъ насчетъ слабыхъ, и на почвѣ медленнаго,

¹⁾ Ср. «Право» 1899, стр. 599—610 («Обычное право и распределение благъ жизни между людьми»), стр. 901—912 («Обычное право и женскій вопросъ»).

незамѣтнаго и нечувствительнаго процесса такого развитія получаютъ, напр., такіе результаты, какъ кастовое право, низведеніе болѣе слабыхъ на положеніе паріевъ въ буквальный смыслъ, рабовъ, крѣпостныхъ и т. п. (введеніе какого права путемъ закона было бы психологически невозможно). Съ другой стороны, консерватизмъ обычнаго права, сила инерціи традицій и старины, содѣйствуетъ поддержанію соотвѣтственныхъ сословныхъ и иныхъ привилегій и предразсудковъ и т. д. и подчасъ настолько упорно задерживаетъ социальное-необходимое развитіе болѣе равнаго и свободнаго права, въ частности попадаетъ въ такую коллизію съ имѣющимъ принципиально иное содержаніе интуитивнымъ правомъ, что дѣло доходитъ до социальныхъ катаклизмовъ или, въ случаѣ безсилія освободиться отъ устарѣвшаго и негоднаго права, до разложенія социальнаго организма, деморализаціи высшихъ классовъ и т. д. ¹⁾.

¹⁾ Специально относительно гражданскаго права при современномъ положеніи вещей въ *Lehre v. Einkommen II*, стр. 494, указывается: «Если мы считаемъ необходимымъ заботиться о болѣе равномерномъ распредѣленіи благъ и придти на помощь экономически слабымъ, то мы должны стремиться къ исключенію по возможности обычнаго права въ области гражданскаго имущественнаго права. Ибо особенно при большой неравномерности распредѣленія благъ часто возможно развитіе такого права, которое создается экономически сильными и предписывается экономически слабымъ. Примврамы могутъ служить отношенія фабрикантовъ и рабочихъ, домовладельцевъ и квартиронанимателей, могучихъ акціонерныхъ компаній, картелей и проч. и публики, денежныхъ капиталистовъ и нуждающихся въ кредитѣ и т. п. Если бы законодатель во время столь рѣзкихъ экономическихъ различій, какъ теперешнія, во время такого могущества капитала предоставилъ рѣшающее значеніе обычному праву, то это означало бы предоставленіе капиталу власти предписывать право экономически слабымъ. Въ такое время рациональная гражданская политика (политика гражданскаго права) требуетъ жельзной энергіи закона по отношенію къ обычному праву. Мало того, при такихъ условіяхъ важною обязанностью государственной власти является заботливый контроль такихъ явленій правового быта, которые еще не могутъ быть названы обычнымъ правомъ, но фактически имѣютъ подобное значеніе въ социальной жизни или ведутъ къ развитію обычнаго права, и эвентуальное положительное вмѣшательство для предупрежденія образованія социальнаго вреднаго обыкновенія... И съ этической точки зрѣнія дѣйствіе обычнаго права не вездѣ можетъ быть признано удовлетворительнымъ. Въ дѣловыхъ кругахъ, вырабатывающихъ обычное право, уровень этическихъ воззрѣній подчасъ весьма не высокъ. Напротивъ, законодатель можетъ проводить болѣе высокую этику и этимъ путемъ исполнять важную культурную миссію». Эти и другія критическія замѣчанія относительно обычнаго права въ *Lehre v. Einkommen* были направлены противъ проявившагося тогда въ нѣмецкой литературѣ, особенно германпстической, воодушевленія въ пользу обычнаго права и требованія законодательнаго предоставленія широкаго

Весьма роковую роль сыграли и играют до сихъ поръ теоретическія недоразумѣнія относительно природы и свойства обычнаго права въ Россіи. Подъ ихъ вліяніемъ при освобожденіи крестьянъ отъ крѣпостной зависимости задача нормировки ихъ новаго гражданскаго, въ частности имущественнаго, быта была предоставлена дѣйствию обычнаго права. Разумѣется, эта задача не была и не могла быть исполнена процессомъ развитія соответственнаго обычнаго права. И до сихъ поръ крестьянство, т. е. около $\frac{3}{4}$ народонаселенія Имперіи, страдаетъ отъ безправія, отъ отсутствія надлежаще развитой и прочной позитивной нормировки существенныхъ сторонъ хозяйственнаго быта и вообще отъ отсутствія элементарныхъ благъ прочнаго позитивнаго правопорядка, определенности и гарантіи правъ и обязанностей, независимо отъ умотрѣнія и произвола и т. д. Это, конечно, не мо-

простора его дѣйствию въ выработывавшемся тогда новомъ германскомъ гражданскомъ кодексѣ. Характерный симптомъ вліянія и силы тогдашняго литературнаго теченія въ пользу обычнаго права представляють, между прочимъ, замѣчанія проф. Эрмана (въ критикѣ моей книги въ *Grünhut's Zeitschr.* XXIII, 1895 г., стр. 142) по поводу аргументовъ противъ обычнаго права въ *Lehre v. Einkommen*. Соглашаясь съ моими послылками, въ частности съ отрицательной оцѣнкой обычнаго права съ соціальной и культурно-этической точекъ зрѣнія, онъ тѣмъ не менѣе не только самъ не дѣлаетъ вытекающаго изъ этихъ посылокъ отрицательнаго вывода относительно желательности признанія обычнаго права со стороны подготовлявшагося новаго гражданскаго кодекса, но даже не рѣшается приписать мнѣ такой ереси, какъ защита исключенія обычнаго права, а только указываетъ, что мои замѣчанія «содержать даже переходъ» къ такому отношенію, что является нарушеніемъ должной мѣры (*über das richtige Mass hinauszuschiesen*). Таково же его отношеніе къ общему праву, болѣе критическое, чѣмъ традиціонное мнѣніе, но въ концѣ концовъ нерѣшительное, въ изданной имъ затѣмъ спеціальной брошюрѣ объ обычномъ правѣ (P. Oertmann, *Volkrecht und Gesetzesrecht*, 1898, русскій переводъ Розенберга подъ загл. «Обычай и законъ», 1899); и здѣсь онъ признаетъ правильность положеній о трудности образованія обычнаго права при современныхъ условіяхъ, о неудовлетворительности его содержанія съ соціальной точки зрѣнія и т. д., но оговаривается, что соответствующія положенія *Lehre v. Einkommen* страдаютъ преувеличеніями («Wenn sich aber doch noch eine gewohnheitsrechtliche Bildung vollziehen sollte, so ist sie leicht vom sozialen Standpunkt aus bedenklichen Inhalts, wie es jüngstens... v. Petrázycki, freilich nicht ohne Uebertreibungen, dargethan hat»). Въ чемъ состоятъ эти преувеличенія, авторъ не объясняетъ. Колеблющееся и нерѣшительное отношеніе къ обычному праву проявилось и въ окончательной редакціи новаго германскаго гражданскаго уложенія. Въмѣсто выраженія определеннаго рѣшенія въ пользу или противъ обычнаго права, этотъ кодексъ (и вводный законъ къ нему) обходитъ вопросъ объ обычномъ правѣ молчаніемъ, предоставляя такимъ образомъ рѣшеніе спора наукѣ и практикѣ.

жетъ не оказывать существеннаго отрицательнаго вліянія на развитіе хозяйственнаго благосостоянія и культуры характера, хозяйственной дѣльности, предприимчивости, сознанія и уваженія чужихъ и своихъ правъ и обязанностей и т. д.

§ 42.

Право судебной практики и другіе виды судебного позитивнаго права.

Право судебной практики. Судебная практика опредѣляется обыкновенно какъ общее, продолжительное, однородное, примѣненіе извѣстной нормы права судами данной правовой области ¹⁾).

Многіе считаютъ судебную практику особымъ „источникомъ права“ (видомъ позитивнаго права), наравнѣ съ обычнымъ правомъ и законами. Другіе, не отрицая значенія судебной практики, какъ источника права, подводятъ ее подъ обычное право и считаютъ ее особымъ видомъ обычнаго права. Нѣкоторые же вообще отрицаютъ значеніе судебной практики, какъ источника права, указывая, что задача судовъ вообще состоитъ не въ созданіи, а въ примѣненіи дѣйствующаго права ²⁾. Представители второго и третьяго мнѣнія признаютъ одинаково существованіе не трехъ, а двухъ только источниковъ права, законнаго (законовъ) и обычнаго права.

Для разрѣшенія спора и выясненія дѣйствительнаго положенія вещей надо имѣть въ виду слѣдующее:

Въ основѣ подлежащихъ ученій и споровъ лежитъ то же недоразумѣніе, на которомъ покоится современное ученіе объ обычномъ и законномъ правѣ, а именно неразличеніе права и нормативныхъ фактовъ. Судебная практика, конечно, не есть особый, самостоятельный видъ права или видъ обычнаго права; вообще она не право, а явленіе совсѣмъ иного

¹⁾ Ср. Derenburg, Pandekten I § 29, Crome, System des deutschen bürgerl. R. I § 17; нѣкоторые добавляют условіе убѣжденія въ правовой обязательности, ср. Gierke, Deutsches Privatrecht I § 21; Barou, Pandekten I § 7, опредѣляетъ судебную практику, какъ право, установленное въ рѣшеніяхъ судей („Die Praxis ist das in den Urtheilen der Richter aufgestellte Recht“).

²⁾ Ср., напр., Crome l. c.

порядка—рядъ человѣческихъ дѣйствій, поступковъ. Подлежащія дѣйствія, рѣшенія судей или судовъ, могутъ быть и обыкновенно бываютъ вышними проявленіями права, вызываются правовыми мнѣніями судей. При томъ они могутъ быть и бываютъ проявленіями различныхъ видовъ права: законнаго права, если судьи рѣшаютъ по этому праву (правильно или неправильно толкуя законы и вообще примѣняя подлежащее право), обычнаго права или разныхъ другихъ видовъ позитивнаго права (см. ниже), если они руководствуются народными обычаями и т. д., интуитивнаго права, если они рѣшаютъ подлежащіе вопросы по совѣсти, по справедливости, вообще по указаніямъ своего интуитивнаго права. Они могутъ быть и проявленіями не права, а безправія, хроническимъ и систематическимъ нарушеніемъ права, если, напр., суды, при ненормальной постановкѣ правосудія, при зависимости отъ административной власти, или т. п., въ угоду начальству или по инымъ причинамъ рѣшаютъ подлежащіе вопросы недобросовѣстно, отказываютъ въ признаціи правъ, которыя они въ душѣ считаютъ обоснованными, и т. п.—крайне печальное и уродливое явленіе, зловредное для государства и общества, но подчасъ бывающее. Такимъ образомъ судебная практика извѣстнаго содержанія не только не есть право, но и не доказываетъ сама по себѣ существованія и дѣйствія особаго опредѣленнаго вида позитивнаго права. Постольку несомнѣнно правы тѣ, которые не соглашаются съ господствующимъ мнѣніемъ, принимающимъ судебную практику за самостоятельный, отличный отъ законнаго и обычнаго, видъ права или за особый видъ обычнаго права.

Но, съ другой стороны, несомнѣнный фактъ, что судебная практика *иногда* получаетъ въ психикѣ людей значеніе нормативнаго факта, т. е. появляются правовыя переживанія, приписываются правовыя обязанности и права со ссылкой на то, что такова судебная практика, что такъ прежде „всегда“ рѣшались подлежащіе вопросы судами, или опредѣленнымъ, напр., высшимъ судомъ.

Особенно большую роль въ современной правовой жизни имѣютъ ссылки на предыдущую судебную практику, между прочимъ, въ Англій, гдѣ въ весьма многихъ и обширныхъ

областяхъ официальнаго права не имѣется законодательной нормировки, и вмѣсто нея рѣшающую роль играетъ позитивное право, ссылающееся на ряды соотвѣтственныхъ судебныхъ рѣшеній. Меньшую, отчасти совсѣмъ незначительную, роль играютъ такія же позитивно-правовыя явленія въ континентальныхъ европейскихъ государствахъ, но и здѣсь они встрѣчаются, во всякомъ случаѣ, въ видѣ спорадическихъ явленій. Обратившись къ исторіи права, можно было бы количество примѣровъ спорадическаго и эпидемическаго распространенія этихъ позитивно-правовыхъ явленій умножить *ad libitum*. Вотъ эти явленія, т. е. правовыя, императивно-аттритбутивныя переживанія со ссылкой на практику такихъ или иныхъ судовъ, какъ на нормативный фактъ, можно и слѣдуетъ признать особымъ видомъ позитивнаго права, подъ именемъ права судебной практики или т. п.

При такой постановкѣ и такомъ рѣшеніи вопроса не можетъ быть серьезнаго научнаго спора о существованіи или несуществованіи подлежащаго явленія, а равно смѣшенія его съ обычнымъ правомъ, ссылающимся на нормативные факты совсѣмъ иного рода, не на рѣшенія какихъ-либо судовъ или суда, а на соотвѣтственное массовое поведеніе предковъ и т. д.

Право отдѣльныхъ преюдицій. Въ прежней юриспруденціи существовало мнѣніе, что судъ, въ случаѣ наличности *praecudicia*, т. е. одного или нѣсколькихъ однородныхъ по содержанию, послѣдовавшихъ раньше, судебныхъ рѣшеній по вопросамъ, однороднымъ съ подлежащими рѣшенію въ данное время, обязанъ слѣдовать этимъ преюдиціямъ, т. е. рѣшать подлежащіе вопросы сообразно смыслу преюдицій. Теперешнее господствующее мнѣніе отвергаетъ это ученіе и подчеркиваетъ, что преюдиціи не являются источникомъ права, и что судъ не связанъ ни своими собственными преюдиціями, ни преюдиціями другого суда, хотя бы и высшаго, и не долженъ имъ слѣпо слѣдовать¹⁾.

И здѣсь, при правильномъ пониманіи существа позитивнаго права и отличеніи его отъ нормативныхъ фактовъ,

¹⁾ Ср. Baron, Pand. (Система I) § 7, Dernburg, Pand. (Пандекты) § 29 и др.

получается иное рѣшеніе вопроса, отличное и отъ прежняго и отъ современнаго ученія.

Отдѣльныя преюдиціи, какъ таковыя, также какъ и постоянная однообразная судебная практика, не составляетъ „источника права“ въ смыслѣ особаго вида позитивнаго права. Но, съ другой стороны, несомнѣнный фактъ, что иногда, при извѣстныхъ условіяхъ, и отдѣльныя преюдиціи, главнымъ образомъ рѣшенія высшихъ судовъ (прежде рѣшенія монарховъ, принимавшихъ личное участіе въ отправленіи правосудія), получаютъ въ психикѣ судей и другихъ значеніе нормативныхъ фактовъ. Они приводятся какъ основанія для приписыванія извѣстныхъ обязанностей и правъ и т. д. Такъ что имѣется соответственный видъ позитивнаго права — императивно-атрибутивные переживанія со ссылкой на отдѣльныя преюдиціи, какъ на нормативный фактъ. Это даже болѣе распространенное и играющее болѣшую роль въ правовой жизни позитивно-правовое явленіе, чѣмъ право судебной практики въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. право, ссылающееся на постоянную однообразную практику судовъ (особенно при современномъ строѣ государственной юстиціи).

Право судебной практики и отдѣльныхъ преюдицій можно объединить общимъ именемъ преюдиціального права.

Преюдиціальное право появляется и процвѣтаетъ главнымъ образомъ тамъ, гдѣ не имѣется надлежащаго законодательства и вообще надлежащаго, достаточно полнаго, развитаго и т. д., иного позитивнаго шаблона, и объясняется позитивационною тенденціею права. Потребность социальной жизни въ унификаціи права, потребность и тенденція позитивации ведетъ къ тому, что за отсутствіемъ иного опредѣленнаго позитивнаго шаблона для рѣшенія даннаго вопроса или данной совокупности вопросовъ правовая психика пользуется уже бывшими судебными рѣшеніями, какъ средствомъ для установленія опредѣленнаго шаблона. Сообразно съ этимъ, преюдиціальное право играетъ обыкновенно роль субсидіарнаго, вспомогательнаго и дополнительнаго позитивнаго права, примѣняемаго за отсутствіемъ иного позитивно-правового рѣшенія подлежащихъ вопросовъ. Впрочемъ, иногда, развитіе преюдиціального права бываетъ результатомъ кон-

фликтовъ между позитивнымъ и интуитивнымъ правомъ; оно появляется и при наличности иного позитивно-правового, напр., законно- или обычно-правового, рѣшенія подъ давленіемъ несогласнаго съ этимъ рѣшеніемъ интуитивнаго права. Отступающія отъ существующаго позитивно-правового, представляющагося несправедливымъ, шаблона, постановленныя согласно интуитивно-правовой совѣсти рѣшенія судовъ возводятся затѣмъ въ самостоятельные нормативные факты, и получается соотвѣтственное новое позитивное право, не заповняющее пробѣлы стараго, а разрушающее и вытѣсняющее его ¹⁾.

Вообще, чѣмъ лучше законодательство, тѣмъ меньше почвы для появленія и развитія преюдиціального права.

Предыдущія положенія суть положенія теоріи права, констатирующія факты, независимо отъ того, что представляется желательнымъ или должнымъ съ практической точки зрѣнія, и не предрѣшаютъ вопросовъ догматики и политики права о томъ, слѣдуетъ ли признавать обязательное значеніе преюдиціального права и если да, то при какихъ условіяхъ и въ какой мѣрѣ.

Юдиціальное право. Съ точки зрѣнія теоріи позитивнаго права, какъ правовыхъ переживаній со ссылкой на нормативные факты, на ряду съ правомъ судебной практики и отдѣльныхъ преюдицій, имѣется еще одинъ видъ судебного, ссылающагося на судебныя рѣшенія, позитивнаго права, и при томъ такой видъ судебного позитивнаго права, который имѣетъ несоизмѣримо большее распространеніе и значеніе въ правовой жизни, нежели право отдѣльныхъ преюдицій, не говоря уже о правѣ судебной практики въ тѣсномъ смыслѣ слова.

Мы имѣемъ въ виду то упомянутое уже выше (стр. 182 и сл.) явленіе, находящееся въ тѣснѣйшей связи со специфическою, императивно-атрибутивною, природою права и съ соотвѣтственною потребностью устраненія конфликтовъ и унификации правоотношеній и общераспространенное во всѣхъ сферахъ правовой официальной и неофициальной жизни, что разсмотрѣніе и рѣшеніе правовыхъ споровъ между сторонами

¹⁾ Ср., напр., изъ исторіи римскаго права вліяніе практики центумвиральнаго суда на развитіе наследственнаго права.

со стороны официального суда или иных приглашенных для этого третьих лиц, напр., отца, матери, няни, свертниковъ въ области дѣтскихъ правовыхъ споровъ, вызываетъ своеобразную метаморфозу въ области правовой психики сторонъ и другихъ лицъ; а именно устраняетъ или лишаетъ значенія прежнія, различныя по содержанию, правовыя мнѣнія, интуитивнаго или какого-либо позитивнаго права, законнаго, обычнаго и т. д. съ ихъ основаніями, позитивными ссылками и т. д., и замѣняетъ ихъ третьимъ правовымъ мнѣніемъ со ссылкой на то, что такъ рѣшилъ судъ или судья (официальный или частный); это явленіе представляетъ особую форму позитиваціи права (и вытѣсненія иного, интуитивнаго или позитивнаго, права) и особый видъ позитивнаго права—императивно-атрибутивныя переживанія со ссылкой на соответственное судебное рѣшеніе даннаго дѣла. Этотъ видъ позитивнаго права можно условно назвать, въ pendant къ преюдициальному праву, праву, ссылающемуся на прежнія рѣшенія по другимъ, сроднымъ, дѣламъ, юдиціальнымъ правомъ.

Относительно юдиціальнаго права можно сказать, что изъ всѣхъ видовъ позитивнаго права, или, точнѣе, изъ всѣхъ видовъ права вообще, не исключая интуитивнаго права, это самое сильное и авторитетное право. По общераспространеннымъ началамъ официального права, *res iudicata pro veritate accipitur*: (окончательное, вошедшее въ законную силу) судебное рѣшеніе признается за безусловную истину, т. е. за нимъ признается неоспоримое и непоколебимое значеніе, независимо отъ того, правильно ли оно по существу, соответствуетъ ли оно законамъ и т. д.; оно кассируетъ, уничтожаетъ для даннаго дѣла значеніе законовъ, обычаевъ и проч., и само имѣетъ единственно рѣшающее и абсолютное значеніе ¹⁾. Но таково же вообще обычное, нормальное отношеніе человѣческой правовой психики къ судебнымъ рѣшеніямъ и въ другихъ сферахъ правовой жизни, даже въ сферѣ дѣтскаго права, права дикарей, права преступныхъ организацій, разбойничьихъ шакъ и т. п. въ области соответственныхъ правовыхъ споровъ и судебныхъ разбира-

¹⁾ За исключеніемъ, впрочемъ, нѣкоторыхъ особыхъ, чрезвычайныхъ случаевъ.

тельствъ. И это, съ точки зрѣнія специфической, притязательной и конфликтной, природы права и соответственной социальной необходимости и тенденціи выработки и признанія средствъ окончательнаго рѣшенія спора и умиротворенія, исполнѣ понятно.

На низшихъ ступеняхъ культуры, когда святость и непоколебимый авторитетъ судебныхъ рѣшеній особенно важны и необходимы, безсознательно удачное социальное приспособленіе ведетъ къ выработкѣ такого устройства и хода судебного разбирательства, что судебныя рѣшенія снабжаются божескимъ авторитетомъ, представляются не человѣческими, а божескими рѣшеніями. Въ случаѣ отсутствія ясныхъ и безспорныхъ данныхъ въ пользу той или другой стороны дѣло предоставляется на судъ боговъ путемъ добыванія отъ нихъ разныхъ знаковъ чрезъ посредство жрецовъ или непосредственно, путемъ жребія, поединка и проч. (божеское юдиціальное право).

Юдиціальное право представляетъ несоизмѣримо болѣе распространенное и болѣе важное явленіе правовой жизни, чѣмъ преюдиціальное право. Изъ множества тысячъ судебныхъ рѣшеній, вызывающихъ юдиціальное право, лишь единичныя рѣшенія получаютъ значеніе нормативныхъ фактовъ преюдиціальнаго права.

Господствующее мнѣніе тѣмъ не менѣе не знаетъ соответственнаго особаго вида позитивнаго права, не считаетъ судебныхъ рѣшеній „источникомъ права“. И это съ точки зрѣнія господствующаго пониманія природы позитивнаго права, въ частности различенія права и нормативныхъ фактовъ, исполнѣ естественно, послѣдовательно и правильно. Ибо въ самыхъ судебныхъ рѣшеніяхъ, какъ таковыхъ, особаго вида позитивнаго права усматривать не слѣдуетъ. Если судъ рѣшаетъ данное дѣло по закону, то рѣшеніе его есть проявленіе законнаго права, если по обычаю, то—обычнаго права, если по справедливости, то—интуитивнаго права и т. д. Особый видъ позитивнаго права имѣется и можно найти не въ судебныхъ рѣшеніяхъ, а въ психикѣ тѣхъ, которые переживаютъ императивно-атрибутивныя мнѣнія въ связи съ представленіями этихъ рѣшеній, какъ нормативныхъ фактовъ, т. е. тамъ, гдѣ теперешняя наука права права не ищетъ.

Всѣ три, установленныя выше, класса позитивнаго права обнимаютъ, въ смыслѣ излагаемой теоріи права, не только соответственное официальное право, а и неофициальное. Впрочемъ, серьезное и крупное значеніе въ области неофициальной правовой жизни имѣетъ только юдиціальное право. Что же касается права отдѣльныхъ преюдицій и права судебной практики въ тѣсномъ смыслѣ, то подлежащія явленія правовой психики связаны главнымъ образомъ съ существованіемъ постоянныхъ судебныхъ учреждений, и потому главную сферу ихъ развитія составляетъ сфера официального права. Тѣмъ не менѣе и они встрѣчаются и въ области неофициальнаго права. Во-первыхъ, и въ этой области имѣются кое-гдѣ постоянныя судебныя учрежденія, напр., товарищескіе суды, суды чести и т. п., и здѣсь имѣется почва для развитія преюдиціальнаго права. Въ будущемъ развитіи международнаго права несомнѣнно большую роль будетъ играть практика постоянныхъ международныхъ судовъ, общихъ и специальныхъ (по специальнымъ дѣламъ, напр., морской войны, каперства и т. п.). Во-вторыхъ, поскольку въ данной социальной группѣ, напр., въ родовой, домашне-семейной группѣ, члены группы обращаются болѣе или менѣе часто къ суду одного и того же лица, напр., старшаго въ родѣ, отца и т. д., то и здѣсь не лишены значенія правовыя мнѣнія, предъявленіе притязаній и т. д. со ссылкой на преюдиціи, на то, что такой же вопросъ въ предыдущемъ случаѣ былъ рѣшенъ такъ-то, или въ рядѣ предшествующихъ случаевъ всегда рѣшался такъ-то.

§ 43.

Книжное право и другіе, неизвѣстные современной наукѣ или непризнаваемые ею, виды позитивнаго права.

1. *Книжное право.* Уже выше (стр. 175) было отмѣчено явленіе, состоящее въ томъ, что составленные кѣмъ либо, хотя бы частнымъ лицомъ, сборники правовыхъ изреченій подчасъ приобрѣтаютъ въ правовой жизни нормативное значеніе, подобно законодательнымъ кодексамъ, такъ что получаютъ императивно-аттрибутивныя переживанія со ссылкой на то, что такъ написано, такъ сказано въ такой-то книгѣ,

напр., въ Саксонскомъ зеркалѣ, Талмудѣ и т. п. Этотъ видъ позитивнаго права можно условно назвать „книжнымъ правомъ“.

Происхожденіе подлежащихъ книгъ бываетъ различное; подъ вліяніемъ настоятельной потребности для нормальной соціальной жизни въ опредѣленномъ правовомъ шаблонѣ народная психика подчасъ не разбираетъ, какъ составилъ подлежащій сборникъ, кто его написалъ, какими матеріалами пользовался и т. д., лишь бы книга представлялась годною въ качествѣ средства достиженія опредѣленнаго правового шаблона.

Множество книгъ этого рода, получившихъ нормативное значеніе въ правѣ разныхъ народовъ, написаны отдѣльными частными лицами, напр., бывшими народными судьями, ходатаями по дѣламъ, духовными лицами и т. п. Напр., знаменитое Саксонское зеркало, игравшее въ свое время въ судахъ и другихъ областяхъ жизни роль кодекса не только въ Саксоніи, но и далеко за предѣлами этой страны и даже отчасти за предѣлами Германіи, было составлено бывшимъ шеффеномъ рыцаремъ Eike von Repkow (въ первой трети XIII вѣка). Таково же, частное, происхожденіе множества другихъ „зерцалъ“ — и правовыхъ сборниковъ съ иными заглавіями, напр., исторіи нѣмецкаго и другихъ германскихъ правъ, скандинавскихъ и т. д., разныхъ французскихъ т. н. *coutumiers* и проч. Иногда подлежащіе сборники представляютъ продукты коллективной работы многихъ частныхъ лицъ, подчасъ длиннаго ряда смѣнявшихся поколѣній разныхъ писавшихъ, переписывавшихъ и дописывавшихъ лицъ, напр., жрецовъ, ученыхъ юристовъ-книжниковъ и т. п. Примѣрами могутъ служить Талмудъ, Шаріатъ и разные другіе сборники магометанскаго права, т. н. законы Ману, разные сборники церковнаго права разныхъ христіанскихъ церквей и т. п. Къ книжному праву слѣдуетъ также отнести право, ссылающееся на сборники, составленные (для приведенія въ извѣстность дѣйствующаго права, для свѣдѣнія и руководства чиновниковъ, участвующихъ въ управленіи иноплеменной провинціею и т. п.) по распоряженію такихъ или иныхъ начальствъ (напр., королей, вице-королей, намѣстниковъ провинцій), поскольку дѣло идетъ не о законо-

дательствѣ и законномъ правѣ въ собственномъ смыслѣ. Иногда официальные сборники, составленные для одной мѣстности, фактически приобрѣтаютъ нормативное значеніе для другихъ мѣстностей, провинцій, странъ¹⁾. Равнымъ образомъ къ области развитія и дѣйствія книжнаго права слѣдуетъ отнести явленіе, состоящее въ томъ, что законодательные сборники, своды, кодексы, или извѣстныя части таковыхъ получаютъ иногда въ другихъ странахъ, съ иною законодательною властью, фактически, безъ всякой законодательной санкціи, такой авторитетъ, что подлежація положенія возводятся въ нормативные факты. Такъ, напр., изданный вестготскимъ королемъ Аларихомъ II въ началѣ шестого вѣка (506) для его римскихъ подданныхъ сводъ, *Lex Romana Visigothorum*, т. н. *Breviarium Alaricianum* (компиляція изъ разныхъ римскихъ источниковъ) получилъ съ теченіемъ времени широкое распространеніе въ качествѣ авторитетно-нормативнаго юридическаго сборника далеко за предѣлами своего первоначальнаго, законодательнаго въ собственномъ смыслѣ, дѣйствія, главнымъ образомъ во Франціи, отчасти даже въ Германіи и Англіи. Впослѣдствіи, въ XII и слѣд. вѣкахъ, дѣйствіе этого законодательнаго сборника и другихъ частныхъ и официальныхъ юридическихъ сборниковъ римскаго и національнаго права было въ разныхъ странахъ западной Европы вытѣснено триумфальнымъ шествіемъ другого законодательнаго сборника, составленнаго раньше для римской имперіи, знаменитаго свода Юстиніана, получившаго названіе *Corpus iuris civilis*. Рецепція, заимствование и усвоение западно-европейскими народами римскаго права путемъ постепеннаго распространенія нормативнаго значенія *Corpus iuris* и дѣйствіе подлежащаго права въ западно-европейскихъ государствахъ въ теченіе ряда вѣковъ до замѣны его новыми гражданскими кодексами (въ нѣкоторыхъ германскихъ странахъ до 1900 года, до вступленія въ дѣйствіе новаго германскаго гражданского уложенія) представляетъ грандіознѣйшій примѣръ интересующаго насъ (и не вмѣщающагося въ

¹⁾ Ср., напр., исторію французскаго т. н. *droit coutumier* (ср. ниже въ текстѣ о неправильномъ отнесеніи къ обычному праву не относящихся сюда явленій).

рамки господствующаго ученія объ „источникахъ права“, (ср. ниже) явленія ¹⁾).

Что касается состава частныхъ и официальныхъ сборниковъ, порождающихъ книжное право, характера и происхожденія ихъ содержанія, матеріаловъ, которыми пользовались составители, то они, въ свою очередь, бываютъ различны. Въ составъ разныхъ сборниковъ входятъ: разныя положенія и сообщенія изъ области современнаго составителямъ и извѣтнаго имъ позитивнаго права: переписанные авторами законы или извлеченія изъ нихъ, или сообщенія ихъ смысла, какъ его понимали составители, выводовъ изъ нихъ и проч., обычно-правовыя положенія, сообщенія содержанія современныхъ составителю правовыхъ обычаевъ, выводовъ изъ нихъ и т. д., сообщенія положеній судебной практики или извлеченія изъ отдѣльныхъ рѣшеній, положенія, заимствованныя изъ другихъ однородныхъ юридическихъ сборниковъ, изреченія разныхъ авторитетовъ, ученыхъ юристовъ, апостоловъ, отцовъ церкви, комментаріи къ нимъ авторовъ сборниковъ и т. д.; далѣе, въ составъ подлежащихъ сборниковъ входятъ разныя положенія интуи-

¹⁾ Впрочемъ, рецепціи подверглись не всѣ части и положенія *Corpus iuris*; нѣкоторыя изъ нихъ, въ частности тѣ, которыя находились въ рѣзкомъ несоотвѣтствіи съ интуитивнымъ правомъ и укладомъ жизни новыхъ народовъ, не приобрѣли нормативнаго значенія. Существенное вліяніе на характеръ и объемъ рецепціи оказали работы т. н. глоссаторовъ, итальянскихъ ученыхъ юристовъ XII и XIII ст., занимавшихся толкованіемъ разныхъ частей *Corpus iuris*; главную роль сыграла т. н. *glossa ordinaria*, комментарий, составленный глоссаторомъ Аккурсіемъ (1182—1262) путемъ сводки и обработки глоссъ (толкованій) другихъ глоссаторовъ. Этотъ комментарий приобрѣлъ такой авторитетъ, что онъ, въ свою очередь, сдѣлался источникомъ соотвѣтственнаго книжнаго права, въ частности суды признавали имѣющими силу только тѣ части и положенія *Corpus iuris*, которыя были признаны таковыми и истолкованы въ *glossa ordinaria* (*Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*). Между прочимъ, съ теченіемъ времени нормативный авторитетъ Глоссы возросъ до того, что оттѣснилъ на задній планъ и въ значительной степенн лишилъ практическаго дѣйствія *Corpus iuris*. Еще въ XVIII ст. происходила борьба между нормативнымъ авторитетомъ Глоссы и *Corpus iuris*, но, въ концѣ концовъ, авторитетъ Глоссы упалъ и было восстановлено книжное право, опирающееся непосредственно на *Corpus iuris*. Ср. Heineccius, *Historia iuris civilis*, Ed. MDCCLXV. lib. I, Cap. VI, стр. 600 и сл. (текстъ и прим.): «*Quod olim Glossa non minorem in foro quam ipsae Leges Romanae acceperit auctoritatem, certissimum est. Sed quaeritur, quid nunc obtineat... in hac pugna Legis cum Glossa haec illam vincere debet? Mirandum sane, quod et hodie multi Juri, inter praestantiores etiam referendi, in hac causa pro Glossa et non pro Legge victricem sententiam dicturi sint...*» и т. д.

тивнаго права авторовъ, рѣшенія разныхъ вопросовъ по справедливости, а равно, нерѣдко, и разныя положенія не юридическаго характера, нравственныя положенія, положенія цѣлесообразности и т. п. (играющія подчасъ впослѣдствіи, въ психикѣ тѣхъ, для которыхъ данный сборникъ вообще получаетъ нормативное значеніе, тоже роль нормативныхъ фактовъ для вывода правовыхъ обязанностей, правъ и т. д.).

Нѣкоторые сборники представляютъ болѣе или менѣе пеструю смѣсь и компиляціи этихъ разнородныхъ элементовъ: въ нѣкоторыхъ преобладаетъ одинъ какой-либо элементъ, напр., положенія законнаго права, книжнаго права, обычнаго права и т. д. Между прочимъ, книжное право обычно-правового или главнымъ образомъ обычно-правового по своему содержанію происхожденія развивается, процвѣтаетъ и играетъ главную и рѣшающую роль въ правовой жизни обыкновенно въ тѣ эпохи, когда обычное право, какъ таковое, разрушается или вообще перестаетъ, по такимъ или инымъ причинамъ (напр., вслѣдствіе передвиженія и смѣшенія разныхъ элементовъ народонаселенія съ разными обычаями предковъ), доставлять народу необходимый опредѣленный позитивно-правовой шаблонъ, и законодательство не достигло еще такого развитія и значенія, чтобы замѣнить въ этомъ отношеніи съ успѣхомъ обычное право.

Новая западно-европейская, въ частности германская, юриспруденція возникла, воспиталась и развивалась въ теченіе многихъ вѣковъ и до новѣйшаго времени не на почвѣ законнаго права и не на почвѣ обычнаго права, а на почвѣ книжнаго права, главнымъ образомъ римскаго права¹⁾. И общія ученія о правѣ, въ томъ числѣ ученія объ источникахъ права, новой юриспруденціи возникли и развились главнымъ образомъ на почвѣ книжнаго права, путемъ толкованій и иной обработки изреченій римскихъ юристовъ и римскихъ законовъ, имѣющихся въ *Corsus iuris*.

Между тѣмъ, въ списокъ источниковъ права современной юриспруденціи имѣются только обычное право, законы и судебная практика, а такого особаго вида права, который мы называли книжнымъ правомъ, не имѣется.

¹⁾ Отчасти каноническаго, тоже книжнаго, и леннаго, тоже книжнаго, права.

Какъ объяснить это въ высокой степени своеобразное и поразительное явленіе?

Здѣсь сыграли рѣшающую роль два обстоятельства:

Во-первыхъ, отсутствіе въ распоряженіи прежней и современной юриспруденціи яснаго и правильнаго понятія природы позитивнаго права, различенія, съ одной стороны, этого права, съ другой стороны, нормативныхъ фактовъ, на которые оно ссылается, и связанное съ этимъ отсутствіе соответственнаго критерія для различенія разныхъ видовъ позитивнаго права (по содержанію ссылокъ на нормативные факты) и для выясненія природы отдѣльныхъ видовъ позитивнаго права, въ частности природы обычнаго права и права судебной практики. Если бы подлежащая, необходимая для изученія позитивнаго права и разныхъ его видовъ, понятія и положенія были въ распоряженіи юриспруденціи, она бы неизбежно и тотчасъ же сдѣлала открытіе, что римское право *Corpus iuris*, реципированное въ Германіи и другихъ странахъ западной Европы, или право Саксонскаго зеркала и т. п., не подходитъ ни подъ одну изъ трехъ извѣстныхъ ей, замѣтованныхъ ею изъ изреченій римскихъ юристовъ и императоровъ, категорій права, или „источниковъ права“: обычнаго права, законнаго права и судебной практики; въ частности, что оно ссылается на совсѣмъ иного рода факты, нежели обычное право и право судебной практики, не на то, что такъ поступали предки, и не на то, что такова судебная практика, а на то, что такъ написано въ такой-то книгѣ, въ такомъ-то § такого-то титула такой-то книги Дигестовъ (одной изъ составныхъ частей *Corpus iuris*) и т. д. Между тѣмъ, при отсутствіи подлежащихъ понятій и орудій изслѣдованія, въ частности при тѣхъ неявныхъ и неправильныхъ понятіяхъ, которыя установились для обычнаго права и права судебной практики, весьма легко было смѣшать книжное право какъ съ обычнымъ правомъ, такъ и съ правомъ судебной практики. Выше, при критикѣ господствующихъ понятій обычнаго права и судебной практики уже было указано, что подъ эти понятія можно подводить какое угодно право, не только всякое позитивное право, но даже и непозитивное, интуитивное право, разъ оно существуетъ и примѣняется въ жизни (обычное право) или въ судахъ (судебная практика).

Во-вторыхъ, въ исторіи отношенія науки права къ римскому праву *Corsus iuris*, къ праву Саксонскаго зерцала и т. п. явленіямъ сыграло важную роль то обстоятельство, что въ той авторитетной книгѣ юридической мудрости, которая послужила основою для возникновенія и развитія ученій новой юриспруденціи объ источникахъ права, въ *Corsus iuris*, говорится только объ обычномъ правѣ, законномъ правѣ и судебной практикѣ, а о томъ видѣ позитивнаго права, которое мы называли книжнымъ правомъ, не говорится. Авторитетъ римскихъ юристовъ и *Corsus iuris* оказывалъ давленіе въ пользу исключительнаго признанія соотвѣтственныхъ трехъ категорій источниковъ права и подведенія подъ нихъ всякихъ отдѣльныхъ правовыхъ явленій.

Въ результатѣ получилось то, что прежніе и современные юристы, въ частности историки права, имѣя дѣло съ такими явленіями, какъ дѣйствіе Саксонскаго зерцала и иныхъ частныхъ юридическихъ сборниковъ, составленныхъ главнымъ образомъ путемъ регистраціи правовыхъ обычаевъ, весьма легко и безъ всякихъ сомнѣній подводили и подводятъ ихъ подъ рубрику „обычное право“ (хотя, напр., Саксонское зеркало и аналогичные другіе нѣмецкіе, французскіе и т. д. сборники содержатъ не только обычно-правовыя положенія, а и другія, въ частности интуитивно-правовыя, получившія одинаковую нормативную силу съ обычно-правовыми, и хотя ихъ дѣйствіе распространялось и на другія мѣстности и страны съ иными обычаями и т. д.). Мало того, и тотъ неизбежно долженствовавшій возникнуть и кардинальный для юриспруденціи, разрабатывавшей реципированное римское право, вопросъ, который состоитъ въ томъ, что такое представляетъ *это право*, къ какой категоріи оно относится, былъ разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что такъ какъ *Corsus iuris* не есть для новыхъ государствъ законъ, то подлежащее право, стало быть, есть обычное право. Рецепція римскаго права въ Германіи, учить существующая доктрина, произошла путемъ обычнаго права (нѣкоторыя добавляють и путемъ судебной практики), и подлежащее право представляетъ обычное право.

По существу книжное право, въ томъ числѣ право *Corsus iuris civilis*, болѣе сродно съ законнымъ правомъ, чѣмъ съ обычнымъ правомъ и правомъ судебной практики. Поэтому

менѣе капитальнымъ по существу недоразумѣніемъ было бы смѣшеніе его съ законнымъ правомъ. И фактически современная доктрина, объявляя его въ одной своей части обычнымъ правомъ или правомъ судебной практики, относится къ нему въ другихъ частяхъ такъ, какъ если бы оно было законнымъ правомъ. Такъ, напр., въ учебникахъ римскаго пандектнаго права подъ рубриками критики, толкованія, аналогичнаго примѣненія законовъ и т. д. находимъ правила толкованія, критики рукописей и т. д. *Cogrus iuris*. Соотвѣтственныя же правила, относящіяся къ обычному праву, напр., правила о доказательствахъ существованія обычнаго права, никто не относитъ къ мнимому обычному праву, праву *Cogrus iuris*. Равнымъ образомъ современное ученіе объ обычномъ правѣ вообще имѣетъ такое содержаніе, что оно, очевидно, къ праву *Cogrus iuris* не относится, и т. д. Вообще, результатами основного недоразумѣнія, смѣшенія книжнаго права съ обычнымъ, являются въ современной наукѣ разныя самопротиворѣчія.

2. *Право принятыхъ въ наукѣ мнѣній* (*communis doctorum opinio*). Прежніе юристы считали науку права источникомъ права и приписывали обязательное значеніе общепринятымъ въ наукѣ права мнѣніямъ (*communis doctorum opinio*). Соотвѣтственное право, право науки, научное право, нѣкоторые объединяли съ правомъ судебной практики общимъ понятіемъ и именемъ права юристовъ. Теперешнее господствующее мнѣніе считаетъ прежнее возведеніе науки въ источникъ права ошибкою и приписываетъ мнѣніямъ ученыхъ юристовъ только научный въ тѣсномъ смыслѣ авторитетъ, зависящій отъ ихъ научной обоснованности.

Оба ученія, и прежнее, возводившее принятія въ наукѣ мнѣнія въ особый видъ позитивнаго права, и теперешнее, отрицающее возможность существованія соотвѣтственнаго особаго вида права, слѣдуетъ признать ошибочными.

Общее мнѣніе науки само по себѣ, конечно, не составляетъ особаго вида позитивнаго права; оно можетъ быть проявленіемъ законнаго права, если опирается на правильно или неправильно толкуемый законъ, какъ на нормативный фактъ, или книжнаго права, обычнаго права и т. д.; другіе люди, напр., судьи, могутъ считать подлежащее мнѣніе ошибочнымъ,

напр., основаннымъ на неправильномъ толкованіи закона, и сообразно съ этимъ дѣйствовать, рѣшать по закону, но иначе, чѣмъ представители науки и т. д.

Но, съ другой стороны, возможно и въ исторіи права нерѣдко бывало такое явленіе, что извѣстныя мнѣнія ученой юриспруденціи получаютъ значеніе нормативныхъ фактовъ, т. е. появляются и распространяются императивно - атрибутивные переживания со ссылкой на то, что такое мнѣніе общепринято въ наукѣ, что такое *communis opinio doctorum* и т. д. Въ частности въ то время, когда было распространено убѣжденіе, что *communis opinio doctorum* имѣеть обязательную силу для судовъ, и судьи, слѣдую этому ученію, считали для себя *communis opinio* обязательною, рѣшали дѣла на основаніи *communis opinio*, адвокаты заявляли отъ имени кліентовъ притязанія со ссылками на то, что имѣется соответственная *communis opinio* и т. д.¹⁾ Теперешнее господствующее ученіе, отрицающее на почвѣ теоретическихъ недоразумѣній (неразличенія права и нормативныхъ фактовъ и т. д.) возможность существованія подлежащаго виду позитивнаго права, мѣшаетъ возникновенію аналогичныхъ явленій въ теперешней внутренне - государственной и международной правовой жизни²⁾. Но оно, объявляя прежнее ученіе ошибочнымъ, не можетъ сдѣлать бывшихъ фактовъ не бывшими.

3. *Право ученій отдѣльныхъ юристовъ или группъ ихъ.* Мало того, слѣдуетъ признать, что не только общепринятія въ данное время въ наукѣ мнѣнія, но даже и ученія отдѣльныхъ ученыхъ юристовъ или такихъ или иныхъ группъ ихъ, напр., школъ, получаютъ иногда въ правовой жизни значеніе нормативныхъ фактовъ, такъ что имѣется соответственное позитивное право въ нашемъ смыслѣ, императивно-

¹⁾ Ср. Schilterii, *Praxis juris romani in foro germanico*, exerc. II § IV: *Atque communem interpretum consensum hodieque vim iuris habere, non video cur ambigas... Gaudent enim adhuc hodie Jeci non minus potestate, quam prudentia leges interpretandi etc.; Menochii, De Praesumptionibus*, II, 71: *Litigantem condemnari in expensis, cui communis Doctorum opinio repugnat* (3); *Opinionem DD. communem vim consuetudinis obtinere* (4); *Jgnarus dicitur, qui adversus communem opinionem iudicat*, и т. д.

²⁾ Къ сожалѣнію, особенно въ области международного права, гдѣ право науки могло бы исполнять важную и высокую миссію предупрежденія и смягченія споровъ и кровавыхъ конфликтовъ и содѣйствія гуманизации и вообще прогрессу международного права.

атрибутивныя переживанія со ссылкой, какъ на нормативный фактъ, на то, что такъ училъ такой-то великій юристъ, или такъ полагала такая-то школа юристовъ. Такой авторитетъ приобрѣтають отдѣльные юристы или группы ихъ обыкновенно не при жизни, а лишь съ теченіемъ времени, иногда по истеченіи столѣтій. Между тѣмъ какъ право науки въ тѣсномъ смыслѣ ссылается на то, что въ данное время представляется общепризнаннымъ въ наукѣ, право ученій отдѣльныхъ великихъ юристовъ и ихъ группъ находятъ свои нормативные факты въ прошломъ, имѣетъ ретроспективный и поэтому консервативный, подчасъ архаическій характеръ. Въ разныхъ областяхъ дѣйствія этого права, особенно въ области сакрального права, дѣйствуетъ тенденція, соотвѣтствующая принципу старообразнаго обычнаго права: чѣмъ старѣе, тѣмъ святѣе.

Право ученій отдѣльныхъ юристовъ и ихъ школъ прошлаго времени играетъ особенно большую роль въ развитіи сакрального права. Смѣняющіеся поколѣнія жрецовъ-юристовъ, раввиновъ и т. д. развиваютъ и фиксируютъ подлежащее право путемъ приведенія мнѣній прежнихъ ученыхъ и школъ, какъ нормативныхъ фактовъ, комментирования ихъ, вывода новыхъ рѣшеній и т. д. Въ возникающихъ изъ такого матеріала юридическихъ сборникахъ, порождающихъ книжное право (напр., въ соотвѣтственныхъ сборникахъ еврейскаго, магометанскаго права и т. п.), можно различать подчасъ многія наслоенія такихъ ученій, ссылающихся на ученія прежнихъ, болѣе или менѣе древнихъ, ученыхъ и ихъ школъ.

Но такія же явленія наблюдаются и подчасъ играютъ большую роль и въ области свѣтскаго права. Такъ, въ развитіи римскаго права существенную роль сыгралъ процессъ, состоявшій въ толкованіяхъ, распространеніи по аналогіи, казуистической и иной разработкѣ (ср. выше § 14) со стороны ученыхъ юристовъ довольно скуднаго законодательнаго и иного позитивно-правового матеріала (законовъ XII Таблицъ, эдиктовъ преторовъ и т. д.) и въ постепенномъ превращеніи множества подлежащихъ мнѣній выдающихся юристовъ и ихъ группъ (напр., школъ Сабиніанцевъ и Прокуліанцевъ) въ нормативные факты въ психикѣ послѣдующихъ

юристовъ (ссылавшихся на нихъ, комментировавшихъ и разрабатывавшихъ ихъ дальше, наряду и наравнѣ съ законами и т. д.), судей и др. Съ теченіемъ времени первоначальныя позитивныя основы права (законы, эдикты и т. д.) были этимъ путемъ такъ отодвинуты на задній планъ и лишены нормативнаго значенія, что на нихъ уже перестали ссылаться, какъ на нормативные факты, а мѣсто ихъ заняли сочиненія нѣкоторыхъ выдающихся юристовъ прежняго времени. Такъ какъ разные частные вопросы рѣшались въ этихъ сочиненіяхъ неодинаково, то отсюда получались затрудненія въ области судебного примѣненія права и соотвѣтственныя отрицательныя явленія въ правовой жизни вообще. Поэтому въ это дѣло вмѣшалось императорское законодательство и было издано нѣсколько законовъ, опредѣляющихъ, какія сочиненія юристовъ прежняго времени и въ какихъ предѣлахъ должны имѣть обязательное значеніе для судовъ и т. д.

Важнѣйшій и извѣстнѣйшій изъ этихъ законовъ (изданный имп. Валентиніаномъ III въ 426 г.) придавъ рѣшающее значеніе сочиненіямъ пяти великихъ юристовъ прежняго времени (Папиніана, Павла, Ульпіана, Модестина и Гая) и сочиненіямъ тѣхъ ихъ предшественниковъ, на которыхъ они ссылаются (поскольку можетъ быть удостовѣрено подлинное содержаніе послѣднихъ сочиненій); причемъ, въ случаяхъ разногласій между этими учеными, для судовъ обязательно мнѣніе большинства, въ случаѣ равенства голосовъ рѣшающее значеніе имѣетъ мнѣніе Папиніана.

Законодательная нормировка обязательнаго значенія мнѣній римскихъ юристовъ подала поводъ въ новое время къ отнесенію соотвѣтственнаго права къ законному праву и устраненію такимъ образомъ несоотвѣтствія господствующаго ученія о томъ, что наука не можетъ быть источникомъ права, фактамъ исторіи римскаго права. Мнѣнія римскихъ юристовъ получили обязательное значеніе вълѣдствіе приданія имъ такового со стороны императорской законодательной власти, т. е. приданія имъ силы закона. Но при этомъ упускается изъ виду, что императорское законодательство не ввело впервые, а только стремилось упорядочить соотвѣтственно задачѣ унификаціи права значеніе мнѣній римскихъ юристовъ, какъ нормативныхъ фактовъ. Это видно уже изъ содержанія подлежащаго законодательства. Такъ, напр., по одному изъ законовъ, предшествовавшихъ приведенному выше закону Валентиніана III, были лишены обязательнаго значенія примѣчанія юристовъ Павла и Ульпіана къ сочиненіямъ юриста Папиніана, по такому закону, который бы придавъ обязательную силу этимъ примѣчаніямъ или

сочиненіямъ Папиніана, раньше не было. Но, независимо отъ этого, достаточно, напр., читать сохранившіеся въ *Corpus iuris* отрывки сочиненій римскихъ юристовъ и ихъ ссылки на прежнихъ юристовъ, напр., ссылки Ульпіана на то, что такъ рѣшилъ Лабейонъ, такъ говоритъ Лабейонъ и проч., какъ на основанія выставляемыхъ положеній (хотя никакого закона, приписывающаго мнѣніямъ Лабейона и т. д. обязательное значеніе, не было), чтобы убѣдиться въ томъ, что возведеніе мнѣній прежнихъ авторитетныхъ юристовъ въ нормативные факты происходило независимо отъ императоровъ и законовъ (и значительно раньше, чѣмъ это обыкновенно предполагается). Но, затѣмъ, право, ссылавшееся на сочиненія прежнихъ великихъ юристовъ, и послѣ изданія закона Валентиніана, слѣдуетъ признать правомъ *sui generis*, хотя подлежащія ссылки имѣли новую опору въ законѣ. Какъ обычное право не перестаетъ быть обычнымъ правомъ отъ того, что его примѣненіе нормируется закономъ, такъ и право мнѣній ученыхъ юристовъ не лишается этой своей (психологической) природы отъ того, что его примѣненіе нормировано закономъ.

Аналогичныя явленія повторились въ новое время на почвѣ разработки рецепированнаго римскаго, книжнаго права въ Италіи, Германіи и другихъ западныхъ государствахъ. Какъ прежде мнѣнія римскихъ юристовъ отодвинули на задній планъ и замѣнили тѣ нормативные факты, изъ которыхъ они первоначально исходили, такъ въ новой западноевропейской романистической юриспруденціи мнѣнія разныхъ поколѣній и школъ толкователей *Corpus iuris*, т. н. глоссаторовъ-комментаторовъ и т. д., пріобрѣтали нормативное значеніе вмѣсто разрабатывавшихся ими изреченій римскихъ юристовъ и другихъ элементовъ *Corpus iuris* ¹⁾.

¹⁾ Ср. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, 1828, I S. 163 (и цитируемые имъ историческіе источники): «Глоссаторы пріобрѣли... подобный авторитетъ (какъ римскіе юристы въ древности), въ особенности также въ Германіи. Ихъ изреченія пользовались въ судахъ не меньшимъ уваженіемъ, какъ законы... и то же относится къ послѣдующимъ юристамъ-комментаторамъ (*Bartolista optimus jurista*)... Ошибка подлежащихъ воззрѣній состояла въ томъ, что остановились на внѣшнемъ, формальномъ элементѣ этого авторитета. Вслѣдствіе этого, были изобрѣтены крайне несообразныя положенія, напр., что мнѣніе семи докторовъ права равняется общему мнѣнію, что то, въ чемъ согласны Бартоль и глосса, то составляетъ право, что чѣмъ старѣе ученый юристъ, тѣмъ большиіе всѣ имѣеть его мнѣніе»...

Можно считать подобныя, выработанныя тогдашнею юриспруденціею и пользовавшіяся, въ свою очередь, авторитетомъ въ наукѣ, въ судахъ и т. д. правила, если угодно, «несообразными» (хотя съ точки зрѣнія начала унификаціи права они далеко не такъ несообразны, какъ они представляются Пухтѣ и современной наукѣ, считающимъ ихъ странными недоразумѣніями); тѣмъ не менѣе и здѣсь слѣдуетъ повторить, что

Въ исторіи новаго международнаго права сыгралъ, между прочимъ, огромную роль великій юристъ 17-го вѣка Гуго Гроцій. На его изреченія ссылались въ свое время какъ на нормативные факты для вывода международныхъ обязанностей и правъ ¹⁾).

4. *Право юридической экспертизы.* Одной изъ функций ученыхъ юристовъ, соответствующихъ потребности унификации права, является разрѣшеніе сложныхъ и трудныхъ юридическихъ вопросовъ по просьбѣ частныхъ лицъ или обществъ, правительствъ или отдѣльныхъ административныхъ учреждений, подчасъ также судовъ—производство научныхъ юридическихъ экспертизъ. Обыкновенно подлежащая экспертизѣ имѣютъ только научный авторитетъ, соответствующій удачности и обоснованности высказаннаго мнѣнія, репутаціи даннаго ученаго и т. д., а не авторитетъ нормативныхъ фактовъ. Но бывають и такія явленія, что ученые экспертизы возводятся въ нормативные факты для опредѣленія правъ и обязанностей сторонъ, напр., признаются обязательными для суда, рѣшающаго то дѣло, по поводу котораго была испрошена экспертиза. Впрочемъ, юридическія экспертизы, имѣющія нормативное значеніе, могутъ исходить не только отъ отдѣльныхъ ученыхъ юристовъ, а и отъ иныхъ лицъ или учреждений, напр., отъ коллегій ученыхъ, юриди-

факты остаются фактами и опровергають современное господствующее мнѣніе о томъ, что мнѣнія ученыхъ юристовъ не могутъ быть «источниками права». Между прочимъ, право, ссылавшееся на то, что таково мнѣніе и глоссы, и (ученаго комментатора глоссы) Бартола представляеть своеобразную комбинацію книжнаго права и права мнѣній отдѣльнаго авторитетнаго юриста.

Между прочимъ, Пухта (тамъ же) сообщаетъ еще: «Своеобразно одно постановленіе новаго времени, похожее на древній законъ о цитированіи сочиненій римскихъ юристовъ. Caccialupus (de modo studenti, VI. inf.) сообщаетъ со словъ своихъ слушателей, что въ Испаніи и Португаліи въ его время существовалъ законъ, по которому въ случаѣ несогласія мнѣній докторовъ слѣдуетъ предпочитать мнѣніе Бартола. Но то же было безъ закона общимъ мнѣніемъ въ Германіи. Berlich, Concl. pract. III. 25. § 11. Ср. также A. Duck de auth. Jur. Rom. I. 8, § 6».

¹⁾ Впоследствии аналогичную роль играли мнѣнія Ваттеля. Англійскіе и америкапскіе юристы въ области международнаго права и въ другихъ областяхъ права и теперь ссылаются на мнѣнія ученыхъ авторитетовъ, какъ на нормативные факты. Въ Англіи долгое время роль абсолютнаго нормативнаго авторитета въ судебной практикѣ играло сочиненіе юриста XV вѣка Литтлетона, Tenures. Въ XVIII вѣкѣ нормативный авторитетъ Литтлетона былъ вытѣсненъ огромнымъ, до сихъ поръ дѣйствующимъ, авторитетомъ сочиненія Blackstone, Commentaries on the laws of England.

ческих факультетовъ, отъ жрецовъ и коллегій таковыхъ, отъ монарховъ, государственныхъ совѣтовъ, высшихъ судовъ ¹⁾ и т. д. (въ неофициальной, напр., дѣтской, правовой жизни и отъ родителей, учителей, уважаемыхъ знакомыхъ и проч.). Соотвѣтственные правовыя явленія, правовыя переживанія, приписываніе правовыхъ обязанностей и правъ со ссылкой, какъ на нормативный фактъ, на чью-либо экспертизу по такому или иному юридическому вопросу, касающемуся даннаго дѣла, представляетъ особый видъ позитивнаго права, который можно назвать правомъ юридической экспертизы или, короче, экспертнымъ правомъ. Въ римской правовой жизни роль правовыхъ экспертовъ съ нормативнымъ значеніемъ экспертизъ играли отдѣльные авторитетные ученые юристы и императоры (имѣвшіе при себѣ совѣты изъ ученыхъ юристовъ). Экспертизы первыхъ назывались *responsa*, экспертизы вторыхъ—*rescripta*. Юристъ Помпоній сообщаетъ (I. 2 § 49 D. de orig. jur. 1, 2), что императоръ Августъ для подкрѣпленія авторитета *responsa* выдающихся юрисконсультовъ постановилъ, *ut ex auctoritate ejus responderent*, т. е. снабдилъ ихъ экспертную дѣятельность императорскими санкціей и авторитетомъ. Впослѣдствіи подлежащее *ius respondendi* испрашивалось юристами и предоставлялось императорами, какъ привилегія ²⁾.

Аналогичныя явленія повторились впослѣдствіи въ новыхъ европейскихъ государствахъ. Въ частности, значеніе нормативныхъ фактовъ приобрѣли въ XVI в. экспертизы юридическихъ факультетовъ. Разными законами предписывалось судамъ обращаться въ сомнительныхъ случаяхъ къ ученымъ докторамъ или юридическимъ факультетамъ за

¹⁾ Ср. ниже, въ ученіи о составѣ русскаго официального права о роли сената, какъ эксперта по юридическимъ вопросамъ.

²⁾ Изъ этого выводять, что *responsa* римскихъ юристовъ имѣли нормативное значеніе исключительно въслѣдствіе законодательной санкціи. Но этотъ выводъ не основанъ на источникахъ. Помпоній (тамъ же) сообщаетъ: *ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant...* Т. е. до императора Августа *publice respondendi ius* достигалось не путемъ предоставленія со стороны императора, а путемъ достиженія соотвѣтственнаго авторитета и довѣрія и осуществлялось въ такихъ-то формахъ (путемъ посылки письменнаго отвѣта судьямъ и т. д.).

экспертизами (*consilia*). Съ теченіемъ времени развился обы-
чай составленія со стороны факультетовъ не только экспер-
тизъ по такимъ или инымъ юридическимъ вопросамъ, важ-
нымъ для разбиравшихся въ судѣ дѣлъ, но и проектовъ
судебнаго рѣшенія подлежащихъ дѣлъ, и эти проекты имѣли
обязательное значеніе для судовъ, задача которыхъ своди-
лась къ формальности, состоявшей въ объявленіи отъ своего
имени подлежащихъ рѣшеній ¹⁾).

Экспертное право средно съ юдиціальнымъ и въ нѣ-
которыхъ случаяхъ, напр. въ упомянутомъ только что слу-
чаѣ составленія факультетскихъ рѣшеній для судовъ, можетъ
быть сомнѣніе, слѣдуетъ ли данное явленіе относить къ
юдициальному или къ экспертному праву ²⁾).

5. Имѣется и такой видъ позитивнаго права съ юр.
экспертизами, какъ нормативными фактами, который соотвѣт-
ствуетъ преюдициальному праву. А именно, юридическія
экспертизы приобрѣтаютъ иногда такой авторитетъ, что онѣ
дѣлаются нормативными фактами и для рѣшенія не тѣхъ
дѣлъ, по поводу которыхъ онѣ первоначально были непро-
шены, а другихъ дѣлъ, аналогичныхъ первымъ по возни-
кающимъ юридическимъ вопросамъ (соотвѣтственное право
можно назвать преэкспертнымъ правомъ). Такое нормативное
значеніе приобрѣли, напр., нѣкоторыя экспертизы (*rescripta*)
римскихъ императоровъ, а также *responsa* римскихъ ученыхъ
юристовъ, *consilia* новыхъ докторовъ права, юридическихъ
факультетовъ и т. д. ³⁾.

Далѣе, юридическія экспертизы дѣлаются подчасъ мате-

¹⁾ Ср. Stintzing, *Geschichte d. deutschen Rechtswissenschaft*, I, стр. 14 и сл.

²⁾ Правильно ли теперешнее воззрѣніе, относящее рѣшенія т. н. кассационныхъ судовъ и вообще рѣшенія, не опредѣляющія правъ и обязанностей между сторонами, а только касающіяся возникшихъ въ дѣлѣ юридическихъ вопросовъ, съ тѣмъ, что рѣшеніе по существу по-
становляется другимъ учрежденіемъ (судомъ въ собственномъ смыслѣ), къ судебнымъ рѣшеніямъ? По моему мнѣнію, здѣсь имѣется смѣшеніе
разнородныхъ явленій: экспертнаго и юдиціальнаго права. Кассационные
«суды» суть не суды, а экспертныя учрежденія. Точно также неправильно
относить всѣ рескрипты римскихъ императоровъ къ категоріи судебныхъ
рѣшеній (хотя нѣкоторые изъ нихъ дѣйствительно были таковыми). Еще
произвольнѣе, обычное въ литературѣ, отнесеніе ихъ къ законамъ.

³⁾ Сюда же слѣдуетъ относить распространеніе нормативнаго зна-
ченія кассационныхъ рѣшеній на другія, аналогичныя дѣла (ср. выше,
второе прим.).

ріаломъ для развитія соотвѣтственнаго книжнаго права, права, ссылающагося на сборники экспертизъ (*libri responsorum, consiliorum* и т. п.).

6. *Право изреченій религіозно-этическихъ авторитетовъ: основателей религій, пророковъ, апостоловъ, святыхъ, отцовъ церкви и т. д.* Одной изъ причинъ неудовлетворительнаго состоянія господствующаго ученія о позитивномъ правѣ и его видахъ (объ „источникахъ права“), въ частности скудости и узости этого ученія, знающаго только законное, обычное право и право судебной практики, и не знающаго многихъ другихъ видовъ позитивнаго права, является то обстоятельство, что это ученіе покоится на относительно весьма скудномъ фактическомъ матеріалѣ и весьма узкомъ кругозорѣ правовой жизни. Къ основному базису этого ученія, изреченіямъ римскихъ юристовъ и императоровъ въ *Corpus iuris*, прибавляется матеріалъ, взятый изъ современнаго европейскаго права, а право другихъ народовъ и другихъ эпохъ и стадій развитія не принимается во вниманіе. Если бы представители современнаго общаго ученія о правѣ попробовали принять во вниманіе, напр., право магометанскихъ народовъ или еврейское право, и провѣрить на соотвѣтственномъ матеріалѣ свое ученіе о двухъ или трехъ источникахъ права: законѣ, обычномъ правѣ и судебной практикѣ, то поразительная несостоятельность этого ученія не могла бы не броситься имъ въ глаза; ибо эти права покоились на протяженіи тысячелѣтій и покоятся теперь вовсе не на этихъ, а на иныхъ источникахъ. Мало того, это ученіе даже изъ современнаго европейскаго права и даже изъ тѣхъ его элементовъ, которые являются предметомъ обученія на юридическихъ факультетахъ, принимаетъ во вниманіе только часть, только свѣтскую вѣтвь его, игнорируя церковное и каноническое право. И это право и его исторія находятся въ поразительномъ несоотвѣтствіи съ традиціоннымъ ученіемъ о законахъ (къ тому же понимаемыхъ въ смыслѣ государственныхъ законовъ, такъ что сюда не подходятъ церковные, постановленія церковныхъ соборовъ, папъ и т. д., а равно божескіе законы), обычномъ правѣ и судебной практикѣ, какъ единственныхъ возможныхъ источникахъ права.

Въ области сакральнаго права, каноническаго, церковнаго права, или права вообще, поскольку оно находится на тѣхъ ступеняхъ развитія, когда оно тѣсно связано съ религіею, роль нормативныхъ фактовъ, и притомъ гораздо болѣе авторитетныхъ нормативныхъ фактовъ, чѣмъ государственные законы, обычаи и судебная практика, играютъ изреченія разныхъ лицъ, пріобрѣвшихъ религіозный авторитетъ: главныхъ пророковъ и основателей религій, ихъ ближайшихъ учениковъ, апостоловъ, святыхъ, отцовъ церкви и т. д. Такъ, напр., основными и главными нормативными фактами развитія магометанскаго права были изреченія Магомета (сохранившіяся путемъ устнаго и письменнаго преданія); основными и авторитетнѣйшими нормативными фактами развитія христіанскаго права, каноническихъ и церковныхъ правъ христіанскихъ народовъ, были изреченія Іисуса Христа и, затѣмъ, апостоловъ, а также нѣкоторыхъ другихъ лицъ, пріобрѣвшихъ высокій религіозный авторитетъ, отцовъ церкви, святыхъ и т. д. Между прочимъ, въ средніе вѣка и отчасти и въ послѣдующее время подлежащимъ изреченіямъ приписывалось авторитетное значеніе и въ разныхъ областяхъ свѣтскаго права, напр., международнаго, государственнаго и отчасти даже гражданскаго права (не смотря на обиліе и высокій авторитетъ другихъ источниковъ права въ этой области); и на нихъ ссылались какъ на нормативные факты для вывода и обоснованія правъ и т. д. Напр., еще въ XVI вѣкѣ учеными юристами высказывались, въ качествѣ юридическихъ, такія, напр., правила, что мнѣніе какого-либо святаго, если оно опирается на Священное писаніе, имѣетъ большую силу, нежели *communis opinio doctorum* (игравшая тогда большую роль въ качествѣ нормативнаго факта, имѣвшаго рѣшающее значеніе ¹⁾).

¹⁾ Ср., напр., Menochius, De praesumptionibus MD. LXXXVII, II, praes. LXXI, стр. 411 (23): *Opinio alicuius sancti, munita auctoritate novi vel veteris testamenti, praefertur opinioni communi*; тамъ же стр. 23: *Declaratur secundo, non procedere, quando adversus communem esset opinio alicuius sancti, munita auctoritate novi vel veteris testamenti. Nam illa praefertur opinioni communi. Ita post alios copiose probat et t. d. (ссылка на другихъ юристовъ).*

7. *Право религиозно-авторитетныхъ примѣровъ, образцовъ поведенія.* Въ тѣхъ же областяхъ и эпохахъ развитія права нерѣдко приобрѣтають значеніе нормативныхъ фактовъ (представляемые, какъ реально бывшіе, засвидѣтельствованные устными или письменными преданіями) поступки лицъ, имѣющихъ религиозный авторитетъ, въ смыслѣ обязательныхъ образцовъ поведенія въ подобныхъ случаяхъ. Извѣстное правило поведенія возводится въ юридически обязательное на томъ основаніи, что такъ поступило въ аналогичномъ случаѣ само Божество, или такъ поступилъ такой-то пророкъ, такъ поступали патріархи, напр., Авраамъ, Исаакъ, такъ поступали апостолы. Напр., нѣкоторыя нормы церковнаго права православной церкви выводятся изъ того, что апостолы посѣщали церкви, основанныя другими, помогали другъ другу въ отправленіи извѣстныхъ обязанностей и т. п.

И это позитивно-правовое явленіе встрѣчается не только въ области сакральнаго и церковнаго права, а и въ другихъ областяхъ права. Напр., въ средніе вѣка въ области международнаго права играли роль нормативныхъ фактовъ ветхозавѣтные образцы ¹⁾.

Последніе два вида позитивнаго права, между прочимъ, весьма поучительны для общаго ученія о правѣ и позитивномъ правѣ. Такъ, они представляютъ весьма наглядную иллюстрацію несостоятельности господствующаго ученія, усматривающаго право въ томъ, что съ точки зрѣнія теоріи права, какъ императивно-атрибутивныхъ психическихъ процессовъ, является принципиально отличнымъ отъ права и относится къ области нормативныхъ фактовъ. Здѣсь существующее въ дан-

¹⁾ Ср., между прочимъ, превосходную монографію В. Грабаря, Римское право въ исторіи международно-правовыхъ ученій, стр. 17 и сл., стр. 20: «Но и имѣющіяся у насъ данныя уполномочиваютъ насъ къ заключенію, что главнымъ источникомъ, откуда современники (въ VII—XI вв.) почерпали свои представленія о международно-правовыхъ отношеніяхъ, были ветхозавѣтныя историческія книги. Въ декретъ Граціана даже простой фактъ библейской или церковной исторіи самъ по себѣ, какъ прецедентъ, безъ указанія мотивовъ, служитъ иногда источникомъ права (ср. особенно Causa XXIII, qn. VIII, cap. 22; тамъ же, cap. 10). Обычай искать въ Священной исторіи опоры для правовыхъ положеній, повидимому, уже успѣлъ укорениться въ XII вѣкѣ. Установленію его должна была предшествовать въ правовѣдѣніи соответствующая практика».

ное время право опирается, какъ на нормативные факты, на представляемые, какъ реальные (независимо отъ ихъ дѣйствительнаго бытія), факты отдаленнаго прошлаго, и при томъ часто факты, не имѣвшіе сами по себѣ никакого отношенія къ праву, напр., поступки, вызванные вовсе не правовыми мотивами, изреченія не правового характера, а чисто нравственнаго (напр., евангельскія изреченія) или вообще не нормативнаго характера. И разныя другія господствующія ученія о правѣ, напр., ученіе о правѣ, какъ велѣніяхъ, исходящихъ отъ однихъ, болѣе сильныхъ, и обращенныхъ къ другимъ, и т. п. весьма наглядно опровергаются приведенными правовыми явленіями.

8. *Договорное право.* Въ наукѣ международнаго права признаются на ряду съ обычнымъ правомъ договоры (трактаты, конвенціи и т. д.) источникомъ международнаго права. Въ другихъ областяхъ, въ частности въ наукѣ гражданскаго права, представители котораго главнымъ образомъ разрабатываютъ общее ученіе о правѣ, а также и ученіе о договорахъ, послѣдніе источникомъ права обыкновенно не считаются, а причисляются къ юридическимъ сдѣлкамъ, „порождающимъ“ только субъективныя права, а не объективное право¹⁾.

Иначе, какъ уже упомянуто выше (стр. 291 и сл.), относились къ договорамъ многіе философы права прежнихъ вѣковъ; они не только признавали договоры самостоятельнымъ источникомъ позитивнаго права, но и сводили все положительное право и основаніе его обязательности къ договорамъ.

Съ точки зрѣнія теоріи позитивнаго права, какъ императивно-атрибутивныхъ переживаній, ссылающихся на такіе

¹⁾ Ср., впрочемъ, Regelsberger, Pand. I § 17 (Общее ученіе § 9), который не только признаетъ договоры источникомъ права въ области публичнаго права, международнаго и государственнаго, но и указываетъ, что и въ гражданскомъ правѣ имѣется «сходное явленіе» (ein Seitenstück) въ случаѣ договора, устанавливающаго организацію свободно образованной корпораціи. Это нерѣшительное (я неправильное, поскольку имѣются въ виду лишь нѣкоторые особые договоры, ср. ниже) заявленіе ослабляется еще дальше оговоркою по поводу договоровъ вообще: «но договоръ нуждается для обязательности въ посторонней опорѣ. Договоръ гражданскаго права находитъ ее въ положеніи гражданскаго права: *facta sunt servanda*; договоръ публичнаго права— въ признаніи обязательной силы его со стороны государствъ, стоящихъ въ мирномъ общеніи».

или иные нормативные факты, правовыя переживанія со ссылками на заключенный между сторонами договоръ предетавляютъ особый видъ позитивнаго права — договорное право; и къ этому классу позитивнаго права слѣдуетъ относить все соотвѣтственныя психическія явленія не только международнаго, но и всехъ другихъ вѣтвей права, въ томъ числѣ гражданскаго права; и при томъ, независимо отъ того, пользуются ли они официальнымъ признаніемъ или не пользуются, какъ, напр., дѣтское право, ссылающееся на уговоры, и т. п. (официальное и неофициальное договорное право).

Какъ видно изъ изложеннаго выше объ отношеніи права къ религіи, въ области религіи играютъ большую роль договоры съ божествами и иными сверхъестественными существами, и сообразно съ этимъ можно различать междучеловѣческое договорное право и договорное право между людьми и божествами (сакральное договорное право) и т. д.

Вообще въ современномъ ученіи объ источникахъ права, на ряду съ другими недоразумѣніями, вредную роль играетъ ученіе о возможности существованія или «порожденія» такимъ или инымъ актомъ субъективнаго права безъ объективнаго. Между прочимъ, и въ области законнаго права многіе отказываются признавать «источникомъ права» такіе, напр., законодательные акты, которые не содержатъ объявленія какого-либо общаго правила, а, напр., предоставляютъ пенсію какому-либо лицу, опредѣляютъ госуд. бюджетъ на данный годъ и т. п. На этомъ основывается противопоставленіе договоровъ и вообще юридическихъ дѣлъ источникамъ права. Это противопоставленіе слѣдуетъ устранить изъ теоріи права, причисливъ договоры и другія дѣлки къ нормативнымъ фактамъ положительнаго права¹⁾.

9. *Право одностороннихъ обѣщаній.* Нормативными фактами въ разныхъ областяхъ правовой жизни бывають и (представляемая) одностороннія обѣщанія кого-либо исполнить

¹⁾ При этомъ можно было бы термину «юридическіе факты» придать болѣе узкій смыслъ, чѣмъ какой онъ имѣетъ въ современной наукѣ, исключивъ тѣ, имѣющіе юридическое значеніе, факты, которые обладаютъ характеромъ нормативныхъ фактовъ; или можно, напротивъ, придать этому термину болѣе общій, чѣмъ теперешній, смыслъ, включивъ въ соотвѣтственное понятіе все нормативные факты, въ томъ числѣ, напр., законы, обычаи предковъ, мнѣнія юристовъ, поскольку они получаютъ нормативное значеніе и т. д., и дѣлать соотвѣтственный классъ на два под-класса: на нормативные факты и юридическіе факты въ тѣсномъ смыслѣ, или т. п.

что-либо или исполнять что-либо въ известныхъ случаяхъ. Напр., обѣщанія монарховъ сохранить или предоставить известные права народу или известной части его, сохранять и свято соблюдать прежнее право, конституцію или т. п., въ присоединяемой области, дать народу конституцію и проч., получаютъ въ правовой психикѣ роль нормативныхъ фактовъ, на которые затѣмъ ссылаются для обоснованія соответственныхъ правъ. Публичное обѣщаніе награды со стороны органовъ власти или частныхъ лицъ тому, кто совершитъ известное дѣйствіе, напр., поймаетъ преступника, найдетъ и возвратитъ потерянную вещь и т. п., является нормативнымъ фактомъ для соответственныхъ обязанностей и правъ. Евреи ссылались для вывода своихъ правъ по отношенію къ Еговѣ отчасти на договоръ, отчасти же на одностороннія, подтвержденныя клятвою, обѣщанія Егоя. Дѣти ссылаются на одностороннія обѣщанія родителей, какъ на нормативные факты для разныхъ правъ, напр., для права быть взятыми на прогулку, и проч. и проч. И въ международномъ правѣ одностороннія обѣщанія, напр., обѣщанія придти на помощь противъ врага, не вторгаться въ известную сферу вліянія даннаго государства, соблюдать известные правила во время данной войны и т. п., бывають нормативными фактами; такъ что причисленіе договоровъ и непричисленіе одностороннихъ обѣщаній къ источникамъ международного права со стороны представителей подлежащей науки является непоследовательностью или недосмотромъ.

10. *Право программъ, сообщеній о будущихъ дѣйствіяхъ, программное право.* Иногда правовая психика возводитъ въ нормативные факты и простыя сообщенія известныхъ лицъ о ихъ будущихъ дѣйствіяхъ или правилахъ будущей дѣятельности, приписывая авторамъ этихъ сообщеній обязанность сообразно съ этимъ поступать по отношенію къ тѣмъ, для которыхъ важно соблюденіе возвѣщеннаго, которые имѣли основаніе надѣяться на соблюденіе и т. п. Подлежація сообщенія можно назвать программами, а соответственные правовыя явленія программнымъ правомъ, соответственные нормы, обязанности, права и т. д. программными нормами, правами и т. д.

Напр., въ международной области правительства отдѣль-

ныхъ государствъ или группы правительствъ, дѣйствующихъ сообща (напр., Россія и Австрія въ македонскомъ дѣлѣ), дѣлають иногда публичныя сообщенія, рассылають циркулярныя ноты, сообщенія другимъ правительствамъ, о томъ, какъ они будутъ дѣйствовать, какихъ правилъ они рѣшили держаться и т. д. въ какомъ-либо международномъ дѣлѣ, напр., о томъ, какъ они будутъ въ данной войнѣ относиться къ нейтральнымъ государствамъ или гражданамъ нейтральныхъ государствъ, торговымъ судамъ ихъ и т. п., о томъ, какъ они будутъ поступать въ извѣстной, занятой ими, провинціи какого-либо государства или при упорядоченіи дѣлъ въ какомъ-либо государствѣ или его провинціи (напр., въ Марокко, Македоніи и т. п.), и проч. и проч. И такія программы получаютъ иногда въ международно-правовой психикѣ значеніе нормативныхъ фактовъ для вывода и обоснованія со стороны заинтересованныхъ притязаній на соотвѣтственное поведеніе по отношенію къ государствамъ, объявившимъ свои программы.

Точно также правительственныя, а также партійныя программы во внутренней государственно-политической жизни играютъ подчасъ роль нормативныхъ фактовъ; на нихъ ссылаются для вывода соотвѣтственныхъ притязаній, по поводу болѣе или менѣе рѣзкихъ нарушеній ихъ проявляется и выражается правовое негодованіе, заявляются протесты и проч.

Объявленныя частными лицами или общественными или государственными учрежденіями программы торжественныхъ церемоній, публичныхъ зрѣлищъ, собраній и проч., напр., сообщенія, касающіяся допущенія представителей прессы или иныхъ лицъ, возводятся подчасъ въ нормативные факты для вывода разныхъ притязаній, напр., на репортерское мѣсто, на допущеніе въ залъ и проч.

Сообщенія профессора относительно будущаго экзамена, не только одобренная имъ печатная программа въ тѣсномъ смыслѣ, но и разныя устныя сообщенія возводятся студенческой правовой психикой въ нормативные факты для выгода разныхъ правопритязаній, отрицательныхъ, относительно экзаменныхъ вопросовъ и требованій, и положительныхъ, относительно отмѣтокъ, несмотря на неумѣніе отвѣчать на извѣстные вопросы, и проч. и проч.

Между прочимъ, программное право сыграло огромную роль въ развитіи римскаго права и тѣмъ самымъ въ прохожденіи содержанія новаго гражданскаго права разныхъ западно-европейскихъ народовъ, и римскимъ и новымъ ученымъ юристамъ приходилось и приходится имѣть весьма много дѣла съ программнымъ позитивнымъ правомъ и говорить о немъ (безъ сознанія такой его особой природы).

Мы имѣемъ въ виду т. н. *ius honorarium*, въ частности преторское право, опиравшееся, какъ на нормативные факты, на эдикты римскихъ магистратовъ, въ частности на преторскіе эдикты,—право въ значительной степени вытѣсненное и замѣненное первоначальное римское право, опиравшееся на законы XII таблицъ и т. д.

Эдикты магистратовъ, въ частности эдикты городскихъ преторовъ (*praetor urbanus*), получившіе особенно важную роль въ развитіи римскаго права, представляли не что иное, какъ объявляемая во всеобщее свѣдѣніе подлежащими магистратами при вступленіи ихъ въ должность программы ихъ должностныхъ дѣйствій въ теченіе предстоящаго года ихъ публичной службы ¹⁾. Напр., преторъ сообщалъ въ эдиктѣ, что онъ въ такихъ-то случаяхъ будетъ или не будетъ давать судебную защиту (*iudicium dabo, actionem non dabo*), будетъ (или не будетъ) предоставлять и охранять владѣніе какою либо вещью или наслѣдствомъ (*possessionem dabo*), будетъ заставлять приносить присягу, давать извѣстныя обязательства, давать обезпеченіе, выдавать вещи (*iurare cogam, promitti iubebo, satisdari iubebo, edi iubebo*), будетъ восстанавливать прежнее положеніе дѣлъ сторонъ (какъ если бы онѣ не заключили извѣстной сдѣлки и т. п., *in integrum restituum*), и т. п.

И вотъ такія программныя сообщенія, въ значительной степени повторявшіяся въ послѣдовательныхъ рядахъ эдиктовъ смѣнявшихъ другъ друга преторовъ (и другихъ магистратовъ), возводились въ нормативные факты для вывода

¹⁾ Эдиктами назывались не только эти программныя сообщенія, но также и принципиально отличныя отъ нихъ явленія, административныя распоряженія магистратовъ, приказы по поводу отдельныхъ случаевъ во исполненіе эдикта-программы и т. д. Въ отличіе отъ эдиктовъ въ послѣднемъ смыслѣ, *edicta repentina*, программные эдикты въ виду ихъ постоянного значенія въ теченіе года назывались *edicta perpetua* (*annua*)

всевозможныхъ правъ и обязанностей, подвергались толкованію и иной юридической разработкѣ со стороны ученыхъ юристовъ и проч.

Такъ какъ въ эпоху разложенія республики преторы совершали подчасъ злоупотребленія, состоявшія въ отступленіи безъ уважительныхъ основаній отъ объявленныхъ ими же программъ и этимъ причиняли вредъ лицамъ, полагавшимся на эдикты въ своихъ юридическихъ дѣлахъ, то былъ изданъ особый законъ (*Lex Cornelia* 687[67] г.) о томъ, чтобы преторы не отступали въ области юрисдикціи отъ своихъ программъ (*ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*).

Что эдикты магистратовъ, въ частности преторскіе эдикты, были „источниками права“ и сыграли огромную роль въ исторіи римскаго права, въ этомъ сходятся все ученые. Но подъ какую изъ трехъ традиціонныхъ категорій источниковъ права: обычное право, законы, судебная практика, слѣдуетъ подводить подлежащій специальный источникъ права, это затруднительный для современнаго правовѣдѣнія вопросъ, и онъ нерѣдко обходится молчаніемъ. Нѣкоторые подводятъ подлежащее право подъ рубрику судебной практики или обычнаго права. Большинство же романистовъ, излагая ученіе объ источникахъ римскаго права, помѣщаютъ ученіе объ эдиктахъ магистратовъ въ рубрику законодательства или прямо объявляютъ эдикты законами (на ряду съ разными другими, тоже напрасно смѣшиваемыми съ законами, „источниками“: экпертизами римскихъ юристовъ, *responsa prudentium*, судебными рѣшеніями римскихъ императоровъ, *decreta*, экпертизами ихъ, *rescripta* и т. д.)¹⁾. Нѣкоторые выражаются осторожнѣе и называютъ преторское

¹⁾ Ср., напр., Czychlarz, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts* § 6 и сл.: «Какъ всякое право, и римское гражданское право основывается на законѣ и обычай. Но такъ какъ въ римскомъ государствѣ законодательство было осуществляемо въ разное время разными органами, то этому различію соотвѣтствуютъ *разныя виды законовъ*. На ряду съ разными формами *народныхъ законовъ* уже въ республиканскую эпоху мы имѣемъ дѣло съ правомъ, покоящимся на эдиктахъ магистратовъ. Въ императорскую эпоху получаютъ силу закона на ряду съ сенатскими постановленіями *constitutiones principum* (куда авторъ, какъ и другіе, относитъ и *decreta* и *rescripta*) и, наконецъ, наука права сообщается *отъишній*, ей самой по себѣ не принадлежащій (§ 5), авторитетъ, въ силу котораго и ея положенія получаютъ значеніе законовъ» и т. д.

право и т. д. не законнымъ, а только аналогичнымъ законному, законоподобнымъ правомъ и т. п. ¹⁾).

Наименѣе неправильно послѣднее рѣшеніе, ибо оно содержитъ въ себѣ, вмѣсто произвольнаго отождествленія различныхъ вещей, признаніе неудовлетворительности существующаго ученія объ источникахъ права, невозможности подвести подъ него столь крупное и извѣстное явленіе правовой жизни, какъ эдиктное право.

11. *Право, ссылающееся на признаніе обязанной стороны, признанное право.* Во многихъ областяхъ правовой жизни встрѣчается явленіе, состоящее въ томъ, что имѣются правовыя переживанія, приписываются разнымъ лицамъ права и обязанности и т. д., со ссылкой, какъ на нормативный фактъ, на то, что та сторона, которой приписываются извѣстныя отдѣльныя обязанности или обязанность соблюдать извѣстныя нормы, сама признала подлежащія обязанности, или обязательность для себя подлежащихъ нормъ (прямо, путемъ соответственнаго словеснаго или письменнаго заявленія, или косвенно, молчаливо, путемъ такого поведенія, которое равняется по значенію словесному признанію). Признаніе является при этомъ самостоятельнымъ и особымъ нормативнымъ фактомъ, такъ что и явно неосновательныя притязанія послѣ акта признанія превращаются въ правильныя и основательныя, основанныя именно на актѣ признанія, какъ особомъ нормативномъ фактѣ, замѣняющемъ и кассирующемъ значеніе прочихъ нормативныхъ фактовъ, законовъ, договоровъ и т. д.

Соответственный видъ позитивнаго права можно назвать правомъ признанія или признаннымъ правомъ.

Подлежащее психическое явленіе находится въ тѣсной связи со специфической императивно-атрибутивной природой права и соціальною потребностью въ унификаціи правоотношеній и исполняетъ въ соціальной жизни цѣнную

¹⁾ Ср., напр., Dernburg, Pand. § 24. «Силу закона имѣютъ, далѣе, responsa prudentium... Эдикты преторовъ и курульныхъ эдиловъ создаютъ законоподобное право (gesetzesähnliches Recht)». Такимъ образомъ Дербургъ, повидимому, и право экспертизъ римскихъ юристовъ считаетъ только законоподобнымъ правомъ. Напротивъ, декреты (судебныя рѣшенія) и рескрипты (экспертизы) императоровъ и онъ просто относитъ къ законамъ.

функцію предупрежденія и прекращенія споровъ и конфликтовъ, или, по крайней мѣрѣ, ограниченія этихъ споровъ и конфликтовъ тѣми пунктами, которыхъ не коснулось признаніе, съ устраненіемъ прочихъ возможныхъ споровъ. Послѣ признанія извѣстнаго правоотношенія или извѣстныхъ элементовъ сложныхъ правоотношеній или совокупностей таковыхъ уже нельзя отъ этого признанія отказываться и начинать или вновь возобновлять споръ, борьбу; въ международныхъ дѣлахъ нельзя продолжать или начинать войну и кровопролитіе по поводу того, что ликвидировано признаніемъ.

Если, напр., между частными лицами или между частными лицами (напр., поставщиками казны) и казною, или между государствами возникаютъ разногласія по поводу предъявленныхъ денежныхъ счетовъ (въ международныхъ отношеніяхъ, напр., по поводу ликвидаціи военныхъ убытковъ, издержекъ содержанія плѣнныхъ и т. п.), то, по мѣрѣ признанія разныхъ, хотя бы сомнительныхъ или явно неправильныхъ, преувеличенныхъ и т. п., пунктовъ счета (соответственныхъ притязаній), возможность дальнѣйшаго спора психически ограничивается и отрѣзается или, въ случаѣ признанія счета вообще, устраняется на будущее время.

Если идетъ кровавое междуусобіе изъ-за извѣстныхъ государственныхъ правъ, напр., изъ-за спорныхъ правъ на престолъ, то происшедшее почему-либо заявленіе одной стороны, что она признаетъ права другой стороны, хотя бы подлежащія претензіи были явно узурпаторскія, революціонныя и т. п., вызываетъ такую революцію въ правовой психикѣ, въ видѣ появленія соответственнаго государственнаго права признанія, которая не только прекращаетъ кровопролитіе, но и отрѣзаетъ возможность спора на будущее время, вообще исцѣляетъ правовую язву.

Равнымъ образомъ, узурпаторы превращаются въ правомѣрныхъ монарховъ, революціонныя правительства въ правомѣрныя — для другихъ государствъ, которыя прямо или косвенно (напр., путемъ послышки пословъ) совершили актъ признанія. Международно-правовая психика въ видѣ права признанія уже впредь не допускаетъ отношенія къ подлежащимъ лицамъ, какъ къ узурпаторамъ и т. д.

Если идетъ борьба влѣдствіе спора, касающагося (государственно-правовой) зависимости или (международно-правовой) независимости извѣстной территоріи, извѣстнаго народа и т. д. отъ другого государства, то заявленіе правительства этого государства, что оно признаетъ за другою стороною права воюющей стороны, является нормативнымъ фактомъ, обосновывающимъ обязанность примѣненія международно-правовыхъ правилъ войны, а не правилъ отношенія къ бунтовщикамъ; признаніе же другой стороны неподчиненною, независимою, ликвидируетъ вообще борьбу въ направленіи окончательнаго фиксированія правъ международно-правового равенства и независимости другой стороны; признаніе со стороны представителей борющейся за независимость соціальной группы своей зависимости, правъ власти другой стороны, вызываетъ метаморфозу въ правовой психикѣ въ противоположномъ направленіи, въ направленіи распространенія государственнаго права другой стороны на подлежащую территорію и народонаселеніе; такъ что продолженіе военныхъ дѣйствій со стороны какого-либо военачальника, несмотря на знаніе совершившагося акта признанія, разсматривалось бы какъ государственное преступленіе; считалось бы допустимымъ разстрѣляніе его, вмѣсто примѣненія правилъ войны о плѣнныхъ и проч. и проч. (несмотря на прежнее признаніе правъ воюющей стороны).

Государственно-правовое значеніе множества историческихъ хартій, жалованныхъ грамотъ монарховъ и т. п. или отдѣльныхъ ихъ пунктовъ состояло не въ законодательномъ предоставленіи подлежащимъ сословіямъ, подчиненнымъ народностямъ, городамъ и проч. какихъ-либо новыхъ правъ, привилегій и т. д., а въ совершеніи актовъ торжественнаго и формальнаго признанія подлежащихъ правъ и нормъ, въ доставленіи нормативныхъ фактовъ для неоспоримости и незыблемости впредь подлежащихъ нормъ и правъ, какъ основанныхъ на признаніи со стороны монарховъ, и проч. и проч.

Безсознательно-удачная и цѣнная тенденція правовой психики возводитъ признаніе въ нормативные факты позитивнаго права отражается въ современной наукѣ (и въ исторіи ея) въ той, неудачной, формѣ, что отъ времени до вре-

мени появляются ученія, подводящія (путемъ разныхъ функцій, софистическихъ доводовъ и т. п.) подъ все право въ качествѣ фундамента и основанія его обязательности яко бы имѣющагося признаніе со стороны всѣхъ членовъ общенія (ср. выше, § 20). Менѣе далеко идущее, по еще болѣе распространенное въ прежнее время и теперь еще весьма часто выставляемое ученіе состоитъ въ томъ, что обязательность международнаго права, какъ договорнаго, такъ и обычнаго, покоится на признаніи его со стороны всѣхъ государствъ. Это ученіе, стремящееся подкрѣпить и обосновать обязательность права, въ дѣйствительности заключаетъ въ себѣ, при серіозномъ его проведеніи, при выводѣ логическихъ послѣдствій, отрицаніе права и возведеніе въ принципъ правовой анархіи и произвола, поставленіе въ зависимость права отъ того, угодно ли данному субъекту признавать или не признавать свои отдѣльныя обязанности или обязательность для себя нормъ права вообще. Дѣйствительная правовая жизнь и вообще всякая этическая психика имѣетъ, конечно, иную природу. Права и обязанности приписываются и ихъ признаніе и соблюденіе *требуется* обыкновенно совершенно независимо отъ фактическаго признанія или непризнанія со стороны обязаннаго; и непризнаніе, оспариваніе и т. д. разсматривается уже само по себѣ, какъ нарушеніе, подчасъ какъ возмутительное нарушеніе, безсовѣтность, цинизмъ, безстыдство... И это относится къ международному праву въ такой же степени, какъ и ко всякому другому праву. Лишь въ извѣстныхъ случаяхъ, главнымъ образомъ въ неясныхъ и сомнительныхъ случаяхъ, когда имѣется почва для добросовѣтнаго непризнанія, признаніе получаетъ значеніе основанія для обязательности подлежащаго поведенія, подлежащихъ правилъ и т. д. На ряду съ ученіями, возвеличивающими значеніе признанія, приписывающими ему не существующее значеніе, въ современной наукѣ права имѣется тотъ недостатокъ, что она (въ томъ числѣ и сторонники теоріи признанія какъ основы обязательности всего права) умаляетъ значеніе признанія, не приписываетъ ему того значенія, которое оно въ дѣйствительности имѣетъ въ качествѣ нормативнаго факта особаго вида позитивнаго права. Изложенное о правѣ признанія, какъ особомъ видѣ позитивнаго

права, выясняетъ дѣйствительное положеніе дѣла и избѣгаетъ обѣихъ ошибокъ.

12. *Прецедентное право.* Уже выше было упомянуто (стр. 175), что потребность въ унификаціи правоотношеній путемъ выработки позитивнаго шаблона и соотвѣтственная тенденція правовой психики ведетъ къ тому, что за отсутствіемъ иного позитивнаго правового шаблона при извѣстныхъ условіяхъ таковой создается путемъ возведенія въ нормативные факты прецедентовъ въ смыслѣ происшедшихъ раньше въ данной средѣ дѣйствій въ аналогичныхъ случаяхъ: если въ извѣстной средѣ, напр., за карточнымъ столомъ, въ университетскомъ совѣтѣ или факультетѣ, въ парламентѣ и т. п. какой-либо правовой вопросъ, не имѣвшій до сихъ поръ готоваго шаблона для его рѣшенія, получилъ (по интуитивному праву или по какимъ-либо инымъ соображеніямъ) такое или иное фактическое рѣшеніе въ какомъ либо конкретномъ случаѣ, если, напр., по поводу открытія при сдачѣ картъ десятки произошла передача, то, въ случаѣ повторенія подобныхъ обстоятельствъ, уже дѣйствуетъ соотвѣтственная позитивно-правовая психика, притязующая на такое же поведеніе со ссылкой на прецедентъ, на то, что въ первомъ случаѣ было поступлено такъ то, и „потому“ и новый случай долженъ быть рѣшенъ такъ же.

Соотвѣтственное право (официальное и неофициальное) можно назвать прецедентнымъ правомъ. Его не слѣдуетъ смѣшивать съ преюдиціальнымъ правомъ, съ правомъ, ссылающимся на преюдиціи (называемыя въ юр. литературѣ нерѣдко „прецедентами“), т. е. на иного рода нормативные факты, не на соотвѣтственные прежніе поступки въ данной средѣ, а на бывшія рѣшенія какого-либо суда или судовъ ¹⁾.

Прецедентное право встрѣчается и процвѣтаетъ главнымъ образомъ въ замкнутыхъ кружкахъ, въ группахъ субъектовъ, постоянно или во всякомъ случаѣ многократно имѣющихъ другъ съ другомъ дѣло, напр., въ группахъ игроковъ (во всѣхъ играхъ, не только карточныхъ, прецеденты играютъ весьма большую роль), въ организованныхъ обществахъ, кор-

¹⁾ Сообразно съ этимъ слѣдовало бы имя «прецедентъ» не относить къ преюдиціямъ, имѣющимъ уже свое имя, а возвести въ специальный терминъ для интересующаго насъ здѣсь явленія.

пораціяхъ, напр., клубахъ, ученыхъ обществахъ и т. п., въ торговыхъ и иныхъ товариществахъ, акціонерныхъ компанійхъ, въ коллегіальныхъ государственныхъ учрежденіяхъ, въ томъ числѣ въ парламентахъ. Сюда же относится и „общество“ государствъ, въ особенноти же болѣе тѣсныя кружки и союзы государствъ, а равно пары государствъ, какъ и другихъ субъектовъ, состоящихъ другъ съ другомъ въ постоянныхъ отношеніяхъ, такъ что есть почва для образованія между ними прецедентнаго права, касающагося ихъ взаимныхъ отношеній (международное прецедентное право). Далѣе, прецедентное право имѣетъ большое значеніе въ государственномъ правѣ не только въ видѣ внутренняго права учрежденийъ, въ особенноти коллегіальныхъ учрежденій, но и въ видѣ права между учрежденіями, напр., между различными министерствами, между административными и судебными учрежденіями, между администраціей и органами самоуправленія, между короной, кабинетомъ министровъ и парламентомъ; такъ, въ Англій тѣ весьма широкія права, которыя принадлежатъ теперь парламенту и кабинету министровъ по отношенію къ королю и парламенту по отношенію къ кабинету были добыты въ значительной степени путемъ прецедентовъ, на почвѣ уступокъ въ конкретныхъ случаяхъ со стороны короны, возводившихся затѣмъ въ прецеденты для приписыванія соответственныхъ правъ парламенту и кабинету, и т. д.; въ частности парламентарная форма правленія, имѣющая въ своей основѣ право парламента (и народа) на отставку министерства въ случаѣ прямого или косвеннаго выраженія ему педовѣрія со стороны парламента, развилась въ Англій и другихъ государствахъ, гдѣ она существуетъ, не путемъ законодательнаго, а путемъ прецедентнаго права. Далѣе, прецедентное право имѣетъ также большое значеніе въ сферѣ отношеній между государственными учрежденіями и гражданами не только въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ объ отношеніяхъ между даннымъ учрежденіемъ и однимъ и тѣмъ же гражданиномъ (между данною парюю субъектовъ и прецедентахъ между ними), а и въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ о другихъ гражданахъ, не о тѣхъ, съ которыми былъ прецедентъ. Если, напр., данное учрежденіе разрѣшило что либо одному, то другіе, на-

ходящіеся въ такомъ же положеніи, притязаютъ, ссылаясь на этотъ случай, чтобы и имъ было разрѣшено то же, и т. д. ¹⁾).

¹⁾ Ко времени окончательнаго подготовленія этого параграфа къ печати я получилъ отъ своего товарища по специальности кн. Е. Трубецкого его «Лекціи по энциклопедіи права», 1907 г., падающія «Вмѣсто рукописи» съ разрѣшеніемъ пользоваться ими, какъ публично изданною книгою. Одной изъ особенностей и достоинствомъ его общаго ученія о правѣ является то, что онъ на ряду съ законами и обычаями признаетъ прецеденты источникомъ права: «Правовое творчество виѣшняго авторитета можетъ проявляться тремя способами. Во-первыхъ, онъ можетъ издавать тѣ или другія прямыя предписанія или велѣнія: въ этомъ случаѣ мы будемъ имѣть законы или законъ въ обширномъ смыслѣ. Во-вторыхъ, общественный авторитетъ можетъ вводить въ жизнь новыя правовыя нормы путемъ неуклоннаго слѣдованія обычаю, т. е. путемъ постояннаго примѣненія одинаковыхъ правилъ къ однороднымъ случаямъ жизни. Этимъ способомъ создается *юридическій обычай* или *обычное право*. Наконецъ, юридическія нормы могутъ быть вводимы въ жизнь путемъ примѣненія какого-либо правила не только ко множеству, но даже и къ отдѣльнымъ единичнымъ случаямъ. Въ этомъ случаѣ мы будемъ имѣть *прецедентъ*» (стр. 93).

Впрочемъ, авторъ не отличаетъ прецедентовъ въ нашемъ смыслѣ отъ преюдицій и придаетъ имъ слишкомъ большое значеніе: «Всякое рѣшеніе, вынесенное судомъ, имѣетъ общее принципиальное значеніе. Элементарное условіе всякаго правосудія состоитъ въ томъ, чтобы судъ рѣшалъ всѣ однородные случаи на основаніи однихъ и тѣхъ же правилъ. Поэтому то рѣшеніе отдѣльнаго казуса устанавливаетъ *прецедентъ*, т. е. общую правовую норму для всѣхъ аналогичныхъ случаевъ» (стр. 94).

Съ этимъ нельзя согласиться. Преюдиція и прецеденты въ нашемъ смыслѣ сами по себѣ еще не содержатъ особаго права, а лишь иногда въ пелхихъ другихъ вызываютъ особое, преюдиціальное и прецедентное, право.

Еще болѣе важный и принципиальный прогрессъ «Лекціи» по сравненію съ традиціоннымъ изложеніемъ выражается въ освобожденіи ученія о правѣ отъ узкихъ рамокъ права въ юридическомъ смыслѣ, въ смыслѣ современной юриспруденціи, такое расширеніе понятія права, что оно обнимаетъ и неофициальное право, а равно и интуитивное право (послѣднее авторъ, впрочемъ, называетъ «естественнымъ правомъ», каковую терминологию слѣдовало бы оставить въ виду недоразумѣній, связанныхъ съ выраженіемъ «естественное право», и коренного различія смысловъ стараго понятія позитивнаго права и новаго). Подлежащую, широкую точку зрѣнія на право и соответственную классификацію права, въ частности дѣленіе его на официальное и неофициальное, авторъ послѣдовательно проводитъ и въ своемъ ученіи объ отдѣльныхъ источникахъ права, о прецедентномъ, обычномъ и законномъ правѣ. Такъ, онъ относитъ разныя обычныя правила, напр., дуэльныя, относимыя современнымъ правовѣдѣніемъ изъ-за непризнанія государствомъ къ «нравамъ», «конвенціональнымъ правиламъ» и т. д., къ праву въ широкомъ смыслѣ (стр. 98 и слѣд.); подъ понятіе закона въ обширномъ смыслѣ онъ подводитъ «не только нормы, издаваемыя официально признаваемыми учрежденіями, обществами и союзами, но также и правила, издаваемыя частными обществами, все равно легальными или нелегальными, и даже частными лицами» (стр. 109 и сл.) и т. д. И въ ученіи объ объективномъ и субъективномъ правѣ авторъ оставляетъ традиціонныя точки зрѣнія; онъ отвергаетъ теорію нормъ, какъ велѣній («если бы нормы выражали только велѣнія, то онѣ не создавали бы

13. *Право юридических договоров, пословиц.*
 Особый вид позитивнаго права представляет право, ссылающееся, какъ на нормативный фактъ, на юридическія по-

никакого права. Если бы, напр., законъ предписывалъ платить долгъ, но не предоставлялъ бы права требовать его, то не было бы и права на долгъ», стр. 88), признаетъ всѣ нормы права императивно-атрибутивными, отлпчаетъ, въ частности въ области вопроса о т. н. отрицательныхъ нормахъ, нормы и законодательныя изреченія и т. д. Правоотношенія авторъ признаетъ идеальными, мыслимыми отношеніями и сообразно съ этимъ присоединяется къ моей психологической теоріи субъектовъ, въ частности юридическихъ лицъ. («Всѣ правоотношенія суть идеальныя, мыслимыя отношенія... вотъ почему и субъектами правоотношеній могутъ быть лица идеальныя, мыслимыя, которыхъ нельзя видѣть или осязать», стр. 180). Впрочемъ, ставъ на психологическую точку зрѣнія въ разныхъ частяхъ изложенія, авторъ еще не проводитъ ея послѣдовательно въ другихъ. Право въ субъективномъ смыслѣ авторъ опредѣляетъ, какъ «вышнюю свободу, предоставленную и ограниченную нормою», право въ объективномъ смыслѣ,—какъ «совокупность нормъ, съ одной стороны предоставляющихъ, а съ другой стороны ограничивающихъ вышнюю свободу лицъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ» (стр. 10, по мнѣнію автора, право регулируетъ только вышнее поведеніе). Главное различіе между моею теоріею права и теоріею кн. Трубецкаго состоитъ въ томъ, что онъ и правственности приписываетъ императивно-атрибутивный характеръ. Но въ такомъ случаѣ подъ его понятіе права подходятъ и разные относимыя имъ къ правственности явленія (поскольку они касаются вышняго поведенія, «вышней свободы»). Этого авторъ и не отрицаетъ, а самъ это указываетъ и подчеркиваетъ: «Съ одной стороны, нравственныя предписанія объемлютъ въ себѣ часть права; съ другой стороны, предписанія правовыя объимаютъ въ себѣ часть нравственности... Нравственность и право въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ могутъ быть сравнены съ двумя пересекающимися окружностями: у нихъ есть, съ одной стороны, общая сфера—сфера пересѣченія... и т. д., стр. 34, ср. стр. 31 и др.).

Авторъ, повидимому, упускаетъ изъ виду то элементарное и основное правило дѣленія (классификаціи), которое гласитъ, что члены дѣленія должны исключать другъ друга; такія дѣленія, члены которыхъ «могутъ быть сравнены съ двумя пересекающимися окружностями», приводятся въ логикахъ, какъ образцы того, чего слѣдуетъ избѣгать при дѣленіи.

Нѣсколькими страницами раньше (на стр. 27) авторъ упрекаетъ мое опредѣленіе права въ томъ, что оно ведетъ къ смѣшенію права съ нравственностью, «не даетъ точныхъ признаковъ для отличенія права отъ нравственности».

Здѣсь упущена изъ виду заповѣдь Еванг. отъ Матѳ. 7, 3 (о сучкѣ въ глазѣ брата) и не только эта заповѣдь.

Уже въ моей брошюрѣ «О мотивахъ человѣческихъ поступковъ» имѣются указанія, разъясняющія возникшія недоразумѣнія относительно атрибутивной природы, какъ специфической особенности права. По содержанію этой брошюры осталось, повидимому, автору неизвѣстнымъ (такъ, онъ, присоединяясь къ нѣкоторымъ моимъ положеніямъ, напр., о субъектахъ, цитируетъ литографированныя университетскія записки, составленныя по моимъ лекціямъ, хотя эти положенія имѣются уже въ печатномъ видѣ, въ брошюрѣ о мотивахъ).

Послѣ ознакомленія съ тѣмъ, что изложено въ настоящемъ сочиненіи (въ связи съ Введеніемъ), авторъ, надо полагать, откажется отъ обвиненія моей теоріи въ смѣшеніи права съ нравственностью уже по-

ворки или пословицы. Это явление распространено главнымъ образомъ на низшихъ ступеняхъ культуры, въ эпоху патриархальнаго быта, на ряду со старообразнымъ обычнымъ правомъ. Что юридическія пословицы играютъ подчасъ роль въ правовой жизни, это, между прочимъ, уже извѣстно современной юриспруденціи, особенно историкамъ права. Но, вслѣдствіе неясности традиціоннаго понятія обычнаго права и распространимости этого понятія на любые виды права, это явление подводится подъ обычное право, и народныя правовыя пословицы выставляются, какъ средство познанія и доказательство существованія обычнаго права.

тому, что это исключается методологическою структурою и смысломъ этой теоріи (ср. выше § 6).

Возвращаясь къ вопросу о прецедентахъ, какъ нормативныхъ фактахъ, слѣдуетъ отмѣтить выставляемую кн. Трубецкимъ теорію, по которой «въ сущности обычай сводится къ прецеденту: онъ есть не что иное, какъ *множественный прецедентъ*. Въ самомъ дѣлѣ, ясно, что всѣ юридическія нормы, относимыя къ обычаю, первоначально сложились не путемъ обычая, а путемъ прецедента: т. н. юридическіе обычай возникли *по поводу единичныхъ случаевъ*; возникшее такимъ образомъ правило затѣмъ примѣнялось въ ряду однородныхъ случаевъ и становилось *обычаемъ*. Обычай такимъ образомъ только скрѣплялъ правило, возникшее путемъ прецедента: иначе говоря, обычай есть многократно повторявшійся прецедентъ» (стр. 96 и сл.).

Если имѣть въ виду тѣ вѣщныя, объективные факты, представленія коихъ въ правовой психикѣ дѣлаются затѣмъ представленіями нормативныхъ фактовъ, то, дѣйствительно, разница между прецедентами и обычаями получается только количественная. Но если стать на правнопсихологическую точку зрѣнія, то разница между обычнымъ и прецедентнымъ правомъ, и между (представляемымъ) обычаями и прецедентами, какъ нормативными фактами, получается не только количественная и вообще не количественная, а качественная (такъ же, какъ, напр., «всякій» въ качествѣ субъекта обязанности въ области абсолютныхъ правъ есть нѣчто иное, нежели всѣ люди на земномъ шарѣ).

Тѣмъ не менѣе положенія кн. Трубецкого весьма заслуживаютъ вниманія и разработки путемъ дальѣйшихъ изслѣдованій въ качествѣ ученія о происхожденіи обычнаго права. Если не вездѣ, то во всякомъ случаѣ во многихъ областяхъ обычное право возникаетъ на почвѣ прецедентнаго права и смѣняетъ послѣднее: оно является продуктомъ и (болѣе сильнымъ и общимъ) замѣстителемъ прежняго болѣе слабого (спорадическаго) прецедентнаго права.

Вообще въ «Лекціяхъ» содержится много важныхъ и цѣнныхъ мыслей по разнымъ крупнымъ вопросамъ науки о правѣ, и нельзя не пожелать, чтобы слѣдующее, пересмотрѣнное, изданіе было безъ запретительной отмѣтки «вмѣсто рукописи» и предназначено для науки и общаго пользованія. (Примѣчаніе къ первому изданію. И счель не лишнимъ перепечатать его и въ этомъ, второмъ, изданіи, хотя мнѣ придется подробнѣе коснуться нашихъ разногласій съ княземъ Е. Н. Трубецкимъ въ предполагаемой особой брошюрѣ, долженствующей содержать сообщеніе и критику возраженій критиковъ противъ моей теоріи).

14. *Общепризнанное, вездѣ существующее право и т. п.*

Иногда предъявляются притязанія, приписываются обязанности и т. д. со ссылкой на то, что такъ принято „во всемъ мірѣ“, „у всѣхъ народовъ“, „во всѣхъ цивилизованныхъ странахъ“, „во всѣхъ конституціонныхъ государствахъ“ (между прочимъ аргументъ, игравшій, психологически естественно, большую роль въ Госуд. Думѣ до выработки наказа и накопленія прецедентовъ), и т. п.

Неопредѣленно-позитивное право. Въ народной правовой жизни, въ психикѣ и поведеніи людей, не знакомыхъ съ законами, большую роль играетъ явленіе, состоящее въ императивно-аттрибутивныхъ переживаніяхъ, въ приписываніи и исполненіи обязанностей и правъ и т. д. со ссылкой не на опредѣленные и ясно представляемые нормативные факты, а на то, что такъ „полагается“, „положено“, „установлено“ и т. п. Иногда, впрочемъ, это явленіе встрѣчается и въ профессионально-юридическихъ сферахъ. Напр., у римскихъ юристовъ роль позитивныхъ ссылокъ играли подчасъ сообщенія *hoc iure utimur* (таково у насъ право), *placuit* (установлено, признано за право) и т. п.

Выясненіе природы позитивнаго права, какъ императивно-аттрибутивныхъ переживаній, ссылающихся на нормативные факты, различеніе этихъ фактовъ и самого позитивнаго права и вытекающія отсюда руководящія начала для изслѣдованія позитивнаго права—послужили выше средствомъ для выясненія природы общепризнанныхъ „источниковъ права“: обычнаго и законнаго права, для разрѣшенія спорныхъ вопросовъ о судебной практикѣ и для нахождения и доказательства существованія цѣлаго ряда неизвѣстныхъ теперешней юриспруденціи видовъ позитивнаго права. Можно думать, что этотъ рядъ еще не исчерпываетъ всѣхъ видовъ позитивнаго права, и что дальнѣйшія изслѣдованія съ помощью упомянутыхъ руководящихъ началъ поведутъ къ новымъ, можетъ быть обильнымъ и крупнымъ, открытіямъ въ этой области. *Mutatis mutandis* тѣ же начала и основныя понятія могутъ быть перенесены и въ сосѣдную съ правовѣдѣніемъ науку, науку о нравственности, и послужить директивами для построенія ученія о позитивной нравственности и ея видахъ и разновидностяхъ.

Здѣсь мы ограничимся краткимъ указаніемъ наиболѣе важныхъ видовъ позитивной нравственности:

1. Законному праву соотвѣтствуетъ *законная нравственность*. Высшими нравственными законами являются законы божіи, *leges divinae*. Поучительный и для теоріи права примѣръ — современныя нравственныя положенія, выводимыя (напр., въ нравственныхъ катехизисахъ, проповѣдяхъ и т. д.) изъ Десяти Заповѣдей (которыя въ древне-еврейской психикѣ играли роль статей договора между Еговой и Израилемъ, нормативныхъ фактовъ сакрального договорнаго права — съ санкціей въ видѣ смертной казни путемъ побіенія камнями).

2. Обычному праву соотвѣтствуетъ *обычная нравственность*, распадающаяся, въ свою очередь, на два вида, старобразную, ссылающуюся на старыя традиціи и на обычаи предковъ (*mos majorum*) и играющую большую роль на низшихъ ступеняхъ культуры, и новообразную, не лишнюю значенія и у современныхъ культурныхъ народовъ.

3. Съ развитіемъ жреческаго ученаго сословія и сакральной науки и съ появленіемъ письменныхъ сборниковъ сакральной правовой и нравственной мудрости, развивается и распространяется *книжная нравственность*, — чисто императивныя этическія переживанія со ссылкой на то, что такъ написано въ такой-то (подчасъ „священной“) книгѣ (индивидуальнаго или коллективнаго происхожденія). Напр., изъ Талмуда, на ряду съ правовыми, выводятся и чисто нравственныя положенія, такъ что талмудическая, на Талмудѣ основанная, этика представляетъ отчасти книжное право, отчасти книжную нравственность.

4. Но первенствующую въ современномъ человѣчествѣ и грандіозную міровую роль играетъ нравственность, ссылающаяся, какъ на нормативные факты, на изреченія великихъ учителей нравственности, имѣющихъ и религіозный авторитетъ или только авторитетъ великихъ философовъ и правыхъ учителей, и могущая быть названною *учительскою нравственностью*. Величественнѣйшій примѣръ — христіанская нравственность, ссылающаяся на изреченія Христа и Его учениковъ. Великую, міровую роль играетъ и имѣетъ множество милліоновъ послѣдователей, далѣе, буддистская нрав-

ственность, ссылающаяся на учение Будды, философа ничтожности обычныхъ человѣческихъ интересовъ и проповѣдника состраданія и любви ко всеѣмъ тварямъ, не исключая низшихъ. Эта позитивная нравственность первоначально не имѣла религіознаго характера и получила его лишь съ теченіемъ времени, съ распространеніемъ боготворенія Будды. Въ качествѣ именъ второго ранга, послѣ двухъ упомянутыхъ, но тоже создателей позитивной нравственности для множества милліоновъ людей можно назвать Магомета (религіозно-нравственное и правовое ученіе) и Конфуція, китайскаго нравственнаго философа. Въ той же, Китайской, имперіи и сосѣднихъ странахъ, въ томъ числѣ Японіи, имѣются разныя аналогичныя системы позитивной нравственности третьяго ранга, съ меньшимъ количествомъ послѣдователей и менѣе выдающимся содержаніемъ. Въ средніе вѣка роль нравственно-нормативныхъ фактовъ играли, между прочимъ, на ряду съ библейскими и евангельскими изреченіями, отчасти также изреченія Аристотеля.

5. Большую роль въ составѣ и развитіи позитивной нравственности играетъ также „*примѣрная*“, или „*образцовая*“ нравственность, императивныя переживанія со ссылкой, какъ на нормативные факты, на поступки лицъ, имѣющихъ этической или религіозно-этической авторитетъ. Напр., въ христіанской и буддистской позитивной морали въ качествѣ нормативныхъ фактовъ играютъ роль не только подлежащія нравственныя изреченія, но и преданія о поступкахъ въ разныхъ случаяхъ жизни Христа, Апостоловъ, Святыхъ, Будды и т. д., какъ образцахъ, которымъ надлежитъ подражать.

§ 44.

Дѣленіе права на официальное и неофициальное.

Существо этого дѣленія и связанныя съ официальнымъ значеніемъ въ государствѣ дальнѣйшія особенности официального права по сравненію съ неофициальнымъ были уже изложены выше въ связи съ ученіемъ о служебной роли государства въ области права (§ 13). Здѣсь остается прибавить слѣдующее:

1. Составъ офіціального права, съ которымъ имѣть главнымъ образомъ дѣло современная юриспруденція, значительно обильнѣе и разнообразнѣе, чѣмъ она предполагаетъ, не только въ томъ смыслѣ, что въ него входятъ разные, ей неизвѣстные, виды и разновидности позитивнаго права, но и въ томъ смыслѣ, что офіціальное право обнимаетъ и множество интуитивно - правовыхъ явленій. Не только разные виды позитивнаго права, но и интуитивное право въ разныхъ областяхъ, въ разныхъ формахъ и подъ разными наименованіями или безъ особаго имени имѣетъ офіціально - обязательное значеніе въ государствѣ и примѣняется судами и иными органами государственной власти.

Прежде всего слѣдуетъ отмѣтить, что позитивный шаблонъ съ его назначеніемъ предупреждать и устранять правовыя разногласія и сомнѣнія съ ихъ вредными и опасными послѣдствіями является чѣмъ - то совершенно лишнимъ и ненужнымъ въ тѣхъ областяхъ права, гдѣ имѣются столь общія и крѣпкія интуитивно - правовыя убѣжденія, что подлежащія правила общежитія, обязанности и права ни въ комъ, кромѣ развѣ психически ненормальныхъ людей, не могутъ возбуждать сомнѣній. Такія положенія можно условно назвать аксіомами интуитивнаго права.

Напр., споры о томъ, могутъ ли по праву дѣти убивать родителей, родители дѣтей, вообще, можно ли убивать ближнихъ, наносить имъ раны, увѣчья, выкалывать глаза и т. п., истязать ихъ, клеветать, оскорблять, поджигать и иначе истреблять ихъ имущество, красть, изнасиловать и проч. и проч., или этого нельзя, мы обязаны по отношенію къ другимъ воздерживаться отъ этого и имѣемъ право на то, чтобы насъ не убивали и т. д., — психологически невѣроятны; а во всякомъ случаѣ они не могутъ имѣть такого значенія въ правовой жизни цивилизованныхъ народовъ, чтобы съ ихъ возможностью слѣдовало серьезно считаться. Ибо въ психикѣ этихъ народовъ имѣются соотвѣтственные аксіомы интуитивнаго права.

Точно также неключены сомнѣнія и споры о томъ, имѣютъ ли люди право ѣсть, спать и отправлять иныя фізіологическія потребности, умываться, одѣваться, разговаривать и проч. и проч., такъ что все обязаны это терпѣть, никакое началь-

ство не можетъ этого запрещать, наказывать за ослушаніе, за дышаніе вопреки запрещенію и т. п. ¹⁾).

Такихъ и тому подобныхъ аксіомъ интуитивнаго права во всякомъ обществѣ имѣется великое множество, и соотвѣтственное интуитивное право является существеннымъ элементомъ и основой всякаго правопорядка.

Позитивная нормировка соотвѣствующихъ вопросовъ, не представляющихъ вопросовъ для правовой психики и жизни, обыкновенно не касается; она исходитъ изъ подлежащихъ положеній, какъ аксіомъ, и представляетъ дополненіе къ нимъ въ видѣ разрѣшенія тѣхъ вопросовъ, которые не имѣютъ аксіоматическаго рѣшенія въ интуитивномъ правѣ и могутъ возбуждать сомнѣнія, рѣшаться въ различномъ смыслѣ и т. д.

Аксіомы интуитивнаго права, поскольку онѣ касаются предметовъ вѣдѣнія официальнаго права, признаются и государственными судами и иными органами государственной власти; вообще соотвѣтственное интуитивное право входитъ въ составъ официальнаго права и составляетъ его основной и существенный элементъ.

Далѣе, уже выше (стр. 490 и сл.) было указано, что имѣются такія области правовой жизни, гдѣ позитивно-правовой шаблонъ представляется негоднымъ, гдѣ необходимо сохраненіе свободной приспособляемости права къ конкретнымъ обстоятельствамъ, напр., къ степени вины въ карательной области, къ степени заслуги въ области наградъ, къ степени знанія въ области присужденія экзаменныхъ отма-токъ и т. п., и что въ этихъ областяхъ позитивное право.

¹⁾ Разныя *теоретическія* недоразумѣнія по поводу такихъ и т. п. правъ возможны и существуютъ въ современной наукѣ права. Такъ, существованіе правъ этого рода отрицается на почвѣ невыясненности вопроса о томъ, что такое право, и каковъ методъ для познанія существованія или несуществованія такихъ или иныхъ правъ. Съ другой стороны, теперешнее общее ученіе о правѣ, государствѣ и государственной власти, въ частности о законодательной власти, таково, что изъ него вытекаетъ правовая допустимость законодательнаго запрещенія и такихъ дѣйствій, какъ отравленіе разныхъ физиологическихъ потребностей и т. п. (Прежніе философы права смотрѣли на это иначе, правильнѣе, они сказали бы, что такой законъ противорѣчилъ бы основнымъ естественнымъ правамъ гражданъ и не только не имѣлъ бы юридической силы, но и былъ бы правонарушеніемъ). Но подобнаго рода недоразумѣнія, споры и сомнѣнія не могутъ имѣть серьезнаго практическаго значенія.

особенно позитивное право высшихъ ступеней культуры, предоставляет большій или меньшій просторъ дѣйствию интуитивнаго права. Это относится какъ къ неофициальному, такъ и къ официальному праву.

Такъ, напр., въ области права государственной и общинной, земской, городской и т. п. службы награды служащимъ, а равно служебныя, дисциплинарныя наказанія опредѣляются или должны опредѣляться подлежащими начальствами по справедливости, безъ лицепрятія и пристрастій, т. е., съ нашей точки зрѣнія, по интуитивному праву. Позитивная нормировка сводится здѣсь главнымъ образомъ къ указанію видовъ подлежащихъ примѣненію наградъ и взысканій.

Въ официальномъ уголовномъ правѣ цивилизованныхъ народовъ позитивная нормировка наказаній ограничивается обыкновенно указаніемъ минимальнаго и максимальнаго предѣловъ наказанія, а опредѣленіе конкретныхъ наказаній въ этихъ предѣлахъ предоставляется совѣсти судей, т. е. ихъ интуитивному праву (и опредѣленіе того, заслуживаетъ ли подсудимый вообще наказанія, слѣдуетъ ли его признать виновнымъ, хотя фактъ дѣянія доказанъ, зависитъ отъ совѣсти судей, присяжныхъ, т. е. отъ ихъ интуитивнаго права).

Гражданскіе кодексы, особенно новыя и новѣйшія, напр., новое германское гражд. уложеніе, равнымъ образомъ предоставляютъ рѣшеніе разныхъ, требующихъ индивидуализаціи, сообразованія съ индивидуальными обстоятельствами, вопросовъ усмотрѣнію, справедливому усмотрѣнію (*billiges Ermessen*) и т. п. судьи, предписываютъ толковать и исполнять договоры и рѣшать разные иные вопросы „по доброй совѣсти“ (*Treu und Glaube*) и т. п.; и въ этихъ случаяхъ, съ точки зрѣнія излагаемой теоріи права, слѣдуетъ признать, что дѣло идетъ объ интуитивномъ правѣ и официальномъ его признаніи (хотя и безъ знанія его природы).

Въ области гражданскихъ споровъ (за исключеніемъ нѣкоторыхъ ихъ категорій) стороны могутъ обращаться къ третейскому суду избранныхъ ими частныхъ лицъ съ тѣмъ, что при соблюденіи извѣстныхъ, предписанныхъ закономъ, условій этотъ судъ имѣетъ такое же, официальное, значеніе, какъ государственный судъ, рѣшеніе въ случаѣ надобности приводится въ исполненіе органами власти и т. д., а этимъ тре-

тейскимъ судамъ предоставляется рѣшать дѣла по совѣсти, не стѣняясь положительными законами и т. д.

Въ области разныхъ официальныхъ правъ (напр., въ англійскомъ, русскомъ, ср. ниже) встрѣчается также явленіе государственныхъ судовъ, долженствующихъ рѣшать дѣла не по законамъ, а по „справедливости“ (Equity въ Англии), по „совѣсти“ (въ Россіи), суды справедливости, совѣстные суды и т. п.

Въ исторіи римскаго права сыграли большую роль *iudicia bonae fidei* (суды по доброй совѣсти), въ которыхъ судьи должны были присуждать къ тому, что отъ истца отвѣтчику причитается по доброй совѣсти (*quicquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*), и т. д.

Обыкновенно, впрочемъ, такіе интуитивно-правовые суды подъ вліяніемъ позитиваціонной тенденціи права превращаются съ теченіемъ времени въ позитивно-правовые (оставаясь по имени судами „справедливости“, „доброй совѣсти“ и т. п.), т. е. на почвѣ рѣшеній по интуитивному праву съ теченіемъ времени образуется и вмѣсто нихъ начинается дѣйствовать соотвѣтственный позитивный шаблонъ. Такъ, въ англійскихъ судахъ справедливости интуитивное право въ концѣ концовъ было въ значительной степени вытѣснено преюдиціальнымъ правомъ, правомъ, ссылающимся на прежнія рѣшенія по справедливости. Въ римскихъ *bonae fidei iudicia* произошла постепенная замѣна интуитивнаго права позитивнымъ влѣдствіе развитія соотвѣтственнаго права ученыхъ юристовъ путемъ толкованія, что въ какихъ случаяхъ полагается по справедливости, по доброй совѣсти, и возведенія надлежащихъ мнѣній юристовъ въ нормативные факты.

Еще бѣльшее значеніе, чѣмъ въ области официального права, имѣетъ интуитивное право въ другой, разрабатываемой современною юриспруденціею, области права — въ международномъ правѣ, въ виду менѣе успѣшнаго развитія въ этой области позитивно-правового шаблона, отсутствія законодательства и т. д. И здѣсь имѣются и играютъ большую роль и аксіомы соотвѣтственнаго, международного, интуитивнаго права, и дополнительное къ позитивному, индивидуализирующее, интуитивное право (въ частности, въ области международныхъ „наказаній“, т. п. реторсій, репрессалій, войны),

а также замѣняющее позитивный шаблонъ, за отсутствіемъ такового пока по разнымъ вопросамъ, интуитивное право.

Поэтому, и официально- и международно-правовой юриспруденціи слѣдуетъ соответственно расширить свои понятія права и сферы изученія путемъ включенія интуитивнаго права.

2. Сфера официального права, официального вмѣшательства въ народную правовую жизнь, бываетъ у различныхъ народовъ и на различныхъ ступеняхъ культуры различна. Не существуя на низшихъ, догосударственныхъ ступеняхъ развитія и развиваясь вмѣстѣ съ развитіемъ государственной организаціи, официальное право первоначально имѣетъ весьма скудное содержаніе, касается лишь немногихъ вопросовъ правовой жизни, главнымъ образомъ того, кому принадлежитъ общая власть и команда въ дѣлѣ защиты отъ внѣшнихъ враговъ и вообще военныхъ столкновеній, что же касается внутренняго правового быта, даже такихъ сторонъ его, какъ наказаніе за преступленія, взыскваніе долговъ, принудительное возвращеніе отнятыхъ предметовъ права собственности, вообще правовыхъ отношеній между отдѣльными гражданами и ихъ, родовыми или иными, группами и охраны ихъ, то это въ сферу официального права и вмѣшательства вообще не входитъ. Граждане сами или въ союзѣ со своими сородичами, друзьями и т. д. осуществляютъ репрессіи по адресу преступниковъ или ихъ родовъ путемъ мести, кровавой и иной, сами насильственно добываютъ отнятое у нихъ и т. д. Уголовное право и гражданское на этой ступени развитія представляетъ неофициальное право. Лишь постепенно развивается, усиливается и расширяется официальное вмѣшательство во внутреннюю правовую жизнь, постепенно растетъ сфера официального права. Но и въ эпохи развитого государственнаго быта эта сфера не дѣлается чѣмъ-то неизмѣннымъ, а подвержена разнымъ колебаніямъ. У однихъ народовъ она шире, у другихъ уже, въ нѣкоторыя эпохи развитія одного и того же народа она расширяется, въ другія — сужается. Напр., въ теократическихъ государствахъ или на теократическихъ стадіяхъ развитія даннаго государства официально-правовая нормировка распространяется на множество такихъ сторонъ жизни и областей поведенія, находящихся въ такомъ или

иномъ отношеніи къ религіи, которыя въ свѣтскихъ государствахъ находятся внѣ сферы officialнаго права и вмѣшательства; въ эпоху т. н. полицейскаго режима officialное право и вмѣшательство простирается на такія сферы жизни и поведенія, которыя дѣлаются свободными отъ него въ эпоху либерализма, господства тенденціи предоставленія гражданамъ возможно большей свободы въ устроеніи своихъ дѣлъ и возможно большаго сокращенія государственнаго вмѣшательства; теперешнія соціально-политическія тенденціи ведутъ опять къ расширенію сферы officialнаго права и вмѣшательства...

И составъ officialнаго права въ смыслѣ тѣхъ видовъ и разновидностей права: интуитивнаго права и разныхъ видовъ позитивнаго права, комбинаціи которыхъ образуютъ officialно-правовую пормировку, бываетъ различный у разныхъ народовъ и мѣняется на разныхъ ступеняхъ развитія, а равно въ одно и то же время въ однихъ и тѣхъ же государствахъ бываетъ различный въ разныхъ областяхъ правовой жизни. Въ развитіи восточныхъ теократическихъ государствъ и правъ играли главную роль иные нормативные факты и виды позитивнаго права (божеское, законное и договорное, право, право изреченій пророковъ, основателей религій и т. д., право ученыхъ представителей сакральной науки, сакральное книжное право и т. д.), нежели въ исторіи права древнихъ и новыхъ государствъ Европы. Въ исторіи римскаго гражданскаго права главную роль играли иные виды права и нормативныхъ фактовъ (программное преторское право, право экспертизъ и иныхъ мнѣній ученыхъ юристовъ), нежели въ исторіи послѣ-римскаго западно-европейскаго гражданскаго права (обычное право, книжное право туземнаго происхожденія, реципированное книжное право римскаго происхожденія, и т. д.). Въ современномъ officialномъ правѣ передовыхъ народовъ главную и руководящую роль, въ качествѣ нормативныхъ фактовъ, играютъ государственные законы. Ими же опредѣляются, прямо или косвенно, въ томъ числѣ путемъ умолчанія, путемъ непредрѣшенія разныхъ вопросовъ, сферы дѣйствія другихъ видовъ права: интуитивнаго и разныхъ видовъ позитивнаго права; это опредѣленіе происходитъ отчасти сознательно и умышленно, какъ, напр., относительно обычнаго права (ср. выше, стр. 561),

отчасти же, въ виду отсутствія подлежащаго свѣта и руководства со стороны науки, бессознательно, безъ знанія существованія и природы подлежащихъ видовъ права: интуитивнаго и разныхъ видовъ позитивнаго права. Причемъ, нѣкоторые виды позитивнаго права, игравшіе прежде болѣе или менѣе важную или даже первенствующую роль въ официальномъ правѣ подлежащихъ народовъ, исчезли изъ обихода юридической жизни. Такъ, книжное гражданское право, въ частности римское право, дѣйствовавшее еще въ нѣкоторыхъ частяхъ Германіи до 1900 г., замѣнено законнымъ правомъ (и примѣняется только къ старымъ дѣламъ, возникшимъ до вступленія въ дѣйствіе новаго гражданского кодекса); право общаго мнѣнія науки и ученій отдѣльныхъ выдающихся юристовъ исчезло (если не считать Англій) изъ официально-правовой жизни европейскихъ государствъ еще раньше, въ первой половинѣ XIX ст.; равнымъ образомъ, съ разрушеніемъ патриархальнаго быта, исчезло старообразное, ссылающееся на обычаи предковъ, обычное право, а новообразное обычное право играетъ все болѣе и болѣе скромную роль; по мѣрѣ эмансипаціи государства и права отъ церкви и религіи, утратили значеніе разные виды и разновидности церковно-религіознаго права: соотвѣтственное книжное право, божеское законное право и т. д.

Слѣдуетъ, впрочемъ, имѣть въ виду: 1) что и теперь разные христіанскія церкви и другія вѣроисповѣдныя общества и ихъ спеціальное, церковное право, опредѣляющее организацію ихъ, права и обязанности священниковъ по отношенію къ прихожанамъ и къ ихъ церковнымъ начальствамъ, права и обязанности, относящіяся къ церковнымъ имуществамъ и ихъ управленію и т. д., — пользуются въ разной степени официальнымъ признаніемъ со стороны государствъ; и постольку соотвѣтственные виды позитивнаго права: божеское и чело-вѣческое законное церковное право, книжное право и т. д. входятъ въ составъ и современнаго официального права; 2) что государства, имѣющія разные владѣнія въ Азіи, Африкѣ и т. д., признаютъ въ большихъ или меньшихъ размѣрахъ разные, находящіяся на разныхъ ступеняхъ развитія, туземныя права, въ томъ числѣ разные сакральныя права магометанъ, язычниковъ разныхъ категорій и т. д.; и такимъ

образомъ и соответственные виды и разновидности позитивнаго права: старообразное обычное право, книжное право, божественное законное право и проч. и проч. входятъ въ составъ официальнаго права подлежащихъ государствъ. Во всякомъ случаѣ, какъ уже упомянуто выше, традиціонныя три рубрики „источниковъ права“ современной науки: законы, обычное право и судебная практика представляютъ весьма неполное и неудовлетворительное опредѣленіе видовъ права не только съ точки зрѣнія теоріи и исторіи права вообще, но даже съ точки зрѣнія познанія дѣйствительнаго состава современнаго официальнаго права европейскихъ государствъ.

Равнымъ образомъ мѣняется въ исторіи и сфера дѣйствія и составъ неофициальнаго, ненадлежащаго права, въ томъ числѣ международнаго. И здѣсь разные виды религіозно-авторитетнаго, а равно научнаго права (подъ вліяніемъ самоуничжительныхъ недоразумѣній въ самой наукѣ) утратили свое прежнее значеніе. Но все-таки и составъ современнаго международнаго права между цивилизованными народами, какъ видно изъ изложеннаго выше, таковъ, что традиціонныя рубрики „источниковъ права“ или „источниковъ международнаго права“ далеко не достаточны для его познанія. Мы говоримъ, между цивилизованными народами, ибо международное право существуетъ не только между цивилизованными народами, а и между разными независимыми социальными группами, находящимися на низшихъ ступеняхъ культуры (т. е. въ психикѣ подлежащихъ людей); и оно имѣетъ отличное отъ международнаго права культурныхъ народовъ содержаніе и опирается на инныя комбинаціи нормативныхъ фактовъ; напр., въ отношеніяхъ между магометанскими народами нормативное значеніе имѣетъ Коранъ и т. д. Современная наука подъ международнымъ правомъ (неправильно) разумѣетъ и въ качествѣ такового изучаетъ лишь пѣкоторую часть дѣйствительнаго международнаго права, лишь ту часть, которая относится къ нѣкоторымъ, болѣе культурнымъ, или признаваемымъ таковыми, народамъ ¹⁾. При

¹⁾ И полагаютъ, что международное право возникло относительно недавно. При этомъ мнѣнія относительно времени возникновенія международнаго права расходятся. Нѣкоторые ученые отрицаютъ даже суще-

надлежащемъ расширеніи сферы научнаго изученія (если не догматическаго, то теоретическаго, историческаго и описательнаго) международнаго права пришлось бы соотвѣтственно расширить и списокъ „источниковъ“ современнаго международнаго права, введя туда и книжное право, божеское законное право и т. д.

ствование международнаго права въ средніе вѣка, приписываютъ решающее значеніе вестфальскому миру 1648 г. и т. п. Эти ограниченія по времени и пространству дѣйствія международнаго права покоятся на разныхъ произвольныхъ конструкціяхъ, замѣняющихъ фактическое, психологическое изученіе подлежащихъ явленій и ихъ исторіи.

ПРИЛОЖЕНИЕ.

§ 45. Составъ официальнаго права Россіи.

Изложенное выше о составѣ современнаго официальнаго права западно-европейскихъ государствъ относится вообще и къ составу русскаго официальнаго права. Исслѣдователи „источниковъ русскаго права“ полагаютъ, слѣдую традиціонному общему ученію объ источникахъ права, что все русское право (т. е. официальное право) сводится къ тремъ „источникамъ“: законамъ (т. е. государственнымъ законамъ), обычному праву и судебной практикѣ. Но это весьма далеко отъ соотвѣтствія дѣйствительности, еще болѣе далеко, чѣмъ соотвѣтственныя ученія германскихъ, австрійскихъ, французскихъ и т. д. юристовъ о составѣ оф. права подлежащихъ государствъ. Ибо, во-первыхъ, составъ официальнаго *позитивнаго* права русскаго государства, заключающаго въ себѣ множество народностей и племенъ, находящихся на весьма различныхъ ступеняхъ развитія, со множествомъ разныхъ національныхъ правъ, религій и церквей, отличается чрезвычайно сложностью и пестротой не только по содержанию, но и по обилію и разнообразію „источниковъ“, видовъ и разновидностей, позитивнаго права. Во-вторыхъ, Россія можетъ быть вмѣстѣ съ тѣмъ названа царствомъ интуитивнаго права по преимуществу. Интуитивное право пользуется здѣсь по закону, и еще въ большей степени, чѣмъ можно судить по словамъ закона, въ дѣйствительности чрезвычайно большою, исключительно широкою сферою официальнаго дѣйствія.

I. Позитивное право.

Законное право. Главная, руководящая роль въ области русскаго официальнаго права, въ частности въ дѣлѣ опредѣленія официальнаго дѣйствія разныхъ другихъ видовъ позитивнаго и интуитивнаго права, принадлежитъ государственнымъ законамъ (въ тѣсномъ смыслѣ). Въ этомъ смыслѣ и въ смыслѣ требованія воздержанія отъ произвола слѣдуетъ понимать ст. 84 основныхъ законовъ, которая гласитъ: „Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ законовъ, изданныхъ въ установленномъ порядкѣ“¹⁾.

Съ 1863 г. издаваемые законы печатаются во всеобщее свѣдѣніе въ упомянутомъ уже выше органѣ официальнаго обнародованія законовъ: „Собраніе узаконеній и распоряженій Правительства“.

Кромѣ того, имѣются два большихъ сборника законовъ:

1. Полное собраніе законовъ, содержащее въ себѣ въ хронологическомъ порядкѣ законодательные акты отъ Соборнаго уложенія царя Алексѣя Михайловича 1649 г. (включительно) до настоящаго времени.

2. Сводъ Законовъ, содержащій въ себѣ дѣйствующіе законы въ систематическомъ порядкѣ.

Оба сборника въ первоначальномъ видѣ были составлены въ царствованіе императора Николая I.

Въ царствованіе Петра I и затѣмъ въ теченіе 18-го и въ началѣ 19-го столѣтія дѣлалась попытка достигнуть упорядоченія состоянія законодательства путемъ составленія взамѣнъ Соборнаго уложенія 1649 г. и множества накопившихся затѣмъ законовъ новаго самостоятельнаго уложенія, кодекса. Но все эти попытки кончились неудачей. Это побудило императора Николая I отказаться отъ мысли составленія новаго самостоятельнаго кодекса и удовольствоваться приведеніемъ накопившихся законовъ въ порядокъ путемъ

¹⁾ Основное правило этого установленнаго порядка выражено въ ст. 86 Осн. зак.: «Никакой новый законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственнаго Совѣта и Государственной Думы и воспріять силу безъ утвержденія Государя Императора».

Эти двѣ статьи (84 и 86) замѣнили ст. 47 прежнихъ Основныхъ законовъ: «Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ положительныхъ законовъ, учрежденій и уставовъ, отъ Самодержавной Власти исходящихъ».

„свода законовъ существующихъ, съ исключеніемъ всего не-
дѣйствующаго, безъ всякихъ измѣненій въ существѣ ихъ“.
Исполненію этого дѣла было поручено въ 1826 г. М. М.
Сперанскому.

Для облегченія этой задачи представилось необходимымъ
предварительно собрать и привести въ хронологическій по-
рядокъ весь законодательный матеріалъ, накопившійся съ
1649 г. Для этого было составлено и издано въ 1830 г.
т. н. Первое Полное Собраніе Законовъ, обнимающее въ
45 томахъ законы съ Соборнаго уложенія 1649 г. до изданія
перваго манифеста Императора Николая I 12 дек. 1825 г.

Но этимъ составленіе и изданіе Полнаго Собранія не
кончилось, а было продолжено и продолжается до сихъ поръ,
несмотря на изданіе Собранія узаконеній и распоряженій
правительства. Въ настоящее время имѣется, кромѣ Перваго
Полнаго Собранія:

1. Начатое одновременно съ Первымъ Полн. Собр. и
законченное при императорѣ Александрѣ III Второе Полное
Собраніе Законовъ, обнимающее въ 55 томахъ законы двухъ
царствованій: императоровъ Николая I и Александра II.

2. Третье Полное Собраніе Законовъ, еще не закончен-
ное, обнимающее законы, начиная съ перваго манифеста
императора Александра III.

Работы по составленію Свода дѣйствующихъ законовъ
были пачаты въ 1826 г. и окончены въ 1832 г. Утвержде-
ніе послѣдовало въ 1833 г., введеніе въ дѣйствіе — въ
1835 г. Официально подлежащее, 1-е изданіе называется
по году печатанія изданіемъ 1832 г.

Кромѣ ограниченія только сохранившимися дѣйствіе зако-
нами, Сводъ отличается отъ Полнаго Собранія тѣмъ, что
сохранившіе дѣйствіе законы были включены въ него не въ
полномъ видѣ, а въ видѣ извлеченій въ формѣ статей, подъ
которыми сдѣланы ссылки на законодательные акты, послу-
жившіе основаніемъ для нихъ, и что вмѣсто хронологи-
ческаго порядка расположенія матеріала принятъ системати-
ческій.

Въ основу подлежащей системы Сперанскій положилъ
слѣдующія начала:

Въ государствѣ слѣдуетъ различать два союза: государ-

ственный и гражданскій (семейственный и имущественный). Изъ союзовъ возникаютъ опредѣляемые и охраняемые законами права и обязанности, и сообразно съ этимъ законы дѣлятся на государственные и гражданскіе. И тѣ и другіе законы дѣлятся на опредѣлительные, опредѣляющіе существо соотвѣтственныхъ союзовъ и права, изъ нихъ вытекающія, и охранительные, охраняющіе эти союзы и права.

Законы государственные опредѣлительные заключаютъ въ себѣ: 1) законы основныя, опредѣляющіе порядокъ образованія верховной власти и дѣйствій ея въ области законодательства и управленія, 2) законы органическіе, опредѣляющіе устройство учреждений, органовъ дѣйствія этой власти, 3) законы силъ правительственныхъ, опредѣляющіе средства дѣйствія власти, личныя силы (уставы о повинностяхъ, рекрутской и земской) и вещественныя (уставы казенныхъ управленій, о податяхъ, пошлинахъ и т. д.), 4) законы о состояніяхъ, опредѣляющіе права и обязанности подданныхъ, по степени ихъ участія въ составѣ учреждений и силъ правительственныхъ. Законы государственные охранительные заключаютъ въ себѣ: 1) законы предохранительные, т. е. уставы благочинія (полиціи) и 2) законы уголовные.

Законы гражданскіе опредѣлительные заключаютъ въ себѣ: 1) законы о союзахъ семейственныхъ, 2) общіе законы объ имуществахъ и законы межевые, опредѣляющіе порядокъ „развода“ границъ владѣній, 3) особенные законы объ имуществахъ, называемые по главной цѣли ихъ законами государственнаго благоустройства или экономіи (рубрика, заключающая въ себѣ законы, относимые современною наукою къ государственному, а не гражданскому праву). Законы гражданскіе охранительные заключаютъ въ себѣ законы о гражданскомъ (безспорномъ и спорномъ, общемъ и особенномъ) судопроизводствѣ и взысканіи.

Отъ этой системы, впрочемъ, были при составленіи Свода сдѣланы нѣкоторыя отступленія. Такъ, законы благочинія и уголовные, какъ охраняющіе не только союзъ государственный, но и гражданскій, были помѣщены въ концѣ, послѣ законовъ гражданскихъ, охранительные гражданскіе законы были распределены между соотвѣтственными опредѣлительными законами.

Сообразно съ этимъ весь Сводъ былъ раздѣленъ на восемь главныхъ частей (размѣщенныхъ въ 15 томахъ): 1) Основные законы, 2) Учрежденія, 3) Законы правительственныхъ силъ, 4) Законы о состоявяхъ, 5) Законы гражданскіе (общіе) и межевые, 6) Уставы государственнаго благоустройства (особенные законы объ имуществвахъ), 7) Уставы благочинія, 8) Законы уголовные.

Такъ какъ Сводъ предназначенъ быть сборникомъ *дѣйствующихъ* въ данное время законовъ, то требуются особыя мѣры для приведенія его въ соотвѣтствіе съ современнымъ состояніемъ законодательства. Эти мѣры состоятъ: 1) въ составленіи отъ времени до времени новыхъ изданій всего свода или отдѣльныхъ его частей и 2) въ постоянномъ составленіи и обыкновенно ежегодномъ или даже болѣе частомъ изданіи т. н. Продолженій къ Своду, содержащихъ послѣдовавшія измѣненія. Продолженія бываютъ очередныя, содержащія измѣненія, послѣдовавшія со времени изданія предшествующаго Продолженія, и сводныя, содержащія всѣ измѣненія со времени послѣдняго изданія даннаго тома свода.

Полныхъ новыхъ изданій свода, послѣ перваго изданія 1832 г., было два: 1842 г. и 1857 г. Нѣкоторыя части послѣдняго полнаго изданія 1857 г. не переизданы до сихъ поръ. Другія части, томы или отдѣльные уставы, были въ разное время переиздаваемы. Въ 1892 г. былъ составленъ новый, 16-й томъ, обнимающій судоустройство и судопроизводство.

Въ настоящее время Сводъ состоитъ изъ 16, изданныхъ въ разное время, томовъ слѣдующаго содержанія:

Томъ I содержитъ въ 1-й части (изд. 1906 г.) „Сводъ основныхъ государственныхъ законовъ“ (въ томъ числѣ въ раздѣлѣ первомъ новые конституціонные законы), во 2-й ч. „Учрежденія государственныя“ (центральныя, въ томъ числѣ новое учрежденіе Государственнаго Совѣта и Государственной Думы).

Т. II.—Учрежденія губернскія и уѣздныя.

Т. III.—Уставы о службѣ гражданской.

Т. IV.—Уставы о повинностяхъ, воинской и земскихъ.

Т. V.—Уставы о прямыхъ налогахъ, пошлинахъ, акцизныхъ сборахъ.

Т. VI.—Уставъ таможенный.

Т. VII.—Уставы монетный и горный.

Т. VIII.—Ч. 1. Уставъ лѣсной, уставъ о казенныхъ оброчныхъ статьяяхъ; ч. 2. Уставы счетные.

Т. IX.—Законы о состояніяхъ и особое приложеніе, содержащее въ себѣ положеніе о крестьянахъ.

Т. X.—Ч. 1. Сводъ законовъ гражданскихъ и положеніе о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ; ч. 2. Законы межевые.

Т. XI.—Ч. 1. Уставъ духовныхъ дѣлъ иностранныхъ вѣроисповѣданій, сводъ уставовъ ученыхъ учреждений и учебныхъ заведеній вѣдомства министерства народнаго просвѣщенія; ч. 2. Уставы кредитный, о векселяхъ, торговый, консульскій, о промышленности.

Т. XII.—Ч. 1. Уставы путей сообщенія, желѣзныхъ дорогъ, почтовый, телеграфный, строительный, о взаимномъ страхованіи отъ огня; ч. 2. Уставъ сельскаго хозяйства; положеніе о наймѣ на сельскія работы; положеніе о трактирномъ промыслѣ; уставы о казенныхъ селеніяхъ, казачьихъ селеніяхъ и колоніяхъ иностранцевъ.

Т. XIII.—Уставы о народномъ продовольствіи, общественномъ призрѣніи и врачебный.

Т. XIV.—Уставы о паспортахъ и бѣглыхъ, о цензурѣ и печати, о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій, о содержащихся подъ стражею и ссыльныхъ.

Т. XV.—Уложеніе о наказаніяхъ и уставъ о наказаніяхъ, полагаемыхъ мировыми судьями.

Т. XVI.—Ч. 1. Судебные уставы; ч. 2. Учрежденіе мѣстныхъ судебныхъ установленій и законы о судопроизводствѣ прежняго порядка.

Въ литературѣ идетъ споръ о томъ, какое юридическое значеніе слѣдуетъ приписывать Своду: слѣдуетъ ли его признавать новымъ законодательствомъ, отмѣнившимъ и замѣнившимъ прежніе законы, или только новой, болѣе удобной для пользованія, формой изложенія прежнихъ законовъ, которые, такимъ образомъ, сохраняютъ свою силу и имѣютъ рѣшающее значеніе въ прежнемъ видѣ, хотя бы они не были включены въ Сводъ или имѣли иное содержаніе, нежели соотвѣтственныя статьи Свода.

Этотъ споръ, основанный на неясностяхъ манифеста, сопровождавшаго первое изданіе Свода, на сужденіяхъ, бывшихъ въ государственномъ совѣтѣ по поводу перваго изданія Свода, и т. д., представляетъ въ значительной степени т. ск. счетъ безъ хозяина. Хозяиномъ здѣсь, какъ и вообще въ области права, является народная правовая психика, а она относится къ Своду, какъ къ самостоятельному законодательству, замѣнившему законы прежняго времени, дѣйствовавшіе до составленія Свода; такъ, статьи Свода приводятся, какъ нормативные факты, считаются обязательными и примѣняются и въ тѣхъ многочисленныхъ случаяхъ, когда содержаніе ихъ не соотвѣтствуетъ содержанію тѣхъ законовъ прежняго времени, изъ которыхъ онѣ извлечены, и даже въ тѣхъ случаяхъ, когда оказывается, что онѣ вовсе не основаны на прежнихъ русскихъ законахъ, а, напр., заимствованы изъ французскаго законодательства и т. п. Старые же законы, напр., эпохи Петра I, Екатерины II и т. д., не попавшіе въ Сводъ, или тѣ части ихъ содержанія, которыя не попали въ Сводъ, не играютъ вообще роли дѣйствующихъ законовъ ни въ народной правовой психикѣ вообще, ни въ государственныхъ учрежденіяхъ ¹⁾).

Сводъ, за исключеніемъ нѣкоторыхъ его частей новаго происхожденія, далеко не представляетъ удовлетворительнаго

¹⁾ Впрочемъ, за исключеніемъ нѣкоторыхъ спеціальныхъ случаевъ и отдѣльныхъ колебаній, не имѣющихъ принципіальнаго значенія.

Сказанное въ текстѣ относится къ старымъ законамъ, изданнымъ до Свода, и къ Своду, который былъ изданъ въ 1832 г., и котораго касался обсуждаемый и толкуемый теперь различно манифестъ и т. д. Но то же относится, конечно, и къ послѣдующимъ законамъ и модификаціямъ Свода, поскольку и здѣсь произошла «рецепція» права Свода и «смерть» и сдача въ архивъ исторіи подлежащихъ законовъ (ср. рецепцію права *Cognus iuris* и появленіе иныхъ книжныхъ правъ взамѣнъ прежняго, законнаго и иного права). Само собою разумѣется, эти положенія, или, точнѣе, эти факты (съ которыми, по моему убѣжденію, не только какъ теоретика, но и какъ догматика права, отстаивающаго принципъ права противъ произвола, разумнымъ образомъ нельзя не считаться) не устраняютъ возможности и обязанности для юристовъ — догматиковъ, сената и другихъ судовъ и т. д. настаивать, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ еще нѣтъ указанныхъ условій, на томъ, чтобы примѣнялся подлинный законъ, а не искаженная копія въ Сводѣ, въ частности ссылаться на ст. 86 Основныхъ законовъ (ср. выше, стр. 625 прим.) и указывать, что «одобреніе Государственнаго Совѣта и Государственной Думы» и «утвержденіе Государя Императора» относились отнюдь не къ такимъ-то положеніямъ Свода, а къ такимъ-то положеніямъ подлиннаго закона.

законодательства и нуждается въ коренной ревизіи и исправленіи. Значительныя части его содержанія представляютъ положенія, устарѣвшія и не соотвѣтствующія современному состоянію народной культуры и психики вообще или противорѣчащія началамъ и задачамъ рациональной законодательной политики. И съ точки зрѣнія законодательной техники въ смыслѣ надлежащей унификаціи права, установленія достаточно полной системы точно опредѣленныхъ положеній, могущей служить прочнымъ базисомъ для экономической и иной жизни, для несомнѣнности и безспорности правъ, защиты отъ произвола и т. д.,—содержаніе Свода весьма неудовлетворительно. Въ немъ, въ частности въ области имущественнаго и иного гражданскаго права, имѣется множество пробѣловъ, отсутствіе позитивной нормировки и рѣшенія множества такихъ вопросовъ, которые настоятельно требуютъ точной позитивной нормировки и опредѣленнаго рѣшенія; вмѣсто точно опредѣленныхъ понятій и терминовъ съ опредѣленнымъ и въ разныхъ частяхъ системы неизмѣннымъ содержаніемъ господствуетъ примѣненіе словъ и выраженій, имѣющихъ недостаточно опредѣленный, подчасъ весьма растяжимый и въ разныхъ частяхъ изложенія неодинаковый смыслъ. Разныя неясности, противорѣчія, лишнее многословіе, включеніе разныхъ постороннихъ, не имѣющихъ юридическаго значенія, элементовъ, напр., нравственныхъ, техническихъ поученій, недостатки системы, мѣшающіе ориентировкѣ и освѣдомленности относительно дѣйствующаго права и т. д.,—представляютъ дальнѣйшіе серіозные недостатки Свода въ смыслѣ несоотвѣтствія задачамъ унификаціи права.

Но, несмотря на всеъ указанные и нѣкоторые другіе недостатки Свода, составленіе его въ свое время было большою заслугою, и дѣйствіе его въ настоящее время, какъ самостоятельнаго законодательства, представляетъ великое благо по сравненію съ тѣмъ, что было бы, если бы не было и этого, хотя и весьма неудовлетворительнаго, Свода; или если бы дѣйствительно и серіозно осуществилось мнѣніе тѣхъ юристовъ, Коркунова и др., которые, исходя изъ разныхъ общетеоретическихъ ошибочныхъ предположеній, полагаютъ, что Сводъ не имѣетъ самостоятельной обязательной силы, взаимѣнъ прежняго законодательства. Ибо это равнялось бы

сведенію Свода на нѣтъ, превращенію его въ нѣчто въ родѣ необязательнаго (и ненадежнаго, неполнаго и т. д.) справочнаго реестра существующихъ законовъ и возстановленію дѣйствія хаотической и необозримой массы законовъ и указовъ за время около четверти тысячелѣтія.

По поводу содержанія Свода слѣдуетъ, впрочемъ, еще отмѣтить, что онъ не представляетъ полнаго Свода, Свода всѣхъ безъ исключенія отраслей госуд. законодательства. Нѣкоторые спеціальные, впрочемъ, немногіе отдѣлы законодательства не включены въ Сводъ Законовъ; и подлежащію законамъ имѣютъ самостоятельное, независимое отъ Свода, существованіе и дѣйствіе; для нѣкоторыхъ изъ нихъ существуютъ особые сборники. Сюда относятся: 1) Сводъ военныхъ постановленій (изданный впервые въ 1838 г.) и 2) Сводъ морскихъ постановленій (1886 г.).

Кромѣ того въ нѣкоторыхъ частяхъ Имперіи дѣйствуютъ особые мѣстные законы. Такъ, въ Царствѣ Польскомъ дѣйствуетъ съ 1808 г. французскій гражданскій кодексъ съ нѣкоторыми измѣненіями, которыя были произведены главнымъ образомъ положеніемъ о союзѣ брачномъ (1836 г.) и ипотечными уставами (1818 и 1825 гг.). Имѣется офиціальныи русскій переводъ подъ заглавіемъ: Собраніе гражданскихъ законовъ губерній Царства Польскаго (составл. въ 1870 г.). Въ Остзейскомъ краѣ дѣйствуетъ особый Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній остзейскихъ въ трехъ частяхъ: 1) узаконенія о правахъ состоянія, 2) о мѣстныхъ учрежденіяхъ и 3) законы гражданскіе. Первые двѣ части были изданы на русскомъ и нѣмецкомъ языкахъ въ 1845 г., третья въ 1864 г. Въ великомъ княжествѣ Финляндскомъ дѣйствуетъ вообще особое законодательство (Шведское уложеніе 1734 г. и др.) и имѣются особые конституціонныя законодательныя органы.

Обыкновенно въ качествѣ мѣстныхъ законовъ приводится еще дѣйствующее въ Бессарабіи Шестикнижіе вессалоникскаго судьи Арменопула, составленное въ половинѣ XIV ст. (съ грамотою Маврокордато 1785 г. и Краткое Собраніе Законовъ Донича). Но это неправильно. Шестикнижіе есть частный юридическій сборникъ — византійскаго права — и соотвѣтственное право есть не законное, а книжное право.

Разумѣется, на ряду съ государственными законами въ тѣсномъ смыслѣ большое значеніе въ качествѣ нормативныхъ фактовъ русскаго официальнаго права имѣютъ административныя распоряженія, государственные законы (въ общемъ смыслѣ) разныхъ низшихъ ранговъ.

А затѣмъ, на ряду съ государственными законами, официальное значеніе имѣютъ и законы всевозможныхъ иныхъ категорій: уставы и отдѣльныя постановленія общихъ собраній и иныхъ законодательныхъ органовъ акціонерныхъ компаній и иныхъ легальныхъ обществъ, правомѣрные съ точки зрѣнія официальнаго права распоряженія носителей разныхъ семейственныхъ и частно-хозяйственныхъ властей (отца, опекуна, директора завода и т. д.), родовыхъ и племенныхъ властей (родоначальниковъ, собраній ихъ и т. д.) въ тѣхъ областяхъ, у тѣхъ „инородческихъ“ племенъ, гдѣ сохранился и пользуется официальнымъ признаніемъ соотвѣтственный социальный строй (родовой бытъ и т. д., ср. ниже), и проч.

Сюда относятся и божескія законныя права разныхъ христіанскихъ, православной, католической и др., и не христіанскихъ религій и церковныхъ союзовъ, а равно человѣческія законныя права разныхъ церковныхъ законодательствъ, постановленій вселенскихъ соборовъ, патріарховъ, папъ и т. д., въ виду и по мѣрѣ официальнаго признанія соотвѣтственныхъ церковныхъ организацій и правъ въ разныхъ областяхъ государственно-правовой жизни (ср. ниже).

Обычное право. Относительно обширная (по сравненію съ западными законодательствами) область официальнаго дѣйствія отводится русскимъ законодательствомъ обычному праву. Относящіяся сюда постановленія имѣютъ двоякій характеръ. Главныя изъ нихъ имѣютъ судебно-процессуальный характеръ, т. е. состоятъ въ предписаніи примѣненія обычнаго права въ извѣстныхъ категоріяхъ судовъ. Другія имѣютъ матеріально-правовой характеръ, т. е. состоятъ въ предписаніи примѣненія обычнаго права къ извѣстнымъ отношеніямъ, какъ таковымъ, независимо отъ процессовъ или, въ случаѣ процесса, отъ рода суда, въ которомъ дѣло разбирается.

Что касается постановленій перваго рода, то они, въ свою очередь, имѣютъ двоякій характеръ. Одни изъ нихъ

состоять въ предписаніи примѣненія обычнаго права въ судахъ данной категоріи лишь въ качествѣ субсидіарнаго законному, т. е. въ случаяхъ, не разрѣшенныхъ закономъ (и для примѣненія требуется ссылка одного или обоихъ тяжущихся) ¹⁾. Такія постановленія существуютъ относительно дѣлъ, разрѣшаемыхъ мировыми судьями, городскими судьями и земскими начальниками ²⁾.

Иной характеръ имѣютъ постановленія, касающіяся волостныхъ и т. н. инородческихъ судовъ. Традиціонно въ юридической литературѣ смыслъ и значеніе этихъ постановленій изображается такъ, что основаніемъ для рѣшеній этихъ судовъ является обычное право просто, вмѣсто законнаго права. И такимъ образомъ получается выводъ, что обычное право является (официальнымъ) правомъ, регулирующимъ соотвѣтственныя отношенія огромнаго большинства народонаселенія имперіи, русскаго крестьянства и большой массы иноплеменнаго народонаселенія. Но это не соотвѣтствуетъ дѣйствительности.

Что касается волостныхъ судовъ, то, какъ увидимъ ниже, по словамъ закона, они должны вообще судить «по совѣсти», т. е. по интуитивному праву, и лишь въ извѣстныхъ случаяхъ руководствоваться обычаями, и въ дѣйствительности обычное право играетъ въ этой области весьма скромную роль по сравненію съ интуитивнымъ.

Что же касается т. н. „инородческихъ судовъ“ (подлинныя названія ихъ различны) и соотвѣтственнаго официального права, то, во-первыхъ, дѣло идетъ о примѣненіи не исключительно обычнаго права, какъ таковаго, а вообще національнаго, туземнаго права подлежащихъ народовъ и племенъ, въ отличіе отъ русскаго общегосударственнаго права. Что же касается этого туземнаго права, то составъ его у различныхъ племенъ и народовъ различный, вообще весьма пестрый и разнообразный; сюда относится законное право

¹⁾ Разумѣется, въ области тѣхъ вопросовъ, относительно которыхъ имѣются матеріально-правовыя предписанія примѣненія обычнаго права, эти ограниченія не имѣютъ значенія.

²⁾ Обыкновенно въ учебникахъ на ряду съ этими судами упоминаются еще коммерческіе, но это неправильно, такъ какъ относительно торговыхъ дѣлъ имѣется, приводимое ниже въ текстѣ, матеріально-правовое постановленіе, относящееся, какъ таковое, ко всѣмъ судамъ.

разныхъ типовъ, въ частности божеское законное право разныхъ религій, право, опирающееся на изреченія разныхъ религіозно-авторитетныхъ лицъ, Магомета и др., книжное право, право, ссылающееся на разные сборники права, въ частности сакральнаго права, магометанскаго, Шаріатъ и др., обычное право, старообразное и новообразное, и проч. и проч. Выраженія въ соотвѣтственныхъ законахъ въ Сводѣ примѣняются различныя: „собственные обычаи и законы“¹⁾, „степные законы и обычаи“, „обычай и степные законы“, „степные законы“²⁾, „Самоѣдскіе законы и обычаи“³⁾, „древнія Калмыцкія постановленія“⁴⁾, „правила Буддійскаго вѣроисповѣданія“, „Шаріатскія правила“, „Шаріатъ“, законы магометанскіе⁵⁾ и т. п.; иногда на ряду съ этими выраженіями и вмѣсто нихъ говорится просто объ „обычаяхъ“, „степныхъ обычаяхъ“, „древнихъ обычаяхъ“ и т. п., но, какъ видно изъ сопоставленія съ другими статьями или положеніями тѣхъ же статей, эти выраженія, какъ и выраженія „обычаи и законы“, обнимаютъ вообще туземное право⁶⁾.

Во-вторыхъ, дѣйствіе подлежащихъ туземныхъ правъ вовсе не ограничивается только „инородческими судами“, а распространяется вообще въ соотвѣтственныхъ областяхъ и дѣлахъ и на общія, русскія, судебныя учрежденія, окруж-

¹⁾ Ср., напр., Сводъ Зак., т. II, ч. 1. Полож. объ инородцахъ, ст. 136: «Въ частныхъ дѣлахъ предоставить инородцамъ кочевымъ словесную расправу по собственнымъ ихъ обычаямъ и законамъ».

²⁾ Ср. тамъ же, ст. 86: «Главная обязанность словесной расправы состоятъ въ прекращеніи частныхъ между инородцами несогласій и въ примиреніи спорящихся на основаніи степныхъ законовъ и обычаевъ», ст. 27, ст. 32, ст. 429; т. XVI, ч. 2, Законы о судопр. гражд., ст. 758.

³⁾ Св. Зак., т. II, ч. 1. Положеніе объ инородцахъ, ст. 282, ст. 237.

⁴⁾ Св. Зак., т. XVI, ч. 2. Законы о судопр. гражд., ст. 796: «При несогласіи на примиреніе. Улусные Зарго дѣла тяжбы между Калмыками о имуществѣ разбираютъ и рѣшаютъ по древнимъ Калмыцкимъ постановленіямъ, руководствуясь при недостаткѣ ихъ законами Русскимъ».

⁵⁾ Св. Зак., т. XI, ч. 1. Уст. постр. вѣроисповѣд., ст. 1695: «Въ дѣла брачныя Калмыковъ разсматриваются по правиламъ Буддійскаго вѣроисповѣданія и окончательно рѣшаются Ламою», ст. 1504 тамъ же; т. XVI, ч. 2. Законы о судопр. гражд., ст. 762, 764 и др.; т. XI, ч. 1, ст. 1404.

⁶⁾ Ср., напр., т. II, ч. 1. Полож. объ инородцахъ, ст. 429, ст. 254, ср. ст. 237 и т. д.

ные суды, и т. д. ¹⁾, и имѣютъ официальное значеніе не только въ области суда, а и въ разныхъ областяхъ управленія и другихъ сферахъ мѣстной жизни на ряду съ русскими законами (и постольку соотвѣтственныя предписанія закона имѣютъ характеръ матеріально-правовыхъ) ²⁾.

Матеріально-правовыя предписанія, касающіяся официального дѣйствія обычнаго права, разсѣяны въ разныхъ частяхъ законодательства и имѣютъ по большей части спеціальныи и частныи характеръ. Важнѣйшія изъ нихъ (кромѣ указанныхъ только что) — слѣдующія: 1) Права и обязанности въ области торговыхъ дѣлъ и отношеній опредѣляются, въ случаяхъ недостатка соотвѣтственныхъ законовъ, „принятыми въ торговлѣ обычаями“ (Св. Зак. т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 1); 2) въ области опеки и надзора крестьяне руководствуются „мѣстными обычаями“ (т. IX, Особое прил., Общее полож. о крест., ст. 21 прим. и ст. 38); 3) „каждому (нехристіанскому) племени и народу, не выключая и язычниковъ, дозволяется вступать въ бракъ по правиламъ ихъ закона, или по принятымъ обычаямъ“ (т. X, ч. 1, ст. 90) ³⁾.

¹⁾ Ср. Св. Зак., т. XVI, ч. 2. Зак. о судопр. гражд., ст. 758 («Въ рѣшеніи исковыхъ дѣлъ окружные суды основываются на степныхъ законахъ и обычаяхъ»), ст. 762 и сл., ст. 764 («Постановленія Окружнаго Суда по Шаріату... представляются на рѣшеніе къ Главнотачальствующему гражданскою частью на Кавказѣ, который препровождаетъ подобныя дѣла, предварительно рѣшенія, на разсмотрѣніе и изложеніе своего мнѣнія муфтію»); Св. Зак., т. II, ч. 1. Полож. объ инородцахъ, ст. 429 («Исковыя дѣла инородцевъ... разбираются первоначально чрезъ посредниковъ и внутреннимъ управленіемъ инородцевъ, на основаніи ихъ обычаевъ и обрядовъ; когда тяжущіеся будутъ недовольны рѣшеніемъ, если искъ превышаетъ тридцать рублей, кочевые инородцы разбираются, по принадлежности, въ мировыхъ и общихъ судебныхъ установленіяхъ. Рѣшенія по симъ дѣламъ основываются на степныхъ законахъ и обычаяхъ инородцевъ. При недостаткѣ сихъ законовъ, прилагаются общія постановленія»); ст. 237 тамъ же: «Въ рѣшеніи исковыхъ дѣлъ судебныя установленія основываются на Самоѣдскихъ законахъ и обычаяхъ».

²⁾ Ср., напр., Св. Зак., т. II, ч. 1. Полож. объ инородцахъ, ст. 372: «Инородцы Ставропольской губерніи: Калмыки, Ногайцы и другихъ наименованій, управляются особеннымъ начальствомъ, на основаніи ихъ степныхъ обычаевъ и обрядовъ, и правилъ, изложенныхъ ниже, въ статьяхъ 387 и слѣд.»; ст. 32 тамъ же: «Степные законы приемятся присутственными мѣстами въ основаніе въ сужденіяхъ о дѣлахъ инородцевъ; недостатокъ въ степныхъ законахъ при рѣшеніи дѣлъ дополняется общими узаконеніями»; ст. 15, 27, 34, 111, 436 («Повинности простодушныи въ пользу духовенства и мурзъ... на основаніи народныхъ обычаевъ...») и т. д.

³⁾ Ср. также тамъ же ст. 1539, 452 прим., 455, 1700 прим., 2112 и др.

По поводу послѣдняго постановленія слѣдуетъ, впрочемъ, подчеркнуть, что и здѣсь дѣло идетъ вовсе не спеціально объ обычномъ и только объ обычномъ правѣ, а о всевозможнѣйшихъ видахъ и разновидностяхъ соответственнаго позитивнаго, главнымъ образомъ сакральнаго, права (куда, между прочимъ, относится и талмудическое, еврейское книжное право). Такой же смыслъ имѣетъ постановленіе ст. 61 тамъ же: „Лицамъ всѣхъ вообще христіанскихъ вѣроисповѣданій невозбранно дозволяется вступать въ Россіи между собою въ браки по правиламъ и обрядамъ ихъ церквей“. Вообще въ Россіи, уже въ виду сохраненія конфессіональнаго, сообразованнаго съ началами подлежащихъ религій, характера брака, официальное значеніе имѣютъ весьма многочисленные и разнообразныя „источники права“, не подходящіе подъ тѣ три традиціонныя рубрики, подъ которыя принято подводить все дѣйствующее въ Россіи право.

Преюдиціальное и юдиціальное право. Въ качествѣ третьяго и послѣдняго, послѣ законнаго и обычнаго права, источника русскаго права въ юридической литературѣ приводится, согласно общимъ господствующимъ ученіямъ современной науки объ источникахъ, судебная практика.

Въ поясненіе и подтвержденіе существованія и значенія по дѣйствующему русскому праву этого источника права приводятся постановленія судебныхъ уставовъ 1864 г. (ст. 10 Уст. Гр. Судопр. и ст. 13 Уст. Угол. Судопр.), предписывающія судамъ рѣшать всякое дѣло на основаніи существующихъ законовъ, не останавливая рѣшенія, подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ, и поясняется, что это требованіе можно выполнить только при свободномъ толкованіи законовъ, а это влечетъ за собою творческое значеніе судебной практики, возводитъ ее въ источникъ права. Иное положеніе дѣла было до судебной реформы, когда суды должны были примѣнять законы „по точному и буквальному смыслу оныхъ“, не допуская „обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій“, а въ случаяхъ усмотрѣнія со стороны судовъ неясности или неполноты законовъ, они должны были представлять о томъ въ высшую инстанцію, „и такъ, переходя изъ инстанціи въ инстанцію, дѣло доходило до государственнаго совѣта, гдѣ

оно разрѣшалось Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ совѣта, слѣдовательно законодательнымъ порядкомъ“ (Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, § 55). При такихъ условіяхъ „судебная практика не могла получить значенія самостоятельнаго источника права“, и этимъ объясняется неупоминаніе ея въ качествѣ такового со стороны составителей Свода законовъ (тамъ же).

Но съ этими положеніями нельзя согласиться. Они основываются на невыясненности въ современной юриспруденціи, что такое право судебной практики. И въ случаѣ свободнѣйшаго толкованія законовъ и весьма обширнаго „творчества“ въ этомъ направленіи со стороны судебной практики, о существованіи особаго вида позитивнаго права, отличнаго отъ законнаго, права судебной практики въ выясненномъ нами выше смыслѣ, не можетъ быть рѣчи, поскольку дѣло идетъ именно о толкованіи законовъ, какъ таковыхъ, о ссылкахъ для обоснованія правъ и обязанностей на (свободно или несвободно толкуемые) законы. Подлежащее право есть законное право, а не право судебной практики. Право же судебной практики имѣется лишь въ томъ случаѣ, если практика судовъ, какъ таковая, возводится въ нормативный фактъ. Оно можетъ существовать и при наличности закона о буквальномъ толкованіи законовъ, и можетъ не существовать при дѣйствіи правила о свободномъ толкованіи законовъ по ихъ смыслу.

Такимъ образомъ соображенія, исходящія изъ положеній судебныхъ уставовъ о толкованіи, не доказываютъ существованія и дѣйствія у насъ права судебной практики. И такового, въ смыслѣ возведенія „продолжительнаго, однообразнаго примѣненія извѣстной нормы права судами данной правовой области“ (ср. выше, стр. 572) въ нормативные факты въ русской правовой жизни, по крайней мѣрѣ, въ сферѣ дѣйствія общихъ судебныхъ учреждений, не замѣчается, и, повидимому, не существуетъ (мѣшаютъ его развитію, повидимому, обширность территорій, разобщенность разныхъ судовъ и дѣйствіе экспертнаго права, ср. ниже).

Напротивъ, отрицаемое господствующимъ ученіемъ право отдѣльныхъ преюдицій, въ частности право преюдицій того же суда, право, ссылающееся на прежнія рѣшенія того же

суда, какъ на нормативные факты, встрѣчается (психологически естественно) и въ русской правовой жизни и, между прочимъ, извѣстно и Своду законовъ. Такъ, въ Уставѣ судопр. торговаго имѣется постановленіе (ст. 352), которое гласитъ:

„Рѣшенія Коммерческихъ Судовъ утверждаются на законахъ; въ тѣхъ же случаяхъ, на кои нѣтъ точныхъ и ясныхъ законовъ, дозволяется принимать въ основаніе торговые обычаи и примѣры рѣшеній, въ томъ же Судѣ послѣдовавшихъ и вступившихъ окончательно въ законную ихъ силу“¹⁾.

Этотъ законъ, ставящій собственныя преюдициіи судовъ въ области торговаго судопроизводства наравнѣ съ торговыми обычаями, повидимому, неизвѣстенъ авторамъ обычныхъ разсужденій о судебной практикѣ въ до- и послѣ-реформенное время, какъ и многое другое, что слѣдовало бы принимать во вниманіе для построенія соотвѣтствующаго дѣйствительности ученія о составѣ русскаго officialнаго права.

Разумѣется, въ Россіи, какъ и въ другихъ странахъ, существуетъ и имѣетъ существенное значеніе тотъ видъ позитивнаго права, который мы назвали юдиціальнымъ правомъ. При чемъ, въ виду отсутствія въ обширныхъ областяхъ русской правовой жизни общей позитивно-правовой нормировки и замѣны его officialнымъ дѣйствіемъ интуитивнаго права (ср. ниже), юдиціальное право является во множествѣ житейскихъ вопросовъ и отношеній единственно существующимъ видомъ позитивнаго права; внѣ судебныхъ рѣшеній и до нихъ въ подлежащихъ областяхъ нѣтъ вообще никакихъ позитивно-правовыхъ рѣшеній правовыхъ вопросовъ, а имѣется только интуитивное право; и лишь судебныя рѣшенія по интуитивному праву вызываютъ къ жизни соотвѣтственное позитивное право, юдиціальное право.

Экспертное право. Чрезвычайно большую роль въ русской officialно-правовой жизни по сравненію съ правовой жизнью западныхъ государствъ играютъ разные виды того позитивнаго права, которое мы выше назвали правомъ

¹⁾ Ср. тамъ же ст. 154 («Записка должна содержать въ себѣ... основанія и законы, а въ недостаткѣ положительныхъ законовъ, принятыя въ торговлѣ обычаи и примѣры бывшихъ въ томъ же Судѣ рѣшеній въ подобныхъ случаяхъ»).

юридическихъ экспертизъ, или экспертнымъ (и преэкспертнымъ) правомъ.

Прежде всего слѣдуетъ отмѣтить существованіе въ русскомъ государственномъ строѣ своеобразнаго экспертнаго учрежденія, играющаго огромную роль, главнымъ образомъ въ области государственнаго права въ тѣсномъ смыслѣ и въ соответственной государственно-политической жизни, въ качествѣ лабораторіи производства и передѣлки официального права, и, тѣмъ не менѣе, неизвѣстнаго традиціонному учению объ источникахъ русскаго права.

Это экспертное учрежденіе опредѣляется статьею 259¹ Учрежденія Судебныхъ Установленій, которая гласитъ:

„Министру Юстиціи предоставлено право предлагать на обсужденіе Кассационныхъ Департаментовъ Правительствующаго Сената и Общихъ оныхъ Собраній, а также Общаго Собранія Перваго и Кассационныхъ Департаментовъ, о доходахъ до его свѣдѣнія вопросахъ, разрѣшаемыхъ неоднобразно въ разныхъ судебныхъ мѣстахъ, или же возбуждающихъ на практикѣ сомнѣнія. Тѣ изъ состоявшихся въ семь порядкѣ рѣшеній Кассационныхъ Департаментовъ, напечатаніе которыхъ Правительствующій Сенатъ признаетъ полезнымъ, публикуются на общемъ основаніи, но безъ указанія дѣла, по коему возникъ разрѣшенный Сенатомъ вопросъ“.

Подлежащія „рѣшенія“, называемыя въ публикѣ, прессѣ и т. д. „разъясненіями“, представляютъ, очевидно, не что иное, какъ юридическія экспертизы; а что эти экспертизы возводятся въ нормативные факты официального права и играютъ въ качествѣ таковыхъ огромную роль въ правовой и политической государственной жизни, это извѣстно всѣмъ наблюдателямъ этой жизни, и только темныя очки неудовлетворительной теоріи права и его видовъ мѣшаютъ замѣтить это явленіе специалистамъ по вопросу объ источникахъ русскаго права.

Но, затѣмъ, указанное высшее общегосударственное спеціально-экспертное учрежденіе далеко не единственный производитель правовыхъ экспертизъ, играющихъ роль нормативныхъ фактовъ въ сферѣ русскаго официального права.

Можно сказать, что развитіе института правовыхъ нормативныхъ экспертизъ доходитъ въ Россіи до такой, чрез-

вычайной и ненормальной, степени, до такой гипертрофii, что главное или долженствующее быть главнымъ и основнымъ позитивное право, законное право, отодвигается во многихъ областяхъ на задній планъ, вытѣсняется и разрушается.

Разныя „разъясненiя“, нерѣдко содержащiя произвольныя расширенiя, ограниченiя или иныя измѣненiя смысла законовъ, смотря по проводимой политической или иной тенденци, издаются многими и различными лицами и учрежденiями: министрами, генераль-губернаторами, губернаторами, попечителями учебныхъ округовъ и т. д., въ циркулярной и иныхъ формахъ; и на почвѣ ненормальной фактической зависимости гражданъ и подчиненныхъ отъ разныхъ начальствъ, а равно слабосилiя законнаго права въ психикѣ гражданъ и подчиненныхъ, недостаточнаго развитiя уваженiя къ закону, склонности приписывать большiй авторитетъ мнѣнiямъ начальства, чѣмъ закону, и т. д.,—эти разъясненiя получаютъ значенiе рѣшающихъ нормативныхъ фактовъ съ устраниемъ законнаго права.

Въ категорii права юридическихъ экспертизъ слѣдуетъ, между прочимъ, относить и право, ссылающееся, какъ на нормативные факты, на кассационныя рѣшенiя, въ частности на рѣшенiя и опредѣленiя кассационныхъ департаментовъ сената (ср. выше, стр. 593, прим.).

Что касается значенiя рѣшенiй кассационныхъ департаментовъ сената въ русской правовой жизни, то оно не ускользаетъ отъ вниманiя нашей юриспруденци и даже оживленно ею обсуждается. Но разныя теоретическiя недоразумѣнiя мѣшаютъ выясненiю дѣйствительной природы подлежащихъ явленiй и ихъ значенiя. Господствующее въ юридической литературѣ мнѣнiе по этому вопросу сводится къ слѣдующему:

„Особенное значенiе имѣетъ у насъ толкованiе кассационныхъ департаментовъ сената въ виду того, что рѣшенiя и опредѣленiя ихъ, которыми разъясняется точный смыслъ законовъ, публикуются во всеобщее свѣдѣнiе, для руководства къ единообразному истолкованiю и примѣненiю ихъ (уст. гражд. суд., ст. 815). Обязательная сила даннаго сенатомъ толкованiя распространяется только на тотъ случай, который подалъ поводъ къ кассаци и въ отношенiи того

суда, куда дѣло передано сенатомъ (уст. гражд. суд., ст. 813). Опубликованіе рѣшеній сената имѣеть важное значеніе въ томъ смыслѣ, что силою своего нравственнаго авторитета они могутъ склонять всѣ суды Имперіи къ однообразному повиманію и примѣненію законовъ и тѣмъ устранять разногласіе, столь вредное для твердости бытовыхъ отношеній. Съ этой точки зрѣнія кассационныя рѣшенія могутъ имѣть такое же значеніе источниковъ права, какъ и наука, т. е. они убѣждаютъ въ правильности своего толкованія, но обязательная сила имъ чужда. Однако, сенатъ идетъ далѣе и придаетъ своимъ рѣшеніямъ не только нравственное, но и юридическое значеніе, предполагая ихъ обязательность для судовъ на будущее время, т. е. придаетъ имъ силу закона. Исходя послѣдовательно изъ взгляда на кассационное рѣшеніе, какъ на законъ, сенатъ находитъ, что толкованіе закона, не согласное съ послѣдовавшими уже разъясненіями сената, составляетъ само по себѣ поводъ къ кассации (кас. рѣш. 1870 г., № 1598). Но видѣвъ въ нашемъ законодательствѣ не признано за сенатомъ права издавать законы, его нельзя открыть и въ ст. 815 устава гражд. судопроизводства. Наши ученые юристы съ поразительнымъ единодушіемъ отрицаютъ обязательность кассационныхъ рѣшеній“ (Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражд. права, § 5) ¹⁾.

По этому поводу, съ точки зрѣнія изложеннаго выше ученія о позитивномъ правѣ и его видахъ, слѣдуетъ сказать:

Кассационныя рѣшенія, конечно, не законы, а юридическія экспертизы, обязательныя по закону для того суда, который по данному дѣлу постановляетъ судебное рѣшеніе въ собственномъ смыслѣ („Въ разъясненіи точнаго разума закона судебныя установленія обязаны подчиняться сужденію Сената“, Уст. гражд. суд., ст. 813, Уст. уг. суд., ст. 930; выраженіе „разъясненіе точнаго разума закона“, слѣдуетъ отмѣтить, представляетъ здѣсь не точное, слишкомъ узкое, выраженіе; дѣло касается не только толкованія, а и другихъ юридическихъ манипуляцій, указанныхъ выше, въ § 14, и не только законнаго права, а и другихъ видовъ позитивнаго права). Такимъ образомъ здѣсь имѣется экспертное право для того дѣла, по поводу коего состоялась экспертиза.

¹⁾ Ср. Н. С. Таганцевъ, Русское уголовное право, т. I, гл. 2-я, § 4, 45.

Что касается, затѣмъ, значенія этихъ экспертизъ для другихъ дѣлъ, то считать ихъ здѣсь „источникомъ права“ въ томъ смыслѣ, какъ это выраженіе понимается господствующимъ ученіемъ, не различающимъ права отъ нормативныхъ фактовъ, вельзя, какъ и въ другихъ областяхъ позитивнаго права. Въ частности, если другіе суды, хотя бы подъ влияніемъ толкованій сената, такъ же толкуютъ законъ, какъ сенатъ, то, поскольку они ссылаются на законъ и только на законъ, имѣется законное и только законное право, и т. д. Но, съ другой стороны, несомнѣнный и весьма распространенный фактъ, что *нѣкоторыя* кассационныя рѣшенія (главнымъ образомъ въ области пробѣловъ законнаго права) получаютъ въ правовой жизни значеніе нормативныхъ фактовъ и для другихъ дѣлъ, подобно другимъ нормативнымъ фактамъ позитивнаго права, законамъ и т. д. На нихъ ссылаются, какъ на нормативные факты не только самъ сенатъ (для котораго, между прочимъ, эти ссылки узаконены, ср. ст. 804² Уст. гражд. суд., ст. 925¹ Уст. уг. суд. „...въ резолюціи должно быть означено... указаніе на законы и на принятія въ соображеніе кассационныя рѣшенія“), но и суды разныхъ категорій, адвокаты, прокуроры, истцы, отвѣтчики и т. д. И постольку подлежащія экспертизы являются источниками права (въ смыслѣ нормативныхъ фактовъ), и мы имѣемъ дѣло съ особымъ видомъ права юр. экспертизъ (съ преэкспертнымъ правомъ, ср. выше, стр. 593).

Договорное право, право одностороннихъ общацій, право признанія, прецедентное право и другіе упомянутые выше и сохранившіе свое общее значеніе въ правовой жизни культурныхъ народовъ виды позитивнаго права играютъ вообще соотвѣтственную роль и въ русскомъ офиціальномъ правѣ.

Книжное право и другіе виды мѣстнаго, племеннаго и спеціального права. Уже выше было упомянуто, что мѣстное бессарабское право Шестикнижія Арменопула есть не законное, а книжное право византійскаго происхожденія. Между прочимъ, разныя книжныя права византійскаго происхожденія сыграли большую роль въ исторіи общаго русскаго права. Въ концѣ X и въ XI столѣтіи произошло явленіе, аналогичное реценціи римскаго права въ западной Европѣ, — реценція византійскаго права, впрочемъ, въ зна-

чительно болѣе скромныхъ размѣрахъ; рецепція произошла, какъ и на западѣ, въ формѣ книжнаго права, или, точнѣе, въ формѣ цѣлаго ряда книжныхъ правъ, ссылающихся на разные юридическіе сборники.

Точно также уже выше мы видѣли, что разныя книжныя права имѣются теперь и пользуются официальнымъ признаніемъ въ Россіи въ качествѣ: 1) разныхъ мѣстно-племенныхъ, т. н. „инородческихъ“ правъ и 2) во всей Имперіи въ качествѣ опредѣлителей конфессіонально-брачнаго права. Къ этому слѣдуетъ добавить, что дальнѣйшую важную область дѣйствія разныхъ книжныхъ правъ представляетъ церковное право православной и разныхъ другихъ христіанскихъ церквей, а равно нѣкоторыхъ не-христіанскихъ вѣроисповѣдныхъ общественныхъ организаций. Эти три области (инородческое право, брачное право, церковное право) представляютъ вмѣстѣ съ тѣмъ главнѣйшія сферы официального дѣйствія разныхъ другихъ видовъ и разновидностей позитивнаго права, утратившихъ вообще значеніе въ правовой жизни новѣйшаго типа: старообразнаго обычнаго права, права, ссылающагося на изреченія основателей религій, пророковъ и т. д., права ссылающагося на религіозно-авторитетные образцы поведенія, права миѣній ученыхъ и ихъ школь.

II. Интуитивное право.

Какъ и въ основѣ другихъ правъ, въ основѣ русскаго права имѣются и пользуются официальнымъ признаніемъ положенія, названныя нами условно аксіомами интуитивнаго права.

Какъ и въ другихъ государствахъ, интуитивное право играетъ, затѣмъ, роль дѣйствующаго въ предѣлахъ позитивнаго шаблона индивидуализирующаго права: въ уголовномъ правѣ и другихъ видахъ карательнаго права, въ наградномъ правѣ, въ области экзаменовъ и т. д.

Въ разныхъ частяхъ русскаго законодательства встрѣчаются прямыя указанія на справедливость, „безъ лицепріятія“, добрую совѣсть, уравнительность (напр., при раскладкѣ податей и повинностей) и т. п., какъ на масштабы для рѣшенія разныхъ правовыхъ вопросовъ.

Въ качествѣ особнно важнаго и общаго закона этого рода можно привести положеніе ст. 1539 X т. 1 ч.:

„Если словесный смыслъ представляетъ важныя сомнѣ-

нія, тогда договоры должны быть изъясняемы по памѣренію ихъ и доброй совѣсти...“.

Далѣе, по ст. 1387 Устава гражд. судопр.:

„Третейскій судъ постановляетъ рѣшенія по совѣсти“¹⁾.

Но особенно важная и исключительно обширная сфера официальнаго признанія интуитивнаго права указывается въ ст. 25 Врем. правилъ о волостныхъ судахъ. Статья эта гласитъ:

„Волостной судъ рѣшаетъ дѣла по совѣсти, на основаніи имѣющихся въ дѣлѣ доказательствъ. При разрѣшеніи жалобъ и споровъ между крестьянами, въ особенности же дѣлъ о раздѣлѣ крестьянскаго наслѣдства, судъ руководствуется мѣстными обычаями“.

Законъ этотъ не содержитъ достаточно ясной и опредѣленной формулировки отношенія между интуитивнымъ правомъ и обычнымъ.

Во всякомъ случаѣ по смыслу его: 1) интуитивное право является исключительнымъ масштабомъ для судебныхъ рѣшеній во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ не о „разрѣшеніи жалобъ и споровъ между крестьянами“ (волостному суду подвѣдомственны не только крестьяне, а и разныя другія категоріи сельскихъ обывателей: мѣщане, посадскіе, ремесленники, цеховые, имѣющіе постоянное жителство въ селеніяхъ; кромѣ того, и лица, не подвѣдомственныя волостному суду, могутъ обращаться въ этотъ судъ для разбора ихъ дѣлъ съ лицами, подвѣдомственными ему, т. е. съ крестьянами, мѣщанами и т. д.); 2) интуитивное

¹⁾ Сообразно съ этимъ «Апелляція на рѣшеніе Третейскаго Суда не допускается» (1393); 1395: «Рѣшеніе Третейскаго Суда приводится въ исполненіе на общемъ основаніи». Ст. 1400: «Изложенныя въ семъ раздѣлѣ правила примѣняются и къ Третейскимъ Судамъ, устанавливаемымъ по дѣламъ торговымъ, подвѣдомственнымъ Судамъ Коммерческимъ» (а равно къ мировымъ судьямъ въ случаяхъ исполненія ими роли Третейскихъ Судей, тамъ же, ст. 1367 прим.).

По Законамъ о судопроизводствѣ гражданскомъ (т. XVI, ч. 2), дѣйствующимъ въ мѣстностяхъ, гдѣ не введены новыя судебныя уставы, ст. 669, «отъ усмотрѣнія сторонъ записать, по согласію съ посредниками, въ записи означить... по закону ли долженъ судъ рѣшить дѣло, или по совѣсти». Ср. тамъ же статьи: 671, 672, 690 («по собственному его усмотрѣнію и по внушенію совѣсти»), 701 («миѣніе... какое признаетъ онъ ближайшимъ къ справедливости»), 702 («по чистой совѣсти Судъ... опредѣлилъ то-то»), 705, 714 и сл. (объ обязательномъ, «узакононенномъ» Третейскомъ Судѣ), ст. 744 и сл. Эти же правила относятся къ т. н. «Совѣстнымъ Судамъ» стараго порядка, ср. тамъ же, ст. 744 и сл., въ особенности ст. 747.

право имѣть рѣшающее значеніе и въ области споровъ между крестьянами, поскольку для разрѣшенія ихъ не имѣется соответственныхъ положеній обычнаго права.

Значеніе второго тезиса зависитъ отъ того, имѣется ли въ подлежащихъ мѣстностяхъ въ крестьянской психикѣ соответственное обычное право и, если имѣется, насколько оно развито.

Приверженцы обычнаго права, въ томъ числѣ выдающіеся и авторитетные спеціалисты (Пахманъ, Якушкинъ, Гольмстенъ и др.), утверждаютъ существованіе и обильное развитіе этого права среди крестьянъ и даже составляютъ болѣе или менѣе обширные сборники положеній этого права.

Новъ основъ этого лежитъ недоразумѣніе, связанное съ невыясненностью природы обычнаго права въ юриспруденціи и состоящее въ принятіи разныхъ проявленій интуитивнаго права: фактическаго поведенія, рѣшеній волостныхъ судовъ, постановляемыхъ по совѣсти, безъ какихъ бы то ни было ссылокъ на нормативные факты, и т. д., за доказательство существованія подлежащаго обычнаго права ¹⁾.

Примѣнивъ надлежащій психологическій діагнозъ къ рѣшеніямъ волостныхъ судовъ, въ томъ числѣ къ рѣшеніямъ, которыя приводятся какъ матеріалъ и доказательства для установленія существованія соответственныхъ положеній „обычнаго права“, не трудно убѣдиться, что дѣло идетъ не объ обычномъ, а объ интуитивномъ правѣ ²⁾.

¹⁾ Известный спеціалистъ и знатокъ крестьянскаго права проф. С. П. Никоновъ продолжаетъ отстаивать существованіе соответственнаго обычнаго права, несмотря на извѣстность ему понятій обычнаго права и интуитивнаго права, предложенныхъ авторомъ этого сочиненія. Но достигаетъ онъ этого путемъ сознательнаго включенія въ понятіе обычнаго права, кромѣ соответственнаго позитивнаго права, и интуитивнаго права. Такъ, въ своемъ соч.: «Крестьянскій правопорядокъ и его желательное будущее», 1906 г., стр. 88 и сл., онъ приводитъ мое опредѣленіе обычнаго права, указывающее на то, что это право опирается, какъ на правоустановительные, нормативные факты, на прѣжнее соблюденіе, на поведеніе предковъ и т. д., и непосредственно дальше продолжаетъ: «Нормы эти приводятся часто въ видѣ простыхъ интуитивныхъ нормъ, по выраженію проф. Л. Г. Петражицкаго, т. е. не вывода даже своего авторитета изъ какихъ-либо вышнихъ правоустановительныхъ фактовъ (обычное соблюденіе отъ дѣда ко внуку, вѣльнѣ), а просто въ силу внутренняго убѣжденія, которое властно и авторитетно для насъ же самихъ опредѣляетъ наше поведеніе. Такъ учить понимать обычай наука». Затѣмъ авторъ продолжаетъ говорить о существованіи обычнаго крестьянскаго права, подразумѣвая подъ нимъ интуитивное право.

²⁾ При чемъ, на почвѣ отсутствія объективнаго, поддающагося

Дѣленіе права на частное и публичное.

§ 46. Господствующая классификація права. Ученія, различающія частное право отъ публичнаго по пользѣ, цѣли или защищаемымъ интересамъ и по способу защиты.

Основнымъ и высшимъ дѣленіемъ права (за отсутствіемъ предложенныхъ выше дѣленій) признается въ современной юриспруденціи дѣленіе права на частное, или гражданское, и публичное. Оно же считается базисомъ для вышшаго, основного дѣленія юридическихъ наукъ: 1) наука частнаго права, 2) наука публичнаго права (распадающаяся, сообразно подраздѣленіямъ публичнаго права, на болѣе спеціальныя науки: науку государственнаго, международнаго права и т. д., ср. ниже)¹⁾.

Съ обоими положеніями, впрочемъ, нельзя согласиться. Какъ видно изъ предыдущаго изложенія и будетъ мною подробно выяснено въ другомъ мѣстѣ, высшее дѣленіе юр. наукъ должно исходить вовсе не изъ дѣленія права на частное и публичное и вообще не изъ дѣленія права на виды и разновидности, а изъ дѣленія научныхъ тезисовъ, устанавливаемыхъ разными науками, касающимися права, относительно предметовъ ихъ изученія, по природѣ этихъ тезисовъ (соотвѣтственныхъ сужденій).

контролю, масштаба для рѣшеній и ненормальнаго устройства подлежащихъ судовъ, нерѣдко встрѣчаются злоупотребленія, подкупы и проч.

Доставленіе крестьянству элементарныхъ условій нормальной социальной жизни, надлежащаго позитивнаго права и надлежащаго суда представляетъ одну изъ не терпящихъ отлагательства обязанностей законодательныхъ факторовъ.

¹⁾ Ср., напр., Deruburg, Pandekten, I § 21. «Право распадается на частное и публичное. Это высшее дѣленіе науки права и самаго содержанія права».

Съ этой точки зрѣнія высшимъ дѣленіемъ наукъ вообще и юридическихъ наукъ въ частности является дѣленіе ихъ на теоретическія (подлежащіе тезисы являются объективнымъ констатированіемъ сущаго или бывающаго, какъ оно есть) и практическія (подлежащіе тезисы указываютъ желательное или должное поведеніе).

Теоретическіе тезисы и науки слѣдуетъ далѣе дѣлить по природѣ теоретическихъ подлежащихъ этихъ тезисовъ на классовые (теоретическое подлежащее—классовое понятіе) или теоріи въ тѣсномъ смыслѣ слова и индивидуальныя (теоретическое подлежащее: индивидуальный предметъ или индивидуальный комплексъ предметовъ или явленій, напр., земля, Россія, русскій народъ)—индивидуальныя тезисы и науки.

Послѣдніе по характеру содержанія теоретическихъ сказуемыхъ распадаются на описательныя (напр., географія, землеописательныя тезисы) и повѣствовательныя, историческіе (напр., исторія земли, Россіи и т. д.).

Практическіе тезисы и науки распадаются на нормативныя или принципиальныя (принципиальныя тезисы, нормативныя, напр., нравственныя, правовыя, эстетическіе, ср. выше § 1) и телеологическіе, цѣлевые (телеологическіе тезисы, указывающіе рациональныя средства для достиженія такихъ или иныхъ цѣлей, напр., сохраненія здоровья, гигиена, возстановленія здоровья, медицина, извѣстныхъ воспитательныхъ цѣлей, педагогика, общественныхъ, государственныхъ и т. п.—политика). Сообразно съ этимъ получается пять классовъ наукъ вообще: 1) теоретическія въ тѣсномъ смыслѣ, теоріи, 2) описательныя, 3) историческія, 4) телеологическія, цѣлевыя, 5) нормативныя, и пять классовъ наукъ о правѣ въ частности: 1) теоретическія въ тѣсномъ смыслѣ слова, теоріи, съ теоріею права вообще во главѣ, 2) описательныя, описательное правовѣдѣніе, 3) историческія, исторія права, 4) политическія, съ общою политикою права во главѣ, 5) нормативныя, куда относятся догматическія науки, юриспруденція въ тѣсномъ смыслѣ.

Философія есть сложная дисциплина, высшая теорія (теорія сущаго вообще) — высшая телеологія (телеологическая дисциплина о высшей цѣли, о смыслѣ существованія и соответственныхъ высшихъ началахъ поведенія (ср. Введеніе, § 5).

Философія права есть сложная дисциплина — высшая теорія права — высшая телеогія, высшая политика права.

Что же касается вышшаго и дальнѣйшихъ дѣленій права, то сознательная классификація, въ отличіе отъ исторически сложившейся, должна сообразоваться съ природою и задачею подлежащихъ наукъ. Что касается теоріи права, вообще классовыхъ наукъ о правѣ, то о верховной роли дѣленія права на частное и публичное во всякомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи. Это дѣленіе въ томъ видѣ, какъ оно теперь существуетъ, какъ увидимъ ниже, съ теоретической точки зрѣнія вообще несостоятельно и поконится

на недоразумѣніяхъ. Но и въ надлежащемъ, видоизмѣненномъ, видѣ оно для теоріи права не имѣетъ существеннаго и верховнаго значенія, напр., не имѣетъ такого значенія, какъ дѣленіе права на интуитивное и позитивное. Что касается догматики, излагающей содержаніе нормъ официальныхъ правъ разныхъ государствъ и международного права, то положеніе здѣсь иное. Интересующее насъ дѣленіе есть дѣленіе по содержанію нормировки и оно имѣетъ для догматики существенное значеніе, несоизмѣримо болѣе важное, чѣмъ для теоріи. Но и здѣсь слѣдуетъ оговориться: уже для выясненія своей природы и объекта изложенія официально-позитивная догматика, какъ таковая, нуждается прежде всего въ понятіяхъ и дѣленіяхъ: позитивнаго и интуитивнаго и неофициальнаго и официального права, какъ верховныхъ дѣленій права и понятіяхъ.

Воззрѣніе на дѣленіе права на частное и публичное, какъ на верховное дѣленіе и основу для верховнаго дѣленія наукъ о правѣ, объясняется: 1) невыясненностью природы права вообще и состава и природы того права (въ смыслѣ юридическаго словоупотребленія), которое составляетъ пока единственный предметъ изученія со стороны существующихъ юр. дисциплинъ, и связаннымъ съ этимъ отсутствіемъ дѣленій права на интуитивное и позитивное и на официальное и неофициальное, 2) отсутствіемъ надлежащей классификаціи наукъ вообще и юридическихъ наукъ въ частности и (исторически естественной, и социальнo цѣлесообразной, ср. выше, § 14) гипертрофіей догматики, заполняющей поле зрѣнія юриста и заставляющей упускать изъ виду разныя возможныя и желательныя науки о правѣ съ совсѣмъ инымъ характеромъ и содержаніемъ, съ иными понятіями, классификаціями и т. д.

Между тѣмъ какъ дѣленія права на интуитивное и позитивное и на официальное и неофициальное—дѣленія будущаго юриспруденціи, если они по провѣркѣ окажутся правильными и заслуживающими вниманія, дѣленіе права на частное и публичное весьма старое и даже древнее дѣленіе, существующее и играющее роль въ наукѣ права (и философіи) во всякомъ случаѣ болѣе двухъ тысячелѣтій. Оно было уже извѣстно древнимъ греческимъ и римскимъ философамъ, политикамъ и юристамъ, напр., Аристотелю, различавшему такое право, нарушеніе котораго вредитъ всему общественному союзу, какъ таковому, и такое, нарушеніе котораго причиняетъ вредъ отдѣльнымъ членамъ союза, Демосѳену и др. Особое, руководящее и рѣшающее, значеніе въ послѣдующей исторіи науки права у новыхъ европейскихъ народовъ получило опредѣленіе частнаго и публичнаго права, имѣющееся въ *Corpus iuris civilis* въ первомъ фрагментѣ первой книги Дигестъ, въ видѣ изреченія

знаменитаго римскаго юриста Ульпіана, различающаго публичное и частное право, смотря по тому, чью пользу оно имѣетъ въ виду, пользу ли государства или частныхъ лицъ (*Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*).

„Римскіе юристы упоминаютъ въ качествѣ публичнаго права только государственное право ¹⁾ съ относящимся къ нему са-кральнымъ правомъ. Новая систематика справедливо относитъ къ публичному праву также уголовное право, право уголовного и гражданскаго судопроизводства, церковное и между народное право“ (Дерябургъ, Пандекты I § 21).

Прочее право (т. е. прочіе элементы права въ юридическомъ смыслѣ) современная юриспруденція относитъ къ частному праву. Главныя составныя части и рубрики изложенія науки частнаго права суть слѣдующія:

1. Вещное право; сюда относятся право собственности и другія т. н. ограниченныя вещныя права, права на чужія вещи: права пользованія чужими вещами и залоговое право; въ связи съ вещнымъ правомъ (или спеціально въ связи съ правомъ собственности, или въ видѣ особаго отдѣла, на ряду съ вещнымъ правомъ) излагается также т. н. институтъ владѣнія или защиты владѣнія, существо котораго усматривается въ томъ, что фактическое владѣніе какою-либо вещью, въ томъ числѣ неправомѣрное владѣніе, напр., добытое кражею, грабежомъ, защищается противъ насильственнаго отнятія и иныхъ посягательствъ путемъ особыхъ, т. н. владѣльческихъ, исковъ; равнымъ образомъ, обыкновенно въ связи съ вещнымъ правомъ излагаются еще (въ системахъ новыхъ гражданскихъ правъ, не римскаго права) т. н. права на нематеріальныя блага, права авторовъ, художниковъ, изобрѣтателей на литературныя, художественныя, музыкальныя произведенія, на изобрѣтенія (называемыя нѣкоторыми правами духовной собственности) и нѣкоторыя другія сходныя права, существо которыхъ усматривается въ томъ, что интересы подлежащихъ лицъ,

¹⁾ Въ предѣлахъ котораго теперь различаютъ: государственное право въ тѣсномъ смыслѣ слова, или право государственнаго устройства, или конституціонное право, затѣмъ право государственнаго управленія, или административное право, и финансовое право.

авторовъ и т. д., охраняются путемъ запрещенія другимъ самовольно воспроизводить подлежащія произведенія путемъ печати и т. д., самовольно пользоваться изобрѣтеніями и проч.

2. Обязательственное право, регулирующее „права кредитора на имѣющія имущественную цѣнность дѣйствія со стороны должника“ (Дерябургъ, I § 22); сюда главнымъ образомъ относятся денежныя и иныя обязательства по договорамъ (купля-продажа, наемъ, заемъ и проч.) и обязанности возмѣщенія потерпѣвшимъ отъ правонарушенія причиненнаго имущественнаго вреда.

3. Семейное право, опредѣляющее взаимныя права и обязанности между мужемъ и женою и между родителями и дѣтьми; сюда же относятся право опеки, „т. е. закономъ регулированной заботы и представительства для нуждающихся въ таковыхъ лицъ“, малолѣтнихъ, душевно-больныхъ и нѣкоторыхъ другихъ.

4. Наслѣдственное право, опредѣляющее права разныхъ лицъ (названныхъ въ завѣщаніи, въ случаѣ наличности такового, или родственниковъ, супруговъ и нѣкот. др.) на имущество, оставшееся послѣ смерти кого-либо, и соотвѣтственныя обязанности (платить наслѣдственные долги и т. д.)¹⁾.

Между тѣмъ какъ распредѣленіе разныхъ вѣтвей права между рубриками: частное и публичное право установилось въ наукѣ довольно прочно и безспорно, вопросъ о томъ, въ чемъ состоитъ отличіе права частнаго отъ публичнаго или какъ опредѣлить соотвѣтственныя *понятія* (въ отличіе отъ перечисленія), представляетъ спорный и нерѣшенный вопросъ.

¹⁾ Указаннымъ въ текстѣ традиціоннымъ частямъ системы предпосылается, подъ именемъ «общей части», изложеніе тѣхъ общихъ началъ, «которыя относятся ко всемъ или почти ко всемъ» гражданскимъ правоотношеніямъ. Сюда же приурочивается и т. п. общее ученіе о правѣ, за отсутствіемъ соотвѣтственной установившейся и общепризнанной общей науки о правѣ.

Рубрики и характеристики, приведенныя выше, не означаютъ присоединенія къ подлежащимъ положеніямъ, какъ научно точнымъ и правильнымъ, и имѣютъ только въ виду доставить предварительную общую ориентировку относительно того, что съ точки зрѣнія современной науки считается публичнымъ и что частнымъ правомъ, о чемъ дальше идетъ рѣчь. Обычная форма изложенія, состоящая въ сообщеніи разныхъ теорій различія частнаго и публичнаго права безъ такой предварительной ориентировки, страдаетъ тѣмъ недостаткомъ, что не обладающіе надлежащимъ юридическимъ образованіемъ не могутъ сознательно относиться къ дальнѣйшему изложенію, не знаютъ, что отъ чего надо отличить, что съ чѣмъ сравнивается и проч

До недавняго времени, почти до конца XIX вѣка, господствовало убѣжденіе въ правильности положеній Ульпіана.

Сообразно съ этимъ, обычныя формулы опредѣленія различія частнаго и публичнаго права представляли переводы изреченія Ульпіана или парафразы, воспроизводящія ту же мысль въ нѣсколько иной словесной формѣ.

Такъ, Савиньи (и нѣкоторые другіе юристы) формулируютъ подлежащее различіе такъ, что „въ публичномъ правѣ цѣлое (государство) является цѣлью, а отдѣльный человѣкъ играетъ подчиненную роль, между тѣмъ какъ въ частномъ правѣ отдѣльный человѣкъ является самъ по себѣ цѣлью, и всякое правоотношеніе относится къ его существованію или особому положенію какъ средство“¹⁾.

Во второй половинѣ XIX вѣка, когда въ юриспруденціи (подъ вліяніемъ ученій Геринга) воцарилось въ качествѣ знамени и руководящаго и рѣшающаго лозунга понятіе „интересовъ“, когда въ частности существо или во всякомъ случаѣ цѣль права стали усматривать въ защитѣ интересовъ, различіе между частнымъ и публичнымъ правомъ стали усматривать въ различіи защищаемыхъ тѣмъ и другимъ правомъ интересовъ: частное право защищаетъ частные интересы отдѣльныхъ лицъ, публичное—интересы государства, или „цѣлаго“, или „общіе“, „общественные“ интересы и т. п.²⁾.

Противъ этого ученія нѣкоторые возражали, что общіе интересы представляютъ совокупность частныхъ интересовъ; поэтому, и о публичномъ правѣ можно сказать, что оно (защищая общіе интересы, тѣмъ самымъ) защищаетъ частные интересы; и обратно, о частномъ правѣ можно точно также сказать, что оно защищаетъ общіе интересы. Аналогично по поводу формулы „цѣли“ указывалось, что цѣлью въ правѣ всегда, въ концѣ концовъ, являются люди, какъ таковые, человѣческая личность, такъ что во всякомъ правѣ, и публичномъ и частномъ, цѣлью являются отдѣльные люди³⁾.

¹⁾ С. v. Savigny, System des heut. röm. Rechts, B. I, 1840, стр. 23.

²⁾ При этомъ въ качествѣ авторитетнаго подкрѣпленія приводится обыкновенно формула Ульпіана, указывается, что эта формула исходитъ изъ различія охраняемыхъ интересовъ и т. д., т. е. имѣется въ виду не выставленіе новой теоріи, а воспроизведеніе въ новой формѣ положеній Ульпіана.

³⁾ Между прочимъ, Коркуновъ, Лекціи, § 32, сообщивъ, что «Римляне сводили различіе частнаго и публичнаго права къ различію охра-

Для устранения упрека, исходящего изъ разложимости общихъ интересовъ на суммы частныхъ и т. д., нѣкоторые юристы модифицируютъ подлежащія формулы въ томъ направ-

няемыхъ интересовъ, различая именно интересы частные и общіе и приведя изреченіе Ульпіана, продолжаетъ:

«Это опредѣленіе находитъ себя сторонниковъ и до сихъ поръ. Брунс (Holzendorffs Encyclopädie, 3 Auf. S. 340) и Нейнеръ (Neuner, Privatrechtsverhältnisse, S. 1) высказываются за него. Но большинствомъ юристовъ уже давно это дѣленіе было признано несостоятельнымъ. И дѣйствительно, выставленное римлянами различіе представляется до такой степени неопредѣленнымъ, что рѣшительно не достигаетъ своей цѣли: разграничить и опредѣлить различныя области права. Такъ, прежде всего нельзя противопоставлять такимъ образомъ интересы общіе и частные. Съ одной стороны интересы только и существуютъ у отдѣльныхъ людей, такъ какъ только люди суть дѣйствительные реальные элементы общегитія. Общій интересъ есть не что иное, какъ та или другая совокупность частныхъ интересовъ. Въ этомъ смыслѣ можно сказать, что все право установлено ради охраны интересовъ отдѣльныхъ лицъ, т. е. частныхъ интересовъ. Съ другой стороны, правовая охрана дается только тѣмъ интересамъ отдѣльныхъ лицъ, которые имѣютъ болѣе или менѣе общее значеніе или потому, что они общи цѣлой группѣ лицъ, напримѣръ, охрана интересовъ врачей, или потому, что данный интересъ есть интересъ хотя одного отдѣльнаго лица, но занимающаго въ обществѣ такое положеніе, что его интересъ получаетъ общее значеніе, напр., интересы монарха. Въ такомъ смыслѣ, наоборотъ, можно сказать, что всякое право охраняетъ общіе интересы.

Конечно, можно различать болѣе или менѣе общіе интересы. Но, не говоря уже объ относительности и неопредѣленности такого различія, оно не соответствуетъ дѣйствительному различію частныхъ и публичныхъ отношеній. Нельзя сказать, чтобы публичное право касалось всегда болѣе общихъ, частное — менѣе общихъ интересовъ. Неисправность подрядчика арміи во время войны, могущая имѣть своимъ послѣдствіемъ голодъ арміи и въ результатъ неудачу всей кампаніи или, по крайней мѣрѣ, задержку операций, представляетъ гораздо болѣе общій интересъ, нежели выборы гласнаго въ городскую думу. Тѣмъ менѣе подрядъ есть отношеніе частно-гражданское, а отношеніе по выборамъ — публичное. Точно также организація отдѣльнаго министерства представляетъ несравненно меньшій, несравненно менѣе общій интересъ, чѣмъ опредѣленіе порядка перехода недвижимости, или законы, относящіеся къ личному найму. Но организація министерствъ относится къ публичному праву, купля-продажа недвижимости и личный наемъ — къ частному.

Неудовлетворительность римской классификаціи и главнымъ образомъ ея неопредѣленность вызвали цѣлый рядъ попытокъ исправить ее, дать ей болѣе опредѣленную формулровку, причемъ все-таки исходить, какъ изъ основанія, изъ различія понятій частнаго и общаго, но облакаютъ это различіе въ другую форму.

Между этими попытками прежде всего обращаетъ на себя вниманіе классификація, выставленная Савиньи.

Его систему, принятую и Шталемъ, можно назвать *телеологическою*. Она представляетъ модификацію римской классификаціи, но весьма существенно отличающуюся отъ той, что была выставлена Ульпіаномъ. У Ульпіана основой классификаціи являлось различіе интересовъ, смотря по тому, разграничиваются-ли въ данномъ отношеніи частные или общіе интересы. Савиньи и Шталь различаютъ юридическія отношенія *по ихъ цѣли*. «Въ публичномъ правѣ, — говоритъ Савиньи, — цѣ-

лени, что они различают непосредственные и посредственные цѣли нормъ и правоотношеній частнаго и публичнаго права и полагаютъ, что въ области публичнаго права не-

дое является цѣлью, а отдѣльный человѣкъ занимаетъ второстепенное положеніе; напротивъ, въ частномъ правѣ отдѣльный человѣкъ является цѣлью, а цѣлое (государство) — средствомъ». То же почти говорить и Шталь».

Во избѣжаніе недоразумѣній слѣдуетъ отмѣтить, что заключающіяся въ приведенномъ отрывкѣ фактическія, литературныя сообщенія не соответствуютъ дѣйствительности. По этимъ сообщеніямъ выходитъ такъ, что Брунсъ и Нейнеръ—оставшіеся представители давно признаннаго неправильнымъ и отвергнутаго другими юристами ученія, что уже Савинья признавалъ его неправильнымъ, пытался исправить и выставилъ существенно отличную теорію. Въ дѣйствительности же Брунсъ и Нейнеръ не послѣдніе и одинокіе представители давно оставленнаго господствующимъ ученіемъ мнѣнія, а, напротивъ, представители именно господствующаго ученія. Поэтому, напр., Neuner въ подлежащей монографіи подъ заглавіемъ: «Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse» 1866, т. е. въ монографіи о природѣ и видахъ частныхъ правоотношеній, выставляетъ подлежащій тезисъ на стр. 1 (со ссылкой, какъ на основаніе, на изреченіе Ульпіана), какъ безспорный и несомнѣнный, не нуждающійся въ какой-либо защитѣ или дальнѣйшемъ обоснованіи, и переходитъ затѣмъ къ другимъ вопросамъ. Подлежащее мнѣніе оставалось господствующимъ въ германской юриспруденціи и послѣ Neuner'a и Bruns'a, почти до конца вѣка (ср. хотя бы Pfaff und Hofmann, Comment. z. Oesterr. BGB. I, 118 и сл. и многочисленныя цитаты, здѣсь приведенныя).

Что же касается Савиньи, то онъ вовсе не исходилъ изъ признанія неправильности и необходимости исправленія формулы Ульпіана, а, напротивъ, изъ признанія правыльности и безспорности этой формулы. Какъ можно убѣдиться изъ соответственнаго мѣста его изложенія (стр. 22 и 23), онъ, также какъ и Neuner и многіе другіе до него и послѣ него, не имѣетъ въ виду какихъ-либо сомнѣній и возраженій, ничего не оспариваетъ и не исправляетъ, а, напротивъ, ссылается на изреченіе Ульпіана, какъ на авторитетный базисъ и опору въ источникахъ для своего положенія.

Что касается затѣмъ, мнѣнія Коркунова о различіи по существу теорій Савиньи и теорій интересовъ, то и это слѣдуетъ признать недоразумѣніемъ (страннымъ образомъ это недоразумѣніе повторяется и у нѣкоторыхъ другихъ юристовъ, выставляющихъ теорію Савиньи, какъ особую теорію, отличную отъ положеній Ульпіана и теорій интересовъ). То «весьма существенное» различіе, которое усматриваетъ Коркуновъ (и котораго совсѣмъ не усматривалъ самъ Савинья), относится къ области словесности, къ различію словъ, и много различія не видно и изъ объясненія Коркунова, придающаго слишкомъ большое значеніе словамъ. Ульпіанъ говоритъ о «spectare ad utilitatem» (имѣть въ виду пользу, и напрасно Коркуновъ приписываетъ ему свою теорію столкновенія и разграниченія интересовъ), Савинья переводитъ это словомъ «Zweck» (цѣль), а Герингъ и его послѣдователи примѣняютъ выраженіе «Interesse» (интересы). Слова во всѣхъ трехъ случаяхъ различны, всѣ они не означаютъ ясныхъ и точно опредѣленныхъ научныхъ понятій (ср. ниже), но всѣ они выражаютъ приблизительно одну и ту же мысль (о точномъ совпаденіи можетъ быть рѣчь только въ области научныхъ терминовъ и точно опредѣленныхъ понятій). Слово «интересъ» и теорія защиты интересовъ вошли въ обиходъ и сдѣлались модными въ юрис-

посредственной цѣлью является цѣлое или на первомъ мѣстѣ имѣются въ виду интересы цѣлаго (государства), въ области частнаго права благо или интересы отдѣльныхъ членовъ общественаго союза ¹⁾).

пруденціи уже послѣ Савиньи, поэтому онъ не употребляетъ, но и не отвергаетъ соотвѣтственной формулировки.

Болѣе правильный взглядъ на взаимное отношеніе формулы Ульпіана, теоріи цѣли и теоріи интересовъ и болѣе правильное сообщеніе о роли теоріи интересовъ въ новой юриспруденціи заключаются, между прочимъ, въ замѣчаніяхъ Муромцева, *Опредѣленіе и основное раздѣленіе права*, стр. 186: «Основная мысль Ульпіана состоитъ въ томъ, что противоположность публичнаго и гражданскаго права сводится къ противоположенію общаго блага и личной пользы: *sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privata*, приводитъ онъ въ концѣ своихъ опредѣленій, въ качествѣ поясненія. Мысль, выраженная Ульпіаномъ косвенно, высказывается совершенно прямо современною юриспруденціею. Почти во всѣхъ современныхъ опредѣленіяхъ публичнаго и гражданскаго права противоположность общаго блага и частнаго интереса выдвигается на первый планъ, какъ основаніе классификаціи. Юристъ разсматриваетъ въ такомъ случаѣ публичное и гражданское право какъ средство къ достиженію различныхъ цѣлей: публичное право служить общему благу, гражданское — частнымъ интересамъ».

Что же касается приводимыхъ Коркуновымъ возраженій по существу противъ различенія по интересамъ, то, оставая въ сторонѣ вопросъ о правильности положенія, будто «общій интересъ есть не что иное, какъ та или другая совокупность частныхъ интересовъ», оиять-таки во избѣжаніе фактическихъ недоразумѣній, слѣдуетъ имѣть въ виду, что сторонники подлежащаго ученія употребляютъ выраженіе общіе интересы въ смыслѣ всеобщихъ (*allgemeine*), такъ что положеніе, что «всякое право охраняетъ общіе интересы» на томъ основаніи, что дѣло идетъ объ интересахъ «общахъ цѣлой группѣ лицъ», напр., врачей, заключаетъ въ себѣ, въ качествѣ полемическаго тезиса, подстановку понятій, замѣну подлиннаго смысла оспариваемаго ученія инымъ. Тотъ же порокъ полемики имѣется и въ дальнѣйшемъ разсужденіи о болѣе общихъ и менѣе общихъ интересахъ. Что же касается подрядчика арміи и т. п., то, конечно, теорія различенія интересовъ не отрицаетъ того обстоятельства, что нормы и правоотношенія, приуроченныя для осуществленія частныхъ интересовъ, могутъ быть утилизируемы и какою для государственныхъ надобностей и получить *in concreto* соотвѣтственное значеніе. Тѣмъ болѣе неправиленъ и не затрогиваетъ оспариваемой теоріи упрекъ, состоящій въ указаніи на возможность, при особой комбинаціи обстоятельствъ, общаго бѣдствія отъ нарушенія частно-правнаго обязательства. Многое, сдѣланное несомнѣнно въ частномъ интересѣ, можетъ, при извѣстной комбинаціи обстоятельствъ, кончиться большимъ плюсомъ или минусомъ не только для государства, но даже и для человечества (напр., проданная кухаркѣ великаго писателя рыба и изготовленное для него кухаркою блюдо могутъ лишить человечество этой великой личности, соотвѣтственнаго научнаго свѣта и т. п.; но это не доказываетъ, что кухарка купила рыбу для человечества).

¹⁾ Авторитетнѣйшимъ представителемъ соотвѣтственной формулировки въ новѣйшей литературѣ является Дернбургъ, ср. его *Пандекты I*, § 21: «Привлеченная идея здѣсь слѣдующая. Если правовая норма предназначена служить прежде всего *интересамъ отдѣльныхъ лицъ*, то она относится къ *частному праву*; если же рѣшающимъ для нея является интересъ общества, то она принадлежитъ къ *публичному праву*». (Въ примѣчаніи, какъ обыкновенно, ссылка на изреченіе Ульпіана).

На ряду съ различіемъ по пользѣ, цѣли или интересамъ, или вмѣсто этого нѣкоторые ученые пытались установить еще другіе критеріи для различенія частнаго и публичнаго права.

Мы видѣли выше (§ 28), что Іерингъ, въ своемъ знаменитомъ спорѣ противъ волевой теоріи правъ и положительномъ ученіи о защитѣ интересовъ, какъ цѣли права, и о правахъ, какъ интересахъ, пользующихся правовою защитою, высказалъ положеніе, что въ области частнаго права управомоченному самому ввѣряется защита его интереса, что она происходитъ по инициативѣ самого субъекта подлежащаго интереса путемъ предъявленія гражданскаго иска, такъ что (частныя) права могутъ быть опредѣлены, какъ „самозащита интереса“. Въ прочихъ областяхъ защита нарушенныхъ интересовъ производится по инициативѣ органовъ государственной власти ¹⁾.

Такимъ образомъ, теорія частныхъ правъ Іеринга состоитъ въ комбинаціи двухъ критеріевъ, критерія частнаго интереса („субстанціальный“ или матеріальный элементъ) и критерія частной инициативы защиты или гражданскаго иска („формальный моментъ“, по его выраженію) ²⁾.

Ученіе Іеринга о защитѣ интересовъ, какъ цѣли права, о правахъ, какъ интересахъ, защищаемыхъ правомъ, о гражданскихъ правахъ, какъ защищаемыхъ путемъ гражданскаго иска интересахъ, ученіе, выставленное въ знаменитомъ „Духѣ римскаго права“ и подкрѣпленное и развитое цѣлымъ рядомъ другихъ выдающихся монографій и статей, написанныхъ въ духѣ этого ученія, оказало весьма глубокое и существенное вліяніе на дальнѣйшее развитіе юриспруденціи въ различныхъ направленіяхъ.

¹⁾ Іерингъ говоритъ о защитѣ административнымъ путемъ, ср. *Geist III § 61*; см. по этому поводу ниже.

²⁾ Исходи при построеніи своихъ юридическихъ теорій изъ петочниковъ римскаго права и имѣя въ виду главнымъ образомъ или исключительно положенія римскаго права, Іерингъ по поводу субстанціального момента предвидитъ, между прочимъ, возраженіе, состоящее въ томъ, что римскія такъ называемыя *actiones populares* имѣли въ виду защиту не частныхъ, а общихъ интересовъ. Устраняетъ онъ это возраженіе указаніемъ, что здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ проявленіемъ идеи исковой защиты общихъ интересовъ, какъ общаго принципа, а съ особымъ позитивнымъ исключеніемъ (*«die letztere Klage ist kein Princip (Idee des rechtlichen Schutzes allgemeiner Interessen), sondern sie ist beschränkt auf diejenigen Fälle, wo das positive Recht sie auf gestellt... hat»*, § 61).

Оно содѣйствовало появленію и торжеству т. н. практическаго или реалистическаго міросозерцанія и направленія правовѣдѣнія, стремящагося поставить на мѣсто общихъ понятій, идей и принциповъ практическіе интересы, ихъ проведеніе и защиту. Оно повело къ соотвѣтственной переработкѣ множества ученій и проблемъ различныхъ вѣтвей правовѣдѣнія (съ т. н. общимъ ученіемъ о правѣ во главѣ), въ особенности же ученій и проблемъ цивилистики, науки гражданскаго права; здѣсь, подъ вліяніемъ и руководствомъ Геринга, водворилось объясненіе и толкованіе въ частности въ различныхъ нормахъ и институтовъ гражданскаго права, какъ средствъ защиты интересовъ такихъ или иныхъ управомоченныхъ сторонъ, собственниковъ, кредиторовъ и т. д.; причемъ величайшее вниманіе стало посвящаться вопросамъ доказательства права въ процессѣ, его легкости или трудности, и иныхъ средствъ исковой побѣды управомоченнаго надъ другою стороною; главнымъ образомъ въ этихъ точкахъ зрѣнія и тенденціяхъ и выражалось новое, т. н. „практическое“, направленіе въ наукѣ гражданскаго права.

Что же касается спеціально вопроса о формулѣ опредѣленія гражданскаго права, о формулированіи общихъ и отличительныхъ по сравненію съ публичнымъ правомъ признаковъ его, то ученіе Геринга здѣсь оказало относительно болѣе скромное вліяніе.

Оно выразилось главнымъ образомъ въ томъ, что мысль, высказанная уже въ изреченіи Ульпіана, стала формулироваться господствующимъ мнѣніемъ съ примѣненіемъ выраженія „защита интересовъ“; такъ что получилась уже указанная выше формулировка различія между частнымъ и публичнымъ правомъ по различію защищаемыхъ интересовъ, исходящая изъ „субстанціального“ или „матеріальнаго момента“ и пазываемая иногда „матеріальной теоріей“.

Кромѣ того, нѣкоторые, относительно немногіе, ученые признали, кромѣ различія защищаемыхъ интересовъ или вмѣсто этого признака, существеннымъ отличіемъ гражданскаго права отъ публичнаго различіе въ способѣ защиты (теорія, исходящая изъ „формальнаго момента“ и называемая иногда „формальной теоріей“).

Такимъ образомъ получились три теоріи: 1) „матеріаль-

ная“ теорія—различія интересовъ, 2) „формальная“ теорія—различія способа защиты и 3) теорія, комбинирующая оба признака и могущая быть названною „материально-формальною“ или „смѣшанною“ теорією.

Къ теоріи Геринга, комбинирующей «материальный» и «формальный» моменты, присоединился А. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, стр. 131 и сл., развивъ и обосновавъ ее подробно. Его опредѣленія гражданскаго и публичнаго права гласятъ: «Частнымъ правомъ дѣлается нормативная защита (защита съ помощью вѣдѣній), предоставляемая интересамъ частныхъ лицъ противъ частныхъ лицъ, тѣмъ путемъ, что правопорядокъ даетъ защищаемому средство для устранения нарушенія, предоставляя это средство въ его распоряженіе по усмотрѣнію. Частное (исковое) притязаніе есть признакъ частнаго права» (стр. 133).—«Обосновывающими частное право или, короче, частноправными нормами мы, такимъ образомъ, называемъ такія нормы, нарушеніе которыхъ вызываетъ для потерпѣвшаго нарушеніе своего интереса, частное притязаніе (исковое). Въ противоположность этимъ нормамъ къ публичному праву относятся тѣ нормы, нарушеніе которыхъ вызываетъ публично-правовое притязаніе. Последнее имѣется во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, если какой-либо органъ государства имѣетъ право и обязанъ ко вмѣшательству *ex officio*» (стр. 134).

Для правильнаго пониманія теоріи Тона слѣдуетъ, при томъ, отмѣнить, что онъ имѣетъ въ виду опредѣленіе природы гражданскихъ правъ и отличіе ихъ отъ публичныхъ правъ, т. е. его изслѣдованіе вращается въ сферѣ т. н. права въ субъективномъ смыслѣ. Что же касается т. н. права въ объективномъ смыслѣ, нормъ права, то онъ, исходя, какъ изъ основы всѣхъ своихъ частныхъ ученій, изъ общаго положенія, что все право представляетъ «общую волю», или волю правового общенія, государства и т. д., находитъ, что происхожденіе и природа всѣхъ нормъ права одинаковы, что здѣсь не можетъ быть различій частнаго и публичнаго, а напротивъ, какъ это уже указалъ другой авторитетный ученый, Биндингъ, «всякая норма... имѣетъ публично-правовую природу, всякое нарушеніе нормы есть нарушеніе публичнаго права» (слова Биндинга изъ его соч. *Normen I*, стр. 144, Тонъ, назв. соч. стр. 108, 109).

При этомъ Тонъ, подобно многимъ другимъ юристамъ, исходитъ изъ различенія двухъ категорій нормъ права, нормъ, порождающихъ для тѣхъ или иныхъ субъектовъ права въ субъективномъ смыслѣ, и нормъ, не порождающихъ никакихъ правъ для кого бы то ни было, представляющихъ только объективное право (стр. 121 и сл.). Признавая принципиально все нормы права публично-правными, онъ называетъ только условно, для сокращенія выраженія, частно-правными тѣ нормы, которыя порождаютъ частныя права (стр. 134).

Теоріи Іеринга и Тона имѣли своеобразную судьбу въ дальнѣйшей литературѣ.

Въ подлинномъ своемъ видѣ онѣ, т. е., пропали для послѣдующаго развитія науки, въ качествѣ ученія о различіи частнаго и публичнаго права, и не имѣютъ теперь ни противниковъ, ни сторонниковъ.

Дѣло въ томъ, что подлежащее ученіе, комбинирующее два критерія: различія интересовъ и способа защиты (приписываемое обыкновенно Тону и извѣстное подъ именемъ теоріи Тона или «формальной теоріи», хотя самъ Тонъ указываетъ на Іеринга, какъ на перваго творца идеи, стр. 133 прим.), подвергается со стороны критики, и отрицательной (главнымъ образомъ въ нѣмецкой литературѣ), и сочувственной (главнымъ образомъ въ русской литературѣ), существенно ошибочному толкованію, такъ что въ дѣйствительности обещается, отвергается или принимается иная теорія, а не подлинная теорія Тона (Іеринга).

Прежде всего подлежащее ученіе понимается и излагается въ томъ смыслѣ, что оно усматриваетъ въ способѣ защиты единственный и достаточный критерій для различенія частнаго и публичнаго права (поэтому оно и называется въ русской литературѣ «формальной теоріей», ср. ниже). Между тѣмъ Тонъ прямо указываетъ, что, хотя о всѣхъ нормахъ можно сказать, что онѣ устанавливаются въ интересахъ отдѣльныхъ людей или, обратно, въ интересахъ общественнаго союза, государства, смотря по точкѣ зрѣнія (ср. выше, стр. 652), тѣмъ не менѣе «непосредственнымъ назначеніемъ нѣкоторыхъ нормъ является защита специальныхъ интересовъ отдѣльныхъ лицъ. Только нормы послѣдняго рода могутъ создавать частныя права—хотя Брунсъ слишкомъ далеко идетъ, поскольку онъ приписываетъ рѣшающее значеніе уже этому одному» (стр. 131). Соответственный критерій онъ вводитъ и въ свое опредѣленіе частнаго права (ср. выше, стр. 658).

Что касается затѣмъ существа подлежащаго (мнимаго) единственнаго критерія, то оно усматривается въ нѣмецкой литературѣ въ гражданскомъ процессѣ, какъ таковомъ, въ русской же литературѣ въ инициативѣ потерпѣвшаго, съ упущеніемъ изъ виду момента гражданскаго нека, что даетъ поводъ для разныхъ несправильныхъ возраженій¹⁾.

¹⁾ Ср., напр., Шершеневичъ, Понятіе о гражданскомъ правѣ, §§ 4, 5, Коркуновъ, Лекціи, § 33; впрочемъ, послѣдній авторъ предъ признакомъ инициативы ставитъ признакъ притязанія особаго рода со стороны потерпѣвшаго, но почему-то совсемъ другой, нежели указанный Тонюмъ, а именно его сообщеніе о «формальной теоріи» гласитъ (§ 33): «Формальная классификація, основывающаяся различіе частныхъ и публичныхъ правъ на различіи тѣхъ послѣдствій, какія влечетъ за собой нарушеніе нормы, предложена Тонюмъ. Если нарушеніе правъ влечетъ за собой установленіе для субъекта нарушеннаго права притязанія на возмѣщеніе причиненнаго ему ущерба—это частное право. Если, напротивъ, нарушеніе права влечетъ за собой только принятіе извѣстныхъ

На почвѣ указаннаго ошибочнаго пониманія теорія Тона нашла рядъ приверженцевъ въ русской цивилистической литературѣ, причѣмъ еще было упущено изъ виду, что по ученію Тона всѣ нормы права относятся къ публичному праву; и такимъ образомъ получила въ существѣ дѣла новая теорія—различенія частнаго и публичнаго права вообще по инициативѣ защиты, какъ достаточному критерию.

Напротивъ, въ германской литературѣ теорія Тона, тоже на почвѣ упомянутаго ошибочнаго пониманія, встрѣтила отрицательное отношеніе, и господствующее мнѣніе осталось на почвѣ различенія частнаго и публичнаго права по различію охраняемыхъ интересовъ.

Впрочемъ, нѣкоторые германскіе ученые, отвергнувъ съ научной точки зрѣнія теорію Тона, понимаемую въ смыслѣ указанія способа защиты, какъ единственнаго критерія, и оставшись на почвѣ критерія частныхъ и общественныхъ интересовъ, признали значеніе критерія гражданскаго процесса въ качествѣ удобнаго во многихъ случаяхъ практическаго или эмпирическаго способа распознаванія (не имѣющаго научно-принципальнаго значенія).

Такъ, Дернбургъ, *Pand. I, § 21*, выставивъ приведенный выше, стр. 655, тезисъ о различіи интересовъ, какъ принципиальномъ критеріи, продолжаетъ:

«Впрочемъ, въ этомъ различіи не заключается рѣзкаго противоположенія, потому что благо отдѣльнаго лица и благо дѣла связаны самымъ тѣснымъ образомъ. Часто бываетъ трудно опредѣлить, преобладаетъ ли въ извѣстной нормѣ первое или второе, является

мѣръ со стороны и по инициативѣ общественной власти—это право публичное. Короче: частныя права это тѣ, которыя охраняются по инициативѣ субъекта нарушеннаго права, публичныя—по инициативѣ общественной власти независимо отъ желанія потерпѣвшаго».

Разумѣется, сообщеніе о «притязаніи на возмѣщеніе ущерба» неправильно, какъ и другія сообщенія приведеннаго отрывка, и приписываетъ Тону явную несообразность: притязанія на возмѣщеніе ущерба имѣются, конечно, не только въ области гражданскаго права, а въ области гражданскаго права составляютъ лишь одну среди разныхъ другихъ категорій притязаній по поводу правонарушенія.

Это сообщеніе представляетъ личное недоразумѣніе, какъ и множество другихъ фактическихъ сообщеній, опредѣлений юридическихъ понятій и т. д. въ «Лекціяхъ», повидимому, написанныхъ поспѣшно и безъ достаточнаго ознакомленія съ дѣломъ и не представляющихъ надежнаго источника юридическихъ свѣдѣній.

Что же касается положенія, что Тонъ единственнымъ критеріемъ отлеченія частныхъ правъ отъ публичныхъ считаетъ способъ защиты (впрочемъ, не различіе инициативы, какъ таковое, а гражданскій процессъ), то оно, страннымъ образомъ, повторяется и въ сочиненіяхъ сепаратистскихъ и первоклассныхъ ученыхъ, взвѣсивающихъ и подтверждающихъ обыкновенно каждое свое научное слово, напр., у Гирке (*Gierke, Deutsches Privatrecht, I, 1895, § 4 прим. 9: «Ausschliesslich in der Verfolgbarkeit auf dem Wege des Civilprozesses erblickt Thon a. a. O. S. 131 das Wesen der Privatrechte»* и т. д.), Дернбурга (*Pand. I § 21 прим. 5, ср. ниже*) и др.

ли она, слѣдовательно, частно-правовой или публично-правовой. На самомъ дѣлѣ отношенія таковы, что одну и ту же норму можно отнести одинаково и къ публичному и къ частному праву. Для практическаго руководства необходимъ поэтому болѣе конкретный признакъ.

И вотъ гражданскій процессъ предназначенъ исключительно для охраны и проведенія гражданскихъ правъ. Отсюда можно сдѣлать эмпирической выводъ: *поскольку открытъ путь гражданского процесса, дѣло идетъ о частныхъ правахъ...* Но если самый вопросъ, можно ли извѣстное притязаніе провести *путемъ гражданского процесса*, не рѣшенъ закономъ или судебной практикой, то, въ случаѣ спора, судья остается вернуться къ принципиальной точкѣ зрѣнія и рѣшить, стоитъ ли здѣсь на первомъ планѣ интересъ отдѣльнаго лица или общества». Въ примѣчаніи къ этому тезису авторъ говоритъ: «Thon: Rechtsnorm, стр. 131, находитъ существеннымъ для гражданского права частное притязаніе, т. е. осуществимость путемъ гражданского процесса. Но нерѣдко сомнительно, открытъ ли путь гражданского процесса для даннаго притязанія. Здѣсь теорія, смѣшивающая *главный симптомъ съ существомъ* различія, оказывается несостоятельной». (Цит. по русскому переводу Ф. Рехенберга съ исправленіемъ нѣкоторыхъ неточностей).

Основаніе, по которому теорія Тона была отвергнута авторитетными германскими юристами, видно изъ приведеннаго выше замѣчанія Дерпбурга (Ср. Gierke, Deutsches Privatrecht, I § 4 прим. 9: «Исключительно въ осуществимости путемъ гражданского процесса усматриваетъ Тонъ, назв. соч. стр. 131, существо «частныхъ правъ». Но независимо отъ того, что различіе частнаго и публичнаго права нельзя относить только къ субъективному праву, предоставленіе такого или иного средства правовой защиты можетъ быть только симптомомъ извѣстной матеріальной природы права, а не создателемъ ея»).

Къ этому основанію, покоящемуся, какъ видно изъ предыдущаго, на недоразумѣніи относительно существа ученія Тона, въ русской критической литературѣ по поводу ученія Тона добавляется указаніе на то, что теорія Тона, различающая гражданское и публичное право по инициативѣ защиты, не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. «Существуютъ и преступления, которыя преслѣдуются только по жалобѣ потерпѣвшихъ. Тамъ же, гдѣ организована административная юстиція, право иска предоставляется частнымъ лицамъ и въ случаѣ нарушенія ихъ публичныхъ правъ дѣйствіями администраціи» (Коркуновъ, Лекціи, § 33, Шершеневичъ, назв. соч. § 5). Т. е. здѣсь недоразумѣніе, лежащее въ основаніи приведеннаго выше возраженія, осложняется непринятіемъ во вниманіе того, что Тонъ, какъ и Берингъ, говоритъ о правѣ гражданского иска. Къ тому же Тонъ, какъ мы видѣли, говоритъ, что «публично-правовое притязаніе имѣется во всѣхъ тѣхъ случаяхъ.

если какой-либо органъ государства имѣетъ право и обязанъ ко вмѣшательству *ex officio*», такъ что возможность вмѣшательства по жалобѣ потерпѣвшаго, административная юстиція и т. п. не опровергають его теоріи ¹⁾.

¹⁾ Коркуновъ (§ 33) еще добавляетъ слѣдующій, третій, аргументъ.

«Наконецъ, въ третьихъ—и это самое важное—право частнаго иска и воздѣйствіе общественной власти не исключаютъ другъ друга, а могутъ совмѣстно сопровождать одно и то же правонарушеніе. Напр., при кражѣ, при убійствѣ, противъ виновнаго вчиняется уголовное преслѣдованіе, но можетъ быть также вчиненъ искъ со стороны потерпѣвшихъ частныхъ лицъ—со стороны родственниковъ убитаго. Но само собою разумѣется, что если такимъ образомъ послѣдствія и того и другого рода могутъ наступать совмѣстно, различіе ихъ не можетъ быть основаніемъ различія частныхъ и публичныхъ правъ. Иначе пришлось бы допустить, что одно и то же право можетъ быть и частнымъ и публичнымъ».

Этотъ аргументъ основанъ на юридическомъ недоразумѣніи. Въ случаѣ кражи и т. п. дѣло идетъ вовсе не объ «одномъ и томъ же правѣ», а, напротивъ, слѣдуетъ различать два вида правъ и нормъ: частное право собственности и частное право потерпѣвшаго на возвращеніе вещи и на возмѣщеніе неправомѣрно причиненнаго имущественнаго вреда, съ одной стороны, публичное притязаніе государства на воздержаніе отъ кражи, публичное право наказанія виновныхъ и т. д., съ другой стороны.

Нельзя также признать правильною критику теоріи Тона, имѣющуюся у Еллинека (*Ellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte*, стр. 57, 2-е изд. стр. 61):

«Эти вопросы (объ отнесеніи извѣстныхъ явленій къ частному или публичному праву) слѣдуетъ, конечно, рѣшать не по какому-либо внѣшнимъ критеріямъ, въ частности не потому, относится ли дѣло къ компетенціи гражданскихъ судовъ или нѣтъ» (въ примѣчаніи къ этому указывается Тонъ, какъ предлагающій такой критерій). «Отнесеніе къ компетенціи гражданскихъ или административныхъ судовъ уже потому не можетъ быть критеріемъ для определенія внутренняго характера подлежащаго юридическаго вопроса, что по необходимости гражданскимъ судамъ приходится судить о публичномъ, административнымъ судамъ—о частномъ правѣ, а именно въ формѣ преюдиціальнаго рѣшенія: и вообще въ одномъ и томъ же дѣлѣ частное и публичное право могутъ быть такъ тѣсно связаны другъ съ другомъ, что процессуальное раздѣленіе обоихъ элементовъ невозможно. Къ тому же гражданскій судья рѣшаетъ самую свою процессуальную дѣятельность о публичномъ правѣ; ибо, какъ видно уже изъ предыдущаго и дальше будетъ развито подробно, всякія притязанія на правовую защиту имѣютъ публично-правовую природу. По этимъ соображеніямъ рѣшеніе можетъ исходить только изъ существа дѣла».

Между прочимъ, самъ Еллинекъ отстаиваетъ въ качествѣ «матеріальнаго» критерія признакъ различія интересовъ (см. ниже), и его замѣчаніе по адресу Тона о «внѣшнихъ критеріяхъ» и «существовѣ дѣла», по крайней мѣрѣ, очевидно, на указанномъ уже выше общераспространенномъ недоразумѣніи относительно содержанія критикуемой теоріи. Что же касается остальной критики, то изъ теоріи Тона отнюдь не вытекаетъ, чтобы въ гражданскомъ судѣ не могли, для рѣшенія вопроса о правильности *частноправныхъ требованій (petitum)* истца, разсматриваться различные вопросы публичнаго права, въ качествѣ преюдиціальнаго вопроса, вопросъ о компетенціи суда и т. п.

Между прочимъ, Шершеневичъ (назв. соч. § 4), говоря о распространеніи, которое получила формальная теорія на основаніи изложе-

§ 47. Критика опредѣлений частнаго и публичнаго права съ точки зрѣнія различія интересовъ и способа ихъ защиты.

Всѣ указанныя выше теоріи, какъ теоріи цѣли, пользы или интересовъ, какъ единственнаго критерія, такъ и теорія Тининга (и Топа), присоединяющая, въ видѣ второго критерія, способъ защиты, а равно теорія различенія по способу защиты, какъ достаточному критерію, — должны быть признаны ошибочными. Главныя и основныя недоразумѣнія по существу,

нія Топа, сообщаетъ: «Того же взгляда Roguin, La règle de droit, стр. 141, Pfersche, Methodik der Privatrechtswissenschaft, 1881, стр. 9, Сюда же, повидямому, слѣдуетъ отнести Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, стр. 50—63. Эта теорія пользуется особеннымъ успѣхомъ у русскихъ цивилистовъ» и т. д.

Но, какъ видно изъ приведеннаго, сообщеніе о Елинекѣ ошибочно (о теоріи Елишека см. ниже). Точно также Roguin вовсе не сторонникъ, а, напротивъ, противникъ теоріи Топа. Онъ находитъ въ ней два логическіе порока: 1) *petitio principii*, поскольку Топъ въ понятіе частныхъ правъ вводитъ понятіе частнаго притязанія («il a le tort de commettre, au moins dans la forme de son exposé, une pétition de principe, en définissant le droit privé celui qui engendre une prétention privée, стр. 178; упрекъ, впрочемъ, неправильный; авторъ, очевидно, имѣетъ въ виду не *petitio principii*, а другой логическій порокъ — *definitio per idem* и только применяетъ ошибочное названіе; но Топъ не заслуживаетъ этого упрека, ибо онъ, правильно или неправильно, указываетъ отличіе такъ или условно называемаго «частнаго притязанія» отъ публичнаго; 2) полагая ошибочно, что Топъ усматриваетъ различіе между частными и публичными правами исключительно въ способѣ защиты и считая это главнымъ недостаткомъ теоріи Топа («Mais l'erreur principale de Top est, à votre avis, de s'attacher exclusivement aux circonstances de la sanction, ou de la prétention», тамъ же), Roguin усматриваетъ въ этомъ смѣшеніе понятій, а именно «объекта и санкціи» нормъ («Il confond l'objet avec la sanction», тамъ же; каковой упрекъ, впрочемъ, былъ бы неправильнымъ даже въ случаѣ правильности такого толкованія теоріи Топа, ибо Топъ ясно и рѣзко различаетъ главныя нормы и санкціи, а только придаетъ значеніе, хотя и не исключительное, различію санкцій). Что же касается стр. 181, на которую ссылается Шершеневичъ, то и здѣсь Roguin, конечно, не является сторонникомъ теоріи, основанной, по его мнѣнію, на тавтологіи, *definitio per idem*, и на смѣшеніи двухъ совершенно различныхъ вещей, а высказываетъ свою собственную, существенно отличную теорію, состоящую въ томъ, что «Отношеніе публичнаго права есть такое, въ которомъ одинъ изъ субъектовъ, субъектъ права или обязанности, или оба субъекта суть государство или иная власть. Отношеніе частнаго права есть такое, въ которомъ оба субъекта суть лица или группы лицъ, лишенные официалаго характера». (Опредѣленія, подчеркнутыя въ текстѣ). Объ этой теоріи, вообще о теоріи, различающей частное право отъ публичнаго по субъектамъ правоотношенія, теоріи, въ свою очередь упоминаемой и рѣшительно и правильно отвергаемой Токомъ (стр. 109), намъ придется еще говорить ниже.

Что касается Pfersche, то онъ уже потому не можетъ быть сторонникомъ теоріи Топа, что онъ, слѣдуя возникшему и распространен-

лежащія въ основаніи этихъ теорій, будутъ выяснены ниже, въ связи съ выясненіемъ природы частнаго и публичнаго права. Здѣсь пока достаточно указать съ методологической и формально-логической точки зрѣнія слѣдующее:

А. Что касается т. н. матеріальнаго или субстанціальнаго критерія, имѣющагося въ изреченіи Ульпіана и воспринятаго новою юриспруденціей въ формѣ различенія по цѣлямъ (Савиньи) или по интересамъ, которымъ предназначено служить или которые защищаетъ частное и публичное право, то подлежащія опредѣленія частнаго и публичнаго права имѣютъ такую же природу, какъ разсмотрѣнныя нами выше, въ § 21, попытки опредѣленія природы права и нравственности и отличенія ихъ другъ отъ друга по цѣлямъ или пользѣ того и другого. Они представляютъ цѣлевые или утилитарныя опредѣленія. Въ связи съ критикою подлежащихъ ученій о природѣ права и нравственности мы выяснили основанія, почему цѣлевые или утилитарныя опредѣленія по природѣ своей не могутъ доставить искомымъ научныхъ понятій.

По тѣмъ же основаніямъ можно напередъ, даже безъ отдѣльнаго разсмотрѣнія по существу, признать несостоятельными всѣ предложенныя до сихъ поръ цѣлевые или утили-

шемуся подъ влияніемъ ученій Геринга реалистическому и практическому направленію и идя въ этомъ отношеніи дальше самого Геринга. Считаешь лишнимъ и празднымъ дѣломъ заниматься такими теоретическими вопросами, какъ вопросы о природѣ права, о значеніи принужденія для понятія права, о научномъ различеніи частнаго и публичнаго права и т. д. Что касается вопроса о природѣ права, то, по его заявленію, «для насъ достаточно, что природа рѣшительно преобладающей массы правовыхъ явленій намъ извѣстна. А именно это тѣ дѣйствія государства, которыя называются законодательствомъ» (стр. 8). Что касается вопроса о принужденіи, какъ существенномъ признакѣ права, то если «въ государственномъ правѣ найдутся случаи—они только здѣсь, повидимому, и могутъ быть найдены,—въ которыхъ кому-либо предписывается извѣстное поведеніе безъ прямого распоряженія о принудительныхъ мѣрахъ въ случаѣ иного поведенія, то наука госуд. права соответственно приметъ во вниманіе и такія предписанія. Но вопросъ, называть ли ихъ нормами права или нѣтъ, чисто терминологическій вопросъ безъ малѣйшаго значенія» (стр. 9). Наконецъ, лишнее дѣло и проведеніе точнаго различія между частнымъ и публичнымъ правомъ. «Практическій вопросъ о предѣлахъ компетенціи гражданскихъ судовъ, конечно, долженъ быть разрѣшенъ, но рѣшеніе этого вопроса можетъ быть дано не наукою и понятіемъ гражданскаго права, а только законодательствомъ» (стр. 9). Больше о различіи гражданскаго и публичнаго права на цитируемой проф. Шершеневичемъ стр. 9 его сочиненія ничего нѣтъ.

тарныя опредѣленія частнаго и публичнаго права. а равно всѣ возможныя попытки этого рода въ будущемъ.

1. Поскольку смыслъ подлежащихъ ученій состоитъ въ указаніи на разумную цѣль, на задачу, которой, по мнѣнію автора, должно служить частное право, съ одной стороны, публичное право, съ другой стороны, то подлежащія ученія и формулы представляютъ, подъ видомъ теоретическихъ понятій и ученій, практическія (правно-политическія) пожеланія и требованія. Съ теоретической точки зрѣнія отнюдь нельзя, напр., утверждать, будто всѣ нормы публичнаго права соотвѣтствуютъ задачѣ служенія общему благу, охраны общенародныхъ интересовъ и т. п. Фактически иногда, напр., подъ влияніемъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, желанія угодить кому-либо или т. п., издаются (и дѣйствуютъ) и такіе законы, что о благѣ цѣлаго, о служеніи общимъ общенароднымъ, общегосударственнымъ интересамъ не можетъ быть рѣчи. Теоретическое опредѣленіе понятія публичнаго права должно обнимать и такія явленія, неразумныя, злокачественныя, нормы, служащія частнымъ и, сверхъ того, даже низкимъ цѣлямъ и интересамъ, а не только тѣ, которыя соотвѣтствуютъ практическимъ взглядамъ автора относительно разумнаго, желательнаго, должнаго и т. п.

2. Поскольку смыслъ подлежащихъ ученій и формулъ состоитъ въ томъ, что нормы публичнаго права создаются участвующими въ созданіи ихъ для того, чтобы содѣйствовать общему благу, общей пользѣ, охранѣ общихъ интересовъ и т. д., т. е. рѣчь идетъ о цѣлевыхъ соображеніяхъ правосоздателей (ср. приведенное выше, стр. 302, изреченіе Теринга о томъ, что „каждое допущенное *in thesi* право содержитъ выраженіе признаннаго законодателемъ съ точки зрѣнія его времени достойнымъ и нуждающимся въ защитѣ интереса“), то, независимо отъ явной фактической неправильности такихъ утвержденій и отъ ошибочности ученія, будто „цѣль есть создатель права“ (Терингъ), будто все право придумывается для какой-либо цѣли, подлежащія опредѣленія не отвѣчаютъ на вопросъ о природѣ *наличнаго*: публичнаго права, частнаго права, а говорятъ о *предшествовавшихъ* явленіяхъ, цѣлевыхъ соображеніяхъ законодателей.

3. Наконецъ, поскольку смыслъ подлежащихъ ученій и

формуль состоитъ въ указаніи на соотвѣтственную фактическую пользу, на то, что (независимо отъ цѣлей законодателей и т. п.) всѣ нормы публичнаго права фактически приносятъ пользу цѣлому, содѣйствуютъ общему благу, охраняютъ общіе, общенародные интересы и т. п., то, опять-таки независимо отъ явной фактической неправильности такихъ, утилитарныхъ въ тѣсномъ смыслѣ, ученій, онѣ несостоятельны уже потому, что и онѣ обходятъ требующій разрѣшенія вопросъ—о признакахъ наличнаго: публичнаго права, частнаго права, а вмѣсто этого говорятъ о послѣдующихъ явленіяхъ, о полезныхъ результатахъ ихъ дѣйствія.

Какой изъ указанныхъ трехъ смысловъ имѣется въ виду въ подлежащихъ ученіяхъ и формулахъ, напр., въ формулѣ Ульпіана о «*spectare ad utilitatem*», въ формулѣ Савиньи о цѣломъ, какъ цѣли публичнаго права, и т. д., въ положеніяхъ Іеринга и др. о защитѣ частныхъ интересовъ, это, по большей части, неясно; или изъ сопоставленія разныхъ мѣстъ изложенія (напр., Іеринга) видно, что, на почвѣ неразличенія этихъ различныхъ смысловъ, авторы подлежащихъ ученій имѣютъ въ виду то одинъ, то другой смыслъ; и только на почвѣ этого логическаго порока, неясности подлежащихъ понятій и измѣчивости ихъ смысла, могли оставаться незамѣтными другіе существенные недостатки подлежащихъ формуль. Ибо при уясненіи и фиксированіи опредѣленнаго смысла подлежащихъ формуль, тѣмъ самымъ выясняется и дѣлается очевидною ихъ несостоятельность.

По поводу теорій защиты (различныхъ) интересовъ, Іеринга и др., слѣдуетъ еще добавить, что подлежація ученія заражены, сверхъ того, тѣми пороками, которые были указаны выше по поводу общаго ученія о правѣ, какъ средствѣ защиты интересовъ (§ 21, ср. также критику соотвѣтственнаго ученія о природѣ правъ, § 28, и Введеніе § 1 о зависимости видовыхъ понятій отъ родовыхъ и вообще высшихъ понятій и соотвѣтственной зараженности низшихъ понятій пороками высшихъ).

В. Что касается т. н. формальной теоріи или формальнаго критерія, различія частнаго и публичнаго права по послѣдствіямъ нарушеній, то дѣло идетъ о попыткахъ опредѣленія частнаго и публичнаго права по санкціямъ (т. е.

дѣло идетъ не о томъ, что фактически бываетъ, фактически бываетъ и такъ, что представители администраціи произвольно вмѣшиваются помимо суда въ частно-правныя отношенія и т. д., а о томъ, что полагается по праву). Намъ уже пришлось имѣть дѣло выше (§ 19) съ соответственными попытками опредѣлить природу права вообще, и мы выяснили основанія, почему на этой почвѣ невозможно достигнуть искомаго научнаго понятія, почему подлежащее опредѣленіе должно неизбѣжно страдать существенными логическими пороками (и, стало быть, заражать этими пороками и дальнѣйшія, нисходящія понятія, видовыя и т. д.). Въ частности мы выяснили, что логически невозможно предполагать существованіе санкцій для всѣхъ нормъ права или правъ, такъ какъ это означало бы предположеніе существованія безконечныхъ рядовъ нормъ или правъ; и фактически множество нормъ права (и соответственныхъ правъ) не имѣютъ никакихъ санкцій. Отсюда, въ свою очередь, логически неизбѣжно вытекаетъ невозможность дѣленія права на частное и публичное по различію санкцій (какъ бы ни формулировать это различіе) или соответственныхъ опредѣленій публичнаго и частнаго права. Ибо уже само дѣленіе, само утвержденіе, что всякое право снабжено или санкціею а, или санкціею б, было бы, очевидно, прыгающею теоріею, и было бы источникомъ такихъ же порочныхъ теорій въ области отдѣльныхъ видовъ неудачно раздѣленнаго рода и дальнѣйшихъ, нисходящихъ, классовъ и классовыхъ теорій. Этому соответствуетъ уже давно установившееся (безъ руководства началъ адекватности теорій) и традиціонно повторяемое въ логикѣ основное правило дѣленія, состоящее въ томъ, что „всякое дѣленіе должно производиться на основаніи различій въ какомъ-либо признакѣ, общемъ всѣмъ членамъ цѣлаго, подвергающагося дѣленію“, каковой общій признакъ называется *fundamentum divisionis*, основаніемъ дѣленія, или родовымъ признакомъ. Съ точки зрѣнія этого правила можно сказать, что всякія предложенія до сихъ поръ или могущія быть предложенными въ будущемъ дѣленія права на частное и публичное или на какіе бы то ни было иные виды по различію санкцій неизбѣжно должны страдать логическимъ порокомъ, состоящимъ въ отсутствіи основанія дѣленія. Впрочемъ, по поводу приведеннаго въ

традиціоной формулировкѣ правила объ основаніи дѣленія слѣдуетъ оговориться, что логически правильными слѣдуетъ признать и такія дѣленія, которыя исходятъ изъ наличности или отсутствія чего-либо добавочнаго къ общимъ, родовымъ, признакамъ дѣлимаго класса, напр., дѣленіе животныхъ на позвоночныя и безпозвочныя, крылатыя и безкрылыя и т. п. Ибо и въ такомъ случаѣ нѣтъ почвы для порока прыганія. Поэтому имѣется одно дѣленіе права съ точки зрѣнія санкцій, которое логически допустимо, а именно дѣленіе права на право санкціонированное и право безъ санкцій. Всѣ прочія дѣленія порочны ¹⁾.

Но, затѣмъ, если оставить въ сторонѣ обнаруженный выше основной порокъ „формальнаго“ критерія, или соответственно исправить подлежащее ученіе, т. е. раздѣлить право на санкціонированное и несанкціонированное и отнести предлагаемое дѣленіе только къ первому виду права, то путемъ провѣрки заключающейся въ формальныхъ теоріяхъ классификаціи санкцій не трудно убѣдиться, что эта классификація, въ свою очередь, логически порочна, а именно,

¹⁾ Традиціонное дѣленіе нормъ по санкціямъ на четыре категоріи: *leges perfectae* (санкція—юридическая недействительность нарушающаго норму акта, напр., договора, совершеннаго вопреки запретительной нормѣ), *leges plus quam perfectae* (недействительность \pm нныя невыгодныя послѣдствія, напр., уголовное наказаніе), *leges minus quam perfectae* (невыгодныя послѣдствія съ сохраненіемъ тѣмъ не менѣе дѣйствительности акта, напр., заключеннаго чиновникомъ безъ разрѣшенія начальства брака), *leges imperfectae* (нормы безъ санкцій)—тоже логически уродливая классификація; здѣсь, вмѣсто дѣленія на два вида: нормы безъ санкцій (*leges imperfectae*) и нормы съ санкціями (техническаго названія для нихъ не имѣется) и дѣленія, затѣмъ, нормъ съ санкціями на виды по различію санкцій, съ соблюденіемъ правилъ о наличности и единствѣ *fundamentum*, имѣется смѣшеніе въ одномъ дѣленіи различныхъ *fundamenta divisionis* и, сверхъ того, *divisio sine fundamento* (въ дѣленіи нормъ съ санкціями).

Между прочимъ, по ученію Тона, какъ и нѣкоторыхъ другихъ, нормы безъ санкцій относятся къ категоріи только объективнаго права, не порождаютъ никакихъ субъективныхъ правъ; а такъ какъ онъ всѣ нормы относитъ къ публичному праву и признаетъ только дѣленіе правъ въ субъективномъ смыслѣ на частныя и публичныя, то для его теоріи существованіе *leges imperfectae*, повидимому, безвредно (что не относится къ тѣмъ его послѣдователямъ, которые, упуская изъ виду особенности его теоріи, отнесли подлежащее дѣленіе и къ нормамъ права). Но, независимо отъ несостоятельности понятія „только объективнаго права“ и соответственнаго воззрѣнія на природу правъ въ субъективномъ смыслѣ, къ теоріи Тона можно, *mutatis mutandis*, примѣнить соображенія текста, говоря не о нормахъ и ихъ санкціяхъ, а о правахъ и ихъ санкціяхъ. Немыслимо предположеніе, что всѣ права снабжены санкціями и т. д.

въ свою очередь лишенная *fundamentum divisionis* классификація.

Въ самомъ дѣлѣ, ученіе о дѣленіи права (по направленіи: права съ санкціями) на публичное и частное право по способу защиты заключаетъ въ себѣ дѣленіе санкцій на два вида: 1) гражданскій процессъ по иниціативѣ потерпѣвшаго, 2) вмѣшательство по собственной иниціативѣ какого-либо органа государственной власти.

Но многія санкціи вообще не имѣютъ ничего общаго съ какимъ бы то ни было активнымъ вмѣшательствомъ кого-либо, такъ что и о чьей бы то ни было иниціативѣ не можетъ быть рѣчи. Какъ видно изъ изложеннаго выше (стр. 282 и сл.) по поводу теоріи, пытающейся опредѣлить право вообще съ точки зрѣнія санкцій, по поводу теоріи припущенія, многія послѣдствія нарушенія разныхъ нормъ и правъ состоятъ не въ чемъ-либо активномъ вмѣшательствѣ, вообще не въ какихъ-либо физическихъ актахъ, а въ измѣненіяхъ только въ идейной (правно-психической) области, въ приписаніи нарушителю новыхъ правовыхъ обязанностей (напр., возмѣстить убытки, возвратить вещь, уплатить условленную на случай нарушенія неустойку и проч.), въ лишеніи его (т. е. неприписываніи ему впредь) такихъ или иныхъ правъ, и т. п.; или, выражаясь общепринятою терминологіею, многія санкціи осуществляются *ipso iure*, силою самого права, безъ какихъ-либо судебныхъ или иныхъ активныхъ вмѣшательствъ, въ видѣ возникновенія, измѣненія или прекращенія правоотношеній (или правоспособности).

Такимъ образомъ всякія дѣленія санкцій или санкціонированнаго права по различію въ характерѣ вмѣшательства, „защиты“, „иниціативы“ и т. п., не только предложенныя уже, но и все мыслимыя, суть прыгающія ученія, или дѣленія безъ основанія дѣленія.

Но, далѣе, если оставить въ сторонѣ и этотъ порокъ, или произвести соотвѣтствующую, логически необходимую, корректуру ученія, раздѣливъ санкціи и санкціонированное право на двѣ категоріи, съ активнымъ вмѣшательствомъ, „защитою“ по той или иной иниціативѣ, и безъ такового, и отнести предлагаемое Терингомъ (Тономъ и др.) дѣленіе только къ первой категоріи, то путемъ провѣрки соотвѣт-

ствениаго дѣленія „защиты“ не трудно убѣдиться, что мы опять имѣемъ дѣло съ дѣленіемъ безъ основанія дѣленія.

Достаточно (вмѣсто дальнѣйшаго подробнаго разсмотрѣнія вопроса о классификаціи защиты по логическимъ ступенямъ дѣленій) принять во вниманіе слѣдующее:

Ученіе, исходящее изъ дѣленія правовой, т. е. предписываемой или допускаемой правомъ, защиты на два вида: гражданскій процессъ по инициативѣ потерпѣвшаго и вмѣшательство какого-либо органа государственной власти по долгу службы, — является совершенно непримѣнимымъ къ тѣмъ продолжительнымъ эпохамъ развитія права, когда еще вообще не было государства, стало быть и не могло быть вмѣшательства органовъ государственной власти по собственной инициативѣ или по инициативѣ потерпѣвшаго, когда не было гражданскихъ судовъ въ томъ смыслѣ (особыхъ государственныхъ учрежденій, дѣйствующихъ по особымъ, установленнымъ правомъ, правиламъ), какой имѣютъ въ виду Терингъ (Тонъ) и другіе представители „формальнаго критерія“. Мало того, даже на относительно высокихъ ступеняхъ развитія культуры, когда уже имѣется государственный строй, средства правовой защиты даже въ области такихъ правонарушеній, какъ убійство, грабежъ и т. п., не говоря уже о неплатежѣ долговъ и т. п., долгое время состоятъ вовсе не въ процессахъ въ госуд. судахъ или иныхъ дѣйствіяхъ представителей государственной власти, а въ совершенно иныхъ явленіяхъ: кровавой и иной мести, нормированной обычнымъ правомъ, поединкахъ и соотвѣтственныхъ междугрупповыхъ войнахъ, самоуправномъ, единоличномъ или въ союзѣ съ другими, добываніи причитающагося, третейскомъ разбирательствѣ со стороны уважаемыхъ лицъ, старѣйшинъ, жрецовъ и т. п. Ибо государственная защита правъ гражданъ и при наличности государства зарождается и развивается лишь медленно и постепенно.

Уже поэтому, независимо отъ изложеннаго раньше, о правильности разбираемыхъ ученій съ точки зрѣнія *теоріи* права, науки, долженствующей не сообразоваться съ послѣдними только стадіями многотысячелѣтной эволюціи права, какъ онѣ отражаются въ *Corpus iuris* и новыхъ кодексахъ, а расширять свой горизонтъ такъ, чтобы ея положенія могли имѣть всеобъемлющее значеніе, — не можетъ быть и рѣчи.

Ученіе Іеринга, юриста, имѣвшаго спеціально въ виду положенія *Corpus iuris* и сообразовавшаго свое ученіе съ изреченіями римскихъ юристовъ, какъ авторитетными и рѣшающими данными, и соответственныя ученія другихъ представителей «формальнаго критерія», исходящихъ изъ того же римскаго или современнаго права (официальнаго), имѣють характеръ не обще-теоретическихъ ученій, а лишь догматическихъ положеній съ точки зрѣнія соответственнаго права ¹⁾).

Но и въ качествѣ положеній общей позитивной догматики современнаго права предлагаемое Іерингомъ и другими дѣленіе способовъ защиты все еще оказывается прыгающимъ ученіемъ или дѣленіемъ безъ основанія, ибо въ области международнаго права нѣтъ вышшаго начальства, которое бы могло доставить правовую защиту чрезъ посредство гражданскаго суда и процесса или административнаго вмѣшательства. Здѣсь защита въ области разныхъ правонарушеній, въ томъ числѣ, напр., такихъ, какъ нежеланіе добровольно исполнить денежное обязательство, происходитъ иными путями, не тѣми, которые имѣють въ виду Іерингъ и др. (реторсія, репрессалии, мирная блокада, интервенція третьихъ державъ, война, третейское разбирательство).

Ученіе имѣеть характеръ только догмы внутренне-государственнаго официального права (новаго типа).

Разсматриваемое въ качествѣ такового, оно, въ свою очередь, не выдерживаетъ критики. Поскольку особенность гражданскаго права усматривается въ томъ, что здѣсь «самому управомоченному ввѣрена защита его интереса, что онъ относительно этой защиты не зависить отъ милости другого, а можетъ самъ взять на себя *иниціативу* защиты», такъ что гражданскія права «можно опредѣлить какъ самозащиту интереса» (Іерингъ, назв. соч. § 61), то при этомъ упускается изъ вида слѣдующее обстоятельство. Поскольку извѣстно нарушение публичнаго права, напр., государственная измѣна, поддѣлка монеты, уклоненіе отъ отбыванія воинской повинности и т. п., признается нарушеніемъ публичныхъ правъ государства, и преступленіе преслѣдуется по инициативѣ подлежащаго органа или представителя государства, то, съ юридической точки зрѣнія, инициатива защиты здѣсь тоже имѣется на сторонѣ управомоченнаго—государства, такъ же какъ и въ случаѣ нарушенія гражданскихъ правъ государства, напр., нарушенія частно-правнаго обязательства со стороны поставщика, или иного юридическаго лица или малолѣтняго (представляемаго опекуномъ) и т. д. (или и международныхъ правъ государства). «Осуществляется

¹⁾ Впрочемъ, то же относится и къ различію частнаго и публичнаго права по цѣли или интересамъ, поскольку представители этого ученія имѣють въ виду подъ именемъ «цѣлаго» и соответствующихъ «интересовъ» государство и соответственные интересы, а не, напр., интересы родовой группы, интересы всѣхъ родственниковъ въ области родового быта, и т. п.

ли эта защита («самозащита интереса») собственнолично или чрезъ представителей, къ которымъ у недѣеспособныхъ лицъ относятся и опекуны, это безразлично» (Герингъ, тамъ же). Поскольку къ признаку «самозащиты» прибавляется указаніе на гражданскій искъ, то спрашивается, а что такое гражданскій искъ, каковы особенности этого способа защиты. На этотъ вопросъ, если устранить предыдущій признакъ, какъ негодный, представители ученія о различіи способа защиты отвѣта не даютъ; и едва ли на него можно отвѣтить иначе, какъ указаніемъ, что гражданскій искъ есть искъ о правѣ гражданскомъ, т. е. необходимо прежде опредѣлить, что такое гражданское право ¹⁾).

¹⁾ Герингъ, повидному, даетъ требуемое опредѣленіе, а именно послѣ приведенныхъ выше словъ объ инициативѣ онъ продолжаетъ: «Эта инициатива состоитъ по римскому праву въ *искъ*, т. е. въ обращеніи къ гражданскому суду, обязанному къ доставленію этой защиты». Но это только кажущійся отвѣтъ, ибо спрашивается, а что такое гражданскій судья и можно ли его опредѣлить иначе, какъ: судья, разбирающій гражданскіе споры, или т. п. При томъ это отвѣтъ, покоящійся на недоразумѣніи, поскольку при этомъ предполагается, что для гражданскихъ исковъ непременно должны быть особыя судьи, особыя суды, и что (поскольку имѣется такая судебная спеціализація) эти суды разбираютъ только частно-правные споры, и, наконецъ, что всѣ частно-правные споры должны разбираться въ этихъ судахъ. Всѣ эти предположенія ошибочны. Во-первыхъ, не говоря уже о низшихъ стадіяхъ развитія судопроизводства, когда дѣленийъ судовъ на разныя категоріи по роду разбираемыхъ дѣлъ не было, и въ современномъ правѣ имѣются суды, къ компетенціи которыхъ относятся разныя, не спеціально гражданскія дѣла. Особенно судамъ, разбирающимъ болѣе мелкія дѣла, нѣрѣдко и теперь ввѣрется разная, не только гражданская, но и уголовная (или и административная) юстиція (ср. хотя бы волостной судъ, мировой судъ, судъ земскаго начальника и т. д. въ Россіи). Во-вторыхъ, и тамъ и постольку, поскольку имѣется соответственная спеціализація судовъ, отдѣльно гражданскіе, уголовные, административные суды, дисциплинарные и т. п., гражданскія притязанія, при извѣстныхъ условіяхъ, могутъ разсматриваться не въ спеціально-гражданскихъ, а въ иныхъ судахъ (напр., въ уголовныхъ въ связи съ уголовнымъ процессомъ) или вообще не въ судебныхъ учрежденіяхъ, а въ административныхъ въ тѣсномъ смыслѣ слова. Въ-третьихъ, къ компетенціи гражданскихъ судовъ могутъ относиться и нѣкоторыя не-гражданскія дѣла. Ср., напр., Dernburg, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preussens. V. I, § 17: «Для гражданскаго права характерно, что по общему правилу относящіяся къ нему споры относятся къ компетенціи обыкновенныхъ судовъ, Ger. Verf. Ges. (учрежд. судебныхъ установлений) § 13. Но это правило не безъ исключеній, ибо Ger. Verf. Ges. § 13 прямо постановляетъ, что для такихъ споровъ допустима компетенція административныхъ учреждений и административныхъ судовъ. Это имѣетъ, напр., мѣсто по прусскому праву относительно возмѣщенія убытковъ, причиненныхъ дачью. И обратно, бываетъ, что публично-правовыя притязанія подлежатъ рѣшенію въ порядкѣ гражданскаго процесса, напр., въ случаѣ требованія возврата штемпельнаго сбора по прусскому закону о штемпельной подати».

Между прочимъ, Герингъ исходитъ въ своихъ разсужденіяхъ о природѣ правъ или гражданскихъ правъ (онъ употребляетъ то первое, то второе выраженіе) изъ различенія двухъ видовъ «защиты интересовъ»:

Такимъ образомъ, отвѣтъ на вопросъ о различіи гражданскаго и публичнаго права, предлагаемый Герингомъ и другими, представляетъ только кажущійся отвѣтъ, на самомъ дѣлѣ не разрешающій вопроса, а только передвигающій его на вопросъ о природѣ гражданскаго иска. Независимо отъ этого, и въ области критики подлежащей теоріи съ точки зрѣнія не теоріи права, а догматики современнаго официальнаго права сохраняетъ силу изложенное выше о нормахъ безъ всякой санкціи и нормахъ съ санкціями, не требующими никакой «защиты».

Вообще и съ точки зрѣнія догматики официальнаго права искать различія между частнымъ и публичнымъ правомъ въ области санкцій принципиально не слѣдуетъ.

С. Что касается ученій, сочетающихъ „матеріальный“ и „формальный“ критеріи (Герингъ, Тонъ), то они содержатъ въ себѣ сочетаніе ошибокъ, указанныхъ sub A и sub B.

§ 48. Другія попытки опредѣленія частнаго и публичнаго права.

Кромѣ изложенныхъ теорій разными авторами было предложено еще нѣсколько формулъ различенія частнаго и публичнаго права:

1. Въ прежней литературѣ, приблизительно до второй половины XIX ст., было довольно распространено воззрѣніе, различавшее частное и публичное право по субъектамъ правоотношеній; публичное или государственное право опредѣляли какъ совокупность законовъ, регулирующихъ права и обязанности между монархомъ и подданными или между государствомъ и гражданами, частное, какъ

1) правовой, отождествляемой имъ съ гражданско-правовой, защиты и 2) административной защиты, ср. Geist, III § 61 прим. 465 («формы правовой и административной защиты»), тамъ же въ текстѣ къ прим. 464: («Гдѣ искъ непримѣнимъ, невозможна гражданско-правовая защита интересовъ, и защита таковыхъ составляетъ задачу администраціи»). Онъ, повидимому, упускаетъ изъ вида не только существованіе въ правѣ разныхъ видовъ «защиты», не относящихся ни къ судебной, ни къ административной, но и разные виды судебной защиты, отличной отъ гражданскаго процесса. Сообразно съ такою классификаціею «защиты интересовъ» и терминологіею («правовая защита» = защита въ формѣ гражданскаго процесса) его, поставленное въ главѣ изложенія § 61-го, опредѣленіе правъ: «Второй (кромѣ интереса) моментъ права есть правовая защита—права суть защищаемые правомъ (пользующіеся правовой защитой, «rechtlich geschützte») интересы, право есть правовая обезпеченность пользованія»—представляетъ въ существѣ дѣла только (ошибочное) опредѣленіе гражданскихъ правъ; но оно было понято и принято другими учеными, какъ общее понятіе правъ въ субъективномъ смыслѣ; это вполне естественно въ виду соотвѣтственной общности утвержденій Геринга («права суть» и т. д.) и въ виду того что выраженіе «правовая защита» по своему буквальному смыслу имѣетъ въ свою очередь болѣе общій характеръ, чѣмъ это имѣлъ въ виду Герингъ, думавшій при этомъ исключительно о гражданскихъ искахъ.

совокупность законовъ, регулирующихъ права и обязанности между подданными или между отдѣльными гражданами ¹⁾).

Впослѣдствіи эти и т. п. формулы были отвергнуты господствующимъ мнѣніемъ въ виду того, что субъектомъ частныхъ правъ, напр., собственности, правъ денежныхъ требованій по договорамъ и т. п., могутъ быть и монархъ, государство и т. д.

Своеобразную попытку возстановитъ это ученіе, какъ и разныя другія прежнія ученія (объ общемъ признаніи и т. д.), сдѣлалъ Бирлингъ, *Zur Kritik der jurist. Grundbegriffe*, II, стр. 150 и сл. Онъ конструируетъ въ предѣлахъ государства единое сложное правоотношеніе и различаетъ въ немъ два элемента: «правоотношеніе между всѣми подданными соответственному праву и цѣлымъ (государствомъ), мыслимымъ какъ нѣчто единое» и «правоотношеніе этихъ подданныхъ, отдѣльныхъ членовъ подлежащаго правового союза, между собою» (стр. 159). Первое онъ называетъ публичнымъ, второе частнымъ правомъ. Какъ и другія свои ученія, онъ конструируетъ и защищаетъ приведенныя опредѣленія съ помощью фикцій; въ частности, что касается государства, какъ субъекта частныхъ правъ, то, считая его не существующимъ, только мыслимымъ, фиктивнымъ субъектомъ, онъ считаетъ возможнымъ примѣнить еще другую фикцію и отнести государство, поскольку оно является субъектомъ частныхъ правъ, мысленно къ гражданамъ, считать его однимъ изъ членовъ цѣлага, однимъ изъ подданныхъ государства (стр. 163). Такую же комбинацію двухъ фикцій онъ примѣняетъ къ другимъ юридическимъ лицамъ, корпораціямъ и учрежденіямъ. Путемъ отнесенія государства къ числу отдѣльныхъ людей создается, по собственному признанію Бирлинга, «противорѣчіе, состоящее въ томъ, что въ предѣлахъ одной и той же системы права совокупность гражданъ обсуждается какъ одинъ субъектъ и затѣмъ тотъ же субъектъ обсуждается какъ одинъ изъ членовъ подлежащей совокупности» (стр. 163). Но это не мѣшаетъ ему считать свое ученіе научно правильнымъ. «Вѣдь каждая фикція находится въ противорѣчій съ другимъ представленіемъ, болѣе близкимъ къ истинѣ; почему же нельзя къ первой фикціи прибавить вторую, устраняющую первоначальное значеніе первой фикціи для извѣстной области права?» (стр. 164). Но, далѣе, возникаетъ вопросъ, какъ согласовать эту теорію съ противорѣчающими не только дѣйствительности, но и другъ другу фикціями съ тѣмъ обстоятельствомъ, что публичные правоотношенія имѣются не только между отдѣльными людьми и государствомъ, а и между отдѣльными людьми просто, напр., между подданными и монархомъ, чиновниками и т. п. На это Бирлингъ отвѣчаетъ: «Всякое такое правоотношеніе является не правоотношеніемъ между самими подлежащими отдѣльными лицами, а только сокращеннымъ выраженіемъ

¹⁾ Ср. Unger, *System der österreichischen allg. Privatrechts*, I. 1856, стр. I прим. I.

для двухъ правоотношеній: для отношенія между государствомъ и монархомъ или чиновникомъ, съ одной стороны, и для отношенія между государствомъ и простыми гражданами, съ другой стороны» (стр. 165).

Но если признать такіе, освященные обычаями юридической конструкціи, приемы образованія понятій и теорій правильными, то все-таки теорію приходится отвергнуть на томъ основаніи, что она х опредѣляетъ х-омъ (*definitio per idem*). Въ самомъ дѣлѣ: по этой теоріи оказывается, что государство надо считать то совокупностью всѣхъ гражданъ, то однимъ гражданиномъ, смотря по тому, имѣемъ ли мы дѣло съ частнымъ или съ публичнымъ правоотношеніемъ (х); правоотношеніе между монархомъ или какимъ-либо чиновникомъ и «простымъ» гражданиномъ надо конструировать, какъ нѣчто иное (два правоотношенія), или не надо, смотря по тому, идетъ ли дѣло о частномъ или о публичномъ правоотношеніи (х). И въ результатѣ остается вопросъ, а что же такое частное и что такое публичное правоотношеніе. Точно также явно неприемлемо и не требуетъ особой критики приведенное выше, стр. 663 прим., опредѣленіе частнаго и публичнаго права по субъектамъ, предлагаемое Рогеномъ.

2. Нѣкоторые писатели усматривали различіе между частнымъ и публичнымъ правомъ въ томъ, что въ частномъ правѣ субъектъ выступаетъ въ качествѣ отдѣльнаго человѣка или частнаго лица, въ публичномъ—въ качествѣ члена общественнаго союза (или государства). Между прочимъ, во главѣ изложенія официальныхъ мотивовъ къ проекту новаго германскаго гражданскаго уложенія (*Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. B. I. 1888, стр. 1*) поставлено слѣдующее опредѣленіе гражданскаго права: «Гражданское право можетъ быть вообще опредѣлено, какъ совокупность тѣхъ нормъ, которыя имѣютъ цѣлью регулировать принадлежащее лицамъ въ качествѣ частныхъ лицъ правовое положеніе и отношенія, въ которыхъ лица находятся другъ съ другомъ въ качествѣ частныхъ лицъ».

По поводу этого ученія достаточно отмѣтить слѣдующее: и по этой теоріи приходится государство, города, земства приравнивать къ человѣческимъ индивидамъ, отдѣльнымъ гражданамъ, или считать ихъ «частными лицами», съ упоминаніемъ слова «фигція» или безъ такового, поскольку въ конкретномъ случаѣ имѣется частно-правное правоотношеніе (*definitio per idem*).

Затѣмъ, что касается подлинныхъ «отдѣльныхъ людей», или «частныхъ лицъ», то они обладаютъ разными такими правами, которыя представители этого ученія считаютъ гражданскими правами, именно въ качествѣ «членовъ общественныхъ союзовъ», напр., семейныхъ, родовыхъ союзовъ, торговыхъ и иныхъ товариществъ, акціонерныхъ компаній и проч. Поскольку спеціально имѣются въ виду государство и другіе т. н. публично-правные общественные союзы, напр., города, земства и т. п., въ отличіе отъ частно-прав-

ныхъ, напр., торговыхъ товариществъ, то спрашивается, въ чемъ отличие союзовъ публичнаго права отъ союзовъ частнаго права, т. е. въ опредѣленіи и съ этой точки зрѣнія имѣется *definitio per idem*.

Слѣдуетъ при томъ имѣть въ виду, что частныя права, напр., права поземельной собственности, могутъ быть доступны или недоступны отдѣльнымъ людямъ, смотря по тому, состоятъ ли они членами даннаго публично-правнаго союза или вѣтъ, напр., состоятъ ли они гражданами даннаго государства, или они иностранцы. Многія гражданскія права древняго римскаго *ius civile* могли принадлежать только римскимъ гражданамъ, *cives romani* и т. п.

Послѣ надлежащихъ исправленій разсматриваемое ученіе слѣдуетъ формулировать такъ, что частныя правоотношенія суть такія правоотношенія, въ которыхъ лица выступаютъ въ качествѣ субъектовъ частныхъ правоотношеній и т. д., или, проще, частное право есть частное право, $x = x$.

3. Въ прежней цивилистической литературѣ (главнымъ образомъ русской) имѣло многихъ сторонниковъ ученіе, ограничивающее область частнаго права имущественными отношеніями, или усматривавшее различіе частнаго и публичнаго права въ томъ, что первое регулируетъ или охраняетъ имущественныя отношенія или имущественныя интересы, второе—неимущественныя.

Въ качествѣ попытки найти различіе между тѣмъ, что традиціонно наукою, гражданскими кодексами и т. д. относится къ частному праву, съ одной стороны, и тѣмъ, что принято относить къ публичному праву, съ другой стороны, это ученіе явно несостоятельно. Съ одной стороны, государственное право, въ частности та вѣтъ его, которая называется финансовымъ правомъ, съ нормировкою миллиардныхъ государственныхъ бюджетовъ, множества имущественныхъ повинностей гражданъ, податей, пошлинъ и т. д., съ ежегоднымъ законодательнымъ распредѣленіемъ добываемыхъ государствомъ имущественныхъ средствъ между разными органами управленія на удовлетвореніе множества потребностей и т. д. и т. д.,— несомнѣнно содержитъ множество нормъ, касающихся имущественныхъ отношеній. Точно также церковное право, относимое къ публичному праву, въ качествѣ элемента государственнаго права въ общемъ смыслѣ или въ качествѣ особой вѣтви права, заключаетъ въ себѣ и нормировку имущественныхъ отношеній, управленія церковными имуществами и др. Равнымъ образомъ международное право, международное обычное, договорное право и т. д., нормируетъ различныя отношенія, въ томъ числѣ имущественныя, напр., отношенія къ разнаго рода имуществамъ другихъ государствъ или ихъ подданныхъ во время мира и во время войны, торговля сношенія и проч. Съ другой стороны, то право, которое признается частнымъ правомъ, регулируетъ не только имущественныя, но и разныя неимущественныя отношенія, въ частности, напр., права власти отца, мужа по отношенію къ дѣтямъ, къ женѣ и т. д. Мало

того, соблюдая ту научную точность и осторожность, какая необходима въ области опредѣленія понятій, можно утверждать, что даже тѣ гражданскія нормы, правоотношенія, права и т. д., которыя признаются всѣми не только имущественными, охраняющими имущественные интересы, но и прототипами и образцами имущественнаго права, а именно т. н. вещныя права съ правомъ собственности во главѣ, въ существѣ дѣла неправильно такъ квалифицируются. Ибо, напр., право собственности, обязанность воздерживаться отъ посягательствъ на чужую вещь, терпѣть всяческое обращеніе съ нею со стороны собственника и т. д., совершенно не зависятъ отъ того, имѣются ли налицо какіе-либо имущественные «интересы», имѣетъ ли подлежащая вещь какую-либо имущественную цѣнность, или дѣло идетъ о клочкѣ волосъ дорогой умершей особы или засохшемъ цвѣткѣ, любовной запискѣ, или просто о никому ненужномъ и никакихъ интересовъ не затрагивающемъ хламѣ на чердакѣ (ср. выше § 28). Равнымъ образомъ ограниченныя вещныя права, права пользованія чужими вещами и права залога, а равно наследственные права могутъ относиться къ такимъ же предметамъ, или, касаясь предметовъ, имѣющихъ имущественную цѣнность, тѣмъ не менѣе, «защищать» не имущественные «интересы», а нѣчто другое, напр., здоровье, эстетическія стремленія и потребности (ср., напр., сервитуты свѣта, красиваго вида, *servitus ne luminibus officiat, serv. prospiciendi, ne prospectui officiat*, права на то, чтобы сосѣдь не умалялъ постройками или т. п. притока свѣта, красиваго вида и проч.). Вообще право, какъ мы уже указывали выше, регулируетъ не интересы, имущественные или иные, какъ таковые, а поведеніе, и это слѣдуетъ имѣть въ виду во всякомъ случаѣ въ тѣхъ областяхъ, гдѣ существенно важна научная ясность и точность, въ особенности въ области образованія научныхъ понятій.

Изъ предыдущаго въ то же время слѣдуетъ, что ученіе, исходящее изъ понятій (или представленій) защиты имущественныхъ и неимущественныхъ интересовъ, имущественной или неимущественной цѣнности правъ или ихъ объектовъ и т. п., и въ качествѣ самостоятельнаго дѣленія права на два класса, независимаго отъ обычнаго распредѣленія права между двумя рубриками: публичное и частное право, не можетъ быть научно правильнымъ дѣленіемъ. Оно было бы дѣленіемъ безъ *fundamentum divisionis*, безъ общности всему праву того, по различіямъ чего производится дѣленіе, оно бы влекло за собою блужданіе однихъ и тѣхъ же нормъ, правъ и т. д., напр., права собственности и другихъ вещныхъ правъ, изъ рубрики въ рубрику, смотря по наличности или отсутствію имущественнаго интереса, имущественной цѣнности и т. д. ¹⁾).

¹⁾ Изложенное въ текстѣ относится не только къ общему дѣленію права на два класса, но и къ дальнѣйшимъ подобнымъ дѣленіямъ въ дальнѣйшихъ частяхъ системы науки права, въ частности къ общепринятому теперь въ наукѣ гражданскаго права, въ качествѣ основ-

4. По учению Еллинека (играющего в теперешней наукѣ государственнаго права роль предводителя и всемірно признаннаго авторитета), изложенному и обоснованному въ его знаменитой мо-

ного и верховнаго, дѣленію частнаго права или частныхъ правъ (по характеру охраняемыхъ интересовъ или цѣнности правъ, денежной или иной) на два класса: имущественное и личное, имущественныя и личныя права съ соответственными дальнѣйшими подраздѣленіями. Ср., напр., Дербургъ, Пандекты I, § 22. «Классификація гражданскихъ правъ»: «Одни гражданскія права касаются имущества субъекта правъ: это—права имущественныя. Другія касаются его личнаго положенія относительно другихъ субъектовъ: это—права личныя.

1. Имущество есть совокупность имѣющихъ денежную цѣнность правъ опредѣленнаго лица...

Главное подраздѣленіе имущественныхъ правъ—на вещныя и права требованія» и т. д.

Это все логически порочныя дѣленія, дѣленія безъ fundamentum divisionis, и прыгающія ученія. Безчисленныя права собственности суть несомнѣнно права безъ денежной цѣнности или денежнаго интереса, и т. д.

Для правильной постановки дѣла цивилистики, какъ науки, необходимо принципіальный пересмотръ установившейся классификаціи. При чемъ слѣдуетъ исходить не изъ постороннихъ и несущественныхъ для наличности права обстоятельствъ, интересовъ и ихъ природы, денежной или иной цѣнности и т. п., а изъ самихъ правовыхъ явленій. а именно ихъ интеллектуальнаго состава, субъектныхъ представленій (ср. выше объ абсолютныхъ и относительныхъ правахъ) и объектныхъ (въ томъ числѣ объектныхъ дополненій, въ частности тѣхъ, которые мы условно назвали «вещными» или «предметными», ср. выше, § 32). Съ помощью подлежащихъ понятій нетрудно достигнуть правильной классификаціи частныхъ нормъ, правъ и т. д. и правильныхъ опредѣленій отдѣльныхъ родовъ, видовъ, подвидовъ ихъ и т. д. Напр., раздѣливъ частныя нормы, права и т. д. на абсолютныя (съ представленіемъ «въ и каждый» въ качествѣ субъекта обязанности) и относительныя, можно затѣмъ абсолютныя дѣлить на «предметныя», съ предметнымъ дополненіемъ, и «безпредметныя», безъ предметнаго дополненія; предметныя можно, затѣмъ, дѣлить по содержанію предметныхъ представленій; въ вещныхъ нормахъ, правахъ и т. д. предметныя представленія суть вещныя въ тѣсномъ смыслѣ слова, представленія вещей, въ наследственномъ правѣ—совокупность оставшагося послѣ смерти кого-либо и т. д.; вещныя нормы, права и т. д. слѣдуетъ, далѣе, дѣлить по содержанію акціонныхъ представленій, а именно, смотря по тому, идетъ ли дѣло объ «общихъ» терпѣніяхъ, воздержаніяхъ (ср. выше, § 11), право собственности, или специальныхъ, специальныхъ вещныхъ права (тамъ же) и т. д.

Само собою разумѣется, изложенное выше о научной невозможности классификаціи нормъ права, правъ и т. д. и опредѣленій отдѣльныхъ ихъ видовъ по имущественнымъ и неимущественнымъ интересамъ, цѣностямъ и т. п. не означаетъ недопустимости соответственныхъ *приблизительныхъ* (а potiori) характеристикъ, поясненій и т. д., напр., указаній на то, что гражданское право (т. е. то, что подъ этимъ именемъ традиціонно разумѣется и излагается) представляетъ главнымъ образомъ имущественное право, имѣетъ существенное значеніе въ области имущественныхъ отношеній, что главное и существенное значеніе права собственности и другихъ вещныхъ правъ, наследственнаго права, договорнаго и иного обязательственнаго права относится къ имущественной области и проч.

нографія о природѣ и видахъ публичныхъ правъ (G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2-е изд. 1905 г.), для отличенія публичнаго права отъ частнаго и опредѣленія природы публичныхъ и частныхъ правъ слѣдуетъ исходить изъ комбинаціи «матеріальныхъ» и «формальныхъ» признаковъ.

Онъ исходить изъ понятія права въ субъективномъ смыслѣ, какъ «признаннаго и защищаемаго правопорядкомъ господства человѣческой воли, направленнаго на извѣстное благо или интересъ» (стр. 44, ср. выше § 28), и различаетъ, по примѣру Геринга, два элемента въ субъективныхъ правахъ: «Господство воли (власть воли, Willensmacht) есть *формальный*, благо или интересъ, *матеріальный* элементъ въ субъективномъ правѣ» (стр. 45).

Что касается матеріальнаго элемента, то, по его мнѣнію, «отдѣльные интересы распадаются на такіе, которые установлены (constituirt sind) преимущественно ради индивидуальныхъ цѣлей (цѣлей отдѣльныхъ индивидовъ), и такіе, которые установлены преимущественно ради общихъ цѣлей. Признанный преимущественно ради общаго интереса индивидуальный интересъ представляетъ содержаніе публичнаго права.

Но преимущественно ради общаго интереса признается извѣстный интересъ за отдѣльнымъ лицомъ, поскольку онъ выступаетъ не въ качествѣ изолированной личности, а въ качествѣ члена общественнаго союза. Сообразно съ этимъ субъективное публичное право съ своей матеріальной стороны представляетъ такое право, которое принадлежитъ отдѣльному лицу на основаніи его положенія, какъ члена государства» (стр. 53).

Что касается формальнаго элемента правъ, господства воли, то онъ различаетъ два вида его: dürfen и können (въ переводѣ Коркунова, Лекціи, § 33 «дерзновеніе» и «возможность»). Dürfen означаетъ по-нѣмецки смѣть, имѣть право что-либо дѣлать; Еллинекъ поясняетъ, что въ этомъ случаѣ «правопорядокъ признаетъ соотвѣтственныя дѣйствія индивида дозволенными, т. е. онъ позволяетъ индивидуальной волѣ осуществлять въ извѣстныхъ направленіяхъ свою естественную свободу» (стр. 46). Это соответствуетъ установленному нами выше понятію правомочія въ тѣсномъ смыслѣ слова съ объектами fessge-pati (или, въ виду недостаточной ясности и опредѣленности понятія «dürfen», ср. ниже, приблизительно соотвѣтствуетъ). Können означаетъ по-нѣмецки мочь, быть въ состояніи; Еллинекъ поясняетъ, что «правопорядокъ можетъ также къ естественной способности индивида къ дѣйствіямъ прибавить нѣчто такое, что ему, индивиду, отъ природы не принадлежитъ. А именно, правопорядокъ можетъ предоставить ему притязаніе на то, чтобы извѣстныя его дѣйствія (напр., распоряженіе на случай смерти, договоры) были признаны юридически дѣйствительными и сообразно съ этимъ подлежащими правовой защитѣ... всѣ постановленія, которыя касаются юридической дѣйствительности, юридической силы,

юридическихъ дѣйствій и сдѣлокъ, устанавливаютъ предоставленное травопорядкомъ правовое кѡнцеп» (стр. 47).

И вотъ онъ полагаетъ, что формальное различіе между частными и публичными правами состоитъ въ томъ, что «всякое субъективное частное право содержитъ необходимо въ себѣ извѣстное *dürfen* и тѣмъ самымъ также необходимо извѣстное *können*», между тѣмъ «субъективное публичное право лица всегда имѣетъ содержаніемъ только извѣстное *können*» (стр. 51).

И относительно матеріальнаго, и относительно формальнаго критерія Еллинекъ полагаетъ, что въ отдѣльности они не всегда помогутъ съ достовѣрностью отличить гражданскія права отъ публичныхъ, такъ что необходима «комбинація матеріальнаго и формальнаго критерія» (стр. 53).

Это ученіе уже потому не можетъ быть признано правильнымъ, въ частности неизбѣжно представляетъ прыгающее ученіе или дѣленіе безъ основанія дѣленія, что оно исходитъ изъ наличности во всякомъ правѣ соотвѣтственнаго «интереса» и соотвѣтственной «власти воли» и состоитъ въ установленіи различій въ этихъ, мнимыхъ, элементахъ правъ. Права безъ интереса и права безъ «власти воли» (а равно права безъ предполагаемой имъ, какъ всегда наличной, «защиты») не подойдутъ ни подъ одну изъ его категорій.

Затѣмъ, независимо отъ этого, критеріи различія интересовъ и положенія индивида, въ качествѣ члена государства, ошибочны по основаніямъ, указаннымъ выше по поводу соотвѣтственныхъ ученій.

Что же касается специально его дѣленія содержанія правъ на *dürfen* и *können*, то множество правъ (и частныхъ и публичныхъ) не подходятъ ни подъ одну изъ этихъ категорій. Сюда относятся положительныя и отрицательныя правопритязанія въ установленномъ нами выше смыслѣ, во всякомъ случаѣ тамъ, гдѣ не замѣшаны сдѣлки или иныя юридическія дѣйствія, напр., право на то, чтобы никто не посягалъ на нашу жизнь, права дѣтей на содержаніе и иную заботу со стороны родителей и проч. Привнесеніе «юридическихъ сдѣлокъ» и другихъ «юридическихъ дѣйствій» и ихъ дѣйствительности въ само понятіе права, въ свою очередь, не можетъ быть признано правильнымъ, ибо оно является смѣшеніемъ разнородныхъ вещей. Дѣло идетъ о нѣкоторыхъ, случайно избранныхъ, юридическихъ фактахъ, условіяхъ приписыванія правъ. Если, напр., Еллинекъ полагаетъ, что постановленія о дѣйствительности завѣщаній предоставляютъ какое-то право особаго вида, то это ошибочная констрекція. Эти постановленія имѣютъ тотъ смыслъ, что въ случаѣ составленія кѣмъ либо надлежащаго завѣщанія (и наличности ряда другихъ юридическихъ фактовъ, смерти завѣщателя и т. д.), лица, названныя въ завѣщаніи, имѣютъ право на соотвѣтственную часть наслѣдства, между прочимъ, право совершенно такого же рода, какъ если бы не было завѣщанія, а зато они были бы, въ качествѣ близкихъ родственниковъ, наслѣд-

никами по закону; при томъ, въ свою очередь, право, не подходящее ни подъ одну изъ категорій Еллинека, въ частности право на воздержаніе отъ захвата причитающагося имъ со стороны кого бы то ни было.

Если, сообразно съ этимъ, удалить изъ содержанія правъ, въ качествѣ посторонней примѣси, моментъ юридическихъ сдѣлокъ и другихъ юридическихъ дѣйствій, исправить сообразно съ этимъ классификацію правъ и ихъ элементовъ и имѣть въ виду, что дѣло идетъ о различіи правоотношеній, обязанностей и правъ, по различію объектовъ обязанностей и правъ, что въ правомочіи, «*dürfen*», объектомъ обязанности является терпѣніе извѣстныхъ дѣйствій со стороны управомоченнаго, напр., приказовъ, выговоровъ и иныхъ наказаній, подачи голоса, заявленій разнаго рода, участія въ избирательномъ процессѣ и проч. и проч., и съ этимъ вооруженіемъ провѣрить составъ хотя нѣкоторыхъ, не многихъ, гражданскихъ и публичныхъ правоотношеній, то нетрудно убѣдиться, что не только теорія Еллинека о наличности «*dürfen*» во всѣхъ гражданскихъ и отуетствіи этого элемента во всѣхъ публичныхъ правахъ поразительно не соответствуетъ дѣйствительности, но и всякая иная теорія, которая бы на этой почвѣ пыталась отыскивать различія между частнымъ и публичнымъ правомъ, является совершенно безнадежной. Ибо дѣйствія, воздержанія и терпѣнія, какъ предметы обязанностей, или положительныя, отрицательныя притязанія и правомочія, какъ виды и элементы правъ, одинаково чередуются и комбинируются на каждомъ шагу, какъ въ области частнаго, такъ и въ области публичнаго права (ср. выше § 32¹⁾).

¹⁾ Между прочимъ, по ученію Еллинека, какъ и другихъ авторитетныхъ государствовѣдovъ, множество правъ, приписываемыхъ на каждомъ шагу множеству лицъ разныхъ категорій, на почвѣ примѣненія разныхъ своеобразныхъ конструкцій вмѣсто реально-психологическаго изученія, оказываются не-правами, и соответственныя нормы квалифицируются, какъ только объективное право, не предоставляющее никому никакихъ правъ. Напр., изъ списка правъ вычеркиваются разные т. н. права свободы: слова, печати, вѣроисповѣданія, собраній, союзовъ, стачекъ и проч. (ср. Eellinek, назв. соч. гл. VIII); равнымъ образомъ вычеркиваются изъ списка правъ почти все публичныя права безчисленныхъ органовъ госуд. управления въ обширномъ смыслѣ: законодательства, суда, администраціи, ихъ права совершать дѣйствія, относящіяся къ ихъ компетенціи, права власти по отношенію къ низшимъ служащимъ и гражданамъ и проч. и проч. (тамъ же гл. X); остаются только въ качествѣ возможныхъ субъективныхъ публичныхъ правъ отдѣльныхъ лицъ нѣкоторыя права индивида по отношенію къ государству (ср. тамъ же, стр. 51: «субъективное публичное право отдѣльнаго лица исчерпывается отношеніемъ индивида къ государству», и *passim*). Но если даже согласиться съ понятіемъ объективнаго права безъ субъективныхъ правъ и признать правильными тѣ конструкціи Еллинека и другихъ государствовѣдovъ, на почвѣ которыхъ изученіе и изложеніе «Системы субъективныхъ публичныхъ правъ» сводится къ систематическому теоретическому истребленію почти всѣхъ публичныхъ

5. По мнѣнію Коркунова (§ 34), всё существующія теорія «не даютъ удовлетворительнаго объясненія различія частнаго и публичнаго права. Приходится намъ самимъ подыскать объясненіе этого различія», а именно надо «искать объясненія различія частнаго и публичнаго права въ различіи общаго характера юридической формы тѣхъ и другихъ отношеній. Право, какъ мы видѣли, есть

правъ, вопреки фактамъ реальной правовой жизни, то и тѣхъ жалкихъ остатковъ, которыхъ не удастся уничтожить, достаточно, чтобы убѣдиться въ правильности сказаннаго въ текстѣ. Такъ, напр., Еллинекъ признаетъ избирательныя права гражданъ (стр. 160, и полемизируетъ по этому поводу съ другимъ наиболее авторитетнымъ, на ряду съ нимъ, корифеемъ науки государственнаго права—Лабандомъ, который и эти права вычеркиваетъ изъ списка правъ, относя подлежащія нормы къ объективному только праву). Положимъ, и онъ въ значительной степени уничтожаетъ и эти права. По его мнѣнію, избирательное право «вовсе не состоитъ, какъ это ни звучитъ парадоксально, въ правѣ избирать» (стр. 160); избиратель является въ качествѣ таковаго только органомъ образованія воли государства и не имѣетъ никакого права на совершеніе избирательнаго акта, его право на это только кажущееся (стр. 159, 160); но право на допущеніе къ выборамъ признаетъ и Еллинекъ (стр. 161); такимъ образомъ избиратель по этой конструкціи не имѣетъ права подавать избирательный голосъ (это только кажущееся право, здѣсь дѣйствуетъ само государство чрезъ избирателя), но онъ имѣетъ право явиться въ помѣщеніе, гдѣ происходятъ выборы (сюда приходятъ не государство, а самъ избиратель); но право явиться въ помѣщеніе, право на терпѣніе этого дѣйствія со стороны завѣдующихъ выборами, на препятствованіе и т. д. есть «dürfen», правомочіе. То же не трудно было бы показать относительно разныхъ другихъ правъ, признаваемыхъ, по исключенію, правами и со стороны Еллинека и другихъ государствовѣдцевъ, напр., процессуальныхъ правъ истцовъ, подсудимыхъ и т. д.

Повидимому, причину недосмотра, какъ утверждёнъ, что въ гражданскихъ правахъ всегда имѣется налично dürfen, такъ и противоположнаго утвержденія относительно публичныхъ правъ, является неясность понятія dürfen. Такъ, Еллинекъ полагаетъ: «Если гражданскій правопорядокъ регулируетъ отношенія хозяйственнаго оборота, то онъ не прибавляетъ къ возможности свободнаго движенія индивида по отношенію къ другимъ индивидамъ никакого новаго момента. Правоотношенія могли существовать уже давно, въ качествѣ житейскихъ отношеній, до регулированія ихъ правомъ. И въ томъ случаѣ, если государство создаетъ новый частно-правный институтъ, это созданіе все-таки является только дозволеніемъ, чтобы индивидуальная воля осуществлялась въ новомъ направленіи. Правопорядокъ признаетъ соответственныя дѣйствія дозволенными, т. е. онъ позволяетъ индивидуальной волѣ осуществлять въ извѣстныхъ направленіяхъ свою естественную свободу». Такимъ образомъ всё гражданскія права сводятся къ dürfen на томъ основаніи, что они въ качествѣ «житейскихъ» явленій могли существовать и до государства на почвѣ «естественной свободы». Едва ли такое разсужденіе, независимо отъ правильности или неправильности взгляда о томъ, что подлежащія правоотношенія до государственной нормировки являются только «житейскими отношеніями», было бы мыслимо при ясности и опредѣленности понятія «dürfen». Объ этой неясности свидѣтельствуетъ, между прочимъ, также противорѣчіе, состоящее въ томъ, что на слѣдующей страницѣ авторъ приписываетъ нормамъ гражданскаго права, касающимся сдѣлокъ, способность устанавливать не dürfen, а können.

вообще возможность пользоваться чѣмъ либо; эта возможность можетъ быть обезпечена лицу въ двоякой формѣ. Самая простая форма—это подѣленіе объекта пользования въ частное обладаніе по частямъ; другими словами, установленіе различія моего и твоего».

Вторая форма—«приспособленіе объекта къ совмѣстному осуществленію разграничиваемыхъ интересовъ. Нетрудно убѣдиться въ недостаточности одной первой формы разграниченія интересовъ. Существуютъ такіе объекты, которыхъ совершенно невозможно подѣлить между заинтересованными субъектами; нельзя, напр., подѣлить въ частное обладаніе части судоходной рѣки, общественной дороги, безъ того, чтобы не сдѣлать совершенно невозможнымъ пользованіе ими, какъ путями сообщенія. Другіе объекты, хотя и могутъ быть распредѣляемы, но требуютъ сверхъ того и приспособленія. Такъ, для организаціи монетнаго обращенія недостаточно подѣлить золото и серебро между отдѣльными лицами, но надо еще приспособить ихъ для этой цѣли чеканкой и охраной отъ поддѣлокъ. Итакъ, на ряду съ установленіемъ различія моего и твоего, необходимо должна существовать еще другая форма разграниченія интересовъ, которая частью замѣняетъ первую, какъ, напр., въ отношеніи къ путямъ сообщеній, частью восполняетъ ее, какъ въ отношеніи къ орудіямъ обмѣна. Эту вторую форму можно опредѣлить, какъ *приспособленіе* объекта въ противоположность его *дѣленію*, представляемому первою формою. Такъ, институтъ дорожнаго права представляетъ приспособленіе опредѣленной части территории къ общему пользованію его, какъ средствомъ сообщенія. Институтъ монетнаго права представляетъ приспособленіе металловъ къ пользованію ими, какъ орудіемъ обмѣна».

Нормы и институты второго рода составляютъ публичное право,—перваго рода—гражданское право.

Въ качествѣ рѣшающаго возраженія противъ этой теоріи дѣлается указаніе на то, что она страдаетъ неопредѣленностью центрального своего понятія, а именно понятія объекта, отсутствіемъ отвѣта на вопросъ, что слѣдуетъ разумѣть подъ объектомъ¹⁾.

Съ этимъ возраженіемъ нельзя согласиться въ виду того, что въ подлежащемъ мѣстѣ своего общаго ученія о правѣ Коркуновъ не только даетъ опредѣленіе понятія объекта (§ 30: «Объектъ права»), но и подробно разъясняетъ это понятіе путемъ указанія четырехъ видовъ объектовъ и объясненія, что онъ относитъ къ каждой изъ четырехъ категорій (ср. выше, стр. 424 и 425 прим.). По правиламъ научной терминологіи подъ именемъ «объектъ» въ § 34 слѣдуетъ разумѣть понятіе § 30-го.

¹⁾ Шершеневичъ, Курсъ гражд. пр. I § 12: «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 обходить, чѣмъ крайне затрудняется уясненіе и критика его теоріи».

Но теорія, дійствительно, съ научной точки зрѣнія неприемлема. Независимо отъ логическихъ пороковъ подлежащаго ученія, связанныхъ съ неудачнымъ понятіемъ природы права, какъ нормъ разграниченія сталкивающихся интересовъ (выше § 21), и правъ, какъ возможностей пользованія какимъ либо объектомъ (§ 28), дѣленіе «формъ» обезпеченія пользованія объектомъ на двѣ, указываемыя Коркуновымъ, страдаетъ отсутствіемъ основанія дѣленія и рядомъ другихъ пороковъ.

Вмѣсто систематической критики достаточно указать слѣдующее:

Идея теорія заимствована изъ ученія о частныхъ и публичныхъ, предназначенныхъ для публичнаго пользованія и вообще изъятыхъ изъ частно-правнаго оборота, вещахъ (*res privatae—res publicae, publico usui destinatae*, публичныя дороги, судоходныя рѣки и проч.)¹⁾ и представляетъ распространеніе подлежащихъ понятій на все право. Во всякомъ случаѣ теорія исходитъ изъ вещественныхъ представленій «подѣленія объекта пользованія въ частное обладаніе по частямъ» и «приспособленія объекта къ общему пользованію» и представляетъ (какъ и сама основная теорія разграниченія интересовъ и другія связанныя съ нею спеціальныя ученія Коркунова) смутно-метафорическое распространеніе понятій (или представленій), примѣнимыхъ только въ извѣстной спеціальной области, на все прочія области права, гдѣ о научной примѣнимости этихъ понятій не можетъ быть рѣчи; въ частности на такія, гдѣ не только о такихъ манипуляціяхъ съ объектомъ пользованія, какія указываетъ Коркуновъ, или тому подобныхъ иныхъ манипуляціяхъ, но даже о наличности объекта пользованія не можетъ быть рѣчи (ср., напр., карательное, уголовное право и т. п.)²⁾.

Но и въ той, относительно незначительной части сферы правовой нормировки, гдѣ можетъ быть рѣчь объ указываемыхъ Коркуновымъ манипуляціяхъ съ объектами³⁾, и даже (чтобы сократить критику) спеціально въ области права, касающагося т. н.

¹⁾ Ср. Баронъ, Система I § 46, Дернбургъ, Панд. I § 71 и др.

²⁾ Впрочемъ, и въ спеціальной области, изъ которой исходитъ ученіе Коркунова, въ области примѣнимости подлежащихъ понятій, это ученіе все таки оперируетъ не ясными научными понятіями, а смутными представленіями; въ частности, какъ видно изъ приведенныхъ выше тезисовъ о томъ, что «институтъ дорожнаго права представляетъ приспособленіе опредѣленной части территоріи»... и т. д., что «институтъ монетнаго права представляетъ приспособленіе металловъ» и т. д., по этому ученію оказывается, что само право представляетъ подлежащія манипуляціи съ объектами пользованія. Если бы дѣло шло объ опредѣленныхъ и ясныхъ понятіяхъ, то это было бы явною несообразностью. Но дѣло идетъ о менѣе ответственныхъ и исключающихъ такую критику представленіяхъ.

³⁾ Конечно, не въ томъ смыслѣ, чтобы само право представляло эти манипуляціи, а въ смыслѣ наличности въ интеллектуальномъ составѣ права соответственныхъ представленій.

публичныхъ и частныхъ вещей, ученіе все еще страдаетъ порокомъ прыганія или отсутствія основанія дѣленія.

Что касается публичныхъ вещей, изъятыхъ изъ частно-правнаго оборота, то слѣдуетъ имѣть въ виду, что къ таковымъ относятся не только такія, которыя предоставлены общему пользованію, какъ, напр., судоходныя рѣки, общественныя дороги, а и такія, которыя предназначены для иныхъ государственныхъ, городскихъ и т. д. надобностей, напр., тюрьмы, крѣпости, военныя гавани, изъятія изъ общаго пользованія и закрытыя для постороннихъ, и т. п. ¹⁾). Если строится тюрьма, во дворѣ ставится эшафотъ или висѣлица, то и въ случаѣ непремѣннаго желанія находить вездѣ, въ угоду теоріи интересовъ и пользованія, «пользованіе объектомъ», все таки о тюрьмѣ, висѣлицѣ и т. п. нельзя сказать, что онѣ «приспособлены къ общему пользованію» ²⁾).

Что касается частныхъ вещей, то и здѣсь соответственная формула Коркунова «подѣленіе объекта пользованія въ частное обладаніе по частямъ» примѣнима не ко всѣмъ предметамъ этого рода, а только къ нѣкоторымъ, а именно къ недвижимостямъ; ибо движимыя *res privatae*, напр., кобы, плуги, повозки, лошади, коровы, обыкновенно не подвергаются манипуляціи «подѣленія въ частное обладаніе по частямъ», а находятся въ цѣломъ и невредимомъ видѣ въ «частномъ обладаніи» ³⁾).

Страдая пороками прыганія или отсутствіемъ надлежащаго основанія дѣленія, ученіе Коркунова (опять таки въ наиболѣе подходящей для него области права, касающагося частныхъ и пуб-

¹⁾ Ср., напр., Дернбургъ, Панд. I § 71.

²⁾ То обстоятельство, что къ публичнымъ вещамъ относятся не только вещи, предназначенныя для общаго пользованія, нѣкоторыми упускается изъ виду; въ частности этотъ недосмотръ имѣется въ ученіи Геринга о частныхъ и публичныхъ вещахъ и о «индивидуальномъ правѣ» и «общественномъ правѣ», какъ правѣ, чуждомъ момента исключительной принадлежности отдѣльнымъ лицамъ, и «покоящагося на неподѣленности и недѣлимой общности пользованія» (*Geist*, III § 61); соответственное, ошибочное, ученіе Геринга (критика его, какъ такового, потребовала бы здѣсь слишкомъ много мѣста и для нашего изложенія не необходима) и послужило, повидимому, источникомъ соответственно ошибочнаго ученія Коркунова.

³⁾ Характеристика, предлагаемая Герингомъ для конструируемаго имъ «общественнаго права» и состоящая въ томъ, что оно «покоится на неподѣленности и недѣлимой общности пользованія» (ср. выше, предъид. прим.), тоже не вполне удачна; но онъ не имѣетъ въ виду этимъ сказать, что въ области «индивидуальнаго» права происходитъ «подѣленіе объекта пользованія въ частное обладаніе по частямъ» или т. п.

Что касается указанія въ опредѣленіи Коркунова на «частное обладаніе», то дѣло идетъ или о *definitio per idem*, если «частное» употреблено вмѣсто «частно-правное», или объ юридической ошибкѣ; ибо подлежащее (частно-правное) обладаніе можетъ быть и государственнымъ (казенная собственность), городскимъ (собственность города) и т. д.

личныхъ вещей) въ то же время заключаетъ въ себѣ логическую ошибку, состоящую въ смѣшеніи въ одномъ дѣленіи разныхъ (порочныхъ) основаній дѣленія. Для полученія логически правильнаго дѣленія слѣдуетъ дѣлить по одному какому-либо основанію дѣленія, напр., «частное обладаніе»—«не-частное», или «по частямъ»—«цѣликомъ», или наличность «приспособленія»—отсутствіе такого, или «приспособленіе къ общему пользованію»—приспособленіе къ не-общему пользованію, и т. п., а не путемъ смѣшенія въ одномъ дѣленіи двухъ или даже многихъ разнородныхъ основаній, какъ это дѣлаетъ Коркуновъ. Результатомъ такой порочности въ основаніяхъ дѣленія бываетъ то, что подлежащія дѣленія не удовлетворяютъ основному требованію, которому должно удовлетворять всякое научное дѣленіе и которое состоитъ въ томъ, что члены дѣленія, виды, должны взаимно исключать другъ друга, что каждый объектъ дѣлимаго рода долженъ подходить лишь подъ одно изъ предлагаемыхъ видовыхъ понятій, а не подъ оба, въ случаѣ двучленнаго дѣленія, и т. д.—каковыя порочныя дѣленія называются перекрестными, сбивчивыми дѣленіями. Ученіе Коркунова представляетъ, вслѣдствіе смѣшенія разнородныхъ основаній дѣленія, именно сбивчивое, перекрестное дѣленіе. Такъ, «частное обладаніе» или «частно-правное обладаніе», напр., паркомъ, театромъ, желѣзною дорогою и т. п., вовсе не исключаетъ «приспособленія къ общему пользованію», а, напротивъ, оба эти признака могутъ, какъ видно уже изъ приведенныхъ примѣровъ, вполне мирно уживаться другъ съ другомъ; такъ что одни и тѣ же явленія подходятъ подъ оба, предлагаемыя Коркуновымъ, видовыя понятія (а теорія, установленныя относительно подлежащихъ группъ, неизбѣжно должны страдать порокомъ хроманія).

Слѣдуетъ къ тому же отмѣтить, что въ новое время господствующее ученіе (вполнѣ основательно) полагаетъ, что и т. н. публичныя вещи, предназначенныя для общаго пользованія, и другія, принадлежатъ на правѣ частной, частно-правной, собственности государству, городамъ и т. д., и признаетъ разныя прежнія конструкціи какого-то особаго права для этихъ вещей («общественнаго», Іерингъ), «публично-правнаго права верховенства государства» (Келлеръ), «публично-правной собственности» (Эйзеле) и т. п. ошибочными ¹⁾.

Разсмотрѣнныя выше, на стр. 673 и сл., теорія, въ отличіе отъ ученія, усматривающаго цѣль и существо гражданскаго права въ защитѣ частныхъ интересовъ (со введеніемъ въ формулу опредѣленія признака гражданскаго иска или безъ такового), не играютъ серьезной роли въ юриспруденціи не только въ томъ смыслѣ, что подлежащія формулы опредѣленія, какъ таковыя, имѣютъ въ

¹⁾ Ср. Дерибургъ, Панд. I § 71.

литературѣ лишь единичныхъ приверженцевъ, но и въ томъ, болѣе важномъ и существенномъ, смыслѣ, что ихъ роль ограничивается фигурированиемъ въ подлежащемъ мѣстѣ изложенія, въ качествѣ формулъ опредѣленія,—безъ серьезныхъ послѣдствій для направленія изслѣдованія и рѣшенія другихъ юридическихъ вопросовъ; не только противники формулъ опредѣленія по различію субъектовъ или ихъ положенія, по различію имущественныхъ и неимущественныхъ интересовъ и т. д., но даже и сами сторонники такихъ формулъ опредѣленія не пользуются ими въ качествѣ директивовъ въ области другихъ изслѣдованій или даже не примѣняютъ ихъ на дѣлѣ въ качествѣ критеріевъ различенія нормъ или правоотношеній частнаго и публичнаго права, руководствуясь для этого, сознательно или безосознательно, не предложенными ими же, а другими критеріями; между тѣмъ значеніе ученія о защитѣ частныхъ интересовъ, съ упоминаніемъ въ формулѣ опредѣленія гражданского иска и процесса или безъ такового, вовсе не исчерпывается такою чисто внѣшнею и декоративною ролью, а является несомнѣнно болѣе глубокимъ и обширнымъ, и состоитъ главнымъ образомъ въ направленіи изслѣдованія и рѣшенія безчисленныхъ другихъ вопросовъ правовѣднія, въ томъ числѣ въ трудахъ и тѣхъ авторовъ, которые не выставляютъ подлежащихъ формулъ опредѣленія, какъ таковыхъ; ибо дѣло идетъ не только о формулированіи общихъ (т. е. абсолютно общихъ) и отличительныхъ признаковъ гражданского права, а объ основномъ и руководящемъ воззрѣніи на цѣль, смыслъ, центръ тяжести дѣйствія и значенія подлежащаго права, безчисленныхъ его нормъ и институтовъ. Большинство цивилистовъ являются противниками введенія въ формулу опредѣленія гражданского права признака гражданского процесса, вмѣсто или сверхъ признака защиты частныхъ интересовъ; но это вовсе не мѣшаетъ имъ усматривать центръ тяжести дѣйствія и значенія гражданского права въ исковой, процессуальной защитѣ подлежащихъ интересовъ, съ этой точки зрѣнія обсуждать и рѣшать безчисленные частные вопросы гражданского права и т. д. Поэтому, между прочимъ, изложенная критика разныхъ опредѣленій гражданского и публичнаго права, если предположить ее полную научную основательность и убѣдительную силу, достаточна по адресу ученій о различіи субъектовъ, ихъ положенія и т. д., но недостаточна по адресу ученій о частныхъ интересахъ и ихъ исковой защитѣ; и сильнѣйшее и логически абсолютно неотразимое доказательство невозможности опредѣленія гражданского права по цѣли или по санкціямъ не могло бы не только опровергнуть, но даже сколько-нибудь серьезно колебать и ослабить соответственные воззрѣнія на цѣль гражданского права, на природу и значеніе подлежащихъ санкцій, хотя бы въ нѣкоторыхъ, исключительныхъ, случаяхъ, такихъ санкцій вообще не оказывалось бы палицо, и проч.

§ 49. Двѣ системы правно-психическаго воздѣйствія на человѣческое поведеніе и развитіе человѣческаго характера.

Критика по существу т. н. практическаго или практическо-догматическаго направленія юриспруденціи (школы Юринга), воззрѣнія на защиту интересовъ, какъ на цѣль или значеніе права, на защиту денежныхъ и иныхъ интересовъ тѣхъ или иныхъ частно-правныхъ сторонъ и категорій лицъ, съ помощью исковъ и процессовъ, какъ на смыслъ и центръ тяжести дѣйствія гражданскаго права, — имѣется въ рядѣ монографическихъ изслѣдованій автора этой книги, содержащихъ вмѣстѣ съ тѣмъ указаніе, обоснованіе и примѣненіе на дѣлѣ иныхъ взглядовъ на функцію права вообще и гражданскаго права въ частности ¹⁾.

Существо подлежащихъ критическимъ и положительныхъ идей сводится вкратцѣ къ слѣдующему:

Представляя продуктъ не сознательнаго расчета и индивидуальнаго придумыванія для какихъ-либо цѣлей и интересовъ, а безсознательно-удачнаго массоваго психическаго приспособленія, право представляетъ существенный *психическій* факторъ соціальной жизни и развитія духовной культуры, а именно, его дѣйствіе и значеніе, какъ психическаго фактора, двойное: мотивационное и культурно-воспитательное, педагогическое.

Уже выше (§ 7) мы видѣли, что само сознаніе своей правовой обязанности и сознанію своего права являются мотивами индивидуальнаго и массоваго поведенія въ силу дѣйствія специфическихъ правовыхъ эмоцій (непосредственная или специфически-правовая мотивация). Но этимъ еще не исчерпывается весьма сложная и многообразная мотивация поведенія, исходящая отъ права. Уже тѣ психическія и физическія реакціи, которыя право имѣетъ, въ силу атрибутивной своей природы, тенденцію вызывать на сторонѣ при-

¹⁾ «Die Fruchtvertheilung», 1892 г.; «Die Lehre vom Einkommen», т. I, 1893, т. II, 1895 (въ особенности стр. 437—628, приложение въ «проектѣ германскаго гражданскаго уложенія, цивильной политикѣ и политической экономіи»); «Акціонерная компанія», 1898; «Иски о незаконномъ обогащеніи (къ характеристикѣ современной юриспруденціи)»; «Вѣстникъ права», 1900 №№ 1, 2, 3, 4 и 5; «Право и судъ», въ журн. «Право» 1901 №№ 1, 3, 6 и др.

писывающихъ себѣ права и солидарныхъ съ ними въ случаѣ неисполненія долга со стороны обязаннаго (выше § 9), имѣютъ то мотиваціонное значеніе, что предвидѣніе возможности или неизбѣжности ихъ и вызываемыя имъ эмоціи представляютъ дополнительное, вспомогательное, мотиваціонное давленіе въ пользу исполненія долга. Но, затѣмъ, связанная съ атрибутивною природою права тенденція обезпеченія управомоченному того, что ему причитается, ведетъ къ такому развитію и приспособленію права, что имѣется цѣлая система вспомогательныхъ мотиваціонныхъ давленій, способствующихъ исполненію долга и со стороны тѣхъ, у которыхъ эмоціи долга въ подлежащихъ областяхъ слишкомъ слабы или совсѣмъ отсутствуютъ. Поставляются на видъ разныя выгоды въ случаѣ исполненія или усерднаго исполненія долга (напр., награды, повышенія по службѣ, пенсіи и проч.) и разныя невыгоды и потери въ случаѣ неисполненія. Подлежащіе, отъ права исходящіе, мотиваціонные процессы можно назвать косвенною вспомогательною мотиваціею (въ отличіе отъ изображенной въ § 7 основной, этической, специфически-правовой мотиваціи). Далѣе, результаты психическаго дѣйствія основной и вспомогательной мотиваціи, состоящіе въ соответственномъ, вообще правильномъ и неуклонномъ, индивидуальномъ и массовомъ поведеніи, ведутъ къ тому, что съ подлежащимъ индивидуальнымъ поведеніемъ и социальнымъ порядкомъ приходится людямъ считаться и сообразоваться, аналогично тому, какъ мы считаемся съ законами природы, и въ тѣхъ вопросахъ и областяхъ поведенія, для которыхъ не имѣется опредѣленныхъ предписаній права, которые предоставлены свободному усмотрѣнію. Право вызываетъ мотивы въ пользу безчисленныхъ такихъ дѣйствій и системъ таковыхъ, которыя правомъ, самымъ по себѣ, не предписаны. Соответствующую мотивацію мы называемъ свободною или самостоятельною правовою мотиваціею (примѣры ея ниже).

Мотиваціонное дѣйствіе права состоитъ не только въ вызовѣ положительныхъ импульсовъ въ пользу такого или иного поведенія (положительная правовая мотивація), но и въ устраненіи или предупрежденіи появленія разныхъ мотивовъ въ пользу извѣстнаго поведенія, въ устраненіи „искушеній“ и т. д. (отрицательная правовая мотивація).

Разные виды мотиваціи комбинируются въ правѣ другъ съ другомъ отчасти такъ, что они подкрѣпляютъ другъ друга, отчасти такъ, что исходящіе отъ извѣстныхъ элементовъ права мотиваціонные процессы, напр., поскольку они ведутъ къ вреднымъ явленіямъ, парализуются другими правовыми мотиваціонными процессами, и т. д.

Равнымъ образомъ сложно и многообразно воспитательное, педагогическое дѣйствіе права. Уже сами поступки, необозримыя массы которыхъ вызываются правомъ, не остаются безъ слѣда на характерѣ совершающихъ ихъ. Повтореніе извѣстныхъ поступковъ развиваетъ соотвѣтственныя привычки, положительныя, привычки совершенія, и отрицательныя, привычки воздержанія. А онѣ, привычки, въ свою очередь вліяютъ на развитіе характера, укорененіе извѣстныхъ чертъ, ослабленіе другихъ. Далѣе, играя свой сложный психическій концертъ на разныхъ струнахъ человѣческой эмоціональной души, заставляя дѣйствовать и упражняя однѣ эмоціональныя склонности, не допуская или подавляя дѣйствіе другихъ, напр., звѣрскихъ, злостныхъ, вообще антисоціальныхъ, право неминуемо ведетъ къ развитію и укрѣпленію однѣхъ эмоціональныхъ склонностей, къ ослабленію и разрушенію другихъ, и т. д. Разумное право представляетъ сложную и могучую школу социализаціи народнаго характера, приспособленія его къ разумному общежитію. Неудачное право можетъ распространять деморализацію, отравлять народную душу или, во всякомъ случаѣ, противодѣйствовать здоровому психическому прогрессу, тормазить развитіе и расцвѣтъ цѣнныхъ элементовъ характера индивидовъ и массъ. Съ этихъ точекъ зрѣнія, мотиваціонной и педагогической, а не съ точки зрѣнія защиты интересовъ, слѣдуетъ обсуждать и объяснять смыслъ и значеніе всего права и отдѣльныхъ его элементовъ, въ томъ числѣ частно-правныхъ.

Такъ, напр., упомянутый выше (стр. 650) институтъ „защиты владѣнія“, между прочимъ, институтъ, признаваемый загадочнымъ и „требующимъ особаго объясненія“ въ виду того, что право здѣсь защищаетъ, повидимому, не только интересы правомѣрныхъ владѣльцевъ, но и интересы такихъ лицъ, какъ воры, грабители и т. п., предписывая, въ случаѣ нарушенія ихъ владѣнія, напр., насильственного

отнятія, хотя бы это сдѣлалъ собственникъ, обратное возвращеніе имъ владѣнія и т. д.,—слѣдуетъ съ указанныхъ точекъ зрѣнія объяснять такимъ образомъ:

Институтъ имѣетъ двоякое, важное и цѣнное съ соціальной и культурной точекъ зрѣнія, значеніе: 1. Съ мотивационной точки зрѣнія подлежащее право дѣйствуетъ въ пользу воздержанія со стороны другихъ, въ томъ числѣ собственниковъ, отъ некультурныхъ и соціально-вредныхъ поступковъ по адресу фактическихъ, хотя бы неправомѣрныхъ, владѣльцевъ, отъ самовольнаго добыванія владѣнія или иного посягательства на чужое владѣніе путемъ насилія (vi), тайныхъ продѣлокъ (clam) или вѣроломныхъ хитростей (precajo, просьбы дать на время съ обѣщаніемъ возратить для достиженія владѣнія), и въ пользу обращенія вмѣсто этого, въ случаѣ паличности соотвѣтственнаго права, къ болѣе культурнымъ средствамъ, въ крайнемъ случаѣ къ суду, иску о правѣ собственности и т. д. Между прочимъ, въ случаяхъ возможной сомнительности, на чьей сторонѣ право, претендующему на право собственности было бы выгодно лишиться другого владѣнія путемъ насильственнаго отнятія, похищенія почью или т. п., съ тѣмъ, чтобы другой затѣмъ принужденъ былъ въ случаѣ суда доказывать свое право и эвентуально не смогъ этого сдѣлать (положеніе истца менѣе выгодно, чѣмъ положеніе отвѣтчика). Но право владѣнія устраняетъ такіа искушенія путемъ поставленія на видъ безцѣльности и безрезультатности такихъ продѣлокъ: все равно придется со стыдомъ (и потерями, судебныя издержки и т. д.) возратить вещь прежнему владѣльцу; лучше сразу дѣйствовать болѣе цивилизованными способами (отрицательная мотивация, ср. выше, стр. 689).

2. Съ народно-воспитательной точки зрѣнія подлежащее право дѣйствуетъ въ своей области цивилизующимъ образомъ, ослабляя и искореняя привычки и склонности къ насиліямъ, тайнымъ и вѣроломнымъ продѣлкамъ, укрѣпляя уваженіе къ чужой личности и правамъ и т. д. ¹⁾

¹⁾ Разумѣется, для надлежащаго научнаго изученія и выясненія дѣйствія права владѣнія требуется соотвѣтственное обстоятельное психологическое изслѣдованіе (съ мотивационной и педагогической точекъ зрѣнія). Но для нашихъ цѣлей достаточно краткихъ намековъ текста.

Иначе съ точки зрѣнія своихъ общихъ воззрѣній на право и соответственныхъ приемовъ изслѣдованія объясняютъ цѣль института защиты владѣнія Іерингъ.

По его ученію (предложенному и обстоятельно мотивированному въ соч.: „Ueber den Grund des Besitzschutzes“), защита владѣнія установлена для защиты интересовъ собственниковъ. А именно, фактическіе владѣльцы обыкновенно бываютъ въ то же время собственниками. Лишь въ исключительныхъ случаяхъ владѣніе бываетъ неправомѣрнымъ. Для защиты интересовъ собственниковъ существуютъ особые иски о правѣ собственности, требующіе доказательства права собственности; но судебное доказательство паличности права собственности бываетъ затруднительнымъ (для этого въ случаѣ пріобрѣтенія вещи отъ другого требуется доказательство права собственности этого другого и т. д.); поэтому требовалось доставить собственнику болѣе удобное средство защиты его интересовъ съ болѣе легкимъ доказываніемъ; именно требующееся облегченіе доказательства и доставляетъ собственнику институтъ защиты владѣнія; ибо собственникъ въ случаѣ нарушенія его права можетъ трудный процессъ о собственности замѣнить легкимъ владѣльческимъ процессомъ, гдѣ для выигрыша процесса не требуется доказательства дѣйствительнаго права собственности, а достаточно доказать фактъ владѣнія и его нарушенія. Возраженіе противъ такого толкованія цѣли защиты владѣнія, состоящее въ томъ, что эта защита иногда обращается противъ собствен-

Точно также для нашихъ цѣлей не требуется разсмотрѣнія другого знаменитаго вопроса, касающагося владѣнія, а именно вопроса: есть ли владѣніе фактъ или право? (Съ нашей точки зрѣнія фактическое обладаніе есть, конечно, не право, а фактъ, но это юридическій фактъ, съ которымъ, какъ легко убѣдиться путемъ соответственнаго психологическаго изслѣдованія, связывается право, а именно право, и при томъ абсолютное право, на непретерпѣваніе со стороны кого бы то ни было извѣстныхъ дѣйствій, насильственныхъ, тайныхъ посягательствъ и т. д., обяванность всѣхъ и cadaго воздерживаться отъ подлежащихъ дѣйствій (абсолютное отрицательное правоприязаніе). Сообразно съ этимъ въ области права владѣнія имѣется сочетание двухъ видовъ мотивации: непосредственной, специфически правовой (самого сознанія правовой обязанности воздерживаться отъ такихъ дѣйствій) + вспомогательной мотивации (отрицательной, исходящей отъ санкціи, предписывающей въ случаѣ нарушенія обратное возвращеніе владѣнія и т. д.). Ср. указанную выше статью «Право и судъ», Право, 1901 № 3.

ника, который, несмотря на свое право собственности, проигрывает владѣльческій процессъ, если владѣніе имѣется на сторонѣ противника, Іерингъ устраняетъ путемъ слѣдующихъ соображеній: институтъ защиты владѣнія только тогда не направлялся бы никогда противъ собственниковъ, если бы допустить во владѣльческихъ процессахъ защиту путемъ ссылки на право собственности, *exceptio dominii*. Но тогда во владѣльческіе иски было бы введено именно то, что они должны устранить, т. е. разговоры и споры о правѣ и доказываніи права собственности. Заботясь объ интересахъ меньшинства, мы бы лишили большинство собственниковъ того облегченія и удобства, ради котораго введена защита владѣнія.

Признавая все остроуміе построеній Іеринга съ его точки зрѣнія, тѣмъ не менѣе нельзя не признать его ученія совершенно поверхностнымъ и не проникающимъ въ суть дѣла. Усматривая предполагаемую „цѣль“ защиты владѣнія въ мелкихъ процессуальныхъ удобствахъ и частныхъ интересахъ собственниковъ, онъ упускаетъ изъ виду то несоизмѣримо болѣе важное и существенное, важное не съ точки зрѣнія интересовъ такихъ или иныхъ истцовъ и облегченія имъ процессуальной побѣды надъ противникомъ, а съ общенародной и даже общечеловѣческой точки зрѣнія, психическое дѣйствіе института, которое состоитъ въ мотиваціонномъ *предупрежденіи* множества зловредныхъ съ экономической и другихъ точекъ зрѣнія поступковъ, хозяйственныхъ пертурбацій, насилій, эвентуально убійствъ, процессовъ и т. д. и въ соотвѣтственной воспитательной функціи института. Это, для наглядности, можно выразить такъ: упуская изъ виду безчисленныя незримыя успѣшныя и общепольныя психологическія воздѣйствія подлежащаго права, состоящія, между прочимъ, въ томъ, что не дѣлается никакихъ посягательствъ и поэтому нѣтъ столкновеній, ссоръ и процессовъ, Іерингъ усматриваетъ полезное дѣйствіе института именно въ тѣхъ исключительныхъ и печальныхъ случаяхъ, когда подлежащее право терпитъ фіаско, оказывается въ конкретномъ случаѣ безсильнымъ предупредить зло, такъ что возникаютъ посягательства и имѣется палицо процессъ. Институтъ, образно выражаясь, въ ученіи Іеринга радуется и торжествуетъ (по поводу процессуальныхъ мелочей, облегченія истцу доказа-

тельство) по недоразумѣнію тамъ, гдѣ онъ терпитъ пораженіе и долженъ печалиться по поводу неудачи ¹⁾).

Аналогично совершенно различныя объясненія, оцѣнки, пріемы толкованія, законодательно-политическаго обсужденія въ области составленія новыхъ гражданскихъ уложеній и т. д. получаютъ въ области другихъ элементовъ гражданского права, смотря по тому, станемъ ли мы на точку зрѣнія защиты интересовъ тѣхъ или иныхъ управомоченныхъ или истцовъ, облегченія процессуальныхъ побѣдъ и т. д., или на точку зрѣнія психическаго дѣйствія права, какъ фактора мотиваци и образованія человѣческаго характера.

Упомянутыя выше, стр. 651, обязанности возмѣщенія причиненныхъ убытковъ—права потерпѣвшихъ на возмѣщеніе таковыхъ—имѣютъ съ точки зрѣнія ученія Геринга о защитѣ или самозащитѣ интересовъ тотъ смыслъ и то значеніе, что здѣсь доставляется интересу потерпѣвшаго защита въ видѣ вознагражденія его деньгами, тѣмъ лучшая защита, чѣмъ болѣе полно и обильно оцѣниваются эти убытки, чѣмъ болѣе облегчено доказательство убытковъ въ соответственномъ процессѣ и т. д.

Несомнѣнно, эти положенія съ точки зрѣнія частныхъ интересовъ подлежащихъ управомоченныхъ правильны. И тѣмъ не менѣе теорія совершенно поверхностна и несостоятельна.

Ибо психическое дѣйствіе соответственнаго права состоитъ въ созданіи мотивовъ для воздержанія въ народной массѣ отъ безчисленныхъ зловредныхъ съ экономической и иныхъ точекъ зрѣнія положительныхъ дѣйствій (напр., посягательствъ на чужую личность или чужое имущество) или упущеній (напр., неисполненія договора, просрочки), въ поддержаніи и укрѣпленіи уваженія и осторожнаго отношенія

¹⁾ Между прочимъ, что касается собственниковъ, противъ которыхъ, по ученію Геринга, институтъ «защиты владѣнія» лишь въ исключительныхъ случаяхъ и т. ск. нехотя и по ошибкѣ обращается, то съ изложенной точки зрѣнія слѣдуетъ сказать: именно особенно важень и надобенъ институтъ по адресу тѣхъ, которые, претендуя на право собственности, были бы склонны къ самоуправнымъ насиліямъ и т. п.; но вообще институтъ направленъ не противъ однихъ и въ пользу другихъ, специально собственниковъ, какъ думаетъ Герингъ, а на общую пользу, на лучшее и болѣе разумное для обѣихъ сторонъ и для всѣхъ, и противъ того (насилій, вѣроломства и т. п.), что представляетъ вообще зло, а не только зло для одного съ выигрышемъ для другого.

къ чужой личности, ея правамъ и интересамъ, къ данному слову и обѣщанію и проч. и проч. И здѣсь, можно сказать, институтъ, по ученію, исходящему съ точки зрѣнія защиты или самозащиты интереса, считаетъ себя полезнымъ и радуется, по недоразумѣнію, именно въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда онъ именно терпитъ неудачу, не достигаетъ успѣха, такъ что получается нарушение права, хозяйственный вредъ, ссоры, процессы, — и приходится, послѣ болѣе или менѣе серьезнаго поврежденія или даже разрушенія одного хозяйства, подвергать второй болѣзненной, можетъ быть, еще болѣе разрушительной операціи другое хозяйство (субъекта, легкомысленно причинившаго убытки другому). Эта вторая операція, присужденіе и взысканіе суммы убытковъ, полезная съ точки зрѣнія карманныхъ интересовъ управомоченнаго, не представляетъ съ точки зрѣнія народнаго хозяйства и благосостоянія никакого плюса: то, что дается одному, отнимается у другого. Мало того, съ экономической въ тѣсномъ смыслѣ, народно-хозяйственной (въ отличіе отъ частно-хозяйственной) точки зрѣнія дѣло идетъ о чемъ-то худшемъ, чѣмъ простой нуль въ результатѣ ($+a - a$). Ибо операція процесса и взысканія убытковъ означаетъ всегда затрату соотвѣтствующей энергіи и часто, сверхъ того, поврежденіе, подчасъ разореніе и разрушеніе подвергаемаго операціи активнаго и полезнаго элемента народнаго хозяйства, соотвѣтственнаго частнаго хозяйства. Къ тому же подлежащее, убыточное и вредное съ точки зрѣнія народнаго хозяйства, хотя и полезное съ точки зрѣнія денежныхъ интересовъ одной изъ сторонъ, перемѣщеніе цѣнностей имѣетъ тенденцію усиливать неравномѣрность распредѣленія имущества, а именно передвигать цѣнности отъ бѣдныхъ къ богатымъ. Ибо *ceteris paribus* суммы имущественныхъ убытковъ больше тамъ, гдѣ дѣло идетъ о большихъ имуществвахъ и цѣнностяхъ. Если, напр., богатый бьетъ и рветъ платье или поджигаетъ жалкую лачугу бѣднаго, то ему придется въ видѣ суммы убытковъ уплатить мелочь; но если бѣдный сдѣлаетъ то же съ платьемъ или домомъ богатаго, то сумма убытковъ будетъ большая, и т. п.

Такимъ образомъ то, въ чемъ съ ходячей точки зрѣнія защиты интересовъ усматривается плюсъ и заслуга инсти-

тута, на самомъ дѣлѣ представляеть съ народно-хозяйственной точки зрѣнія минусъ и зло, какъ съ точки зрѣнія суммы народнаго богатства, такъ и съ точки зрѣнія его распредѣленія; и это зло требуетъ оправданія. Это оправданіе должно состоять въ томъ, что право возмѣщенія убытковъ есть печальное, но необходимое явленіе, *malum necessarium*, или, точнѣе необходимое на извѣстной, относительно низкой, стадіи развитія человѣческой психики, когда именно въ виду низкаго уровня этой психики приходится оперировать соответствующими угрозами, чтобы добиться социальнаго необходимаго поведенія и воздѣйствовать въ направленіи воспитанія лучшей психики ¹⁾.

Съ тѣхъ же, психологическихъ, точекъ зрѣнія необходимо изучать гражданское и публичное право вообще, какъ извѣстныя сложныя совокупности правовыхъ явленій, для того, чтобы достигнуть научнаго свѣта относительно ихъ функций въ человѣческой жизни и специфическаго различія этихъ функцій.

Для выясненія функцій того права, которое, подъ именемъ гражданского, подвергается официальной нормировкѣ въ соответственныхъ, гражданскихъ, кодексахъ и разрабатывается наукою гражданского права, необходимо имѣть въ виду слѣдующее:

Существенными элементами нѣкоторыхъ видовъ правового строя являются, съ одной стороны, обязанность всѣхъ работоспособныхъ членовъ социальной группы, напр., патриархальной родовой группы, общины или т. п., работать на общую пользу подлежащей группы, принимать активное участіе въ коллективномъ производствѣ матеріальныхъ благъ,

¹⁾ Поэтому, между прочимъ, и слѣдуетъ примѣнять подлежащее зло вообще въ предѣлахъ указанной, психологической, необходимости. Съ этой точки зрѣнія римское право и слѣдовавшее его авторитету прежде общепринятое воззрѣніе, что возмѣщеніе убытковъ должно имѣть мѣсто (за исключеніемъ нѣкоторыхъ, особыхъ случаевъ) только въ случаѣ виновности, злого умысла или неосторожности, причинившаго вѣншаго лица (принципъ вины), мы считаемъ болѣе разумнымъ, чѣмъ новое ученіе, требующее возмѣщенія и случайно причиненнаго вреда (принципъ фактическаго причиненія). Ибо и мотивационное и воспитательное воздѣйствіе имѣетъ почву и уместно тамъ, гдѣ дѣло идетъ о злостномъ или небрежномъ отношеніи къ чужому благу, а не тамъ, гдѣ дѣло идетъ о случайномъ стеченіи обстоятельствъ или о дѣйствіяхъ невмѣняемыхъ лицъ, дѣтей, сумасшедшихъ и т. д.

необходимыхъ для общаго пропитанія и удовлетворенія другихъ потребностей группы, съ другой стороны, право каждаго члена подлежащей соціальной группы на пропитаніе и удовлетвореніе другихъ потребностей на общія средства, изъ общаго запаса продуктовъ коллективнаго производства съ помощью находящихся въ коллективномъ обладаніи орудій производства. Эти элементы права были бы опять возстановлены въ случаѣ установленія соціалистическаго строя. По теперешнему строю соціальной жизни положеніе гражданъ въ этихъ отношеніяхъ существенно иное. Каждый взрослый, совершеннолѣтній, гражданинъ имѣетъ право, вообще говоря, устраивать свою жизнь, какъ ему угодно; онъ можетъ избрать тотъ видъ дѣятельности, который ему угоденъ, или не избирать никакого, ничего не дѣлать, не работать вообще; но, съ другой стороны, онъ, вообще говоря, не имѣетъ и упомянутаго выше права на доставленіе ему пропитанія и удовлетворенія другихъ потребностей, такъ что пользованіе указаннымъ правомъ дѣлать что угодно или ничего не дѣлать означало бы эвентуально право умереть съ голода, холода и проч. ¹⁾.

Затѣмъ къвинтэссенцію интересующаго насъ правового строя можно свести къ слѣдующимъ положеніямъ:

1. По правиламъ права собственности (и нѣкоторыхъ другихъ аналогичныхъ по своему значенію правъ) плодородныя земли и другія орудія производства (капиталь въ народно-хозяйственномъ смыслѣ), а равно предметы потребленія закрѣпляются въ исключительное пользованіе и распоряженіе множества лицъ; при чемъ имъ не предписывается, чтобы они бережно обращались со ввѣренными имъ элементами народнаго богатства; пользовались ими для производства того, въ чемъ нуждается общество, и т. д. Напротивъ, по содержанію соотвѣтственнаго права собственники могутъ поступать съ предметами ихъ собственности какъ имъ угодно, „употреблять и злоупотреблять“ (*ius utendi et abutendi*), напр.,

¹⁾ Для точнаго юридическаго изложенія въ положенія текста надо было бы ввести нѣкоторыя оговорки, указать нѣкоторыя особыя исключенія, напр., указать на особую нормировку положенія душевнобольныхъ, бѣдныхъ, неспособныхъ къ труду, и т. п.; но по смыслу и цѣлямъ изложенія это было бы въ данномъ случаѣ лишнимъ и только затемняющимъ дѣло педантизмомъ.

они вольны оставить находящіяся въ ихъ распоряженіи части плодородной земли безъ обработки или превратить ихъ въ пустыню и проч.

2. По началамъ наслѣдственнаго права это свободное и безотчетное пользованіе и распоряженіе предоставляется „вѣчно и потомственно“, т. е. тѣмъ, которые не растрачиваютъ или не умножаютъ свое достояніе, гарантируется правомъ, что сохраняемое и добытое ими достанется близкимъ и дорогимъ имъ лицамъ, согласно ихъ распоряженію (завѣщанію) или, въ случаѣ отсутствія такового, согласно соотвѣтственнымъ правиламъ права, принимающимъ во вниманіе близость родства и т. д.

3. По началамъ современнаго семейственнаго права, воспитаніе дѣтей, доставленіе имъ питанія и т. д. составляетъ функцію родителей, прежде всего и главнымъ образомъ „отца семейства“, въ отличіе, напр., отъ упомянутаго выше, стр. 696, строя, при которомъ потребности въ пищѣ, одеждѣ, жилищѣ и т. д., какъ взрослыхъ, такъ и дѣтей, удовлетворяются изъ общаго коллективнаго фонда соціальной группы. Вообще, на почвѣ комбинаціи началъ современнаго семейственнаго и наслѣдственнаго права съ указанными раньше особенностями современнаго правового строя получается такое положеніе, что отъ хозяйственнаго благосостоянія субъекта зависитъ существеннымъ образомъ не только его личное благополучіе, но и благосостояніе близкихъ его сердцу лицъ, не только при его жизни, но и послѣ его смерти.

4. Не будучи вообще обязанными производительно утилизировать ввѣренныя имъ части плодородной земли и другія орудія производства, а равно свою работоспособность, производить и доставлять другимъ хлѣбъ и другія средства удовлетворенія потребностей, и т. д., а, съ другой стороны, не имѣя права на доставленіе со стороны другихъ хлѣба и другихъ средствъ удовлетворенія жизненныхъ потребностей, обладатели хозяйственныхъ благъ и личныхъ трудовыхъ силъ могутъ, на почвѣ права распоряженія этими благами и личною трудоспособностью по усмотрѣнію, получать нужное имъ отъ другихъ взаимнъ имѣющагося въ ихъ распоряженіи путемъ обмѣна, въ частности обмѣна хозяйственныхъ благъ или трудовыхъ услугъ на деньги (продажа, личный наемъ), денегъ на

предметы потребленія (купля) и т. д.; приче́мъ и здѣсь они не обязаны заботиться объ интересахъ другихъ лицъ, съ которыми они вступають въ мѣновыя сношенія, могутъ проводить и отстаивать свои интересы („торговаться“ и т. д.), какъ имъ угодно (имѣются, впрочемъ, нѣкоторыя исключенія, напр., запрещеніе ростовщическихъ сдѣлокъ); но—съ примѣненіемъ, въ качествѣ основного начала и квинтэссенціи т. н. обязательственнаго права, принципа: *pacta sunt servanda*, обязательственности соответственныхъ договоровъ и, въ качествѣ санкции, дальнѣйшаго, уже разсмотрѣннаго выше, начала гражданскаго права, предписывающаго, въ случаѣ несоблюденія или ненадлежащаго соблюденія договора и причиненія этимъ имущественныхъ убытковъ, возмѣщеніе этихъ убытковъ (какъ и въ случаяхъ другихъ правонарушеній, нарушеній права собственности и проч.).

Вдумавшись въ смыслъ и значеніе указанныхъ началъ съ мотиваціонной точки зрѣнія, нетрудно усмотрѣть, что соответственное право, отдавая плодородныя земли и прочія орудія производства въ безотчетное распоряженіе безчисленныхъ отдѣльныхъ хозяевъ и не предписывая утилизаціи этихъ благъ и личной трудоспособности на общую пользу, дозволяя дѣлать съ ними что угодно или ничего не дѣлать, въ то же время косвенно создаетъ мотивы отчасти эгонстическаго, отчасти альтруистическаго свойства (благополучіе и судьба семьи) въ пользу энергичной и усердной общепользительной дѣятельности — тѣмъ болѣе сильныя мотивы, чѣмъ болѣе на данной ступени развитія человѣческой психики развиты въ народныхъ массахъ семейная привязанности и способность людей, въ отличіе отъ животныхъ, руководствоваться не моментальными только эмоціональными влеченіями, безъ мысли и заботы о завтрашнемъ днѣ, а планомерною заботою и о будущемъ благополучіи своемъ и близкихъ сердцу лицъ.

Въ частности соответственное право создаетъ сильное психическое давленіе въ пользу усердной заботы о цѣлости, сохранности и возможно лучшемъ состояніи ввѣренныхъ въ безконтрольное распоряженіе элементовъ народнаго богатства, о возможно продуктивной утилизаціи подлежащихъ предметовъ—земли, скота и т. д., а равно личной трудоспособности, о

возможно обильномъ производствѣ съ ихъ помощью новыхъ хозяйственныхъ благъ и при томъ такихъ, которыя соотвѣтствуютъ общественнымъ, народнымъ или мировымъ потребностямъ (такихъ, на которыя имѣется соотвѣтственный спросъ), о доставленіи этихъ благъ туда, гдѣ они наиболѣе полезны, гдѣ въ нихъ есть наибольшая надобность, и т. д.

Менѣ развитые въ умственномъ и этическомъ отношеніи люди, конечно, не интересуются при этомъ народнымъ или общечеловѣческимъ благосостояніемъ и прогрессомъ, какъ таковыми; до этого имъ дѣла нѣтъ; они думаютъ только о себѣ, своемъ хозяйствѣ, своей семьѣ; они и не знаютъ и не понимаютъ того, что, работая для себя и семьи, они работаютъ на общую пользу, сохраняя и умножая свое частное достояніе, сохраняютъ и умножаютъ народное и общечеловѣческое богатство и благосостояніе; какъ они и не подозреваютъ того, что ихъ дѣятельность вызывается и направляется на общее благо правомъ особаго характера и содержанія, которое заставляеть ихъ, подобно паровому или электрическому двигателю, приводящему въ движеніе множество колесъ и иныхъ элементовъ сложнаго механизма, двигаться такъ, какъ это надобно съ точки зрѣнія непонятныхъ и неизвѣстныхъ имъ задачъ; и что, въ случаѣ отмѣны или существеннаго измѣненія этого права, они бы стали совсѣмъ иначе дѣйствовать; тѣ интересы и стремленія, которымъ они слѣдуютъ, исчезли бы совсѣмъ или получили бы иное направленіе и т. д.

Какъ ни узки интересы и стремленія, которые вызываются и утилизируются охарактеризованнымъ правомъ, не для ихъ, конечно, этихъ интересовъ, въ частности интересовъ денежной наживы, удовлетворенія—ихъ не слѣдуетъ отождествлять съ узко-эгоистическою заботою о своемъ, личномъ, благополучіи, объ удовлетвореніи своихъ, личныхъ, потребностей ¹⁾).

¹⁾ Во избѣжаніе недоразумѣній слѣдуетъ подчеркнуть, что мы при этомъ имѣемъ въ виду вовсе не ту общеизвѣстную и само собою разумѣющуюся пестану, что отдѣльные индивиды въ своей хозяйственной дѣятельности могутъ въ отдѣльныхъ случаяхъ или вообще руководствоваться весьма разнообразными мотивами, въ томъ числѣ весьма высокими, такъ что для полнаго объясненія дѣйствительнаго хозяйственнаго поведенія надо было бы принимать во вниманіе множество различныхъ мотивовъ человѣческой дѣятельности, или, что, исходя для

Какъ уже можно усмотрѣть изъ предыдущаго, существенную роль въ подлежащей мотивациі играетъ наследственное право въ связи съ существующимъ семейственнымъ правомъ; и эти мотивы лишь отчасти имѣютъ эгонетическій характеръ; существенную роль играетъ забота о другихъ, о семьѣ, и при томъ забота, простирающаяся не только на время жизни субъекта частнаго хозяйства, но и на время послѣ его смерти.

Если бы, какъ это въ некоторомъ представляется желательнымъ, отмѣнить существующее наследственное право или свести его почти на нѣтъ, такъ что остающееся послѣ смерти субъекта имущество шло бы не въ пользу дѣтей, вообще близкихъ наследодателю лицъ, а въ пользу казны или т. п., при сохраненіи прочихъ основныхъ началъ гражданского права.—то подлежащая мотивациа была бы существенно измѣнена, и при томъ измѣнена такъ, что вмѣсто сохраненія и роста народнаго богатства и благосостоянія получилось бы болѣе или менѣе быстрое паденіе и разрушеніе ихъ—народное бѣдствіе, голодъ и т. д.

Это произошло бы вслѣдствіе уничтоженія или существеннаго подрыва мотивовъ, дѣйствующихъ въ пользу сохраненія и умноженія имущества и на время послѣ смерти, въ пользу соотвѣтственно направленаго производства, соотвѣтственно ограниченнаго потребленія и проч.

Объясненія хозяйственныхъ явленій изъ предположенія всегдашняго и постояннаго дѣйствія эгонетическихъ мотивовъ, какъ это дѣлается экономистами (ср. выше), надо помнить, что это только условная предпосылка, имѣющая свое основаніе и оправданіе въ томъ, что дѣло идетъ о «наиболѣе распространенной и могучей» силѣ, и т. д.

Насъ интересуютъ въ текстѣ не природа человѣка или человѣка, какъ субъекта хозяйственной дѣятельности, и не возможные на этой почвѣ условныя послышки и выводы, а нѣчто принципиально иное: а именно мотивационное дѣйствіе гражданского права въ экономической жизни, и при томъ не условно воображаемое, а дѣйствительное дѣйствіе, или, точнѣе, природа соотвѣтственной тенденціи (ср. Введеніе § 6; въ отдѣльныхъ случаяхъ этого дѣйствія можетъ не оказаться, вслѣдствіе противодѣйствующихъ факторовъ, или оно можетъ модифицироваться инымъ, осложняющимъ, факторами).

Замѣчанія текста имѣютъ въ виду выясненіе психическаго дѣйствія гражданского права и, въ то же время, устраненіе некоторыхъ существенныхъ недоразумѣній и неясностей, имѣющихся въ наукѣ теоретической политической экономіи по поводу ея основныхъ предпосылокъ, въ частности по поводу психическихъ предпосылокъ (безъ спеціальнаго изложенія и критики подлежащихъ ученій, что потребовало бы здѣсь слишкомъ много мѣста и для нашихъ цѣлей не необходимо).

Существующее право не предписывает субъектам частных хозяйств так устроить свою жизнь и хозяйство, в частности так вести производство и так ограничивать потребление, чтобы вверенные им части народного богатства сохранялись и увеличивались и на время послѣ ихъ смерти; напротивъ, они вольны так устроить свою жизнь, в частности так повышать уровень своего потребления, комфорта, удовольствій и т. д., что поглощается не только весь доходъ, такъ что нѣтъ сбереженій и увеличенія имущества, но даже и капиталъ; напр., они вольны превращать путемъ соответственныхъ договоровъ свои частные капиталы въ соответственно высокія пожизненныя ренты и вообще дѣйствовать по началу *après moi le déluge*, что будетъ послѣ моей смерти—безразлично, лишь бы наслаждаться при жизни. Такое поведеніе, распространеніе такихъ эгоистическихъ мотивовъ, такого образа жизни, такихъ привычекъ въ народѣ повело бы неизменно къ разрушенію народного богатства и благосостоянія, къ народному бѣдствію и обнищанію. Но существующее гражданское право, не запрещая такого поведенія и не предписывая противоположнаго, создаетъ косвенные мотивы въ пользу болѣе разумнаго и социальнаго и необходимаго поведенія, путемъ соответственныхъ обѣщаній и гарантій наследственнаго права. Отмѣна или существенный подрывъ этого права означали бы уничтоженіе или существенный подрывъ этой мотивации, распространеніе и торжество начала: послѣ меня хоть потопъ и т. д. Если же, къ тому же, отмѣнить начала современнаго семейственнаго права, в частности ввести, напр., согласно идеаламъ Платона или т. п., государственное, коллективное, воспитаніе дѣтей (такъ что отцала бы забота о дѣтяхъ и на время жизни) или и соответственную нормировку половыхъ отношеній, *при сохраненіи теперешняго права собственности* и т. д., то получилась бы такая хозяйственная мотивация, какая, по недоразумѣнію, предполагается дѣйствующею и рѣшающею въ хозяйственной жизни со стороны представителей теоретической политической экономіи, и крахъ народного хозяйства произошелъ бы еще съ большою быстротою.

Разсмотрѣнная выше мотивация, могущая, для краткости, быть условно названною эго-альтруистическою, соответствуетъ

установленному выше (стр. 689) понятію самостоятельной или свободной правовой мотиваціи. Подлежащее поведеніе: бережливое отношеніе къ полученнымъ въ безотчетное распоряженіе элементамъ народнаго капитала, производство общественно необходимыхъ и полезныхъ хозяйственныхъ благъ, доставленіе ихъ туда, гдѣ въ нихъ имѣется нужда, и проч.—вовсе не предписывается правомъ въ качествѣ обязательнаго, а достигается косвенно путемъ созданія мотивовъ въ пользу свободного и самостоятельнаго выбора именно этого, социальнаго необходимаго и полезнаго, поведенія.

Разумѣется, предыдущее изложеніе не означаетъ сколько-нибудь полного научнаго выясненія и изложенія подлежащаго мотивационнаго дѣйствія гражданскаго права; для этого было бы необходимо:

1. Соответственное, психологическое, мотивационное изученіе сложной системы гражданскаго права. Дѣло въ томъ, что болѣе или менѣе существенную роль въ созданіи интересующей насъ свободной, или самостоятельной, правовой мотиваціи и ея надлежащаго направленія и дѣйствія играютъ не только выдвинутые нами (для простоты и краткости изложенія и для установленія нѣкоторыхъ лишь, необходимыхъ для дальнѣйшаго, общихъ положеній) принципы существующаго правового строя, а и многіе другіе элементы частнаго права (при томъ въ связи съ нѣкоторыми элементами публичнаго права). Лишь сложное взаимодействіе многихъ элементовъ системы существующаго права даетъ въ результатъ, въ видѣ психическихъ равнодѣйствующихъ, ту мотивацію, на которой покоится и которою приводится въ движеніе подлежащее индивидуальное и массовое поведеніе. Какъ нельзя вынуть изъ подлежащаго, весьма тонко приновореннаго къ извѣстному уровню и составу человѣческой психики, мотивационнаго „механизма“ —наслѣдственнаго права, безъ существенной порчи и искаженія мотивационнаго дѣйствія прочихъ элементовъ, такъ для надлежащаго дѣйствія соответственной мотивационной системы нельзя обойтись и безъ разныхъ другихъ, болѣе мелкихъ, винтиковъ и колесиковъ этого „механизма“.

2. Соответственное изученіе *самой*, порождаемой этимъ правомъ, *мотиваціи*, ея элементовъ, характера, направленія.

И здѣсь предыдущее изложеніе ограничилось лишь краткими намеками, далеко не достаточными для сколько-нибудь полнаго изображенія дѣла.

3. То же относится къ *дѣйствию* подлежащей мотиваціи въ области поведенія, къ тому индивидуальному и масовому поведенію, которое вызывается этой мотиваціей. Предыдущія указанія относительно сохраненія и увеличенія народнаго богатства и благосостоянія, относительно производства соціально необходимыхъ и полезныхъ благъ, доставленія ихъ туда, гдѣ въ нихъ имѣется нужда и т. д., представляютъ только общую характеристику направленія этого поведенія; между тѣмъ, зная характеръ и направленіе психическихъ давленій, исходящихъ отъ интересующаго насъ права, можно дѣлать множество дедуктивныхъ выводовъ относительно того, какъ подъ давленіемъ этой мотиваціи должно происходить и развиваться производство хозяйственныхъ благъ, какъ движеніе къ тѣмъ, которые въ нихъ нуждаются (обращеніе), а равно, какъ, на почвѣ мѣстныхъ договоровъ, должно происходить распределеніе народнаго капитала и дохода между разными участниками подлежащаго сложнаго процесса, и т. д.

Что касается первыхъ двухъ темъ, то онѣ еще не разрабатываются наукою, и заполненіе этого пробѣла представляетъ задачу будущаго.

Что же касается третьей темы, то она уже давно разрабатывается, отчасти съ блестящимъ успѣхомъ, съ особенно большою энергіею и большимъ успѣхомъ со времени Адама Смита и появленія его по справедливости могущаго быть названнымъ гениальнымъ изслѣдованія о природѣ и причинахъ народнаго благосостоянія (1776 г.). А именно, разработкѣ этой именно темы (хотя и безъ надлежащаго сознанія ея природы и основаній) посвящена особая наука, болѣе успѣшная и процвѣтающая, чѣмъ какая бы то ни была другая наука, касающаяся общественныхъ явленій, (теоретическая) политическая экономія. Такъ какъ постоянное и однообразное мотивационное дѣйствіе гражданскаго права вызываетъ соотвѣтственныя однообразія массоваго хозяйственнаго поведенія, то этой наукѣ удалось установить цѣлый рядъ интересныхъ и важныхъ „экономическихъ законовъ“, представ-

ляющихъ не что иное, какъ формулы подлежащихъ однообразій поведенія (соотвѣтственныхъ тенденцій).

Наука эта не сознаетъ своей природы, какъ теоріи мотивационнаго дѣйствія частнаго права (въ связи съ тѣми элементами иного права). Сообразно съ этимъ, въ ней нѣтъ сознанія и правильнаго опредѣленія ея объекта, природы того класса явленій, относительно котораго она устанавливаетъ свои теоріи, и по этому поводу идутъ безконечные споры. Равнымъ образомъ въ ней нѣтъ сознанія и правильнаго опредѣленія природы тѣхъ посылокъ, изъ которыхъ она исходитъ при установленіи своихъ теорій. Въмѣсто изученія и опредѣленія той, эго-альтруистической, мотивации, которая вызывается гражданскимъ правомъ, выставляется, какъ уже упомянуто выше, въ качествѣ основной посылки для дедуктивныхъ выводовъ главнымъ образомъ предположеніе эгоизма, дѣйствія въ хозяйственной жизни исключительно эгоистическихъ мотивовъ, посылки, какъ видно изъ предыдущихъ соображеній относительно наследственнаго права и т. д., не выдерживающей критики и принципиально ошибочной и въ качествѣ чисто условнаго предположенія съ сознаніемъ ея несоотвѣтствія дѣйствительности ¹⁾). Тѣмъ не менѣе, несмотря на такую порочность самаго фундамента науки, на невыясненность основныхъ понятій и посылокъ, теорія все-таки фактически процвѣтаетъ и достигла уже большихъ успѣховъ на почвѣ особенно и исключительно благоприят-

¹⁾ Нѣкоторые экономисты избѣгаютъ заключающейся въ господствующемъ ученіи объ эгоизмѣ «этической квалификаціи» и придаванія неспатичнаго облика всей наукѣ предположеніемъ, вмѣсто формулы эгоизма, формулы «хозяйственнаго человѣка» въ смыслѣ предположенія не непременно эгоизма, а только исключительнаго дѣйствія въ хозяйственной жизни хозяйственнаго интереса, какъ мотива. Въ германской литературѣ представителемъ этого ученія является Dietzel, *Theoretische Socialökonomik*, I, 1895, стр. 78 и сл., выдающійся послѣдователь его въ этомъ отношеніи въ Россіи—М. И. Туганъ-Барановскій, *Основы политической экономіи*, 1909 г., стр. 43 и сл. Но такая формулировка включаетъ не правильную и годную для выводовъ характеристику подлежащей мотивации, а отказъ отъ таковой. Въ качествѣ мотивационной посылки это ничего не говорящее положеніе, однаково годное или, точнѣе, одинаково негодное при дѣйствіи какого угодно права. Если бы отмѣнить наследственное право или и современный семейственный строй, мотивация хозяйственнаго поведенія существенно бы измѣнилась, но фразу о хозяйственномъ человѣкѣ можно было бы при-мѣнить съ равнымъ успѣхомъ, именно вслѣдствіе ея безсодержательности.

ныхъ фактическихъ условій для ея развитія. Конечно, успѣхи эти допускаются не путемъ дѣйствительнаго и послѣдовательнаго примѣненія предлагаемыхъ основныхъ понятій и посылокъ, а, напротивъ, вопреки этимъ понятіямъ и послылкамъ, благодаря фактическому ихъ непримѣненію и замѣнѣ ихъ, послѣ сознательнаго установленія ихъ въ началѣ изложенія, совсѣмъ иного рода бессознательно-удачными представленіями и предположеніями. Такъ, совершенно независимо отъ предлагаемыхъ различными авторами различныхъ опредѣленій хозяйства и т. д., представители теоріи экономическихъ явленій фактически одинаково изображаютъ дѣйствіе частно-правной мотивациі. Равнымъ образомъ, ни одинъ экономистъ, несмотря на обѣщаніе выводить дальше всѣ ученія изъ предположенія исключительнаго дѣйствія эгоизма, на самомъ дѣлѣ такого обѣщанія не исполняетъ. Если бы какой экономистъ попробовалъ примѣнить логическую послѣдовательность, онъ, какъ мы показали выше, долженъ былъ бы въ результатѣ получать не построеніе, а разрушеніе народнаго хозяйства, голодъ, нищету и т. д. вмѣсто этого, все изображается приблизительно въ такомъ видѣ, какъ это соотвѣтствуетъ дѣйствительнымъ тенденціямъ мотивационнаго дѣйствія гражданскаго права; ибо вмѣсто обѣщанной послылки примѣняются бессознательно инныя исходныя представленія, — представленія такой мотивациі и такого поведенія, которыя фактически преобладаютъ, въ частности свойственны, какъ выражались римскіе юристы, среднему „доброму отцу семейства“ (*bonus pater familias*), не человѣку-уроду, эпикурейцу-эгоисту, а порядочному человѣку и хорошему, заботящемуся не только о своемъ я и своихъ наслажденіяхъ, а и о семьѣ и ея будущемъ, и т. д.

Имѣется весьма своеобразное, странное и ненормальное, положеніе и отношеніе двухъ важныхъ и цѣнныхъ наукъ: науки права вообще и гражданскаго права въ частности, съ одной стороны, теоріи экономическихъ явленій, съ другой стороны.

Эти двѣ науки, изучающія, въ существѣ дѣла, одно и то же съ различныхъ сторонъ, другъ друга не знаютъ, идутъ врозь, не сознавая взаимной связи и общности предмета изученія, и попадаютъ на почвѣ этой отчужденности въ существенныя недоразумѣнія.

Наука права, въ частности наука гражданского права, разсуждаетъ о „защитѣ интересовъ“, „защитѣ частныхъ интересовъ“ и т. д., хотя т. ск. по сосѣдству имѣется вмѣсто этой темноты свѣтъ элегантнои науки, изучающей дѣйствіе и выясняющей значеніе гражданского права, представляющей теорію дѣйствія гражданского права (хотя и не полную, частичную теорію).

Съ другой стороны, политическая экономія безуспѣшно ищетъ опредѣленія предмета своего изученія и основныхъ факторовъ, дѣйствующихъ въ изучаемой ею области, не сознавая того, что она есть теорія дѣйствія права, изучаемаго по сосѣдству другой наукою, цивилистикой.

Это ненормальное, вредное для обѣихъ сторонъ, положеніе слѣдуетъ устранить путемъ взаимнаго ознакомленія и приведенія въ связь обѣихъ наукъ.

Психическое дѣйствіе приведенныхъ выше основныхъ началъ гражданского права не исчерпывается, конечно, его мотивационнымъ дѣйствіемъ. Болѣе глубокое и, съ точки зрѣнія исторіи и будущности человѣчества, болѣе существенное психическое дѣйствіе его состоитъ въ измѣненіи человѣческаго характера, въ частности въ воспитаніи хозяйственной дѣльности, въ искорененіи лѣни, апатіи, небрежности, легкомыслія, расточительнаго отношенія къ хозяйственнымъ благамъ, въ развитіи бережливости, трудолюбія, предпримчивости, способности и склонности планомѣрно заботиться о своемъ и чужомъ благосостояніи съ проявленіемъ соотвѣтственной активной энергіи и съ соотвѣтственными воздержаніями и самоограниченіями и т. д.; между прочимъ, это такія свойства характера, которыя, по мѣрѣ ихъ развитія и укрѣпленія въ народныхъ массахъ, не только существенно повышаютъ успѣшность дѣйствія подлежащей правовой системы и уровень народнаго благосостоянія, но и дѣлаютъ возможнымъ ослабленіе того сильнаго мотивационнаго давленія, не лишенаго жестокости, которое создаетъ теперешнее право (угроза смертью отъ голода и т. д.), или даже устраненіе этой мотивации и замѣну ея болѣе мягкой и гуманною системою мотивационнаго и воспитательнаго воздѣйствія.

Научное, возможно болѣе глубокое и всестороннее, изученіе культурно-воспитательнаго дѣйствія подлежащаго права пред-

ставляетъ важную задачу будущаго, важную въ частности съ точки зрѣнія положенія: *savoir pour prévoir*, знать, чтобы предвидѣть. Между прочимъ, однимъ изъ существенныхъ недостатковъ политической экономіи, при современной ея постановкѣ, является именно то, что она, изучая дѣйствіе частнаго права, остается на поверхности мотивационнаго дѣйствія, оставляя въ сторонѣ указанное, болѣе глубокое и существенное, дѣйствіе подлежащаго правового строя. —

Существенно отличную отъ охарактеризованной выше нормировку хозяйственной жизни и систему правовой мотивации и педагогики представлялъ бы социалистическій строй.

Какъ уже указано выше, здѣсь всѣ члены общества имѣли бы право на пропитаніе и доставленіе средствъ удовлетворенія другихъ потребностей изъ общаго фонда, на общій счетъ, и, съ другой стороны, работоспособные обязаны были бы работать на общую пользу, участвовать въ общемъ процессѣ производства хозяйственныхъ благъ съ помощью общихъ орудій производства или исполнять другія порученныя имъ функціи, въ качествѣ руководителей или подчиненныхъ исполнителей, согласно указаніямъ другихъ. Въмѣсто самостоятельнаго дѣйствія множества отдѣльныхъ хозяйствъ, безъ какого бы то ни было общаго плана и руководства со стороны какой-либо центральной власти, здѣсь имѣлось бы единое общее хозяйство со сложною единою организаціею, съ единымъ планомъ, руководствомъ и управленіемъ, съ единымъ руководящимъ и направляющимъ центромъ и сложною многостепенною іерархическою системою подчиненныхъ органовъ, съ соотвѣтственною правовою регламентаціею дѣятельности центральныхъ и верховныхъ и множества подчиненныхъ органовъ, и т. д.

Эту систему можно охарактеризовать, какъ систему централизаціи или планомѣрной организаціи, въ отличіе отъ разсмотрѣнной выше системы, которую можно назвать системою децентрализаціи, системою раздѣльности и самостоятельности множества отдѣльныхъ лицъ и хозяйствъ.

Что касается правовой мотивации подлежащаго, централизованнаго строя производства и вообще удовлетворенія общественныхъ потребностей, то, въ виду права всѣхъ членовъ общества, дѣтей и взрослыхъ, на пропитаніе и удовле-

твореніе другихъ потребностей изъ общаго фонда, той свободной или самостоятельной правовой мотивации эго-альтруистическаго свойства, о которой шла рѣчь выше, здѣсь бы не было; вмѣсто нея, въ виду обязанности работать на общую пользу, дѣйствовала бы система мотивации, состоящая въ сочетаніи двухъ видовъ мотивационнаго дѣйствія права, а именно: 1) той мотивации, которую мы выше назвали специфически-правовою или непосредственною правовою мотивациею: разныя дѣятельности на общую пользу, въ томъ числѣ, напр., полевая работа, шитье платья и т. п., происходили бы по долгу общественной службы согласно соотвѣтственнымъ правовымъ предписаніямъ. 2) той мотивации, которую мы выше назвали вспомогательною, необходимою въ той мѣрѣ (въ частности въ размѣрѣ такого дополнительнаго психическаго давленія), какая соотвѣтствуетъ достигнутому предыдущимъ правовымъ воспитаніемъ и дѣйствіемъ другихъ факторовъ соціальнаго воспитанія, нравственности, религіи и т. д., уровню культурности человѣческаго характера. Чѣмъ ниже этотъ уровень, напр., въ случаѣ преждевременной реформы, до достиженія съ помощью права собственности, наследственнаго права и т. д. выработки извѣстной, относительно высокой степени трудолюбія и иныхъ элементовъ хозяйственной дѣльности, тѣмъ болѣе сильное дополнительное психическое давленіе было бы необходимо для хорошаго или сколько-нибудь сноснаго функціонированія подлежащаго правового строя ¹⁾.

¹⁾ Сообразно съ этимъ обычное связываніе съ идеями и стремленіями социализма идея соціальнаго равенства представляетъ недоразумѣніе. Оно означаетъ предположеніе наличности такого совершенства характера народныхъ массъ, что достаточно наличности права безъ великихъ санкцій для успѣшнаго дѣйствія подлежащаго правопорядка; что достаточно каждому указать его обязанности, распределить работы и проч., чтобы всѣ или почти всѣ проявили соотвѣтственное радѣніе, трудолюбіе и проч.; чтобы всѣ старательно, аккуратно и энергично работали, хотя лѣнь, нежеланіе исполнять свой долгъ, небрежное, эгоистическое или даже безсовѣстное и циничное отношеніе къ общественнымъ интересамъ не связано ни съ какими невыгодами; усердная, энергичная и высоко полезная дѣятельность не влечетъ за собою никакихъ выгодъ, никакихъ улучшеній соціальнаго положенія и т. д. Поскольку нѣтъ или, точнѣе, нѣтъ еще почвы для предположенія столь высокаго уровня народной психики, соединеніе или смѣшеніе идей социализма съ идеею соціальнаго равенства представляетъ психологическую, или, спеціально, правно-психологическую несообразность. Движеніе къ соціальному равенству, какъ къ идеалу, и въ социалистическомъ строѣ

Сообразно съ указанными отличіями содержанія и мотивации и воспитательное дѣйствіе социалистическаго права было бы иное, болѣе непосредственно направленное на выработку готовности и способности интересоваться общественными дѣлами и соотвѣтственно дѣйствовать и т. д. (нѣкоторые же элементы народнаго характера, выработанные предыдущимъ правомъ, напр., склонности къ наживѣ, жадность, склонности къ семейнымъ привязанностямъ и солидарностямъ, хотя бы насчетъ общаго блага, подвергались бы обратному развитію, атрофированію).

Между прочимъ, что касается изученія дѣйствія подлежащаго права, то именно обстоятельное изслѣдованіе соотвѣтственной правовой педагогики было бы центральною темою научнаго изслѣдованія въ этой области; что же касается поведенія, то существованіе науки, соотвѣтствующей теперешней экономической теоріи, изучающей, какъ мы видѣли, законы (тенденціи) поведенія, вызываемаго гражданско-правовою мотивацией, путемъ соотвѣтственныхъ дедукцій, не имѣло бы никакого смысла. Такъ какъ это поведеніе, за исключеніемъ случаевъ нарушенія права, происходило бы, такъ сказать, «по писанному», было бы исполненіемъ предписаннаго правомъ и социальнымъ начальствомъ, то построеніе соотвѣтственной «политической экономіи» означало бы переписку уже написаннаго въ кодексахъ и проч. Если бы (теоретическая) политическая экономія изучала не только то, чѣмъ ограничено теперь поле ея зрѣнія, а и воспитательное дѣйствіе права, а въ области мотивационнаго дѣйствія права, сознавъ именно такую природу предмета своего изученія, она расширила свои рамки до предѣловъ соотвѣтственной общей теоріи, не ограничивалась бы изученіемъ поведенія, вызываемаго теперешнимъ гражданскимъ правомъ, тогда объ упраздненіи ея, конечно, не могло бы быть рѣчи.

можетъ быть лишь постепеннымъ, по мѣрѣ успѣховъ народнаго воспитанія съ помощью соотвѣтственнаго права съ надлежаще приноровленными санкціями, съ движеніемъ вверхъ по социальной лѣстницѣ сообразно общественной дѣльности и общественнымъ заслугамъ и т. д. Соціальное неравенство есть правовой коррелятъ социальнаго несовершенства, недостаточной воспитанности характера народныхъ массъ— по закону обратной пропорціональности. Впрочемъ, одна важная разница, что касается социальнаго неравенства, существовала бы между социалистическимъ строемъ, даже преждевременнымъ социалистическимъ строемъ или социалистическимъ строемъ низшихъ ступеней развитія, и теперешнимъ строемъ; а именно, въ виду упраздненія наследственнаго права, необходимаго, какъ видно изъ вышеизложеннаго, элемента теперешняго права и излишняго при социалистическомъ строѣ, неравенство имѣло бы личный только характеръ безъ добавленія элемента наследственности.

Въ теперешнемъ, реальномъ правовомъ строѣ имѣется одновременное существованіе и взаимодействіе обѣихъ кратко охарактеризованныхъ выше системъ правно - психического управления человѣческимъ поведеніемъ и воспитаніемъ: децентрализованной съ самостоятельной мотиваціею и т. д. и централизованной, организованной, коллективистической или, если угодно, социалистической.

Нѣкоторыя области жизни нормируются путемъ установленія сложной системы вышнихъ и низшихъ, подчиненныхъ и соподчиненныхъ органовъ съ планомѣрнымъ предписаніемъ имъ предмета и направленія ихъ дѣятельности, съ единымъ направляющимъ центромъ, единымъ бюджетомъ и т. д.; и правовая мотивація, лежащая въ основаніи дѣятельности, направленной на удовлетвореніе соответственныхъ общественныхъ потребностей, состоитъ въ комбинаціи специфически-правовой мотиваціи, мотиваціи сознанія долга общественной службы (государственной, земской, городской и т. п.), и вспомогательной (повышеніе по службѣ въ случаѣ усерднаго и успѣшнаго исполненія долга и т. д.). Такъ, напр., потребности государственной обороны (военное и морское дѣло), доставленія правосудія (судебное дѣло), разныя отрасли потребностей сообщенія, почта, телеграфъ, желѣзнодорожное дѣло, продажа питей, табака и т. п., гдѣ эти дѣла переведены въ коллективное управленіе путемъ соответственныхъ монопольныхъ системъ, входятъ въ сферу дѣйствія централизованной системы съ главными центрами управленія въ столицахъ подлежащихъ государствъ. Подъ главнымъ управленіемъ этихъ центровъ, дающихъ директивы въ формѣ законовъ въ тѣсномъ смыслѣ слова и иныхъ актовъ, дѣйствуютъ еще разныя подчиненныя коллективныя хозяйства, земскія, городскія и т. д.; здѣсь, напр., предметами коллективнаго, централизованнаго хозяйства бываютъ санитарное, больничное дѣло, извѣстная часть училищнаго дѣла, городское освѣщеніе, водоснабженіе, телефоны, трамваи и проч.

Другія области удовлетворенія народныхъ потребностей, въ томъ числѣ насущнѣйшихъ, напр., въ хлѣбѣ и другихъ предметахъ питанія, въ одеждѣ, жилищѣ и проч.—находятся въ сферѣ дѣйствія системы децентрализаціи съ безчисленными независимыми и по собственному усмотрѣнію дѣйствующими

щими хозяйственными центрами, съ самостоятельной мотивациею и т. д.

§ 50. Право социальнаго служенія и лично-свободное право.

Положенія, установленныя выше, не означаютъ опредѣленій природы публичнаго и частнаго права въ смыслѣ указанія общихъ и отличительныхъ признаковъ того, что принято называть публичнымъ правомъ, съ одной стороны, гражданскимъ правомъ, съ другой стороны.

При первомъ установленіи этихъ положеній и обоснованіи ихъ съ помощью соответственныхъ спеціальныхъ изслѣдованій авторъ вообще имѣлъ въ виду не теоретическія, а совсѣмъ нинѣ задачи. Дѣло шло объ обоснованіи идеи о возможности и необходимости построенія, въ дополненіе къ существующимъ наукамъ правовѣдѣнія, науки (законодательной и иной) политики права, въ частности цивильной политики, политики частнаго права, о выработкѣ и обоснованіи единаго научнаго метода для подлежащей науки, о выясненіи природы посылокъ ея (правно-психологическихъ: мотивационныхъ и педагогическихъ), объ установленіи и обоснованіи высшей задачи, идеала политики (воспитательнаго идеала воцаренія дѣйственной любви къ другимъ и человечеству вообще) и т. д.

Что же касается вопроса объ опредѣленіи гражданскаго права, то авторъ въ связи съ выясненіемъ существованія и различной природы двухъ системъ правовой нормировки: децентрализованной и централизованной (*Lehre v. Einkommen*, II, стр. 462 и сл.) указалъ слѣдующее: 1) съ точки зрѣнія соответственнаго пониманія дѣйствія гражданскаго права, о примѣненіи идеи «защиты интересовъ», объ усматриваніи существа дѣла въ защитѣ частныхъ интересовъ, въ соответственныхъ искахъ, процессахъ и т. д., конечно, принципиально, не можетъ быть рѣчи (ср. также 1-й томъ *L. v. Einkommen*, 1893, стр. 327 и сл. объ основномъ общественномъ значеніи институтовъ гражданскаго права, какъ основѣ современнаго социальнаго строя, несоизмѣримо болѣе существенномъ значеніи, чѣмъ, напр., вопросъ о монархической или республиканской формѣ правленія и т. п.); 2) но, съ другой стороны, поскольку рѣчь идетъ объ опредѣленіи гражданскаго права, замѣнить традиціонныя, явно ошибочныя, признаки какимъ-либо другимъ признакомъ въ качествѣ общаго и отличительнаго не представляется возможнымъ; повидимому, на почвѣ примѣнимости гражданскаго процесса къ разнороднымъ правоотношеніямъ, къ гражданскому праву традиціонно причисляются посторонніе элементы («*Der Civilprozess hat in das Civilrecht principiell verschiedenartige, heterogene Sätze zusammengeworfen*, *L. v. E.* II, стр. 473); семья

представляет особую социальную организацию; внутри ея дѣйствуют не начала мѣновыхъ договоровъ и т. п., а начало социально-организованнаго строя, какъ и въ государствѣ (стр. 465 и сл., ср. объ этомъ подробнѣе ниже); такимъ образомъ, вмѣсто основанныхъ на недоразумѣніи и безнадежныхъ попытокъ найти общіе и отличительные признаки, слѣдуетъ, для выясненія природы и состава подлежащей группы, обратиться къ приему не опредѣленія, а перечисленія, указанія составныхъ элементовъ группы (стр. 473 прим.). Изложеніе Л. в. Е. не касается вопроса о составѣ т. н. публичнаго права. Лишь впоследствии, въ статьѣ о незаконномъ обогащеніи въ «Вѣстникѣ Права», 1900, № 2, стр. 9, авторъ указалъ, что и подъ именемъ «публичное право» скрывается не классъ, а эклектическая группа: «къ системѣ правовой децентрализація въ нашемъ смыслѣ относится не только гражданское право, но и международное, междуродовое въ эпоху родового быта и т. д.» (ср. ниже).

Положеніе о необходимости введенія въ изученіе права психологической точки зрѣнія и соответственныхъ методовъ, въ частности изученія мотиваціоннаго дѣйствія права, примѣненія въ области гражданскаго права народно-хозяйственной точки зрѣнія (въ отличіе отъ точки зрѣнія частныхъ интересовъ) и т. д.—положенія, обоснованныя и подкрѣпленныя цѣлымъ рядомъ специальныхъ изслѣдованій съ результатами, получившими болѣе или менѣе общее признаніе,—не встрѣтили возраженій въ научной литературѣ, въ частности со стороны юридической и экономической критики «Ученія о доходѣ», или были прямо признаны правильными (ср., напр., критики, упомянутыя во Введеніи, предисловіи, стр. 5 прим., ср. также Р. Oertmann, направленіе нѣмецкой литературы частнаго права съ 1896 года въ журн. «Право» 1900 г., № 3, П. Покровский, «Желательная постановка гражданскаго права въ изученіи и преподаваніи», Кіевъ, 1896 г., и др.). Впрочемъ, различеніе централизованной и децентрализованной системы встрѣтило возраженіе въ русской литературѣ, а именно со стороны проф. Шершеневича. Онъ указываетъ по этому поводу слѣдующее: «Нѣкоторые совершенно смпѣваются въ возможности найти искомый признакъ, напр., см. Петражицкій, *Die Lehre vom Einkommen*, т. II, 1895, стр. 473, прим. Последний авторъ замѣняетъ понятіе гражданскаго права системою децентрализація народнаго хозяйства (Учен. Зап. Кіевского Унив. 1896, № 8, LIV, Акціонерная компанія, 1898, стр. 28, прим.). Въ этомъ взглядѣ кроется ошибка, въ силу которой смѣшивается децентрализація и самоуправленіе. Для гражданскаго права децентрализація мало характерна. При томъ, все же не устраняется необходимость провести разграничительную черту между системами централизація и децентрализація народнаго хозяйства» (Шершеневичъ, Курсъ гражд. права, I, § 9, ср. его же критику моей книги «*Bona fides* въ гражд. правѣ» въ Журн. Мин. Юст. 1898, № 6, ср. 281 и сл.). Но, принципиальный съ перваго взгляда упрекъ въ смѣшеніи

совершенно разнородныхъ понятій на самомъ дѣлѣ есть чисто словесный упрекъ, основывающійся на томъ, что я употребилъ для выясненнаго мною понятія слово «децентрализація», существующее уже и примѣняемое въ области государственной жизни въ совершенно иномъ смыслѣ (что для всякаго знающаго подлежащіе два смысла должно было бы быть само собою яснымъ и, сверхъ того, мною особо подчеркивается въ ст. «Иски о незаконномъ обогащеніи». Вѣстникъ права, стр. 8: «въ иномъ, болѣе относительномъ смыслѣ, употребляется это слово въ наукѣ государственнаго права»). При томъ, слѣдуетъ добавить, установленнаго мною понятія отнюдь не слѣдуетъ смѣшивать и съ государственно-правовымъ понятіемъ «самоуправленія». Имя «децентрализація» имѣетъ въ моемъ изложеніи тотъ специальный смыслъ, который мною указанъ, и принесеніе понятій государственнаго права, все равно, государственной «децентрализаціи» или «самоуправленія», представляетъ, дѣйствительно, смѣшеніе разнородныхъ понятій. Разумѣется, на почвѣ такого отождествленія децентрализація оказывается для гражданскаго права «мало характерной», правильно было сказать: «совсѣмъ не характерной» и даже болѣе, характерной именно для государственнаго права, а не гражданскаго, такъ же, какъ и «самоуправленіе» — явленіе государственнаго быта.

Въ особенно полномъ и послѣдовательномъ видѣ изложенныя положенія, какъ и другія общія идеи, обоснованныя въ «Lehre v. Einkommen» (ср. Введеніе, предисл. и стр. 66 прим.), были восприняты и популяризированы Р. Штаммлеромъ въ рядѣ его сочиненій: «Wirtschaft und Recht» 1896; «Das Recht der Schuldverhältnisse» 1897; «Die Bedeutung des deutschen bürgerl. Gesetzb. für den Fortschritt der Kultur», 1900; «Die Lehre von dem richtigen Rechte», 1892; «Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft» (Die Kultur der Gegenwart, Th. II, Abth. VIII, 1906); «Die Zukunftsaufgaben des Rechts und der Rechtswissenschaft» (тамъ же). Это въ частности относится и къ различенію двухъ системъ правового регулированія человѣческаго поведенія: децентрализованной и централизованной. Ср., напр., Wirtschaft und Recht, § 10, стр. 46: «Общество, которое вело бы производство хозяйственныхъ благъ и общую борьбу за существованіе путемъ планообразной организаціи, управляемой изъ большихъ центровъ (in planmässiger Organisation von grossen Centralpunkten aus zu leiten hätte), устранивъ частную собственность на орудія производства и независимую производительную дѣятельность отдѣльныхъ лицъ» и т. д.; тамъ же, стр. 52: «Соціальное хозяйство, какъ *цѣлое*, происходитъ планообразно организованнымъ способомъ подъ центральнымъ руководствомъ»; тамъ же, стр. 121: «тотъ способъ, при которомъ соціальная нормировка происходитъ болѣе планообразнымъ образомъ изъ повелѣвающаго центра правовой нормировки и съ помощью непосредственныхъ предписаній отдѣльнымъ лицамъ. Здѣсь «соціальный» означаетъ противоположность предоставляющей свободу нормировкѣ человѣческаго общежитія. Между тѣмъ какъ

въ области послѣдней нормировки законодатель стремится повліять на (поведеніе) отдѣльныхъ лицъ лишь косвеннымъ образомъ, пользуясь другими, эмпирически наблюдаемыми, мотивами ихъ» и проч. и проч.; Die Lehre von dem richtigen Rechte, стр. 246, имѣется «альтернатива»: «Правовая нормировка регулируетъ совмѣстную дѣятельность людей или путемъ прямыхъ указаній изъ единого центрального пункта, или она предоставляетъ отдѣльнымъ людямъ принимать участіе въ социальномъ процессѣ пропитанія и культуры (Ausbildung, воспитанія?) свободно, путемъ самостоятельнаго рѣшенія»; тамъ же, стр. 249, 256 и др. (Ср. также примѣненіе понятій централизаціи и децентрализаціи къ характеристикамъ разныхъ элементовъ хозяйственнаго строя и опредѣленію предмета политической экономіи у Дитзеля, въ назв. выше, капитальномъ въ области экономической «гносеологін», его трудѣ, стр. 86 и сл.: «Историческіе хозяйственные строи могутъ быть охарактеризованы какъ компромиссы между децентрализованнымъ и централизованнымъ строемъ, какъ смѣшанныя формы различнаго содержанія, смотря по размѣру сферы господства того или другаго строя.

Эти сложные и измѣнчивыя экономическіе строи дѣйствительности экономическая теорія разлагаетъ на ихъ составныя части и подвергаетъ *основныя формы* отдѣльному, изолирующему изученію. Она изслѣдуетъ теченіе хозяйственныхъ процессовъ, съ одной стороны, при предположеніи, что экономическій строй имѣетъ децентрализованную природу, съ другой стороны, при предположеніи, что онъ имѣетъ централизованную природу» и т. д. (Какъ видно изъ указаннаго выше, стр. 710, въ послѣднемъ положеніи Дитзеля имѣется недоразумѣніе, ибо во второй области экономической теоріи въ обычномъ смыслѣ нечего дѣлать).

Главная идея соч. Штаммлера о хозяйствѣ и правѣ состоитъ въ томъ, что право въ человѣческой общественной жизни представляетъ управляющую, регулирующую, обусловливающую «форму», а социальное хозяйство есть управляемая, обусловленная правомъ «матерія». При чемъ, какъ видно изъ его объясненій, подлежащія метафорическія и туманныя сами по себѣ выраженія означаютъ не что иное, какъ то, что право опредѣляетъ своимъ мотивационнымъ дѣйствіемъ хозяйственныя явленія; ср., напр., стр. 236: «Только въ опредѣляющемъ (побуждающемъ) воздѣйствіи внѣшнихъ предписаній (нормъ права) на отдѣльныхъ людей осуществляется съ точки зрѣнія социальнаго хозяйства регулированіе послѣдняго; и, наоборотъ, въ *каждомъ* социальномъ регулированіи заключается необходимо воздѣйствіе на отдѣльныхъ людей, подчиненныхъ праву. Это регулированіе происходитъ именно путемъ установленія нормъ, стремящихся побуждать людей къ опредѣленному поведенію (welche die Genossen zu vorgeseztem Verhalten zu bestimmen suchen). Нормы суть средства для достиженія извѣстнаго человѣческаго поведенія; онѣ направлены на возможно большее обезпеченіе надлежащей общественной совмѣстной дѣятельности. Такимъ образомъ въ каж-

домъ отдѣльномъ случаѣ соціальной нормировки заключается воздѣйствіе на отдѣльныхъ людей, понуканіе и побужденіе ихъ (къ извѣстному поведенію)»; стр. 285: «Правовая нормировка утилизируетъ такимъ образомъ челоуѣка и его эмпирическія склонности и влеченія для достиженія надлежащей совмѣстной дѣятельности и стремится путемъ соответственнаго воздѣйствія на эти склонности и влеченія исполнить свою задачу достиженія *правильной* соціальной жизни, подобно тому, какъ техникъ утилизируетъ познанные законы природы для достиженія поставленной ему цѣли»; стр. 312: «регулированіе соціальной жизни происходитъ путемъ воздѣйствія на отдѣльныхъ членовъ обществія. Это воздѣйствіе можетъ состоять въ непосредственныхъ приказахъ и непосредственно побужденіи къ извѣстному дѣйствію и поведенію; или оно можетъ происходить косвеннымъ образомъ, а именно тѣмъ путемъ, что законодатель принимаетъ въ расчетъ разныя возможныя отдѣльныя воздѣйствія на подданныхъ... Во всякомъ случаѣ несомнѣнно, что, если бы право не предприняло такой или иной определенной нормировки, подлежащія соціальныя явленія были бы невозможны; и косвенный способъ побужденія отдѣльныхъ людей къ извѣстной желательной совмѣстной дѣятельности остается воздѣйствіемъ и рѣшающимъ причиннымъ опредѣленіемъ»; и проч. и проч.

Сообразно съ этимъ онъ опредѣляетъ природу и задачи политической экономіи слѣдующимъ образомъ (стр. 204): «Политическая экономія, въ качествѣ особой соціальной науки, представляетъ не что иное и не можетъ представлять ничего иного, какъ изученіе опредѣленныхъ системъ права со стороны ихъ фактическаго осуществленія.

А тому, который бы захотѣлъ по поводу этого опредѣленія не надобливо придираться (*belästigend zwacken*) къ отдѣльнымъ выраженіямъ, а спорить и отрицать по существу,—

тому я ставлю требованіе:

привести мнѣ хоть одно политико-экономическое понятіе или ученіе, которое бы содѣйствовало научному освѣщенію и пониманію соціальной жизни людей, какъ таковой, и которое бы не находилось въ зависимости отъ определенной внѣшней нормировки челоуѣческой совмѣстной жизни; — такъ что оно при предположеніи отсутствія этой конкретной нормировки не потеряло бы всякаго смысла и не превратилось бы въ нѣчто ничтожное¹⁾.

Что же касается вопроса объ опредѣленіи гражданскаго права и отличеніи его отъ публичнаго, между прочимъ, вопроса, пріобрѣтшаго 1896 г. особую актуальность и остроту въ Германіи въ виду

¹⁾ Ср. тамъ же о воспитательномъ дѣйствіи права, стр. 240, 290, 608 и др.; о его соціальномъ идеалѣ и полемикѣ со мною по этому поводу ср. Введеніе, стр. 66 прим.

изданія новаго гражданскаго уложенія и постановленія ст. 55 закона о введеніи въ дѣйствіе этого уложенія о томъ, что дѣйствующія въ отдѣльныхъ германскихъ государетвахъ нормы права отменяются новымъ уложеніемъ, поскольку онѣ представляютъ частно-правныя нормы,—то весьма обильная новѣйшая цивилистическая литература по этому вопросу, возникающая съ большою быстротою на почвѣ новаго уложенія (въ видѣ множества учебниковъ и иныхъ систематическихъ изложеній и комментаріевъ новаго гражд. права), относится къ нему слѣдующимъ образомъ:

1. Большинство цивилистовъ, высказавшихся за время съ 1896 г. по этому вопросу (особенно цивилистовъ, впервые высказавшихъ свое мнѣніе въ этотъ промежутокъ времени), признаютъ прямо или молчаливо невозможность научнаго его рѣшенія путемъ соответственнаго одинаго опредѣленія, указанія общихъ и отличительныхъ признаковъ ¹⁾).

¹⁾ Между прочимъ, Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerl. Rechts auf das preussisch-deutsche Verwaltungsrecht, 1900, публикуетъ (какъ видно изъ содержанія его книги, не знакомый съ содержанием Lehre vom Einkommen и не имѣющій въ виду положеній, установленныхъ въ этой книгѣ), сообщивъ, что «большинство писателей на почвѣ новаго гражданскаго уложенія считаютъ допустимымъ отказываться отъ обсужденія и указанія общихъ началъ разграниченія частнаго и публичнаго права» (стр. 17), и подтвердивъ это сообщеніе приведеніемъ длиннаго ряда писателей и сочиненій, проявляющихъ такое скептическое и «нигилистическое» отношеніе къ проблемѣ (въ томъ числѣ труды Planck'a, Neidner'a, Eck'a, Bepresserus-Lehmann'a, Bendix'a, Weyl'a, Krückmann'a и др., стр. 17—25), выражаетъ по этому поводу удивленіе и рѣшительное порицаніе. Полагая, что въ отказѣ дать или принять какую-либо общую формулу опредѣленія и въ указаніи на необходимость сортировки по отдѣльнымъ областямъ и вопросамъ, заключается логическій порочный кругъ, онъ рѣшительно заявляетъ (стр. 25): «И поэтому приходится по адресу весьма многочисленныхъ юристовъ (слишкомъ многочисленныхъ, überreiche Anzahl von Juristen) съ полною опредѣленностью выставить и дальше защищать утвержденіе, что безъ встрѣтившаго такое презрительное отношеніе общаго абстрактнаго обсуждения пѣющей здѣсь основное значеніе проблемы совершенно невозможно обойтись. Упрекъ, конечно, неправильный, ибо разъ дѣло идетъ объ эклектической группѣ, а не о классѣ въ собственномъ смыслѣ слова, какъ уже было указано въ Lehre v. Einkommen и будетъ обстоятельно выяснено ниже), то именно научно-серіозное и осторожное отношеніе къ вопросу должно состоять въ отказѣ отъ установленія общей формулы. То рѣшеніе проблемы, которое самъ Stier-Somlo считаетъ правильнымъ и отстаиваетъ, сводится къ возстановленію прежде господствовавшаго взгляда о различіи защищаемыхъ интересовъ; въ частности онъ полагаетъ, что гражданское право имѣетъ исключительно въ виду интересы и цѣли участвующихъ въ подлежащихъ правоотношеніяхъ лицъ, что «развѣ случайно, безъ соответствующаго намѣренія его дѣйствіе можетъ выйти за предѣлы интересовъ и цѣлей участниковъ подлежащихъ правоотношеній» (стр. 57).

Конечно, изложеніе Stier-Somlo (не требующее, въ виду выясненнаго выше, подробнаго изложенія и критики) не переубѣдило цивилистовъ и вообще не оказало вліянія на послѣдующую литературу; ср., напр., E. Landsberg, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches v. 18. Aug. 1896, I, 1904, § 3 (авторъ цитируетъ сочиненіе Stier-Somlo, какъ за-

Въ качествѣ наиболѣе удачной попытки разграниченія частнаго и публичнаго права безъ (невозможнаго по существу) классоваго опредѣленія въ собственномъ смыслѣ слова, особаго вниманія заслуживаетъ ученіе Карла Кроме. Онъ, повидимому, даетъ общее опредѣленіе (K. Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts, I, 1900, 14):

«Различіе публичнаго и гражданскаго права коренится (не въ приведенныхъ авторомъ раньше и отвергнутыхъ имъ критеріяхъ, а), напротивъ, исключительно въ *содержаніи* правоотношеній и касающихся ихъ нормъ права. Если эти правоотношенія относятся къ сферѣ жизни единаго общественнаго цѣлаго (des Gesamtwesens)—государства, общины и т. д.,—то это публичное право. Такова, напр., вся организація этихъ общественныхъ союзовъ; но сюда же относятся и такія отношенія отдѣльныхъ лицъ къ общественному цѣлому, которыя покоятся на ихъ членствѣ въ этомъ общественномъ цѣломъ (какъ въ области воинской повинности и обязанности платить подати, въ области другихъ обязанностей и правъ государственныхъ подданныхъ, какъ таковыхъ, и членовъ коммунальныхъ союзовъ: избирательныхъ правъ, правъ на жалованіе и т. п.). Напротивъ, относятся къ частному праву правоотношенія, въ которыхъ отдѣльныя лица находятся къ другимъ ради себя самихъ, и соответственныя нормы, напр., право собственности, долговыя требованія, семейственныя права».

ключающее обзорніе различныхъ мнѣній, но рѣшительно отвергаетъ теорію различенія интересовъ и не считаетъ вообще возможнымъ найти какое либо единое опредѣленіе, а довольствуется перечисленіемъ. Къ гражданскому праву онъ относитъ «всѣ тѣ нормы права о личности, семействѣ и имуществѣ, которыя не подвержены притяженію публичнаго права. Подвержены онъ этому притяженію, если онъ въ то же время касаются государственныхъ—или церковныхъ—дѣлъ, или также, если онъ относятся къ безусловно-принудительному праву», къ праву, требующему безусловнаго соблюденія); J. Biegmann, Bürgerl. Recht I, 1908, § 14 (авторъ указываетъ на теоретическую и практическую важность, но вмѣстѣ съ тѣмъ и большую затруднительность рѣшенія вопроса, приводитъ затѣмъ «знаменитое» опредѣленіе Ульпіана и по этому поводу замѣчаетъ: „Такимъ образомъ Ульпіанъ придаетъ значеніе *цѣли* нормъ права; по его мнѣнію, нормы, которыя служатъ *общимъ интересамъ*, относятся къ публичному праву, нормы, которыя служатъ интересамъ *отдѣльныхъ лицъ*, относятся къ частному праву. Но этотъ критерій не можетъ быть признанъ годнымъ. Цѣлью прара является *всегда* содѣйствіе *общимъ интересамъ*, а во всякомъ случаѣ *никогда* забота о частныхъ интересахъ *насчетъ общихъ*. Такимъ образомъ, слѣдую Ульпіану, слѣдовало бы признать *все* право публичнымъ... слѣдуетъ придавать значеніе не *цѣли*, а содержанію нормъ. *Публичнымъ правомъ* является такое, которое *регулируеть отношенія, въ которыхъ участвуетъ государство, а именно государство въ качествѣ такового, т. е. въ качествѣ носителя высшей власти*. Къ государству приравниваются общины и другія публично-правныя юридическія лица... Право, которое регулируетъ другія отношенія, есть частное право. Сообразно съ этимъ публичнымъ правомъ является право, опредѣляющее организацію и дѣятельности государства» и т. д.); дальнѣйшія литературныя подтвержденія ср. ниже, въ текстѣ и примѣчаніяхъ.

Но эта характеристика природы публичнаго права, и отличія его отъ частнаго представляеть на самомъ дѣлѣ рѣшеніе вопроса по методу не единого принципа и опредѣленія въ тѣсномъ смыслѣ, а перечисленія, указанія составныхъ элементовъ группы. Дѣло въ томъ, что, какъ я уже указалъ въ *Lehre vom Einkommen*, и сознаеть и Стопе, семья представляеть тоже единую социальную организацію съ общимъ единымъ управленіемъ, съ подчиненіемъ ему другихъ, какъ членовъ, и т. д. Такъ что существо его опредѣленія можно выразить такъ: Публичное право = праву социальной организаціи (или централизаціи) — (минусъ) право семьи. Частное право = праву отдѣльности, разрозненныхъ личностей + право семьи (особой малой социальной организаціи). Какъ я уже сказалъ, это сознаеть самъ авторъ. А именно, указавъ на крайности индивидуализма, который бы повелъ къ распаденію общества на элементы, и социализма и на правильность средняго рѣшенія вопроса, сочетанія принципа индивидуальности и принципа общественныхъ союзовъ, авторъ говоритъ слѣдующее:

«Общественные союзы, членами которыхъ состоятъ люди, различны. Прежде всего изъ одиночества переходитъ индивидъ въ семейный союзъ. Отсюда протекаетъ подчиненіе и главенство различныхъ членовъ семьи въ общемъ семейномъ интересѣ — социальное право, которое мы все-таки еще относимъ къ частному праву, потому что наше житейское воззрѣніе относитъ семейную жизнь къ частной».

Дальше авторъ называетъ государство и другіе «принудительные организмы», являющіеся членами государства, провинціи (губерніи) и т. д., и относитъ право подлежащихъ социальныхъ организацій къ публичному праву ¹⁾.

¹⁾ Сходно по содержанию ученіе двухъ другихъ выдающихся и авторитетныхъ цивилистовъ: Козака и Эвнеккеруса.

Ученіе Козака (K. Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts*, I, § 2, 4-е изд. 1903 г.) состоитъ въ слѣд:

«Гражданское право. Подъ нимъ слѣдуетъ разумѣть систему нормъ права, которыя имѣютъ дѣло съ частными лицами, какъ таковыми. Противоположно гражданскому праву *публичное право*, т. е. право служащихъ общественному интересу организацій, стало бытъ государства, общинъ, церкви и т. д.; лишь поскольку эти организаціи приравниваются правомъ къ частнымъ лицамъ, что по общему правилу имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, если онѣ вступаютъ въ хозяйственныя мѣновыя отношенія, напр., приобретаютъ участки земли, заключаютъ заемъ, и ихъ правоотношенія относятся къ частному праву».

Къ этому поясненію мелкимъ шрифтомъ: «Попытки дать болѣе точное разграниченіе частнаго и публичнаго права мы здѣсь не предпринимаемъ, такъ какъ затрудненія, которыя здѣсь имѣются въ большемъ числѣ, лучше обсуждать въ связи съ публичнымъ правомъ».

Въ болѣе раннихъ изданіяхъ своего учебника, въ частности въ первомъ, въ поясненіи мелкимъ шрифтомъ авторъ говорилъ: „Это опредѣленіе частнаго права имѣетъ нѣсколько поверхностный характеръ; оно имѣетъ только цѣлью указать, какія нормы права по соображеніямъ цѣлесообразности или за отсутствіемъ иного обоснованнаго вы-

Въ ясной и рѣшительной формѣ въ пользу метода перечисленія выступаетъ, между прочимъ, въ новѣйшей русской литературѣ проф. Д. Д. Гриммъ (Курсъ римскаго права, I, 1904, § 13). Указавъ, что теорія различія интересовъ покоится «на совершенно ложномъ базисѣ, что именно институты гражданскаго права суть «институты, представляющіе огромнѣйшій общественный интересъ» (стр. 78), авторъ, съ своей стороны, полагаетъ, что «всякая попытка *теоретическаго* обоснованія дѣленія права на публичное и частное» является «безнадежной» (стр. 81). «Мы въ данномъ случаѣ имѣемъ дѣло съ *исторически сложившейся, удовлетворяющей чисто практическимъ цѣлямъ группировкою правовыхъ институтовъ*, которая съ научной точки зрѣнія не имѣетъ самостоятельной цѣнности и представляется *иррациональной*, объединяющей разнородныя и разъединяющей однородныя явленія (роль объединяющаго фактора, по мнѣнію автора, сыгралъ гражданскій процессъ, одинаковая охрана «въ порядкѣ гражданскаго суда», стр. 81). Разъ это такъ, то задача изслѣдователя и въ частности догматика, призваннаго излагать данную положительную систему *частнаго* права, сводится къ тому, чтобы, во-1-хъ, перечислить тѣ институты, которые на основаніи уста-

хода по традиціи соединяются въ одну замкнутую систему. Этимъ объясняется, что такъ опредѣлившееся гражданское право совершенно лишено единого характера: такъ, напр., право заключенія брака и развода, которое всѣми причисляется къ гражданскому праву, такъ какъ оно касается частныхъ лицъ, какъ таковыхъ, едва-ли имѣетъ что либо общее съ равнымъ образомъ относящимся къ частному праву вещнымъ и наследственнымъ правомъ».

Ученіе Эниекцеруса (Ennecerus-Kipp-Wolff, Lehrb. des bürgerl. R. I, 4-е изд. 1909 г. § 31) состоитъ въ слѣдъ:

«Мы дѣлимъ все право на публичное и частное.

Люди являются предметомъ правовой нормировки не только въ качествѣ отдѣльныхъ существъ; они соединяются также въ различныя организованныя совокупности, въ которыхъ господствуетъ объединенная человѣческая воля и которыя поэтому нашему естественному и правовому воззрѣнію представляются право- и волеспособными единицами и поэтому могутъ быть названы коллективными существами (Gemeinwesen). Если такія коллективныя существа непосредственно устроены правомъ (а не частною волею) въ интересахъ общаго благосостоянія, то мы ихъ называемъ публичными коллективными существами. Къ нимъ относятся: а) Государство...» Авторъ насчитываетъ ихъ четыре категоріи, въ томъ числѣ «церкви, т. е. организованныя христіанскія религіозныя общества», а затѣмъ онъ продолжаетъ: «*И вотъ публичнымъ правомъ мы называемъ право, регулирующее отношенія публичныхъ коллективныхъ существъ, какъ таковыхъ*, которое, иначе говоря, опредѣляетъ право господства и обязанности, принадлежащія совокупности пзъ-за ея качества, какъ совокупности. Напротивъ, гдѣ такое коллективное существо вступаетъ въ такія же отношенія, какія бываютъ и у отдѣльныхъ людей (напр., въ качествѣ кредитора, должника, собственника, наследника), тамъ дѣло идетъ не о публичномъ, а о частномъ правѣ.

Частное право регулируетъ правоотношенія, въ которыхъ индивиды находятся въ качествѣ таковыхъ (не въ качествѣ членовъ пу-

новившейся практики причисляются къ частноправнымъ, и, во-2-хъ, указать то практическое значеніе, которое связано съ подведеніемъ подлежащихъ институтовъ подъ эту рубрику» (стр. 82). Сообразно съ этимъ, авторъ перечисляетъ институты гражданского права, дѣля ихъ на личные и имущественные («право вещное, обязательственное, семейно-имущественное и наследственное»), и указываетъ, что «остальные личные и имущественныя отношенія (какъ, напр., отношенія къ органамъ власти, какъ таковымъ, отношенія податного права и т. п.) регулируются нормами публичнаго права» (стр. 82).

2. Какъ уже видно изъ приведенныхъ выше (въ текстѣ и прим.²) данныхъ, формула защиты частныхъ интересовъ (и вообще формула защиты интересовъ) большинствомъ прямо или молчаливо (безъ упоминанія и обсужденія) отвергается, а вмѣсто нея для разграниченія частнаго права отъ публичнаго выдвигается характеристика публичнаго права, какъ организационнаго права, права общественныхъ организацій, коллективныхъ единицъ, или дается перечисленіе подлежащихъ общественныхъ союзовъ (государство, общины, церковь...) съ указаніемъ, что подлежащее право есть публичное право.

бличныхъ коллективныхъ существъ). Но и отношенія публичныхъ коллективныхъ существъ относятся, какъ уже отмѣчено выше, постольку къ частному праву, поскольку они покоятся не на ихъ властномъ положеніи и ихъ задачахъ, какъ публичныхъ коллективныхъ единицъ».

Существеннымъ недостаткомъ этихъ характеристикъ является, между прочимъ, то, что онѣ не проводятъ послѣдовательно одного принципа дѣленія: нормы социальной организаціи, прочія нормы, нормы иного содержанія, нормы раздѣльности, а приѣмиваютъ къ нему, въ частности, при опредѣленіи частнаго права, предлагавшійся прежде нѣкоторыми и справедливо отвергнутый господствующимъ мнѣніемъ критерій качества, въ какомъ выступать индивидъ, критерій, какъ мы видѣли выше, стр. 675, совершенно несостоятельный.

Что касается затѣмъ спеціально ученія Козака, то онъ самъ, какъ мы видѣли, сознаетъ, что его формула не содержитъ удовлетворительнаго рѣшенія «затрудненій»; что касается Эниекперуса, то онъ не напрасно перечисляетъ четыре категоріи публичныхъ социальныхъ организацій; ибо семья представляетъ тоже социальную организацію, право отеческой власти, право дѣтей на заботу со стороны отца и т. д. принадлежатъ этимъ лицамъ, какъ членамъ этой социальной организаціи, а не какъ отдельнымъ индивидамъ; подлежація отношенія между родителями и дѣтьми основаны не на «частной волѣ», договоръ дѣтей съ отцомъ, а на непосредственномъ предписаніи права п т. д.

Затѣмъ, Эниекперусъ, слѣдуя ученію представителей науки государственнаго права о томъ, что государственныя правоотношенія существуютъ только между государствомъ, какъ единымъ лицомъ, и отдельными людьми, а всѣ прочія нормы, напр., опредѣляющія отношенія между монархомъ и министрами и проч., представляютъ только объективное право, не создающее субъективныхъ правъ, п т. д., и дѣля въ то же время все право (т. е. и «объективное право») на двѣ категоріи по правамъ и обязанностямъ,—совершаетъ очевидно, дѣленіе безъ основанія дѣленія (fundamentum divisionis).

Слѣдуетъ, впрочемъ, оговориться, что нѣкоторые и притомъ весьма выдающіеся и авторитетные юристы остались при прежнемъ мнѣніи о различіи интересовъ, какъ критеріи различенія частнаго и публичнаго права.

Мы имѣемъ прежде всего и главнымъ образомъ Дернбурга. Этотъ корифей новѣйшей цивилистики сохранилъ и въ новѣйшихъ изданіяхъ своего учебника пандектнаго права свое, приведенное нами выше (стр. 655), ученіе ¹⁾. И въ новѣйшемъ своемъ сочиненіи, посвященномъ новому германскому гражд. праву (*Das bürgerl. Recht des deutschen Reichs und Preussens*, I. § 13. 17), Дернбургъ все еще не оставилъ прежней точки зрѣнія. Здѣсь, впрочемъ, имѣются нѣкоторыя уступки въ направленіи признанія затруднительности установленія какого-либо единаго рѣшенія и въ направленіи принятія во вниманіе начала соціальной организаціи. Такъ, здѣсь (§ 13) читаемъ: «Возникаетъ трудный вопросъ, какія нормы права въ смыслѣ ст. 55 (ср. выше, стр. 714) слѣдуетъ относить къ частному, какія къ публичному праву. Новое гражданское уложеніе этого особо не указываетъ; но оно разумѣетъ подъ публичнымъ правомъ тѣ нормы, которыя непосредственно касаются государственнаго строя, публичныхъ корпорацій, вообще учрежденій, служащихъ совокупной жизни націи, въ отличіе отъ нормъ права, въ области которыхъ на первомъ планѣ находится интересъ отдѣльнаго лица ¹⁾. Но этимъ дается развѣ нѣкоторая

¹⁾ Несмотря на признаніе правильности и введеніе въ содержаніе учебника многочисленныхъ результатовъ специальныхъ изслѣдованій, имѣющихся въ «*Lehre v. Einkommen*» и «*Fruchtvertheilung*» и проводящихъ противоположную точку зрѣнія (*Pandekten I* §§ 78, 205, II §§ 28—30, III § 22, гдѣ, между прочимъ, въ текстѣ дается объясненіе института дѣленія дополнительныхъ доходовъ съ мотивационной точки зрѣнія, исключающей примѣненіе къ соответственнымъ правамъ мужа и жены точки зрѣнія охраны ихъ, данныхъ лицъ, интересовъ, и т. д.); такъ что получилось внутреннее противорѣчіе, несогласованность. Эту несогласованность можно усмотрѣть въ ясной и наглядной формѣ (и безъ сопоставленія одобреннаго Дернбургомъ содержанія специальныхъ изслѣдованій *Lehre v. Einkommen* и т. д. съ его ученіемъ о природѣ частнаго права), если сравнить его ученіе о природѣ частнаго права съ тѣмъ, что онъ говоритъ въ прим. 9 § 17 перваго тома («Школа естественнаго права и историческая школа») въ связи съ характеристикой новыхъ теченій въ наукѣ гражданского права и ея задачъ, по поводу направленія изслѣдованій *Lehre v. Einkommen*: «*Beachtenswerthe Betrachtungen über «Civilpolitik», d. h. den Einfluss der Rechtsätze auf das Volksleben, insbesondere den Volksreichthum, die Volksseele und die Gestaltung, welche hiernach den Rechtsätzen zu geben ist, entwickelt Petrazyski in seinem Buch «Das Einkommen», besonders Bd. 2. S. 437 ff.*». Одобряя здѣсь, въ § 17, народно-хозяйственное и психологическое направленіе теоретическаго изслѣдованія гражданского права и обсужденія соответственныхъ практическихъ, правно-политическихъ вопросовъ, авторъ нѣсколькими страницами дальше, въ § 21, повторяетъ прежнее ученіе о частныхъ интересахъ, какъ «принцициальномъ» критеріи специфической природы гражданского права.

¹⁾ Конечно, это мнѣніе автора, а не гражданского уложенія; но въ юриспруденціи имѣется, естественная въ виду выясненнаго выше, въ

общая точка зрѣнія, а отнюдь не критерій, по которому слѣдуетъ рѣзко и опредѣленно и во всѣхъ союзныхъ государствахъ одинаково проводить границу. Въ отдѣльныхъ случаяхъ слѣдуетъ рѣшать по историческимъ даннымъ, принимая во вниманіе развитіе государствъ и ихъ строя. Сообразно съ этимъ вопросъ слѣдуетъ рѣшать отдѣльно для разныхъ союзныхъ государствъ и рѣшеніе можетъ быть различное для разныхъ государствъ».

Вторымъ выдающимся цивилистомъ, оставшимся при прежнемъ мнѣніи о различіи интересовъ, какъ критеріи различенія частнаго и публичнаго права, является Эндеманъ ¹⁾.

Въ первыхъ изданіяхъ своего популярнаго и выдержавшаго много изданій учебника гражданскаго права онъ держался неключительно точки зрѣнія различія интересовъ, хотя, повидимому, безъ признанія этого критерія вполне удовлетворительнымъ (I, 3-е изд. 1897 § 6): «Обычный принципъ дѣленія гласитъ: право, имѣющее въ виду интересы отдѣльныхъ лицъ, есть частное право; право, имѣющее цѣлью благо государства, есть публичное право. Сколько-нибудь значительныхъ успѣховъ (въ дѣлѣ разграниченія частнаго и публичнаго права) по сравненію съ тѣмъ, что даетъ это римское правовое правило (Rechtsregel), мы и до нынѣшняго дня не достигли». (Далѣе авторъ отвергаетъ другіе критеріи).

Въ позднѣйшихъ изданіяхъ изложеніе нѣсколько измѣнено въ направленіи принятія во вниманіе момента коллективной организациі и признанія гражданскаго права группою, состоящею изъ разнородныхъ и не допускающихъ единого опредѣленія элементовъ, но безъ окончательнаго устраненія критерія различія интересовъ.

Отвергнувъ критерій имущественнаго характера, участія государства, бывающаго субъектомъ и частныхъ правъ, и природы нормы (одинъ и тотъ же законъ можетъ быть основаніемъ и для частныхъ правъ и для публичныхъ правоотношеній), онъ продолжаетъ:

«Правильнѣе обращать вниманіе на цѣль нормируемыхъ фактическихъ отношеній» (Thatbestände, въ примѣчаніи авторъ ссылается на изреченіе Ульпіана; но Ульпіанъ говоритъ о цѣли самаго права, а не нормируемыхъ юридическихъ фактовъ или т. п.; конечно, нанимающій квартиру обыкновенно нанимаетъ ее для своихъ частныхъ цѣлей и т. д.; предлагаемая авторомъ формулировка въ существѣ дѣла представляетъ не слѣдованіе «обычному принципу», а оставленіе его). Гдѣ правоотношеніе захватываетъ индивида какъ

§ 14, тенденція основывать свои мнѣнія, даже чисто теоретическіе взгляды, напр., о природѣ права, субъектовъ права и т. п., на авторитетъ законовъ.

¹⁾ Хотя и онъ въ другихъ мѣстахъ выражаетъ свое одобреніе и согласіе по адресу изслѣдованій, рѣшительно проводящихъ противоположную точку зрѣнія (ср., напр., его отзывъ о „Fruchtvertheilung“ въ Juristisches Litteraturblatt, 1892, № 40, и о «Lehre v. Einkommen» въ «Einführung in das Studium des Bürgerl. GB», I, § 55 прим. 1 («Früchte»), Lehrbuch I § 55 пр. 9, ср. тамъ же § 122 пр. 1, 2 и др.).

подчиненнаго члена высшаго единого дѣла, тамъ имѣютъ рѣшающее значеніе интересы общаго блага; что для послѣдняго представляется необходимымъ или дѣлсообразнымъ, составляетъ предметъ публичнаго права и не можетъ быть разстраиваемо осуществленіемъ частныхъ интересовъ. Напротивъ, гдѣ дѣло идетъ только объ обладаніи и обмѣнѣ благами или другихъ правоотношеніяхъ, не относящихся къ государственнымъ задачамъ, тамъ имѣются индивидуальныя интересы, которые такимъ образомъ подвержены частно-правной нормировкѣ. Но законченнаго опредѣленія и достовѣрнаго критерія это не даетъ. Состояніе права, какъ оно развилось и имѣется теперь, вообще дѣлаетъ такое опредѣленіе невозможнымъ. Въ дѣлѣ опредѣленія границъ обѣихъ областей права имѣли отчасти рѣшающее значеніе историческія событія или политическія основанія. Они между прочимъ повели къ тому, что такіе институты, какъ брачное право и право опеки, въ стрѣхъ которыхъ сильно выступаетъ публичный интересъ, были отнесены къ гражданскому праву»...

Къ числу оставшихся при прежнемъ мнѣніи, хотя тоже съ нѣкоторыми уступками въ пользу принципа организаціи или централизаціи и въ пользу признанія неопредѣлимости гражданского права, слѣдуетъ также отнести Еллинека. Во-второмъ изданіи 1905 г. его «Системы субъективныхъ публичныхъ правъ», изданной впервые въ 1892 г., имѣется перепечатка прежнихъ положеній о различіи интересовъ и dürfen и können (ср. выше, стр. 678). Иначе онъ излагаетъ тотъ же вопросъ въ появившемся впервые въ 1900 г. купецѣ «Права современнаго государства» (Das Recht des modernen Staates, I, Allg. Staatslehre, 12-я глава, стр. 345 и сл.). На ряду съ прогрессомъ въ разныхъ другихъ отношеніяхъ (въ томъ числѣ признаніемъ необходимости введенія въ науку права правно-политическаго изученія, стр. 17, а равно психологическаго, въ частности мотиваціоннаго изученія¹⁾), эта книга содержитъ также значительное улуч-

¹⁾ Онъ даже считаетъ необходимымъ ввести понятіе мотиваціоннаго дѣйствія въ само понятіе права: «Необходимымъ признакомъ всякаго права является его действительность—*дѣйствіе* (Giltigkeit). Правовая норма является только въ томъ случаѣ элементомъ правопорядка, если она дѣйствуетъ, право, которое уже болѣе не дѣйствуетъ, или право, которое еще только должно стать дѣйствовать, не есть право въ истинномъ смыслѣ слова. Но норма дѣйствуетъ въ томъ случаѣ, если она обладаетъ способностью оказывать мотиваціонное воздѣйствіе, опредѣлять волю» („wenn sie die Fähigkeit hat, motivierend zu wirken, den Willen zu bestimmen“, 11-я гл., стр. 303) и т. д. Въ этомъ отношеніи онъ идетъ слишкомъ далеко; причинное дѣйствіе не слѣдуетъ вводить въ само понятіе класса, а только изучать въ соответственной теоріи класса. Въ другихъ отношеніяхъ онъ, напротивъ, еще не достигаетъ усвоенія и послѣдовательнаго проведенія психологической точки зрѣнія; существенными признаками нормъ права онъ считаетъ то, что они „исходятъ“ отъ „признаннаго высшаго авторитета“, что „ихъ обязательность гарантирована высшими силами (властями, Mächte“) и проч.

шеніе характеристики частнаго и публичнаго права. А именно здѣсь онъ въ одной части кюреа говоритъ слѣд.: «Противоположность между частнымъ и публичнымъ правомъ можетъ быть сведена къ тому основному положенію, что въ частномъ правѣ отдѣльныя лица противостоятъ другъ другу, какъ принципиально неподчиненныя другъ другу, соподчиненныя («Nebengeordnet»), что, впрочемъ, ошибочно, ср. рабство, наемъ прислуги и т. д., см. ниже), такъ что частное право регулируетъ отношенія отдѣльныхъ лицъ, какъ таковыхъ, между тѣмъ публичное право регулируетъ отношенія между различными субъектами господства или организацію и функции субъектовъ господства» (субъектомъ господства въ области государства, по ученію автора, является само государство, какъ особая личность, вообще, субъекты господства=коллективныя единства) «и ихъ отношенія къ подвластнымъ» (стр. 346). Но эту противоположность онъ не считаетъ «абсолютною», въ области отдѣльныхъ правоотношеній дѣло идетъ въ концѣ концовъ о томъ, «преобладаетъ ли при его нормировкѣ объективнымъ правомъ индивидуальный или социальный интересъ», но вообще представляется «затруднительнымъ установить въ отдѣльныхъ случаяхъ границу между частнымъ и публичнымъ правомъ. Государство и публично-правные союзы являются не только носителями публичной власти, но и субъектами хозяйствъ, управляющими ими съ помощью средствъ, доступныхъ каждому, средствъ не властнаго характера. Проведеніе границы между дѣйствіями союза, какъ субъекта господства и какъ частно-хозяйственнаго субъекта, представляетъ главнымъ образомъ дѣло позитивныхъ постановленій конкретныхъ правопорядковъ» (тамъ же, стр. 347). «Публичное право есть такое право, которое связываетъ единое коллективное существо въ его отношеніяхъ къ другимъ единствамъ того же порядка» (авторъ имѣетъ въ виду международное право) «и къ подчиненнымъ лицамъ» (тамъ же, стр. 348).

Въ другихъ же частяхъ изложенія авторъ примѣняетъ понятіе централизаціи (конечно, не въ смыслѣ государственной-правовой терминологіи, а въ смыслѣ предложеннаго въ L. v. E. понятія, ср., напр., стр. 234, 235, 237 и др.). «Чѣмъ болѣе извѣстные культурные интересы могутъ быть удовлетворяемы путемъ единой, обширной организаціи, т. е. путемъ *централизаціи* (*durch einheitliche, umfassende Organisation, d. h. durch Centralisation*, въ текстѣ подчеркнуто), тѣмъ больше притязаніе государства и по адресу государства, чтобы подлежащее дѣло находилось въ исключительномъ или преимущественномъ завѣдываніи государства» (234; «Государство можетъ эти и т. п. дѣятельности» (почта, желѣзнодорожное дѣло, школьное и т. п.), «если оно ихъ осуществляетъ само или чрезъ другихъ, возводитъ въ публичныя въ правовомъ смыслѣ, въ силу своей обширной власти превращенія частнаго права въ публичное», стр. 571). «Развитіе новаго времени проявляетъ усиливающійся процессъ сначала социализаціи, а затѣмъ

и централизациі, включенія въ государственную сферу (der Centralisierung, der «Verstaatlichung») бывшихъ прежде индивидуальными дѣятельностей. Каковъ будетъ объемъ этой социализациі и централизациі, каковы ея окончательныя границы, этого на основаніи извѣстнаго намъ міроваго положенія совершенно невозможно опредѣлить». На основаніи подлежащихъ подробныхъ объясненій авторъ такъ опредѣляетъ государство съ телеологической (правно-политической) точки зрѣнія: «государство представляетъ *удовлетворяющей планомѣрною, централизованною дѣятельностью съ помощью внѣшнихъ средствъ индивидуальныя, національныя и общечеловѣческіе интересы солидарности въ направленіи общаго прогрессивнаго развитія, властный, обладающей юридическою личностью союзъ извѣстнаго народа* ¹⁾.

Тамъ какъ Еллинекъ, какъ видно изъ приведенныхъ мѣстъ, сознаетъ и самъ указываетъ, что одни и тѣ же «культурныя интересы» могутъ быть осуществляемы или путемъ централизациі, путемъ публичнаго права, или путемъ децентрализациі («индивидуальной дѣятельности») на почвѣ частнаго права, то, очевидно, о различеніи частнаго и публичнаго права по интересамъ въ соответственныхъ частяхъ изложенія не можетъ быть рѣчи ²⁾.

¹⁾ Въ виду приведеннаго выше упрека проф. Шершеневича по адресу теоріи централизациі и децентрализациі въ смѣшеніи децентрализациі и самоуправленія не безынтересно отмѣтить, что Еллинекъ, очевидно, такого смѣшенія не усматриваетъ. Въ томъ мѣстѣ, гдѣ рѣчь идетъ о централизациі и децентрализациі въ условномъ смыслѣ терминовъ науки государственнаго права (19-я глава), Еллинекъ указываетъ, что понятія централизациі и децентрализациі (въ государственномъ смыслѣ) имѣютъ лишь относительное значеніе, что строгая централизациія въ этомъ смыслѣ, если оставить въ сторонѣ нѣкоторыя совершенно мелкія государственныя образованія, въ дѣйствительности не встрѣчается, что вездѣ имѣется большая или меньшая децентрализациія (стр. 573 и сл.). Впрочемъ, объ усматриваніи въ подлежащемъ ученіи «смѣшенія децентрализациі и самоуправленія» съ его точки зрѣнія уже потому не можетъ быть рѣчи, что самоуправленіе онъ не противопоставляетъ децентрализациі, а, напротивъ, признаетъ его одною изъ основныхъ формъ децентрализациі (въ смыслѣ государственнаго права), стр. 581 и сл.

²⁾ Такимъ образомъ, въ сочиненіяхъ Еллинека имѣются три, различныя, другъ съ другомъ несогласованныя, ученія о различіи частнаго и публичнаго права. При чемъ отношеніе ихъ таково, что одно изъ нихъ, само по себѣ, съ полною ясностью и очевидностью обнаруживаетъ несостоятельность двухъ другихъ. Почему онъ тѣмъ не менѣе счелъ возможнымъ сохранить въ новомъ изданіи „Системы публичныхъ субъективныхъ правъ“ свое прежнее ученіе въ полномъ и неприкосновенномъ видѣ и въ раздѣлѣ „Общаго ученія о государствѣ“, посвященномъ дѣленію права на частное и публичное, помѣститъ какое-то неясное компромиссное ученіе и лишь въ другихъ частяхъ изложенія только косвенно признать правильность иного ученія и пользоваться имъ для различныхъ объясненій, представляется страннымъ и съ научной точки зрѣнія необъяснимымъ.

Занятіе отыскивалиемъ общихъ и отличительныхъ признаковъ, съ одной стороны, того, что принято относить къ публичному праву, съ другой стороны—того, что принято относить къ частному праву, представляетъ вообще въ области теоріи, какъ таковой, занятіе научно несостоятельное и недопустимое по методологическимъ соображеніямъ, изложеннымъ во Введеніи (§§ 4—6) ¹⁾.

Но изложенныя выше положенія, независимо отъ ихъ значенія для выясненія дѣйствія и соціального значенія права, въ частности гражданскаго права, для выясненія природы современнаго соціального строя и другихъ, бывшихъ прежде или возможныхъ въ будущемъ, строевъ, для выясненія отношенія права и хозяйства и соответственныхъ наукъ и т. д. — содержатъ базисъ для построенія самостоятельной (независимой отъ привычекъ называнія и иныхъ традицій) классификаціи права (и для выясненія природы и состава традиціонныхъ группъ: частное и публичное право).

Для рѣшенія подлежащей задачи необходимо принять во вниманіе то, что было выяснено выше, въ § 2 объ „Организаціонной функціи права. Въ особенности о природѣ государственной власти и государства“.

Тамъ мы убѣдились, что соціальныя организаціи, вызывающія впечатлѣніе какъ бы единыхъ организмовъ съ еди-

¹⁾ Это не означаетъ упрека въ соответственной ненаучности по адресу предшествующей литературы, посвященной этому дѣлу. Ибо, поскольку рѣчь идетъ о догматикѣ права, а не о теоріи права, какъ таковой, соответственные словотолковательныя занятія, какъ это было въ своемъ мѣстѣ во Введеніи (стр. 50 прим.) указано, вполне допустимы и даже необходимы. Напр., для правильнаго примѣненія упомянутой выше 55-й статьи закона о введеніи въ дѣйствіе новаго германскаго уложенія не только можно, но и необходимо опредѣлять, что слѣдуетъ разумѣть *въ смыслѣ этой статьи* подъ гражданскимъ правомъ, а для этого надо выяснитъ признаки того, что традиціонно принято относить къ гражданскому праву, в т. п. Занимаясь этимъ, германскіе цивилисты не совершаютъ никакой методологической погрѣшности, а, напротивъ, поступаютъ вполне правильно.

Другое дѣло—теорія права, теорія въ собственномъ смыслѣ, въ отличіе отъ догматики, имѣющей видъ теоріи. Здѣсь должна производиться самостоятельная, а не словотолковательная классификація по началамъ принципа адекватности научныхъ теорій.

Впрочемъ, и для успѣшнаго рѣшенія подлежащихъ догматическихъ вопросовъ необходимо соответственный теоретическій свѣтъ. Такъ что и догматикамъ слѣдовало бы, для вполне сознательной и правильной постановки проблемы, прежде всего имѣть въ виду самостоятельное теоретическое рѣшеніе классификаціонной проблемы.

ною „волею“, съ единымъ управляющимъ нервнымъ центромъ и системою подчиненныхъ органовъ, дѣйствующихъ согласно потребностямъ и благу цѣлаго, и порождающія, на почвѣ ассоціаціи идей по сходству, соотвѣтственныя соціологическія и государственно-правовыя ученія, имѣющія биологическій видъ,—создаются развитіемъ особыхъ правовыхъ, императивно-аттрибутивныхъ, психическихъ явленій.

Сюда относятся прежде всего явленія права соціальной, соціально-служебной власти—соотвѣтственнаго подчиненія.

Служебныя или соціальныя власти мы охарактеризовали, какъ такія власти, съ которыми сочетаются правовыя обязанности заботиться о благѣ подвластныхъ или объ общемъ благѣ извѣстнаго общественнаго союза (семьи, рода, племени и т. д.) и которыя подлежатъ осуществленію въ предѣлахъ этой обязанности и какъ средство ея исполненія; онѣ существенно отличаются отъ господскихъ властей, напр., по отношенію къ рабамъ, слугамъ и т. п., гдѣ такой обязанности и такого ограниченія права власти не имѣется.

Оставляя пока въ сторонѣ обязанность заботиться о благѣ подвластныхъ и пользуясь выясненнымъ выше, въ § 32, объ объектныхъ представленіяхъ въ области права, мы можемъ теперь точнѣе опредѣлить природу и специфическое различіе подлежащихъ двухъ видовъ правъ и правовыхъ мнѣній и убѣжденій слѣдующимъ образомъ:

Объектами правъ соціально-служебныхъ властей являются соотвѣтственныя повелѣнія и иныя дѣйствія *на благо подвластныхъ или соціальной группы*, въ отличіе отъ правъ господскихъ властей, объектами которыхъ являются повелѣнія, воздѣйствія на подвластныхъ, наказанія и т. д. просто (не на благо подвластныхъ).

Съ научно-психологической точки зрѣнія, имѣя въ виду соотвѣтственныя реальныя психическія явленія, слѣдуетъ сказать, что специфическое различіе соціальныхъ и господскихъ властей состоитъ въ различіи объектныхъ представленій.

Въ составъ объектныхъ представленій сознанія соціально-служебныхъ властей входятъ представленія блага подвластныхъ или соціальной группы, служенія имъ или общему дѣлу, представленія, заключающія въ себѣ соотвѣтственныя директивы для поведенія и ограниченіе сферы примѣненія

подлежащихъ воздѣйствій на подвластныхъ, приказовъ, наказаній и проч.; между тѣмъ какъ въ составѣ объектныхъ представленій сознанія господской власти, напр., по отношенію къ рабу, такихъ представленій и соответственныхъ директивовъ и ограниченій поведенія не имѣется, такъ что не исключается, напр., и эксплуатированіе послушанія и силъ подвластнаго для личной наживы, для удовлетворенія личныхъ прихотей, для забавы гостей и т. п.

Фактически интересующія насъ представленія: блага подвластныхъ, общаго блага, служенія подвластнымъ или общему дѣлу, имѣютъ въ психикѣ переживающихъ подлежащіе акты сознанія по большей части болѣе или менѣе смутный, неотчетливый характеръ или даже остаются „подъ порогомъ сознанія“, въ видѣ соответственныхъ диспозицій; но путемъ обращенія вниманія на нихъ, напр., путемъ разспросовъ, обращенныхъ къ „отцамъ семейства“, опекунамъ, представителямъ родовой, племенной власти, монархамъ и т. п., относительно того, какъ они понимаютъ свое право повелѣвать подвластнымъ, распоряжаться ихъ судьбою и ихъ дѣлами и т. д., такъ ли, что они имѣютъ право повелѣвать, распоряжаться ихъ личностью и дѣлами (напр., подопечныхъ) для личной наживы, удовлетворенія своихъ прихотей и т. п., или же такъ, что они имѣютъ право только на такія распоряженія, которыя соответвуютъ задачѣ заботы о благѣ подвластныхъ (напр., подопечныхъ) или о благѣ подлежащей соціальной группы, семьи, рода, народа, государства,—можно легко привести въ ясность содержаніе подлежащихъ правовыхъ убѣжденій и убѣдиться въ наличности въ составѣ ихъ указанныхъ нами представленій—директивовъ для поведенія и существенныхъ ограниченій допустимыхъ по правовой совѣсти видовъ властнаго, начальническаго поведенія. Существенно иной въ этомъ отношеніи составъ объектныхъ представленій обнаружило бы изученіе господской правовой психики, психики господъ рабовъ (по историческимъ памятникамъ), господъ нанятой прислуги и проч.

По указанному различію въ объектныхъ представленіяхъ мы дѣлимъ подлежащіе правовыя явленія, мнѣнія, убѣжденія и подлежащіе проекціи: нормы власти, права

власти и т. д. на социальнo-служебныя, или публично-правныя, и свободныя (отъ подлежащаго служенія), или частно-правныя.

Въ виду того, что иногда особенность публичнаго права усматривается въ томъ, что здѣсь имѣется власть и подчиненіе, между тѣмъ какъ въ частномъ правѣ имѣется равенство, независимость или т. п., слѣдуетъ особо подчеркнуть, что это, конечно, недоразумѣніе, и притомъ недоразумѣніе не съ нашей только точки зрѣнія, точки зрѣнія самостоятельной, независимой отъ традицій, привычекъ называнія и т. д., классификаціи, а и съ точки зрѣнія традиціоннаго распредѣленія матеріала между группами: частное право — публичное право. Всѣ юристы относили и относятъ права господъ по отношенію къ рабамъ (вполнѣ правильно) къ частному праву. Точно также отношенія между господами и прислугою, барининомъ и лакеемъ, хозяиномъ и его приказчикомъ и т. п. никакой юристъ не относитъ къ публичному праву. Указанное недоразумѣніе тѣмъ болѣе странно, что по традиціонному ученію и *patria potestas*, власть римскаго домовладыки надъ дѣтьми, ихъ супругами, дѣтьми ихъ и т. д., а равно современныя семейственныя и опекунскія власти тоже (по нашему мнѣнію неправильно) относятся къ частному праву.

И въ частномъ, и въ публичномъ правѣ имѣются власти и подчиненіе, но имѣются два принципиально различные вида подлежащихъ явленій правовой психики — съ представленіями блага подвластныхъ или управляемой социальнoй группы, служенія ей, и безъ таковыхъ.

Съ точки зрѣнія предложенныхъ понятій двухъ видовъ властей можно сказать, что въ основѣ господствовавшей до недавняго времени теоріи различія защищаемыхъ интересовъ, при всей ея научной несостоятельности, было зерно истины или во всякомъ случаѣ реальная и имѣющая и научное значеніе психологическая почва.

Различать два вида права по цѣли и полагать, что цѣлью частнаго права является защита частныхъ интересовъ, нельзя; но, тѣмъ не менѣе, дѣйствительно, въ частномъ и публичномъ правѣ, или, скажемъ пока, въ частныхъ и публичныхъ правахъ власти дѣло идетъ о различныхъ „инте-

ресахъ“, о благѣ различныхъ лицъ—въ смыслѣ самой правовой психологіи, ея интеллектуального состава. Въ первой области сознание правъ имѣетъ „эгоцентрическое“ направленіе, во второй области „альтруистическое“ направленіе, дѣло идетъ не о своемъ благѣ, какъ таковомъ, а о благѣ другихъ, о служеніи другимъ.

Это психологическое различіе порождало и поддерживало со времени Ульпіана или еще болѣе древняго времени и до нашихъ дней идею о различіи цѣли того и другого права; но само оно не могло быть открыто, выяснено и научно формулировано—за отсутствіемъ необходимыхъ для этого орудій и приемовъ научнаго изслѣдованія, необходимыхъ психологическихъ понятій и методовъ изученія.

Что касается спеціально разныхъ категорій властей, то, конечно, при такомъ пониманіи природы власти, которое имѣется теперь въ цивилистической юриспруденціи и на почвѣ котораго нельзя даже отличить отцовской или мужней власти отъ права собственности (ср. выше, § 12), или при такомъ пониманіи власти, какое имѣется въ теперешнемъ государствѣдѣніи („воля“ и „сила“, ср. выше стр. 198), и на почвѣ котораго государственной власти нельзя отличить не только отъ государственной собственности или власти надъ рабами, но даже отъ „воли“ и „силы“ разбойничьей шайки, конечно, о психологическомъ анализѣ подлежащихъ явленій и уясненіи специфическаго различія между частноправными властями, съ одной стороны, социальными-служебными съ другой стороны, не могло быть рѣчи (даже если бы не было другого препятствія, состоящаго въ исторически сложившейся традиціи, соединяющей принципіально разнородныя явленія: господскія и семейныя власти—въ одной группѣ гражданскаго права).

Властей и начальствъ въ социальныхъ организаціяхъ, особенно въ неродственныхъ, официальныхъ социальныхъ группахъ, государствахъ съ точки зрѣнія нашей классификаціи, бываетъ много или даже великое множество; при чемъ онѣ располагаются въ особяхъ, приспособленныхъ къ потребностямъ социальной жизни и стройнаго, планомѣрно централизованнаго управленія, порядкахъ, преимущественности и ерархіи; и на ряду съ высшею единою общею (въ опредѣ-

лешномъ въ своемъ мѣстѣ, стр. 199, смыслѣ) социальнo-служебною властью имѣется множество подчиненныхъ спеціальныхъ властей.

Въ области спеціальныхъ властей входящія въ составъ соотвѣтственныхъ правовыхъ мнѣній и убѣжденій представленія служенія общему благу, общему дѣлу, социальной группѣ (государству, роду и т. п.) осложняются представленіями того спеціального дѣла, которое поручено данному субъекту, той спеціальной социальной службы, которая возложена на данное лицо, напр., командованія арміею, дивизіею, полкомъ, ротой, управленія дѣломъ народнаго просвѣщенія вообще, управленія учебнымъ округомъ, управленія такимъ-то учебнымъ заведеніемъ, завѣдыванія въ немъ хозяйственною частью, такую то группу учениковъ и проч. и проч.

Здѣсь мы имѣемъ, между прочимъ, безчисленное множество публичныхъ правъ и субъектовъ таковыхъ, начиная монархами и президентами республикъ и кончая городскими, унтеръ-офицерами и т. п., вычеркиваемыхъ авторитетными представителями современнаго государствѣдѣнія изъ списка публичныхъ правъ и субъектовъ правъ власти на почвѣ конструкціи государства, какъ единой личности съ единою волею и множествомъ органовъ этой воли, вмѣсто реального, наблюдательнаго, психологическаго изученія дѣйствительности.

Сродными съ правами власти являются права участія въ управленіи общими дѣлами путемъ извѣстныхъ заявленій, которыя должны быть въ такой или иной формѣ приняты во вниманіе другими (правомочія дѣлать заявленія + притязанія на принятіе ихъ во вниманіе), напр., права голоса въ области составленія коллективныхъ рѣшеній (въ народныхъ собраніяхъ, парламентахъ, законодательныхъ коммисіяхъ, судахъ, административныхъ коллегіальныхъ учрежденіяхъ), права законодательной или иной инициативы, избирательныя права въ области народнаго представительства, мѣстнаго самоуправленія, въ университетахъ и т. п.

И здѣсь въ составъ подлежащаго правосознанія входятъ представленія общаго блага, служенія общему дѣлу и т. п., въ качествѣ директивовъ и ограниченій соотвѣтственнаго, представляемаго, поведенія. Конечно, иногда люди голосуютъ въ парламентахъ, городскихъ думахъ и т. п., по эгоисти-

ческимъ соображеніямъ,—личной наживы, карьеры и т. п.; избираютъ или не избираютъ другихъ по соображеніямъ личной дружбы или вражды, зависти, наживы и т. п. соображеніямъ, ничего общаго съ общимъ благомъ не имѣющимъ; но это сознается, какъ злоупотребленіе, какъ дѣйствованіе вопреки требованіямъ нормальной правовой совѣсти.

Объ указанныя категории правъ можно объединить въ одну болѣе общую группу публичныхъ правъ—правъ участія въ управленіи (въ общемъ смыслѣ) общими дѣлами на благо социальныя группы (государственныхъ, родовыхъ и т. д.).

Съ правами социальнo-служебныхъ властей соединяются, какъ уже было указано, обязанности заботиться о благѣ подвластныхъ или объ общемъ благѣ социальной группы, въ частности соотвѣтственно осуществлять права власти.

Сообразно іерархическому расположенію властей въ социальныхъ группахъ и эти обязанности располагаются іерархически, образно выражаясь, въ формѣ пирамиды, съ обязанностью общей и верховной заботы на вершинѣ и съ системою нисходящихъ, зависимыхъ отъ директивовъ выше и имѣющихъ все болѣе узкую и специальную область дѣйствія социальныхъ службъ (монархи, министры... городовые, унтеръ-офицеры и т. п.).

Здѣсь мы имѣемъ, въ свою очередь, множество правоотношеній, множество правъ (тоже по большей части вычеркиваемыхъ Еллинекомъ и др. изъ списка правъ). Это множество правъ—правоотношеній тѣмъ больше, что одной и той же служебной функціи обыкновенно соотвѣтствуетъ нѣсколько видовъ правоотношеній съ различными субъектами права.

Такъ, право на то, чтобы несущій извѣстную социальную службу дѣлалъ свое дѣло, приписывается:

1. Социальной группѣ, какъ таковой, въ области государственной службы—государству. Монарху, министрамъ, судьямъ и т. д. приписываются соотвѣтственныя обязанности по отношенію къ *государству*, послѣднему приписывается соотвѣтственное право (правопритязаніе на исполненіе). Въмѣсто социальной группы, какъ представляемаго единого субъекта права, въ подлежащей правовой психикѣ

подчасъ фигурируютъ въ качествѣ субъектовъ подлежащихъ правъ все члены группы. Калифъ, не заботящійся о назначеніи судей, нарушаетъ права „всѣхъ правовѣрныхъ“ и т. п.

2. Сообразно іерархическому расположенію властей и социальныхъ службъ подчиненные обязаны къ надлежащему исполненію своего долга и по отношенію къ своимъ начальствамъ, эвентуально длинному ряду начальствъ вплоть до вершины пирамиды, такъ что имѣются цѣлые ряды соответственныхъ правоотношеній на почвѣ одного и того же служебнаго дѣла. Начальникамъ приписывается притязаніе на то, чтобы подчиненные исполняли свое дѣло сообразно предписаніямъ права и, въ частности, сообразно съ ихъ, начальническими, указаніями (и требованіе исполненія, понужденіе къ таковому и проч. относятся къ ихъ, начальниковъ, служебнымъ обязанностямъ). Сообразно съ этимъ въ теократическихъ государствахъ, гдѣ субъектомъ верховной власти является Божество, все подчиненные служащіе, не исполняя своего служебнаго долга, нарушаютъ права Божества (Аллаха, Егвы и т. д.).

3. Ни одинъ членъ социальной группы, семьи, рода, государства и т. п., не имѣетъ, конечно (въ нормальной правовой психикѣ), права на то, чтобы забота представителей подлежащихъ социальныхъ властей сосредоточивалась специально и исключительно на немъ, съ оставленіемъ безъ вниманія блага другихъ членовъ группы и группы, какъ таковой. Но и отдѣльные члены группы имѣютъ (въ нормальной правовой психикѣ) право на то, чтобы подлежащая забота о благѣ цѣлаго и всѣхъ распространялась, согласно справедливости (интуитивному праву) или положительнымъ нормамъ, между прочимъ, и на нихъ, и на нихъ среди другихъ, въ силу долга подлежащаго социального служенія.

Отсюда множество правовыхъ переживаній съ соответственными субъектными и объектными представленіями, множество соответственныхъ правоотношеній между отдѣльными членами группы и субъектами социальной власти (въ томъ числѣ социальной группою, поскольку и она, какъ таковая, представляется, какъ субъектъ права власти и долга заботы). Въ частности и въ особенности къ общей и верховной обязанности служенія и къ разнымъ подчиненнымъ и

спеціальнымъ обязанностямъ этого рода относится заступничество за своихъ (членовъ группы) предъ чужими, недопущеніе обидъ, доставленіе защиты членамъ группы, родовой, государственной и т. д., въ силу долга соціального служенія и въ предѣлахъ заботы объ общемъ благѣ (такъ что *in concreto* обязанность вступить за члена группы можетъ и не быть, напр., если бы это угрожало катастрофой для всей группы и т. п.). На это и въ этихъ предѣлахъ отдѣльные, нуждающіеся въ защитѣ, члены группы, напр., подданные государства, имѣютъ право (право на консульскую, посольскую защиту и т. п.). Далѣе, сюда относится такая же обязанность недопущенія обидъ и защиты внутри группы, и проч. и проч.

Верховная обязанность соціальной заботы, имѣя характеръ обязанности общей (въ условленномъ выше смыслѣ) заботы о благѣ группы и членовъ, осуществляется и проводится въ системѣ іерархически подчиненныхъ и спеціальныхъ службъ въ разныхъ видахъ соціальныхъ группъ и на разныхъ ступеняхъ ихъ развитія различно. Между тѣмъ какъ въ родственныхъ соціальныхъ группахъ, семейныхъ, родовыхъ и т. п., она обнимаетъ собою и кормленіе, одѣваніе всѣхъ членовъ группы и т. д., въ неродственныхъ, официальныхъ группахъ, на низшихъ ступеняхъ развитія она осуществляется исключительно или почти исключительно въ сферѣ отношеній къ чужимъ, къ другимъ соціальнымъ группамъ, въ формѣ защиты группы и отдѣльныхъ членовъ противъ внѣшнихъ враговъ.

Съ поступательнымъ развитіемъ государственнаго строя сфера служенія расширяется на защиту противъ обидъ и внутри группы и т. д. А въ соціалистическомъ государствѣ она простиралась бы, какъ въ родственныхъ соціальныхъ группахъ, и на доставленіе пищи отдѣльнымъ членамъ, одежды и т. д. Сообразно съ этимъ, въ родственныхъ группахъ или соціалистическомъ государствѣ указанная права отдѣльныхъ гражданъ по отношенію къ группѣ и управляющимъ весьма обильны и весьма существенны.

Всѣ приведенныя категоріи правовыхъ переживаній (и нормъ и правоотношеній) заключаютъ въ своемъ интеллектуальномъ составѣ, а именно въ составѣ объектныхъ пред-

ставлений, представлений соціальной службы, служенія соціальной группѣ, общему благу, въ качествѣ важнаго директива поведения.

Обязанности служенія соціальной группѣ, общему благу, приписываются въ соціальныхъ группахъ не только представителямъ соціальной власти и вообще имѣющимъ право участія въ управленіи общими дѣлами, а и членамъ группы вообще, т. е. и другимъ членамъ группы, а равно и управляющимъ, независимо отъ ихъ спеціальныхъ службъ. Сюда относятся обязанности (способныхъ) участвовать въ защитѣ группы противъ враговъ (воинская повинность, повинность кровавой мести и т. п.), участвовать своимъ личнымъ трудомъ или взносомъ натурою или деньгами въ удовлетвореніи общихъ потребностей (натуральные повинности и подати и т. д.) и проч. и проч. (И здѣсь большая разница между родственными группами и официальными и т. д.). Субъектами соотвѣтственныхъ правъ (и обязанностей взысканія, требованія этого участія въ общемъ дѣлѣ) бываютъ соціальныя группы, какъ таковыя, „всѣ“ прочіе члены группы, подлежащія начальства, въ томъ числѣ Божества въ теократическихъ государствахъ...

И въ послѣдней обширной категоріи правовыхъ переживаній (нормъ, правоотношеній) имѣются, въ качествѣ элементовъ объектныхъ представлений, представленія общаго блага, служенія общему дѣлу и т. п.

Всѣ правовыя переживанія (и диспозиціи таковыхъ), нормы, права, обязанности съ представленіями соціального служенія мы соединяемъ въ одинъ классъ подъ именемъ соціально-служебнаго права, или права централизаціи. Все право, чуждое указанной особенности объектныхъ представлений, мы относимъ къ противоположному классу—права, свободнаго отъ соціального служенія, права децентрализаціи, частнаго права или т. п. (не въ названіи дѣло).

Въ поясненіе и избѣжаніе недоразумѣній слѣдуетъ еще отмѣтить:

1. Въ жизни соціальныхъ группъ болѣе или менѣе важную роль играютъ, аналогичныя праву собственности, права по отношенію къ чужимъ, не относящимся къ группѣ, въ томъ числѣ другимъ соціальнымъ группамъ, на то, чтобы они

воздерживались от всякаго посягательства на группу или ея членовъ, отъ вмѣшательства въ дѣла группы, и терпѣли всякое воздѣйствіе группы и ея властей на своихъ членовъ (выше § 12). Эти правоотношенія, въ частности соотвѣтственныя правоотношенія между государствами, между самостоятельными родовыми группами въ догосударственную эпоху и т. д., и соотвѣтственныя нормы и правовыя переживанія относятся, съ точки зрѣнія предлагаемой классификаціи, не къ соціально-служебному праву, праву централизаціи, а къ противоположному классу. Если родъ или государство притязаетъ на невмѣшательство со стороны другого рода или государства, то здѣсь дѣло идетъ не о служеніи одного субъекта другому или совмѣстномъ служеніи какому-либо высшему коллективному цѣлому, а только именно объ оставленіи въ покоѣ, о невмѣшательствѣ одного субъекта въ дѣла другого, такъ же, какъ и въ области права собственности на вещи или на рабовъ и т. п. Подлежащее право не соединяетъ, не централизируетъ, а „разъединяетъ“, „отталкиваетъ“ другихъ. Сообразно съ этимъ въ римскомъ или современномъ семейственномъ правѣ мы различаемъ два принципиально различные элемента: внутренне-семейное право, право семейной власти и заботы, право отца семейства, *pater familias*, на послушаніе со стороны подвластныхъ (между прочимъ, право, не осуществляемое гражданскими исками, напр., гражданскимъ искомъ отца къ подвластному дитяти о молчаніи за столомъ согласно приказанію отца или т. п.) и т. д., съ одной стороны, внѣшнее, отстраняющее вмѣшательство, право, право, осуществлявшееся въ Римѣ путемъ *vindictio filii* (вообще искомъ, построенныхъ по образцу искомъ о правѣ собственности). Первое имѣетъ такую же природу, какъ право государственной организаціи, второе такую же, какъ право собственности, международное право и т. д.

Если въ случаѣ разрушенія семьи, развода, изгнанія ребенка изъ дому и т. д., предъявляются иски имущественнаго характера, то, хотя бы подлежащія притязанія предъявлялись *взамѣнъ* (неосуществимыхъ резоннымъ образомъ въ искомомъ порядкѣ) правъ на родительскую заботу, напр., искъ о періодическихъ денежныхъ платежахъ, алиментахъ, или т. п., ихъ слѣдуетъ относить къ частному, а не къ соціально-служебному праву; дѣло идетъ не о соціальной заботѣ, а о санкціи совѣтъ иного характера, такого же, какъ

долговья требованія по векселямъ, по поводу причиненія убытковъ и т. п. Изъ за указанныхъ двухъ категорій правъ и некое семейственное право вообще пошло исторически въ систему т. н. гражданскаго права. Точно такъ же въ области права опеки слѣдуетъ различать два принципиально различные элемента: 1) право, опредѣляющее служебныя права и обязанности государственныхъ учреждений по назначенію опекуновъ, контролю ихъ дѣятельности, освобожденію ихъ отъ должности, лишенію ихъ должности въ случаѣ злоупотребленій и т. д., а равно право, возлагающее на гражданъ государственную повинность отбывать, въ случаѣ назначенія, опекунскія функціи, нормирующее опекунскую власть и заботу о личности и имуществѣ подопечныхъ—это все, конечно, социально-служебное, публичное право; 2) право, опредѣляющее обязательства по ликвидаціи опеки, обязанности опекуна уплатить подопечному причиненные по его винѣ убытки, право опекуна на возмѣщеніе ему понесенныхъ издержекъ—это частное право. Изъ за подлежащихъ обязательствъ были введены въ римскомъ правѣ соотвѣтственные гражданскіе иски (*actio tutelae directa—contraria*), и это обстоятельство повело къ тому, что и публичное право опеки фигурируетъ до сихъ поръ въ рубрикѣ: гражданское право. Вообще слѣдуетъ отмѣтить: на почвѣ нѣкоторыхъ дѣйствій по отправленію государственной службы или исполненію иныхъ социально-служебныхъ обязанностей могутъ возникать частно-правныя обязательства. Мы имѣемъ въ виду, главнымъ образомъ, три категоріи таковыхъ: 1) обязательства лицъ, несущихъ социальную службу, напр., министровъ, судей и т. д., возмѣстить неправомѣрно причиненные частнымъ лицамъ или социальной группѣ убытки; 2) право социально-служащихъ на возмѣщеніе имъ рационально и по совѣсти понесенныхъ издержекъ въ пользу социальной группы, 3) права гражданъ или социальной группы на возвратъ уплаченнаго недолжнаго, напр., на возвратъ переплаты въ податной области (*condictio indebiti*). И право на выслуженное жалованіе, пенсію и т. п. слѣдуетъ признавать гражданскимъ правомъ (и обезпечить допущеніемъ гражданскаго иска). Подлежація правовыя переживанія, нормы и т. д., чужды тѣхъ представленій, которыя являются *differentia specifica* публичнаго права.

2. Не имѣя въ распоряженіи надлежащаго общаго критерія для отличенія частнаго права и публичнаго, юристы пользуются въ нѣкоторыхъ областяхъ права признакомъ наличности добровольности соединенія, договора, какъ вспомогательнымъ, частнымъ признакомъ, для того, чтобы отнести нѣкоторыя явленія, напр., акціонерныя компаніи и т. п., къ частному праву. Съ этимъ нельзя согласиться. Соціальныя организаци въ нашемъ смыслѣ могутъ учреждаться и путемъ договора. И это относится и къ государ-

ствамъ. Иногда путемъ договора учреждаются новыя государства или происходятъ присоединенія къ существующимъ уже государствамъ. Съ точки зрѣнія нашей классификаціи отмѣтимъ, что семья учреждается путемъ договора—брачнаго, что и дѣтскія и родительскія права могутъ приобрѣтаться путемъ договора усыновленія; что то же относится и къ другимъ социальнымъ группамъ; семьи могутъ поступать путемъ договора въ родовыя группы и проч. Но, дѣйствительно, акціонерныя компаніи, торговыя товарищества и т. п. слѣдуетъ относить къ частному праву. Но суть не въ договорномъ учрежденіи, какъ таковомъ, а въ отсутствіи здѣсь признака социальнаго служенія въ указанномъ выше смыслѣ, въ господствѣ здѣсь и допустимости по праву, напротивъ, психологіи личной паживы и т. д. Впрочемъ, въ видѣ общаго правила, можно признать, что ссылки на договоры являются симптомами не-публичнаго права; ибо разъ люди считаютъ себя обязанными только къ тому, къ чему они обязались по договору, мѣшовому, по началу *do ut des* (отстаиванія своихъ выгодъ), или и дарственному, безвозмездному, то психологіи социальнаго-служебнаго права, общаго блага, какъ директива, и т. д. нѣтъ. Не лишне отмѣтить, что юристамъ, выдвигающимъ признакъ договора, слѣдовало бы относить международное договорное право не къ публичному праву, а къ частному (и это было бы правильно); но этого не дѣлается.—

Установленные классы права по содержанію объектныхъ представленій можно затѣмъ дѣлать на подъ-классы, виды и разновидности.

Выше, говоря о социальныхъ организаціяхъ, мы имѣли въ виду главнымъ образомъ общія социальныя организаціи, т. е. социальныя организаціи съ общою, а не спеціальною, социальна-служебною властью и заботою (ср. выше, стр. 199 и сл.). Но къ тому же классу можно отнести и спеціальныя социальныя организаціи, напр., церковныя (ср. въ особенности всемірную организацію католической церкви съ центромъ въ Римѣ).

Сообразно съ этимъ мы дѣлимъ социальныя организаціи и ихъ права на два вида—общія и спеціальныя.

Что касается, затѣмъ, общихъ социальныхъ организацій

и ихъ права, то, какъ уже указано было въ другомъ мѣстѣ (стр. 211 и сл.), ихъ слѣдуетъ дѣлить на двѣ разновидности: родственный (семейныя, родовыя социальныя организациі и т. п.) и неродственный, официальные—государства и ихъ права (государственное право).

Что касается второго класса, права свободнаго отъ социальнаго служенія, права социальной децентрализациі, то его можно дѣлить на два вида: 1) право между самостоятельными социальными группами (ср. выше, стр. 210), напр., теперешнее т. н. международное, междугосударственное право, междуродовое право въ эпоху самостоятельности родовыхъ группъ и т. п. Его можно условно назвать внѣшнимъ или междугрупповымъ децентрализованнымъ правомъ и дѣлить дальше на подвиды сообразно классификаціи самостоятельныхъ социальныхъ группъ; 2) соответственное право внутри социальныхъ группъ; его можно назвать внутреннимъ или индивидуальнымъ правомъ (въ условномъ смыслѣ, лишь въ томъ смыслѣ, что оно *главнымъ образомъ* нормируетъ отношенія между индивидами, членами рода, государства, отнюдь, впрочемъ, не ограничиваясь этими отношеніями); это право, въ свою очередь, можно затѣмъ дѣлить на подвиды сообразно классификаціи социальныхъ группъ: внутригосударственное, внутриродовое и т. д.

Изъ изложеннаго видно, что традиціонныя группы, именуемая „частнымъ“ и „публичнымъ правомъ“, далеко не обвиняя всѣхъ видовъ права и будучи припоровлены лишь къ определенной стадіи развитія права, распредѣляютъ и то право, которое онѣ имѣютъ въ виду, такъ, что разнородныя явленія соединяются въ одну группу, а однородныя разъединяются. Главныя пороки этого рода состоятъ въ томъ, что междугосударственное право отнесено къ публичному праву вмѣстѣ съ правомъ государственной организациі, и что право семейственной организациі (и опеки) отнесено къ частному праву. Этимъ постороннимъ придаткамъ слѣдуетъ помѣняться мѣстами.

Что касается названій, словеснаго и совѣмъ несущественнаго вопроса, то имена „частное“ и „публичное“ право могутъ быть перенесены на тѣ два класса права (социально-служебное, централизованное и лично-свободное, децентрали-

зованное право), которые были установлены выше въ качествѣ высшаго дѣленія права по составу объектныхъ представлений; или же ихъ можно сохранить специально для того права, съ которымъ имѣетъ дѣло догматика современнаго права, послѣ подлежащаго исправленія группировки этого права.

Научное основаніе и оправданіе предложеннаго дѣленія права на соціально-служебное и свободное право состоитъ въ томъ, что оно даетъ почву для образованія адекватныхъ ученій, для успѣшнаго познанія и объясненія явленій.

Между прочимъ, въ современной юриспруденціи, догматической по природѣ своей и не имѣющей въ виду построенія теорій въ собственномъ смыслѣ слова, имѣется нѣчто въ родѣ зачатковъ двухъ теорій: теоріи гражданскаго и теоріи публичнаго права— въ видѣ нѣкоторыхъ общихъ утвержденій относительно этихъ (мнимыхъ) классовъ, высказываемыхъ подчасъ въ связи съ ученіемъ о дѣленіи права на частное и публичное.

Сюда относятся слѣдующія положенія:

1. Упомянутое уже выше положеніе о томъ, что въ гражданскомъ правѣ имѣется независимость субъектовъ, въ публичномъ—власть и подчиненіе. Если оставить въ сторонѣ явленіе рабства и вообще господской частно-правной власти, то эта характеристика допустима, но только съ тѣмъ непремѣннымъ условіемъ, чтобы сдѣлать раньше указанную выше перестановку постороннихъ придатковъ. Ибо эта характеристика частнаго права особенно подходит къ международному и не подходит къ праву семейной организациі (симптомъ порочности классификаціи). Устранивъ такимъ образомъ пороки прыганія, слѣдуетъ, затѣмъ, для устраненія пороковъ хроманія, распространить подлежащія характеристики на предложенные выше два обширные класса права. Ибо явленіе власти связано съ природою соціальныхъ организаций вообще, а не специально государственной организациі и т. д.

2. Въ публичномъ правѣ права связаны съ соотвѣтственными обязанностями, въ частномъ правѣ права, по общему правилу, не связаны съ обязанностью ихъ осуществленія. Какъ видно изъ предыдущаго изложенія, имѣется категорія публичныхъ правъ безъ обязанности ихъ осуществленія; но съ этою оговоркою эти характеристики допустимы, если примѣ-

нить указанное нами исправленіе классификаціи. Именно для междугосударственнаго (и прочаго между-групповаго права) характерна та особенность, которая теперь приписывается гражданскому праву и т. д.

3. Въ гражданскомъ правѣ имѣется, по общему правилу, свобода распоряженія своими правами, уступки ихъ другому, отказа и т. п.; въ публичномъ правѣ этого нѣтъ. И здѣсь примѣнимо, *mutatis mutandis*, сказанное выше по поводу первыхъ двухъ положеній. Эти, какъ и предыдущія, различія связаны съ соціально-служебною природою одного и свободною отъ соціальнаго служенія природою другого изъ установленныхъ нами классовъ. Поэтому то, что приведенное положеніе относитъ къ публичному праву, страдаетъ порокомъ прыганія вслѣдствіе отнесенія международнаго права къ публичному праву и т. д.

4. Свобода распоряженія, характерная для гражданского права, проявляется и въ соответственномъ судебномъ разбирательствѣ, въ гражданскомъ процессѣ, въ свободѣ гражданского управомоченнаго предъявлять или не предъявлять искъ, требовать присужденія всего слѣдуемаго или, по желанію, только нѣкоторыхъ элементовъ, простить и прекратить процессъ и т. д. Этого нѣтъ въ процессахъ о публичныхъ правахъ. Опять мы можемъ сказать: именно для международнаго права, поскольку стороны пожелаютъ передать свое дѣло на судебное разсмотрѣніе, характерна подлежащая свобода, и т. д.

5. Нормы гражданского права по большей части имѣютъ диспозитивную природу, т. е. онѣ примѣняются лишь постольку, поскольку заинтересованныя лица путемъ соответственной сдѣлки не постановили иного (напр., правила наследованія по закону примѣняются лишь въ томъ случаѣ, если нѣтъ завѣщанія). Нормы публичнаго права имѣютъ противоположный характеръ, „принудительный“. И здѣсь имѣются тѣ же ошибки, которыя указаны выше, вслѣдствіе неудачной группировки. Именно для международнаго права (и вообще междугрупповаго права) особенно характерна свобода подлежащихъ субъектовъ и въ этомъ отношеніи въ области международнаго суда и проч.

Къ этимъ традиціоннымъ приблизительнымъ (при теперешней группировкѣ поразительно ошибочнымъ) характери-

стикамъ можно прибавить рядъ другихъ положеній въ томъ же родѣ. Напр., можно указать слѣдующее:

6. Всѣ соціально-служебныя права, въ томъ числѣ права власти абсолютнаго монарха, суть относительныя права. Въ области публичнаго права въ нашемъ смыслѣ нѣтъ и не можетъ быть абсолютныхъ правъ (съ обязанностью „всѣхъ и каждого“). Ибо здѣсь дѣло идетъ объ организаци и управленіи опредѣленной соціальной группы, о власти надъ подданными, а не надъ всѣми людьми въ мірѣ и другими субъектами, государствами и т. д.

Напротивъ, въ области права децентрализаціи не только возможны, но и рѣшительно преобладаютъ и играютъ основную роль абсолютныя права. Основу всѣхъ видовъ децентрализованнаго права, стало быть и гражданскаго права въ традиціонномъ смыслѣ, но съ устраненіемъ постороннихъ элементовъ, и международнаго права, составляетъ принципъ, который можно формулировать: *noni me tangere*, никто не смѣетъ трогать меня и моего и вмѣшиваться въ мои дѣла, всѣ обязаны воздерживаться отъ посягательствъ и терпѣть всяческое мое хозяйничаніе въ моей сферѣ.

Этотъ принципъ обнимаетъ громадное большинство правъ и притомъ важнѣйшихъ правъ международнаго, международнаго, индивидуальнаго права и т. д.

Второй, болѣе скромный по значенію, но важнѣйшій для остатковъ, не обнимаемыхъ принципомъ *noni me tangere*, принципъ международнаго, индивидуальнаго права и т. д.: *pacta servanda sunt*, слѣдуетъ соблюдать договоры; на почвѣ этого принципа, а равно на почвѣ санкцій на случай нарушенія главныхъ (санкціонируемыхъ) правъ (принципъ возмѣщенія вреда и т. д.) и нѣкоторыхъ еще болѣе скромныхъ, остальныхъ частныхъ и мелочей правъ децентрализованной системы имѣются, конечно, въ международномъ правѣ и т. д. и относительныя права. Отсюда, между прочимъ, видно, что наличность субъектнаго представленія „всѣ и каждый“ (или „никто не“ и т. п.) есть практически годный и безошибочный критерій для исключенія подлежащаго права изъ сферы публичнаго и отнесенія его къ частному праву¹⁾.

¹⁾ Это, напр., относится къ праву жизни, чести, тѣлесной неприкосновенности и т. д., каковыя права, между прочимъ, уже теперь нѣко-

7. Для соціально-служебнаго права характерно рѣшительное преобладаніе положительныхъ обязанностей (обязанностей къ положительнымъ дѣйствіямъ соціальнаго служенія) и соответственныхъ нормъ, правъ и т. д.; для свободнаго права, международнаго и т. д.,—рѣшительное преобладаніе двухъ остальныхъ типовъ обязанностей, правъ, нормъ, правовыхъ мнѣній и убѣжденій—съ объективными представленіями „воздержаній“ и „терпѣній“ (*poli me tangere*; въ области принципа *pacta servanda* и т. д., конечно, и здѣсь возможны и положительныя обязанности).

Но важнѣе съ точки зрѣнія теоріи права и разныхъ другихъ видовъ наукъ о правѣ, чѣмъ установленіе такихъ сравнительныхъ характеристикъ, другое.

Какъ видно изъ предыдущаго изложенія, въ частности изъ изложеннаго выше о правѣ соціальныхъ организацій и приведенныхъ только что принциповъ права соціальной децентрализаціи (*poli me tangere, pacta servanda sunt*), предложенное дѣленіе даетъ свѣтъ и ориентировку относительно содержанія права, не только современнаго права цивилизованныхъ народовъ, но и права другихъ народовъ и расъ, другихъ эпохъ развитія и т. д. Особенно существо и содержаніе права соціальныхъ организацій всевозможныхъ типовъ и ступеней развитія поддается сведенію къ немногимъ основнымъ принципамъ (ср. выше, стр. 728 и сл.). А это важно и для теоріи, и для догматики, и для исторіи права, и для описательнаго правовѣдѣнія, и для политики права (въ частности, напр., „соціальной“ правовой политики) ¹⁾.

Но, затѣмъ, и это главное, предложенное дѣленіе представляетъ классификаціонное основаніе для установленія и разработки соответственныхъ адекватныхъ теорій ²⁾ съ точки зрѣнія изученія законовъ причинной связи.

торые цивилисты относятъ къ частнымъ правамъ, ср., напр., Баронъ, Система I. § 16. Уголовное право, карательное право (и соответств. обязанность) государственной власти есть, конечно, публичное право.

¹⁾ Между прочимъ, подлежащая ориентировка относительно содержанія содержитъ въ себѣ цѣнныя указанія для рѣшенія проблемъ, которыми занимаются цивилисты и публицисты, но пока безъ большого успѣха, а именно проблемъ классификаціи или „системы“ частныхъ правъ, съ одной стороны, публичныхъ правъ, съ другой стороны. Ср. по этому поводу выше, стр. 877 прим. (о классификаціи частныхъ правъ) и стр. 728 и слѣд. (указаніе категорій публичныхъ правъ).

Въ частности, какъ уже видно изъ самого специфическаго различія, возведеннаго нами въ основу классификаціи, а равно изъ предыдущихъ объясненій,—§ 49, относительно централизованной и децентрализованной системы, относительно различія подлежащихъ хозяйственныхъ строевъ, вообще человѣческаго поведенія и его управленія, относительно различія природы мотиваціи здѣсь и тамъ и т. д., причинное дѣйствіе, мотиваціонное и педагогическое, различно въ двухъ установленныхъ классахъ права и, сообразно съ этимъ, даетъ почву для построенія двухъ различныхъ адекватныхъ теорій правовой мотиваціи и правовой педагогики¹⁾.

Построеніе и разработка указанныхъ теорій (а равно теорій происхожденія и развитія того и другого права) не входитъ въ задачу настоящаго изложенія (ср. ниже, § 51).

Въ заключеніе, во избѣжаніе недоразумѣнія, слѣдуетъ еще отмѣтить, что установленное дѣленіе простирается на все право, а не только на „право въ юридическомъ смыслѣ“. Поэтому, напр., если имѣется брачное сожитіе и семья, въ частности дѣти, безъ законнаго брака въ смыслѣ официальнаго права, или въ домѣ живетъ издавна старая гувернантка, и правовая психологія подлежащихъ лицъ развилась такимъ образомъ, что имѣется социальное-служебное право, признаются родительскія права власти и обязанности заботы, или старой гувернанткѣ приписываются ею же или и другими права и обязанности социальнаго служенія и т. д.—то съ нашей точки зрѣнія, подлежащее интуитивное (или и позитивное, но не-официальное) право есть публичное право въ общемъ смыслѣ, хотя по официальному праву положеніе, конечно, имѣетъ совсѣмъ иной видъ, частно-правный.

¹⁾ Что, въ свою очередь, существенно важно съ точки зрѣнія будущей науки (системы наукъ) политики права (ср. Введеніе, предисловіе). На ряду съ общею, верховною, политикою права должны быть двѣ подчиненныя системы политики права децентрализаціи и централизаціи и т. д.

ГЛАВА VI.

Право, какъ факторъ и продуктъ социальнo-психической жизни.

§ 51.

Явленія права состоятъ въ двусторонней причинной связи съ другими процессами социальнo-психической жизни. Съ одной стороны, право является факторомъ социальнo-психической жизни и ея развитія, вызываетъ извѣстные дальнѣйшіе процессы въ области психики и поведенія индивидовъ и массъ и ихъ развитія. Съ другой стороны, право само есть продуктъ дѣйствія извѣстныхъ социальнo-психическихъ процессовъ: оно создается и измѣняется ими по законамъ причинной связи.

Сообразно съ этимъ наряду съ изученіемъ права самого по себѣ, какъ особаго класса явленій съ особою природою, особымъ составомъ, особыми характерными свойствами и т. д., независимо отъ того, чѣмъ и какъ право создается и какія другія явленія оно вызываетъ, и въ дополненіе къ такому изученію—задачею теоріи права является затѣмъ изученіе указанной двусторонней причинной связи: 1) изученіе права, какъ фактора, построеніе теоріи причиннаго дѣйствія права и 2) изученіе права, какъ продукта, построеніе теоріи происхожденія и развитія права.

Перваго ученія, ученія о причинномъ дѣйствіи права, въ современной наукѣ еще не существуетъ, и даже нѣтъ сознанія умѣстности и необходимости изученія права съ этой точки зрѣнія. Нѣкоторые, весьма неудовлетворительные, зачатки такого ученія можно развѣ усматривать въ разныхъ попыткахъ опредѣленія понятія права, содержащихъ въ себѣ прямыя или косвенныя указанія на причинное дѣйствіе права, какъ оно представляется авторамъ этихъ опредѣленій. Такъ, въ опредѣленіяхъ права съ точки зрѣнія принужденія заключается указаніе на то, что дѣйствіе права состоитъ въ принужденіи людей къ извѣстному поведенію. Въ господствовавшихъ прежде, въ эпоху либерализма, опредѣленіяхъ права съ точки зрѣнія свободы содержались указанія на то, что дѣйствіе права состоитъ въ установленіи, охранѣ, орга-

низации и т. д. свободы, въ разграниченіи сферъ свободы и т. д. Подобнымъ, господствующимъ со времени распространения учений Гегеля, воззрѣніемъ является то, по которому дѣйствіе и значеніе права состоитъ въ защитѣ интересовъ.

Построеніе научной, адекватной теоріи дѣйствія права предполагаетъ, какъ необходимую предпосылку, выясненіе, что такое право. Если исходить изъ того, что право, какъ полагаютъ Гегель и другіе, представляетъ вѣдннѣя обладающей большею или непреодолимою силою „воли“, обращенныя къ болѣе слабой и принужденной подчиняться „волѣ“, то идея о томъ, что дѣйствіе права состоитъ въ принужденіи, въ защитѣ интересовъ путемъ приказовъ и принужденія и т. д., вполне естественна. Если же смотрѣть на право, какъ на психическіе процессы особаго рода, какъ на особую разновидность этическихъ переживаній, то подобныя воззрѣнія падаютъ сами собою, какъ нѣчто несообразное, не соответствующее природѣ того, о дѣйствіи чего говорится.

Теорія причиннаго дѣйствія права, какъ психическихъ процессовъ, должна быть психологическою теоріею. Главныя и основныя положенія этой теоріи намѣчены уже выше, въ §§ 7 и 49¹⁾.

Нѣсколько лучше положеніе проблемы о происхожденіи и развитіи права въ современномъ правовѣдѣніи, по крайней мѣрѣ въ томъ смыслѣ, что эта проблема нѣкоторыми юристами ставится и такъ или иначе рѣшается.

Вопросъ о происхожденіи права или вообще „законовъ“ въ смыслѣ нормъ общежитія, включая сюда и нравственность, издревле интересовалъ человѣческую мысль. Уже выше (стр. 35 и сл., стр. 69 и сл.) было указано, что своеобразному характеру высшаго мистическаго авторитета этическихъ эмоцій соответствуетъ тенденція приписывать установленіе права и нравственности высшимъ существамъ сверхъестественнаго порядка. Сообразно съ этимъ древнѣйшее и общераспространенное на извѣстной стадіи развитія человѣческой мысли ученіе о происхожденіи нормъ обще-

¹⁾ Болѣе же подробное изложеніе ея авторъ предполагаетъ доставить въ другомъ сочиненіи, ср. ниже, стр. 758 прим.

житія єсть ученіє о божественномъ происхожденіи ихъ. Его смѣняють затѣмъ разныя метафизическія и мистическія ученія, ставящія на мѣсто Божествъ въ собственномъ смыслѣ разныя другія высшія силы и сущности: „Природу“, представляемую, какъ высшее существо (стоики и др.), міровой „Разумъ“, „Объективный духъ“ (Гегель) и т. п. Впрочемъ, большинство подлежащихъ ученій имѣють въ виду т. н. естественные законы; что же касается положительнаго права, то разные представители философіи права прежнихъ вѣковъ, до появленія и распространенія ученій т. п. исторической школы, приписывали ея созданіе сознательной и умышленной дѣятельности людей для достиженія извѣстныхъ цѣлей: мира, благосостоянія и т. д. При этомъ нѣкоторые, отождествляя положительное право съ законами, сводили его происхожденіе и развитіе просто къ волѣ и усмотрѣнію законодателей, монарховъ и т. д. Другіе приписывали установленіе государства и положительнаго права договору, по которому люди для достиженія мира, порядка или т. п. соглашались установить надъ собою власть и повиноваться этой власти, которая затѣмъ, дѣйствуя согласно этому договору, издаєтъ законы и т. д. Обязательность же договора поконится на естественномъ законѣ, требующемъ соблюденія договоровъ.

Періодически въ исторіи человѣческой мысли появляются и такія теоріи, которыя сводятъ все право, какъ и нравственность, религіозныя вѣрованія и т. д., къ хитрой выдумкѣ людей для того, чтобы лучше господствовать надъ другими и осуществлять свои интересы. Такія, съ виду весьма критическія, по существу наивныя, ученія появляются и процвѣтають въ тѣ эпохи, когда на почвѣ культурнаго воспитанія и прогресса народной психики и фиксированія и отставанія позитивныхъ элементовъ и факторовъ культуры: позитивныхъ правилъ общежитія и вѣрованій, получается несоотвѣтствіе этихъ позитивныхъ элементовъ уровню народной психики. Такъ, древніе софисты отрицали божественное происхожденіе законовъ общежитія, а равно существованіе естественнаго права, справедливаго по природѣ и т. д., и считали все право и нравственность продуктомъ сознательно-умышленнаго творчества, выдумыванія и навязыванія дру-

гимъ для осуществленія извѣстныхъ цѣлей и интересовъ. По ученію софиста Эразимаха право есть продуктъ силы и существуетъ въ интересахъ сильныхъ. По ученію Калликла, законы общежитія продуктъ выдумки толпы слабыхъ, не желающихъ допустить, чтобы сильные индивиды имѣли больше, пользовались лучшимъ положеніемъ, нежели они, слабые и ничтожные. Сильные должны освободиться отъ этой рабской цѣпи, на нихъ наложенной, поставить себя выше подлежащихъ условностей и нормъ, и т. д. Аналогичныя ученія выставялись софистами относительно религіи. Она выдумана умными и изобрѣтательными людьми для того, чтобы внушить людямъ страхъ и въ той области, гдѣ надъ нихъ поведеніемъ не можетъ быть человѣческаго надзора, и проч.

Аналогичныя ученія выставялись въ эпоху кризиса средне-вѣковой теократической культуры (Маккиавелли и др.). Дальнѣйшій періодъ производства и проповѣди такихъ ученій эпоха передъ французскою революціею (Вольтеръ, ученіе Руссо о положительномъ историческомъ правопорядкѣ, какъ о продуктѣ насилія и др.). Въ новѣйшее время воспроизведеніе ученія Калликла представляеть ученіе Ничше о нормахъ общежитія, какъ о цѣпи, наложенной толпою слабыхъ на сильныхъ, которые должны быть выше этихъ условностей, и т. д.; ученію Эразимаха и др. соотвѣтствуетъ въ наше время ученіе Іерицга (ср. ниже) и проч. ¹⁾.

Въ началѣ XIX ст. противъ ученія о сознательномъ и произвольномъ созданіи положительнаго права и о существованіи, на ряду съ положительнымъ, естественнаго права выступила, какъ уже упоминалось выше (§ 35), т. п. историческая школа Савиньи, Пухты и др., учившая, что

¹⁾ Впрочемъ, несмотря на поразительную подчасъ совпаденіе этихъ ученій разныхъ періодовъ, напр. ученій Ничше и Калликла (отчасти и Маккиавелли), дѣло идетъ вовсе не о заимствованіи, а о самостоятельныхъ продуктахъ самостоятельныхъ, но аналогичныхъ, соціально-психическихъ причинъ (и соотвѣтственнаго индивидуальнаго направленія развитія характера и мышленія; ученія Калликла, Маккиавелли, Ничше и т. п. представляють симптомы атрофіи этической психики и гипертрофіи эстетизма; декадентство въ области искусства, тоже явленіе, повторяющееся въ исторіи періодически, означаетъ дальнѣйшій процессъ дегенерации и эстетической психики). Больше подробное изображеніе подлежащихъ ученій и объясненіе причинъ ихъ появленія и его періодичности авторъ надѣется доставить въ соч.: «Очерки соціологіи и исторіи политическихъ ученій».

право, подобно языку, правамъ и т. д., есть закономерно, незамѣтно, постепенно и независимо отъ какой бы то ни было человѣческой воли и человѣческаго умысла и сознания развивающійся продуктъ и проявленіе національнаго духа, народной души (Volksgeist, Volksseele). Въ этой народной душѣ изначально заложены (и въ этомъ смыслѣ, по словамъ Пухты, прирождены) начала національнаго права, и онѣ въ исторіи постепенно раскрываются въ видѣ соответственныхъ общихъ убѣжденій (ср. выше, стр. 295 и сл.), проявляющихся въ лучшей и непосредственной формѣ въ видѣ обычнаго права, а затѣмъ въ дѣятельности законодателя и науки права, которые являются (а во всякомъ случаѣ должны являться) органами и представителями народнаго духа и истолкователями общаго убѣжденія. И это ученіе должно быть отнесено къ разряду мистическихъ. Народный духъ этого ученія представляетъ особую высшую непознаваемую реальность, отличную отъ народной психики въ смыслѣ совокупности индивидуальныхъ психикъ, и „общее убѣжденіе“ есть нѣчто отличное отъ убѣжденій отдѣльныхъ индивидовъ, которые могутъ думать и несогласно съ подлежащимъ надъ-индивидуальнымъ „общимъ убѣжденіемъ“.

Изъ элементовъ ученія Савиньи и Пухты, пользовавшагося нѣкоторое время почти всеобщимъ призваніемъ въ юридическихъ сферахъ, и теперь еще являются общепринятыми: идея закономерности развитія права и положеніе о позитивной природѣ всего права, о несуществованіи иного права, кромѣ позитивнаго (ср., впрочемъ, выше, § 35).

Создавшимъ дальнѣйшую эпоху въ ученіи о происхожденіи и развитіи права и опредѣлившимъ современные взгляды юриспруденціи по этому вопросу считается ученіе Иеринга.

Основные положенія ученія Иеринга о происхожденіи и развитіи права состоятъ въ слѣдующемъ:

1. Право (и государство) есть продуктъ сознательнаго, умышленнаго человѣческаго творчества, преслѣдующаго опредѣленные практическія цѣли, проведеніе и охрану такихъ или иныхъ практическихъ интересовъ („Цѣль есть создатель всего права“, „Der Zweck ist des Schöpfer des ganzen Rechtes“—мotto соч. Иеринга, „Цѣль въ правѣ“, „Zweck im

Recht“, въ которомъ онъ развиваетъ эту мысль, ср. выше, § 28, его ученіе о созданіи всѣхъ правъ со стороны законодателей для защиты извѣстныхъ интересовъ).

2. Сообразно природѣ правовыхъ нормъ, какъ вѣдннй, исходящихъ отъ воли, распоряжающейся достаточною силою, чтобы заставить повиноваться, право исходить отъ силы и власти, представляетъ „политику силы“ (и эгоизма, Zweck Kar. VIII, 2) ¹⁾. Такъ какъ право зависитъ отъ силы, слѣдовательно отъ одолѣнія и подавленія сопротивленія въ случаѣ столкновенія интересовъ и борьбы, то Герингъ приписываетъ большую роль борьбѣ, въ качествѣ фактора развитія права.

Это ученіе, по существу представляющее возвратъ къ указаннымъ выше воззрѣніямъ греческихъ софистовъ и т. д., соотвѣтствовало и соотвѣтствуетъ „практическому“ и „реалистическому“ духу времени его появленія и теперешняго времени, было сочтено за великое открытіе и существенный шагъ впередъ, быстро пріобрѣло популярность въ юридическихъ сферахъ и теперь можетъ быть признано господствующимъ воззрѣніемъ, въ особенности поскольку дѣло идетъ объ идеѣ, что право есть продуктъ реальныхъ интересовъ и цѣлей и ихъ столкновенія и создается людьми для охраны и проведенія этихъ интересовъ и цѣлей (нѣкоторые полагаютъ: не непременно путемъ побѣды тѣхъ цѣлей и интересовъ, на сторонѣ которыхъ большая сила, а въ значительной степени путемъ компромиссовъ и уступокъ).

По поводу положенія вопроса о происхожденіи и развитіи права въ современной наукѣ слѣдуетъ еще упомянуть два обстоятельства, обыкновенно игнорируемые теоретиками права и не упоминаемые въ „общихъ ученіяхъ о правѣ“:

1. Въ нѣкоторыхъ сферахъ правовѣдннй, главнымъ образомъ въ сферѣ т. н. сравнительнаго правовѣдннй, посвященнаго изученію и сравненію права разныхъ народовъ, въ томъ числѣ низшихъ ступеней культуры, существуетъ идея о необходимости изученія и выясненія „законовъ развитія“ права, точнѣе, выясненія тенденціи и направленія истори-

¹⁾ При этомъ Герингъ источникомъ всего права считаетъ государственную власть: «государство есть единственный источникъ права, ибо нормы, къ исполненію которыхъ не можетъ принудить тотъ, кто ихъ устанавливаетъ, не суть юридическія нормы» (тамъ же).

ческаго развитія права. Впрочемъ, пока это стремленіе реальныхъ результатовъ, открытія этихъ „законовъ развитія“ права, не достигло.

2. Проблема о происхожденіи и развитіи права обсуждается и такъ или иначе рѣшается не только въ сферѣ правовѣдѣнія, а еще и въ сферѣ другой науки болѣе общаго характера, въ сферѣ социологіи, теоріи общества, общественныхъ процессовъ и общественнаго развитія, или, точнѣе, въ сферѣ разныхъ попытокъ основать такую науку. Пытаясь свести всѣ общественныя явленія и ихъ развитіе къ такимъ или инымъ основнымъ факторамъ, силамъ или процессамъ, социологи тѣмъ самымъ устанавливаютъ соответственныя утвержденія и относительно происхожденія и развитія права, даже и въ томъ случаѣ, когда они не говорятъ специально о правѣ, какъ таковомъ. И подлежащія ученія, хотя, что касается права, они исходятъ не отъ специалистовъ, отчасти отличаются большею глубиною и имѣютъ болѣе серьезный характеръ, чѣмъ ученія современной юриспруденціи съ ея лозунгами и тенденціями „практичности“ и „реалистичности“.

Изъ существующихъ въ области социологіи многочисленныхъ и разнообразныхъ по содержанію теорій (ср. Введение стр. 76) заслуживаютъ здѣсь въ частности особаго упоминанія: дарвинистическая социологія, пытающаяся объяснить явленія общественной человѣческой жизни и ихъ развитіе, въ томъ числѣ нравственность и право, какъ продукты естественнаго бессознательнаго приспособленія къ жизни путемъ скорѣйшаго вымиранія менѣе приспособленныхъ и сохраненія и наследственной передачи измѣненій къ лучшему въ направленіи приспособленія къ жизни; затѣмъ, теорія т. н. историческаго матеріализма, считающая базисомъ и основнымъ факторомъ общественной жизни, разныхъ ея явленій и элементовъ и ихъ развитія, существующія въ данное время орудія и формы производства матеріальныхъ благъ, въ частности пытающаяся объяснить право, нравственность, вѣрованія и т. д. и ихъ развитіе, какъ продукты и отраженія подлежащей „соціальной матеріи“, орудій и формъ производства матеріальныхъ благъ, измѣняющіеся сообразно измѣненіямъ этого базиса соціальной жизни.

И въ области проблемы о происхожденіи и развитіи права, какъ и въ области проблемы о причинномъ дѣйствіи

права, слѣдуетъ подчеркнуть, что для построения соответственной научной, адекватной теории, прежде всего, необходимо выяснение, что такое право; необходимо ясное и точное знание того, о чемъ идетъ рѣчь, о происхождении и развитии чего говорится или слѣдуетъ говорить. Если исходить изъ того, что правовыя явленія суть велѣнія сильныхъ по адресу слабыхъ и т. д., то такія ученія, какъ ученіе Геринга о происхождении и развитии права, представляются возможными и естественными. Если же имѣть въ виду, что правовыя явленія суть особаго рода этическія, императивно-аттритивныя переживанія, то такія и т. п. теории падаютъ сами собою, безъ особой критики, какъ явно несообразныя, несоответствующія природѣ того, происхождение и развитие чего требуется объяснить. Получается совсѣмъ иная, психологическая, проблема о происхождении императивно-аттритивныхъ эмоцій и эмоціоально-интеллектуальныхъ сочетаній, или соответственныхъ психическихъ диспозицій, склонностей къ подлежащимъ эмоціямъ и эмоціоально-интеллектуальнымъ переживаніямъ, и о факторахъ и процессахъ, опредѣляющихъ ихъ развитие. Что касается такихъ, болѣе общихъ, социологическихъ, теорій, какъ дарвинистическая, теорія историческаго матеріализма и т. п., то между ними и природою права, какъ особыхъ этическихъ переживаній, нѣтъ такого несоответствія и взаимоисключенія. Напротивъ, можно быть одновременно послѣдователемъ дарвинизма или историческаго матеріализма въ социологій и теоріи права, какъ императивно-аттритивныхъ переживаній. Мало того, для обѣихъ социологическихъ теорій—теорія права, какъ императивно-аттритивныхъ переживаній и соответственныхъ диспозицій, представляетъ т. ск. нѣкоторыя особыя удобства. Такъ, если право есть индивидуально-психическое переживаніе на почвѣ соответственныхъ диспозицій, то, съ точки зрѣнія дарвинистической теоріи, оно представляется аналогичнымъ разнымъ другимъ элементамъ и свойствамъ психо-физическаго аппарата—организма, происхождение и развитие коихъ съ успѣхомъ объясняется этой теоріей. Что касается экономическаго матеріализма, то съ его точки зрѣнія по поводу сведенія права къ особымъ психическимъ явленіямъ есть т. ск. готовый отвѣтъ относительно происхожденія и развитія подобныхъ явленій: они—психическіе корреляты, отраженія въ психикѣ

соціальної матерії, і їхъ содержаніє мѣняється въ історіі сообразно съ измѣненіями соціальної матерії, какъ функція послѣдней. Тѣмъ не менѣе положеніе о необходимости выясненія природы права для построенія адекватной теоріи происхожденія и развитія права остается правильнымъ и по адресу этихъ и другихъ обще-соціологическихъ ученій, въ томъ смыслѣ, что въ виду специфической природы права для построенія адекватной теоріи его происхожденія и развитія недостаточно еще общихъ положеній объ общественныхъ процессахъ, а требуется еще построение съ помощью этихъ общихъ положеній, если и поскольку они правильны, соответственной частной и спеціальной теоріи, требуется приуроченіе и приспособленіе общей теоріи къ специфической природѣ права.

Кромѣ установленія надлежащаго понятія права, для построенія научной теоріи его развитія, необходимы еще предварительныя знанія, предпосылки двоякаго рода:

1) Теорія причиннаго дѣйствія права, въ частности его мотиваціоннаго и педагогическаго дѣйствія. Дѣло въ томъ, что право, оказывая вмѣстѣ съ другими факторами соціально-психической жизни, въ томъ числѣ нравственностью, нормативной эстетикой и др., вліяніе на развитіе человѣческой психики, измѣняя человѣчeskій характеръ въ направленіи приспособленія его къ соціальной жизни, само измѣняется сообразно съ этими психическими измѣненіями, приспособляется къ нимъ ¹⁾. И здѣсь заключается ключъ для открытія тѣхъ законовъ развитія права, тѣхъ историческихъ тенденцій, о тщетныхъ поискахъ за открытіемъ которыхъ было упомянуто выше. Общая, основная тенденція историческаго процесса образованія и измѣненія права заключается въ такомъ приспособленіи правовой мотиваціи и педагогики къ данному состоянію народной психики, что путемъ психическаго воздѣйствія соответственной правовой системы индивидуальное и массовое поведеніе и развитіе народной психики направляется въ сторону общаго блага. По мѣрѣ приспособленія человѣческой психики къ соціальной жизни соответственно измѣняется (впрочемъ, съ разными осложненіями, временными задержками и т. д.) и право. Позднѣйшія правовыя

¹⁾ Ср. Введеніе, предисловіе, Lehre v. Einkommen II, Anh.

системы требуют и достигают отъ гражданъ большаго въ смыслѣ социально-разумнаго поведенія, чѣмъ предшествующія, приспособленныя къ болѣе примитивной психикѣ, системы права, и достигаютъ уже раньше требовавшагося поведенія путемъ воздѣйствія на болѣе высокія стороны человѣческаго характера; онѣ утилизируютъ достигнутые результаты психической культуры и опираются на такія качества массоваго характера, на которыя не могли опираться прежнія системы правовой мотивациі, приуроченныя къ болѣе грубой и социально менѣе годной психикѣ; напр., переходъ въ области производства матеріальныхъ благъ отъ системы права рабства, отъ рабскаго труда съ его примитивной и грубой мотивацией, съ кнутомъ надзорщиковъ, съ правомъ смертной казни у господина и т. д., къ праву свободнаго труда, къ системѣ хозяйственной свободы и конкуренціи (къ самостоятельной, свободной мотивациі, ср. выше, § 49), есть симптомъ и продуктъ повышенія дѣльности характера въ народныхъ массахъ; и то же означаетъ происходящая теперь въ разныхъ сферахъ, въ области государственныхъ, общинныхъ и т. д. хозяйствъ, социализація производства, предполагающая для своего успѣха извѣстную степень не только хозяйственной дѣльности, какъ таковой, но и способности и склонности эвергично работать не ради себя, а на общую пользу; точно также замѣна грозно-деспотическаго режима системою государственнаго и общиннаго самоуправленія и затѣмъ постепенная демократизація соотвѣтственнаго государственно-правового режима суть симптомы и продукты подлежащаго прогресса народной психики, и т. д.; поскольку въ правѣ дѣло идетъ о томъ же родѣ поведенія и о примѣненіи однородной мотивациі, напр., карательной или наградной, по мѣрѣ улучшенія человѣческаго характера для достиженія подлежащаго социально-разумнаго поведенія требуется все меньшее и меньшее мотивационное давленіе этого рода; кары и награды уменьшаются, коллективная отвѣтственность цѣлой группы за нарушенія, усиливающая мотивационное давленіе, смѣняется индивидуальною, прежняя неумолимая отвѣтственность за причиненное, хотя бы неумышленно, зло смѣняется карательною системою, допускающею разныя оправданія и смягченія отвѣтственности и т. д.; на низшихъ ступеняхъ культуры для достиженія аккуратнаго и честнаго соблюденія

договорно-обязательственного права применялись угрозы в родъ разсѣченія неплатящаго должника кредиторами на части (законы XII Таблицъ), продажи въ рабство, сѣченія на площади до уплаты долга, удвоенія долга въ случаѣ неаккуратности и проч.; исторія долгового права есть нисходящая прогрессія этого давленія; и теперь отъ него осталась обязанность возмѣстить дѣйствительно причиненные убытки; прежде надлежащее поведеніе домохозяевъ достигалось грозною дисциплиною домовладыки до права смертной казни включительно съ отвѣтственностью домовладыки за домохозяевъ; и исторія семейственного права есть нисходящая прогрессія подлежащихъ мотиваціонныхъ давленій, и проч. и проч. Въ періоды соединенія меньшихъ соціальныхъ организацій, прежде истреблявшихъ другъ друга, въ болѣе обширныя солидарныя группы, напр., въ обширныя государства, происходитъ тѣмъ самымъ повышеніе требованій соціально-разумнаго поведенія, выставляется требованіе „братскаго отношенія“ къ прежнимъ чужимъ и врагамъ и т. д.; и тогда, какъ это вытекаетъ изъ нашего закона, происходитъ повышеніе грозности каръ и вообще соціального режима и т. д., но — только временно, до достиженія такой дальнѣйшей культуры характера, которая дѣлаетъ возможнымъ дальнѣйшее смягченіе режима, и т. д. Разумѣется, подлежащіе законы историческаго развитія человечества и его учреждений не означаютъ, что такіе-то умные люди изучаютъ и измѣряютъ прогрессъ человѣческой психики и сообразно съ этимъ выдумываютъ право. Дѣло идетъ о безсознательномъ процессѣ соціально-психическаго приспособленія¹⁾. Остается загадка о томъ, какіе процессы вызываютъ и направляютъ это приспособленіе.

2. Для рѣшенія намѣченной проблемы требуется образованіе и обоснованіе научной теоріи соціально-психическихъ процессовъ — научной соціологіи. Дарвинистическая теорія, единственная теорія, объясняющая безсознательно-„геніальное“ приспособленіе, не въ состояніи объяснить *соціально-психическаго* приспособленія, независимаго отъ вымирания индивидовъ и разрушенія группъ, и она упускаетъ изъ

¹⁾ Многочисленныя конкретныя доказательства безсознательности подлежащаго удачнаго приспособленія права къ надлежащему воздѣйствію на человѣческую психику имѣются въ разныхъ спеціальныхъ изслѣдованіяхъ автора, начиная съ «Fruchtvertheilung», Berl. 1892 г.

виду тѣ особые процессы, которые происходят на почвѣ разговоровъ людей другъ съ другомъ и вообще психическаго общенія между членами социальныхъ группъ. Психическое общеніе есть такъ сказать психическое взаимозараженіе и притомъ не интеллектуальное только, а и эмоціональное. Сообщаются и циркулируютъ не только подлежащія представленія, а и тѣ эмоціи, которыя въ психикѣ сообщающихъ связаны съ этими представленіями. Противъ того (представляемаго), отчего индивидъ терпитъ зло въ жизни, развиваются въ индивидуальной психикѣ репульсивныя эмоціи, антипатіи (независимо отъ запоминанія всѣхъ случаевъ, пониманія причинной связи и т. д.), въ пользу дѣйствовавшего въ противоположномъ направленіи—аттрактивныхъ эмоціи, симпатіи. У субъектовъ прелюбодѣяній, лжи, денежныхъ обмановъ и т. д. могутъ на этой почвѣ появляться и развиваться аттрактивные эмоціи по адресу такихъ дѣйствій, а у болѣе или менѣе многочисленныхъ жертвъ этихъ дѣйствій развиваются болѣе сильныя эмоціи (эмоц. диспозиціи) протиположнаго свойства, антипатіи, негодованіе и т. д. Эмоціонально-интеллектуальное социальное общеніе и психическое зараженіе вырабатываетъ эмоціональныя среднія равнодѣйствующія, среднія эмоціональныя оцѣнки, продукты безчисленныхъ фактовъ данной категоріи въ жизни рядовъ смѣняющихся поколѣній. По адресу такихъ явленій, какъ ложь, клевета и т. п., такія эмоціональныя среднія равнодѣйствующія неизбѣжно получаютъ полицательнo-отталкивающія, хотя для прибѣгающихъ къ такимъ дѣйствіямъ могутъ получаться выгоды. Эти эмоціональныя равнодѣйствующія сообщаются путемъ эмоціонально-интеллектуальнаго общенія и зараженія индивидамъ уже въ дѣтскомъ возрастѣ и дальше. На почвѣ такихъ эмоціонально-интеллектуальныхъ ассоціацій невѣдомаго для индивида происхожденія получаютъ, въ случаяхъ дѣйствія какихъ-либо унаслѣдованныхъ или приобрѣтенныхъ въ индивидуальной жизни эмоціональныхъ влеченій въ пользу соответственныхъ поступковъ, внутренніе разлады, психическія тренія и коллизіи, борьба эмоцій разнаго происхожденія и направленія, процессы, о которыхъ шла рѣчь выше, при уясненіи природы этическихъ переживаній.

Представляя законмѣрныя среднія равнодѣйствующія безчисленныхъ фактовъ въ жизни умершихъ уже и живущихъ

членовъ цѣпи эмоціонально-интеллектуальнаго обращенія и зараженія, указанныя эмоціональныя оцѣнки пропорціональны среднему въ большихъ числахъ дѣйствию оцѣниваемыхъ предметовъ, явленій, правилъ и способовъ поведенія, напр., техническихъ, хозяйственныхъ, гигиеническихъ, воспитательныхъ приѣмовъ, вообще всего того, что можетъ существовать въ представленіи и о чемъ говорится, пишется въ письмахъ и проч. Отсюда получаютъ процессы, аналогичные борьбѣ за существованіе и естественному подбору (хотя и принципиально отличные, производимые не косою смерти, а эмоціями)—вытѣсненіе худшаго лучшимъ, менѣе годнаго болѣе годнымъ, напр., такихъ средствъ и приѣмовъ питанія, воспитанія и т. д., которые давали въ среднемъ худшіе результаты, такими, которые дѣйствовали въ жизни лучше. Въ различнѣйшихъ областяхъ жизни происходятъ процессы безсознательнаго приспособленія, совершенствованія, выработки разнообразнѣйшихъ безсознательно-гениальныхъ продуктовъ: безсознательно-гениальной техники самого языка, главнаго орудія интересующихъ насъ процессовъ, его безсознательно удачной классификаціи явленій и предметовъ и т. д. (ср. Введеніе § 4), обычаевъ и правилъ народной гигиены, медицины, агрономіи, воспитанія, нравственности, права, вѣрованій, спасительныхъ для жизни, и проч. и проч., и измѣненіе и приспособленіе этихъ продуктовъ къ мѣняющимся условіямъ жизни, въ томъ числѣ къ измѣняющейся психикѣ человѣческой.

Въ виду того, что подлежащая теорія, теорія эмоціональнаго подбора и развитія, адекватна не праву спеціально, а несравненно болѣе обширному классу явленій, и ея изложеніе, развитіе и обоснованіе въ этой книгѣ нарушило бы систему и потребовало бы много мѣста, настоящая глава ограничивается приведенными предварительными краткими указаніями, а обстоятельное доказательство и развитіе подлежащей общей теоріи—„эмоціональной соціологіи“ и на почвѣ ея спеціальной теоріи происхожденія и развитія права должно составить содержаніе особой книги ¹⁾).

¹⁾ Предполагаемой подъ загл. «Очерки соціологіи и исторіи политическихъ ученій» (которыя тоже продукты тѣхъ же процессовъ, что и право, и опредѣляются такими же законами развитія). Тамъ же будутъ болѣе подробно изложены теорія дѣйствія права и историческіе законы развитія права.