

И. А. ПОКРОВСКИЙ.

5982

„ИРРАЦИОНАЛЬНОЕ“  
ВЪ ОБЛАСТИ ПРАВА.

Отдѣльный оттискъ изъ журнала «Юридическій Вѣстникъ» 1915 г.,  
кн. XI (III).

МОСКВА

—  
1915.



1980  
698 / ред. и изд. 1915

СЛБГУ

СПбГУ



ТІПОГРАФІЯ Г. ЛИСНЕРА И Д. СОВКО.  
Москва, Воздвиженка, Крестовосадвж. пер., д. 9.



## „Ирраціональное“ въ области права.

### I.

Наличность ирраціональныхъ элементовъ въ правѣ уже обратила на себя научное вниманіе. Въ частности въ русской литературѣ этому вопросу посвящена небольшая, но богатая содержаніемъ статья Б. А. Кистяковскаго<sup>1)</sup>. Послѣ ряда весьма интересныхъ соображеній, авторъ ея приходитъ къ выводу, что «хотя сами по себѣ правовыя нормы и являются раціональными построеніями, въ основаніи ихъ лежатъ ирраціональныя психическія переживанія и воспріятіе ихъ необходимо связано съ этими переживаніями»<sup>2)</sup>.

Настоящій моментъ, моментъ великой международной распри, болѣе, чѣмъ какой-либо другой, заставляетъ вспомнить объ этихъ «ирраціональныхъ психическихъ переживаніяхъ». Какъ въ международныхъ отношеніяхъ, такъ и во внутренней жизни каждаго отдѣльнаго государства, какъ въ крупномъ, такъ и въ мелкомъ, чувствуется присутствіе чего-то необъяснимаго одними раціональными соображеніями, чего-то идущаго изъ глубинъ бессознательнаго, изъ таинственнаго резервуара народнаго чувства. Рядомъ съ плано-мѣрнымъ и понятнымъ разыгрывается нѣчто непланомѣрное и на первый взглядъ непонятное. Основные принципы культурнаго человѣческаго общенія какъ-будто продолжаютъ въ теоріи признаваться, но въ то же время общественная атмосфера пропитывается настроеніями и дѣяніями, имъ прямо противоположными. Точно какая-то стихія бунтуетъ противъ разума и наполняетъ все внутренней дисгармоніей, моральными диссонансами.

Естественно поэтому, что всякій наблюдатель современности не можетъ не остановиться передъ явленіями этого рода въ глубокомъ раздумьи. Не можетъ не задуматься надъ ними и юристъ.

<sup>1)</sup> «Раціональное и ирраціональное въ правѣ» въ «Философскомъ сборникѣ», посвященномъ Л. М. Лопатину. Москва. 1911.

<sup>2)</sup> Цит. соч., стр. 240.



Откуда идутъ эти дисгармоническія явленія? Что представляетъ собою та стихія, которая побуждаетъ насъ поступать, даже создавать нормы, вопреки признаваемымъ нами же самими принципамъ и которая въ этомъ смыслѣ вноситъ въ нашу жизнь подлинную «ирраціональность»? Есть ли эта ирраціональность только исключительное достояніе нѣкоторыхъ особыхъ моментовъ, или же, напротивъ, она является постояннымъ спутникомъ всего праворазвитія?

Надлежащій и обстоятельный отвѣтъ на эти вопросы потребовалъ бы, разумѣется, обширныхъ и сложныхъ работъ. Настоящія же немногія страницы имѣютъ скромную цѣль — послужить дополненіемъ къ тому, что уже было по этому поводу сказано, и вмѣстѣ съ этимъ послѣднимъ способствовать дальнѣйшему обсужденію этого чрезвычайно важнаго вопроса.

## II.

Какъ извѣстно, чѣмъ далѣе развивается социальная наука, тѣмъ болѣе старый споръ между такъ называемымъ механическимъ и органическимъ воззрѣніемъ на природу общества отходить въ область исторіи. Поверхъ этихъ воззрѣній укрѣпляется новое, психологическое, уематривающее подлинную сущность всякаго общества въ тѣхъ психическихъ связяхъ, психическихъ взаимодѣйствіяхъ, которыя внутренне соединяютъ его отдѣльныхъ членовъ между собой. Общество — не произвольно созданный механизмъ и не какой-то особый надъ-индивидуальный организмъ, а нѣкоторое, въ основѣ своей, психологическое единство<sup>1)</sup>.

Передъ лицомъ этой идеи складываютъ свои знамена даже старые ветераны и въ значительной степени самые творцы органическаго воззрѣнія. Поучительны въ этомъ отношеніи собственные признанія Шеффле въ его посмертной книгѣ *Grundriss der Sociologie* (1906 г.). Меня напрасно, говоритъ онъ, на основаніи моего «*Vau und Leben des socialen Körpers*» считали сторонникомъ органическаго воззрѣнія. Когда я говорилъ объ обществѣ, какъ объ организмѣ, я лишь пользовался біологическими аналогіями для поясненія. Социальная наука была тогда еще слишкомъ слаба, чтобы ходить безъ посторонней помощи. Теперь же эти аналогіи ненужны. Общество есть «тѣло» (*Körper*), но не въ смыслѣ одушевленной тѣлесности животнаго, не въ смыслѣ біологическаго организма, даже не въ смыслѣ агрегата неорганической природы. Оно духовно

<sup>1)</sup> См. Kistiakowski, *Gesellschaft und Einzelwesen*. 1899.



(«geistig»). Оно не продукт природы; оно не сдѣлалось, а создано («nicht geworden, sondern gemacht»), и создано именно соединенной духовной дѣятельностью индивидовъ. Эта соединенная духовная дѣятельность составляетъ внутреннее существо общества, ту творческую силу, которая придаетъ единство общественному тѣлу и опредѣляетъ его движенія. Конечная сущность всякаго общества есть не что иное, какъ «ein Nebeneinander einzelseelischer Reizempfindungen und Reflexwirkungen»<sup>1)</sup>.

Но если общество есть въ основѣ своей нѣкоторое психологическое единство составляющихъ его индивидовъ, то очевидно, что и право, какъ социальное явленіе, есть нѣкоторое состояніе общественной, социальной психологій. Зарождаясь въ индивидуальной психикѣ отдѣльныхъ лицъ, представленіе о необходимости извѣстнаго поведенія превращается при извѣстныхъ условіяхъ въ доминирующее настроеніе данной социальной среды, въ нѣкоторую надъ индивидомъ стоящую норму, т.-е. именно въ то, что мы называемъ правомъ. Пока подобное представленіе составляетъ переживаніе («эмоцію») одной индивидуальной души (напр. представленіе объ обязательствѣ по отношенію къ лѣшему или дьяволу), оно можетъ быть любопытнѣйшимъ предметомъ для психологій или психіатріи, но совершенно безразлично для правовѣдѣнія, какъ одной изъ социальныхъ наукъ. Въ область этого послѣдняго оно входитъ только тогда, когда изъ индивидуальныхъ психическихъ состояній сложилась нѣкоторая общая духовная связь, соединяющая общество и регулирующая его жизнь. Съ этого момента мы имѣемъ подлинную социальную силу, вліяющую на поведеніе отдѣльныхъ лицъ, подлинную и несомнѣнную социальную реальность.

Можно критиковать сколько угодно «теорію признанія» въ ея той или иной конкретной формулировкѣ (напр. въ формулировкѣ Бирлинга), но нельзя отрицать того, что право имѣетъ свой живой источникъ только въ глубинѣ социальной психологій, что оно есть одно изъ явленій этой послѣдней. Развитіе языка и государства, права и религій, нравовъ и вообще всѣхъ духовныхъ формъ, говорить Зиммель<sup>2)</sup>, указываетъ на нѣчто, выходящее за предѣлы индивидуальной души («weist über jede Einzelseele hinaus»); именно это и заставляло многихъ считать носителемъ, субъектомъ, этихъ явленій особый «народный духъ» или что-нибудь въ этомъ родѣ. Но, конечно, подобный своеобразный мистицизмъ лишенъ научнаго

<sup>1)</sup> Цит. соч. Предисловіе и стр. 47—49.

<sup>2)</sup> «Ueber das Wesen der Socialpsychologie» въ «Archiv für Socialwissenschaft und Socialpolitik». Bd. 26 (1908), Heft. 2, S. 285.



основанія: особаго носителя соціальной психики нѣтъ; она складывается изъ взаимодействія индивидуально-психическихъ состояній.— Дѣйствіе права («gelten»), говоритъ Эрихъ Юнгъ, обозначаетъ въ конечномъ счетѣ не что иное, какъ подчиненіе душъ («Beherrschtwerden der Gemüter»), въ которыхъ образовалось соотвѣтственное переживаніе<sup>1)</sup>. — Всякое господство, повторяетъ Эрлихъ, предполагаетъ извѣстное психическое состояніе подчиняющихся, ихъ духовное самоподчиненіе («ein geistiges Sicheingliedern und Sicheinfügen in die Herrschaftsverfassung»); безъ этого никакое господство не было бы возможно<sup>2)</sup>. — Самая власть, восклицаетъ Радбрухъ, развѣ она есть вообще что-либо иное, какъ не признаніе со стороны подвластныхъ? Политическое могущество состоитъ не въ обладаніи физической силой, оружіемъ и деньгами, а въ послушаніи тѣхъ, кто носить оружіе или принимаетъ деньги въ качествѣ платежнаго средства. Отказъ въ такомъ послушаніи сразу положилъ бы конецъ всякой власти, и, такимъ образомъ, нѣтъ правительства, которое не опиралось бы въ конечномъ счетѣ на народную волю<sup>3)</sup>.

Пусть процессъ образованія соціальной психологіи изъ индивидуально-психическихъ переживаній остается еще для насъ во многомъ неяснымъ, но не подлежитъ сомнѣнію, что, разъ образовавшись, она представляетъ нѣкоторую огромную и самостоятельную силу<sup>4)</sup>. Какъ въ химіи, говоритъ Wilh. Bauer, изъ соединенія нѣкоторыхъ веществъ возникаетъ иногда тѣло, обладающее качествами, которыхъ не имѣли первоначальные элементы, такъ же точно и въ обществѣ людей создается нѣкоторое психологическое единство, которое представляетъ отнюдь не простую сумму или среднее арифметическое индивидуальныхъ психическихъ свойствъ, а нѣчто совершенно новое. Съ того момента, какъ индивидъ входитъ въ составъ какой-нибудь соціально-психологической массы, онъ въ значительной степени утрачиваетъ власть надъ собой и начинаетъ подчиняться чему-то новому. Нѣчто чужое принуждаетъ его къ поступкамъ, которыхъ онъ въ изолированномъ положеніи, быть можетъ, не совершилъ бы никогда. Дѣло въ томъ, что душевное

1) E. Jung, Problem des natürlichen Rechts. 1912, S. 127.

2) Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts. 1913, S. 74.

3) Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914, S. 166.

4) Cp. Wundt, Völkerpsychologie, Bd. I (2 Aufl. 1904), S. 13. «So wenig auch die Gemeinschaft eines Volkes ohne die einzelnen Volksgenossen bestehen könnte, so ist sie darum doch nicht eine blosse Addition oder Verstärkung der Eigenschaften und Tätigkeiten, die dem Einzelnen für sich allein schon zukommen. Vielmehr ist es eben die Verbindung und Wechselwirkung der Individuen, welche die Gemeinschaft als solche zu den Anlagen des Einzelnen hinzubringt, und durch sie in diesem neue, dem gemeinsamen Leben spezifisch angehörige, Leistungen weckt».



единство индивида слагается изъ самыхъ разнообразныхъ, часто совершенно противоположныхъ, элементовъ. Если подѣ влияніемъ тѣхъ или другихъ причинъ обществомъ овладѣваетъ извѣстное настроеніе воли или направленіе мыслей, то въ связи съ нимъ въ психикѣ каждаго отдѣльнаго индивида свободнѣе развиваются именно тѣ элементы, которые по своему существу совпадаютъ съ господствующимъ теченіемъ или ближе всего подходятъ къ нему; всѣ же противоположныя тяготѣнія, напротивъ, остаются въ большей или меньшей степени связанными<sup>1)</sup>.

Правовыя переживанія не составляютъ въ этомъ отношеніи исключенія; они также только часть этой «психической массы», одинъ изъ непремѣнныхъ элементовъ соціальной психологіи.

### III.

Но психическая жизнь вообще слагается, какъ извѣстно, изъ разнообразныхъ душевныхъ состояній, которыя сводятъ обыкновенно (поскольку вопросъ не касается болѣе тонкихъ оттѣнковъ) къ тремъ основнымъ элементамъ — сознанію, волѣ и чувству. Естественъ поэтому дальнѣйшій вопросъ: если право есть нѣкоторое явленіе соціальной психологіи, то къ какому именно изъ этихъ трехъ элементовъ оно относится? Есть ли оно состояніе сознанія, состояніе воли или состояніе чувства?

Если мы бросимъ общій взглядъ на все то, что по этому поводу было (по большей части лишь при случаѣ) высказано<sup>2)</sup>, то мы замѣтимъ извѣстное колебаніе между двумя направленіями, изъ которыхъ одно можно было-бы назвать интеллектуалистическимъ, а другое волюнтаристическимъ. Первое отводитъ въ понятіи права основную, конституирующую, роль моменту сознанія, второе, напротивъ, моменту воли.

Это различіе сказывается, прежде всего, въ такомъ или иномъ пониманіи самой сущности правовой нормы.

Какъ извѣстно, обычнымъ и господствующимъ является опредѣленіе этой послѣдней, какъ нѣкотораго велѣнія («*Rechtsbefehl*»). Чье это велѣніе, на этотъ вопросъ отвѣты могутъ быть разные; право можетъ быть велѣніемъ законодателя, велѣніемъ государства, «*volonté générale*» Руссо, «*allgemeiner Wille*» Гегеля и т. д., — но во всякомъ случаѣ при всѣхъ этихъ концепціяхъ въ понятіи права на первый планъ выдвигается моментъ воли. Чья-то воля стоитъ

<sup>1)</sup> Wilhelm Bauer, Die öffentliche Meinung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1914, S. 39—60.

<sup>2)</sup> Краткій обзоръ ученій см. у Fr. Kübl, Das Rechtsgefühl. 1913, S. 18—38.



надъ индивидуальной волей подданныхъ и диктуеть имъ способъ ихъ поведенія.

Но это воззрѣніе не является единственнымъ. Такъ напримѣръ, самымъ рѣшительнымъ образомъ возстаеть противъ него Гирке <sup>1)</sup>. Право, говоритъ онъ, коренится въ убѣжденіи («in Ueberzeugung»). Его положенія въ ихъ основной сущности суть не что иное, какъ изреченія разума («Vernunftsaussagungen»), изреченія о тѣхъ необходимыхъ разграниченіяхъ индивидуальных волей, которыя предполагаются справедливымъ порядкомъ общежитія. Такъ какъ эти изреченія разума содержатъ въ себѣ также признаніе возможности принудительныхъ мѣръ, то они, конечно, заключаютъ въ себѣ и извѣстное волевое содержаніе. Тѣмъ не менѣе это послѣднее составляетъ только второстепенный элементъ правовыхъ нормъ. Въ своей внутренней субстанціи право не воля («Seiner inneren Substanz nach ist das Recht nicht Wille»). Если бы это было иначе, если бы право было только волей, волей общества или государства, тогда это обозначало бы, что между людьми можетъ существовать только одинъ порядокъ — тотъ, который состоитъ въ господствѣ сильнѣйшаго надъ слабѣйшимъ. Ибо воля можетъ подчинить волю, но границъ для господства одной воли надъ другой изъ самой воли вывести нельзя.

Какъ видимъ, противоположность воззрѣній выступаетъ ярко. Конечно, и волюнтаристическое опредѣленіе нормы, какъ велѣнія, не отрицаетъ того, что въ этомъ велѣніи есть элементъ сужденія («Vernunftsaussagung»), но оно усматриваетъ рѣшающій, конституирующій моментъ нормы не въ немъ, а въ привходящемъ моментѣ воли. Съ другой стороны, и Гирке, какъ мы только что видѣли, признаетъ извѣстное волевое содержаніе нормъ, но онъ отводитъ ему только роль момента несущественнаго, второстепеннаго: главное — это сужденіе разума о томъ, что хорошо и что дурно.

Какое же изъ этихъ воззрѣній стоитъ ближе къ истинѣ, вѣрнѣе схватываетъ специфическую сущность права? Вопросъ чрезвычайно сложенъ, но попробуемъ привести его въ простѣйшій видъ.

Обратимся прежде всего въ область индивидуальной психологій и попытаемся на ней провѣрить какъ одно, такъ и другое воззрѣніе. Возьмемъ какое-нибудь нормативное сужденіе, напр. «курить дурно». Предположимъ, что я признаю полную справедливость этого сужденія, но значить ли это, что оно является уже и нормой моего поведенія? Стнудь нѣтъ. Я могу сознавать, что курить дурно или вредно, и въ то же время, на основаніи разныхъ другихъ соображеній (быть можетъ даже, при извѣстныхъ условіяхъ не ли-

<sup>1)</sup> Deutsches Privatrecht. Bd. I (1895), S. 116.



шенных уважительности), рѣшить: а все-таки я курить буду. То обстоятельство, что я буду поступать при этомъ противъ признаннаго мною разумнаго сужденія, будетъ, конечно, въ извѣстной степени ослаблять мое внутреннее спокойствіе, но все же куреніе не будетъ сознаваться мною, какъ нарушеніе нѣкотораго принятаго мною для себя правила поведенія, ибо нормы «курить нельзя» я для себя не создавалъ.

Положеніе измѣнится только тогда, когда я, быть можетъ, въ силу какихъ-нибудь новыхъ обстоятельствъ приму рѣшеніе «курить не должно». Теперь я дѣйствительно установилъ норму для своего дальнѣйшаго поведенія, и куреніе будетъ сознаваться мною уже не только какъ нѣчто неразумное, но и какъ нарушеніе принятаго мною правила поведенія, какъ нарушеніе нормы. Норма, такимъ образомъ, появляется только съ того момента, когда сужденіе окрѣпло до степени рѣшенія, т.-е. когда къ моменту сознанія присоединился моментъ воли, когда сужденіе превратилось дѣйствительно въ нѣкоторое велѣніе.

Но, разумѣется, не можетъ быть иначе и въ области психологій соціальной. И здѣсь мы имѣемъ свои общераспространенныя «нормативныя сужденія» — напримѣръ, «смертная казнь дурна»; и здѣсь подобныя сужденія являются порою немаловажнымъ факторомъ общественной жизни, — но они далеко еще не представляютъ дѣйствующей въ данномъ обществѣ нормы. Они не право, а то, что принято называть общественнымъ мнѣніемъ. Правомъ они станутъ только тогда, когда къ моменту сознанія привзойдетъ моментъ воли, когда сужденіе окрѣпнетъ до степени рѣшенія, когда вмѣсто чисто познавательнаго «смертная казнь дурна» будетъ произнесено волевое «смертная казнь отмѣняется». Законъ и обычай и являются, какъ извѣстно, формами такого перехода отъ простаго сужденія къ волевому рѣшенію, формами правообразования; они отдѣляютъ право отъ простаго общественнаго мнѣнія.

Нельзя поэтому не признать въ этомъ отношеніи наиболѣе точнымъ извѣстное ученіе Меркеля о томъ, что право есть не только сужденіе («Lehre», «Urtheilen»), но и велѣніе («Macht», «System der Willens — und Machtäusserungen»), что задачу права составляетъ не простое провозглашеніе истинъ и ученій, а реальное осуществленіе такого или иного порядка общественной жизни, и что влѣдствіе этого въ понятіи положительнаго права первекствующимъ, конституирующимъ моментомъ является моментъ воли («Primat des Willens») <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Jurist. Encyklopädie. 2 Aufl. 1900, §§ 58, 59. — Въ этомъ смыслѣ и Wundt: «Der Sitte gehört das Gebiet des gemeinsamen Willens» (Völkerpsychologie, I, S. 32).



Однако, съ другой стороны, есть нѣчто истинное и въ ученіи Гирке. Какъ бы ни было безконечно разнообразно историческое содержаніе позитивнаго права, какъ бы ни казалось оно иногда порожденіемъ чистѣйшаго произвола и самаго безудержнаго насилія, любопытно то, что всегда всякое властное велѣніе стремится оправдать себя такими или иными соображеніями разумности и справедливости, т.-е. свести себя къ такимъ или инымъ «изреченіямъ разума». Если всякое позитивное право есть нѣкоторая соціальная воля, то, съ другой стороны, оно есть не просто воля, а воля къ разумному и справедливому. Если право есть соціальная сила, то не просто сила, довольная сама собой, а сила, ищущая чего-то внѣ ея лежащаго, сила, стремящаяся къ осуществленію разумнаго порядка общежитія, къ достиженію правды въ между-человѣческихъ отношеніяхъ. Въ этомъ внутреннемъ стремленіи къ разумному секретъ неистребимости идеи естественнаго права, и можно сказать, что, если въ реальной жизни рѣшаетъ воля, то, съ другой стороны, самая эта воля проникнута нѣкоторымъ внутреннимъ, нравственнымъ безпокойствомъ, сама она признаетъ надъ собой «примать» абсолютнаго разума. Между правомъ положительнымъ и правомъ естественнымъ, такимъ образомъ, нѣтъ непереходимой пропасти; напротивъ, одно дано вмѣстѣ съ другимъ, дано со всею психологическою неизбѣжностью: право положительное непременно хочетъ быть разумнымъ правомъ, а «право разума» стремится стать положительнымъ.

Во всякомъ случаѣ, какъ видимъ, въ процессѣ формировація права играетъ роль какъ элементъ сознанія, такъ и элементъ воли: право есть не только состояніе соціальнаго сознанія, но и состояніе соціальной воли. Отчетливое представленіе о значеніи обоихъ этихъ факторовъ даетъ намъ ключъ къ пониманію многихъ, на первый взглядъ — странныхъ, явленій, поражающихъ своей «ирраціональностью» и играющихъ такую большую роль въ качествѣ аргументовъ противъ «теоріи признанія».

Какъ въ психикѣ отдѣльнаго человѣка, такъ и въ психологическихъ состояніяхъ цѣлыхъ обществъ моментъ сознанія можетъ расходиться съ моментомъ рѣшенія; какъ тамъ, такъ и здѣсь возможны пороки двоякаго рода — пороки сознанія и пороки воли.

Такъ, въ частности, бываютъ общества съ яснымъ сознаніемъ, но съ дряблой волей. Желательный и даже осуществимый порядокъ вещей стоитъ передъ сознаніемъ соціальной среды ясно и отчетливо; «сужденіе» общества въ извѣстномъ направленіи твердо; оно составляетъ непреложное «общественное мнѣніе», —



и тѣмъ не менѣе общество долго еще можетъ мириться со своимъ плохимъ настоящимъ, переносить деспотизмъ, произволь властей и собственное безправіе. Ибо нѣтъ силы воли, чтобы превратить свое «нормативное сужденіе» въ волевое рѣшеніе, мнѣніе въ правовое велѣніе. Обыкновенно подобная вялость воли является результатомъ временнаго упадка душевныхъ силъ народа, послѣдствіемъ предшествовавшаго перенапряженія. На ней покоится сила всякой реакціи: сдерживавшіеся и скрывавшіеся во время подъема враждебные элементы теперь выходятъ наружу и диктуютъ ослабѣвшей средѣ свою волю. Но нельзя отрицать и того, что извѣстная вялость воли можетъ быть и чертой національнаго характера; она можетъ быть какъ проявленіемъ врожденнаго темперамента, такъ и результатомъ историческихъ судебъ: долгая задавленность, долгое подчиненіе чужой (внѣшней или внутренней) волѣ можетъ въ значительной степени привести волевою способностью къ атрофіи, создать привычку жить по чужой указкѣ.

Съ другой стороны, бываютъ моменты въ жизни обществъ, когда волевые импульсы берутъ верхъ надъ сознаниемъ. Недовольство существующимъ, постепенно нарастая, можетъ вызвать рѣшительный взрывъ противъ него, межъ тѣмъ какъ яснаго сознанія желаемаго еще нѣтъ и новый порядокъ вещей рисуется еще только въ очень смутныхъ очертаніяхъ: волевое настроеніе опередило «сужденіе». Въ такихъ случаяхъ порокъ сознанія можетъ привести къ крушенію все движеніе: волевое настроеніе общества, израсходовавшись въ хаотическихъ и беспорядочныхъ порывахъ, можетъ смѣниться разочарованіемъ и упадкомъ, не достигнувъ ничего.

Все это свидѣтельствуетъ о томъ, что нормальное развитіе права предполагаетъ гармоническое сочетаніе соціальной воли съ соціальнымъ сознаниемъ. Патологическія явленія общественной жизни вызываются одинаково пороками какъ въ томъ, такъ и въ другомъ, и, если необходима работа надъ проясненіемъ соціальнаго сознанія среды, то не менѣе необходима и культура общественной воли.

#### IV.

Однако, кромѣ сознанія и воли, есть еще чувство. Играетъ ли оно какую-нибудь роль въ жизни права?

Юристъ нерѣдко склоненъ это отрицать. Когда Герингъ въ своемъ «Zweck im Recht», хотя и очень вскользь, упомянулъ о значеніи «правоваго чувства», «Rechtsgefühl», то эта его мысль вызвала рѣшительныя возраженія. Не туманное, отпавляющееся отъ морали



или идеи справедливости, чувство создаетъ право, говорилъ напри- мѣръ F. Dahn въ своей противъ Теринга направленной брошюрѣ «Vernunft im Recht», а точная, ясная логика, душевная дѣятель- ность, гораздо ближе стоящая къ математическому мышленію, чѣмъ къ какому-нибудь «сантименту»<sup>1)</sup>.

Однако чѣмъ болѣе развивается исторія права и чѣмъ глубже дѣлаются наши наблюденія надъ современностью, тѣмъ болѣе приходится признавать, что и этотъ психическій элементъ имѣетъ огромное значеніе. Онъ не только служитъ возбудителемъ для мышленія или для волевыхъ настроеній, но сплошь и рядомъ подсказываетъ самое содержаніе правовыхъ нормъ.

Чувство стояло уже у самой колыбели права и было первымъ толчкомъ къ его образованію. Зародышъ права кроется въ томъ еще туманномъ и неопредѣленномъ чувствѣ удовольствія или неудовольствія, которое непосредственно испытываетъ человѣкъ при такомъ или иномъ поведеніи другого. Поддержанное сочув- ствіемъ окружающей среды, это чувство изъ индивидуальнаго превращается въ социальное и начинаетъ оказывать свое регули- рующее вліяніе. Реакція отдѣльных заинтересованныхъ лицъ, поддержанная сочувствіемъ и помощью другихъ, незаинтересован- ныхъ, говоритъ E. Jung, составляетъ первичное явленіе правовой жизни<sup>2)</sup>.

Неудивительно поэтому, если элементъ чувства окрашиваетъ ярко всѣ основные юридическіе институты древности. Если бы мы забыли объ этомъ психологическомъ элементѣ и подошли къ явленіямъ древняго права только съ мѣркой «приближающейся къ математическому мышленію логики», то мы очутились бы въ сплошномъ мірѣ неразрѣшимыхъ загадокъ.

Вся область уголовного права съ его институтомъ мести подчи- нена почти непосредственной игрѣ оскорбленнаго чувства. И когда государство, запрещая мечь, беретъ карательную функцію въ свои руки, оно — даже при всей жестокости примитивной карательной системы — совершаетъ безспорно работу смягченія и рационали- зированія права<sup>3)</sup>.

Но мы знаемъ въ то же время, съ какимъ трудомъ дается эта работа и какъ много понестинѣ ирраціональнаго заключается еще въ нормахъ всякаго древняго права. Достаточно, напри- мѣръ, вспомнить причудливыя правила римскихъ XII таблицъ объ от- вѣтственности за *injuria* (за «*os fractum*» опредѣленный таксиро-

<sup>1)</sup> См. Kübl. Das Rechtsgefühl, S. 25 прим.

<sup>2)</sup> Problem des natürlichen Rechts. S. 65.

<sup>3)</sup> Ср. E. Jung, l. cit., S. 68 и сл.



ванный штрафъ, а за «membrum ruptum» — talio, т.-е. мечь по правилу «око за око, зубъ за зубъ») или за furtum (воръ, захваченный на мѣстѣ преступленія, можетъ быть тутъ же убитъ или отдается въ рабство потерпѣвшему, а воръ, обнаруженный впоследствии, платитъ только двойную стоимость украденнаго), чтобы убѣдиться въ томъ, насколько право еще считается съ непосредственнымъ чувствомъ потерпѣвшаго и въ угоду ему отступаетъ отъ логической послѣдовательности и практической рациональности.

Вспомнимъ, далѣе, общезвѣстную строгость древнихъ долговыхъ взысканій. Непсправный (даже не несостоятельный, а просто неисправный) должникъ подлежалъ прямой личной отвѣтственности, доходящей до полной физической расправы надъ нимъ со стороны кредитора и до извѣстнаго древне-римскаго разсѣченія его на части при наличности нѣсколькихъ кредиторовъ. Все это опять-таки объяснимо только съ точки зрѣнія чувства. Неисполненіе обязательства древнимъ человѣкомъ ощущалось совершенно такъ же, какъ личная обида, и влекло за собой такую же мстительную реакцію, какъ и эта послѣдняя. Влекло даже вопреки собственнымъ разумнымъ интересамъ кредиторовъ, ибо на примѣръ, упомянутое разсѣченіе должника на части, безъ сомнѣнія, могло бы съ бѣльшей выгодой для кредиторовъ быть замѣнено продажей его въ рабство и раздѣломъ вырученной суммы. Но право того момента далеко еще отъ подобнаго «раціонализированія»; послѣднее могло прійти только значительно позже.

Аналогичные примѣры могли бы быть приведены въ большомъ количествѣ изъ области всякаго древняго права, но въ этомъ нѣтъ нужды: мы имѣемъ здѣсь дѣло съ явленіемъ общезвѣстнымъ. Въ древнѣйшее время, говоритъ Bergzheimер<sup>1)</sup>, правопорядокъ вообще создается и опредѣляется только чувствомъ («rein gefühlsmässig»). Дѣтство народа имѣетъ ту же психологію, что и дѣтство отдѣльнаго человѣка.

Въ дальнѣйшемъ развитіи внутренняя дисциплина растетъ. Какъ каждый отдѣльный человѣкъ, по мѣрѣ роста своей сознательности, стремится все болѣе и болѣе подчинить свое поведеніе не темнымъ порывамъ своего чувства, а такимъ или инымъ рациональнымъ началамъ, такъ же точно идетъ по этому пути и цѣлый народъ. Элементъ чувства, говоритъ тотъ же Bergzheimер, ослабляется и замѣняется правовой идеей («Rechtsidee»).

Однако этотъ элементъ чувства не исчезаетъ совсѣмъ. Даже самому дисциплинированному человѣку чувство нерѣдко навязы-

<sup>1)</sup> System des Rechts-und Wirtschaftsphilosophie. Bd. III (1906), S. 97—98.



васть желанія и подсказываетъ мысли; точно такъ же оно дѣйствуетъ и на массы. Едва ли найдется въ исторіи человѣчества хоть одинъ серьезный переворотъ, который не былъ бы болѣе или менѣе сильно окрашенъ элементомъ чувства. Экстазъ революціонныхъ и реформаціонныхъ движеній, охватывающій широкіе круги народа и соединяющій ихъ въ одномъ неудержимомъ порывѣ, служить тому общеизвѣстнымъ и нагляднымъ доказательствомъ. Но социальное чувство сказывается не только въ такіе исключительные моменты; оно можетъ вызывать и длительное предрасположеніе общества въ томъ или иномъ направленіи. Именно въ этомъ элементѣ чувства кроется въ значительной степени секретъ всякихъ одіозныхъ нормъ по адресу иновѣрцевъ или людей иной расы. Отношеніе къ евреямъ въ Европѣ или къ неграмъ въ Америкѣ представляетъ въ этомъ отношеніи надлежащую иллюстрацію.

Было бы, впрочемъ, ошибочно думать, что вліяніе чувства не черпывается только такими особенно яркими случаями. Кто знаетъ, не играетъ ли серьезную роль то же чувство вообще въ выборѣ тѣхъ или другихъ предпосылокъ, лежащихъ въ глубочайшей основѣ всякой правовой системы. Развѣ не къ области чувства должно быть отнесено, напримѣръ, большее тяготѣніе одной правовой системы къ индивидуализму, чѣмъ другой? Глубокое различіе въ этомъ отношеніи между «духомъ» римскаго права и «духомъ» права германскаго общезвѣстно. И не правъ ли J. Cruet, когда онъ говоритъ: «Un code n'est pas seulement le livre des intérêts, il est aussi le livre des sentiments»<sup>1)</sup>?

Кто знаетъ, далѣе, не опредѣляются ли въ значительной степени всѣ наши важнѣйшіе юридическіе споры глубокими различіями въ несознанныхъ теченіяхъ нашихъ чувствъ? Не этими ли послѣдними предопредѣляется вступленіе одного изъ насъ въ лагерь «этатистовъ», а другого въ лагерь «индивидуалистовъ» или даже анархистовъ? Не развивающееся ли чувство личности вызываетъ въ новѣйшемъ гражданскомъ правѣ постановку вопроса о такъ называемыхъ «правахъ личности» («*Persönlichkeitsrechte*») и не чувство ли моральной отвѣтственности, съ другой стороны, подсказываетъ намъ столь популярную въ наши дни «идею солидарности»?

Наконецъ, вспомнимъ широко распространившееся въ послѣднее время въ области гражданскаго правовѣдѣнія такъ наз. «теченіе свободнаго права» («*Freirechtsbewegung*»): что иное представляетъ оно въ своемъ существѣ, какъ не возведеніе въ рангъ

---

<sup>1)</sup> La vie du droit et l'impuissance des lois. 1908, p. 312.



конечной рѣшающей инстанціи непосредственнаго чувства судьи? Правда, намъ говорятъ при этомъ о «справедливости», «культурѣ» и другихъ подобныхъ понятіяхъ, какъ объ «объективныхъ» критеріяхъ «свободнаго судейскаго правотворенія», но сами наиболѣе искренніе сторонники этого теченія должны признать въ концѣ концовъ, что въ дѣйствительности все будетъ зависѣть отъ субъективнаго чувства судьи. «Das alles sind Fragen des Gefühllebens», говоритъ, напримѣръ, совершенно откровенно одинъ изъ инициаторовъ этого направленія, Ehrlich, въ своемъ позднѣйшемъ, недавнемъ произведеніи<sup>1)</sup>. «Die Anrufung der Billigkeit, подтверждаетъ E. Jung, bedeutet auch nichts anderes, als ein Zurückgehen auf die letzten, vorläufig nur gefühlsmässig bewussten Unterlagen des Rechtsempfindens»<sup>2)</sup>. Если естественно-правовая школа XVIII вѣка стремилась рационализировать право, сдѣлать его чистѣйшимъ отраженіемъ безстрастнаго разума, то нынѣшнее теченіе «свободнаго права», наоборотъ, представляетъ принципиальную реставрацію чувства въ дѣлѣ правосудія. Если юриспруденцію XIX вѣка упрекали въ томъ, что она была «юриспруденціей понятій» — «Begriffsjurisprudenz», то нынѣшняя юриспруденція тяготеетъ къ тому, чтобы стать «юриспруденціей чувства» — «Gefühlsjurisprudenz».

Передъ лицомъ всѣхъ этихъ фактовъ приходится признать, что констатируемая современной психологіей «вездѣсущность чувства» сказывается въ полной мѣрѣ и въ области права. Сказывается настолько, что часто невольно вспоминаются слова Виндельбанда: «Въ турнирѣ душевной жизни представленія суть лишь маски, за которыми скрываются отъ взора сознанія истинные борцы — чувства»<sup>3)</sup>.

А это налагаетъ на насъ сугубую обязанность контроля. Являясь продуктомъ самыхъ разнородныхъ и самыхъ сложныхъ вѣяній, «чувственное» настроеніе соціальной среды можетъ приобрѣтать весьма различный характеръ: оно можетъ вылиться и въ самый благородный порывъ и въ самое черное преступленіе. Какъ историческая ночь 4 августа 1789 г., такъ и Варфоломеевская ночь одинаково записаны на скрижаляхъ человѣческой исторіи, и развитіе права знаетъ не только явленія этического прогресса, но и случаи торжества предрасудковъ.

Если мы отмѣчали выше пороки соціальнаго сознанія и соціальной воли, то теперь мы должны присоединить къ нимъ еще возмож-

<sup>1)</sup> Grundlegung der Soziologie des Rechts. 1913, S. 163.

<sup>2)</sup> Problem des natürlichen Rechts. 1912, S. 36.

<sup>3)</sup> «Прелюдія», Русск. пер. Франка, стр. 179.



ные пороки правового чувства. Безъ чувства, конечно, немислимо никакое движеніе впередъ; самое стремленіе къ правдѣ въ человѣческихъ отношеніяхъ, лишь ставъ живымъ человѣческимъ чувствомъ, дѣлается могучимъ факторомъ соціального прогресса. Но нужно помнить и то, что чувство можетъ увлекать насъ и въ сторону противоположную, можетъ диктовать рѣшенія неразумныя и несправедливыя. Необходимо поэтому постоянный и неуспынный контроль этического сознанія, въ особенности тогда, когда подъ вліяніемъ тѣхъ или иныхъ причинъ разыгрываются страсти, когда въ глубокомъ морѣ народной психики начинаютъ вздыматься волны возбужденнаго чувства. Если, какъ мы говорили выше, для нормального развитія общества необходима культура соціального сознанія и соціальной воли, то — приходится прибавить въ заключеніе — не менѣе необходима и заботливая культура народнаго чувства. Въ постоянномъ этическомъ контролѣ надъ всѣми элементами общественной психики заключается та истинная «раціонализація» права, о которой было сказано выше и которая является безспорной чертой нравственнаго прогресса; только въ этомъ контролѣ мы можемъ найти вѣрное средство противъ всякихъ «ирраціональных» явленій въ общественной жизни.

*И. Покровскій.*

