

## Определение права

Первая и основная задача юридической энциклопедии заключается в определении самого понятия о праве. Пока мы не выясним себе, *что такое право вообще*, все наши суждения о тех или других конкретных видах права будут страдать неясностью, отсутствием определенного научного содержания. По поводу нашего отдельного суждения, относящегося к той или другой области юриспруденции, может возникнуть сомнение: представляет ли оно собою действительно суждение о праве или о чем-то другом, что не есть право? При отсутствии удовлетворительного определения понятия права не могут быть проведены ясные границы между правоведением и другими науками; а при отсутствии таких границ наука права всегда рискует или не охватывать весь свой предмет, или совершать захваты из других, чуждых ей областей знания.

Чтобы так или иначе разрешить спорный в науке вопрос о существовании права, необходимо прежде всего остановиться на тех признаках определяемого понятия, которые не вызывают сомнения, и затем перейти к тем, которые представляются спорными. Прежде всего несомненно, что право выражает собою *правило поведения*. В каком бы смысле мы ни употребляли слово "право", мы всегда подразумеваем под ним что-то такое, против чего не следует посягать, чего не должно нарушать; с этим словом в нашем уме всегда связывается то или другое повеление, предписание каких-либо положительных действий или воздержания от действий. Всякому праву соответствует чья-либо обязанность, требование, обращенное к какому-либо лицу или лицам. Когда мы говорим о праве кредитора на получение долга, это значит, что определенное лицо — должник — обязан уплатить этот долг. Когда мы говорим о праве собственности какого-либо лица, это значит, что все прочие лица — несобственники — должны воздержаться от всяких посягательств против того, что составляет для них чужую собственность. Когда мы говорим о праве власти, мы непременно подразумеваем, что те или другие лица — подчиненные — обязаны повиноваться власти.

Если право всегда устанавливает чьи-либо обязанности, столь же несомненно, что оно всегда выражает собою *чье-либо притязание*. Во всяком праве есть две стороны — лицо управомоченное, которое может требовать, и лицо или лица обязанные, которые должны исполнять требование. Собственник может требовать от всех прочих людей, чтобы

они уважали его собственность; точно так же кредитор может предъявлять требование к должнику, власть — к подчиненному.

Из всего предшествовавшего видно прежде всего, что право неразрывно связано, во-первых, с существованием лица, которое является его обладателем и носителем, и, во-вторых, с существованием общества лиц, среди коих лицо управомоченное осуществляет свое право, к которым оно предъявляет свои требования. Если всякое право непременно выражает собою притязания одних лиц, обязанности других, то ясное дело, что всякое право предполагает общество и вне общества представляется невозможным. Представим себе лицо, совершенно изолированное, живущее вне всякого общества, вне всякого отношения к другим лицам: такое лицо, очевидно, не обладало бы никакими правами; нельзя говорить о правах собственности такого лица, о его праве на жизнь или на действия других лиц, ибо у него нет ближних, которые бы могли признавать или оспаривать эти права. Где нет лица или лиц, *обязанных* соблюдать чужое право, там нет и лица управомоченного, стало быть, нет и самого права.

Если мы и можем говорить о праве какого-нибудь Робинзона, живущего на необитаемом острове, то только в предположении какого-либо возможного ближнего, возможного общества других лиц, которые когда-либо нарушат его одиночество. Если мы, например, говорим о правах собственности Робинзона, то это не значит, очевидно, что неодушевленные стихии не должны портить его имущество или что дикие звери не должны посягать на его жизнь и расхищать его стада; это может значить только, что всякое другое разумное лицо, которое может появиться на острове Робинзона, не должно посягать на принадлежащие ему вещи.

Таким образом, всякое право предполагает *общество*: только в предположении общества разумных лиц можно говорить о праве; с другой стороны, не может существовать и общества разумных лиц без права. Представим себе такое собрание людей, где никто не признавал бы за своим соседом никаких прав, стало быть, ни права на жизнь, ни права на имущество; очевидно, что такое собрание людей не было бы обществом; люди могут составлять общество только при том условии, если за отдельным лицом признается известная сфера, в которой должны господствовать его цели, — иначе говоря, если за ним признается сфера прав, коих не должны нарушать его ближние. Право, таким образом, есть необходимое условие всякого общества: оно — тот общий порядок, которому должно подчиняться как целое общество, так и каждый его отдельный член. Живя в обществе, я должен сознательно поступить в пользу ближнего целым рядом эгоистических интересов и целей: я должен уважать чужую жизнь, свободу и имущество; так же должен относиться ко мне мой ближний; все мы должны почитать право, как общий порядок, который должен господствовать над волей каждого из нас. Отсюда — первое и самое общее определение права: *право есть*

*порядок, регулирующий отношения отдельных лиц в человеческом обществе.*

Рассматривая это определение, как мы увидим далее, далеко не полное, мы обнаружим целый ряд других свойств, других существенных признаков права. Право, как сказано, всегда выражается в виде *притязаний, требований*, с одной стороны, в виде *обязанностей* — с другой стороны. Ясное дело, что притязания, требования могут предъявляться только к разумным сознательным существам, способным понимать требование; только по отношению к таким существам возможно говорить об обязанностях: смешно было бы говорить об обязанностях растения или камня, и по меньшей мере неосновательно было бы заявлять о наших правах волкам или тиграм. Но и этого мало: требования права, как и вообще всякие веления разума, могут обращаться только к лицам, способным их исполнить или не исполнить, т. е. к существам, обладающим способностью свободного выбора. Если я обращаюсь к ближнему с требованием уплатить мне долг, оказать мне повиновение, не посягать на принадлежащую мне вещь, то, очевидно, я предполагаю, что он может исполнить мое требование, соблюсти или нарушить мое право: право, как мы видели, всегда выражает собою не только чье-либо притязание, но и чью-либо обязанность; но обязанность может быть приписана только такому существу, которое способно выбрать между должным и не должным: право властвует над нами не как непреодолимый закон природы, а как требование, обращенное к нашей свободной воле, веление, которое мы можем исполнить или нарушить.

Мы не станем здесь вдаваться в сложный метафизический вопрос о свободе человеческой воли, т. е. об отношении человеческой воли к властвующей в мире необходимости. Для нашей цели пока достаточно установить, что право предполагает свободу выбора в двояком смысле: во-первых, как способность нашей воли сознательно избирать то или другое поведение (свобода внутренняя) и, во-вторых, как возможность действовать вопреки, преследовать и осуществлять какие-либо цели в мире внешнем (свобода внешняя).

Свобода внутренняя, как мы видели, предполагается правом как условие его существования: к ней предъявляются веления права; веления эти имеют смысл лишь постольку, поскольку они обращаются к существу, способному сознательно избирать ту или другую цель, тот или другой образ действий. В этом смысле слова свобода составляет неотъемлемое психическое качество всякого разумного существа. Мои ближние, разумеется, могут так или иначе влиять на мое поведение, побуждать меня к избранию тех или других целей. Но никакие действия ближних, никакие вообще внешние препятствия не могут лишить меня самой способности сознательно избирать мое поведение, сознательно определяться теми или другими мотивами.

Иное дело — свобода внешняя, свобода как возможность осуществлять те или другие цели в мире внешнем; в этом смысле наша свобода

может быть стеснена, ограничена или вовсе уничтожена внешними препятствиями, в том числе, конечно, действиями наших ближних. Никто не может воспрепятствовать мне желать тех или других целей, например, желать пользоваться какою-либо вещью или чьими либо услугами, желать жить, но ближние мои могут воспрепятствовать осуществлению этих целей, лишить меня своих услуг, имущества и самой жизни — словом, всячески стеснить и даже вовсе уничтожить мою внешнюю свободу.

Нетрудно убедиться в том, что свобода в этом смысле составляет *содержание* права. Ясное дело, что, где нет внешней свободы, там нет и самого права. Существо, совершенно лишенное внешней свободы (раб), есть вместе с тем и существо совершенно бесправное. Во всяком праве свобода лица, в смысле не стесненной другими лицами возможности осуществлять те или другие цели, составляет настолько существенный признак, что с уничтожением его уничтожается самое право.

Истинность этого положения может быть подтверждена анализом всякого конкретного права. Что такое, например, право на жизнь? Право это означает, что человек свободен располагать своей жизнью, что никто из ближних не должен ему в этом препятствовать; оно означает, что человек свободен жить в мире внешнем и что все прочие люди должны уважать эту свободу. Что такое право на долг? Свобода кредитора располагать в известный срок определенной частью имущества должника, требовать с него уплаты. Право на чужие услуги — есть свобода располагать определенными услугами других. Право собственности есть свобода лица — собственника — всесторонне господствовать над принадлежащей ему вещью.

Казалось бы, впрочем, что существуют такие права, которые не только не заключают в себе этого признака свободы, но, напротив того, исключают его, закрепляют состояние несвободы: таково, например, крепостное право. В этом всегда заключалось одно из главных возражений тех юристов и философов, которые отказываются признавать свободу существенным признаком права. Возражением этим, между прочим, воспользовался профессор Петражицкий<sup>1</sup> в своих "Очерках философии права". Однако при внимательном анализе оно оказывается совершенно неубедительным; на самом деле крепостное право есть одно из тех кажущихся исключений, которые блистательно подтверждают общее правило: крепостное право действительно отнимает свободу у крепостного, но оно предоставляет свободу господину. Крепостное право есть свобода господина распоряжаться своим крепостным. Если мы откинем этот признак свободы господина, то у нас ничего не останется от самого понятия крепостного права; только в силу этой признанной обычаем или законом свободы господина его господству над его крепостными усвоено название право. Крепостное право, очевидно, не есть право крепостного, ибо последний несвободен и поэтому совершенно бесправен; оно есть право господина именно потому, что оно выражает свободу господина. Значит, всякое право заключает в себе элементы

свободы, хотя эта свобода может быть и одностороннею, иметь характер привилегии одного лица в ущерб другому. *Где вовсе нет свободы, там вообще не может быть никакого права.*

Гораздо больший интерес представляет другое возражение, которое всегда противопоставляется защищаемому учению, а именно — вечная ссылка на малолетних и слабоумных. Говорят, что эти лица обладают правами, будучи вместе с тем лишены свободы: они не свободны распоряжаться ни своей личностью, ни своим имуществом — они находятся всецело во власти опекунов и родителей.

Основная ошибка этого возражения заключается в смешении свободы внешней со свободой внутренней. Та внешняя свобода, которая составляет существенный признак всякого правомочия, не предполагает никаких психических свойств у ее обладателя. Свобода эта заключает в себе два признака — отрицательный и положительный. Это, во-первых, *независимость от чужого произвола*, а во-вторых, *условная возможность самоопределения*, т. е. возможность положительных действий.

Где нет личной независимости, там нет и права: этот признак существен для прав малолетнего, как и всякого другого лица. Подобно всяким другим субъектам права, малолетние и слабоумные ограждены против чужого произвола целым рядом правил как в личной, так и в имущественной сфере; ни личность, ни имущество их не могут быть обращены в орудия какого-либо другого лица. Именно этим положение правоспособного опекаемого отличается от положения раба; одна из важнейших задач самой опеки заключается в том, чтобы обеспечить независимость личности опекаемого. Поэтому мы без всякого противоречия можем признавать свободными малолетних и слабоумных. Свободны они в силу предоставленных им прав и лишь постольку, поскольку они обладают правами.

Обладают ли они свободой в смысле возможности совершения положительных действий? Утвердительный ответ на этот вопрос не подлежит сомнению, если мы примем во внимание *условный характер той свободы, о которой здесь идет речь.*

Когда мы говорим, что какому-либо учреждению или акционерной компании предоставляется свобода совершать определенные действия, например свобода продавать, покупать, распоряжаться определенным имуществом, выражение "свобода" ни в ком не вызывает недоумений, несмотря на то, что учреждения и акционерные компании никакими психическими свойствами не обладают. Ибо для всех ясно, что термин "свобода" тут имеет условное значение: под "действиями" акционерной компании подразумеваются законные действия ее представителей, уполномоченных действовать от ее имени, осуществлять ее права; под "свободой" акционерной компании разумеется предоставленная ее представителям возможность совершать эти действия от ее имени.

В таком же условном смысле свобода совершать определенные действия принадлежит и малолетним. Они также *через посредство своих*

*представителей* свободны распоряжаться своим имуществом, извлекать или не извлекать из него доход, умножать и отчуждать его при условии соблюдения требования закона. Что в данном случае речь идет о свободе правообладателя, а не о свободе другого лица, видно из того, что опекун, распоряжающийся имуществом малолетнего, действует не по собственному праву, а осуществляет право опекаемого. Он свободен лишь в пределах этого права.

Свобода как субъективный, личный элемент права не исчерпывает собою его сущности. Мы видели, что право неразрывно связано не только с существованием отдельного лица, но и с существованием общества. Поэтому наряду с личным элементом свободы право заключает в себе другой — общественный — элемент: правило поведения или норму, ограничивающую свободу отдельного лица. Этот элемент — ограничение свободы нормою — представляет собою столь же существенный признак права, как и самая свобода. В самом деле, представим себе, что свобода лица, например свобода человека, ничем не ограничена, что нет никаких правил, ее обуздывающих и сдерживающих. Ясное дело, что при таком порядке вещей не может быть речи о праве. Если каждому человеку принадлежит безграничная свобода распоряжаться чужой жизнью, то это значит, что никто не имеет права на жизнь; если нет правила, ограничивающего его свободу захватывать все те вещи, которые он желает, отнимать их у соседей, то это значит, что ни у кого нет права собственности. Если нет никаких правил, ограничивающих мою свободу принуждать ближних к тем или другим действиям в мою пользу, если я могу бить, оскорблять и обращать их в орудия моей прихоти, то это значит, что никто не имеет никаких личных прав. Следовательно, где свобода отдельного лица не ограничена никакими правилами, никакими предписаниями, там нет вообще никакого права: существенным признаком права является *правило или норма, ограничивающая свободу*.

Таким образом, существо права выражается в двух основных проявлениях или функциях: с одной стороны, оно предоставляет, отводит лицу известную среду свободы; с другой стороны — оно ограничивает эту сферу рядом предписаний, рядом обязательных правил.

Раньше уже было сказано, что право есть порядок, регулирующий отношения отдельных лиц в обществе; теперь мы видим, что этот порядок проявляется, во-первых, как внешняя свобода лица, а во-вторых, как правило или норма, с одной стороны, предоставляющая лицу определенную сферу внешней свободы, а с другой, стороны ее ограничивающая. Поэтому данное раньше определение права может быть здесь дополнено и выражено в следующей краткой формуле: *"Право есть внешняя свобода, предоставленная и ограниченная нормой"*. Или, что то же самое: *право есть совокупность норм, с одной стороны, предоставляющих, а с другой стороны, ограничивающих внешнюю свободу лиц в их взаимных отношениях*.

Определение это существенно отклоняется от учений, господствующих в современной юриспруденции, а потому нетрудно предвидеть, что оно встретит многочисленные возражения. Не подлежит сомнению, что с точки зрения наиболее распространенных в наше время воззрений оно покажется прежде всего слишком широким: оно обнимает в себе многое такое, что большинством современных юристов и философов права принято относить не к праву, а к нравственности или к условным правилам общежития. Если держаться высказанного выше определения, то придется признать за правовые многие такие нормы, которые не только не пользуются признанием со стороны государственной власти, но и вообще не опираются на санкцию того или другого общественного авторитета, т. е. ряд таких норм, которые господствующим воззрением не признаются за правовые. Каковы бы ни были разногласия современных юристов и философов права, весьма значительная часть из них сходится в том предположении, что санкция того или другого внешнего авторитета служит необходимым признаком права.

В последующем изложении нам предстоит так или иначе посчитаться с этим догматом современной юриспруденции. Истинность данного только что определения права может быть доказана только путем критического разбора целого ряда несогласных с ним современных учений о праве.

## Критика господствующих определений права

### Официальные теории (Иеринг)

Особенно резко бросаются в глаза недостатки тех ходячих в наше время определений права, которые исходят из понятия государства. Из них наиболее типичным представляется определение, высказанное Иерингом<sup>2</sup> в известном труде его "Цель в праве". Иеринг считает совершенно правильным то ходячее определение права, которое гласит: "Право есть совокупность действующих в государстве принудительных норм". Нетрудно убедиться в том, что это определение, как и вообще все те многочисленные в наше время определения, которые исходят из понятия государства, совершает логический круг, определяет право правом, неизвестное неизвестным. В самом деле, государство есть прежде всего правовая организация, союз людей, связанных между собою общими началами права; ясное дело, следовательно, что понятие государства уже предполагает понятие права. Стало быть, те учения, которые определяют право как совокупность норм, "действующих в государстве" или "признанных государственной властью", говорят на самом деле иными словами: "Право есть право",  $X=X$ .

Акт признания или непризнания государственною властью тех или других норм за право, очевидно, не может послужить признаком для различения права от неправа, ибо этот акт, в свою очередь, покоится

на праве, присвоенном государственной власти. Понятие государства уже предполагает понятие права; поэтому вводить в определение права понятие государства — значит определять право правом.

### Теория принуждения

Разумеется, всего легче возражать против тех теорий, которые прямо вводят понятие государства в определение права или считают государство "единственным источником права" (Иеринг). Задача критики становится труднее, когда приходится иметь дело с такими определениями, в которых самый термин "государство" не упоминается, но в коих, тем не менее, такие понятия, как "государство" или "власть", фигурируют в качестве скрытых предположений. Таковы модные в наше время определения права, исходящие из понятия *принуждения*, теории, определяющие право как "организованное принуждение" или как "совокупность принудительных норм". Теории эти в настоящее время имеют множество разветвлений, причем слово "принуждение" понимается теоретиками то в буквальном смысле — физического насилия, то в смысле устрашающего воздействия на человеческую волю (принуждение психическое). Но, каковы бы ни были те или другие оттенки мысли, связываемые с термином "принуждение", очевидно, что теоретики считают признаком права не всякое вообще принуждение, физическое или психическое, а только то принуждение, которое не представляется актом произвола. Принуждение, в свою очередь, может быть правомерным, если оно исходит от *признанной правом власти*, которая при этом не выходит из пределов *предоставленных ей правом полномочий*; но оно может быть и неправомерным, если оно применяется непризванными к тому лицами, самозванными властями, или если власть, хотя бы установленная правом, нарушает пределы своих полномочий.

Теории, считающие принуждение признаком права, очевидно, содержат в себе логический круг, так как, говоря о принуждении, они с самого начала имеют в виду принуждение *правомерное*. Говоря словами Петражицкого, теории эти исходят из предположения организованной исполнительной власти и имеют в виду не произвольное насилие со стороны кого бы то ни было, а применение принуждения со стороны органов, призванных к этому *правопорядком, установленным правом и действующих в порядке, правом предусмотренном*; иначе говоря, теории, определяющие право "принуждением", впадают в такое же заблуждение, как и теории, вводящие государство в определение права: общий смысл их точно так же сводится к простому тождеству: "Право есть право".

То учение, которое видит в принуждении существенный признак права, принадлежит к числу самых распространенных в наши дни, а потому особенно нуждается во внимательном разборе. Мы видели, что оно включает в себе логический круг; независимо от этого оно страдает

и другими логическими недостатками: вопреки мнению его сторонников, оно не выражает существенных отличий права от нравственности.

Различие между нормами нравственными и юридическими с точки зрения господствующего воззрения заключается в самом способе осуществления тех и других: нормы юридические защищаются внешней силой, осуществляются путем принуждения, тогда как нормы нравственности не обладают принудительным характером, и осуществление их зависит от доброй воли каждого; нельзя принудить человека к тому, чтобы он любил добро, был доброжелателен к ближнему; но его можно принудить страхом наказания, чтобы он не запускал руку в чужой карман, не посягал на чужую жизнь, исполнял свои обязательства; иначе говоря, нельзя заставить человека быть нравственным, но его можно принудить уважать право. На этом основании защитники господствующего воззрения и видят в принуждении основное отличие права от нравственности. Нетрудно, однако, убедиться в несостоятельности их аргументации.

Во-первых, о физическом принуждении в применении к праву не может быть и речи. Человек не есть автомат, а существо, одаренное разумом и способностью свободного выбора: его нельзя заставить посредством физического насилия соблюдать известные правила; его можно только наказать за их несоблюдение. Можно силой отобрать у вора украденный им кошелек, наказать его за преступление; но никакая внешняя сила не может заставить людей *вообще* не совершать преступлений. Можно подвергнуть несостоятельного должника тюремному заключению, можно продать его в рабство, как это делалось у древних; но нельзя принудить его уплатить долг, если ему уплатить нечем. Ясное дело, стало быть, что физическое принуждение не может быть признаком права.

Если можно говорить о принуждении как о способе осуществления права, то только о принуждении психическом. До известной степени закон может принудить людей к исполнению его требований страхом наказания за правонарушения, вообще страхом невыгодных последствий; но этот страх, посредством которого власть вынуждает людей к повиновению, есть воздействие психическое, а не физическое. Хотя такое психическое воздействие и возможно в применении к праву, однако и оно по многим основаниям не должно считаться отличительным признаком права: на самом деле существует немало норм нравственных и условных правил общежития, которые осуществляются при содействии принуждения и тем не менее юридического характера не имеют. В известных случаях простое общественное осуждение образа действий, признанного безнравственным или просто неприличным, может иметь характер психического принуждения: так, мы отказываемся протянуть руку человеку солгавшему; мы прекращаем знакомство с человеком, совершившим вообще что-либо достойное презрения, хотя бы и без нарушения чьего-либо права; мы отказываемся принимать у себя в доме людей, не умеющих вести себя прилично. Словом, общество оказывает психическое

давление, во многих случаях даже весьма сильное, на своих членов, чтобы они соблюдали правила нравственности, приличия и вообще ряд условных правил общежития; тем не менее вряд ли кто скажет, что обязательство не лгать или не ковырять пальцем в носу суть нормы юридические. Первое есть правило нравственное, второе — условное правило общежития; между тем то и другое обладают известной силой принуждения. Ясное дело, стало быть, что принудительность не есть особенность одних юридических норм в отличие от всяких других. Часто даже бывает, что нравственные воззрения и распространенные в обществе обычаи обладают большею принудительной силой, чем сами юридические нормы, так как во многих случаях человек больше боится общественного осуждения, нежели ответственности перед законом.

Засим можно указать целый ряд случаев, когда право не сопровождается принуждением и, наоборот, принуждение является при полном отсутствии права. Право кредитора остается правом даже в том случае, когда нет возможности принудить должника к уплате долга. С другой стороны, можно указать множество случаев принуждения, противного праву: в государствах, где отсутствует прочный законный порядок, самое большое беззаконие нередко приобретает характер принудительной нормы: это не значит, чтобы в таких странах беззаконие было правом. Допустим, что министр отрешает от должности судью, который по закону несменяем, или что лицо, власть имеющее, применяет к подвластным лицам законом воспрещенное телесное наказание, или что в какой-либо стране самый обычай давать взятки должностным лицам, вследствие невозможности добиться чего-либо законным путем, приобрел характер принудительный. Во всех этих случаях мы видим принуждение, которое, однако, не обладает характером *права*. И как бы часто ни повторялись подобные акты произвола, как бы обычны они ни были, правом они все-таки ни в каком случае не будут.

Принуждение не может служить признаком права еще и потому, что в правильно организованном общежитии оно применяется лишь в случае правонарушения, уже совершившегося, или же в качестве психического воздействия предупреждает возможные правонарушения, возможные отклонения от норм. Представим себе такое общество праведников, коего члены соблюдают все обязательные нормы общежития без всякого принуждения; это не значит, чтобы в таком обществе вовсе не существовало права: напротив того, право находится на высшей точке своего процветания именно там, где оно осуществляется без всякого принуждения. Это доказывает самым решительным образом, что принуждение отнюдь не есть признак права: принуждение вообще выражает собой болезненное состояние права: оно является или там, где право уже нарушено, или где есть тенденция, стремление к его нарушению.

Резюмируя сказанное, мы приходим к тому заключению, что принуждение не может служить признаком права, во-первых, потому, что право может существовать и без принуждения, во-вторых, потому, что

в действительности соблюдение правовых норм не всегда может быть вынуждено, и, в-третьих, потому, что принуждение нередко сопровождается и такие нормы нравственные и условные правила общежития, которые отнюдь не имеют юридического характера.

Главный же недостаток теории принуждения заключается, как уже сказано, в том, что она вводит понятие государства, власти в определение права: критерием для различения права от неправа она считает не всякое принуждение, а принуждение, применяемое уполномоченною на то властью, т. е. в конце концов — государством.

Между тем ясно, что никакое "государство" и никакая "власть" не есть первоначальный источник права: ибо всякое государство, точно так же, как и всякая власть, обусловлены правом. Ясное дело, стало быть, что основных признаков права надо искать в чем-то высшем, чем "государство", "официальное признание" и "организованное принуждение". Недостаточность определений права, так или иначе исходящих из понятия государства или предполагающих это понятие, сказывается еще и в том, что они не обнимают в себе целого ряда форм права, существующих независимо от признания или непризнания их тем или другим государством: таково право церковное, международное и, наконец, целый ряд юридических обычаев, из коих многие предшествуют самому возникновению государства. Словом, существует необозримое множество норм позитивного (положительного) права, коих обязательность обусловливается вовсе не санкцией государственной власти, а какими-либо другими внешними факторами, например, тем, что таков был обычай у отцов и дедов, что так постановил тот или другой собор пастырей церкви, та или другая международная конференция.

### Теории позитивного права

В этом заключается исходная точка ряда теорий, которые г. Петражицкий в своих "Очерках философии права" удачно назвал *теориями положительного (или позитивного) права*. Теории эти пытаются дать такое определение права, под которое подходили бы не только юридические нормы, официально признанные за таковые государством, но и все вообще нормы позитивного права. Таковы учения, определяющие право как "общее убеждение", "общую волю", таково же, наконец, и учение Бирлинга, отождествляющее право с нормами и правилами общежития, *пользующимися в качестве таковых общим взаимным признанием членов этого общежития*.

Бьющие в глаза недостатки этих теорий не раз были указываемы современной критикой, причем лучшее резюме этой критики можно найти в указанной книге Петражицкого. Прежде всего нетрудно убедиться в неопределенности таких выражений, как "общая воля" и "общее убеждение", коими некоторые теоретики думают определить право. "Общее убеждение" уже потому не может послужить признаком для разли-

чения права от неправа, что предметом "общего убеждения" могут быть и такие истины, как дважды два четыре, вообще чисто теоретические аксиомы, ничего общего с правом не имеющие. Неопределенность выражения "общая воля" в применении к праву также явствует из того, что общая воля может быть направлена на цели, не имеющие никакого правового значения. Если все члены того или другого общества желают быть счастливыми и здоровыми, то очевидно, что такое выражение "общей воли" не имеет ничего общего с правом; стало быть, нельзя без дальнейших оговорок определять право как "общую волю". Определение это может получить ясный смысл только в значительно суженном виде, в том, например, случае, если мы будем понимать право как *общую волю, направленную на обязательные правила поведения*. Это определение как будто и в самом деле вносит некоторое улучшение в теорию общей воли: под него не подойдут такие выражения общей воли, как общее желание есть и пить, но зато, по-видимому, подойдут такие правовые нормы, которые служат предметом общего желания того или другого общества людей: ибо правовые нормы суть действительно "обязательные правила поведения".

Однако при этом добавлении теория общей воли сталкивается с непреодолимыми затруднениями. Нет такой правовой нормы, которая бы действительно выражала общую волю всех членов данного народа, потому что среди всякого вообще народа найдутся такие члены (дети, слабоумные), которые своей воли относительно правовых норм и вовсе не имеют или выразить не могут. Чтобы избежать этого затруднения, теоретики, определяющие право "как общую волю", оказываются вынужденными прибегать к тем или другим ухищрениям, уловкам. Под выражениями общей воли обыкновенно понимаются вовсе не заявления всех членов данного общественного союза, например народа, а заявления каких-либо органов власти или лиц, компетентных говорить от имени союза, уполномоченных выражать его волю. Так, при наличности государственной организации компетентными выразителями общей воли будут законодательная власть, собрание избирателей, выбирающих представителей в законодательные собрания, монарх и т. п. При отсутствии же государства у тех диких племен, у которых отсутствует законодательная власть и закон заменяется обычаем, выразителями "общей воли" будут знатоки обычая, старейшие. При таком толковании теория общей воли обращается в чистейшую функцию, и несостоятельность ее обнаруживается самым очевидным образом. В самом деле, если общая воля может выразиться только через посредство лиц или органов власти, *имеющих право* ее выражать, то это значит, что общая воля может выразиться только при существовании права, что она, стало быть, уже предполагает право и обусловлена им в своих проявлениях. Но если общая воля обусловлена правом, то *ясное дело, что она не может быть сущностью права*.

Рассматривая теории, исходящие из понятия государства, а также и некоторые теории "позитивного" права, мы видели, что они страдают

одним общим недостатком: они определяют право правом, т. е. впадают в то заблуждение, которое в логике носит название *тождествова*, *Definitio per idem*. Нетрудно убедиться, что это заблуждение свойственно не тем или другим отдельным теориям, а всем тем учениям, которые отождествляют право вообще с правом только позитивным, т. е. с правом, установленным каким-либо внешним авторитетом; все эти учения совершают неизбежный логический круг: *они сводят право к внешнему авторитету, который, в свою очередь, представляется видом права.*

В самом деле, совокупность норм, признаваемых государством, в коих многие теоретики видят синоним права вообще, обусловлена авторитетом государственной власти, церковное право — авторитетом церкви, международное право обусловлено авторитетом той или другой группы государств, связанных узами международного общения; ряд юридических обычаев обусловлен авторитетом отцов и дедов; наконец, всякое вообще позитивное право обусловлено одной высшей формой авторитета — авторитетом того или другого человеческого общества, от имени которого уполномочены говорить те или другие органы или представители — государственная власть, церковные соборы, международные конференции, старейшие и т. п. Но авторитет общества есть не что иное, как *его право* предписывать, его право связывать своих членов обязательными правилами поведения. Ясное дело, что всякое позитивное право как таковое представляется не более как одной из форм, одним из видов права.

### Право как "сила"

Во многих современных правовых теориях встречаются недостатки и более значительные, чем только что указанные. Если нельзя удовлетвориться теми определениями, которые говорят иными словами, что "право есть право", то, очевидно, несколько не лучше те, которые отождествляют понятие права с понятиями по существу от него отличными, например с силою, с интересом, с порядком мира или с нравственностью.

В особенности слабым представляется модное в наше время воззрение, сводящее право к силе. Воззрение это очень старо: еще в XVII веке оно проповедовалось Гоббсом<sup>3</sup> и Спинозою<sup>4</sup>; в XIX столетии оно нашло себе весьма выдающихся сторонников в лице таких государственных деятелей, как кн. Бисмарк,<sup>5</sup> и таких теоретиков, как Иеринг и Меркель.<sup>6</sup> Нетрудно убедиться в том, что воззрение это, в сущности, в корне подкапывает самое понятие права: если право сводится к силе, то не может быть никаких обязательных правил поведения, которые бы связывали произвол сильнейшего; тогда люди обязаны подчиняться нормам права лишь до тех пор, пока они не имеют достаточно силы, чтобы им сопротивляться; тогда придется признать, что, например, образ действий шайки разбойников согласен или не согласен с правом в зависимости от того, достаточно ли она сильна, чтобы сопротивляться войску и

полиции, что право — на стороне всякого ловкого и счастливого злодея, что нарушителем права является только тот преступник, который не в состоянии скрыть следы своего преступления и избежать наказания. Если право — то же, что сила, то всякий имеет настолько права, насколько он имеет силы; понятно, что такая точка зрения должна в конце концов привести к оправданию всякого насилия, всякого произвола, т. е. к полнейшему отрицанию права, ибо одна из существеннейших сторон права именно и заключается в отрицании произвола.

Несостоятельность теории силы в чистом виде слишком очевидна, а потому ее сторонники обыкновенно или пытаются спасти ее путем различных ограничений и оговорок, или же, будто нарочно, так затемняют свое изложение, что подчас трудно бывает докопаться в нем до ясного и определенного смысла. Те, кто сводит право к силе, обыкновенно имеют в виду не всякую силу, а только определенный род силы, именно силу власти, господствующей над людьми; те, кто говорит: "право есть сила", — обыкновенно хотят этим сказать, что существование юридических норм обуславливается существованием *власти*, которая принуждает людей повиноваться известным нормам, соблюдать известные правила.

В таком виде теория силы мало чем отличается от теории принуждения и страдает тем же логическим недостатком; в самом деле, всякая власть есть вид права, всякая власть обусловлена правом. Стало быть, кто сводит право к силе власти, тот впадает в простое тождество сводить право к праву.

### Право как "интерес"

Не лучше разобранной только что теории распространенные в наши дни учения, отождествляющие право с интересом. Таково, например, учение Иеринга, который определяет право как "защищенный интерес", и Коркунова,<sup>7</sup> который определяет право как "разграничение интересов". Кроме специальных недостатков, присущих каждому из этих определений в отдельности, они страдают общим недостатком, именно: они смешивают один из факторов, одну из причин образования права с самим правом. Не подлежит сомнению, что возникновение норм права всегда вызывается каким-либо интересом, так что интерес, несомненно, служит могущественным фактором правообразования. Но отсюда отнюдь не следует, чтобы каждая норма права была тождественна с интересом, ее вызвавшим, чтобы интерес составлял самое содержание права. Прежде всего вследствие частых ошибок законодателей нормы права нередко не только не соответствуют тем интересам, коим они должны были бы служить, но даже наносят им прямой ущерб. Так, например, законы, устанавливающие высокие пошлины на иностранные товары, обыкновенно вызываются интересами отечественной промышленности; например, желая поддержать отечественное земледелие, государство об-

лагает высокой пошлиной иностранный хлеб; очень часто бывает, что эта мера наносит прямой ущерб тому самому интересу, который она призвана удовлетворять: при отсутствии иностранной конкуренции землевладельцы предаются лени, перестают вводить технические усовершенствования, и в результате, вместо того, чтобы служить поднятию отечественной промышленности, закон становится одной из причин ее упадка. Вообще примеров норм права, не соответствующих никаким интересам или прямо противных интересам, их вызвавшим, можно привести сколько угодно.

Смешение права с одной из причин, обуславливающих его образование, составляет главный общий недостаток всех теорий, отождествляющих право с интересом. Кроме того, каждая из этих теорий в отдельности страдает недостатками специальными. Так, Иеринг и Муромцев,<sup>8</sup> отождествляют право с интересом защищенным, считая защиту существенным элементом права. Между тем есть множество норм права, которые элемента "защиты" вовсе в себе не заключают. Таковы, например, нормы права, устанавливающие программы преподавания в учебных заведениях; закон, предписывающий преподавание латинского языка в гимназиях, очевидно, никого и ничего не "защищает". Учение Коркунова, который определяет право как "разграничение интересов", также вызывает против себя специальные возражения: во-первых, разграничение интересов не может служить признаком одних правовых норм, так как той же задаче разграничения моего и твоего служат нормы нравственные; во-вторых, сами правовые нормы нередко имеют в виду не разграничение, а как раз наоборот — объединение интересов; таковы, например, уставы акционерных компаний, объединяющие интересы отдельных акционеров.

### Право как "порядок мира"

Что касается тех теорий, которые определяют право как "порядок мира", то о них должно сказать, что они смешивают содержание права с одной из тех целей, которые преследует правовой порядок в его целом. Не подлежит сомнению, что правовой порядок, между прочим, задается целью водворения мира между людьми. Но, во-первых, это далеко не единственная цель права: есть множество правовых норм, которые задаются задачами, ничего общего с целью "мира" не имеющими. Таковы, например, законоположения, касающиеся народного просвещения, регулирующие программы преподавания в школах; сюда же относятся законодательные меры, направленные к поднятию благосостояния. Наконец, есть нормы, хотя и направленные к достижению мира, но которые на самом деле служат источником раздора и смуты: такую роль, например, нередко играют нормы, ограничивающие права тех или других вероисповеданий или национальностей.

## Право как "часть нравственности"

Особого внимания заслуживают теории, определяющие право как часть нравственности. Теории эти смешивают право, как оно есть в действительности, с той нравственной целью, которую оно должно преследовать. Сюда относятся теории, определяющие право как *часть нравственности, как минимум добра*. В этом смысле из новейших философов высказался Шопенгауэр.<sup>9</sup> Сущность нравственности, по его мнению, выражается в двух основных требованиях: во-первых, *никому не вреди (neminem laede)* и, во-вторых, *напротив того, всем, сколько можешь, помогай (omnes, quantum potes, juva)*. Нравственность налагает на нас, во-первых, ряд отрицательных обязанностей по отношению к ближнему, а во-вторых — ряд обязанностей положительных. Она требует, чтобы мы воздерживались от таких действий, которые наносят другим людям прямой ущерб — не посягали на их жизнь, их собственность, их свободу, а во-вторых, чтобы мы деятельно помогали ближним, совершали ряд действий, которые требуются любовью к ним.

Таким образом, нравственность состоит из ряда запретов и предписаний: те отрицательные обязанности, которые она налагает на человека, составляют, по Шопенгауэру, область права; напротив, положительные обязанности составляют, по его мнению, область нравственности в тесном смысле слова. Сущность права сводится к требованию, чтобы мы никому не вредили (neminem laede); высшее требование нравственности, выходящее за пределы права, сводится к тому, чтобы мы всем помогали (omnes, quantum potes, juva). Таким образом, по Шопенгауэру, право — не что иное, как часть нравственности, низшая ее сфера. Право — внешний закон, внешний порядок, который должен господствовать в человеческом обществе. Требование сострадания, сочувствия есть внутренний закон, который должен господствовать в человеческом сердце; как внешний закон права, так и внутренний закон сострадания или сочувствия к ближнему суть два частных проявления одного и того же нравственного начала. Изложенное воззрение Шопенгауэра было усвоено и с некоторыми дополнениями развито нашим отечественным мыслителем Владимиром Соловьевым.<sup>10</sup> Он также определяет право как низшую ступень нравственности: по его мнению, право заключает в себе минимум тех требований, которые необходимы для сохранения общества. Этот минимум для Соловьева, как и Шопенгауэра, сводится к тому, чтобы мы никому не причиняли вреда, не нарушали внешнего порядка общежития; максимум же требований нравственного закона — требование бескорыстной любви — выходит за пределы права и составляет особую область нравственности в тесном смысле. Высказывая в образном выражении отличие права от нравственности, Соловьев говорит, что задача права не в том, чтобы лежащий во зле мир превратился в Царствие Божие, а в том, чтобы он до времени не превратился в ад. Сущность мысли Соловьева выражается им в следующем определении: "*Право есть*

низший предел, некоторый *минимум нравственности, для всех обязательный*". Такое же определение было уже раньше высказано немецким государствоведом Иеллинеком.

Нетрудно убедиться в полной несостоятельности изложенного воззрения. Существует множество правовых норм, которые не только не представляют собою минимум нравственности, но, напротив того, в высшей степени безнравственны. Таковы, например, крепостное право, законы, устанавливающие пытки, казни, законы, стесняющие религиозную свободу. Кроме того, существует множество юридических норм, не заключающих в себе ни нравственного, ни безнравственного содержания, безразличных в нравственном отношении: таковы воинские уставы, правила о ношении орденов, законы, устанавливающие постройку форменного платья для различных ведомств. Наконец, и самое осуществление права далеко не всегда бывает согласно с нравственностью: один и тот же поступок может быть безукоризненно законным, правильным с юридической точки зрения и вместе с тем вполне безнравственным: кулак, выжимающий последнюю копейку у обнищавшего крестьянина-должника, совершенно прав с юридической точки зрения, хотя его образ действий с нравственной точки зрения заслуживает полнейшего осуждения; точно так же, разумеется, нельзя одобрительно отнестись к нанимателю, который заставляет нанятых им рабочих трудиться сверх меры и кормит их плохо, хотя бы даже он действовал согласно договору и, следовательно, юридически был совершенно прав. Всего сказанного вполне достаточно, чтобы видеть, что право отнюдь не может быть определено как минимум нравственности. Все, что можно сказать, это только то, что право, как целое, *должно* служить нравственным целям. Но это — требование идеала, которому действительность далеко не всегда соответствует, а нередко и прямо противоречит.

### Учение о праве профессора Петражицкого

Предшествовавший разбор главнейших из современных определений права достаточно выяснил два основных их недостатка: одни из них чрезмерно суживают понятие права, отождествляя его или с правом только позитивным, или даже с правом, действующим внутри государства; другие же смешивают право с областями, ему смежными, с теми или другими факторами духовной и социальной жизни человечества, по существу отличными от права, но так или иначе с ним соприкасающимися. Чтобы закончить этот критический обзор, остается разобрать учение о праве профессора Петражицкого, который в своем определении права пытается устранить оба отмеченные недостатка современных учений.\*

---

\* Подробности в моей статье «Философия права проф. Петражицкого» («Вопр. филос. и псих.» 1901 г., март).

В основу своего учения о праве г. Петражицкий кладет различие двоякого рода обязанностей. Всякая обязанность вызывает в нашем сознании чувство связанности нашей воли: сознание обязанности выражается в том, что мы должны поступить так, а не иначе. Но не все обязанности связывают нашу волю одинаковым образом: обязанность наша по отношению к извозчику Петру, коему мы уговорились дать 10 рублей за совершенную с нами поездку, безусловно, отлична от нашей обязанности по отношению к бедняку Ивану, коему мы во имя человеколюбия должны дать 10 рублей. Дать или не дать бедняку Ивану — дело нашей доброй воли; он не может *требовать* с нас уплаты 10 рублей, как чего-то ему должного; напротив, извозчик Петр, доставивший нас в город, может *требовать* с нас условленной платы: по отношению к нему мы лишены свободы дать или не дать; наша обязанность уплатить извозчику закреплена за ним, как что-то им приобретенное, ему должное; того же нельзя сказать о нашей обязанности по отношению к бедняку Ивану: это — обязанность по отношению к нему свободная, не закрепленная за ним: мы вполне свободны отказать ему в уплате и направить нашу помощь на другого, более нуждающегося.

Словом, обязанности наши бывают двух родов: в одних случаях обязанность лица *сознается закрепленною за другим или другими лицами*, принадлежащую другому, как его добро (*alii attributum, acquisitum*), в других случаях обязанность лица представляется односторонне связывающею, незакрепленною за кем-либо другим. В этом-то г. Петражицкий и видит тот характеристический признак, который отличает правовые обязанности от нравственных. Обязанности по отношению к другим свободные (односторонне связывающие) он считает *обязанностями нравственными*; обязанности же по отношению к другим несвободные (закрепленные активно за другими и образующие, таким образом, двустороннюю связь) он признает обязанностями правовыми, юридическими.

Различию обязанностей соответствует различие повелительных норм, управляющих нашим поведением. Существо одних из этих норм (нравственных) состоит исключительно в авторитетном предопределении нашего поведения: предписывая нам то или другое (например, утешать страждущих, любить ближних), эти нормы ничего не закрепляют за другими людьми, ничего не приписывают им как с нас должное, следующее. Существо же других — *правовых* — норм (например, проигранное в карты должно быть уплачено партнерам, занятое должно быть возвращено должником) состоит в двух функциях: с одной стороны, они авторитетно предопределяют наше поведение, с другой стороны, они авторитетно отдают другому, приписывают как ему должное то, чего они требуют от нас.

Нравственные нормы только повелевают, а потому могут быть названы *императивными*, нормы же правовые не только повелевают лицу обязанному, но, приписывают, предоставляют другим лицам (уполномоченным) то, что им следует; поэтому они могут быть названы *атрибутивными* или, еще точнее, *императивно-атрибутивными нормами*.

Нравственные нормы нормируют положение только лица обязанного и постольку имеют *односторонний* характер; напротив того, нормы правовые суть по существу нормы *двусторонние*, ибо они одновременно нормируют положение двух лиц, обязанного и управомоченного. — того, *с кого* следует, и того, *кому* следует. Таковы, по мнению г. Петражицкого, основные черты права в отличие от нравственности, которые должны составить "базис для синтетического построения науки о праве".

Относительно учения г. Петражицкого следует заметить, как и относительно многих других, что оно не дает точных признаков для отличия права от нравственности. Нельзя не согласиться с г. Петражицким в том, что нормы юридические суть всегда нормы императивно-атрибутивные, что, предписывая что-либо одному лицу (обязанному), они всегда вместе с тем предоставляют что-либо другому лицу (управомоченному); не подлежит сомнению, что все юридические нормы действительно устанавливают двустороннюю связь. Но спрашивается: можно ли в этом видеть *отличие* юридических норм от всяких других и в особенности от нравственных?

На самом деле трудно найти хотя бы одну нравственную норму, которая не была бы "императивно-атрибутивной", которая не закрепляла бы "психически" каких-либо обязанностей одних лиц за другими (за ближними и за Богом для тех, кто в него верит). Высшее выражение нравственности — заповедь любви и милосердия, когда она управляет нашей совестью, несомненно, связывает нашу волю по отношению к ближнему, несомненно, закрепляет за ним целую сложную совокупность наших нравственных обязанностей; примеры, приводимые г. Петражицким, не доказывают противного. Рассуждая о бедняке Иване, которому мы считаем себя нравственно обязанными дать 10 рублей, г. Петражицкий говорит: "Ивану мы ничего не должны, ему от нас ничего не причитается; если он получит 10 рублей, то это — дело нашей доброй воли". Конечно, мы ничего ему не должны с точки зрения той или другой правовой нормы, требующей воздаяния за оказанные нам услуги, потому что речь идет о лице, не оказавшем нам никаких услуг; но по долгу человеколюбия мы *всем* должны, *всем* обязаны, и если Иван находится в более несчастном положении, чем другие, то по отношению к нему для нас возникают особые обязанности, закрепленные *именно за ним* в отличие от всех прочих людей. Конечно, подобного рода обязанности закрепляются за ближними не какими-либо велениями внешней власти, а внутренним голосом нашей совести; связь между нами и бедняком Иваном — несомненно, связь *психическая*. Но г. Петражицкий вовсе не отождествляет правовые нормы с велениями внешнего авторитета: он признает правовыми все те нормы, которые закрепляют *психически* должествование одного лица за другими, а, следовательно, указанное им различие между правовыми и нравственными нормами оказывается мнимым. Как правовые, так и нравственные нормы *связывают* нашу волю по отношению к другим; следовательно,

как те, так и другие суть императивно-атрибутивные, двусторонне связывающие.

Если бедняк Иван не имеет права *требовать* от нас материальной помощи, то это не значит, чтобы мы были в отношении к нему "свободны", ничем не связаны; а это значит только, что связывающий нас долг человеколюбия не должен выразиться непременно в форме денежной уплаты и вообще в материальной помощи всякому бедняку как такому, а в той форме, которая обуславливается рядом конкретных условий — нашими средствами, положением, положением лица, кому мы помогаем, и, наконец, его настроением. Если бедняк станет нахально требовать от благотворителя 10 рублей, то последний, вероятно, ему откажет, как основательно замечает г. Петражицкий; но это будет обуславливаться не тем, что благотворитель по отношению к бедняку ничем не связан, а тем, что, будучи связан заповедью любви, он не связан посторонними любви мотивами, например чувством страха. Г. Петражицкому остается говорить, что и здесь есть право, а именно — право ближнего на нашу любовь и милосердие; но вряд ли он и этим спасет свою теорию, так как тем самым он сотрет всякие границы между правом и нравственностью.

Других недостатков учения г. Петражицкого я здесь касаться не стану, так как уже из сказанного здесь нетрудно убедиться в несостоятельности его попытки разграничения права и нравственности. Этим я и заканчиваю разбор главнейших современных определений права. Остается только сопоставить их с определением права, данным в начале курса; из этого сопоставления должно выясниться, действительно ли оно представляет собою шаг вперед, свободно ли оно от тех заблуждений, которыми страдают другие определения, включает ли оно в себе те существенные признаки, которые составляют отличие права от смежных с ним областей, в особенности от нравственности.

## Право и нравственность

Согласно высказанному мною раньше определению: "*Право есть внешняя свобода, предоставленная и ограниченная нормой*", нетрудно убедиться, что определение это включает в себе именно те существенные признаки права, которых недостает другим рассмотренным нами определениям. Значительная часть этих определений считает характерным для права то, что оно является созданием государства или пользуется его признанием; но мы видели, что право может существовать и помимо государства, что оно предшествует государству и обуславливает его собою; точно так же несущественным является для права признание его каким-либо внешним авторитетом: ибо право обуславливает собою всякий авторитет. Другие определения считают существенными признаками понятия права *принуждение, силу, интерес, осуществление мира, нравственное содержание правовых норм*; однако несущественность всех этих признаков для права наглядно доказывается тем, что право сплошь да рядом осуществляется без

всякого принуждения и насилия, что существуют правовые нормы, не выражающие в себе интересов, не направленные к осуществлению мира и, наконец, безнравственные по своему содержанию.

За устранением всех перечисленных признаков право все-таки не перестает быть правом; существенными же признаками каждого данного понятия могут признаться только те, с уничтожением коих уничтожается самое понятие; с этой точки зрения нетрудно убедиться в том, что в сформулированном в начале курса определении даны именно существенные признаки права; отсутствие внешней свободы есть синоним бесправия: лицо, лишенное внешней свободы, есть лицо вполне бесправное; стало быть, внешняя свобода является необходимым, существенным признаком права. Точно так же не может быть права и при отсутствии таких правил или норм, которые бы, с одной стороны, предоставляли отдельным лицам определенную сферу внешней свободы, а с другой стороны, ограничивали бы внешнюю свободу лица: безграничный произвол, так же как и отсутствие свободы, есть синоним отсутствия права; стало быть, норма, кладущая предел произволу или, что то же, ограничивающая внешнюю свободу одних лиц во имя внешней свободы других лиц, также является существенным признаком права. Заклучая в себе существенные признаки права, наше определение вместе с тем достаточно широко, чтобы обнять в себе *все формы права*: под него подойдут не только нормы права, установленные и признанные государством или каким бы то ни было внешним авторитетом, но и те нормы, на которых утверждается самый авторитет государства и всякий вообще внешний авторитет.

Существенно отклоняясь от господствующих воззрений, наше определение, само собою разумеется, вызовет серьезные возражения, с которыми так или иначе необходимо посчитаться. Нетрудно предвидеть, что большинству современных юристов оно покажется слишком широким. Нам могут возразить, что оно не выражает существенных отличий области права от других смежных с ним областей, в особенности нравственности, что под него подойдут и нормы нравственные.

В самом деле, уважение к внешней свободе ближнего требуется не только правом, но и нравственностью: есть множество нравственных норм, которые ограничивают произвол одних лиц во имя внешней свободы других; так, нравственные нормы воспрепятствуют красть, убивать, наносить ближним побои, следовательно, они, подобно нормам правовым, ограждают внешнюю свободу лица против внешних насильий и всяких вообще проявлений чужого произвола. Отсюда, по-видимому, можно заключить, что данное нами определение права не заключает в себе тех признаков, на основании которых можно было бы отличить нормы правовые от норм нравственных.

Возражение это, однако, может показаться основательным только с первого взгляда. Оно могло бы иметь силу только в том случае, если бы нравственность и право были сферами, взаимно друг друга исклю-

чающими, так чтобы нравственное правило не могло бы быть вместе с тем и правовым, а правовая норма не могла бы быть вместе с тем и нравственной. На самом деле как раз наоборот, область нравственная и область права не только не исключают друг друга, но находятся в тесном взаимном соприкосновении, так что одни и те же нормы могут одновременно заключать в себе и правовое, и нравственное содержание. Как уже было раньше замечено, далеко не все правовые нормы нравственных требований далеко не редки. Вот почему нельзя требовать от определения права, чтобы оно из себя исключало все те правила и нормы, которые содержат в себе нравственные требования.

Сила приведенного только что возражения парализуется тем, что все те нравственные правила, которые ограничивают произвол одних лиц во имя внешней свободы других, суть вместе с тем и нормы правовые; так, например, нормы, воспрещающие убивать, красть, наносить ближним побои, устанавливают вместе с тем право лица на жизнь, собственность и физическую неприкосновенность. Вообще *под наше определение права подходят только те нравственные правила, которые имеют правовое значение.* Напротив того, нетрудно убедиться в том, что оно решительно исключает из себя все те нравственные предписания, которые правового значения не имеют. Так, например, под это определение не подходит нравственное правило, воспрещающее всякую ложь как таковую: сама по себе ложь, поскольку она не наносит никому ущерба, не есть нарушение сферы внешней свободы какого-либо лица; нетрудно убедиться, что такая ложь не есть вместе с тем и нарушение чьего-либо права. Напротив того, есть специфический вид лжи, клевета, который представляется прямым нарушением не только нравственности, но и права; нетрудно убедиться, что клевета является вместе с тем прямым посягательством против внешней свободы ближнего, против его свободы осуществлять во внешнем мире все те цели, которые предполагают доброе имя. Нравственное правило, воспрещающее клевету, несомненно заключает в себе правовой элемент; вот почему оно и подходит под наше определение права. Нетрудно убедиться также, что под наше определение права не подходят все те нравственные правила, которые требуют от нас того или другого внутреннего настроения, например любви, доброжелательства или уважения к ближнему, бескорыстной преданности долгу ради самого долга. Само по себе мое внутреннее настроение не затрагивает сферы внешней свободы ближнего; вот почему оно и не может послужить содержанием его права: если мы говорим о чем-либо праве на уважение, любовь или благодарность, то это не более как неточные выражения, злоупотребления языка; предмет чьего-либо права могут быть только чужие действия, а не чужое настроение, так как сфера внешней свободы каждого лица непосредственно затрагивается только действиями, а никак не настроением ближнего. Одни и те же действия могут быть вызываемы самыми различными

настроениями: например, купец может не обманывать своих покупателей или потому, что он любит честность ради самой честности, или же потому, что он дорожит репутацией своей торговой фирмы, или же, наконец, потому, что он боится наказания; во всех этих случаях образ действий купца будет одинаково согласен с правом: право покупателя простирается только на действия купца, которые так или иначе затрагивают сферу его внешней свободы, а не на настроение, которое выходит за пределы этой сферы.

Во множестве исследований и учебников, трактующих о существе права, одно из существенных отличий права и нравственности выражается в следующей формуле: нравственность есть закон внутренний, право — закон внешний, нравственность регулирует не только внешнее поведение, но и внутреннее настроение; напротив, право регулирует исключительно внешнее поведение, только внешнюю сферу человеческих действий; и для него безразлично, из какого настроения проистекают эти действия.

Различие между правом и нравственностью выражено здесь не совсем точно: поскольку внешнее поведение обуславливается внутренним настроением, последнее далеко не безразлично для права. В частности, в праве уголовном прямо принимаются во внимание внутренние побуждения, мотивы, вызвавшие то или другое преступное деяние. Для права далеко не безразлично, совершено ли преступление с заранее обдуманым намерением или под влиянием внезапного раздражения, действовал ли преступник в полном сознании или же он, вследствие психического расстройства или умственной незрелости, не сознавал значения своих поступков; уголовное право принимает во внимание не только внешнее поведение преступника, но и степень *злой воли*, обуславливающей это поведение.

Поэтому, разумеется, нельзя согласиться с утверждением, будто психическое настроение безразлично для права. Различие между правом и нравственностью выражается вовсе не в том, что право "не принимает во внимание внутреннего настроения", а в том, что внутреннее настроение, мотивы, вызывающие те или другие действия, *не составляют содержания права*. Содержание права всегда сводится к той или другой определенной сфере внешней свободы; очевидно, что чужое настроение, поскольку оно не проявляется в каких-либо внешних действиях, не входит в сферу моей внешней свободы; поэтому оно не входит и в сферу моих прав: тот, кто только *пожелал* моей смерти или моего кошелька, еще не является нарушителем моего права на жизнь или моей собственности; содержание этих прав не простирается на чужие пожелания или побуждения; оно сводится к тому, чтобы мои ближние *своими действиями* не нарушали моей свободы жить и пользоваться принадлежащими мне вещами.

Словом, область побуждений, психическое настроение принимается во внимание правом не в качестве содержания тех или других право-

мочий или правовых норм, а только в качестве источника тех или других действий, направленных к осуществлению или нарушению права. До тех пор пока наши помыслы и намерения не выразились в каких-либо осязательных внешних действиях, праву до них нет дела: человек, только замысливший преступление, но ничего не сделавший для осуществления своего замысла, осуждается нравственностью, но он вовсе не является нарушителем права; вот почему так называемый голый умысел не карается правом уголовным: оно принимает во внимание злое намерение, только если оно выразилось в злых деяниях.

Основное различие между правом и нравственностью, согласно всему сказанному в предшествовавшем изложении, может быть выражено таким образом: *содержанием права является исключительно внешняя свобода лица. Содержанием нравственности является добро, или благо, причем требования добра могут касаться как внутренних, так и внешних проявлений нашей свободы, как действий лица, так и его настроения.* В область права входят все вообще требования, касающиеся внешней свободы лица, все те правила или нормы, которые ее представляют и ограничивают, независимо от того, нравственны или безнравственны эти нормы, служат или не служат они целям добра. В область нравственности входят все вообще правила или нормы, предписывающие осуществлять добро, независимо от того, имеют или не имеют эти предписания правовое значение, касаются ли они внешней сферы действий или только внутренней сферы настроения лица. С одной стороны, нравственные предписания объемлют в себе часть права; с другой стороны, предписания правовые обнимают в себе часть нравственности; но вместе с тем существует множество таких нравственных требований, которые не имеют правового значения, и много таких правовых норм, которые или вовсе не имеют нравственного содержания, или даже прямо безнравственны. Нравственность и право в их взаимных отношениях могут быть сравнены с двумя пересекающимися окружностями: у них есть, с одной стороны, общая сфера — сфера пересечения, в которой содержание их предписаний совпадает, и вместе с тем две отдельные области, в коих их требования частью не сходятся между собою, частью даже прямо противоречат друг другу.

## **Нормальные отношения между правом и нравственностью**

### **Нравственность и эволюция**

Таковы действительные отношения права и нравственности: нетрудно, однако, убедиться в том, что не таковы их нормальные взаимные отношения. В действительности существует множество юридических норм, прямо противоречащих целям добра, и, однако, не подлежит сомнению, что правовые институты *должны* служить нравственным це-

лям, что право в целом его составе *должно* быть подчинено цели добра и только в ней может найти свое оправдание.

Если право в том виде, как оно существует в действительности, не соответствует правде, то отсюда возникает для нас категорическое требование, чтобы мы стремились к устранению такого противоречия; так или иначе право должно стать правдою — в этом заключается его главная жизненная задача; но прежде чем приступать к разрешению этой практической по существу задачи, необходимо выяснить теоретически, в чем она заключается, каковы те требования добра, которыми должно определяться развитие права. Обладают ли эти требования всегда одинаковым и неизменным содержанием, представляют ли они сочетание вечного с подвижным и изменчивым или же они меняются всецело сообразно той ступени развития, на которой стоит каждое данное общество?

Разрешение этого частного вопроса философии права зависит от разрешения более общего вопроса нравственной философии: изменчивы ли все требования добра вообще или же есть вечный идеал добра, который пребывает неизменным и неизменным в потоке всеобщего движения? Существует ли какое-либо вечное начало должного в нравственности, вечный закон добра, или же все содержание нравственности в целом ее составе составляет продукт истории, изменчивый результат непрерывно совершающегося развития человеческого рода?

Сторонники господствующего в наши дни эволюционного воззрения на нравственность обыкновенно склоняются ко второму термину этой дилеммы. Весьма многие из них не верят в существование каких-либо вечных начал, лежащих в основе нравственности, и видят в нравственных нормах только непрерывно изменяющийся результат развития человека и человеческого общества. Главным аргументом в пользу такого воззрения служит установленный наукой факт изменчивости нравственных понятий. Какой-нибудь негр или краснокожий считает целью своей жизни умертвить возможно большее количество врагов; между тем какой-нибудь современный последователь Льва Толстого считает недопустимым поднять руку на ближнего даже в целях самозащиты или ради защиты общества против угрожающей ему со стороны преступника опасности. В нашем цивилизованном обществе каждый человек считает долгом содержать своих престарелых родителей, когда они не в состоянии жить собственным трудом; у многих диких народов, даже в наши дни, считается нравственным долгом умерщвлять неспособных к труду стариков. Мы уважаем целомудрие, между тем у некоторых диких народов наибольшим уважением пользуется девушка, имеющая наибольшее количество любовников. Отсюда значительная часть эволюционистов заключает, что нет вечных истин в сфере нравственности, а есть только непрерывно меняющиеся нравственные понятия, отражающие в себе ту или другую ступень культурного развития. Нетрудно убедиться в том, что в основе этого умозаключения лежит крупное недоразумение. В настоящее время, само собою разумеется, становится все более и более

невозможным отрицать закон всемирного развития, или всемирной эволюции. Весь мир находится в процессе непрерывного развития: в нем все течет, все изменяется, как сказал еще великий философ древности Гераклит:<sup>11</sup> но это всеобщее течение, совершающееся в области явлений, не исключает существования таких незыблемых законов сущего и таких вечных законов должного, которые определяют собою развитие мировой жизни, дают направление потоку явлений, но сами находятся вне движения, вне развития и не подлежат изменению.

Выводить изменчивость добра из того, что меняются человеческие понятия о добре, так же нелепо, как отрицать неизменность законов природы на том основании, что на различных ступенях своего развития человек представляет их себе не одинаково.

На самом деле изменчивость нравственных понятий доказывает только, что нравственное сознание человека изменяется, прогрессирует; но это отнюдь не доказывает, чтобы изменялся самый закон, самая сущность добра.

Свойство всех вообще вечных законов, вечных истин таково, что они существуют совершенно независимо от того, сознаются или не сознаются они человеком: законы геометрии имеют вечное, незыблемое значение, хотя они не сознаются дикарем: сумма углов треугольника равна двум прямым совершенно независимо от того, знают или не знают о том люди. Истины геометрии не меняются, хотя человеческое сознание усваивает их постепенно; наше познание геометрии развивается, прогрессирует, но самые законы геометрии находятся вне прогресса, вне возможной эволюции. Такое же отношение между незыблемым, недвижимым законом и непрерывно движущимся человеческим сознанием возможно и в сфере нравственной; признание вечного закона добра вполне совместимо с признанием развития несовершенных человеческих понятий о добре. Признание развития нравственного сознания человека нисколько не исключает возможности существования таких вечных истин в нравственной области, которые лишь постепенно проникают в сознание человека и постепенно им усваиваются. Поэтому, вопреки изложенной только что ходячей эволюционистской аргументации, вопрос о существовании или несуществовании вечного закона добра все-таки остается открытым.

Вся изложенная аргументация, в сущности, покоится на неправильном отождествлении добра с нашими субъективными понятиями о добре: она исходит из того предположения, что не существует блага объективного, что все то, что люди называют добром или благом, носит на себе характер субъективный, что благо для человека — то, что он признает или считает благом. Если стать на такую точку зрения, то эволюционисты совершенно правы: благо дикаря будет совершенно отличным от блага европейца, потому что у того и другого совершенно различные понятия о благе; если закон добра имеет характер субъективный, то он меняется по мере того, как изменяются наши понятия о добре, и в таком

случае, разумеется, о каких-либо вечных истинах в нравственной сфере не может быть и речи.

Нетрудно, однако, убедиться в неверности того основного предположения, из которого исходит изложенная только что аргументация. Если бы добро или благо имели характер чисто субъективный, то каждый из нас был непогрешимым судьей своего блага; между тем из повседневного опыта можно убедиться, что люди беспрестанно ошибаются в суждениях о том, что составляет для них благо: один полагает свое благо в каких-либо сильных чувственных наслаждениях, которые на самом деле губят его здоровье, притупляют его умственные способности и ведут его к гибели; другой видит свое благо в преследовании исключительно эгоистических целей, хотя бы и в ущерб ближнему, и в результате становится жертвой всеобщей ненависти ближних. Ошибаются не только индивиды, но и целые расы; целые племена дикарей видят высшее благо в том, чтобы оскальпировать возможно большее число врагов, и в результате истребляют друг друга: то, что они считают для себя благом, является для них на самом деле злом, источником смерти.

Все эти ошибки человеческого ума и воли обуславливаются тем, что благо человека не зависит от одного только его ума и воли: человек не есть ни центр мироздания, ни изолированное существо, а часть мирового целого, органически связанная с прочими частями мироздания: следовательно, его благо зависит от объективных законов, лежащих в основе мирового целого. Кто ошибочно представляет себе отношение человека к законам мирового целого, значение и место человека в лестнице существ, тот будет, очевидно, неверно судить о добре или благе человека. Законы блага существуют объективно, независимо от того, вошли или не вошли они в человеческое сознание, потому что благо человека как телесное, так и душевное обусловлено непреложными законами, господствующими в мироздании, местом человека в строе Вселенной, в частности же — законами нашей физической и психической организации; неумеренное употребление спиртных напитков неизбежно является для нас источником физического и умственного вырождения и, следовательно, злом, несмотря на то, что иному пьянице высшее благо представляется в виде бутылки водки; всеобщая вражда человеческих рас и взаимное их истребление, несомненно, являются злом для них; напротив, мир и солидарность являются несомненным для них добром, хотя бы краснокожие и негры держались в этом отношении диаметрально противоположного воззрения.

Вера в объективный, незыблемый закон добра, существующий независимо от наших несовершенных понятий о добре, составляет необходимое предположение нравственности. Нетрудно убедиться в том, что то отождествление добра с субъективными человеческими представлениями о добре, которое мы находим у некоторых из современных эволюционистов, должно привести к совершенному отрицанию нравственности. В самом деле, допустим, что не существует незыблемых объек-

тивных законов добра, что мерилом добра и зла служат беспрерывно меняющиеся человеческие понятия о нем; тогда нам придется признать, что каннибализм, господствующий среди некоторых народов, — такое же добро, как и самоотвержение христианина: ибо дикий, пожирающий ближнего, действует согласно со своим представлением о добре точно так же, как и христианин, полагающий за него душу. С этой точки зрения, разумеется, не может быть и речи о каких-либо нравственных правилах, имеющих всеобщее значение: добром для каждого племени и для каждого вообще человеческого общества должно почитаться то, что оно считает для себя добром. Но и этого мало: ведь и в пределах каждого народа и каждого данного общества есть много различных ступеней и уровней развития. Многие из нас, например, считают безусловно недозволительным умерщвлять ближнего, хотя бы и преступника, но наш крестьянин считает совершенно дозволительным убивать конокрадов; наше нравственное чувство возмущается телесным наказанием; однако многие из наших современников и соотечественников, как известно, держатся совершенно иного воззрения. Если мерилом нравственности должны служить меняющиеся на различных ступенях развития понятия о добре, но нет вообще нравственных правил, могущих иметь объективное значение, и в таком случае есть столько же нравственных законов, сколько есть людей на свете: для каждого человека нравственно то, что он считает нравственным. Но если так, то мы, например, должны подставить щеку ударившему нас ближнему, если этого требуют наши убеждения, а тот земский начальник, который думает иначе, может раздавать удары направо и налево; мы должны иметь сердечное попечение о несчастном преступнике, а крестьяне вправе расправляться с конокрадами. Словом, если сущность добра сводится к субъективным понятиям о нем, меняющимся сообразно уровню развития, то нет вообще ничего нравственного и безнравственного, постыдного и недозволительного. О нравственности вообще можно говорить только в том предположении, что существует закон добра объективный и всеобщий, не зависящий от тех или других человеческих суждений о добре.

Эта объективность и всеобщность закона добра всегда составляла и составляет необходимое предположение нравственного сознания. Как бы ни были разнообразны и изменчивы человеческие представления о самом содержании добра, — закон добра всегда представлялся и представляется людям в виде требования всеобщего, т. е. всегда и для всех обязательного. Говоря словами Вл. Соловьева, "нет той мерзости, которая не признавалась бы где-нибудь и когда-нибудь за добро; но вместе с тем нет и не было такого людского племени, которое не придавало бы своему понятию добра (каково бы оно ни было) значения постоянной и всеобщей нормы и идеала". Те дикие народы, которые считают добром съесть врага или снять с него череп, считают подобный образ действий добром и доблестью не на один только день и не для себя только, а для всех времен и для всякого человека. Кавказский горец, отплати-

вающий смертью за убитого родственника, и христианин, подставляющий левую щеку человеку, ударившему его по правой, одинаково убеждены, что они следуют правилу поведения всеобщему, для всех обязательному, что так должен был бы поступать всякий на их месте.

Словом, как бы ни представляли себе люди самое *содержание* идеи добра, закон добра всегда представляется им законом для *всех обязательным*, т. е. всеобщим по своей форме. Эта вера во всеобщность закона добра, как сказано, составляет необходимое предположение нравственного сознания; кто откажется от нее, тот должен признать, что вся вообще нравственность покоится на иллюзии, что нет вообще ничего обязательного, должного, что добром для каждого должно почитаться то, что кажется ему добром, — иначе говоря, что нет вообще объективного добра, а есть только субъективный мираж, который мы принимаем за добро.

Словом, всякое вообще нравственное сознание покоится на том предположении, что есть объективный неизменный закон добра, всеобщий, для всех обязательный, что действительность и истинность этого закона совершенно не зависят от того, сознают или не сознают его люди на той или другой ступени своего развития, подчиняются или не подчиняются они его предписаниям. В чем же заключается содержание этого закона, каковы те требования, которые он к нам предъявляет?

Как бы ни менялось содержание нравственного сознания людей, человечество на всех ступенях своего развития в большей или меньшей степени прозревало одну нравственную истину: никакой человек не может найти своего блага в своей отдельности, вне союза с подобными ему людьми: вне общества, одинокими усилиями отдельный человек не может бороться против враждебных ему стихий внешнего мира: *итак, солидарность людей с его ближними, единство людей в обществе есть благо, раздор и разъединение есть зло*; эта истина, как сказано, дается не одному только развитому уму современного европейца: она просвечивает уже в неясном сознании самого первобытного дикаря: как бы ни были разнообразны ступени нравственного развития различных племен и народов, все они сходятся в одном — в признании большей или меньшей степени солидарности людей как чего-то безусловно должного для всех. Человек всегда в большей или меньшей степени сознавал ту истину, что путь одиночества для него — *гибель*, а солидарное сообщество людей для него — *спасительно*. Мы нигде не находим человека совершенно изолированного: человек в доступные нашему наблюдению эпохи всегда жил в обществе; но всякое общество вообще возможно лишь при том условии, если люди признают себя связанными некоторыми узами солидарности в достижении общих целей; сообразно с этим, нравственность на всех ступенях своего развития выражалась в установлении некоторой гармонии человеческих волей, некоторого согласия между лицами, принадлежащими к одному и тому же обществу.

Как бы ни были разнообразны нравственные понятия у различных народов, все они сходятся между собою в том, что человек должен

поступаться некоторыми личными интересами ради блага общего, ограничивать свой произвол ради ближних. Этим и ограничиваются те черты сходства, которые можно установить между пониманиями нравственности, господствующими на различных ступенях культуры. Солидарность, как закон должного, в большей или меньшей степени признавалась везде, где только существовало человеческое общество. Но на вопрос: кто те ближние, с которыми человек должен быть солидарен, как далеко должна простирается эта наша солидарность с ближними и какие конкретные требования из нее вытекают, — человечество на различных ступенях своего развития отвечало различно.

По мере развития нравственного сознания эта идея солидарности захватывает собою все больший круг людей, распространяется на круг отношений все более и более широкий. Дикарь признает себя солидарным только с членами своего рода и племени: на иноплеменников в его глазах это требование солидарности не распространяется: иноплеменники для него — враги, которых даже хорошо убивать и скальпировать; иные племена думают даже, что хорошо питаться их мясом. Да и самая солидарность между сородичами на низших ступенях культурного развития есть понятие лишь относительное; человек сознает себя солидарным со своими сородичами лишь до тех пор, пока они могут служить полезными членами общества; эта солидарность не исключает умерщвления стариков, неспособных к труду, не исключает даже и съедения стариков и детей собственного своего племени в случае голода, в случае, если это представляется нужным для поддержания существования взрослых и способных к труду членов племени. У древних греков отпадает этот варварский каннибализм, и дети содержат своих престарелых родителей; но и в их глазах солидарность распространяется только на расу эллинов; они уже не съедают своих пленников, но обращают их в рабов, смотрят на все прочие народы, как на *варваров* — низшие расы. В эпоху же Александра Македонского, и в особенности в дни всемирного владычества Рима, соединившего во единое политическое целое множество племен и народов, нравственное сознание уже значительно расширяется, утрачивает свой прежний узконациональный характер; стоическая философия прямо провозглашает, что все люди как таковые связаны узами невидимого родства и братства. Наконец, христианство сводит все обязанности человека по отношению к ближним к заповеди любви, причем под ближним, которого мы должны любить, подразумевается всякий человек как таковой.

Таким образом, в нравственном мировоззрении всех народов в большей или меньшей степени выражается сознание одного основного нравственного начала: благо человека — не в эгоистическом обособлении, а в солидарности с другими людьми, причем этот принцип выражается во всей своей полноте и широте в христианской заповеди *всеобщей* человеческой любви, т. е. такой солидарности, которая не ограничивается одною сферой человеческих действий, но охватывает собою и внутреннюю сферу

душевного настроения. И не подлежит сомнению, что именно в этом принципе всеобщей человеческой солидарности выражается не преходящая точка зрения той или другой исторической эпохи, а вечный, непреложный закон добра, который остается истинным, совершенно независимо от того, доразвились или не доразвились люди до его понимания.

Чтобы убедиться в этом, представим себе такое состояние человеческого рода, где каждый человек совершенно изолирован от своих ближних, где все живут исключительно жизнью личных эгоистических интересов, где каждый человек, ища только *своего* блага, враждует против всех и все против каждого. На какой бы ступени развития при этом ни находились люди, очевидно, что такое состояние всеобщей эгоистической обособленности угрожает гибелью каждому отдельному человеку и представляется злом для всех; представим себе теперь, что эта всеобщая вражда сменилась миром, что люди соединились в общежитие, в союз, который преследует общими силами общие цели, вытекающие из альтруистических требований: очевидно, что такое соединение людей в союз солидарных между собою граждан есть для них благо: стало быть, солидарность есть благо для людей, а эгоистическая обособленность — для них зло, совершенно независимо от того, знают они о том или не знают.

Когда мы говорим, что путь замкнутого в себе эгоизма есть ложь, а путь солидарности есть истина, то в этом выражается не только наше субъективное представление о добре, а объективный закон добра. Человек органическою связью связан со своими ближними, и внеобщественный человек — немислим: что эгоизм замкнутой в себе личности не в состоянии обосновать в себе своего блага, доказывается повседневным, будничным опытом.

Так же точно, как и точка зрения эгоизма индивидуального, несостоятельна и точка зрения эгоизма коллективного — эгоизма замкнутого в себе рода и племени. Представим себе то состояние человеческого рода, в котором и в наши дни пребывают дикари, то именно состояние, где сознание нравственной солидарности распространяется на тесный круг членов одной племенной группы; тут человек чувствует себя до известных пределов солидарным с членами своего рода и племени и смотрит на всех чужих, как на своих врагов; при таком состоянии человечества не отдельные личности, а отдельные племена живут в состоянии *bellum omnium contra omnes*. Ложность этой точки зрения достаточно изобличается тем, что она служит источником гибели для тех, кто ее держится; опять-таки, несмотря на то, что дикари убеждены в противоположном, всеобщий мир, солидарность между отдельными племенами и для них была бы благом; взаимная ненависть и связанное с нею взаимное истребление и для них есть зло, несмотря на то, что они в истреблении возможно большего количества врагов полагают высшую свою славу.

Теперь представим себе такое состояние человеческого рода, где солидарность окончательно победила эгоизм, где все люди связаны узами братства и каждый любит ближнего, как самого себя. Сопоставим это состояние с тем, где каждый человек, каждое племя и каждое государство преследует только свои эгоистические цели! Спрашивается: которое из двух состояний составляет благо для человеческого рода? Очевидно, то, где любовь победила эгоизм. Стало быть, любовь есть благо, эгоизм есть зло, совершенно независимо от того, понимают ли это люди, овладела ли их сознанием идея всеобщей солидарности. Этот закон коренится не в тех или других субъективных представлениях человека о добре, а в таких объективных, универсальных началах, которые определяют собою путь мирового развития вообще и определяют собою задачу человека и человеческого общества в частности. В силу непреложного универсального закона человек, изолированный от своих ближних, обречен на гибель; как ветвь, отделенная от дерева, должна засохнуть, так как для поддержания ее существования ей необходимо питаться соками дерева, так точно гибнет и человек, отделенный от общества; как благо ветви состоит в единении ее с деревом, так и благо человека — в единении с обществом подобных ему людей; это закон как нашей телесной, так и нашей духовной организации: лишите человека всякого содействия его ближних, и он будет не в состоянии добыть себе средства к существованию; посадите его в продолжительное одиночное заключение, и он сойдет с ума или подвергнется полному умственному вырождению.

Невозможность внеобщественного существования для личности слишком очевидна, а потому эгоизм личности обыкновенно выражается не в грубой форме откровенного, прямого отрицания общества как такого, а в форме более утонченной; тот обыденный человеческий эгоизм, с которым мы сталкиваемся повседневно, выражается в том, что человек видит в своем личном благополучии безусловную цель, которой благополучие всех прочих людей должно приноситься в жертву: общество тут не отрицается, а низводится на степень *средства* для эгоистических целей. Нетрудно убедиться в том, что и такая точка зрения самоубийственна, ибо она обрекает жизнь личности на полную пустоту и бессодержательность, на тщетную погоню за непрерывно исчезающим призраком счастья. Если я не задаюсь роковым вопросом о конечной цели и смысле моего существования, я могу, пожалуй, наполнить мою жизнь заботами о моем личном комфорте, благосостоянии и чувственными наслаждениями; но, во-первых, такое наполнение достигается ценою самоусыпления, самоубийства сознания, т. е. ценою умерщвления во мне самого дорогого и ценного, что отличает меня как человека от животного; если мне чужды те великие непреходящие цели человеческого рода, которые существовали раньше меня и переживут меня как физическое существо, если вся моя жизнь наполняется мелкими личными интересами, которые умрут вместе с моим телом, то я тем самым пре-

вращаюсь в ходячего мертвеца. Да и может ли этот путь привести к достижению хотя бы низшего, животного счастья! Над этим счастьем тяготеет грозный кошмар смерти, оно разлетается, как призрак, при первой сколько-нибудь серьезной болезни. Разумеется, не всякий эгоизм есть непременно эгоизм животный: есть другие, более утонченные формы эгоизма собственно *человеческого*: я могу искать моего эгоистического счастья не в одном только материальном комфорте, не в одном только ублажении моей плоти, но и в таких, по-видимому, духовных благах, как слава, почет, наслаждения власти, или же, наконец, наслаждения эстетические или умственные. Но и над этим счастьем тяготеет ужас смерти; и это счастье разлетается, как дым, как только я ясно сознаю, что всем этим наслаждениям настанет скорый и неумолимый конец.

В конце концов, и тот эгоизм основан на иллюзии нашей воли, и он обусловлен добровольным усыплением нашего разума: если этот сон не может быть легким и приятным, если его спокойствие нарушается грозными видениями и тяжелыми предчувствиями, то пробуждение сознания должно быть ужасным: первый проблеск философской мысли должен обнаружить полную бесцельность и бессмысленность замкнутого в себе эгоистического существования; а что лишено смысла, то лишено и всякой цены. Не стоит жить жизнью иллюзий и самообмана, не стоит жить ради мнимого эгоистического счастья, которого не существует, ради того, что беспрерывно гниет и умирает. А так как ясно, что я не могу найти смысла жизни во мне самом, в удовлетворении моего личного эгоизма, то, значит, не стоит жить для самого себя; это значит, что смысл моей жизни в чем-то другом, что больше и выше меня.

И тут великий закон солидарности обнаруживается как объективная истина, как объективный закон добра, который торжествует над заблуждениями и иллюзиями отдельных личностей и целых народов.

В эгоистическом самоутверждении, в отъединении от прочих людей моя жизнь бессодержательна и бессмысленна, потому что объективное благо — в единении всех; путь эгоизма обнаруживается, как ложь, при сколько-нибудь внимательном и глубоком философском анализе, а путь солидарности обнаруживается как истина. Смысл жизни раскрывается в любви и только в ней одной, ибо одна любовь может приподнять меня над моим индивидуальным ничтожеством и приобщить меня к тем великим мировым целям человечества, которые существовали раньше меня и будут существовать и после меня; одна только любовь торжествует над смертью, ибо она приобщает нас к жизни мирового целого, к тому, что существует вечно и не умирает.

Раньше мы видели, что предположение объективного закона добра, отличного от изменяющихся и прогрессирующих человеческих понятий о добре, не заключает в себе ничего неразумного. Теперь мы можем убедиться в том, что это предположение составляет единственно возможное логическое оправдание нашей жизни. Если мы сколько-нибудь углубимся в наше самознание, то мы увидим, что не только наши

нравственные суждения, но и вся наша жизнь покоится на предположении какого-то объективного, безусловного добра: более того, в этом предположении заключается весь смысл нашей жизни. Жить беспредельно, разумеется, не в нашей власти, но от нас зависит прекратить наше физическое существование в любой момент. Если, однако, несмотря на полную возможность покончить с собой в любую минуту, мы тем не менее продолжаем жить, то тем самым мы показываем, что мы верим в какое-то добро, ради которого *стоит* жить, стало быть, в такое добро, которое существует объективно и может действительно наполнить нашу жизнь непреходящим содержанием, а не является только нашей субъективной иллюзией. Если мы признаем, что добро есть только субъективное понятие, а не живая, реальная сила, которая может пересоздать нашу действительность, то единственно логичным выводом отсюда будет самоубийство: продолжать жизнь, от которой не ждешь никакого добра и которую совсем не ценишь, очевидно, представляется верхом бессмыслицы. Жизнь наша может получить логическое оправдание при том только условии, если мы верим в такое объективное добро, которое составляет ее цель и смысл.

Разумеется, такое объективное добро не есть факт внешней действительности, а идеал, с точки зрения которого мы оцениваем и измеряем действительность; а верить в этот идеал мы можем только при том условии, если мы признаем, что есть объективная, разумная цель, лежащая в основе самого мироздания. Разумеется, это — такое положение, которое не может быть здесь вполне обосновано, так как для обоснования его потребовалось бы изложить целую систему метафизики. Здесь достаточно указать, что вера в объективный закон добра и в его всепобеждающую силу составляет необходимое предположение всей нашей жизни: без него вся наша жизнь превращается в тяжелый бред или бессмысленное прозябание.

Как сказано, такое понимание закона добра несколько не противоречит тому закону мирового развития, эволюции, который господствует в строе Вселенной; напротив, оно приводит к единственно правильному пониманию нравственного развития человечества. Все наше культурное развитие определяется целями: развитие науки обуславливается исканием истины, развитие искусства обуславливается исканием прекрасного; наконец, нравственное развитие обуславливается исканием добра, блага. Словом, все наше развитие — умственное, эстетическое, нравственное — обуславливается существованием таких целей, к которым человек стремится и которые составляют предмет его искания. С устраниением этих целей все развитие, прогрессивное движение человеческого рода должно прекратиться. Стало быть, существуют такие цели, которые играют роль первоначальных двигателей истории; очевидно, что в качестве первоначальных источников исторического развития цели эти сами не могут быть результатами того движения, которое они производят. Они, если можно так выразиться, предшествуют истории, обуславливают ее собою.

Те высшие, конечные цели, к которым стремится человек, имеют независимое от него существование и значение. Человеку незачем было бы искать истины, если бы он не был убежден, что где-то вне его и независимо от него существует та истина, которой он не обладает. Точно так же ему незачем было бы искать добра, если бы он не был убежден, что существует некоторый независимый от него объективный и неизменный закон добра, который превышает его изменчивые и несовершенные понятия о добре.

То, что было сказано об отношении закона и добра к нравственному развитию человечества, нуждается в существенной оговорке. То, что мы говорим о вечности закона добра, само собою разумеется, не означает вечности отдельных конкретных требований нравственности. Так, требование любви ко всякому человеку как таковому есть вечный закон, вечное требование добра; но способы осуществления любви, а следовательно, конкретные требования, вытекающие из заповеди любви к ближнему, бесконечно разнообразны в зависимости от бесконечно разнообразных условий места и времени. Единая, неподвижная цель безусловного добра не исключает существования множества конкретных нравственных целей подвижных и изменчивых — таких нравственных задач, которые не могут быть разрешаемы всегда одинаковым образом. Вечный закон добра выражает собою ту цель, которой должна быть подчинена вся наша деятельность; он не заключает в себе никаких указаний относительно того, как мы должны осуществлять добро в каждом отдельном случае. Требование любви выражает собою неизменную сущность добра; но вопрос о том, должен ли я во имя любви дать ближнему кусок хлеба, теплую шубу, поместить его в больницу или просто помочь ему добрым словом, решается различно, в зависимости от множества конкретных условий. То или иное его разрешение обусловливается, во-первых, тем, какую собственно нужду испытывает мой ближний, терпит ли он голод, холод, нуждается ли в добром совете и т. п.; во-вторых, все зависит от того, какими средствами я располагаю, чтобы помочь ближнему.

Таким образом, в нравственности необходимо различать два элемента: 1) вечный закон добра, коим должна определяться конечная цель нашей деятельности, и 2) ряд конкретных задач — целей подвижных, изменчивых, которые обусловливаются, с одной стороны, вечными требованиями добра, а с другой стороны, меняющимися особенностями той конкретной среды, в которой мы должны осуществлять добро. Ответивши, таким образом, на вопрос об отношении закона добра к закону всеобщего развития, мы тем самым подготовили решение поставленного раньше вопроса — о характере тех нравственных требований, которые предъявляются нравственностью к праву.

## Естественное право

По вопросу об отношении нравственности к эволюции нам пришлось считаться с двумя воззрениями: с воззрением нравственного идеализма, который признает существование вечного закона добра, и с воззрением современных эволюционистов, рассматривающих нравственность как продукт истории. Мы видели, что оба эти воззрения заключают в себе долю истины и поэтому могут быть примирены друг с другом. Тезис идеализма, утверждающего существование вечного закона добра, вполне может быть согласован с тезисом учения эволюционного, которое утверждает, что человеческие понятия о добре развиваются, прогрессируют. Оба эти философские воззрения нашли в себе выражение в философии права. Здесь также мы встречаемся с тезисом идеализма, который утверждает, что, кроме права положительного, существует еще право естественное — существует *вечная идея права*, которая должна лежать в основе всего права положительного; представители исторического направления и современной эволюционной школы в праве учат, что нет вообще другого права, кроме права положительного: все право в целом его составе есть продукт истории, результат развития человека и человеческого общества.

Вопрос о естественном праве есть центральный, жизненный вопрос философии права, о котором философы и ученые спорят с самого момента его зарождения. Но прежде чем дать то или иное его разрешение, необходимо познакомиться хотя бы в самых общих чертах с самой историей спора.

Еще в Древней Греции философы спорили о том, коренится ли право в самой природе вещей, в вечном, неизменном порядке мироздания, или же оно составляет результат произвольного соглашения людей, человеческое установление, возникшее в определенный момент времени. Софисты учили, что в основе права нет ничего неизменного, вечного; все, что мы называем правом или правдой, составляет результат соглашения людей, искусственное изобретение человеческого ума. Первоначально люди жили врозь, не руководились во взаимных отношениях никакими началами права и правды. Каждый делал, что хотел, и при таких условиях, разумеется, сильные поработали слабых. Чтобы положить конец такому порядку вещей, который угрожал безопасности всех и каждого, слабые соединились в общества, установили законы — нормы права и правды, которыми они и сковали произвол сильных.

Против этого учения софистов восстали глубочайшие философы древности: прежде всего Сократ,<sup>12</sup> а за ним — Платон<sup>13</sup> и Аристотель.<sup>14</sup> С точки зрения этих философов, право не во всем своем составе является искусственным изобретением людей; в основе права лежит вечный, неизблемый божественный порядок, который господствует не только в человеческих отношениях, но и во всем строе мироздания: рядом с законами, изобретенными людьми, существуют вечные, неписанные за-

коны (νόμοι βροχοί), вложенные в сердца людей самим божественным разумом.

Точка зрения, сходная с изложенной только что, господствовала и в римской юриспруденции. А именно: среди римских юристов было чрезвычайно распространено воззрение, что рядом с подвижным и изменчивым правом положительным (*jus civile*) существует вечное естественное право (*jus naturale*), которое коренится в самой природе человеческого разума и человеческих отношений. Понятие о естественном праве у римских юристов было довольно сбивчивым и шатким: они то отличали естественное право (*jus naturale*) от общенародного (*jus gentium*), то отождествляли то и другое: они то рассматривали *jus naturale* как идеал, к которому должно стремиться положительное, действующее право, то видели в первом — часть последнего. Некоторые юристы представляли себе естественное право как совокупность вечных норм правды: положительное право далеко не соответствует этим нормам; во многом даже прямо им противоречит: так, например: с точки зрения естественного права все люди свободны и равны; с точки зрения естественного права не должно существовать различия классов, не должно быть ни рабов, ни господ: между тем у всех народов существуют различия классов, существует и рабство. В этом ряд римских юристов видели основное отличие *jus naturale* от *jus gentium*, т. е. от права общенародного: с точки зрения *jus naturale* все вообще должны быть свободны, между тем как *jus gentium* закрепляет свободу только за некоторыми классами. Воззрение это разделялось, однако, далеко не всеми юристами: некоторые из них рассматривали естественное право как совокупность норм права, всюду принятых, всюду действующих, без различия рода и племени, места и времени, — словом, отождествляли *jus naturale* и *jus gentium*. Определяя понятие естественного права то шире, то уже, римские юристы сходились, однако, в том, что нормы естественного права коренятся в самой природе человеческого разума, а потому — столь же вечны и неизменны, как и законы логики.

Также и среди средневековых схоластиков господствовало убеждение, что существует вечное естественное право — вечные естественные законы, которые вложены Богом в сердца людей и составляют самую природу разума. В философии права Нового времени учение о естественном праве получает уже совершенно иную окраску. Во-первых, оно освобождается от богословского элемента, который примешивался к нему у средневековых писателей; во-вторых, самое понятие естественного права определяется несравненно яснее и точнее, нежели у римских юристов. Мыслители Нового времени уже не смешивают естественного права с правом общенародным, как это делали некоторые римские юристы.

Сторонники естественного права до начала прошлого столетия видят в нем уже не часть положительного права, а совокупность тех вечных идеальных норм, которые должны послужить прообразом для всякого законодательства. Основатель естественной школы — Гуго Гроций<sup>15</sup> —

учил, что законы естественного права коренятся в самой природе разума, а потому имеют такое же вечное, неизблемое значение, как и самый разум, необходимы, как законы логики. Поэтому нормы естественного права совершенно независимы от воли Божией: они существовали бы, даже если бы Бог не существовал (*etsi daretur, Deum non esse*); Бог не может изменить их, так же как он не может изменить законов логики и математики. Как Бог не может сделать, чтобы дважды два равнялось пяти, так точно он не может сделать, чтобы правда стала неправдой, чтобы нормы естественного права стали неправом.

При той формулировке, которую дала понятию естественного права основанная Гроцием естественная школа, оно грозит совершенно заметить собою право положительное. Дело в том, что Гроций и его продолжатели не считались ни с окружающей их исторической действительностью, ни вообще с историей: для них действительность имела право на существование лишь постольку, поскольку она вытекала из требований разума, т. е. поскольку она могла быть логически выведена и логически оправдана с точки зрения естественного права. Мыслителям этим естественное право представлялось в виде целого кодекса правил, которые могут быть выведены а priori, причем все то, что не согласуется с этим кодексом, должно быть упразднено как противоречащее разуму.

При таком отношении к исторически сложившемуся учению о естественном праве должно было принять характер революционный. В частности, оно послужило оправданием и лозунгом Французской революции, восставшей против королевского деспотизма и против феодально-аристократического строя во имя "прирожденных прав человека". Теоретической формулой для этого революционного движения послужили некоторые мысли и изречения Руссо,<sup>16</sup> который довел учение естественной школы до крайних ее последствий. Сопоставляя идеал естественного права с окружающей его действительностью, Руссо пришел к полному и всестороннему осуждению последней. По природе, учил он, человек рождается свободным; между тем мы видим его повсюду в оковах. По природе все люди равны; между тем контраст богатства и нищеты составляет явление повсеместное; по природе все люди братья; между тем мы всюду можем наблюдать ожесточенную борьбу сословий. Словом, в учении Руссо можно найти все элементы знаменитой формулы "свобода, равенство и братство", послужившей лозунгом Французской революции.

Попытка Французской революции пересоздать исторически сложившееся на началах разума вызвала в начале XIX века повсеместную реакцию, которая нашла себе выражение как в действительной жизни, так и в философии. Представительницей этой реакции в философии права являлась историческая школа, зародившаяся в Германии в начале XIX столетия.

Виднейший из представителей этой школы — Савиньи<sup>17</sup> — восстал прежде всего против того отрицательного отношения к историческому прошлому, которое отличало естественную школу. Теоретики вроде Руссо рассматривали все современное им и предшествовавшее законодательство, как проявление человеческого неразумия, эгоизма и произвола. Савиньи, наоборот, совершенно основательно стал доказывать, что положительное право вовсе не есть произвольное установление людей, искусственное изобретение законодателя: положительное право составляет необходимый результат постепенного закономерного процесса исторического развития; право каждого народа представляет собою исторически необходимое выражение его самосознания, народного духа на той или другой ступени его развития. С этой точки зрения Савиньи восстает против всяких попыток вывести а priori из человеческого разума такой кодекс права, который был бы годен для всех времен и для всех народов. По учению исторической школы, не существует права вечного, универсального; право во всем его составе есть продукт истории.

Словом, Савиньи положил прочное основание тому историческому пониманию права, которое господствует и в наши дни. Точка зрения исторической школы в наше время подверглась существенной переработке: многое из того, что учил Савиньи о происхождении права, теперь совершенно оставлено; в дальнейшем изложении нам еще предстоит познакомиться с главнейшими особенностями этого учения, игравшего столь важную роль в правоведении и в частности — в философии права XIX столетия; пока же нас интересует одна только черта этого учения, которая получила дальнейшее развитие в эволюционной философии наших дней и перешла к большинству юристов нашего времени, — исключительно историческое воззрение на право и отрицательное отношение к праву естественному. Нам предстоит разобрать здесь те доводы, которые приводятся в настоящее время за и против естественного права, и, таким образом, решить вопрос, поставленный в начале настоящего отдела: существует ли естественное право, или нет другого права, кроме права положительного; и если естественное право существует, то каковы его требования, каково его отношение к эволюции права?

Разрешение вопроса о существовании естественного права уже в значительной степени подготовлено нашим критическим разбором главнейших определений права. Этот разбор убедил нас в полнейшей неудовлетворительности всех тех определений, которые отождествляют право вообще с правом только позитивным. Правом позитивным, или положительным, называется то, коего обязательность обусловливается тем или другим внешним авторитетом, например авторитетом государственной власти, церкви, авторитетом отцов и дедов, руководствовавшихся теми или другими обычаями, словом, — авторитетом той или другой общественной среды, от имени которой высказывались и действовали те или другие лица или органы власти. Мы видели, что право вообще не может быть сведено к внешнему авторитету, потому что, в

свою очередь, всякий авторитет покоится на праве, следовательно, представляется не более как видом права.

Право — прежде всего явление психическое. Первоначальным источником права всегда и везде является наше сознание. Поэтому сила и действительность всякого позитивного права обуславливаются теми неписаными правовыми нормами, которые обитают в глубине нашего сознания, его внутренними велениями. Всякий внешний авторитет может иметь силу лишь до тех пор, пока люди *убеждены* в необходимости ему подчиняться. Веления государственной власти, равно как и веления обычая, могут иметь значение и силу права только до тех пор, пока в обществе есть *убеждение* в необходимости подчиняться власти, пока обычай служит выражением убеждения. Наглядным доказательством такого психического характера права служат революции. Во всех революциях сказывается один и тот же факт: положительное право теряет значение права, когда оно перестает быть предметом убеждения той или другой общественной среды.

Этим неопровержимо доказывается существование норм нравственного или — что то же — естественного права, которые составляют идеальную основу и идеальный критерий всего правового порядка. Мы уже видели, что внутренние веления человеческого сознания бывают двоякого рода — условные и безусловные. Все эти внутренние веления разделяются на такие, которые для нас обязательны и ценны *сами по себе*, и на такие, которые обязательны и ценны условно, как орудие для достижения каких-либо других целей. Это можно пояснить рядом конкретных примеров.

Мы ценим порядок, власть, собственность, и соответственно с этим в нашем сознании есть ряд правовых велений: надо заботиться о сохранении порядка, подчиняться власти, уважать чужую собственность. Анализируя все эти внутренние веления нашего сознания, мы увидим, что они имеют для нас обязательность и ценность лишь *условную*. Порядок, власть, собственность для нас ценны не сами по себе, а как средства для ограждения жизни и безопасности человеческой личности и для ее преуспеяния. Человеческая личность для нас и есть та безусловная ценность, которая сообщает обязательное значение и силу всем внутренним правовым велениям нашего сознания. Все те права, которые мы признаем, в конце концов покоятся на первоначальном, безусловном праве человеческой личности. Как только мы отвергнем это право, как только личность перестанет быть для нас ценною, весь правовой порядок тем самым падает в прах.

Таким образом, последнее основание обязательности позитивного права есть такое право, которое составляет вместе с тем и внутренний закон нашего разума, или — что то же — естественное право.

Нетрудно убедиться в том, что предписания естественного права по содержанию своему есть вместе с тем и предписания нравственные. Естественное право — то же, что правда: оно обнимает в себе всю

совокупность тех нравственных требований, в силу которых мы подчиняемся или не подчиняемся тому или другому внешнему правовому авторитету: оно включает в себе всю совокупность тех нравственных норм, в коих всякий авторитет, всякая человеческая власть и всякое вообще позитивное право находит себе оправдание или осуждение. Лежащая в основе всякого правопорядка обязанность личности подчиняться свои цели целям общественным есть, разумеется, обязанность нравственная; и соответствующее этой обязанности право общества господствовать над личностью есть, без всякого сомнения, право нравственное по существу. Та или другая общественная среда руководствуется обычным правом, без всякого сомнения, потому что она считает *добром* подчиняться авторитету отцов и дедов. Наступают, однако, времена, когда этот авторитет утрачивает свою силу, и нормы, которые когда-то им освящались, заменяются нормами более совершенными, изданными законодателем. Эта замена одного авторитета другим опять-таки обусловливается тем, что общество почитает добром подчиняться авторитету законодателя; обязательность этого авторитета, как и всякого другого, покоится на *нравственном праве*. Этим правом держится всякая вообще власть; власть же, которая перестала служить благу подданных, падает опять-таки во имя нравственного права.

Естественное право есть *синоним нравственно должного в праве*. Поэтому в истории оно является в двоякой роли. С одной стороны, оно есть *нравственная основа всякого конкретного правопорядка*. Всякое позитивное право может требовать от людей повиновения не иначе, как во имя *нравственного права* того или другого общественного авторитета, той или другой власти; поскольку существующий правопорядок действительно является благом для данного общества, естественное право дает ему санкцию и служит ему опорой. Но, как мы знаем, действующее право далеко не всегда соответствует требованиям добра и нередко находится в полном противоречии с ними. В этих случаях естественное право звучит как призыв к усовершенствованию. Оно играет роль движущего начала в истории, является необходимым условием прогресса, развития в праве.

Прогресс, т. е. поступательное движение права к добру, возможен лишь постольку, поскольку над правом положительным есть высшее нравственное, или естественное, право, которое служит ему основой и критерием. И в самом деле, в истории права идея естественного права играет и играла роль мощного двигателя: оно дает человеку силу подняться над его исторической средой и спасает его от рабского преклонения перед существующим.

Идея эта составляет необходимый элемент нашего нравственного и правового сознания: естественное право решительно должно быть признано, как нравственная основа всякого человеческого авторитета и законодательства и как тот нравственный идеал, который должен определять собою развитие права. Таким образом, учение естественной

школы заключает в себе крупный и ценный элемент истины. Однако та формулировка, которая была дана ею учению о естественном праве, страдает существенными недостатками и нуждается в существенных поправках. Основная ошибка естественной школы заключается в том, что она представляла естественное право как целый кодекс неизменных правил, который вытекает с логической необходимостью из природы разума. Естественное право представлялось ей как порядок неподвижный: она не умела считаться с разнообразием исторической действительности, и сознание великого закона всемирной эволюции было ей вовсе чуждо.

На самом деле нетрудно убедиться, что естественное право вовсе не есть кодекс неподвижных правил. Мы видели, что естественное право есть то же, что право нравственное: следовательно, его требования обладают, с одной стороны, характером правовым, с другой стороны, характером нравственным. Мы видели, что сущность всякого права выражается, с одной стороны, в предоставлении лицу известной сферы внешней свободы, а с другой стороны — в ограничении этой сферы. Такова же функция естественного права, как и всякого другого. Но, будучи правом нравственным по самой природе, естественное право всегда требует, чтобы внешняя свобода была предоставлена лицу именно в тех границах, которые оправдываются и требуются целями добра. Мы видели, что та внешняя свобода, которая представляется лицу правом, заключается в возможности преследовать и осуществлять те или другие цели в мире внешнем: ясное дело, что такая свобода не есть безусловное, а относительное благо: внешняя свобода отдельного лица является благом лишь постольку, поскольку она подчинена благу общему, поскольку она не влечет за собою несправедливых стеснений свободы других лиц. Безграничная свобода отдельного лица была бы не только отрицанием права, но и прямой противоположностью добра, так как она выражалась бы в возможности убивать, насиловать и грабить ближнего. Поэтому естественное право предписывает, чтобы внешняя свобода лица всегда была ограничена свободой других лиц в той именно мере, в какой этого требует добро. В этом и только в этом заключается непреходящее, неизменное требование естественного права.

Все прочее в естественном праве переходяще и изменчиво: добро не требует, чтобы пределы внешней свободы лица всегда определялись одинаковым образом. Оно не заковывает нашей свободы в раз и навсегда данные неподвижные рамки, а требует, чтобы мы пользовались внешней свободой в той мере, в которой это является для нас благом. Ясное дело, что эта мера не может быть одинаковою для различных уровней развития, для различных веков и народностей: то, что для одного уровня развития является добром, может быть злом для другого — низшего или высшего — уровня.

Естественное право, как мы сказали, предписывает, чтобы каждое отдельное лицо пользовалось внешней свободой в тех пределах, в каких

это требуется добром. Требование это может быть сформулировано еще и таким образом: *отдельному лицу должен быть предоставлен максимум внешней свободы, совместимой с благом общества как целого*. Право всегда должно проявляться как сила освобождающая: во-первых, оно всегда должно служить целям добра; во-вторых, его задача заключается в том, чтобы установить некоторую гармонию между внешней свободой индивида и благом общества как целого. Очевидно, что эта гармония не может выражаться в формуле неподвижного и однообразного законодательства: тот максимум внешней свободы человека, который требуется благом общества как целого, не есть величина постоянная, а величина подвижная, непрерывно меняющаяся в зависимости от бесконечно разнообразных условий действительности.

Если право, как сказано, всегда должно проявляться как сила освобождающая, то это значит, что оно должно устранять ряд препятствий, с которыми мы сталкиваемся при осуществлении наших целей в мире внешнем. Стоит ознакомиться со свойствами этих препятствий, устранению коих так или иначе должно содействовать право, чтобы видеть, что тот максимум внешней свободы, которой должен пользоваться человек, не может быть всегда и для всякого человеческого общества одинаковым.

Та внешняя свобода, которая, как мы видели, составляет содержание права, выражается в возможности осуществления лицом тех или других целей в мире внешнем. Проявления нашей свободы, так понимаемой, задерживаются препятствиями тройкого рода: препятствия эти могут происходить от внешней природы, от других лиц и, наконец, от нас самих, от несовершенства наших сил, умственных и физических.

Предоставляя отдельному лицу известную сферу внешней свободы, право прежде всего ограждает ее против всяких возможных посягательств со стороны других лиц. Оно ограждает против покушений со стороны ближнего на нашу жизнь, нашу собственность, все те вообще цели лица, которые не противоречат целям общества как целого. В предоставлении известной сферы внешней свободы одним лицам и в соответствующем ограничении внешней свободы других лиц выражается, как мы видели, *содержание права*.

В качестве содержания права внешняя свобода лица всегда связана с требованием, с велением, обращенным к другим лицам, чтобы они не посягали против чужой свободы. Такие веления или требования, очевидно, могут обращаться только к разумным лицам, а не к слепым стихиям. Нельзя требовать от морских волн или от диких зверей, чтобы они уважали нашу свободу; поэтому свобода человека от тех препятствий со стороны внешней природы, которые задерживают осуществление его целей, не может послужить *содержанием* правовых норм. Однако косвенно право должно служить и действительно служит освобождению человека от гнета внешней природы.

Человек, изолированный от своих ближних, предоставленный собственным своим силам, находится во всецелой зависимости от внешней

природы. Природа может быть побеждена, подчинена господству человека только коллективными усилиями организованного человеческого общества: в одиночестве человек не может удовлетворять даже самых элементарных своих нужд; если мы не боимся диких зверей, если море послушно носит наши корабли, ветер приводит в движение наши мельницы, а электричество переносит наши мысли из конца в конец Вселенной, то этим мы обязаны, разумеется, прежде всего тому, что живем в организованном обществе людей. Необходимым же условием всякого организованного общества является право, которое связует множество лиц во единое целое. Не будь права, не было бы вообще и цивилизации, не было бы того нашего господства над природой, которым мы справедливо гордимся: человек пребывал бы в постоянной беспомощности, связанной с одиночеством. Стало быть, связуя людей в общество, право тем самым служит освобождению человека от тех препятствий, которые полагает ему внешняя природа; оно содействует и должно содействовать его господству над внешним миром; в этом заключается одна из тех неустраняемых задач права, которыми обуславливается тот или другой характер целого ряда конкретных требований права естественного.

Наконец, точно так же право освобождает и должно освобождать нас от целого ряда таких препятствий в достижении наших целей, которые происходят от нас самих. Прежде всего оно до известной степени освобождает нас от нашей немощи и бессилия: благодаря ему ничтожные физические силы отдельного индивида восполняются силами множества других индивидов, связанных в обществе. Кроме того, обуславливая общество, право тем самым обуславливает собою существование той среды, вне коей человек не может развить своих умственных сил. Не будь права, не было бы просвещения, не было бы школы и всех тех учреждений, которые освобождают человека от одного из злейших его врагов — от невежества.

Таковы те препятствия, с которыми так или иначе должно считаться право при осуществлении своей освобождающей миссии. Препятствия эти бесконечно разнообразны в зависимости от места, времени, народного характера: соответственно с этим и требования естественного права бесконечно разнообразны. Прежде всего неодинаковы те препятствия, которые полагаются осуществлению наших целей деятельностью ближнего. Есть эпохи в жизни народов, когда они должны вести с оружием в руках борьбу за независимое существование против воинственных соседей; есть другие эпохи, когда они могут предаваться мирной культурной деятельности; естественное право, очевидно, не может требовать, чтобы в том или в другом случае существовал одинаковый государственный строй: военная диктатура, которая является несомненным благом для народов в эпохи борьбы за независимость, становится злом для них, когда внешняя опасность устранена. Точно так же требования естественного права не могут не сообразоваться со свойствами тех разнообразных препятствий, которые полагаются деятельности человека внеш-

ней природой, и с теми средствами, коими в каждое данное время и в каждом данном месте человек располагает для борьбы против внешней природы: было бы верхом неразумия требовать, чтобы у диких кочевников, живущих пастушеством, был бы тот же общественный строй, та же организация собственности, как и у народа оседлого, обладающего совершенными земледельческими орудиями; например, индивидуальная собственность на землю, которая на известных ступенях развития служит жизненным условием развития земледелия, была бы верхом бессмыслицы для народа, не имеющего прочной оседлости и живущего исключительно скотоводством. Нечего и говорить о том, что требования правового идеала должны сообразоваться со всеми теми препятствиями, которые полагаются освобождающей миссии права теми или другими особенностями народного характера, большею или меньшею незрелостью и т. п. Естественное право, как мы видели, требует, чтобы отдельному лицу был предоставлен максимум внешней свободы, совместимый с благом общества как целого; теперь мы видим, что этот максимум на каждой данной ступени культурного развития должен определяться различно соответственно разнообразным конкретным условиям каждой данной исторической среды: само собою разумеется, что он не может быть одинаковым для дикаря и для современного англичанина.

Ошибка старых теоретиков естественной школы заключалась именно в том, что они не сознавали этого условного, изменчивого характера конкретных требований естественного права. Под естественным правом они разумели совершенное и справедливое законодательство, проистекающее из вечных требований разума; при этом, рассуждая о наиболее совершенном и справедливом законодательстве, они вовсе не задавались вопросом: для какого народа, для какой вообще исторической среды оно представляется справедливым и совершенным? Так, например, у писателей XVII и XVIII века мы часто находим рассуждения о том, какая форма государственного устройства должна быть признана наилучшею, монархия или республика, монархия ограниченная или неограниченная, республика аристократическая или демократическая. Различные образы правления сравнивались на основании их внутренних достоинств, совершенно независимо от того, где и когда они должны были осуществляться. В результате такого сравнения у различных писателей получились весьма несхожие между собой оценки различных типов государственного устройства. Так, например, английский мыслитель XVII столетия — Гоббс — считал неограниченную монархию единственной формой государственного устройства, соответствующей естественному праву; позднейший мыслитель — Локк<sup>18</sup> — признавал за наилучшее государственное устройство монархию конституционную. Такие же разногласия существовали и по вопросу о наилучшем общественном устройстве: например, французский писатель XVIII века Морелли<sup>19</sup> считал единственно сообразным с разумом коммунистический строй, тогда как Вольтер<sup>20</sup> видел в частной собственности "ключ самой природы".

Эти разногласия нередко приводились и до сих пор приводятся как доказательство полной несостоятельности идеи естественного права. На самом деле они доказывают только, что старые теоретики принимали временные, изменчивые требования естественного права за постоянные, неизменные. Относительно формы государственного или общественного устройства, как и относительно всякого вообще законодательства, естественное право не может дать никаких вечных, неизменных предписаний, никаких общих решений. В наше время всякий образованный человек сознает нелепость самой постановки вопроса о том, каково вообще наилучшее государственное устройство: такого государственного устройства, которое было бы *для всех и всегда* наилучшим, вообще не существует; можно, разумеется, ставить вопрос о наилучшем государственном устройстве для данной страны, в данную эпоху, и, ставя этот вопрос для различных стран, мы, понятное дело, придем не к одному, а к множеству разнообразных решений. Все зависит от того, какое именно государственное устройство олицетворяет собою максимум внешней свободы, возможной и желательной в данное время и для данного народа. Существуют, например, такие народы, для которых неограниченная монархия представляет максимум желательной свободы; но существуют и такие, для которых этот максимум достигается только при республиканском устройстве. Когда во Франции на развалинах феодального строя возникла неограниченная монархия, она первоначально проявилась как сила освобождающая: в эпоху феодальную французы, как и все вообще западноевропейские народы, находились под гнетом множества мелких тиранов — герцогов, маркизов, графов, из коих каждый был почти самодержавным государем в своих владениях. Неограниченная власть французских королей положила конец этому порядку вещей: она сломила аристократию и, таким образом, освободила народ от многоголовой тирании мелких властителей. Эта победа единого самодержца над многими была, несомненно, вместе с тем и расширением той свободы, какою пользовался французский народ. В XVI веке всякое ограничение монархической власти во Франции привело бы к восстановлению феодального строя и, следовательно, к деспотическому господству аристократии над низшими классами общества; поэтому в то время неограниченная монархия была великим благодеянием для народа, и всякие ограничения королевской власти не могли быть желательными в интересах самой свободы. Бывают, однако, и такие эпохи, когда неограниченное королевское самодержавие, исполнив свою временную освобождающую миссию, становится излишним тормозом свободы. В такое именно положение попала самодержавная власть французских королей в XVIII столетии; поэтому с точки зрения естественного права Французская революция должна быть оправдана; но очевидно, это не было бы так, если бы она явилась двумя веками раньше.

Естественное право вообще не заключает в себе никаких раз и навсегда данных, неизменных юридических норм: оно не есть кодекс веч-

ных заповедей, а совокупность нравственных и вместе с тем правовых требований, различных для каждой нации и эпохи. Как синоним нравственно должного в праве оно не выражается в виде каких-либо общих, для всех обязательных законодательных шаблонов. Для каждого народа и в каждую данную эпоху оно олицетворяет собою особую специфическую задачу, особую совокупность конкретных обязанностей. В этом заключается *оправдание права позитивного*. Именно потому, что естественное право не представляется в виде кодекса готовых, раз и навсегда выработанных норм, конкретные определения его могут возбуждать сомнения и разногласия. Область нравственно должного в праве представляется спорною, и отдельные лица могут иметь о ней неодинаковые представления; поэтому если бы отдельным лицам была предоставлена свобода жить и действовать согласно своему субъективному пониманию права, то всякое конкретное право было бы предметом нескончаемых споров, и вместо правового порядка в человеческих отношениях царили бы полнейший произвол и анархия, т. е. состояние, противоположное праву. Этим оправдывается существование такого внешнего авторитета, такой власти, которая бы имела полномочие устанавливать *нормы права, обязательные для всех* членов той или другой общественной группы, и решать их споры о праве. Разумеется, с точки зрения естественного права может быть оправдан не всякий общественный авторитет, не всякая власть как таковая, а только тот авторитет и та власть, которые действительно служат общему благу и в данное время, при данных исторических условиях являются наиболее пригодным орудием для осуществления правды в общественных отношениях.

На основании всего сказанного мы приходим к следующему разрешению спора о естественном праве, начавшегося в первой половине XIX века. Как старая естественная школа, так и новейший историзм, отрицающий естественное право, суть направления односторонние; каждое из них заключает в себе долю истины, причем ошибка того и другого заключается в том, что они принимают сторону истины за всю истину, часть за целое. Представители естественной школы правы в том, что существует право нравственное, естественное, отличное от права позитивного; с другой стороны, представители современного историзма и эволюционизма правы в том, что не существует вечного, неизменного кодекса естественного права: конкретные требования естественного права меняются сообразно с условиями времени и места; и тот возможный максимум свободы, которого оно требует для каждой данной страны и эпохи, не есть величина постоянная, для всех одинаковая.

То или другое решение вопроса о естественном праве представляет не только теоретический интерес: оно имеет огромное практическое значение. От того, верим или не верим мы в естественное право, и от того, как мы его понимаем, зависит все наше отношение к существующему, действующему праву. Отвергнув естественное право, мы лишим себя всякого критерия для оценки действующего права; если над правом

действующим нет никакого другого высшего права, то в таком случае оно есть правда; чистый историзм должен привести нас к совершенному консерватизму: вот почему зародившаяся в начале прошлого столетия историческая школа действительно послужила оплотом тех реакционных тенденций, которые явились на смену идеям Французской революции. Напротив того, признание естественного права вынуждает нас критически относиться ко всему исторически существующему, рассматривать всякую норму позитивного права с точки зрения возможных улучшений и оценивать право с точки зрения правды.

## Происхождение права

Спор идеализма и историзма выдвинул на первый план вопрос о происхождении права, о том, как оно возникает и складывается исторически. Презрение к исторически сложившемуся составляет характерную черту старого идеализма XVIII века; идеализация существующего, преклонение перед исторически сложившимся, составляет характерное отличие исторической школы, возникшей в начале XIX столетия. С этим основным различием двух направлений связан целый ряд характерных особенностей того и другого: большинство французских политических писателей-идеалистов XVIII века верили в безграничную силу творчества человека, в его способность пересоздать и обновить на началах разума весь существующий строй; напротив, с точки зрения исторической школы, в первоначальный период ее существования, существующий строй есть необходимый результат закономерного процесса исторического развития, коего не в состоянии изменить никакое человеческое творчество. Идеализм французских теоретиков естественного права XVIII века был мирозерцанием по существу революционным; напротив того, в творениях корифеев исторической школы нашли себе выражение консервативные тенденции. Вера в вечные, незыблемые нормы естественного права была сопряжена с верой в силу и значение личности как основного двигателя истории, свободного, не связанного условиями места и времени. Ставши в отрицательное отношение к идее естественного права, историческая школа вместе с тем утратила веру в свободное творчество личности, в ее способность пересоздать существующее; с точки зрения исторической школы, человек — не творец, а *орудие* исторического процесса; проповедь революции, обусловленная верою в силы человеческого разума, у ранних представителей исторической школы сменяется преувеличенным уважением к старине, пассивным отношением к исторически сложившемуся.

В настоящее время никто не разделяет крайностей старой естественной школы; с другой стороны, целый ряд положений старой исторической школы теперь всеми отвергнут, сдан в архив. Тем не менее идея естественного права в видоизмененной форме продолжает волновать умы и оказывать сильное влияние на политику; историзм также, впрочем,

в сильно измененном виде, продолжает быть господствующим направлением в современной юриспруденции. Поэтому и вопрос о происхождении права, всегда служивший предметом ожесточенных споров между представителями идеализма и историзма, и в наши дни остается одним из важнейших вопросов философии права; от того или другого его разрешения зависит тот или другой ответ на целый ряд практических вопросов первостепенной важности. От того, как мы смотрим на историю права, зависит прежде всего наше отношение к преданиям прошлого и к окружающей нас действительности, в особенности к действующему праву; от нашего понимания истории зависит всецело, какие требования вообще мы можем предъявлять к праву, как понимаем мы вообще задачу, роль законодателя.

Само собою разумеется, что вопрос о происхождении права в пределах настоящего курса может быть поставлен только в самом общем виде; мы, очевидно, не можем и не должны исследовать здесь возникновение и развитие тех или других конкретных институтов или норм права, так как это составляет задачу не энциклопедии, а всеобщей истории права: в энциклопедии нас должен интересовать только вопрос о том, *как вообще возникает право, каковы вообще причины, силы, которые производят право.*

При разрешении этого вопроса необходимо так или иначе посчитаться с учением исторической школы. В учении старой исторической школы, коей главными представителями были Гуго, Савиньи, Пухта,<sup>21</sup> выразились побуждения двоякого рода, теоретические и практические, причем те и другие носят на себе печать реакции против идей Французской революции. Большинство теоретиков XVIII столетия игнорировали историю; напротив, основатели исторической школы были с самого начала проникнуты сознанием ее важности. Идеи Французской революции были по существу космополитическими: большинство политиков-идеалистов XVIII века игнорировали специфически-национальные потребности и национальные особенности в праве: их идеалом было право, вытекающее из безусловных требований разума, — право, общее всем нациям. Этому революционному космополитизму представители исторической школы противопоставляют национальный идеал и консервативные практические тенденции.

Это сочетание теоретических мотивов и консервативно-практических тенденций можно проследить уже у родоначальника исторической школы — геттингенского профессора Гуго. Последний учил, что право не есть искусственное изобретение законодателя, что оно не выдуманно и не произвольно установлено людьми, а представляет необходимый результат более глубоких исторических причин. Подобно языку и правам, право развивается естественно, само собою; никакой законодатель не в состоянии остановить этот естественный рост права или существенно изменить его направление. Рядом с писанным законодательством существует обычное право, в котором находят выражение веками сложив-

шие обычаи и воззрения народа; законодатель, который не захочет считаться с этими вековыми обычаями, бывает обречен на бессилие.

Теоретики естественной школы требовали полного, радикального преобразования действующего права на началах разума: напротив, Гуго учил, что нормальный путь развития права есть естественный рост, а не революция и регламентация сверху; что право развивается само собою, помимо деятельности законодателя. Законодатель, во-первых, не может сломить силу веками сложившихся обычаев, а во-вторых, не должен к этому стремиться, ибо в них он может найти лучшую опору справедливости. Закон бывает полезен или вреден, смотря по тому, согласен ли он с ними или нет. Уже в этих положениях Гуго выразились основные недостатки и противоречия старой исторической школы.

Говоря о естественном, произвольном развитии права то как о процессе *необходимом*, который не может быть остановлен или нарушен человеческими усилиями, то как о чем-то нормальном, *желательном*, представляя свободное творчество законодателя то невозможным, то нежелательным, Гуго постоянно впадает в противоречие с самим собой. Действительно, если естественный, стихийный рост права есть закон, столь же необходимый, как законы внешней природы, то как же можно считать его желательным или должным? Как же можно с этим утверждением совместить допущение, что законодатель может нарушить естественный рост права? Если законодатель не в силах уничтожить вековых обычаев, то, понятно, излишне требовать, чтобы он не нарушал и не изменял их. В этом противоречии обнаруживается двойственное отношение старой исторической школы к свободной деятельности человека; с ее точки зрения оказывается, что, с одной стороны, право развивается само собой, без всякого участия творческой деятельности человека, с другой стороны, человеческая деятельность может нарушить нормальный ход развития права, внести в него аномалии.

То же противоречие находим мы и в учении Савиньи, исходной точкой которого служит отрицание всякого участия свободной человеческой воли в развитии истории вообще и права в частности. По Савиньи, право, подобно языку, развивается произвольно, бессознательно; подобно языку, оно служит выражением духа известного народа. Законодатель не в состоянии пересоздать право, точно так же как он бессилён изменить законы языка, его грамматику. Право выражает национальные, общенародные убеждения и слагается независимо от сознательной деятельности отдельных людей, подобно тому как слагаются законы грамматики. Развитие права — процесс столь же необходимый, как и развитие мира животного и растительного. Заклучаясь первоначально в сознании народа, право, по мере развития культуры, начинает разрабатываться сословием юристов. Но и тогда оно не перестаёт быть частью органического целого народной жизни: юристы — не творцы права, а только выразители национального самосознания. Поэтому право вообще и повсюду создается не по произволу законодателя, а при

посредстве внутренних, незаметно действующих сил. Развитие его есть процесс органического роста, который совершается так же естественно, как и развитие растения, безболезненно, без борьбы, путем медленного, постепенного назревания народных убеждений.

Подобно Савиньи и Гуго, Пухта также утверждает, что право есть проявление народного самосознания; он также отрицает всякое участие свободного творчества человеческой личности в образовании права. Историческое развитие права есть развитие тех основных принципов, которые лежат в глубине народного духа, в основе национального характера. Характер каждого народа находит себе выражение в ряде юридических обычаев; так как обычай составляет необходимое проявление народного самосознания, Пухта утверждает, что обычное право — это общая прирожденная сознанию народа правда.

Эти взгляды представителей старой исторической школы находятся в самом явном противоречии с действительностью: значение свободной деятельности человека очень ярко обнаруживается во множестве конкретных, исторических фактов. Будучи вынуждены считаться с такими фактами, Пухта и Савиньи впадают в противоречия, которые у них встречаются так же, как и у Гуго. В самом деле, если бы учение Савиньи и Пухты о безболезненном, естественном развитии права было верно, то были бы невозможными насильственные перевороты, которые иногда разрушают самые основы существующего правового порядка. Если бы эволюция права была развитием прирожденных народному духу начал, то невозможны были бы заимствования правовых учреждений одним народом у другого. Если бы развитие права совершалось само собою, без всякого участия свободной деятельности человека, то невозможно было бы насильственное преобразование существующего права, Французская революция не могла бы разрушить старого порядка и построить республики, а Наполеон <sup>22</sup> не мог бы на развалинах республики создать империю. Все эти явления несомненно доказывают, что творческая деятельность человеческой личности в истории права играет огромную роль.

Необходимость так или иначе считаться с подобными фактами, противоречащими их теории, вынуждает и Пухту отступить от своих начал, вследствие чего они волей-неволей впадают в противоречие. В том же сочинении "О призвании нашего времени к законодательству и правоведению", где Савиньи утверждает, что развитие права носит исключительно национальный характер, он допускает и возможность иноземных влияний. Наряду с утверждением, что право развивается произвольно, он говорит, что бывают случаи, когда вмешательство законодателя в процесс развития права является желательным и даже необходимым. Рядом с утверждением, что право есть проявление народного самосознания, мы у Савиньи и Пухты встречаем признание, что от этого пути бывают отклонения. Говоря об образовании государства, Савиньи признает, что фактором создания государства бывают и насильственные

акты, как, например, завоевания. Подобные события, как бы часто они ни встречались, говорит Савиньи, суть не более как аномалии. Естественным базисом развития права и в этом случае остается народное самосознание. развитие его действием внутренних сил остается нормальным способом его образования. Если в этот естественный процесс развития права вторгается иноземное влияние, то оно может быть переработано нравственными силами народа; если такая переработка не удастся, то это знаменует болезненное, ненормальное состояние права.

Этими словами Савиньи, в сущности, ниспровергает основы собственного своего учения. Мы видели, что, по его мнению, процесс развития права подчинен действию непреложных законов, против которых бессилен человеческий разум и нарушить коих не может никакое вмешательство законодателя; теперь оказывается, что свободная деятельность человека может задержать и остановить этот естественный рост права. Сначала Савиньи утверждает, что в праве господствует исключительно национальный элемент, что развитие права является эволюцией принципов, коренящихся в глубине национального духа. Но далее оказывается, что этот путь развития права — только желательный, нормальный путь — тот идеал, которым должен руководствоваться законодатель. Обращаясь к законодателю с идеальными требованиями, настаивая, в частности, чтобы законодатель был выразителем народных воззрений, Савиньи предполагает, что законодатель свободен исполнить или не исполнить эти требования. Таким образом, начав с отрицания свободы личности, он, в конце концов, оказывается вынужденным ее признать, обращается к ней с пожеланиями и требованиями.

С противоречивым и двойственным отношением старой исторической школы к человеческой свободе связывается столь же противоречивое отношение школы к вопросу о естественном праве. С одной стороны, ее учение о непроизвольном развитии права должно было привести ее к отрицанию естественного права. Если право развивается само собою, независимо от всякой сознательной деятельности людей, исключительно в силу естественного роста, то, очевидно, человек не может предъявлять к нему никаких нравственных требований, а следовательно, не может быть речи о желательном изменении права. Если неизменный, роковой закон развития исключает какое бы то ни было участие личного творчества в созидании права, то предъявлять к праву нравственные, или, что то же, естественно-правовые требования, так же нелепо, как желать изменения законов развития мира растительного или животного. Однако Савиньи и Пухта не остаются последовательными: отвергая участие свободного творчества личности в развитии права, они в то же время говорят о желательном направлении деятельности законодателя. Утверждая, что свободная человеческая личность занимает по отношению к правовому развитию положение пассивного зрителя, они в то же время предъявляют к законодателю идеальные требования и поэтому невольно становятся на почву естественного права.

Профессор Новгородцев<sup>23</sup> в своей интересной диссертации, посвященной вопросу об исторической школе, обратил внимание на эти противоречия представителей старой исторической школы. Так, Савиньи утверждает, что "единственное разумное право" есть право, живущее в сознании народа: задача правителей и законодателей заключается в том, чтобы с ним сообразоваться. Новгородцев верно замечает, что, говоря о единственно разумном праве, Савиньи приходит к признанию своего рода естественного права. Отвергая в принципе естественное право и не желая признавать никакого права, кроме положительного, историческая школа в действительности не может обойтись без идеи естественного права.

В этом основном противоречии исторической школы выразилась вся несостоятельность одностороннего и узкого историзма. Восставая против учения естественного права, сторонники исторической школы думают в истории найти подтверждения и доказательства своего учения. Но суд истории высказывается против них: история показывает, что всякий прогресс действующего права обусловлен критическим отношением к нему, а такая критика возможна только на почве правового идеала. Естественное право в качестве такого критерия действующего права, играет в истории роль того основного двигателя, без которого невозможно прогрессивное движение. Изучение истории приводит, следовательно, к осуждению чистого историзма, и учение Савиньи и Пухты должно рухнуть как вследствие несогласия с действительностью, так и под бременем собственных внутренних противоречий.

Господство воззрений Савиньи продолжалось до 50-х годов истекшего столетия, которые были поворотным пунктом в развитии философии права и юриспруденции вообще. Поворот этот связывается с именем знаменитого немецкого юриста Рудольфа Иеринга. Он нанес учению старой исторической школы сокрушительный удар и сформулировал новое, более совершенное учение о происхождении права; в учении Иеринга историзм вступил в новую стадию своего развития.

Как ни разнилось, однако, учение Иеринга от учения его предшественников, оно все-таки было не более чем новым выражением историзма в правоведении. Устранив многие ошибки и непоследовательности прежних ученых — Гуго, Савиньи и Пухты, — Иеринг не мог избежать всех тех недостатков, которые по необходимости присущи односторонне историческому пониманию развития права.

Однако, прежде чем обратиться к недостаткам учения Иеринга, мы сначала остановимся на положительных его достоинствах.

Одна из наиболее существенных заслуг Иеринга состоит в том, что он доказал несостоятельность учения Савиньи и Пухты о произвольном и безболезненном развитии права. Учение это, по Иерингу, представляет собою прежде всего фантастическое построение: нелепо предполагать, что юридические понятия достаются людям готовыми, без всякого с их стороны труда. На самом деле, человек является всегда

борцом за право; он принимает самое деятельное участие в процессе образования и развития права. Обращаясь к истории, мы видим, что каждое новое юридическое понятие было для людей плодом ожесточенной борьбы и напряженных усилий. Если таков процесс развития права в исторические времена, то нет никакого основания предполагать, что как-либо иначе происходило развитие права в доисторические времена, в эпоху первобытной культуры, когда складывались самые основные юридические понятия. Такие понятия, как собственность, обязательство, власть, возникли благодаря долгой и упорной борьбе. Предполагать, что на выработку этих понятий не требовалось никаких усилий, что человек нашел их готовыми в своем уме, так же нелепо, как думать, что человек нашел готовыми земледельческие орудия или домашнюю утварь. Для того чтобы выработать юридические понятия, люди должны были долго трудиться, думать, совершать то неудачные, то удачные попытки в течение целых столетий. Борьба за право требовала, однако, не только умственных усилий, но и громадного напряжения воли: все нормы юридические всегда, так или иначе, затрагивают и ограничивают чьи-либо интересы. Чтобы восторжествовать над враждебными ему интересами, право должно вести с ними постоянную и упорную борьбу. Нарушение старых юридических норм и зарождение новых стоит человечеству нередко целых потоков крови. Человечеству приходится не только отыскивать новые юридические понятия, но и опрокидывать препятствия, преграждающие путь прогрессивному движению права. Процесс смены старых правовых воззрений и норм новыми не есть, стало быть, процесс безболезненного роста. Он представляет собой результат борьбы, которая нередко выражается в форме насильственных переворотов, революций.

Борьба против старого порядка ведется во имя идеи права; право существующее разрушается во имя права, долженствующего быть.

Будучи неверным теоретически, учение Савиньи и Пухты, по Иерингу, может иметь весьма вредное практическое влияние: в качестве политического правила это учение — одно из самых губительных заблуждений человеческого ума: в области права, где человек должен действовать со всей энергией своего ума, Савиньи ублаживает надеждой, что все делается само собой; человеку остается сложить руки и спокойно ожидать, пока произвольный процесс развития не создаст лучшего правового порядка. Одушевленный консервативными убеждениями, Савиньи требует, чтобы настоящее находилось в тесной связи с прошлым; напротив, учение Иеринга звучит как призыв к обновлению; он учит, что право может обновляться, только отказываясь от своего прошлого, "право — это Сатурн, пожирающий собственных детей".

Отбрасывая, таким образом, целый ряд ошибочных положений Савиньи и Пухты, Иеринг остается, однако, верным одной идее этих мыслителей — идее закономерного развития права. Идея эта еще до Савиньи была высказана Монтескье, а затем нашла себе выражение и

в творениях Юма.<sup>24</sup> Но только благодаря Савиньи она утвердилась в юриспруденции Нового времени; и в этом заключается капитальная заслуга старой исторической школы. Самый закон развития права был определен Савиньи неверно; однако, усматривая в этом развитии процесс закономерный, историческая школа не ошиблась. Развитие права подчиняется так же непреложным законам, как развитие ума — законам логики, развитие воли и всего психического склада человека — законам коллективной психологии и социологии. Это представление о закономерном развитии права является одним из важнейших завоеваний человеческого разума и должно служить одной из основ всякого учения о праве.

Однако, восприняв истинный элемент учения Савиньи и Пухты, Иеринг усвоил и часть их заблуждений; в отношении к естественному праву, несмотря на различия в других пунктах, он разделяет ошибки исторической школы. С одной стороны, Иеринг как будто ближе подходит к учению о естественном праве, чем Савиньи и Пухта; с другой стороны, он утверждает, что в праве нет ничего такого, что бы не составляло продукт исторического развития человечества.

Мысль Иеринга тут не чужда противоречий. Мы видели, что, по учению Иеринга, право представляет собою результат свободной деятельности человека и что идея права является основным фактором прогрессивного развития права. Развитие права совершается путем непрерывной борьбы, и лозунгом этой борьбы, по Иерингу, служит "идея права". Сам Иеринг признает, что слово "идея права" олицетворяет одну из труднейших задач философии права; за этим выражением скрывается мысль о расчете науки с правом, скрывается критика всей предшествовавшей истории права. Такое понимание "идеи права" вполне согласно с тем, о чем учат сторонники естественного права; и Иеринг мог бы быть причислен к ним, если бы у него не встречалось изречений диаметрально противоположного характера.

Та идея права, которая должна служить критерием для всего исторически сложившегося и действующего права, по Иерингу, сама есть всецело продукт истории. Тут-то и обнаруживается противоречие учения знаменитого юриста. Он забывает, что та идея, которая является перво двигателем и конечной целью исторического процесса, поэтому не может быть его продуктом. Поскольку идея права служит необходимым условием процесса развития права, она предшествует этому развитию и, следовательно, не может быть его результатом. Идея права представляет часть нравственности, совокупность требований, которые нравственность предъявляет к праву. Этот нравственный идеал может быть двигателем исторического процесса лишь при том условии, если существует такой нравственный закон, который находится вне движения, вне развития. Между тем Иеринг признает, что нравственность, как и право, есть всецело продукт истории; что история создала то, что мы называем нравственным законом. Пытаясь доказать это положение, он впадает в

заблуждения эволюционистов, которые мы отметили, говоря об отношении эволюции к нравственности. Из того, что нравственные понятия человечества изменяются, он заключает, что самое добро изменчиво. Все нравственные и юридические понятия, учит он, не исключая и самых элементарных, не прирождены человеческому сознанию, а приобретаются им путем постепенного накопления исторического опыта. Только опыт мог научить человека, что не должно грабить и убивать, только опыт научил его, что без соблюдения нравственных и правовых норм невозможна общественная жизнь. Как природа не научила его готовить пищу, делать утварь, строить дома и т. д., так точно не дала она ему никаких указаний для образования нравственных понятий и необходимых юридических установлений. Из того, что нравственный закон постепенно сознается и усваивается человеком, Иеринг делает вывод, что этот закон есть всецело продукт постепенного исторического развития человека.

Отсюда вытекает то двойственное отношение Иеринга к естественному праву, которое составляет слабый пункт его учения. Все учение его о происхождении права носит печать внутреннего противоречия. С одной стороны, Иеринг утверждает, что необходимым фактором правового прогресса служит идея права, т. е. представление о праве, как оно должно быть; с другой стороны, он говорит, что все нравственные и юридические понятия представляют собою только результат коллективного опыта. Однако в опыте мы видим только право, каково оно есть; опыт не дает нам никаких указаний о том, каково оно *должно быть*. Противоречие это наглядно обнаруживается из собственных слов Иеринга: в своем сочинении "Цель в праве" он утверждает, что все нравственные и юридические понятия произошли из опыта; но в том же сочинении он учит, что существование всех юридических норм обусловлено целью, что "*цель есть творец права*". Все правовые учреждения возникли ради осуществления различных целей человека: ради цели самосохранения возникла собственность, для охранения безопасности личности и имущества возникло государство; все вообще юридические учреждения возникли ради осуществления каких-либо практических целей человека. В этом смысле Иеринг и говорит, что цель есть творец права; но при этом он забывает, что право в таком случае не может быть только результатом опыта, ибо цель есть нечто такое, чего нет в действительности, чего мы не находим в опыте. Ясно, что в основе учения Иеринга о происхождении права лежит непримиримое противоречие.

Односторонность идеализма, господствовавшего в конце XVIII и в начале XIX столетия, заключается в том, что он считал возможным вывести a priori, без помощи опыта и наблюдения, целую систему права. С этим заблуждением у сторонников старого идеалистического направления связывалось ложное представление о всемогуществе человеческого разума, о возможности создать на началах разума новый порядок, ко-

торый не имел бы никаких корней в историческом прошлом. Неотъемлемая заслуга историзма XIX века состоит в указании на значение элемента исторического опыта, в частности, на значение опыта в развитии права и необходимость для всякого законодателя считаться с конкретными особенностями той исторической среды, в которой ему придется действовать.

Однако, отвергнув заблуждения сторонников идеализма, историзм впал в противоположную крайность. В лице Иеринга историзм объявил опыт единственным источником правосознания и отверг априорный, умозрительный элемент в образовании и развитии права. Однако умозрение и опыт представляют необходимое условие для развития права; право не может быть произведением ни одного только умозрения, ни исключительно одного опыта. Чтобы найти верную теорию образования и развития права, надо возвыситься над противоположными крайностями обоих направлений и установить такую точку зрения, которая совмещала бы в себе элементы истины, присущие как идеализму, так и историзму. Для этого необходимо определить, какова роль опыта и каково значение умозрительных начал в образовании и развитии права. Не подлежит сомнению, что коллективный опыт человечества играет огромную роль в развитии права, что без опыта мы не смогли бы создать ни одного правового института. Из опыта мы узнаем, что для обеспечения свободы необходимо правильно организованное общество, необходимы закон и власть; из опыта мы узнаем, что для обеспечения целей человеческого существования необходим институт собственности; из опыта же мы узнаем, какое общественное и политическое устройство наиболее целесообразно при данных конкретных условиях. Словом, опыт указывает, каковы должны быть конкретные задачи права в каждом данном случае и какими конкретными средствами оно может достигнуть своих целей. Но вопрос о том, в чем должны заключаться цели и права вообще, — выходит за пределы опыта. В самом деле, посредством опыта мы узнаем только существующее, *то, что есть*, тогда как цель есть нечто такое, чего еще нет в действительности, что *должно быть*; наш опыт объемлет в себе только то, что есть; вопрос о том, что должно быть, выходит за его пределы. Поэтому вопрос о том, должно ли существовать то или другое правовое учреждение, на основании одного опыта разрешен быть не может. Так, например, вопросы, должно ли право при данных исторических условиях признавать принцип частной и коллективной собственности, должна ли существовать монархия ограниченная или неограниченная, или же республика, — на основании одного опыта разрешены быть не могут.

Опираясь на опыт, защитники частной собственности утверждают, что она представляет наилучшее обеспечение личной свободы в обществе. Напротив, социалисты указывают, что частная собственность ведет к развитию капитализма, к сосредоточению в немногих руках огромных богатств и закреплению рабочей массы горстью владельцев орудий

производства. Данные опыта играют важную роль в этом споре, ибо без них мы не можем решить вопрос, который общественный строй всего лучше обеспечивает свободу личности. Но самая цель свободы, желательность коей признается обеими спорящими партиями, не есть понятие, заимствованное из опыта. Из опыта мы узнаем, что одни учреждения способствуют расширению индивидуальной свободы, другие — стесняют ее; но что свобода вообще желательна, что она должна служить целью права, — из опыта мы узнать не можем. Это — умозрительный идеал разума, та идея, которая лежит в основе развития права.

Таким образом, в образовании и развитии права участвуют два фактора: с одной стороны, *исторический коллективный опыт* человечества, с другой — *идея разума*, лежащая в основе всякого правосознания, причем исторический опыт служит *средством* для осуществления диктуемой разумом цели права.

С одной стороны, свобода личности является целью развития права, и свободная деятельность человека принимает участие в развитии права и создании новых норм; в этом отношении правы сторонники теории естественного права. С другой стороны, человеческая свобода ограничена конкретными условиями исторической среды, и свободная деятельность личности не в состоянии упразднить закон постепенного развития общества и права; в этом отношении правы сторонники исторического направления. Развитие права обуславливается, с одной стороны, свободной человеческой деятельностью, а с другой — совокупностью исторических условий, среди которых приходится действовать личности. Эволюция права, как показал Иеринг, протекает в непрерывной борьбе с этими препятствиями. Выяснение этого закона борьбы за право составляет бесспорную заслугу Иеринга. Конечно, учение о борьбе за право может быть принято только с теми ограничениями, которые вводит в него сам Иеринг. Иеринг вовсе не думал утверждать, что все право создано путем сознательной деятельности и сознательной борьбы; напротив, он прекрасно знает, что существует множество обычаев, которые слагаются совершенно бессознательно и стихийно; но таким путем развиваются только немногие второстепенные отделы права; важнейшие же юридические понятия составляют плод борьбы и напряженных усилий человеческой воли.

### Отдельные элементы понятия о праве

Всякое право, как в широком, так и тесном значении, включает в себе элемент *личный* и *общественный*.

С одной стороны, право, как норма, ограничивает свободу личности ради интересов общества; с другой стороны, оно предоставляет лицу известную сферу свободы, на которую не должны посягать остальные члены общества. Стало быть, право может рассматриваться: 1) как совокупность норм, предоставляющих, но вместе с тем ограничивающих

свободу лица, и 2) как свобода, предоставленная и ограниченная нормами. Другими словами, право есть: 1) *объективный порядок*, регулирующий отношения людей в обществе и 2) оно включает в себе *субъективные права* или правомочия отдельных лиц, признаваемые и предоставляемыми юридическими нормами. Учение о праве, соответственно с этим, должно распасться на два отдела: право в *объективном* смысле и право в *субъективном* смысле.

*Под правом в объективном смысле нужно разуметь совокупность всех юридических норм.*

Совокупность норм, обнимающих специальный вид отношений, например отношений семейных, вытекающих из собственности и др., называется институтами объективного права, или *юридическими институтами*.

Совокупность институтов, составляющих вместе целый отдел объективного права или обнимающих право какой-либо общественной организации, например государства, называется *системой* права.

*Под правом в субъективном смысле* следует разуметь ту сферу внешней свободы, которая предоставляется человеческой личности нормами объективного права.

Всякая юридическая норма создает для определенного разряда лиц ряд правомочий, притязаний и вместе с тем включает в себе требование, повеление, обращенное к другим лицам, чтобы они не нарушали этих правомочий.

Устанавливая, с одной стороны, права, юридические нормы определяют, с другой стороны, соответствующие им обязанности. Если, например, Иван является кредитором Петра, т. е. имеет право на получение с последнего долга, то Петр обязан уплатить ему. Если юридические нормы закрепляют имущество, положим, за Григорием, то все прочие лица обязаны уважать собственность Григория.

Стало быть, рядом с правами отдел о праве в субъективном смысле имеет своим предметом и обязанности. Засим, создавая право, с одной стороны, обязанности — с другой стороны, всякие юридические нормы тем самым создают *юридические отношения* между лицами или, что то же, *правоотношения*. Таким образом, в область права в субъективном смысле входят права, обязанности и юридические отношения.

## Право в объективном смысле

Учение о праве в субъективном смысле предполагает знакомство с сущностью юридических норм, т. е. с природою права в объективном смысле. Поэтому в учении об отдельных элементах права — право в объективном смысле должно составить первый отдел.

Вопрос о функциях юридических норм до сих пор является спорным вопросом в науке. Одни ученые (Бирлинг, Тон, Коркунов...) учат, что все юридические нормы заключают в себе повеления, или императивы.

Другие (например, Цительман<sup>25</sup>) утверждают, что рядом с нормами повелительными существуют нормы, не заключающие в себе велений, например нормы дозвоительные, предоставленные и др. Наконец, профессор Петражицкий находит, что оба учения могут быть признаны одинаково правыми и неправыми, так как каждая норма заключает в себе, с одной стороны, *повеление*, а с другой — *дозволение*, а потому все юридические нормы суть одновременно *повелительные* и *предоставительные*. Доводы профессора Петражицкого по многим основаниям кажутся мне убедительными. В самом деле, нетрудно убедиться, во-первых, в том, что всякая норма заключает в себе повеление, которое может быть выражено и в положительной, и отрицательной форме.

Если одни нормы предписывают что-нибудь делать, а другие запрещают что-либо делать, то на этом основании нельзя делать юридические нормы и повелительные, и запретительные. Всякий запрет ведь есть повеление чего-нибудь не делать, воздерживаться от какого-либо действия, и, следовательно, юридические нормы, запрещающие какое-нибудь действие, должны быть отнесены к разряду повелительных... Если закон воспрещает ростовщичество и предписывает наказание за нарушение этого требования, то эти нормы — повелевающая и запрещающая — одинаково относятся к числу норм повелительных.

Аргументация ученых, отвергающих повелительный характер всех юридических норм, покоится на недоразумении. Именно они делают юридические нормы на различные виды, причем единственным основанием такого деления служит та словесная форма, в которую они облакаются в юридических памятниках и сборниках законов. Однако за этим словесным различием не скрывается никакого действительного различия юридических норм. Иногда законодатель вместо повелительного употребляет описательный способ выражения; статья 47 наших прежних Основных законов гласит: "*Российская империя управляется на твердом основании законов, уставов и учреждений, от Самодержавной Власти исходящих*". Из описательного способа выражения этой статьи нельзя заключать, что мы имеем дело с *описательной*, а не *повелительной* нормой права: на самом деле статья 47 заключает прямое повеление, обращенное ко всем должностным лицам, чтобы они управляли не по личному произволу, а согласно с законом.

Когда положительный закон определяет состав какого-нибудь учреждения, при этом также часто употребляется описательная форма выражения. Например, статья 40 Университетского устава 1884 г. гласит: "*Правление Университета состоит под представительством ректора, из деканов всех факультетов и инспектора*". И тут, несмотря на описательную форму выражения, закон заключает в себе повеление, чтобы Правление Университета составлялось из определенных лиц.

Противники сведения всех юридических норм к нормам повелительным отличают от последних еще нормы *определительные*, *отрицательные*, *дозвоительные*. Но по внимательном рассмотрении оказывается,

что такая классификация основана только на особенностях словесной редакции тех или других законов. Этой классификации не соответствует реальное различие юридических норм, ибо все перечисленные нормы непременно заключают в себе повеления. Сплошь да рядом та или другая статья закона дает то или другое юридическое определение; например, законодатель определяет, что такое кража, грабеж, мошенничество и пр. На этом основании некоторые ученые говорят, что существует особая категория норм определительных. Но ясно, что это утверждение покоится на недоразумении, так как всякое законодательное определение заключает в себе повеление. Если закон определяет понятие кражи, то тем самым он повелевает, чтобы суд применял наказания, назначенные за кражу, только к тем действиям, которые подходят под определение, данное законом.

Точно так же нельзя говорить о каком-либо самостоятельном виде *отрицательных* норм. Под отрицательными обыкновенно разумеются те нормы, которые указывают, что с некоторыми фактами не должно связывать известных юридических последствий. В действительности мы имеем здесь дело не с самостоятельными нормами, а с постановлениями законодательства, которые отменяют или ограничивают уже раньше существовавшие нормы, имеющие повелительный характер. Так, например, если закон постановляет, что преступления, совершенные неумышленно, не наказываются, то такие постановления законодательства не создают новых норм, а только вносят ограничение в другие юридические нормы, в силу которых всякое преступление подлежит наказанию.

По преимуществу служат предметом спора так называемые дозво-лительные, или предоставительные, нормы права. Противники сведения всех юридических норм на нормы повелительные утверждают, что рядом с повелительными существует множество норм, не заключающих в себе никакого повеления, а только дозволяющих или предоставляющих что-либо делать. Нормам такого рода дается название дозво-лительных, или предоставительных. Однако при внимательном разборе этого утверждения обнаруживается, что оно основано на недоразумении.

В законодательных сборниках действительно можно встретить статьи, имеющие характер дозво-лительный, но из этого еще не следует, чтобы соответствующие юридические нормы не заключали в себе повелений. Статьи этого рода можно разбить на несколько групп. Во-первых, некоторые статьи закона, имеющие дозво-лительный характер, выражают полную или частичную смену существовавших раньше запрещений. Такие статьи не устанавливают новых норм права, а только уничтожают прежние, имевшие повелительный характер. Допустим, например, что закон раньше воспрещал студентам вступать в брак, а затем появилось новое правило, разрешающее им жениться с согласия университетского начальства; это не будет новая, дозво-лительная норма права, а только частичная отмена старой, заключавшей в себе повеление, выраженное в отрицательной форме.

Другую группу так называемых дозволительных норм составляют статьи, вставленные в законодательные сборники в целях редакционных. Законодатель часто выражает какое-нибудь дозволение делать что-либо только для того, чтобы тут же высказать запрещение, ограничивающее дозволение. Положим, например, что закон разрешает всем русским подданным приобретать имения везде в пределах Российской империи, но затем ограничивает это дозволение, говоря, что из этого общего правила изымаются поляки и евреи, коим не разрешается покупать имений в юго-западном крае. Тут, очевидно, содержание юридической нормы заключается не в дозволении всем русским подданным приобретать имения, а в запрещении этого полякам и евреям. Здесь мы опять-таки имеем не дозволительную норму, а повелительную, выраженную в отрицательной форме. Дозволение же в данном случае имеет исключительно редакционное значение.

Существует еще третья группа статей закона, заключающих дозволение. В этих статьях дозволение не является ограничением прежнего запрещения или редакционным придатком, а играет действительно существенную роль. Примером таких законов может служить закон, предоставляющий кредитору требовать уплаты долга; закон, разрешающий губернатору в случае народных волнений и беспорядков прибегать к содействию войск; наконец, университетский устав, предоставляющий студентам право слушать любого из двух профессоров, читающих параллельные курсы по одному и тому же предмету. Во всех этих случаях дозволение имеет действительно важное значение; но следует заметить, что, кроме дозволения, все эти законы содержат в себе и повеление. Предоставляя одним лицам право, закон параллельно с этим налагает на других положительные обязанности, соответствующие предоставленным правам и, стало быть, — повелевает. Так, в перечисленных случаях праву губернатора обращаться к содействию войск соответствует положительное повеление начальнику гарнизона в известных случаях являться на помощь к губернатору; праву кредитора требовать уплаты долга соответствует повеление должнику уплатить долг; дозволению студентам слушать одного из двух профессоров, читающих параллельный курс, соответствует повеление факультету зачитывать семестр студентам независимо от того, который из двух параллельных курсов они слушали.

Таким образом, оказывается, что так называемые дозволительные нормы, подобно вообще всем юридическим нормам, содержат в себе повеления и что, стало быть, повеление является непременной функцией всех юридических норм без исключения. Ошибочно было бы, однако, думать на этом основании, что функции юридических норм сводятся только к повелениям.

Всякая норма права, с одной стороны, повелевает, налагая обязанности и будучи поэтому повелительной, с другой стороны, дозволяет, предоставляет тем или другим лицам те или другие права и является, таким образом, дозволительной. Существенное свойство юридических

норм заключается именно в том, что тем правам, которые они приписывают, всегда соответствуют чьи-либо обязанности. Так, например, закон, предоставляющий собственнику право пользоваться данной вещью, налагает на всех прочих людей обязанность не нарушать этого права. Обязанности подданных повиноваться соответствует право государственной власти повелевать и т. д. Праву, таким образом, свойственна двойственная функция: повелительная и предоставительная. На этом основании профессор Петражицкий в своем литографированном курсе замечает, что все юридические нормы суть в одно и то же время повелительные и предоставительные, или, как он выражается, все нормы суть одновременно *императивы* и *атрибутивы*.

Если бы нормы выражали только веления, то они не создавали бы никакого права. Если бы, например, закон предписывал платить долг, но не предоставлял бы права требовать его, то не было бы права на долг. Стало быть, дозволение составляет столь же существенную функцию юридических норм, как и повеление.

Такая характеристика юридических норм вполне согласуется с тем определением права, которое было сделано в начале нашего курса. Мы видели, что право, с одной стороны, предоставляет лицу определенную сферу внешней свободы, с другой — ограничивает ее. Эти два элемента права находят в себе выражение в двух упомянутых функциях юридических норм: дозволением норма отводит известную сферу свободы, а повелением ограничивает индивидуальную свободу ради общих интересов. Например, норма, устанавливающая право частной собственности, с одной стороны, предоставляет лицу свободу пользоваться вещью; с другой стороны, повелевает остальным людям не нарушать этой свободы. Норма, предоставляющая мне право на жизнь, в то же время содержит повеление прочим лицам не нарушать моего права.

Итак, дозволение и повеление суть основные функции всех юридических норм; следовательно, ошибочно было бы думать, что нормы дозволительные и повелительные составляют два самостоятельных вида юридических норм.

От этих общих замечаний, касающихся вообще всех юридических норм, перейдем теперь к обзору отдельных форм права в объективном смысле.

## **Разделение права по условиям его обязательности**

### **Источники права**

Мы уже убедились в предшествовавшем изложении, что в зависимости от того, чем обуславливается обязательность правовых норм, все они могут быть разделены на две различные группы, причисленные к двум основным формам права. Все те правовые нормы, коих обязатель-

ность обусловливается санкцией того или другого внешнего авторитета (например, государства, церкви), суть *нормы права позитивного, или положительного*. Напротив того, все те правовые нормы, коих обязательность не обусловливается каким-либо внешним авторитетом, а требованиями разума, суть *нормы права естественного*.

Общественный авторитет, создающий нормы права позитивного, выражается и проявляется двумя различными способами, а соответственно с этим и позитивное право, в свою очередь, распадается на две основные формы. Во-первых, нормы позитивного права могут возникать вследствие прямого предписания власти, представляющей собой авторитет того или другого общества и устанавливающей законы, обязательные для всех его членов. Таков наиболее распространенный способ возникновения правовых норм в человеческих обществах, достигших известной степени развития: так именно возникает большая часть правовых норм в государстве, церкви и международном союзе государств. Но законодательство — далеко не единственная форма проявления общественного авторитета и, следовательно, — далеко не единственный способ возникновения позитивного права.

Нормы позитивного права могут возникать и слагаться помимо всякого вмешательства законодателя и вообще власти: они могут слагаться, так сказать, сами собою, путем обычая, причем в последнем случае основанием их обязательности служит авторитет той или другой общественной среды, подчиняющейся обычаю. Были времена, когда еще не существовало ни власти государственной, ни какой-либо другой постоянно организованной власти, могущей законодательствовать от имени того или другого общественного союза, а люди все-таки подчинялись известным правовым нормам. У диких народов мы находим теперь множество правил несомненно юридических, которые сложились и приобрели значение права сами собою, путем обычая, без всякого предписания какой-либо власти; обязательность таких правил обусловливается тем, что они в течение более или менее продолжительного времени выражают собой воззрения того или другого народа, той или другой организованной группы людей; здесь общественный авторитет выражается в форме *привычки* данного общества подчиняться тем или другим правилам, *в виде обычая*. На низших ступенях культуры все вообще нормы позитивного права возникли и создавались таким образом, ибо позитивное право начало существовать раньше, чем создалось государство, раньше, чем возникла власть законодательная и вообще какая бы то ни было власть. Сама власть (в качестве постоянного учреждения) обязана своим первоначальным образованием обычаю, т. е. постепенно выработавшейся привычке людей — повиноваться тому или другому предводителю, подчиняться известным учреждениям, связующим определенную группу людей в единый народ или племя. Да и не только на первобытных ступенях культуры, — у народов цивилизованных точно так же существует много правил, получивших значение позитивного

права не в силу предписания законодателя, а в силу долговременного и однообразного их применения, иначе говоря, в силу обычая.

Соответственно с этими двумя главными способами образования норм, должно различать две основные формы позитивного права — закон и обычай. Рядом с этими основными формами права некоторые ученые различают еще некоторые побочные — административные распоряжения, судебную практику, право юристов. В последующем изложении нам придется рассмотреть, действительно ли этим названиям соответствуют самостоятельные формы права.

Перечисленные формы права нередко называются также *источниками права*. Термин "источник права" принадлежит к числу таких, с коими приходится ежеминутно сталкиваться при изучении юридических наук, вследствие чего здесь представляется необходимым разъяснить его значение. Вряд ли можно согласиться с мнением Ренненкапфа,<sup>26</sup> который под "источником права" понимает силы, причины, образующие право: нормы позитивного права суть результат взаимодействия сложной совокупности исторических причин, из коих далеко не всеми усвоено в науке название "источников права". Так, например, новые нормы государственного права, в частности нормы, определяющие устройство верховной власти, нередко возникают вследствие революций; новые нормы уголовного права могут возникать вследствие появления каких-либо новых преступлений, которые раньше не предвиделись уголовным законодательством; развитие фабрик и заводов вызывает появление законов, регулирующих взаимные отношения хозяев и рабочих. Все перечисленные явления общественной жизни так или иначе влияют на образование, развитие норм положительного права, и, однако, никому никогда не приходило в голову — называть их источниками права.

Стало быть, под источниками права следует понимать не все те причины, так или иначе влияющие на образование правовых норм, а только некоторые из них. Под этим термином в науке права следует понимать вовсе не те причины, которые так или иначе влияют на содержание правовых норм, а только те именно причины или силы, которые сообщают тем или другим правилам значение правовых норм, т. е. обуславливают собой их *обязательность*. Это можно объяснить рядом примеров. Существует ряд правовых норм, ограждающих собственность против чужих посягательств. Содержание этих норм обуславливается весьма разнообразными причинами, например, существованием разнообразных видов воровства и мошенничества, необходимостью обеспечить собственность в интересах мирного общения людей; все эти причины влияют на содержание правовых норм, но тем не менее ни факт существования воровства, ни общественный интерес, требующий ограждения собственности, не сообщают нормам, ограждающим собственность, их правовой, юридической силы: нормы эти становятся нормами позитивного права или в силу закона, или же, в случае отсутствия власти, могущей издавать закон для данных отношений, в силу практики,

которая путем прецедента или обычая устанавливает известное наказание за воровство. Закону, прецеденту и обычаю свойственно возводить известные правила на степень норм позитивного права: в этом смысле мы и можем назвать закон, прецедент и множественный прецедент — обычай — источниками права. Итак, под источниками позитивного права следует подразумевать те причины или условия, которые сообщают известным правилам значение норм позитивного права. Все эти причины или условия, собственно говоря, сводятся к одному первоначальному условию, следовательно, к одному первоначальному источнику позитивного права: таковым является авторитет того общества людей, в котором действуют данные нормы позитивного права. Мы уже знаем, что необходимый признак всякого вообще позитивного права, в отличие от права естественного, заключается в том, что обязательность первых обуславливается всегда каким-либо общественным авторитетом. Вот почему я и говорю, что общественный авторитет есть основной источник всякого позитивного права; к этому авторитету в конце концов сводятся те источники права, о которых мы уже говорили раньше, — закон, прецедент и обычай. Почему законодательной власти присвоено полномочие издавать правила, обязательные для всех граждан данного государства? Потому что законодатель олицетворяет собой авторитет определенного союза, определенного общества людей. Почему долговременно соблюдавшийся обычай может сообщать известным правилам значение правовых норм? Потому что в таких обычаях проявляется авторитет целой общественной среды, которая им подчиняется. Таким образом, первоначальным источником позитивного права является тот или другой общественный авторитет, устанавливающий правовые нормы; закон, обычай и прецедент заслуживают названия источников права лишь в качестве *способов проявления* общественного авторитета.

От "источников права" следует точно отличать "источники правоповедения", или источники нашего познания о праве. Мы узнаем о существовании норм позитивного права из сборников, изданных теми или другими правительственными органами или частными лицами, из исторических памятников или ученых сочинений. Все это — источники познания о праве, стало быть, источники правоповедения, а не источники права. Закон у нас в России имеет обязательную силу не потому, что он помещен в Своде законов, а потому, что он издан законодательной властью. Стало быть, Свод законов ни в каком случае не есть источник права, а только источник нашего познания о праве, следовательно, — источник правоповедения.

Правовое творчество внешнего авторитета может проявляться тремя способами. *Во-первых*, он может издавать те или другие прямые предписания или веления: в этом случае мы будем иметь законы или закон в обширном смысле. *Во-вторых*, общественный авторитет может вводить в жизнь новые правовые нормы путем неуклонного следования обычаю, т. е. путем постоянного применения одинаковых правил к однородным

случаям жизни. Этим способом создается *юридический обычай*, или *обычное право*. Наконец, юридические нормы могут быть вводимы в жизнь путем применения какого-либо правила не только к множеству, но даже и к отдельным единичным случаям. В этом случае мы будем иметь *прецедент*.

Таким образом, три основные источники права суть: *закон, обычай и прецедент*. Мы начнем рассмотрение этих источников права с последнего — во-первых, потому что изо всех форм права прецедент является древнейшей, и, во-вторых, потому что вопрос о прецеденте в науке принадлежит к числу наиболее спорных.

## Прецедент

Всюду, где только люди находятся между собой в правовом общении, множество правовых норм возникают сами собой не только помимо вмешательства законодателя, но и помимо прямого вмешательства власти.

Прямое законодательство представляет собой чересчур громоздкий и медлительный аппарат, который отстает от жизни и не успевает удовлетворять ее быстро созревающим новым запросам. Бесперывно развиваясь, жизнь никогда не останавливается в своем течении; между тем в деятельности законодателя, даже самого совершенного, неизбежны частные паузы и перерывы. Беспреданно возникающие спорные правовые вопросы, сплошь да рядом не могут ждать решения их законодателем; раньше, чем он приступит к их решению, они в отдельных случаях, казусах разрешаются, помимо его участия, практикой. И решение, принятое в одном спорном случае, становится прецедентом для ряда других однородных случаев. Таким образом, *путем прецедентов создаются правовые нормы*.

Это можно наблюдать прежде всего в судебной практике. Ни в одну эпоху истории деятельность суда не ограничивалась одним применением закона к отдельным случаям жизни. Законодательство, даже самое совершенное, не может всего предвидеть и заключает в себе неизбежные проблемы, которые и выполняются судебной практикой. Существует общее правило во всех современных государствах, что суд "не может отказываться от рассмотрения дела под предлогом неполноты, неясности и противоречия существующих законов". Поэтому, когда на рассмотрение суда поступает какой-либо гражданский спор, законом не предусмотренный, суд обязан вынести то или другое решение. Понятно, что в этих, часто встречающихся случаях суд решает дело на основании правовых начал, *не нашедших себе выражения в законодательстве*.

Всякое решение, вынесенное судом, имеет общее принципиальное значение. Элементарное условие всякого правосудия состоит в том, чтобы суд решал все однородные случаи на основании одних и тех же правил. Поэтому-то решение отдельного казуса устанавливает *преце-*

денг, т. е. общую правовую норму для всех аналогичных случаев. Таким образом, суд не только применяет закон, но и задает новые нормы права в дополнение к нему.

Исторически множество важнейших норм права создано именно этим путем, посредством судебных прецедентов. Так, например, этим путем создано в Риме все *jus gentium* — т. е. все то римское гражданское право, которое явилось на смену древнейшему *jus civile*. Говоря словами известного знатока английской конституции Дайси, "история развития права в Англии есть в значительной мере история судебной практики. Между прочим, и самое рабство в Англии было уничтожено не законом, а судебным прецедентом. В конце XII века английский суд перестал признавать собственность человека над человеком и в этом смысле решал все споры о рабстве: таким путем рабство было отменено".

В Англии и в наше время судебный прецедент признается официально источником права. В континентальных государствах такое значение за прецедентом официально не признается, но, однако, можно и здесь указать множество норм права, созданных именно этим путем помимо закона. Следовательно, фактически судебный прецедент *везде* является источником права.

Значение источника права принадлежит не одному только *судебному* прецеденту: нормы права создаются путем прецедента действительностью всех вообще органов власти. Известно, например, что ряд важнейших учреждений английского государственного права создан путем прецедента. Английский закон не включает никаких постановлений относительно кабинета министров: правило, что кабинет выходит в отставку в случае неблагоприятного вотума парламента, возникло путем единичных прецедентов, мало-помалу сложившихся в обычай. Самый парламентаризм, таким образом, был введен в жизнь прецедентом.

Понятие права, как это уже было выяснено, не совпадает с правом в официальном значении этого слова. Поэтому и сфера действия прецедента шире, нежели сферы действия органов государственной власти. Множество норм права создается путем прецедента не только помимо участия, но даже без ведома, а иногда и против воли государства. Примером может послужить любая незаконная общественная организация, хотя бы прежние организации студенческие. Тут почти все сложилось путем прецедента: права сходов, как общих, так и курсовых, пока существовали курсы, права председателей сходов и студенческих старост, где таковые имеются, и т. п.

Примеров действия прецедентов вообще можно привести неограниченное множество; во всех вообще сферах правовых отношений прецедент играет роль источника права, т. е. силы, сообщающей известным правилам значение правовых норм.

При этом, как сказано, из всех источников права прецедент — несомненно древнейший. В те времена, когда еще не было правильно организованной государственной, а следовательно, законодательной власти, пра-

вовые нормы вообще создавались по поводу отдельных конкретных случаев, т. е. путем прецедента, который затем закреплялся обычаем.

## Обычное право

Наряду с прецедентом, источником права является обычай, коим создается так называемое обычное право. Под юридическим обычаем понимаются такие правовые нормы, которые сложились путем постоянного применения одних и тех же правил к однородным случаям жизни.

Такие нормы могут слагаться как при участии, так и без участия органов государственной власти. Но во всяком случае — *без прямого предписания власти*; в этом отличительная черта обычая от закона в обширном смысле.

В сущности, обычай сводится к прецеденту: он есть не что иное, как *множественный прецедент*. В самом деле, ясно, что все юридические нормы, относимые к обычаю, первоначально сложились не путем обычая, а путем прецедента: так называемые юридические обычаи возникали *по поводу единичных случаев*; возникшее таким образом правило затем применялось к ряду однородных случаев и становилось *обычаем*. Обычай, таким образом, только скреплял правило, возникшее путем прецедента; иначе говоря, обычай есть многократно повторявшийся прецедент.

Это можно выяснить на примере любого юридического обычая. Положим, например, что путем обычая домашняя прислуга получила *право* на улучшенную пищу в определенные праздничные дни, или, скажем, студенты получили *право* выбирать курсовых старост. Доказывать право в том и другом случае можно только ссылкой на *прецеденты*, т. е. на случай в прошлом, когда прислуге давались к празднику, положим, куличи или университетское начальство позволяло студентам избирать старост, признавало их, вступало с ними в сношения. Неизбежность ссылки на прецеденты по всех случаях, где требуется установить существование нормы обычного права, доказывает тождество обычая с множественным прецедентом.

Иногда для создания нормы права достаточно прецедента единичного; иногда же только обычай, т. е. многократное повторение, может сообщить прецеденту силу права. Так, например, тот факт, что единичная крестьянская община признала право на избу за старшим сыном умершего крестьянина, еще не устанавливает общей нормы права. Но если будет доказано, что с незапамятных времен крестьяне именно в этом смысле решали споры о наследстве, то существование данной нормы наследственного права будет уже несомненным. Таким образом, множественный прецедент — обычай — сплошь да рядом создает юридические нормы, коих не под силу создать прецеденту единичному.

В чем же заключается различие обычая юридического от обычая простого, не имеющего юридического значения?