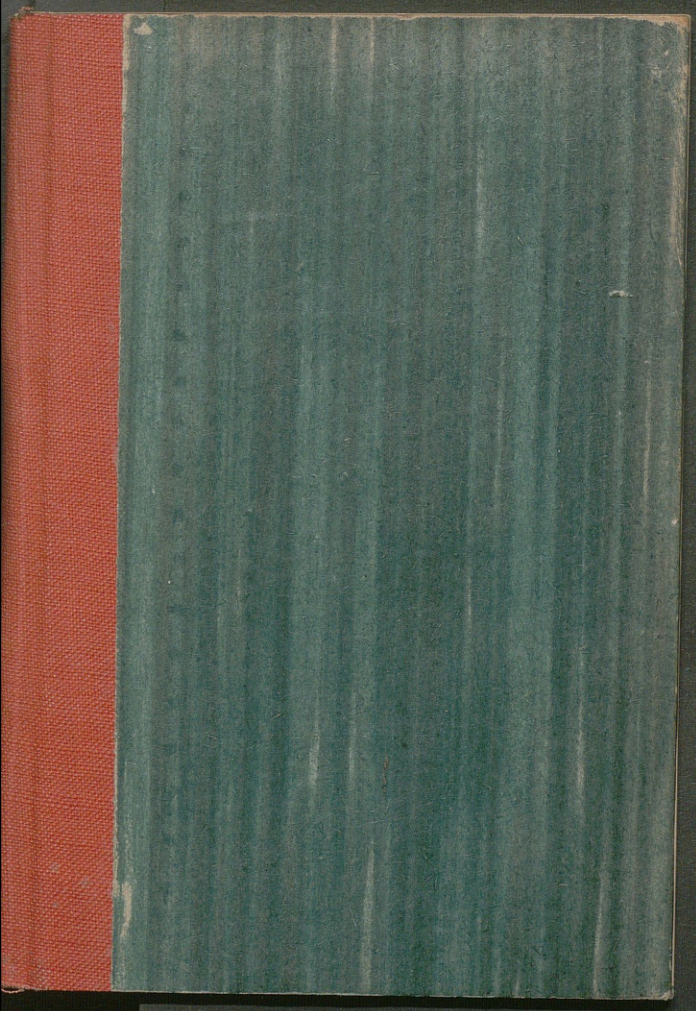


Grey Scale #13



A 1 2 3 4 5 6 **M** 8 9 10 11 12 13 14 15 **B** 17 18 19



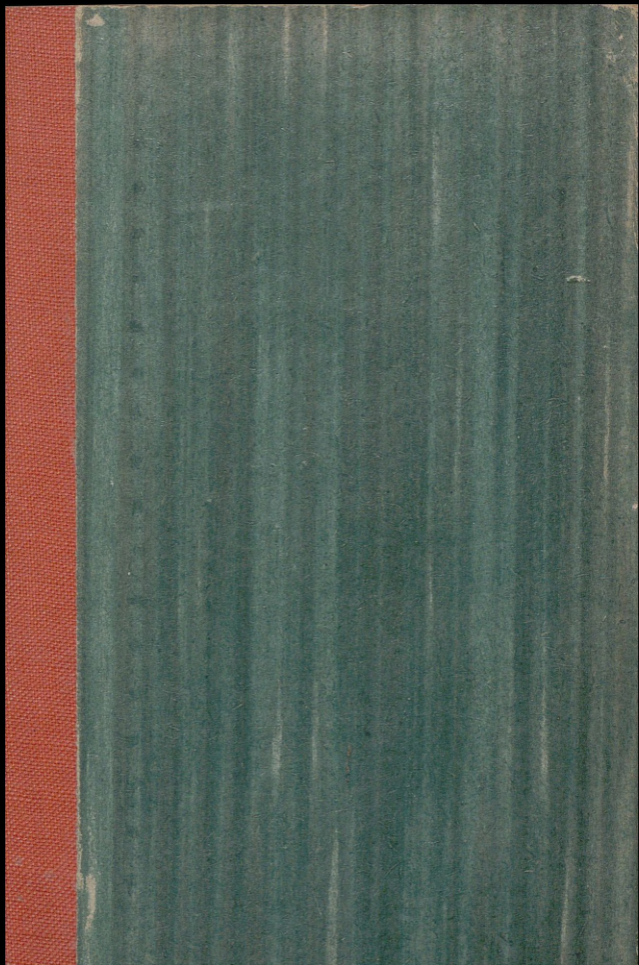
Inches 1 2 3 4 5 6 7 8

Centimetres 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19

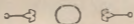
Colour Chart #13

Blue	Light Blue
Cyan	Light Cyan
Green	Light Green
Yellow	Light Yellow
Red	Light Red
Magenta	Light Magenta
White	
3/Color	Light Grey
Black	Dark Grey

DANES-PICTA.COM



КЪ ВОПРОСУ



ПРОИСХОЖДЕНИИ ПРАВА.



Южно-Русское Книгоиздательство

Ф. А. ЮГАНСОНА.

КИЕВЪ—ХАРЬКОВЪ.

1

6922/1

Дозв. цензурою. Кіевъ, 20 марта 1898 года.

К І Е В Ъ.

Тип. И. И. Чоколова, Фундуклесовская ул. д. № 22
1898.



О глубокой важности этого вопроса свидѣтельствуесть уже то обстоятельство, что всѣ философы какъ древняго, такъ и новаго міра не нашли возможнымъ обойти его молчаніемъ и, каждый по своему, пытались его разрѣшить. Всѣ эти попытки, по существу своему, представляютъ мало интереса для занимающаго насъ вопроса; всѣ онѣ въ совокупности и преемственной связи могутъ лишь свидѣтельствовать о ходѣ развитія человѣческой мысли въ лицѣ ея лучшихъ представителей и имѣютъ лишь такъ сказать историческое значеніе. Въ каждой изъ этихъ попытокъ отражается общее міросозерцаніе того или другого философа, и такъ какъ міросозерцанія различныхъ философовъ не тождественны, то, понятно, и различныя рѣшенія вопроса о происхожденіи права носятъ на себѣ

индивидуальный характеръ философскихъ системъ ихъ авторовъ. Но какъ ни различаются всѣ попытки построить философію права, въ нихъ есть одна общая имъ всѣмъ черта, именно: индивидуалистическая точка зрѣнія. Въ нихъ либо человѣческая личность сама является творцомъ права, либо, если источникъ права заключается въ какой-нибудь посторонней силѣ, какъ напр. въ божественномъ промыслѣ, то эта послѣдняя дѣйствуетъ непремѣнно при посредствѣ этой самой личности, такъ что право отъ индивида исходитъ, къ нему-же оно и возвращается; индивидъ, или скорѣе его мозгъ—вотъ лабораторія, въ которой зарождается и формируется право. Съ особенной рѣзкостью выступаетъ это ультра-индивидуалистическое направленіе въ раціональной философіи права, цѣлью исканій коей было такъ называемое «естественное право», не зависящее ни отъ мѣста, ни отъ времени, представляющее высшую абстракцію всякаго положительнаго права и вы-

текающее непосредственно изъ абсолютнаго разума человѣческаго. Но какъ «естественнаго права» не существуетъ, то и исканія рационалистовъ должны были остаться безъ послѣдствій и отошли въ область преданій. Немногимъ больше сдѣлала для рѣшенія поставленнаго вопроса и позитивная философія. Лишь исторической школой, во главѣ съ Совиньи, принадлежитъ заслуга первой правильной постановки вопроса. Представители этой школы чувствовали, что, когда дѣло идетъ о происхожденіи права, меньше всего слѣдуетъ останавливаться на отдѣльной индивидуальной личности, и вотъ они перенесли центръ тяжести въ данномъ вопросѣ съ индивида на «народъ», на «духъ народа», каковыя термины не выражаютъ, впрочемъ, опредѣленныхъ понятій, такъ какъ ихъ авторы и сами не отдавали себѣ яснаго отчета въ томъ, что слѣдуетъ поставить на мѣсто индивида, считавшагося дотолѣ истиннымъ творцомъ права. Послѣдователи Совиньи понимали, что

вовсе не индивидъ, а кто-то другой творить право, но они не могли рѣшить, гдѣ искать этотъ X и, поэтому, и вызвали къ жизни расплывчатое, туманное, неуловимое понятіе народнаго духа. Заслуга исторической школы заключается въ томъ, что она нанесла рѣшительный ударъ личности, какъ творцу права, и тѣмъ дала возможность представителямъ соціологическаго направленія въ юриспруденціи сдѣлать послѣдній шагъ къ истинной точкѣ зрѣнія въ вопросѣ о происхожденіи права. Не въ духѣ народномъ кроется источникъ права, говоритъ современный соціологъ Зиммель, послѣднее является результатомъ столкновенія и слѣдующаго за нимъ соединенія въ одно общество чуждыхъ другъ другу этническихъ группъ, изъ которыхъ каждая стремится установить благопріятный для себя строй общежитія, въ каковомъ стремленіи преуспѣваетъ, конечно, сильнѣйшая. Съ тѣхъ поръ, какъ установилась эта точка зрѣнія, съ тѣхъ поръ, какъ юристы усво-

или себѣ чисто-соціологическое направле-
 ніе, юриспруденція поднялась на степень
 истинной науки, обогатилась рядомъ бле-
 стящихъ изслѣдованій и достигла пора-
 зительнѣйшихъ результатовъ, о какихъ
 нельзя было и мечтать еще въ началѣ
 текущаго столѣтія. Неудивительно поэтому,
 что новое направлеіе завоевываетъ себѣ
 все болѣе и болѣе широкое поле распро-
 страненія. Однако объ исключительности
 этого направленія далеко еще невозможно
 говорить, такъ какъ такой видный мы-
 слитель нашего времени, какъ напримѣръ
 Шарль Летурно, да и многіе другіе сто-
 ятъ почти всецѣло на индивидуалистиче-
 ской точкѣ зрѣнія въ вопросѣ объ эво-
 люціи права.

На слѣдующихъ страницахъ мы пред-
 полагаемъ разобрать тѣ основанія, кото-
 рыя удерживаютъ этого ученаго на ста-
 рой и неблагоприятной, какъ мы увидимъ
 ниже, точкѣ зрѣнія, и думаемъ, что, если
 эти основанія окажутся дѣйствительными
 у Летурно, этимъ самымъ рѣшится судь-

ба індивідуалістическаго направленія въ примѣненіи къ занимающему насъ вопросу. Теоріи Летурно мы противопоставимъ теорію другого современнаго еволюціониста Спенсера, дополненную результатами другихъ соціологическихъ изслѣдованій.

Летурно ополчается противъ метафизиковъ, усматривающихъ въ правѣ одну изъ пресловутыхъ врожденныхъ идей, которую божество вдохнуло въ душу человѣка при самомъ его сотвореніи и которая отличаетъ человѣческую породу отъ всего остального животнаго міра. Летурно старается показать, что то высокое правовое чувство, которое, по мнѣнію метафизиковъ, отрываетъ человѣка отъ его мѣста въ цѣпи мірового развитія и возноситъ на идеальную высоту, есть прямая модуляція инстинктивнаго рефлекса, общаго всему живому и проявляющагося въ отвѣтъ на всякое внѣшнее раздраже-

ніе; что, какъ лягушка, получивши не-
пріятное ощущеніе, старается соотвѣтству-
ющими тѣлодвиженіями отдѣлаться отъ
него, безъ вѣдома для своего сознанія
(ибо то же явленіе наблюдается у обезглав-
леннаго животнаго), также точно реаги-
руетъ безсознательно и человѣкъ на вся-
кое непріятное раздраженіе, полученное
имъ извнѣ. Эта способность рефлекторно
реагировать на раздраженіе, присутая,
какъ сказано выше, всѣмъ животнымъ,
именно должна быть инстинктивной, такъ
какъ запросъ въ каждомъ данномъ слу-
чаѣ у сознанія, нужно или не нужно из-
вѣстное сокращеніе и движеніе, долженъ
лишь тормазить дѣло, а въ борьбѣ за су-
ществованіе необходима быстрота и энер-
гія, ибо выживаютъ лишь тѣ особи, ко-
торыя интенсивнѣе чувствуютъ и энер-
гичнѣе дѣйствуютъ. Вся разница между
человѣкомъ и живооными сводится къ
тому, что послѣднія остановились въ сво-
емъ развитіи на примитивномъ инстинктѣ,
тогда какъ человѣкъ пошелъ дальше и

достигъ такой трансформациі животнаго рефлекса, что и самыя слѣды грубаго происхожденія нашего правового чувства теряются въ глубокой, почти невозстановимой, древности. Это-то обстоятельство дало возможность метафизикамъ говорить о высшихъ сверхъестественныхъ идеяхъ, съ которыми человѣкъ явился на свѣтъ Божій.

Итакъ, зародышъ права есть непосредственное инстинктивное сокращеніе, рефлексъ, которымъ реагируетъ на внѣшнее раздраженіе всякое живое существо.

Зародышевая стадія развитія права характеризуетъ дикую анархическую орду, гдѣ люди живутъ совершенно изолированно, всякъ про себя, въ полной анархіи. Въ этой ордѣ или трибѣ, какъ ее называетъ Летурно, нераздѣльно господствуетъ примитивный «сюр роуг сюр», ничѣмъ не отличающійся отъ сокращенія лягушечьей лапки, смоченной ѣдкимъ веществомъ. «Въ ордахъ, находящихся еще въ анархическомъ состояніи, существуетъ только

индивидуальная месть, которая одна налагает узду на личный произволъ и исчерпываетъ собой всю юстицію» ¹⁾. Это положеніе Летурно надѣется въполнѣ установить на основаніи фактическихъ данныхъ, которыя у него собраны во главѣ «De la justice dans les hordes anarchiques». Здѣсь на первомъ мѣстѣ стоятъ Fuégiens. У нихъ не существовало никакой соціальной организаціи, всякій могъ свободно, по мѣрѣ силъ, удовлетворять свои желанія, симпатіи и антипатіи, сильнѣйшій могъ свободно обкрадывать слабого, словомъ, царствовалъ полнѣйшій произволъ, и каждый долженъ былъ защищаться «s'il peut et comme il peut» ²⁾. Однако, «обыкновенно родичи обиженнаго индивида, а можетъ быть и его друзья, смотрѣли на месть, какъ на общее дѣло... Убіенство отомщалось смертью виновника или, вмѣсто него, одного изъ

1) Letourneau. L'évolution juridique, 16.

2) Ibid. 17.

его близкихъ»¹⁾. Это, говорится далѣе, уже *le talion primitif et collectif*. Подобный же режимъ наблюдается у калифорнцевъ. Объ эскимосахъ Америки сказано, что они «совершенно схожи съ *Fuégiens* и *Californiens*. У нихъ также господствуетъ полная анархія, и ихъ инстинкты вполнѣ животныя»²⁾. Они, напримѣръ, безъ всякой жалости убиваютъ женщинъ, заподозрѣнныхъ въ чародѣйствѣ. Тѣмъ не менѣе, «во всѣхъ случаяхъ убійства родичи жертвы, члены маленькаго эскимосскаго клана, считаютъ обыкновенно своей прямой обязанностью отомстить смерть своего близкаго»³⁾. Эскимосы Камчатки ничѣмъ не отличаются отъ своихъ американскихъ братьевъ. Въ случаѣ убійства у нихъ весь *ostrog* (*maison commune*) убитаго поднимается для отомщенія *ostrog*'у убійцы. И еще одинъ примѣръ, на который мы обращаемъ особен-

1) *Ibid.*, 17.

2) *Ibid.*, 18.

3) *Ibid.*, 18.

ное вниманіе, вслѣдствіе высказаннаго въ немъ взгляда на взаимныя отношенія членовъ клана: камчадалы. У нихъ за первое воровство провинившійся принуждается только къ возврату украденнаго и, что всего важнѣе, исключается изъ общины; никто не оказываетъ ему ни малѣйшей помощи. За повтореніе же, которое было обусловлено полнымъ отчужденіемъ и лишеніемъ всякаго покровительства, ему отсѣкаютъ руки, что равносильно смертной казни» ¹⁾).

Вотъ и всѣ доказательства въ пользу того, что анархическія орды характеризуются индивидуальной, ничѣмъ не сдерживаемой местию. Здѣсь, впрочемъ, Лестурно заявляетъ, что «мы уже далеки въ данномъ случаѣ отъ простой, неумѣренной животной мести, той, которую мы наблюдали на Огненной Землѣ» ²⁾). Объясняется это тѣмъ, что и самыя анархическія орды представляютъ, въ отно-

1) Ibid., 19—20.

2) Ibid., 20.

шеніи своего соціального развитія, извѣстную градацію. Тогда какъ огнеземельцы находятся еще въ животной анархіи, и индивидъ въ ихъ ордахъ стоитъ почти совершенно изолированный, Эскимосы и Камчадалы представляютъ уже болѣе высокую стадію развитія: они живутъ уже маленькими коммунальными общинами «dans les clans rudimentaires et égalitaires».

Не входя пока въ разборъ и оцѣнку приводимыхъ Летурно доказательствъ въ пользу своего исходнаго положенія, мы будемъ слѣдить за дальнѣйшимъ развитіемъ права, какъ оно представлено въ разбираемомъ нами трудѣ.

Изъ правового зародыша, найденнаго Летурно въ анархической трибѣ и представляющаго собой не больше и не меньше, какъ безсознательный рефлексъ, съ теченіемъ времени, по мѣрѣ развитія соціального и политическаго, развивается право въ собственномъ смыслѣ слова. Первую фазу эволюціи права Летурно

открываетъ въ республиканской трибѣ, гдѣ, какъ онъ говоритъ, имѣется уже нѣкоторая социальная организація и вслѣдствіе этого «une justice réglémentée».

Нечего говорить о томъ, что эта фаза должна носить на себѣ отпечатокъ грубости и животнаго характера инстинктивнаго «*Coup pour coup*», изъ коего она вылупилась, и что характеристической ея особенностью, поэтому, все же остается «*mort pour mort, tort pour tort*». Но здѣсь ближайшая индивиду группа, его *clan familial*, съ которымъ онъ связанъ узами родства и общности имущества, начинаетъ обнаруживать очень живой интересъ къ индивидуальной мести, беретъ ее на себя въ случаѣ, если члены сами не въ состояніи мстить, и даже возводитъ ее на степень нравственной обязанности. «Всякое уголовное дѣяніе, говоритъ Летурно, хотя въ принципѣ остается индивидуальнымъ, принимаетъ характеръ коллективный» ¹⁾. Мало того, такъ какъ фамиль-

¹⁾ Ibid., 46.

ные кланы представляют собой подраздѣленія одной и той же трибы и связаны между собой общностью взаимной защиты, то въ отношеніи взаимныхъ счетовъ установилась идея, что справедливо отплатить другому лишь такимъ же точно зломъ, какому подвергся потерпѣвшій» 1). Отношенія клановъ другъ къ другу регулируются по принципу talion'a, т. е. точнѣйшаго возмѣщенія зломъ за зло: *oeil pour oeil, dent pour dent*. Такимъ образомъ, примитивная дикая месть, безъ всякой заботы о пропорціональности между зломъ нанесеннымъ и отвѣтнымъ, месть съ плеча, если такъ можно выразиться, подъ вліяніемъ нѣкоторой между-клановой солидарности, регламентируется, умѣряется и достигаетъ болѣе высокой степени своего развитія, *une justice réglementée*, отличающейся строгимъ соответствіемъ между обидой и возмездіемъ. И этотъ взглядъ свой на происхождение пер-

1) Ibid., 489.

вой фазы еволюціи права таліона Летурно основываетъ на цѣломъ рядѣ фактическихъ данныхъ и наблюденій.

Ведда. Хотя для соціолога бытъ этого примитивнаго племени представляетъ глубочайшій интересъ, однако, въ виду крайней сбивчивости касающихся его свѣдѣній, Летурно, къ своему сожалѣнію, принужденъ отказаться отъ пользоваія этими послѣдними въ своемъ изслѣдованіи. Такъ, говоритъ онъ, одинъ и тотъ же наблюдатель племени Ведда въ одномъ мѣстѣ заявляетъ, что этимъ дикарямъ совершенно незнакома идея воровства, обмана, что они не понимаютъ, какъ можно обидѣть своего ближняго; нѣсколько-же дальше онъ передаетъ случай заключенія въ тюрьму одного ведда за совершенное имъ убійство *). Да и по-

*) Намъ лично кажется, что здѣсь противорѣчія никакого нѣтъ. Въ предѣлахъ клана господствуетъ до того тѣсная солидарность, что всякая мысль о воровствѣ, обманѣ, обидѣ и пр. должна казаться совершенно невозможной; что же касается до второго случая, то онъ характеризуетъ

мимо этого, жизнь ведда маленькими моногамическими группами, на подобіе животныхъ, не представляетъ условій, благоприятныхъ для развитія уголовного права, почти необходимо предполагающаго наличность болѣе или менѣе многочисленнаго общества, въ которомъ возможны конфликты между потребностями и желаніями отдѣльныхъ индивидовъ. У австралійцевъ различается два рода убійства: 1) убійство внутреннее, когда членъ одного клана убьетъ члена другого клана той же трибы, и 2) убійство, совершенное членомъ враждебной трибы. Въ первомъ случаѣ, такъ какъ «всѣ члены общины находятся въ родственной связи и солидарности, индивидуализмъ не успѣлъ еще проявиться: кто вредитъ одному, вредитъ всѣмъ» ¹⁾. Убійца долженъ быть казненъ кланомъ потерпѣвшимъ. Въ случаѣ же убійства второго рода счеты

взаимныя отношенія различныхъ клановъ, и нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что потерпѣвшій кланъ держалъ въ заключеніи одного изъ членовъ клана-обидчика.

¹⁾ Ibid., 28.

ведутся между заинтересованными трибами; причемъ «въ виду тѣсной солидарности (объединяющей составные элементы трибы), онѣ не считаютъ необходимымъ направить свою месть непременно противъ виновника: вся триба *) убійцы является отвѣтственной, какъ и всѣ члены трибы убитаго носятъ на себѣ равную обязанность отомстить» ¹⁾. Тотъ же порядокъ наблюдается у краснокожихъ индѣйцевъ. «Матери и старики безпрестанно повторяли молодымъ поколѣнїямъ, что ихъ обязанность состоитъ въ томъ, чтобы храбро сражаться и мстить за всякаго члена клана или трибы, убитаго въ стычкахъ съ врагами» ²⁾. Объ индѣйцахъ Центральной и Южной Америки Летурно говоритъ слѣдующее. «Въ предѣлахъ этихъ трибъ, какъ и у краснокожихъ, традиці-

*) Въ текстѣ сказано „clan“, но мы думаемъ, что правильнѣе употребить въ данномъ случаѣ не clan, а „tribu“ (см. Letourneau, L'évolution du mariage).

¹⁾ Ibid. 30.

²⁾ Ibid. 31.

онные обычаи замѣняютъ собой законъ: главнѣйшимъ юридическимъ принципомъ остается таліонъ» ¹⁾ Аборигены Индіи «охраняютъ съ поразительнымъ рвеніемъ законъ таліона: жизнь за жизнь» ²⁾. Отмѣтимъ еще одну указываемую Летурно особенность, общую всѣмъ почти республиканскимъ трибамъ—именно, наличность совѣта (*tendi*), состоящаго изъ всѣхъ взрослыхъ членовъ и сосредоточивающаго въ себѣ всѣ полномочія (*tous les pouvoirs*) трибы.

Идемъ далѣе. Тѣсная солидарность, характерная для фамильнаго клана, вызвала къ жизни новый обычай, явившійся на смѣну таліона. Мы знаемъ, что таліонъ есть точнѣйшее возмѣщеніе зломъ за зло (*oeil pour oeil*), что онъ представляетъ простую модуляцію инстинктивной мести и, слѣдовательно, является дѣломъ личнаго удовлетворенія. Но мы также видѣли, что въ фамильномъ кланѣ, на

1) Ibid. 41.

2) Ibid. 42.

почвъ родственной связи и имущественной общности, создается тѣсное общеніе членовъ, которое придаетъ личной мести общій интересъ и превращаетъ ее въ мечь коллективную. Съ этого момента начинается смягченіе и замѣна таліона такъ называемой композиціей, или выкупомъ. Хотя члены клана составляютъ одно цѣлое, хотя они объединены общей моральной обязанностью круговой мести, тѣмъ не менѣе индивидуальная обида чувствуется всей массой членовъ гораздо менѣе интенсивно, чѣмъ самимъ потерпѣвшимъ; поэтому, индивидуальная мечь, инстинктивный рефлексъ, это бессознательное стремленіе воздать, превратившись въ мечь коллективную, становится болѣе обдуманной, умѣренной, способной смягчиться, расхолодиться, *désarmer*, какъ говоритъ Летурно. И вотъ кланъ вмѣсто того, чтобъ отомстить, напримѣръ, убійствомъ за убійство, соглашается принять выкупъ, въ видѣ извѣстнаго количества предметовъ домашняго обихода, одежды,

оружій и пр. Этакое предпочтеніе композиці таліону тѣмъ скорѣе входитъ въ практику жизни, что оно оказывается наиболѣе выгоднымъ для всей общины, тогда какъ личная месть ничего, кромѣ минутнаго индивидуальнаго удовлетворенія, не даетъ.

Всегда, замѣчаетъ Летурно, «la justice suit exactement dans son évolution les phases politiques» ¹⁾. Поэтому, мы дальнѣйшую фазу развитія права должны искать въ трибѣ монархической. Если шефъ республиканской трибы пользуется незначительной властью, скорѣй авторитетомъ, то власть монархическаго вождя достигаетъ высшей точки абсолютизма. Полномочія, сосредоточившіяся раньше въ совѣтъ трибы, переносятся всецѣло на монарха, который, стало быть, между прочимъ дѣлается неограниченнымъ судьей. Онъ создаетъ цѣлый рядъ новыхъ невиданныхъ дотолѣ преступленій, вытекаю-

¹⁾ Ibid. 493.

щихъ изъ отношеній подданныхъ къ персонѣ монарха. Далѣе, въ этомъ же періодѣ создаются преступленія противъ словія жрецовъ, которые обмѣниваются съ монархомъ услугами, давая религіозную санкцію всѣмъ его нововведеніямъ и получая отъ него постоянную защиту и покровительство. Тѣмъ не менѣе, традиціонные обычаи сохраняютъ все такъ свою силу, и принципъ таліона остается еще долгое время господствующимъ.

Мы видѣли, что на всемъ протяженіи эволюціи права до того пункта, съ котораго мы теперь можемъ ее обозрѣть, не существовало понятія преступленія въ современномъ смыслѣ слова. Юридическая концепція того времени знала только обиду, которую можно и должно было во что-бы то ни стало отомстить: вся юстиція сводилась къ коммерческому возмѣщенію зломъ за зло. Монархическій періодъ характеризуется новымъ направленіемъ въ юридическихъ воззрѣніяхъ древнихъ народовъ. Когда монархическіе

вожди узурпировали въ свою пользу право суда, они обнаруживали стремленіе отомщать всѣ причиненныя въ ихъ предѣлахъ частныя обиды, такъ какъ «l'état c'est eux». Охраненіе публичнаго мира лежало на ихъ отвѣтственности, и кто посягалъ на этотъ миръ, на общественное спокойствіе, посягалъ вмѣстѣ съ тѣмъ на ихъ личный престижъ. Съ этого момента начинается выдѣленіе въ пользу вождя части композиціи, которая непрерывно возрастаетъ на счетъ доли, достававшейся потерпѣвшему, пока, наконецъ, не поглощаетъ этой послѣдней. Если частная обида первое время еще носила до извѣстной степени частный характеръ, то теперь она его окончательно теряетъ и превращается въ преступленіе противъ закона, въ которомъ воплощена воля божественная и монаршая. Съ тѣхъ поръ, какъ обида перестаетъ отомщаться потерпѣвшимъ, а наказывается свыше наложенной карой, въ сознаниіи человѣческомъ начинается зарождаться абстрактная идея спра-

ведливости, получившей свое внѣшнее выраженіе въ законѣ. Такая идея, такое представленіе тѣмъ легче могло проникнуть въ сознаніе людей, что религія, въ лицѣ своихъ представителей — жрецовъ, старалась поддерживать въ нихъ вѣру и страхъ предъ высшимъ закономъ справедливости, воплощеніемъ коего является монархъ.

Чтобъ покончить съ изложеніемъ теоріи Летурно, мы укажемъ еще на нѣсколько замѣчаній, разсѣянныхъ тамъ и сямъ въ разбираемомъ нами трудѣ, замѣчаній по поводу того, что универсальный таліонъ и композиція примѣнялись не ко всѣмъ случаямъ правонарушеній въ одинаковой мѣрѣ, и даже вовсе не практиковались, если дѣло касалось лицъ, различныхъ по своему соціальному положенію. «Мы вездѣ находимъ, говоритъ Летурно, эту наглую партійность въ присужденіи наказаній; она съ естественной послѣдовательностью вытекаетъ изъ монархическаго режима и установленія

іерархическихъ кастъ. Въ обществахъ, построенныхъ на рѣзкомъ социальномъ неравенствѣ, принцъ, или даже знатный человѣкъ, юридически не могъ быть приравниваемъ къ ниже стоящему на іерархической лѣстницѣ, а тѣмъ менѣе къ рабу» ¹⁾. Смертная казнь рѣдко присуждалась, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда дѣло шло о неграхъ, которые считались принадлежащими къ низшей расѣ» ²⁾ Бросивъ мимоходомъ нѣсколько замѣчаній такого рода, Летурно въ общихъ своихъ выводахъ совершенно ихъ игнорируетъ, между тѣмъ какъ они то, по нашему мнѣнію, могли бы пролить очень много свѣта на вопросъ о происхожденіи права.

Итакъ по Летурно, право образуется и развивается въ предѣлахъ одной и той же этнической группы безъ малѣйшихъ болѣзненныхъ потугъ и напряженій. Сначала въ анархической трибѣ господствуетъ

1) Ibid. 78.

2) Ibid. 77.

инстинктивный «Сор роуг Сор». Затѣмъ, когда эта самая триба обращается въ союзъ фамильныхъ клановъ, болѣе или менѣе объединенныхъ между собой и представляющихъ, каждый въ отдѣльности, вполне солидарную группу родителей, слѣпая неумѣренная месть превращается въ таліонъ подѣ влияніемъ идеи, что справедливо отомщать за зло лишь равнымъ до мельчайшей точности, но отнюдь не большимъ, зломъ. Далѣе, по мѣрѣ развитія соціального, таліонъ смѣняется композиціей, такъ какъ послѣдняя оказывается далеко болѣе выгодной для группы, нежели первый; а «кланъ вполне воленъ дѣйствовать по своему усмотрѣнію; онъ можетъ по своимъ расчетамъ то мстить, то принять композицію, точно такъ же какъ кланъ убійцы имѣетъ право смягчить (*desarmer*) гнѣвъ клана убитого, произвольно выдавъ виновника убійства» ¹⁾ Когда полномочія трибы кон-

¹⁾ Ibid. 35.

центрируются въ рукахъ монархическаго вождя и къ нему же переходитъ судебная прерогатива, право вступаетъ въ новую фазу своего развитія. Оно постепенно теряетъ свой частный характеръ, оно, такъ сказать, совершенно порываетъ со своимъ прошлымъ, чтобы переродиться въ идею, витающую надъ умами людей въ образѣ абстрактной справедливости.

Посмотримъ теперь, насколько выводы эти соотвѣтствуютъ тѣмъ даннымъ, тому матерьялу, на основаніи коего Летурно ихъ получилъ. Начнемъ съ положенія о томъ, что существовали анархическія орды, въ которыхъ человѣкъ находился въ совершенно изолированномъ состояніи. Удивительнѣе всего то обстоятельство, что Летурно выводитъ это положеніе изъ существующихъ наблюденій надъ жизнью различныхъ первобытныхъ племенъ. Впрочемъ, онъ самъ сознается, что изолированное состояніе индивида констатировано только у однихъ огнеземельцевъ; что же касается остальныхъ

приводимыхъ имъ ордъ, то изслѣдователи застаютъ ихъ уже на болѣе высокой ступени социальнаго развитія. У Fuegiens *) господствовала полная анархія: сильный могъ свободно обижать и обкрадывать слабого—это было въ порядкѣ вещей. Въ подтвержденіе сказаннаго Летурно пользуется приводимымъ у Дарвина разсказомъ о томъ, что одинъ изъ огнеземельцевъ, возвращенныхъ въ отечество на корабль Бигль, былъ обокраденъ до послѣдней ниточки остальными двумя, и никто за него не заступился. Послушаемъ однако, что Дарвинъ вообще говоритъ объ обитателяхъ Огненной Земли. «Общаго правительства или главы эти племена не имѣютъ, каждое окружено другими, ему враждебными, племенами, говорящими на различныхъ нарѣчіяхъ и отдѣленными другъ отъ друга только пустынной полосой земли, или нейтральной территоріей: средства къ существованію

*) Дарвинъ называетъ огнеземельцевъ то *пересами*, то *Fuegion*.

составляютъ, какъ кажется, главную причину ихъ взаимной вражды» ¹⁾. Здѣсь говорится только о цѣлыхъ племенахъ и конфликтахъ между ними, объ отдѣльномъ индивидѣ не упоминается. «Совершенное равенство между пещересами одного и того же племени должно надолго отдалить стъ нихъ цивилизацію» ²⁾. «Въ настоящее время даже кусокъ холста, данный кому-нибудь, разрывается на куски и дѣлится такъ, что ни одинъ изъ нихъ не становится богаче другого» ³⁾. И еще: «Въ Гёрн-Роодѣ я видѣлъ жильё, въ которомъ спалъ одинъ изъ этихъ нагихъ людей (пещересовъ). Этотъ дикарь, очевидно, жилъ особнякомъ, и Горкъ Минстеръ (одинъ изъ 3-хъ огнеземельцевъ, о которыхъ рассказываетъ Летурно и именно тотъ, который совершилъ воровство) говорилъ, что онъ «очень дурной человѣкъ» и что онъ, «вѣрно что-нибудь укралъ» ⁴⁾. Намъ ка-

1) Дарвинъ, путешествіе натуралиста, 427.

2) Ibid. 454.

3) Ibid. 455.

4) Ibid. 421.

жется, что на основаніи этихъ данныхъ о бытѣ огнеземельцевъ трудно прійти къ выводу, что послѣдніе жили въ полной анархіи, что индивидъ находился въ полнѣйшей изолированности, что слабый всегда подвергался опасности быть обворованнымъ сильнѣйшимъ. А случай воровства, переданный Дарвиномъ и цитируемый у Летурно, объясняется весьма просто: Йоркъ Минстеръ вовсе не принадлежалъ къ одному племени съ Джемми, котораго онъ обокралъ; это мы заключаемъ изъ замѣчанія Дарвина, что онъ совершилъ свой неблаговидный проступокъ за нѣсколько часовъ до того, какъ навсегда оставлялъ мѣстожительство Джемми Бэтуна и переселялся въ *свою родную* землю. Наконецъ, что возвращенные въ отечество огнеземельцы находятся на особомъ положеніи и что объ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ нельзя заключать по общественному быту огнеземельцевъ вообще, явствуетъ изъ отношеній къ Джемми Бэтуну его близкихъ: онъ съ ужасомъ и

изумленіемъ жаловался Дарвину, при послѣднемъ съ нимъ свиданіи, на то, что даже родной братъ его обокралъ. Изъ этого нужно заключить, что на Джемми смотрѣли не какъ на единоплеменника, ибо въ отношеніи къ своему воровство, какъ мы видѣли, считалось дѣломъ нехорошимъ, постыднымъ.

Итакъ, единственный доводъ, которымъ Летурно убѣждаетъ насъ допустить изолированное состояніе индивида, падаетъ самъ собой.

Тѣ изслѣдователи, которые основываются въ своихъ выводахъ на фактическихъ данныхъ, скорѣе склонны отрицать такое состояніе, во всякомъ случаѣ, они его осторожно обходятъ. Вотъ какъ, напримѣръ, высказывается по этому вопросу профессоръ М. Ковалевскій. «Когда Гоббсъ, характеризуя отношенія людей другъ къ другу въ первобытномъ или, какъ тогда говорили, естественномъ состояніи, называлъ его *bellum omnium contra omnes*, онъ дѣлалъ лишь одну, вполне

понятную въ его время, ошибку. Онъ отправлялся отъ воззрѣнія, что люди живутъ особнякомъ, и приходилъ послѣдовательно къ выводу, что, питая взаимно тѣ чувства, какія волкъ питаетъ къ челоуѣку, они не могутъ относиться другъ къ другу иначе, какъ враждебно... Вообще, мы считаемъ нужнымъ замѣтить, что, говоря о первобытномъ состояніи, мы разумѣемъ лишь самую раннюю изъ извѣстныхъ намъ стадій общественнаго развитія, не утверждая въ то же время, что ей не могла предшествовать болѣе ранняя и потому болѣе простая форма общественныхъ отношеній, которая, по недостаточности дошедшихъ до насъ слѣдовъ ея существованія, не можетъ быть нами болѣе восстановлена» ¹⁾. Оставаясь на почвѣ фактовъ и вѣроятныхъ гипотезъ, мы должны, при изслѣдованіи соціальнаго развитія народовъ, принять за исходный пунктъ ту примитивную его ста-

¹⁾ Ковалевскій, Первобытное право, II, 1.

дію, которая характеризуется совершеннымъ поглощеніемъ индивида въ его этнической группѣ, ту стадію, на которой дѣйствующимъ лицомъ является только группа, выступающая въ качествѣ субъекта во всѣхъ жизненныхъ столкновеніяхъ и отношеніяхъ. «Если въ періодъ государственной жизни народовъ на первомъ планѣ стоитъ отдѣльная индивидуальная личность со всѣми ея правами и полной отвѣтственностью за всѣ поступки, то въ болѣе раннія эпохи мы замѣчаемъ совершенно обратное явленіе: здѣсь отдѣльнымъ правовымъ субъектомъ является родъ, а затѣмъ община. Въ первоначальныхъ родовыхъ союзахъ, собственно говоря, не существовало отдѣльныхъ индивидуальныхъ личностей» ¹⁾. «Можно смѣло сказать, что въ родовой періодъ первобытныхъ временъ индивида вовсе не было: онъ до того сросся съ своими кровными родственниками, что отдѣльно отъ нихъ

¹⁾ Зибертъ, Сравнительное изученіе первобытнаго права, Юр. Вѣст.

былъ лишенъ всякой возможности существовать... Такое полное поглощеніе индивида его ближайшей общиной встрѣчаемъ мы еще и теперь въ перуанскомъ государствѣ Инка: за каждую обиду, нанесенную членомъ какого-нибудь рода чужаку, отвѣтствененъ весь родъ, точно также, какъ весь родъ чувствуетъ себя оскорбленнымъ, когда любой изъ его членовъ подвергся правонарушенію со стороны чужого» ¹⁾. «Также и типическія фигуры и фізіономіи въ древнѣйшей пластикѣ ясно показываютъ, какъ мало значилъ тогда отдѣльный индивидъ» ²⁾. «Итакъ, въ первобытныя времена въ политическомъ отношеніи вовсе не существовало индивидуальныхъ личностей, а только родовыя общины» ³⁾. «Большинство индусскихъ сводовъ застаеъ уже населеніе на той стадіи развитія, при которой отъ первоначальнаго родового единства сохра-

1) Post. Ursprung des Rechtes, 31--32.

2) Ibid. 33.

3) Ibid. 32.

няется одно единство семейное» ¹⁾. Относительно общественнаго быта персовъ М. Ковалевскій говоритъ слѣдующее: «при всей ихъ (памятниковъ персидской древности) неполнотѣ, они все-же даютъ въ результатъ право утверждать, что общественное развитіе персовъ, подобно индусскому, открывается эпохой господства кровныхъ союзовъ» ²⁾. «Въ мирное время греки жили тѣми же родовыми и семейными общинами, изъ которыхъ состояли низшія и второстепенныя дѣленія ихъ войскъ. Родовое начало сказывается также въ легендарной Греціи въ господствѣ кровнаго возмездія, осуществляемаго не только ближайшими, но и отдаленными родственниками» ³⁾ и т. д. ^{*}). «Понятіе лица, какъ субъекта частнаго права,

1) М. Ковалевскій, Первобытное право, I, 49.

2) Ibid. 54.

3) Ibid. 55.

*) Доказательства того, что процессъ развитія общественнаго быта у всѣхъ, какъ арійскихъ, такъ и неарійскихъ народностей, начался съ родовыхъ группъ, см. Первобытное право, I, 117—149.

кажущееся нынѣ столь простымъ, есть продуктъ долговременныхъ и сложныхъ усилій исторіи. Первоначально, при смѣшеніи публичныхъ и частныхъ началъ, лицами, владѣющими на частномъ правѣ, были союзы общественные: семейный, родовой, общинный и государственный; лицо физическое еще не выдѣляется... Въ частности въ древнѣйшемъ русскомъ правѣ отсутствіе понятія о лицѣ видно изъ отсутствія *терминовъ*, его выражающихъ» ¹⁾. Die Wahrheit ist, замѣчаетъ Гумпловичъ, das die sociale Welt von allem Anfange an immer und überall nur gruppenweise bewegt, gruppenweise in Action tritt, gruppenweise kämpft und strebt» ²⁾.

1) Вл.—Будановъ, Обзоръ исторіи русскаго права, 315.

2) Правда заключается въ томъ, что социальный міръ всегда и всюду только лишь групповидно дѣйствуетъ, групповидно вступаетъ въ борьбу и достигаетъ своихъ стремленій, Gumplovicz, Grundriss der Sociologie, 167.

Это положеніе есть исходный пунктъ современной соціологіи, и если можно говорить объ изолированномъ человѣкѣ, въ примѣненіи къ первобытной эпохѣ, то только въ видѣ поверхностной, ни на чемъ не основанной, догадкѣ. Что касается Летурно, то у него допущеніе такой догадки, пожалуй, понятно. Онъ крайній эволюціонистъ, до того эволюціонистъ, что, если при изслѣдованіи процесса мірового развитія отъ первоначальной клѣточки до самыхъ сложныхъ соціальныхъ явленій оказывается прорѣха, которую пока ничѣмъ заполнить, онъ рѣшается вставить апріорное положеніе (изолированное состояніе индивида), для обоснованія коего даже не прочь истолковать въ благопріятномъ для себя смыслѣ фактическія данныя. Летурно надо было показать, что соціальныя явленія, въ данномъ случаѣ право, ничѣмъ не отличается отъ явленія чисто біологическаго, каковъ инстинктивный рефлексъ животнаго, и что право есть лишь модуляція послѣдняго. Для этого

онъ выставилъ творцомъ права индивидуальную личность, въ которой дикій инстинктъ, подъ вліяніемъ благопріятныхъ условій, облагораживается постепенно, освобождается отъ животнаго характера и превращается въ право. Но онъ не замѣтилъ при этомъ, что его изолированный индивидъ представляетъ собой ни на чемъ не основанную гипотезу, гипотезу, не оправдываемую никакими фактическими данными, не исключая даже и тѣхъ, которыя онъ самъ приводитъ въ своемъ трудѣ. Мы дальше увидимъ, что это произвольное допущеніе, эта вставка вымышленнаго элемента въ цѣпь міровой эволюціи повлекла за собой и другія, весьма характерныя для Летурно, ошибочныя заключенія и выводы.

Переходимъ, однако, къ таліону. Какимъ образомъ возникъ принципъ таліона? «Когда анархическая орда, читаемъ мы у Летурно, начинается превращаться въ фамильный кланъ, болѣе или менѣе организованный, индивиды маленькой

этнической группы являются соединенными между собой и поддерживающими другъ друга; каждый изъ нихъ чувствуетъ обиду, претерпѣнную другимъ. Долгъ мести изъ индивидуальнаго, какимъ онъ былъ раньше, переходитъ въ коллективный» ¹⁾. Если месть была раньше актомъ чисто рефлексивнымъ, то теперь она «перестаетъ быть слѣпой, чтобы сдѣлаться обдуманной». И это произошло потому, что явилась «идея, убѣжденіе, что хорошо, что справедливо подвергать другого лишь тому же точно злу, какое тотъ причинилъ потерпѣвшему... Этотъ взглядъ, сказано дальше, быстро входитъ въ практику жизни и становится социальнымъ правиломъ» ²⁾. Таліонъ есть точнѣйшее возмѣщеніе зломъ за зло. Пока индивидъ находился въ состояніи полной изолированности, другими словами, пока онъ оставался въ анархической трибѣ, его месть ничѣмъ не регламентировалась, она была

1) Letourneau, L'évolut. jurid. 488.

2) Ibid. 489.

вполнѣ «une action réflèxe». Только подѣ
вліяніемъ тѣсной солидарности, объеди-
нявшей фамильный кланъ, месть приняла
коллективный характеръ: обида, нанесен-
ная одному изъ членовъ клана, чувство-
валась, какъ общая, и вслѣдствіе этого
за него мститъ весь кланъ in corpore.
Далѣе, такъ какъ всѣ clans familiaux
данной трибы, какъ части пѣлаго, нахо-
дились въ нѣкоторой взаимной связи, то
установилась идея, что достаточно въ каж-
домъ данномъ случаѣ отплатить клану-
обидчику тѣмъ-же точно (отнюдь не боль-
шимъ) зломъ, какому подвергся кланъ,
потерпѣвшій въ лицѣ того или другого
своего члена.

Прежде всего, что разумѣетъ Лестурно
подъ clan familial? Послушаемъ, что онъ
говоритъ о немъ въ другомъ мѣстѣ. «Въ
Австраліи эта группа представляетъ со-
бой не что иное, какъ подѣ-трибу, кланъ,
такъ какъ орды, сдѣлавшись слишкомъ
многолюдными, подраздѣляются на фрак-
ціи—родъ большихъ семей, объединен-

ныхъ общностью защиты и круговой мести» ¹⁾. У краснокожихъ индѣйцевъ: «каждый кланъ образуетъ большую семью, живущую иногда въ общемъ домѣ; члены клана краснокожихъ имѣли общія права и обязанности» ²⁾. Намъ сразу напрашивается вопросъ: какимъ образомъ въ анархической трибѣ, гдѣ безраздѣльно господствовалъ принципъ *bellum omnium contra omnes*, могли выкристаллизоваться фамилльные кланы, связанные между собой общностью мести и взаимной защиты? Почему эта солидарность отрицается Летурно для періода, предшествовавшего возникновенію клановъ, почему она приурочивается именно къ моменту возникновенія этихъ послѣднихъ? Эти вопросы остаются у Летурно безъ отвѣта. Обратимся къ специалистамъ, замѣтивъ предварительно, что *clans familiaux*, судя по указаннымъ Летурно характернымъ признакамъ (*sortes de grandes familles, habi-*

1) Letourneau, L'évolution du mariage, 337.

2) Ibid 343.

tant une maison commune и пр.), представляють собой не что иное, какъ домашнія общины, подробно обслѣдованныя проф. Ковалевскимъ. Вотъ что говоритъ объ нихъ послѣдній, опираясь, по своему обыкновению, на массу фактическихъ данныхъ, относящихся какъ къ арійскимъ, такъ и къ не-арійскимъ народностямъ. Домашняя община есть «не болѣе, какъ послѣднее развѣтвленіе рода, или вѣрнѣе, предпослѣднее, если считать завершеіемъ процесса образованіе малыхъ семей путемъ раздѣловъ» ¹⁾. «Большинство индусскихъ сводовъ застаеіъ уже населеніе на той стадіи развитія, при которой отъ первоначальнаго родового единства сохраняется одно единство семейное, разумѣя въ данномъ случаѣ подъ семьей не союзъ однихъ родителей и дѣтей, а всѣхъ лицъ, живущихъ подъ одной кровлей» ²⁾. Здѣсь не мѣсто входитъ въ подробное разсмотрѣніе самаго процесса выдѣленія домашней общины,

1) Ковалевскій, Первобыт. право, I, 86.

2) Ibid. 49.

причинъ и вліяній, его обусловливающихъ; для насъ важно указать на то, что домашняя община, или *clan familial*, какъ ее называетъ Летурно, есть не *sous-tribu*, не подраздѣленіе анархической трибы, характеризующейся полной отчужденностью, изолированностью индивидовъ, а продуктъ разложенія того компактнаго образованія, которое принято именовать терминомъ «родъ»; что та солидарность, о которой говоритъ Летурно по отношенію къ *clan familial*, раньше обнимала весь родъ, и всѣ послѣдствія, какія выводитъ Летурно изъ этой солидарности, одинаково должны быть распространены на предшествовавшую родовую организацію. Чтобы еще болѣе обосновать послѣднее наше положеніе, приведемъ характеристику рода, данную Посто мъ. «Въ первобытномъ родѣ, говоритъ этотъ изслѣдователь, вѣроятно, всѣ жены и дѣти и все имущество принадлежало въ одинаковой мѣрѣ всѣмъ членамъ, что, другими словами, первоначально не существовало, вѣ-

роятно, ни индивидуальнаго брака, ни отношеній между родителями и дѣтьми, ни индивидуальной собственности» ¹⁾. Къ этой характеристикѣ мы еще, для полноты и ясности представленія, прибавимъ слѣдующее замѣчаніе социолога Зиммеля. «Надо замѣтить, что индивидъ, неся службу въ пользу цѣлаго, получаетъ отъ послѣдняго форму и содержаніе своего существованія. Такимъ образомъ, охотно или неохотно, амальгимируетъ онъ свои интересы съ интересами группы, такъ что не только групповые интересы дѣлаются его собственными, но и на оборотъ; его природа вполне, такъ сказать, сливается съ природой всей группы» ²⁾. Нечего говорить о томъ, что такая тѣсная сплоченность внутри рода исключаетъ

¹⁾ Post, Die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit, 16. Замѣтимъ между прочимъ, что въ примѣненіи къ первобытному роду, гдѣ господствовало такъ наз. „Материнское право“ (Mutterrecht), нельзя говорить о принадлежности женъ мужчинамъ, а лишь объ ихъ общности.

²⁾ Simmel, Ueber sociale Differenzierung, 26.

всякую возможность той изолированности индивида, которую Летурно приписываетъ первобытной трибѣ, предшествовавшей домашней общинѣ (*clan familial*).

На основаніи всего вышесказаннаго мы, во-первыхъ, не можемъ принять допущенія такой стадіи соціального развитія, которая характеризовалась бы изолированнымъ состояніемъ индивида, и соответствующей этой стадіи инстинктивной индивидуальной мести, какъ зародыша права; и во-вторыхъ, разъ не было индивидуальной дикой мести, то мы не можемъ согласиться съ объясненіемъ талиона, какъ производнаго этой послѣдней, какъ ея модуляціи, тѣмъ болѣе, что и условія, которыя вызвали эту модуляцію и которыя Летурно полагаетъ въ возникновеніи *clans familiales*, связанныхъ общностью взаимной защиты и круговой мести, — что и самыя условія не могутъ быть теперь принимаемы въ расчетъ, такъ какъ мы выше показали, насколько ошибоченъ взглядъ Летурно на происхождение до-

машней общины въ предѣлахъ анархической трибы.

Наконецъ, что объясненіе таліона у Летурно вполне произвольно и ошибочно явствуетъ еще изъ слѣдующихъ соображеній. Если бы таліонъ былъ прямымъ продолженіемъ индивидуальной инстинктивной мести, непосредственной ея модуляціей, то какъ въ такомъ случаѣ объяснить установившійся относительно него моральный постулатъ, манкированіе коимъ влекло за собой всеобщее презрѣніе? Если бы таліонъ былъ органическимъ проявленіемъ человѣческой природы, какъ бессознательный рефлексъ, то онъ имѣлъ бы и самъ по себѣ достаточно силы, чтобы сохранить себя (тѣмъ болѣе, что вообще говоря, въ то время не было поводовъ къ смягченію дикихъ инстинктовъ, а тѣмъ болѣе къ ихъ уничтоженію) и не нуждался бы въ искусственномъ созданіи людьми моральнаго требованія, которое весьма рѣзко подчеркивалось, какъ на то указываетъ самъ Летурно. «Матери и

старики безпрестанно повторяли молодымъ, что ихъ обязанность состоитъ въ томъ, чтобы храбро сражаться и мстить за всякаго члена клана или трибы, убитаго въ стычкахъ съ врагами» ¹⁾). Намъ кажется, что какъ другая какая-нибудь функція человѣческаго организма не сдѣлалась предметомъ моральнаго требованія, такъ не могъ имъ сдѣлаться и таліонъ, и объясненія этого послѣдняго надо искать не въ индивидѣ, а исключительно въ его этнической или соціальной группѣ. Это тѣмъ болѣе вѣрно, что «*quiconque ne se venge pas est à jamais deshonoré*» ²⁾, т. е. если индивидъ по какимъ либо причинамъ не желаетъ отомстить, то его группа давленіемъ общественнаго мнѣнія заставляетъ это сдѣлать.

Не менѣе страннымъ кажется у Летурно переходъ отъ таліона къ композиціи. Въ одномъ мѣстѣ онъ говоритъ: «кланъ совершенно воленъ дѣйствовать

1) Letourneau, L'évolut. jurid., 31.

2) Ibid. 33.

по своему усмотрѣнію; онъ можетъ по своему произволу либо мстить, либо принять композицію» ¹⁾. Казалось бы, здѣсь совершенно нѣтъ индивида, а есть только группа, которая по своему усмотрѣнію мститъ, принимаетъ композицію, распоряжается самовольно всѣми, не исключая даже и самихъ членовъ, такъ какъ «кланъ убійцы, сказано дальше, имѣетъ право удовлетворить гнѣвъ клана убитаго, выдавъ ему *произвольно* виновника зла» ²⁾. Тѣмъ не менѣе, если бы мы захотѣли поставить на мѣсто индивида группу и подумать, что эта послѣдняя, а не индивидуальная алчность, совершила переворотъ въ правѣ, замѣнивъ таліонъ композиціей, то не могли бы этого сдѣлать, въ виду слѣдующаго замѣчанія Летурно. «Обиженный или оскорбленный индивидъ не безсознательно и не безъ расчета, подобно животнымъ, находитъ удовлетвореніе въ мести; безъ сомнѣнія, здѣсь играетъ не-

1) Ibid. 35.

2) Ibid. 35.

маловажную роль и инстинктъ, воздать зломъ за зло ему еще не перестаетъ казаться пріятнымъ, кровь, которую онъ проливаетъ, легко скрашиваетъ его удрученіе по поводу потери; но если ему кажется пріятнымъ мстить, то не менѣе выгоднымъ представляется обладаніе чѣмъ нибудь» ¹⁾). Здѣсь ужь оказывается на первомъ планѣ индивидъ, отъ вкуса котораго зависитъ въ каждомъ данномъ случаѣ либо мстить, либо удовлетвориться композиціей.

Не смотря на свой послѣдовательный позитивизмъ, Летурно допустилъ въ своемъ объясненіи таліона значительную долю метафизики. Какимъ образомъ подъ вліяніемъ междуклановой солидарности могла возникнуть идея *справедливаго* (въ смыслѣ равнаго, точнаго) отомщенія зломъ за зло? Почему мысль человѣческая дошла до черты равнаго возмѣщенія, почему не зашла за черту или не остановилась

1) Ibid. 490.

до нея? Если класть въ основаніе разбираемаго явленія добрую волю, то вопросы эти не находятъ себѣ разрѣшенія. Какъ въ мірѣ физическомъ, такъ и въ области соціальныхъ явленій нѣтъ случайностей; и здѣсь и тамъ господствуетъ неумолимая ананке, которая не справляется ни съ чьей волей, а напротивъ сама есть высшая воля, высшій законъ.

Выше мы установили положеніе, что соціологія должна принимать и принимаетъ за исходный пунктъ своихъ изслѣдованій ту примитивную стадію человѣческаго существованія, которая одна можетъ быть возстановлена на основаніи фактическихъ данныхъ и которая характеризуется групповой жизнью человѣческаго рода. Жизнь не знала тогда индивидуальной личности, а лишь отдѣльные враждебныя группы, находившіяся между собой въ постоянной борьбѣ за существованіе. Группа выступаетъ, какъ компактное образованіе, какъ индивидъ. «Геродотъ въ своемъ сочиненіи «De aëre

et locis» говоритъ, что у Скивовъ не было личнаго, индивидуальнаго типа а общенародный... Гумбольдъ въ своей Neuspanien замѣчаетъ, что у варваровъ можно скорѣе найти общую фізіономію племени или орды, чѣмъ индивидуальную» ¹⁾). Разъ группы находились въ непрерывной борьбѣ за существованіе, то весьма естественно и понятно, что каждая старалась, если не приобрѣсть больше, то, по крайней мѣрѣ, сохранить свой Quantum силъ, дабы не оказаться слабѣйшей въ столкновеніи съ другими. Отсюда послѣдовательно вытекаетъ стремленіе со стороны потерпѣвшей группы возстановить нарушенное равновѣсіе силъ каждый разъ, какъ враждебная группа нанесетъ ей какой-нибудь уронъ. И вотъ это то общее стремленіе всѣхъ враждующихъ между собой трибъ съ теченіемъ времени вылилось въ универсальную формулу таліона, который затѣмъ, подъ вліяніемъ

¹⁾ Цитировано у Каутскаго: Происхожденіе семьи, стр. 9.

измѣнившихся матерьяльныхъ условій, жизни перешелъ въ композицію.

Въ высказанномъ сейчасъ взглядѣ на происхожденіе таліона насъ утверждаетъ, кромѣ всего до сихъ поръ сказаннаго, еще и слѣдующее соображеніе. И Летурно не разъ замѣчаетъ, да и вообще наблюденіями установлено, что месть не постигаетъ непременно виновника обиды, а можетъ пасть на всякаго другого, хотя бы ни въ чемъ неповиннаго члена группы обидчика. «Убійство отомчалось смертью виновнаго или, вмѣстѣ него, одного изъ его близкихъ» ¹⁾. «На западномъ берегу Африки, гдѣ уже развились зачатки частной собственности, все еще кредиторъ, не получившій должника удовлетворенія отъ должника, можетъ, если послѣдній принадлежитъ къ чужому племени, потребовать уплаты долга отъ любого изъ его соплеменниковъ» ²⁾. «Кредиторъ какого-либо члена родовой общины можетъ

1) Letourneau, Evol. jurid. 17.

2) Каутскій, Происхожденіе.

предъявить свои требованія къ любому изъ членовъ послѣдней» ¹⁾). Этотъ наблюдавшійся на всемъ земномъ шарѣ обычай свидѣтельствуеть о томъ, что цѣль таліона заключается вовсе не въ мести обидчику, а лишь въ сохраненіи равновѣсія силъ враждебныхъ этническихъ или соціальныхъ группъ. Мы у самого Летуруно находимъ одно, мимоходомъ брошенное замѣчаніе, которое по смыслу близко подходитъ къ данному нами толкованію таліона. Когда онъ говоритъ о мести между кланами австралійской трибы, онъ между прочимъ замѣчаетъ: «la mort de l'un de ses membres affaiblit la communauté» ²⁾, т. е. смерть одного изъ членовъ ослабляетъ группу, и она, чтобы не оказаться въ невыгодныхъ условіяхъ относительно борьбы за существованіе, стремится вознаградить себя на счетъ клана-обидчика.

¹⁾ Post, Ursprung der Rechtes, 85.

²⁾ Leturneau, L'évolution jurid. 28,

Переходимъ къ теоріи Спенсера. Говоря объ эволюціонизмѣ этого мыслителя, старающагося распространить свою біологическую концепцію на область соціальной эволюціи, мы не можемъ отказать себѣ въ удовольствіи привести очень мѣткое замѣчаніе Гумпловича. На 12 стр. Grundriss онъ между прочимъ говоритъ, что біологическія аналогіи Спенсера можно безъ дальнѣйшихъ разговоровъ выбросить изъ его соціологическихъ построеній, и отъ этого ясность послѣднихъ не только не проиграетъ, но даже напротивъ, выиграетъ.—Спенсеръ прямо заявляетъ, что «слова «бракъ» и «право» въ приложеніи къ подобному общественному состоянію (т. е. въ приложеніи къ простой, не содержащей чуждыхъ этническихъ элементовъ, группѣ) могутъ привести насъ, вслѣдствіе своихъ соозначеній, къ весьма ошибочнымъ представленіямъ. Каждое изъ этихъ словъ подразумѣваетъ нѣкоторое притязаніе и нѣкоторое ограниче-

ніе» ¹⁾. Спенсеръ, вопреки Летувно, находитъ, что въ первобытной группѣ не было вовсе права. Оно проявляется только въ обществѣ двойной, тройной и т. д. сложности, происшедшемъ отъ столкновенія и слѣдующаго за нимъ соединенія различныхъ этническихъ группъ, изъ коихъ одна, вслѣдствіе превосходства, устанавливаетъ политическую власть надъ остальными и создаетъ благопріятныя для себя нормы общежитія. Несомнѣнно, и покоренныя группы стремятся по мѣрѣ силъ получить участіе въ установленіи новаго порядка взаимныхъ отношеній, такъ что получающійся такимъ образомъ правовой строй является равнодѣйствующей сложенія двухъ или нѣсколькихъ противоположныхъ силъ. «Коль скоро единицы двухъ особыхъ родовъ соединяются между собой въ одномъ и томъ же обществѣ, то стремленіе каждой изъ этихъ группъ къ порожденію своего особеннаго

¹⁾ Спенсеръ, Основы соціологіи 699.

строю, отличнаго отъ того строя, который былъ бы порожденъ другой группой, при ея полной независимости и отдѣльности, должно дѣйствовать видоизмѣняющимъ образомъ на получающійся результатъ. Очевидно, что такое видоизмѣненіе будетъ въ каждомъ случаѣ или благопріятствовать, или препятствовать развитію того или другого общественнаго типа. Ясно, что, когда расѣ — побѣдительницѣ, продолжающей править покоренной расой, удалось развить сильную хищническую регулятивную систему и провести ее чрезъ все общественное устройство, когда цѣлыя вѣка приучили общественныя единицы къ принудительной коопераціи, — когда соотвѣтствующая такому порядку церковная система успѣла придать безусловному повиновенію религіозную санкцію, въ особенности же, когда государству удалось, какъ въ Китаѣ, достигъ того, что каждая личность формируется подъ надзоромъ правительственной власти и пропитывается приличными такому строю идеями

о гражданскомъ долѣ, причемъ самое сомнѣніе въ справедливости этихъ идей считается ересью — ясно, говорю я, что при такихъ обстоятельствахъ становится совершенно невозможнымъ, чтобы какія-либо другія вліянія могли повести къ сколько-нибудь значительнымъ измѣненіямъ въ общественнонъ строѣ» ¹⁾. Въ этихъ немногихъ словахъ открывается цѣлая картина происхожденія и отчасти развитія права. Прежде всего, Спенсеръ, какъ мы видѣли, настаиваетъ на томъ, что въ простой примитивной группѣ нѣтъ вовсе права; тамъ, говоритъ онъ, господствуетъ неограниченное насиліе. Не трудно гдѣтъ, что въ послѣднемъ пунктѣ Спенсеръ почти солидаренъ съ Летурно: и тотъ и другой предполагаетъ изолированное состояніе индивида въ дикой первобытной ордѣ. Но мы выше показали, что такое предположеніе лишено фактическаго основанія, и потому, въ научномъ постро-

1) Спенсеръ, Основы соціологіи 626.

еніи принято въ расчетъ быть не можетъ. Мы склоняемся къ мнѣнію большинства соціологовъ, принимающихъ, что первобытная группа представляла собой компактное цѣлое, индивидъ, въ предѣлахъ котораго господствовало полное равенство, личное и имущественное, общность женъ и дѣтей. Права нѣтъ въ первобытной группѣ не потому, что тамъ безраздѣльно царствуетъ насиліе, безправіе, а потому, что тамъ нѣтъ того притязанія и того ограниченія, о которыхъ говоритъ Спенсеръ. «Въ примитивной ордѣ, замѣчаетъ Гумпловичъ, представляющей собой гомогенную, однородную и лишенную внутреннихъ различій группѣ, право не существуетъ. Оно здѣсь вовсе не нужно, такъ какъ ей совершенно достаточно нѣсколькихъ религіозныхъ правилъ и морали. Въ первобытной ордѣ господствуетъ полнѣйшее равенство — а это послѣднее вовсе не есть та почва, на которой могло бы произрасти право» ¹⁾. Существующій

1) Gumplowicz. Grundriss der Sociologie, 190.

въ данной группѣ порядокъ вещей, который установился въ борьбѣ за существованіе и который, слѣдовательно, наиболѣе приспособленъ къ окружающимъ условіямъ жизни и наиболѣе благопріятенъ для выживанія группы, одинаково священенъ и нравствененъ для всѣхъ членовъ этой послѣдней, въ силу ихъ полного равенства и тожества интересовъ. Сохраненіе и охраненіе существующаго строя, миръ въ отношеніи своихъ и война противъ чужихъ — вотъ вся почти вся психика первобытнаго человѣка. «У Барера и Кунама, цитируетъ Постъ Мунцингера; тотъ, кто убиваетъ единоутробнаго брата, не долженъ опасаться никакой мести. Если же убитый братъ имѣлъ другую мать, тогда фамилія этой послѣдней выступаетъ въ качествѣ мстителя. Точно также и отецъ, убившій или продавшій свое собственное дитя, привлекается къ отвѣтственности дядей этого послѣдняго по матери. Внутри родовой общины все не существуетъ кровной мести, мечь

практикуется только противъ членовъ другихъ фамилій. У Бареа и Кунама братъ не единоутробный и отецъ считается принадлежащими къ другимъ фамиліямъ, чужаками, такъ какъ у нихъ еще господствуетъ родство по одной материнской линіи. Въ предѣлахъ рода нѣтъ правонарушеній, отсюда понятно, почему укравшій что-нибудь у фамиліи дяди по матери не подвергается никакой отвѣтственности» ¹⁾. Такимъ образомъ, внутри группы нѣтъ права, потому что нѣтъ ни притязанія, ни ограниченія—этихъ характерныхъ правовыхъ признаковъ; что же касается взаимныхъ счетовъ, вѣдущихся между различными группами, будь то по принципу таліона, либо композиціи, то эти счета и столкновенія также мало подходятъ подъ понятіе права, какъ наши современныя войны. Сдѣлавъ эту оговорку относительно различія нашего взгляда и взгляда Спонсера на

¹⁾ Post, Ursprung der Rechtes, 88.

первобытную этническую группу и показавъ, какъ мы смотримъ на таліонъ и композицію, постараемся возсоздать ту картину происхожденія права, какую *implicite* даетъ намъ англійскій мыслитель.

Право проявляется только въ обществахъ двойной, тройной и т. д. сложности, когда «племя — покоритель сливается съ покореннымъ племенемъ въ одно общество, принимая на себя роль господствующаго класса» ¹⁾; другими словами, право возникаетъ вмѣстѣ съ возникновеніемъ государства. Въ чемъ заключается сущность государства? Покорители и покоренные, управляющіе и управляемые вотъ вѣчные, неизмѣнные его признаки. «Исторія не знаетъ ни одного примѣра, когда бы государство возникло иначе, какъ путемъ насилія» ²⁾. Актъ насилія совершился: раса — покоритель

1) Спенсеръ, Основы социологіи 605.

2) Gumplovicz, Philosophisches Staatsrecht, 20. Его же „Racen und Staat“ специально посвященъ этому вопросу.

принимаетъ на себя роль господствующаго класса, образуется государство, и въ тотъ же моментъ возникаетъ право. И въ самомъ дѣлѣ, какъ мы видѣли, примитивная однородная группа не знала ни семейнаго права, такъ какъ въ ея предѣлахъ господствовала общность женъ и дѣтей *); ни права собственности, а слѣдовательно и наследственнаго, такъ какъ имущество принадлежало всей группѣ, а не отдѣльнымъ индивидамъ; ни права уголовнаго, ибо уголовное право мыслимо тамъ, гдѣ есть на лицо понятіе преступленія въ нашемъ смыслѣ слова, а тако-

*) Къ имѣющейся выше характеристикѣ примитивной группы мы прибавимъ слѣдующее замѣчаніе Каутскаго. „Дѣти принадлежали не отцу и матери, а племени, и потому всѣ дѣти одного поколѣнія—братья и сестры, старшаго—отцы и матери. Keiki kane у Гавайцевъ значитъ прежде всего „маленькій мужчина“, а затѣмъ и „сынъ“; Kaika mahine (Wahine) значитъ и „маленькая дѣвочка“ и „дочь“. Eltern (родители) произошло отъ корня alt (старый), kind (дитя) отъ klein (малый). Въ Швейцаріи еще и теперь употребляется Ladentochter вм. Ladenmädchen“ (Происхожденіе семьи, 19).

вое понятіе было совершенно незнакомо догосударственному періоду: примитивная этническая группа знала только матерьяльный ущербъ, нанесенный ей другою враждебною группою, ущербъ, который долженъ быть во что бы то ни стало вознагражденъ, ибо въ противномъ случаѣ потерпѣвшая оказалась бы въ неблагопріятныхъ условіяхъ въ борьбѣ за существованіе. Если догосударственная эпоха характеризуется до того полнымъ равенствомъ этнической группы, до такой степени совершеннымъ поглощеніемъ индивида въ этой послѣдней, что правонарушенія (употребляемъ этотъ терминъ, за неимѣніемъ другого, подходящаго) были немыслимы въ предѣлахъ группы и всегда направлялись лишь противъ группъ враждебныхъ, то въ обществахъ двойной или тройной сложности, т. е. въ государствѣ, состоящемъ изъ насильно соединенныхъ и при помощи абсолютной власти удерживаемыхъ вмѣстѣ враждебныхъ группъ, такая солидарность, такое полное

общеніе безусловно невозможно. Если въ однородной группѣ то нравственно, что дѣйствительно, если существующій порядокъ вещей окруженъ ореоломъ святости и неприкосновенности, то этого нельзя сказать относительно государства. Здѣсь различіе въ положеніи племенъ, классовъ, состояній порождаетъ различія въ пониманіи нравственнаго: въ то время, какъ для правящихъ все существующее нравственно, такъ какъ оно оказывается наиболѣе благопріятномъ для ихъ интересовъ, — для управляемыхъ нравственный идеалъ во многихъ отношеніяхъ далеко уклоняется отъ существующаго порядка вещей. Этотъ то антогонизмъ въ пониманіи нравственнаго и могъ дать толчекъ возникновенію права, и именно такимъ образомъ, что правящіе классы, имѣющіе силу, сочли нужнымъ установить принудительную обязательность въ тѣхъ случаяхъ, которые составляютъ пункты расхожденія ихъ идеаловъ и идеаловъ управляемыхъ. Установленные та-

кимъ образомъ новыя формы общежитія чуждыхъ неравносильныхъ этническихъ элементовъ, въ сплу привычки ставшія прочными нормами и установленіями, образуютъ право.

Возникновеніе права семейственнаго съ наслѣдственнымъ и права собственности нужно, несомнѣнно, отнести къ моментамъ возникновенія семьи и частной собственности. Когда же и какимъ образомъ возникла семья и частная земельная собственность? Общность женъ, которая, по согласному признанію почти всѣхъ изслѣдователей, характеризовала первоначальную этническую группу, вполне исключаетъ возможность существованія индивидуальной семьи и обусловливаетъ связь дѣтей только съ матерью, такъ какъ отецъ постоянно остается неизвѣстнымъ. Въ силу послѣдняго обстоятельства, т. е. въ силу того, что мужчина остается всегда какъ бы въ тѣни, а на первомъ планѣ стоитъ женщина, послѣдняя пользуется извѣстнымъ значеніемъ

въ группѣ, и если мужчина, вслѣдствіе физическаго превосходства, имѣетъ тенденцію господствовать надъ слабѣйшей половиной человѣческаго рода, то женщина находитъ свою силу въ томъ, что она является родоначальницей поколѣній и что кровная связь съ ней находится постоянно на виду. Пока женщина остается въ своей этнической группѣ, она занимаетъ, если не высшее, то, во всякомъ случаѣ, равное съ мужчиной положеніе и сохраняетъ его до тѣхъ поръ, пока въ группѣ не появятся чужія женщины. Съ покореніемъ одной этнической группы другою, всѣ ея члены обращаются въ рабство; той-же участи подвергаются и женщины, чѣмъ наносится рѣшительный ударъ женской независимости и равноправности съ мужчиной.—Раса-покорительница, чтобы быть въ состояніи удержать подъ своей властью обращенную въ рабство массу покореннаго племени, раздѣляетъ территорію съ живущими на ней людьми на нѣсколько участковъ, по

числу своихъ членовъ, такъ что каждый является господиномъ своего земельного участка и выдѣленныхъ ему рабовъ. Произшедшія отсюда перемѣны, съ одной стороны, приводятъ къ установленію частной земельной собственности, съ другой—къ созданію патріархальной семьи, типичной выразительницей которой является древнеримская *familia*. Если правильно то, что *familia* происходитъ отъ одного корня съ *famulus* (рабъ), если принять во вниманіе, что въ древнемъ Римѣ когнатское (т. е. кровное) родство не имѣло значенія, а признавалось исключительно родство агнатское, если, наконецъ вспомнить, что *patria potestas* существовала только для свободныхъ римскихъ гражданъ, а рабамъ была абсолютно недоступна, то предлагаемое Гумпловичемъ объясненіе происхожденія патріархальной семьи представляется весьма вѣроятнымъ. Патріархальная семья такимъ образомъ не есть вовсе продуктъ постепенной спонтанейной эволюціи брач-

ныхъ отношеній, а представляетъ собой чисто государственное установленіе, слѣдующее въ своемъ развитіи по стопамъ эволюціи государства, какъ такового. Уже у Аристотеля мы находимъ указаніе на то, что возникновеніе государства предшествовало возникновенію семьи, да и нѣкоторые изъ современныхъ соціологовъ, какъ напр. Зиммель, далеки отъ того, чтобы приводить въ связь происхожденіе патріархата съ половыми отношеніями людей; я, замѣчаетъ Зиммель, утверждаю, что первоначальное сплоченіе въ патріархальную семью произошло не на основаніи происхожденія отъ одного отца, а только въ силу власти этого послѣдняго ¹⁾).

Разъ существуетъ индивидуальная семья и частная собственность, естественно должно явиться и право наслѣдства. Уголовное право, какъ мы выше замѣтили, мыслимо только въ государствѣ, гдѣ создается понятіе преступленія въ истин-

¹⁾ Simmel, *Sociale Differenzierung*, 33.

номъ смыслѣ слова. «Вопросъ о вѣнности, самое преступленіе и идея наказанія есть чистѣйшій продуктъ періода развитія государства и совершенно чужды первобытному человѣку» ¹⁾). Такой же взглядъ на преступленіе и уголовное право вообще мы встрѣчаемъ и у Летуруно. «Преступленія и проступки, разсматривавшіяся раньше, какъ индивидуальныя обиды, превращаются въ оскорбленія, наносимыя монарху и закону... Затѣмъ и самое преслѣдованіе преступленій переносится съ прежняго кровнаго мстителл на государство или короля» ²⁾).

Какъ существованіе примитивной группы было возможно при непремѣнномъ условіи наличности ея морали, объединявшей всѣхъ членовъ въ компактное цѣлое, такъ и впоследствии, по образованіи государства, совмѣстная жизнь антагоническихъ этническихъ элементовъ оказалась возможной только благодаря тому,

1) Post. Ursprung der Rechtes 111.

2) Letourneau, L'évolution juridique, 501.

что одни покорились, а другіе установили надъ ними власть и этой властью утвердили, помощью же права охраняли новый строй жизни. «Всякое право, говоритъ Гумпловичъ, вытекаетъ изъ неравенства и стремится къ удержанію и утверженію этого послѣдняго путемъ установленія владычества сильнаго надъ слабымъ; въ этомъ отношеніи право является вѣрнымъ отображеніемъ государства, которому оно обязано своимъ возникновеніемъ и которое проникнуто стремленіемъ установить порядокъ общежитія чуждыхъ, неровныхъ элементовъ помощью власти однихъ надъ другими. Итакъ какъ удержаніе и сохраненіе неравенства составляетъ душу, существенный принципъ всякаго права, то отсюда понятно, что всякое право подразумѣваетъ нѣкоторую обязанность, всякому облеченному правомъ соотвѣтствуетъ отягченный опредѣленной обязанностью» ¹⁾.

1) Gumplovicz, Grundriss der Sociologie, 191.

Каково отношеніе религіи и морали къ праву? Что касается отношенія религіи къ праву, то и Спенсеръ, и Летурно почти одинаково высказываются по этому вопросу. «Шефъ, говоритъ Летурно, получаетъ значительную поддержку отъ другихъ узурпаторовъ, отъ чародѣевъ, превратившихся въ жрецовъ, которые пользуются особенной милостью боговъ и тѣней усопшихъ»¹⁾. Этимъ сказано, что религія находится въ тѣсномъ союзѣ съ общественной властью, санкціонируя и придавая твердую устойчивость всѣмъ общежительнымъ и правовымъ нормамъ, которыя проводитъ въ жизнь послѣдняя. Замѣтимъ, что приведенное сейчасъ замѣчаніе Летурно, какъ понятно изъ вышесказаннаго, относится лишь къ той стадіи эволюціи права, которую онъ называетъ монархической и которая характеризуетъ монархическую орду. По Спенсеру же, право не существовало до

¹⁾ Letourneau, L'évolution jurid. 73.

возникновенія государства, оно мыслимо только въ послѣднемъ, и потому онъ ставитъ вопросъ гораздо общѣе. По его мнѣнію религія, въ лицѣ своихъ представителей—жрецовъ, содѣйствуетъ утвержденію общественнаго строя, установленнаго правящимъ племенемъ, придавая религіозную санкцію всѣмъ нововведеніямъ послѣдняго. Религія отражаетъ въ себѣ явленія дѣйствительной жизни, говоритъ Спенсеръ и это свое положеніе доказываетъ обильными наблюденіями надъ бытомъ какъ первобытныхъ и древнихъ, такъ и новыхъ народовъ. «Боги Фиджійцевъ горды и мстительны, они ведутъ между собой войчы, убиваютъ и ѣдятъ другъ друга, такъ что они на самомъ дѣлѣ такіе же дикари, какъ и самые Фиджійцы... Они хвастаютъ такими именами, какъ «прелюбодѣй», «женокрадъ», «мозгоѣдъ», «убійца»... Духъ усопшаго фиджійскаго вождя, явившись на тотъ свѣтъ, рекомендуется такой похвальбой: я раззорилъ много семей и умертвилъ

многихъ на войнѣ... Что этотъ параллелизмъ (между дѣйствительной жизнью и религіей.—Авторъ) продолжалъ оставаться и въ періодъ христіанства до недавнихъ временъ, можетъ быть доказано обильнымъ рядомъ свидѣтельствъ. Въ 1407 г. Пѣти, профессоръ теологіи парижскаго университета, изображалъ Бога, какъ феодальнаго государя, небо—какъ феодальное королевство, а Люцифера—какъ возмущившагося вассала... За установленіемъ въ племени общественныхъ классовъ, являются между духами различія по положенію и связанному съ нимъ могуществу»¹⁾. Спенсеръ очевидно, не согласенъ съ мнѣніемъ, будто религія вліяетъ на право, ибо она сама черпаетъ свое содержаніе изъ дѣйствительной жизни, изъ общественнаго строя даннаго мѣста и времени, а мы видѣли, что общественный строй въ сложномъ обществѣ, установленный господствующимъ классомъ, и есть

¹⁾ Спенсеръ, Основы соціологіи, 209—210.

право въ истинномъ смыслѣ слова; стало быть правильнѣе сказать, что право вліяетъ на религію, нежели на оборотъ.

Что касается отношенія морали къ праву, то Спенсеръ держится и въ данномъ случаѣ такого же взгляда. Онъ находитъ, что «различныя этики должны быть разсматриваемы въ связи и въ зависимости отъ обусловливающихъ ихъ общественныхъ состояній». Какимъ же образомъ тотъ общественный строй, который, какъ мы выше показали, есть продуктъ силы, репрессіи со стороны правящаго класса, какимъ образомъ это порожденіе грубаго насилія можетъ дать содержаніе высшей морали? На этотъ весьма серьезный и важный вопросъ мы находимъ соотвѣтствующій по глубинѣ отвѣтъ въ весьма распространенной поговоркѣ: «привычка вторая натура». Человѣкъ отличается той особенностью, что всякое дѣйствіе, ощущеніе или даже страданіе, повторяясь изо дня въ день, становится въ концѣ концовъ, незамѣтно

для него самого, естественнымъ проявленіемъ его организациі. То поведеніе, къ которому онъ первое время вынуждался внѣшней репрессіей, то ощущеніе страда-нія, которое сопровождало такое вынужденное силой поведеніе, дѣлается, съ теченіемъ времени, до того привычнымъ, что пріобрѣтаетъ характеръ естественной необходимости. Въ вѣрности этого соображенія убѣждаютъ насъ многочисленныя психологическіе опыты, которые каждый можетъ продѣлать надъ самимъ собой. Беремъ, на примѣръ, полуунцовую гирьку и кладемъ на вытянутую ладонь руки, которой придаемъ возможно спокойное положеніе. Мы, несомнѣнно, тотчасъ же почувствуемъ прикосновеніе посторонняго тѣла, и это ощущеніе сначала довольно замѣтное, начнетъ постепенно ступшевы-ваться, пока не превратится въ нуль. Съ этого момента тяжесть гирьки становится для насъ совершенно нечувствитель-ной, и только прибавка новой, хотя бы и незначительной, либо измѣненіе поло-

женія руки, однимъ словомъ, новыя условія опыта даютъ о себѣ знать нашему сознанію. Владычество однихъ надъ другими, установленное всевозможнаго рода насиліями, съ теченіемъ времени, благодаря этой удивительной особенности нашей нервной системы, начинаетъ разсматриваться, какъ естественный, данный природой отъ вѣка, порядокъ вещей. Если это примѣнимо къ покореннымъ и управляемымъ классамъ, то тѣмъ болѣе дѣйствительно въ отношеніи правящихъ. Тотъ, кто держитъ власть въ своихъ рукахъ, кто пользуется всѣми преимуществами и выгодами господства, несомнѣнно скорѣе, чѣмъ кто либо другой, сроднится съ пріятной привычкой властвовать и съ теченіемъ времени даже склоненъ будетъ усматривать въ своей власти данное свыше, самимъ Богомъ желанное установленіе. Такимъ образомъ, поразительная сила привычки является причиной того, что какъ правящіе, такъ и управляемые современемъ принимаютъ

установленный путемъ грубой силы общественный строй какъ вполне естественный порядокъ вещей, какъ божественную волю, воплощенную на землѣ въ тѣхъ или иныхъ политическихъ и социальныхъ учрежденіяхъ, слѣдовательно, какъ порядокъ, въ высокой степени нравственный. Итакъ, мораль, которую мы, въ противоположность групповой, назовемъ общегосударственной, черпаетъ свое содержаніе въ томъ же общественномъ строѣ и стало быть, въ отношеніи содержанія не опредѣляетъ право, а наоборотъ опредѣляется послѣднимъ.

Выше мы говорили о групповой морали, какъ о цементѣ, сплавивающемъ всѣхъ членовъ этнической однородной группы въ компактное цѣлое. Эта мораль продолжаетъ жить въ государствѣ, но такъ какъ послѣднее состоитъ изъ нѣсколькихъ или, по крайней мѣрѣ, изъ двухъ этническихъ группъ, то въ его предѣлахъ мы должны имѣть не одну, а нѣсколько отдѣльныхъ, соответствующихъ

щихъ каждой группѣ, моралей. Когда, подѣ давленіемъ государственной власти, этническія группы постепенно разлагаются, составные элементы послѣднихъ интегрируются въ новыя образованія, въ группы соціальныя — классы, и каждой такой группѣ, каждому классу соотвѣтствуетъ опять таки отдѣльная, своя собственная мораль, которую нужно отличать отъ морали общегосударственной. Первая гораздо интенсивнѣе, она пропитываетъ всѣ стороны человѣческаго существованія, она до того сильна, что, какъ мы видѣли, одна придавала компактность, цѣльность группѣ, одна замѣняла всякую власть и регулировала взаимныя отношенія членовъ этническаго образованія. Вторая, т. е. мораль общегосударственная, обнимая болѣе или менѣе антагоничныя между собой этническіе и соціальные элементы, по силѣ и интенсивности, далеко уступаетъ групповой морали, къ которой она постепенно приближается, по мѣрѣ болѣе тѣснаго соедине-

нія и сплоченія составныхъ частей государства. Степень интенсивности морали, по мнѣнію Гумпловича, должна лечь въ основаніе опредѣленія понятій «народъ» и «нація». Пока отдѣльныя этническія группы объединены лишь настолько, что общими для нихъ являются лишь чисто государственныя цѣли и интересы, въ остальномъ же онѣ остаются вѣрными принципамъ, выработаннымъ въ эпоху самостоятельнаго, независимаго политическаго существованія, — до тѣхъ поръ онѣ составляютъ *народъ*, который подыметя на степень единой *націи* только съ теченіемъ времени, когда, на ряду съ формальнымъ общегосударственнымъ единствомъ, онъ будетъ представлять единство субстанціальное, касающееся болѣе существенныхъ сторонъ человѣческаго существованія. Главнѣйшіе характерные признаки національности — это общій языкъ и религія. Высшая, идеальная цѣль государства состоитъ въ достиженіи такой общегосударственной морали, которая бы-

ла бы равносильна морали групповой, т. е. другими словами, высшей цѣлью государства является достиженіе той ступени соціального развитія, когда его население будетъ сплочено въ единое, нераздѣльное цѣлое, будетъ представлять собой націю въ истинномъ смыслѣ слова. Итакъ, каково же отношеніе морали къ праву? Мы уже говорили о томъ, что пока этническая группа живетъ своей собственной, отдѣльной жизнью, для ея выживанія и преуспѣянія среди враждебныхъ этническихъ особей вполне достаточно одной морали, право ей неизвѣстно и ненужно. Когда же сталкиваются между собой и соединяются въ одно сложное общество (терминъ Спенсера) двѣ или большее число группъ, антагоничныя морали послѣднихъ исключаютъ другъ друга, и вотъ тутъ то и является потребность въ правѣ, т. е. въ насильной регламентаціи взаимныхъ отношеній входящихъ въ составъ государства этническихъ элементовъ. Что въ догосударствен-

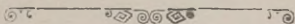
ную эпоху было моралью, то дѣлается, съ установленіемъ государства, правомъ, которое въ свою очередь съ теченіемъ времени постепенно порываетъ связи съ своимъ корнемъ—грубой силой, приобрѣтая въ большей или меньшей степени моральный характеръ. Гумпловичъ весьма мѣтко замѣчаетъ: «Was Recht ist, war einst blosse Sittlichkeit, und alle Sittlichkeit strebt darnach Recht zu werden»¹⁾.

Если къ этому еще прибавить, что какъ моральныя нормы превращаются въ право, такъ и наоборотъ, право превращается въ предметъ моральной санкціи, то мы получимъ формулу, выражающую отношеніе морали къ праву. Групповая мораль превращается въ право, это послѣднее становится моралью общегосударственной, которая достигнетъ одинаковой съ первой силы и интензивности лишь тогда, когда антагоничные элементы государства до того сплотятся между собой,

1) Gumplowicz, Philosophisches Staatsrecht, 112.

что будутъ представлять цѣльное компактное образованіе.

Мы изложили почти сходныя теоріи Спенсера и Гумпловича по вопросу о происхожденіи права. Будучи построены на чисто соціологической основѣ, будучи по преимуществу реалистически — объективны, онѣ представляютъ высокую степень истинности и на поставленный нами вопросъ проливаютъ едва ли не больше свѣта, нежели всякая другая теорія. Тѣмъ не менѣе нельзя не замѣтить и въ нихъ нѣкоторой односторонности и неполноты, которыя не позволяютъ ограничиться исключительно изложенными выше теоріями, а заставляютъ обратиться и къ другимъ, по необходимости страдающимъ подобными же недостатками, дабы путемъ примиренія нѣсколькихъ односторонностей достигнуть возможнаго приближенія къ объективной истинѣ.





6922/1