



**ВОРОНЕЖСКИЙ ИНСТИТУТ
МВД РОССИИ**

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА
Хрестоматия
Том 1

Воронеж
2023

Воронежский институт МВД России

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Хрестоматия

Том 1

**Воронеж
2023**

УДК 340
ББК 67.0
Т 33

Составители:

К. С. Панченко – кандидат юридических наук;
А. В. Кирнос – кандидат политических наук, доцент;
В. А. Колесников – кандидат политических наук, доцент.

Рецензенты:

М. М. Буслов – начальник отделения НЦБ Интерпола ГУ МВД России по Воронежской области, кандидат юридических наук;

С. С. Нехорошева – старший инспектор отдела кадров УРЛС ГУ МВД России по Воронежской области, кандидат юридических наук.

Теория государства и права : хрестоматия в 2 т. / Сост. К. С. Панченко,
Т 33 А. В. Кирнос, В. А. Колесников – Воронеж : Воронежский институт
МВД России, 2023. – Т. 1 – 347 с.

ISBN 978-5-00229-067-3
ISBN 978-5-00229-068-0

Хрестоматия содержит извлечения из трудов известных отечественных и зарубежных философов и ученых, раскрывающие различные аспекты возникновения, развития и функционирования государства и права.

Для обучающихся по юридическим специальностям, преподавателей, практикующих юристов, а также для всех интересующихся проблемами в данной области.

Т-69-43(І)-23

УДК 340
ББК 67.0

ISBN 978-5-00229-067-3 © Панченко К. С., Кирнос А. В., Колесников В. А., 2023
ISBN 978-5-00229-068-0 © Воронежский институт МВД России, 2023

Содержание

Бентам И.	
Введение в основания нравственности и законодательства	5
Бержель Ж.-Л.	
Общая теория права	24
Берман Г. Дж.	
Вера и закон: примирение права и религии	36
Гегель Г. В. Ф.	
Философия права	41
Иеринг Р.	
Борьба за право	57
Ильин И. А.	
Общее учение о праве и государстве	61
Кельзен Г.	
Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве	68
Конт О.	
Общий обзор позитивизма	91
Коркунов Н. М.	
Лекции по общей теории права	96
Кросс Р.	
Прецедент в английском праве	121
Лейст О. Э.	
Сущность права	138
Локк Д.	
Два трактата о правлении	152
Монтескье Ш. Л.	
О духе законов	161
Муромцев С. А.	
Определение и основное разделение права	173
Новгородцев П. И.	
Введение в философию права. Кризис современного правосознания ...	185
Петражицкий Л. И.	
Теория права и государства в связи с теорией нравственности	193
Сен А.	
Идея справедливости	202
Тойнби А. Дж.	
Цивилизация перед судом истории	210

Трубецкой Е. Н.	
Лекции по энциклопедии права	219
Фихте И. Г.	
Основа естественного права согласно принципам наукоучения	232
Хайек Ф. А.	
Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики	239
Хёффе О.	
Справедливость: философское введение	258
Шершеневич Г. Ф.	
Общая теория права	269
Шмитт К.	
Государство: право и политика	317
Шумпетер Й.	
Капитализм, социализм и демократия	338

Бентам И.

**ВВЕДЕНИЕ В ОСНОВАНИЯ НРАВСТВЕННОСТИ
И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА¹**

Глава XVI

О пропорции между наказаниями и преступлениями

I

Мы видели, что общая цель всех законов есть предотвращать вред, т.е. когда он этого стоит; но что там, где нет других средств сделать это кроме наказания, есть четыре случая, где дело этого не стоит.

II

Когда вред стоит этого, то законодатель, руководящийся в своих взглядах принципом полезности, при своем стремлении достигнуть сколько возможно этой общей цели естественно предполагает себе следующие четыре второстепенные цели.

III

1. Его первая, наиболее обширная и наиболее желательная цель есть предотвратить, насколько только возможно, и все стоящие того роды преступлений, каких бы то ни было; другими словами, действовать так, чтобы не могло быть совершаемо вообще никаких преступлений.

IV

2. Но, если человек необходимо должен совершить преступление того или другого рода, ближайшая цель законодателя есть скорее побудить его совершить менее вредное преступление, чем более вредное; другими словами, побудить его выбирать всегда наименее вредное из двух преступлений, которые будут соответствовать его цели.

V

3. Когда человек решился на какое-нибудь частное преступление, ближайшая цель есть расположить его делать не больше вреда, чем сколько необходимо для его намерения; другими словами, сделать так мало вреда, как это сообразно с благом, какое он имеет в виду.

VI

4. Последняя цель состоит в том, чтобы, каков бы ни был вред, который предполагается предотвращать, предотвращать его сколько возможно дешевле.

¹ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства / Москва, 1998. 415 с.

VII

С этими четырьмя целями должны быть сообразны правила, которыми должна быть определяема пропорция между наказаниями и преступлениями.

VIII

Правило 1. Первая цель, как видели, та, чтобы предотвращать все роды преступлений, насколько это стоит делать; поэтому – ценность наказания должна быть во всяком случае не менее, чем сколько достаточно для того, чтобы перевесить ценность прибыли от преступления.

Если бы эта ценность была меньше, то преступление все-таки будет наверняка совершено (если только не вмешаются какие-нибудь другие соображения, независимые от преступления, и если эти соображения не действуют успешно в качестве предохраняющих мотивов): вся совокупность наказаний будет выброшена: она будет совершенно недействительна.

IX

Против вышеприведенного правила часто возражали на основании его кажущейся суровости: но это может быть только по недостатку должного понимания его. Сила искушения, *ceteris paribus*, равняется прибыли от преступления; количество наказания должно возрасти с прибылью от преступления: поэтому, *ceteris paribus*, оно должно возрасти с силой искушения. Это не подлежит спору. Правда, что чем сильнее искушение, тем менее решительно указание, которое акт преступления дает об испорченности расположения преступника. Итак, если только в разбираемом случае не окажется какого-нибудь отягчения, происходящего из необыкновенной испорченности расположения, или по большей мере, если в разбираемом случае окажется присутствие основания для облегчения, происходящего из невинности или благотворности расположения преступника – сила искушения может действовать в смысле понижения требования наказания. Но действие ее никогда не может простираться так далеко, чтобы она могла выказать свойство делать наказание недействительным, что, конечно, будет, если понизится уровень видимой прибыли от преступления.

Частная благосклонность, которая была бы склонна к уменьшению наказания ниже этого уровня, действовала бы как против тех целей, к которым, собственно, хотел бы стремиться этот мотив, так и против тех, более обширных целей, к которым должна бы стремиться благосклонность: это было бы жестокостью не только против публики, но и против тех самых лиц, в пользу которых она говорит: я разумею, в последствиях, хотя она и желает противного в своих намерениях. Это была бы жестокость против

публики, потому что, при недостатке в должном охранении, публика оказалась бы подверженной вреду преступления; жестокость даже против самого преступника, потому что он был бы наказываем без всякой ясной мысли и без шанса достигнуть той благотворной конечной цели, которая одна может оправдывать введение зла наказания.

X

Правило 2. Но будет ли данное преступление предотвращено в данной степени данным количеством наказания – это всегда только шанс; и для приобретения этого шанса, каково бы ни было применяемое наказание, многое применяется авансом. Впрочем, чтобы дать ему лучший шанс перевесить прибыль от преступления, чем больше вред преступления, тем больше должна быть трата, какую стоит сделать путем наказания.

XI

Правило 3. Дальнейшая цель – та, чтобы побудить человека выбирать всегда наименее вредное из двух преступлений; поэтому, когда встречаются два преступления, то наказание за большее преступление должно быть достаточно для того, чтобы побудить человека предпочитать меньшее.

XII

Правило 4. Когда человек решился на какое-то преступление, то дальнейшая цель – побудить его делать не больше вреда, чем необходимо для его намерения: поэтому – наказание должно быть приноровляемо к каждому преступлению таким образом, чтобы для каждой части вреда здесь мог быть мотив, который бы удерживал преступника от произведения этого вреда.

Надобно заметить, что прибыль, хотя часто, но не постоянно, бывает пропорциональна вреду: например, когда вор вместе с теми вещами, какие он желал иметь, крадет и те, которые ему совсем не нужны. Это может случиться по легкомыслию, лени, торопливости и прочему.

XIII

Правило 5. Последняя цель – та, чтобы, какого бы мы ни остерегались вреда, остерегаться от него насколько можно дешевле: поэтому – наказание ни в каком случае не должно быть больше того, чем сколько нужно для того, чтобы согласовать его с данными здесь правилами.

XIV

Правило 6. Нужно заметить далее, что так как люди при различных обстоятельствах различным образом и в разной степени принимают действие одной и той же возбуждающей причины, то наказание, по имени одно и то же, не всегда произведет (или действительно, или даже видимо для

других) в двух разных лицах одну и ту же степень страдания: поэтому – для того, чтоб количество наказания, действительно налагаемое на каждого индивидуального преступника, соответствовало количеству, предполагаемому для подобных преступников вообще, всегда надобно принимать в расчет различные обстоятельства, оказывающие влияние на чувствительность.

XV

Из приведенных правил пропорций четыре первые, как мы можем видеть, служат для обозначения границ на стороне уменьшения или границ, ниже которых наказание не должно быть уменьшаемо; пятое – для обозначения границ на стороне увеличения или границ, выше которых наказание не должно быть увеличиваемо. Пять первых правил рассчитаны на то, чтобы служить руководством законодателю; для той же цели в некоторой степени рассчитано, правда, и шестое, но главным образом оно должно служить руководством для судьи в его старании сообразоваться, с обеих сторон, с намерениями законодателя.

XVI

Оглянемся немного назад. Первое правило, чтобы сделать его более удобным для применения к практике, быть может, нуждается в несколько более подробном разъяснении. Надо заметить, что для большей точности нужно было вместо слова «количество» употреблять менее ясный термин «ценность». Потому что слово «количество», собственно, не включает в себе обстоятельств несомненности или близости, обстоятельств, которые всегда должны браться в расчет при определении ценности известной доли страдания или удовольствия. Далее, с одной стороны, доля наказания есть доля страдания; с другой – прибыль от преступления есть доля удовольствия или того, что ему равнозначно. Но прибыль от преступления обыкновенно бывает более несомненна, чем наказание, или (что все равно) по крайней мере кажется такой преступнику. Во всяком случае эта прибыль бывает обыкновенно более непосредственна. Отсюда следует поэтому, что для того, чтобы сохранить превосходство наказания над прибылью от преступления, ценность наказания должна быть поднята каким-нибудь другим путем пропорционально тому, чем оно уступает относительно двух пунктов – несомненности и близости. Но оно не может получить прибавки к своей ценности иначе, как получая прибавку в отношении объема (*magnitude*). Итак, везде, где ценность наказания оказывается недостаточна или относительно несомненности, или относительно близости, в сравнении с прибылью от преступления, – там оно должно получить прибавку относительно объема.

XVII

Еще дальше, чтобы увериться в том, что ценность наказания действительно становится выше ценности преступления, в некоторых случаях может оказаться необходимым брать в расчет не только прибыль от индивидуального преступления, к которому должно прилагаться наказание, но также и прибыль от других подобных преступлений того же рода, которые преступник мог уже совершить без улики. Как ни суров этот подсчет наугад, в некоторых случаях невозможно будет не прибегнуть к нему; именно в таких случаях, где прибыль есть денежная прибыль, где шанс улики очень мал и где вредный акт такого свойства, что указывает на привычку; например, в случаях подделки монеты. Если не прибегать к упомянутому способу, то привычка к этому преступлению, по балансу расчета, наверное, будет прибыльной привычкой. В таком случае законодатель может быть совершенно уверен, что он будет не способен прекратить это преступление и что все наказание, за него налагаемое, останется без действия и без пользы. Одним словом (употребляя те же выражения, которые мы уже выставили), все это количество наказания будет недействительно.

XVIII

Правило 7. По рассмотрении этих вещей, в дополнение и объяснение к правилу 1-му, могут быть введены следующие три правила:

Чтобы дать возможность ценности наказания перевесить ценность прибыли от преступления, наказание должно быть увеличено относительно объема пропорционально тому, чего ему недостает относительно несомненности.

XIX

Правило 8. Далее, наказание должно быть увеличено относительно объема пропорционально тому, чего недостает ему относительно близости.

XX

Правило 9. Где акт положительно указывает на привычку, наказание должно быть увеличено настолько, чтобы дать ему возможность перевесить не только прибыль от индивидуального преступления, но и прибыль от других подобных преступлений, которые мог совершить тот же преступник безнаказанно.

XXI

На требование наказания могут – в некоторой небольшой степени – иметь влияние и некоторые другие обстоятельства или соображения; но так как свойство их не столь удобно показать, или оно не столь постоянно, или приложение их не так определено, как в предыдущих, то можно сомневаться, следует ли ставить эти обстоятельства на один уровень с другими.

XXII

Правило 10. Когда наказание, которое по своему качеству особенно хорошо рассчитано для удовлетворения его намерения, не может иметь меньше известного количества, то при употреблении его иногда может быть полезно немного расширить его выше того количества, которое было бы строго необходимо по другим основаниям.

XXIII

Правило 11. В частности, это может иногда иметь место в таких случаях, когда предположенное наказание такого свойства, что оно особенно хорошо рассчитано для того, чтобы служить нравственным уроком.

XXIV

Правило 12. Вышеупомянутые соображения клонятся к тому, чтобы требовать увеличения наказания; следующее правило действует для его уменьшения. Есть (как мы видели) известные случаи, где вследствие влияния случайных обстоятельств наказание может иметь шанс сделаться бесполезным только в одной части. Поэтому – при определении количества наказания должно быть обращено внимание на обстоятельства, которые могут сделать всякое наказание бесполезным.

XXV

Правило 13. Должно заметить, что чем больше разнообразен и подробен какой-нибудь разряд положений закона, тем больше шанс того, что какая-нибудь данная статья его будет забыта: и при этом от нее не будет никакой пользы. Различия более сложные, чем сколько могут понять те, на поведение которых они должны оказывать влияние, будут даже хуже, чем бесполезны. Вся система получит смутный характер: и таким образом уничтожено будет не только действие пропорциональности, устанавливаемой этими статьями, но и действие всего, что с ними связано. Начертить точную линию направления в подобном случае кажется невозможно. Впрочем, для памяти может быть не лишним прибавить следующее правило: если между статьями закона, предназначенными усовершенствовать отношение между наказаниями и преступлениями, встретятся такие, которые своими особенно хорошими действиями не вознаграждают неудобства, какое они сделали бы в кодексе, увеличивая его запутанность – эти статьи должны быть опущены.

XXVI

Надобно заметить, что политическая санкция, к которой относится род наказаний, разбираемых в этой главе, есть только одна из четырех санкций, которые все могут внести свою долю в произведение одних и тех же результатов. Поэтому можно сказать, что при назначении количества

политического наказания должно обращать внимание на содействие, которое оно может встретить со стороны этих других управляющих сил. Правда, что от каждого из этих различных источников может иногда происходить весьма могущественное содействие. Но дело в том, что (оставляя в стороне нравственную санкцию в случае, где сила ее положительно принимается и видоизменяется политической санкцией) воздействие этих других сил никогда не бывает достаточно определено, чтобы на нем можно было основываться. Это воздействие никогда не может быть рассчитано в точных долях, подобно политическому наказанию, и измерено в числе, количестве и ценности. Поэтому законодатель обязан составить полный комплекс наказаний, как если бы он был уверен, что не получит никакого содействия ни от одной из этих сил. Если он может это сделать – тем лучше; если же нет, то он необходимо должен на всякий случай составить этот комплект совершенно независимо (от всего остального).

XXVII

Здесь нелишне будет перечислить еще раз те различные обстоятельства, которые надо иметь в виду при установлении пропорции между наказаниями и преступлениями. Эти обстоятельства, кажется, следующие:

I. Со стороны преступления:

1. Прибыль от преступления;
2. Вред преступления;
3. Прибыль и вред от других больших или меньших преступлений разного рода, которые преступник мог предпочитать;
4. Прибыль и вред от других преступлений того же рода, в которых преступник, вероятно, был уже виновен.

II. Со стороны наказания:

5. Объем наказания, состоящий из его интенсивности и продолжительности;
6. Недостаточность наказания относительно несомненности;
7. Недостаточность наказания относительно близости;
8. Количество наказания;
9. Случайная выгода относительно качества наказания, не строго необходимая относительно количества;
10. Употребление наказания особенного качества, в смысле нравственного урока.

III. Со стороны преступника:

11. Ответственность класса лиц, способного к преступлению;
12. Чувствительность каждого отдельного преступника;
13. Частные заслуги или полезные качества отдельного преступника – в том случае, когда наказание может лишить общество блага от этих заслуг или качеств;

14. Большое число преступников по какому-нибудь особенному случаю.

IV. Со стороны публики, в каком-нибудь особом случае:

15. Наклонности народа в пользу или против какого-нибудь количества или способа наказания;

16. Наклонности иноземных держав.

V. Со стороны закона, т.е. публики, в течение известного времени:

17. Необходимость делать для простоты небольшие жертвы относительно пропорциональности.

XXVIII

Быть может, найдутся люди, которые с первого взгляда сочтут потерянным трудом ту мелочную осмотренность, какую мы употребили в установлении этих правил: потому что грубое невежество, скажут они, никогда не ломает головы над законами, а страсть не рассчитывает их. Но зло невежества допускает лечение; а что касается положения, что страсть не рассчитывает, то это несправедливо, как большая часть таких слишком общих и решительных положений. Когда речь идет о таких важных вещах, как страдание и удовольствие, и притом то и другое в самой высшей степени (то есть о единственных вещах, которые могут иметь важность), то кто же не рассчитывает? Правда, люди рассчитывают – одни с меньшей точностью, другие с большей; но все люди рассчитывают. Я не сказал бы, что даже сумасшедший человек не рассчитывает. Страсть рассчитывает – больше или меньше – в каждом человеке; в разных людях, смотря по пылкости или холодности их расположения, по твердости или раздражительности их характера, по свойству действующих на них мотивов. К счастью, из всех страстей наиболее поддается расчету та страсть, излишеств которой общество всего больше может опасаться вследствие ее силы, постоянства и всеобщности: я разумею ту страсть, которая соответствует мотиву денежного интереса; так что эта мелочная осмотренность (если ее можно так назвать, когда идет дело об установлении правил наказания) имеет наилучшие шансы быть действительным средством – там, где эта действительность имеет величайшую важность.

Глава XVII

О том, какие свойства должен иметь комплекс наказания

I

Мы показали правила, которые должны быть соблюдаемы при определении пропорции между наказанием и преступлением. Естественно, что свойства, которые должны быть даны комплексу наказания, должны быть для каждого случая таковы, какие нужны для того, чтобы они были способны применяться сообразно с этими правилами: качество будет определяться количеством.

II

Припомним, что первое из этих правил было то, что количество наказания во всяком случае должно быть не менее того, чем сколько достаточно, чтобы перевесить прибыль от преступления: поэтому, как скоро количество его меньше этого, весь комплекс наказания (если только случай недостаточности не пополняется какой-нибудь из других санкций) пропадает; оно – недействительно. Пятое правило было то, что наказание ни в каком случае не должно быть больше, чем требуется разными другими правилами: потому что иначе все, превышающее это количество, не нужно. Четвертое правило было то, что наказание должно быть прилагается к каждому индивидуальному преступлению таким образом, чтобы каждая часть вреда этого преступления могла иметь свое взыскание: иначе та известная часть преступления, которая не имеет соответствующего ей взыскания, как будто остается без наказания. Далее, известный комплекс наказания не может быть согласован ни с одним из этих правил, если только этот комплекс наказания не будет допускать вариаций, соответствующих каждой вариации в количестве того вреда от известного рода преступлений, к которому это наказание прилагается. Чтобы доказать это, пусть прибыль от преступления допускает множество степеней. Предположим затем эту прибыль на одной из этих степеней: если наказание будет меньше, чем сколько следует для этой степени, оно будет недействительно, оно пропадет даром; если оно будет больше, то на количество превышающей разности оно будет не нужно; следовательно, оно пропадет и в этом случае.

Итак, первое качество, которое должно быть дано комплексу наказания, – то, чтобы этот комплекс был способен иметь относительно своего количества вариации сообразно с каждой вариацией, какая может иметь место в прибыли или вреде преступления. Это свойство, кажется, может быть обозначено словом изменяемость.

III

Второе свойство, тесно связанное с первым, может быть названо равномерностью. Мало будет пользы в том, что законодатель установил способ наказания (удовлетворительный во всех других отношениях), и притом способный быть увеличенным или уменьшенным до требуемой степени, если за всем тем, какая бы степень ни была выбрана, эта степень, смотря по обстоятельствам, способна будет производить или слишком тяжелую степень страдания, или слишком легкую, или даже совсем никакой. В этом случае, как и прежде, при одних обстоятельствах большая часть произведенного страдания будет не нужна; при других обстоятельствах не будет страдания вовсе, или же оно будет недействительно. Когда наказание подлежит такой неправильности, оно может быть названо неравномерным; когда свободно от этой неправильности, то равномерным. Правда, количество страдания, производимого наказанием, будет в значительной

степени зависеть от обстоятельств, отличных от характера самого наказания: от положения преступника относительно обстоятельств, могущих оказывать влияние на чувствительность человека. Но влияние самих этих обстоятельств во многих случаях будет взаимно подчиняться влиянию характера наказания: другими словами, страдание, производимое каким-нибудь способом наказания, будет соединенным действием того наказания, которое приложено к человеку, и тех обстоятельств, в которых он подвергается ему. Но есть некоторые наказания, действие которых способно подвергаться большему изменению от влияния таких посторонних обстоятельств, чем способно подвергаться ему действие других наказаний. В таком случае равномерность или неравномерность могут считаться свойствами, принадлежащими самому наказанию.

IV

Примером способа наказания, способного быть неравномерным, служит наказание изгнанием, когда *locus a quo* (или место, откуда человек изгоняется) есть какое-нибудь определенное место, указанное законом, которое преступнику, быть может, безразлично. Сюда принадлежит также денежное или квазиденежное наказание, когда оно относится к какому-нибудь частному виду собственности, которым преступник мог владеть или не владеть, как случится. Все эти наказания могут разделяться на части и измеряться с величайшей мелочной точностью: так как они могут разделяться по времени, по крайней мере, – если уже не по чему-нибудь иному. Поэтому ни одно из них не недостаточно относительно изменяемости: и, однако же, во многих случаях этот недостаток в равномерности может сделать их столь же неудобными для употребления, как если бы они были недостаточны и относительно изменяемости.

V

Третье правило пропорции было то, что когда встречаются два преступления, то наказание за большее преступление должно быть достаточно для того, чтобы побудить человека предпочитать меньшее преступление. А для того, чтобы быть достаточным для этой цели, оно должно быть очевидно и однообразно больше: больше не только в глазах некоторых людей, но всех людей, которые способны быть в таком положении, что им придется выбирать между двумя преступлениями, т.е. в глазах всего человечества. Другими словами, два наказания должны быть совершенно соизмеримы. Отсюда возникает третье свойство, которое может быть названо соизмеримостью (*commensurability*), т.е. относительно других наказаний.

VI

Но наказания разных родов в очень немногих случаях бывают постоянно больше одни других; в особенности, когда низшие степени

наказания, которое бывает обыкновенно больше, сравниваются с высшими степенями того, которое бывает обыкновенно меньше: другими словами, наказания разных родов в немногих случаях бывают постоянно соизмеримы. Единственное верное и универсальное средство сделать два комплекса наказания совершенно соизмеримыми состоит в том, чтобы сделать меньшее наказание составной частью большего. Это может быть сделано двумя способами: 1) прибавляя к меньшему наказанию другое количество наказания того же рода; 2) прибавляя к нему другое количество другого рода. Последний способ не меньше верен, чем первый: потому что хотя не всегда можно быть совершенно уверенным, что одно данное наказание покажется одному и тому же лицу больше другого данного наказания, но можно быть всегда уверенным, что всякое данное наказание, как только оно имеется в виду, покажется больше, чем вовсе никакого.

VII

Далее. Наказание может действовать только в той степени, насколько уму человека представляется идея этого наказания и его связи с преступлением. Если идея его не присутствует в уме человека, оно не может действовать вовсе; и тогда само наказание должно быть недействительно. А для того, чтобы присутствовать, оно должно быть воспоминаемо, а чтобы быть воспоминаемо, оно должно быть узнано. Но из всех наказаний, какие можно вообразить, нет ни одного, связь которого с преступлением было бы так легко узнать и так прочно запомнить, как то наказание, идея которого отчасти уже соединена с какой-нибудь частью идеи преступления, — а это бывает тогда, когда в том и другом есть какое-нибудь обстоятельство, общее им обоим. Когда это общее бывает в наказании и в преступлении, то говорится, что наказание имеет аналогию с преступлением или что оно характерно для него. Поэтому характерность есть четвертое свойство, которое на этом основании должно быть дано комплексу наказания всякий раз, когда это может быть удобно.

VIII

Очевидно, что действие этой комбинации будет тем больше, чем теснее аналогия. Аналогия будет тем теснее, чем важнее обстоятельство, которое им обще. А самое важное обстоятельство, которое может быть обще преступлению и наказанию, есть тот вред или убыток, который они производят. Поэтому самая тесная аналогия, которая может существовать между преступлением и наказанием, к нему приложенным, есть та аналогия, которая существует между ними, когда вред или убыток, производимый ими, бывает одного и того же свойства: другими словами, та аналогия, которая образуется обстоятельством тождественности их вреда. Вследствие того самую тесную аналогию с преступлением имеет тот способ наказания, который в настоящем и точном смысле слова называется возмездием. Поэтому возмездие — в тех немногих случаях, где оно бывает исполнимо и не слишком дорого, — будет иметь большое преимущество перед всяким другим способом наказания.

IX

Далее. На ум человека, собственно, действует только идея наказания (или, другими словами, кажущееся, видимое наказание), а самое наказание (реальное наказание) действует только тем, что порождает эту идею. Поэтому всю услугу совершает кажущееся (apparent) наказание, я разумею, в смысле примера, который есть главная цель. Весь вред приносит реальное наказание. Обыкновенный и верный способ увеличить объем кажущегося наказания есть увеличить объем реального. Впрочем, кажущийся объем можно до известной степени увеличивать другими, менее дорогими средствами: поэтому всегда, когда эти менее дорогие средства могут столь же соответствовать цели и когда в то же время употребляется прибавочное реальное наказание, это прибавочное реальное наказание не нужно. Что касается этих менее дорогих средств, то они состоят: 1) в выборе особенного способа наказания, наказания особенного качества, независимо от количества; 2) в особенном роде церемоний, отдельных от самого наказания и сопровождающих его исполнение.

X

Когда кажущийся вид наказания имеет большую пропорцию к реальному, то способ наказания может быть назван более примерным (exemplary). Но что касается выбора самого наказания, то нет другого средства сделать данное количество наказания более примерным, как выбрать наказание такого рода, которое бы имело аналогию с преступлением. Отсюда другой резон делать наказание аналогичным преступлению или, другими словами, делать его характерным.

XI

Надобно помнить, что наказание само по себе есть издержка (expense): само по себе оно есть зло. Вследствие этого пятое правило о мере наказания – не делать его больше, чем сколько требуется по другим правилам. Но это бывает всякий раз, когда производится какая-нибудь частица страдания, нисколько не способствующая предположенному результату. И если какой-нибудь способ наказания бывает более другого способен производить подобное излишнее и ненужное страдание, он может быть назван неумеренным; если менее, то – умеренным. Поэтому умеренность есть шестое свойство, которое желательно для способа наказания.

XII

Умеренность в способе наказания достигает совершенства тогда, когда не только не производится излишнего страдания на стороне наказываемого лица, но даже и сама операция, посредством которой оно подвергается страданию, устроена так, чтобы соответствовать цели – произвести удовольствие на стороне какого-нибудь другого лица. Мы разумеем прибыль

или количество удовольствия личного рода; потому что удовольствие необщественного рода, конечно, почти произведено на стороне всех лиц, в сердце которых преступление возбудило чувство неблагосклонности. Так бывает это с денежным наказанием и также с такими наказаниями квазиденежного рода, которые состоят в отнятии такого владения, какое может переходить от одной стороны к другой. Правда, удовольствие, производимое такой операцией, вообще не равняется страданию; но это может быть, однако, в особенных обстоятельствах, как, например, там, где человек, у которого вещь взята, очень богат, а тот, кому ее отдают, очень беден; и, как бы то ни было, оно всегда гораздо больше, чем можно произвести каким-нибудь другим способом наказания.

XIII

Свойства примерности и умеренности стремятся, по-видимому, к той же непосредственной цели, хотя различными путями. Оба стараются уменьшить отношение реальной тягости наказания к кажущейся; но примерность стремится увеличить кажущуюся тягость, умеренность – уменьшить реальную.

XIV

Сказанное до сих пор относится к свойствам, которые должны быть даваемы наказаниям вообще, к каким бы преступлениям они ни прилагались. Следующие далее свойства менее важны, или относясь только к некоторым преступлениям, в частности, или завися от влияния переходных и местных обстоятельств.

Во-первых, четыре различные цели, на которые подразделяется главная и общая цель наказания, могут произвести столько же различных свойств, смотря по тому, насколько известный способ наказания является более удобным для достижения той или другой из этих целей. К цели примера как главной было уже применено особенное свойство. Остаются три низшие цели – исправления, отнятия способности к преступлению и воздаяния.

XV

Поэтому седьмое свойство, желательное в способе наказания, есть содействие исправлению или исправляющая тенденция. А всякое наказание содействует исправлению пропорционально своему количеству; потому что чем больше испытанное человеком наказание, тем больше оно способно произвести в нем отвращение к преступлению, бывшему причиной наказания; и это относится ко всем преступлениям одинаково. Но есть известные наказания, которые относительно известных преступлений имеют особенное стремление производить этот результат своим качеством: и там, где это бывает, такие наказания, прилагаемые к таким преступлениям,

будут иметь преимущество перед всеми другими. Это влияние будет зависеть от характера мотива, который был причиной преступления: наказанием, наиболее содействующим исправлению, будет тот род наказания, который лучше всего рассчитан на то, чтобы ослабить силу этого мотива.

XVI

Таким образом, для преступлений, происходящих от мотива дурной воли, самую сильную исправительную тенденцию будет иметь то наказание, которое всего лучше рассчитано для того, чтобы ослабить силу гневных чувств; и особенно в том роде преступлений, который состоит в упорном отказе преступника сделать что-нибудь, требуемое от него по закону, и где упорство в большей мере увеличивается его досадой против тех, кто имеет интерес принуждать его к уступке и исполнению, в подобном случае наиболее действительным наказанием было бы, кажется, заключение с умеренной диетой.

XVII

Таким же образом для преступлений, происходящих от соединенного влияния лени и денежного интереса, самую сильную исправительную тенденцию имеет, кажется, наказание, которое всего лучше рассчитано на то, чтобы ослабить силу первого из этих расположений. И, в особенности, в случаях воровства, обмана и всякого рода подлогов наилучший способ для этой цели в большей части случаев есть, кажется, принудительный труд.

XVIII

Восьмое свойство, желательное в известных случаях для комплекса наказания, есть действенность наказания в отнятии способности к преступлению. Это свойство может быть в совершенстве дано комплексу наказания, и притом дано гораздо вернее, чем свойство исправительности. Неудобство состоит здесь в том, что это свойство способно вообще становиться в противоречие со свойством умеренности: так как в большей части случаев нет верного средства лишить человека возможности делать вред, не лишая его в то же время и в значительной степени возможности делать добро – и себе, и другим. Поэтому вред преступления должен быть так велик, чтобы он требовал весьма значительной доли наказания для цели примера, прежде чем он может допустить применение наказания, равного тому, какое необходимо для цели отнятия способности к преступлению.

XIX

Наиболее действенное наказание в этом смысле есть, очевидно, смерть. В этом случае действенность наказания несомненна. Вследствие того это наказание в особенности применяется к тем случаям, где, пока

преступник жив, имени его будет достаточно, чтобы привести в негодование всю нацию. Так бывает от случая к случаю с претендентами на престол и предводителями партий в гражданских войнах: хотя в применении к преступлениям такого проблематического свойства, где вопрос о преступности вертится больше на успехе, чем на чем-нибудь ином, приложение такого рода наказания может, кажется, пахнуть скорее враждой, чем наказанием. В то же время это наказание, очевидно, в значительной степени неумеренно, что и составляет одно из многих возражений против его употребления, кроме разве самых чрезвычайных случаев.

XX

В обыкновенных случаях для этого отнятия способности к преступлению может достаточно служить тот или другой из различных родов заключения и изгнания, из которых содержание в тюрьме есть одно из самых строгих и действенных наказаний. Потому что, когда преступление обставлено так, что может совершиться только в известном месте, как это бывает в большей части преступлений против лица, все, что должен сделать закон для прекращения преступнику возможности совершать его, есть предотвратить ему возможность быть в этом месте. Во всех преступлениях, состоящих в нарушении или злоупотреблении какого-нибудь доверия, эта цель может быть достигнута гораздо дешевле, простым отнятием этого доверия; и вообще во всех преступлениях, могущих совершаться благодаря каким-нибудь отношениям, в которых преступник стоит к другому лицу или разрядам лиц, – простым прекращением права извлекать принадлежащие к ним выгоды. Так бывает, например, во всех преступлениях, состоящих в злоупотреблении привилегией брака или в злоупотреблении свободой производства какого-нибудь выгодного или иного занятия.

XXI

Девятое свойство есть удобство для воздаяния (*subserviency to compensation*). Если имеется в виду воздаяние с характером мщения, то это свойство с небольшими вариациями будет пропорционально количеству; если имеется в виду выгодное (*lucrative*) воздаяние, то это бывает особенным и характерным свойством денежного наказания.

XXII

В довершение всех этих свойств может быть введено свойство популярности, весьма изменчивый и неопределенный род свойства, который может принадлежать комплексу наказания в один момент и может быть потерян в другой. Под популярностью разумеется то свойство, по которому наказание кажется удобно или, лучше, не кажется неудобно для массы народа, среди которого предполагается его ввести. Строго говоря, оно скорее должно бы быть названо отсутствием непопулярности; потому что

относительно такой вещи, как наказание, нельзя ожидать, чтобы какой-нибудь вид или доля его показались положительно удобными и приятными для народа: достаточно, если, по большей части, в народе нет решительного отвращения к мысли о нем. А так как упомянутое выше свойство характерности, кажется, больше, чем всякое другое, стремится примирить одобрение народа со способом наказания, то популярность может считаться родом второстепенного качества, зависящего от свойства характерности. Польза внесения этого свойства в каталог главным образом состоит в том, чтобы служить напоминанием законодателю – не вводить без настоящей необходимости никакого способа или доли наказания, к которым бы он заметил сильное отвращение в массе народа.

XXIII

Действие непопулярности способа наказания аналогично с действием неумеренности на стороне преступника. Очень легко произвести ненужное страдание, которое делает наказание неумеренным. Точно так же производится излишняя часть страдания, когда наказание непопулярно: но в этом случае оно производится на стороне лиц, совершенно невинных, народа вообще. Это есть уже один вред; а другой вред – та слабость, которую это способно ввести в закон. Когда народ доволен законом, он охотно содействует его исполнению; когда он недоволен законом, он естественно не будет оказывать ему своего содействия; хорошо еще, если он не станет положительно чинить препятствий его исполнению. Это значительно увеличивает сомнительность наказания; и отсюда прежде всего умножается число преступлений. С течением времени этот недостаток, как обычно, может повести к увеличению объема наказания: т.е. прибавления к нему известного количества, которое было бы не нужно.

XXIV

Надобно заметить, что это свойство необходимо предполагает в народе тот или другой предрассудок, исправление которого должно быть обязанностью законодателя. Потому что, если бы отвращение к этому наказанию основывалось на принципе полезности, то наказание было бы такое, какое бы не следовало употреблять по другим причинам: и в этом случае о его популярности или непопулярности не стоило бы говорить. Поэтому это есть собственно свойство не столько наказания, сколько свойство народа: расположение иметь нерезонное отвращение к предмету, который заслуживает одобрения. Это есть также знак другого свойства, т.е. лени или слабости со стороны законодателя, который допускает то, что народ вредит собственному своему интересу из-за недостатка обучения, которое он был бы должен и мог бы иметь. Как бы то ни было, как скоро такое неудовольствие существует, законодателю следует обратить на него внимание, как если бы оно было совершенно основательно. Всякая нация

может иметь свои предрассудки и капризы, которые законодатель должен разыскать, изучить и излечивать.

XXV

Одиннадцатое и последнее из свойств, желательных для комплекса наказания, есть отменяемость (cancellability). Вообще думают, что когда наказание применяется, то оно нужно, что оно должно быть применено и потому нет надобности, чтобы оно могло быть отменено. Но в особенных – и всегда весьма печальных случаях – дело может случаться иначе. Может случиться, что наказание будет наложено там, где по намерению законодателя оно не должно бы было быть применено, то есть, где потерпевший его невинен в преступлении. Во время произнесения приговора он казался виновным, но затем случайность обнаружила его невинность. В таком случае уже невозможно исправить той части наказания, которую он уже понес. Дело теперь в том, чтобы освободить его от той части, которая еще предстоит. Но будет ли еще что-нибудь предстоять? Есть очень мало шансов на то, чтобы что-нибудь еще могло предстоять, если только наказание не состоит в хроническом наказании: как, например, заключение в тюрьму, изгнание, принудительный труд и тому подобное. Когда дело состоит в остром наказании, т.е. когда в настоящую минуту уголовный процесс уже кончился и наказание может оставаться только в его последствиях, – дело может считаться неотменимым, неисправимым. Так бывает, например, при телесном наказании, клеймении, членовреждении и смертной казни. Самое неотменимое наказание есть смертная казнь. Потому что, хотя другие наказания, уже оконченные, и не могут быть отменены, они еще могут быть вознаграждены; и, хотя несчастная жертва не может быть возвращена в прежнее состояние, но, быть может, еще нашлись бы средства поставить ее в такое хорошее состояние, что оно могло бы заставить человека забыть свое страдание. Это может быть вообще сделано с большим успехом там, где наказание было денежное.

Свойство отменяемости может оказать пользу и в другом случае: когда хотя преступник был наказан справедливо, но по причине какого-нибудь хорошего поступка, сделанного им после того, как началось наказание, может показаться полезным отменить часть назначенного ему наказания. Но это едва ли может быть там, где пропорция наказания в других отношениях такова, какова и должна быть. Цель примера более важна, чем цель исправления. Едва ли можно думать, что наказание требуется меньше для первой цели, чем для последней. Потому что необыкновенным случаем будет скорее то, если наказание, достаточное для устрашения человека, думавшего о нем только несколько минут, не будет достаточно для устрашения человека, который все время его чувствует. Итак, все, что требуется для цели примера, должно оставаться во всяком случае: никакое исправление преступника не может дать права для отмены какой-нибудь его

части; если бы можно, человеку осталось бы только тотчас исправиться и таким образом освободиться от большей части наказания, которое было сочтено нужным. Следовательно, для того, чтобы иметь право на отмену какой-нибудь части наказания по этой причине, надо сначала предположить, что наказание, назначенное в первый раз, было больше, чем необходимо для цели примера, и что, следовательно, одна часть его была вообще не нужна. Это, действительно, легко, может быть, при господствующих теперь несовершенных системах: и потому, пока эти системы еще продолжают свое существование, свойство отменяемости должно считаться полезным, как по первому, так и по этому второму основанию. Но этого не было бы в какой-нибудь новопостроенной системе, в которой бы были соблюдены изложенные выше правила пропорции. Поэтому в такой системе польза этого свойства основывалась бы только на первой причине.

XXVI

Пересматривая различные возможные способы наказания, окажется очевидным, что ни один из них не владеет всеми упомянутыми свойствами в совершенстве. Поэтому, чтобы сделать лучшее, что может быть сделано в вопросе наказания, в большей части случаев необходимо будет складывать их и составлять из них сложные комплексы, которые бы состояли каждый из нескольких различных способов наказания, сложенных вместе: характер и пропорции составных частей каждого комплекса были бы различны, сообразно с характером преступления, которому предположено противодействовать.

XXVII

Нелишним будет собрать и представить в общем обзоре одиннадцать выше определенных свойств. Они следующие:

Два из них относятся к установлению должной пропорции между отдельным преступлением и его наказанием, а именно:

1. Изменяемость.

2. Равномерность.

Третье – к установлению пропорции между несколькими преступлениями и несколькими наказаниями, а именно:

3. Соразмеримость.

Четвертое содействует наказанию приобрести то положение, в котором одним оно может быть действенно, и в то же время доставить ему два дальнейшие свойства примерности и популярности, а именно:

4. Характерность.

Два следующие относятся к исключению всякого бесполезного наказания; одно – косвенно, возвышая действенность того, которое полезно; другое – прямо, а именно:

5. Примерность.

6. Умеренность.

Три другие содействуют каждое трем низшим целям наказания, а именно:

7. Содействие исправлению.

8. Действенность в отнятии способности к преступлению.

9. Содействие к вознаграждению.

Другое свойство стремится исключать побочный вред, который может быть иногда произведен каким-нибудь особенным способом наказания, а именно:

10. Популярность.

Последнее свойство стремится смягчить вред, который может произвести иногда всякое наказание вообще, а именно:

11. Отменяемость.

Свойства соразмерности, характерности, примерности, содействия исправлению и действенности в отнятии способности к преступлению в особенности рассчитаны на увеличение прибыли, которая может быть получена от наказания; умеренность, содействие к вознаграждению, популярность и изменяемость – на уменьшение издержек или стоимости наказания; изменяемость и равномерность одинаково полезны для обеих этих целей.

Бержель Ж.-Л.

ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА¹

Глава 3. Факт (деяние) и право

267. Нормативный характер юридического правила отличает его от фактов, то есть от событий, частных реальных обстоятельств, на которые указывают стороны в качестве обоснования своих юридических претензий. Но противопоставляя право и факт, нельзя не видеть того, что их связывает. Между ними существует двойная связь. С одной стороны, это «креативная связь»: право, по крайней мере частично, рождается из фактов. В данной книге мы не будем рассматривать связь права с фактами социальной действительности. С другой стороны, между правом и фактом существует связь на уровне применения: право реализуется в фактах. Миссия юристов, в частности судьи, сводится к тому, чтобы применять к фактам регулирующие их юридические правила. Поэтому нам предстоит исследовать, каким образом можно перейти от определенной «фактической» ситуации к юридическому правилу или, наоборот, от юридического правила к подчиненным ему фактическим ситуациям. То есть мы будем иметь дело с постоянным возвратно-поступательным движением от права к факту, причем факты призваны регулироваться правом, а предназначение права состоит в том, чтобы регулировать факты. Этим объясняется тот факт, что право и факт изолируются друг от друга в рамках большого числа юридических механизмов, например, доказательства, принципа доступности процесса, кассационного контроля... и что они, тем не менее, в реальности постоянно смешиваются, когда возникает необходимость ввести конкретные ситуации в юридическую систему.

Если следовать по пути, проложенному юристами Античности и Средневековья, юридическое суждение, во всяком случае имеющее место в рамках принятия судебных решений, будет основываться на силлогизме. Иногда силлогизм представляется как наиболее общее основание для какого бы то ни было применения права. Даже если признать несовершенство данного анализа, истинным остается утверждение, что судебное решение принимает форму силлогизма. В роли большего термина в данном случае выступает юридическое правило. Меньший термин представлен конкретным индивидуальным случаем. Заключение, проистекающее из сопоставления большего и меньшего терминов, составляет судебное решение, посредством которого допускается или не допускается применение к рассматриваемому случаю юридического следствия, предусмотренного большим термином.

¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / под. общ. ред. В. И. Даниленко ; пер. с фр. Москва, 2000. 576 с.

Определение правил, которые должны быть применены к рассматриваемым фактам, предполагает прежде всего, что эти факты установлены и каким-то образом квалифицированы, чтобы затем они могли быть усвоены юридической системой. Юридические следствия этих фактов выражают реакцию позитивного права на ситуацию, которую они представляют.

268. Главную трудность в юридическом суждении представляет определение посылок. Если таковые определены, из них логично и, как правило, без труда выводится заключение. Таким образом, механизм перехода от факта к праву представляется достаточно простым: закон имеет в виду определенный факт, пучок обстоятельств, внутрь которого помещается человек с тем, чтобы извлечь из этого правовые следствия. Первый факт – это человеческий акт, с которым соотносятся, посредством причинной связи, правовые следствия, к которым человек либо сознательно стремился, либо, наоборот, они были для него нежелательны. Так, закон предусматривает, что лицо, сознательно содействующее смерти другого, наказывается лишением свободы с обязательным трудом: если факт убийства установлен, совершивший его подвергается данному виду наказания. Как и в случае применения физического закона, реализация правового следствия часто предполагает объединение многочисленных и сложных условий. Но в противоположность тому, что происходит с физическими явлениями, юридическое следствие, которое соотносится с данными условиями, не вступает в силу автоматически: причинная связь между фактом и правом «осуществляется только в плане интеллектуальных репрезентаций». Здесь обнаруживается фундаментальное отличие научного закона от юридического правила. В юридической действительности следствие не обязательно следует за причиной: убийцу не всегда удастся найти, арестовать и приговорить, хотя он подлежит наказанию. Более того, факт не производит сам по себе правовых следствий. Для того, чтобы он их произвел, необходимо, чтобы существовало юридическое правило, применяющее к определенным фактам определенные следствия и выступающее в роли большего термина силлогизма; необходимо также, чтобы какой-то институт власти определял правило, применяемое к данным фактам, и выводил из этого следствия.

Следовательно, в связи с процедурой установления посылок возникают два вида трудностей: для определения меньшего термина необходимо, чтобы была установлена фактическая ситуация (§ 1). Для обнаружения большего термина необходимо идентифицировать эту ситуацию относительно юридических понятий, правил и институтов, то есть необходимо ее концептуализировать (§ 2).

§ 1. Установление фактов

269. На первый взгляд, доказательство представляется логичным механизмом, который позволяет проверить реальность факта или утверждения. Такое представление о доказательстве если и не ложно, в то же время не полно, поскольку в нем не учитывается контекст и цель процедуры судебного доказательства, которые делают его отличным от научного доказательства. В юридических вопросах доказательство имеет целью не столько установить объективную реальность, сколько убедить судью. Поиски доказательств ведутся не в тиши научных лабораторий, а в атмосфере кипения страстей, характерной для судебного процесса. Доказательство должно быть приведено в пределах разумного срока, необходимого для принятия какого-то решения, и должно рассматриваться как достаточное или недостаточное, потому что судья не имеет права отказаться отправлять правосудие (чтобы не попасть под действие соответствующего правила, карающего за отказ в правосудии). Юридическое доказательство не является, в отличие от научного доказательства, действием одного и того же лица, которое его и производит, и получает; оно вытекает из состязания нескольких лиц, судьи и сторон. Имея главной целью формирование определенного убеждения у судьи, судебное доказательство в течение длительного времени, по меньшей мере в сфере уголовного права, характеризовалось как «мистическое доказательство».

В условиях первобытных обществ доказательство принимает форму обращения к сверхъестественным силам, которые должны указать на виновного; такое доказательство состоит из ордалий, то есть испытаний, которым подвергаются подозреваемые с целью выяснения истины и которые рассматриваются как «суд Божий»: тот, кто выходит победителем в результате испытаний, доказывает таким образом, что Бог указал на него как на того, кто говорит правду или стоит за правое дело. На Западе ордалии практиковались вплоть до Латеранского собора (1215 г.) и в настоящее время практикуются в ряде примитивных обществ. Клятва имеет под собой такую же идейную основу.

В развитых обществах на смену системам мистических доказательств постепенно приходят системы рациональных доказательств.

Запрет пыток и отказ в сфере уголовного права от такой роли признания, когда оно определяло исход дела, свидетельствуют о таком прогрессе.

Научный прогресс и использование лабораторных технологий показали – как в сфере уголовного права, так и в сфере гражданского права – хрупкость свидетельств, ценность косвенных доказательств (улик), эффективность новых видов доказательства, которые больше не нацелены только на убеждение судьи, но в большей мере – на установление

объективной истины. Тем не менее по-прежнему используются две концепции доказательства, и выбор зависит от того, ограничивается ли доказательство формированием определенного мнения у судьи, основанного на комплексе сведений, которые могут быть ему предоставлены, или для доказательства требуются подлинные материальные свидетельства, которые могут быть прямыми или косвенными в зависимости от соответствующих предположений. Но так или иначе проблема доказательства остается фундаментальной, хотя часто не вызывает никаких споров, и особенно для случаев тяжбы. При рассмотрении любых дел недостаточно иметь основания, быть обладателем какого-то права или просто находиться в некоторой юридической ситуации; необходимо это доказать; за отсутствием доказательств все будет происходить так, будто права или ситуации не существовало, или все будет свидетельствовать о вине фактически невиновного. Право и доказательство – это несовпадающие понятия, самостоятельность которых тем больше, чем меньше свобода доказательства и чем труднее условия приведения доказательства. Поэтому можно предположить, что чем более гибко право сторон на доказательство, тем у доказательства больше шансов приблизить решение к истине. В то же время необходимо помнить о том, что свобода создает благоприятные условия для злоупотреблений, умалчиваний и приведения ложных доказательств: ложные свидетельства, подделка документов, фальсификации процедур регистрации... При этом не существует общего закона. Следовательно, необходимо, учитывая особый характер материала, корректировать право на приведение доказательств и, в частности, принимать во внимание способность фактов в соответствии с их природой поддерживать доказательство или противостоять ему. Некоторые факты недоступны для доказательства из-за отсутствия достаточно надежных средств исследования. Другие ускользают от доказательства в силу того, что совершаются без свидетелей, не оставляют следов, скрываются свидетелем ради сохранения профессиональной тайны, трудно поддаются оценке, сталкиваются с проблемой личной совести... В случаях, когда привести доказательство невозможно или крайне затруднительно, право отказывается от доказательства и обращается к принципам презумпции (Б), эффективность которых зависит от предмета доказательства (А).

А) Предмет доказательства

270. Проблема предмета доказательства относится к разряду классических. Доказательство, которое приводится сторонами, затрагивает только элементы фактического плана. «В обязанность сторон не входит доказывать существование или характер действия юридических правил, которые должны быть применены к данным элементам»: знать право – предназначение судьи, и если стороны ссылаются на определенные правила,

то делается это только для того, чтобы побудить к их применению, но не для того, чтобы доказать их существование. Действительно, претензии сторон опираются на две разновидности элементов. Элементы фактического плана, «структура факта», зависят от сторон, определенное участие в выяснении этих элементов принимает судья, причем данная функция судьи по-разному регламентируется различными правовыми системами. Эти элементы представлены юридическими фактами и актами, которые служат основанием для претензий и с которыми связано начало процесса. Правовые элементы – это юридические правила, которые могут быть применены к данным фактам. Однако четкость такого различения факта и права нарушается, когда речь идет о применении иностранных законов, правил, составляющих обычай, или правил деловой практики. Презумпция знания права французским судьей прекращает действовать, и судья не обязан исследовать ни содержание иностранного юридического правила, ни содержание правил деловой практики. Существование и содержание правил должны устанавливать стороны, которые на эти правила ссылаются. Прежде всего, стороны должны пользоваться иностранным правом, когда его применение предписывается правилами, которые регулируют ситуации конфликта законов. Стороны должны доказать содержание таких правил, используя все средства и главным образом при помощи «обычных сертификатов», источником которых являются юрисконсульты и официальные органы иностранного государства. В настоящее время сведения о содержании правовых документов иностранных государств предоставляются органам судебной власти на основании европейской конвенции от 7 июня 1968 г. Что касается правил деловой практики и обычаев, их содержание, также с привлечением всех средств, должен устанавливать тот, кто на них ссылается. Несмотря на относительную неправомерность привлечения норм иностранного права, а также обычаев, правил деловой практики в качестве элементов фактического плана, они имеют отношение к предмету права.

271. Какие факты относятся в таком случае к фактам, которые необходимо доказывать? Это только спорные факты. «Факт, признанный и не оспариваемый, не нуждается в доказательстве»: он считается истинным. Применение такого принципа может вызвать искаженное представление объективной действительности, но, как правило, предполагается, что стороны должны владеть «структурой фактов», относящихся к их процессу, и что, исключая случаи преступного сговора сторон, судья по гражданским делам не обязан контролировать фактические ситуации, относительно которых сторонам удалось договориться. Кроме того, принцип приведения доказательства распространяется только на факты, имеющие отношение к делу и допущенные к рассмотрению. Приемлемость доказательства зависит от его соответствия общей правовой системе. С одной стороны,

юридическая система в некоторых случаях запрещает привлечение некоторых видов доказательства во имя высших ценностей и ради сохранения общественного порядка: принцип силы судебного постановления запрещает оспаривать окончательные решения; в течение длительного времени французский закон запрещал установление родственных связей для незаконнорожденных. С другой стороны, право на доказательство может либо происходить из системы, гарантирующей большие свободы, где стороны, при отсутствии иерархии принципов, имеют возможность свободно выбирать приемы доказательства, либо принимать вид такой системы легального доказательства, которая ограничивает процедуру доказательства определенными приемами и устанавливает пределы их применения: другие приемы доказательства в таком случае не допускаются. В англосаксонских правовых системах имеется большое число правил, которые имеют статус «*exclusionary rules*», несмотря на их важность для свидетельских показаний. Французское право использует промежуточную систему, здесь выделены разделы, в рамках которых не допускаются определенные виды доказательств. Но особенно следует отметить, что доказательство какого-то факта приводится только в том случае, когда это полезно для целей процесса. Уместность доказательства, критерий, вытекающий из принципа процессуальной экономии, предполагает адекватность предмета доказательства предмету тяжбы. Приводимые факты должны быть напрямую связаны с видом рассматриваемого дела, и их использование должно вести к корректным, с точки зрения юриспруденции, результатам (доказательствам). Так, судья может прибегать к доказательствам только тех фактов, на которых стороны основывают свои претензии, и к элементам фактического плана, которые могут оправдать их использование. Судьи судов низших инстанций имеют в принципе суверенное право оценивать уместность фактов, предложенных в качестве доказательств, однако Кассационный суд Франции контролирует характер фактов, используемых для обоснования претензий: поэтому характер фактов, описываемый юридическим правилом, относится к разряду правовых вопросов. В других странах, в частности в странах Латинской Америки, трибуналы, наоборот, не контролируют степень уместности тех или иных доказательств, что делает процесс более громоздким и способствует манипуляциям, вызывающим проволочку.

Наконец, оценка предлагаемого доказательства на уместность обусловлена характером связи между теми фактами, которые стороны приводят в качестве доводов, и доказанными фактами (когда последние не совпадают с фактами, которые необходимо доказать, но позволяют путем умозаключений представить реальную картину событий. В таких случаях все зависит от ответа на вопрос, можно ли вместо прямого доказательства фактов использовать презумпции).

Б) Прямое доказательство и презумпции

272. Презумпция – это вид юридического суждения, в силу которого и на основании установленных фактов можно индуктивным путем вывести другой факт, который еще не доказан. Ст. 1349 Гражданского кодекса дает определение презумпции как «следствий, которые закон или магистрат выводит из какого-то известного факта и распространяет и переносит их на какой-то неизвестный факт». Гражданский кодекс различает легальные презумпции, приписываемые законом определенным фактам и выражающиеся в перемещении предмета доказательства, и косвенные презумпции, или «презумпции человека», то есть такие способы доказательства, посредством которых судья свободно выводит факты из косвенных свидетельств и обстоятельств, делающих эти факты вероятными. В условиях системы, допускающей большую свободу при выборе средств доказательства, судья формирует свое внутреннее убеждение на основании свободной оценки косвенных свидетельств и обстоятельств. Из них он выводит факты; но доказательство последних не выводится из косвенных свидетельств напрямую, они только принимаются во внимание, рассматриваются. Как легальные, так и косвенные презумпции могут соответствовать ситуациям, когда факты не поддаются доказательствам. Их задача состоит в том, чтобы выводить неизвестные факты из известных.

273. Легальные презумпции позволяют вывести истину из факта существования другой, легко доказуемой истины. Некоторые из таких презумпций характеризуются термином «ante judicare», и их функция ограничивается тем, что они наделяют обязанностью приведения доказательства одну из сторон. Так, презумпция добросовестности обязывает того, кто ссылается на чью-либо недобросовестность, доказывать это (ст. 2268 Гражданского кодекса); презумпция невиновности, действующая в уголовном праве, защищает субъектов от произвола; презумпция легальности действий, разрешенных администрацией, облегчает исполнение публичных функций. Названные презумпции основываются на наиболее вероятной ситуации или на идее, что если их не допустить, тогда будет невозможно или очень трудно установить какие-то факты; поэтому презумпции часто становятся решающим фактором, побуждающим закон сделать уступку какой-то стороне из соображений юридической политики и определенных ценностей, которые этот закон стремится защищать. Простые технические приемы могут использоваться в высших целях и выходить за рамки поиска объективной истины или юридической безопасности; в отличие от них ценность легальных презумпций не превосходит ту ценность, которая присуща преследуемой ими цели. Они затрагивают как сущность правовой системы в целом, так и конкретное право на доказательство: изъятия из общего правила или способы передачи функции доказательства. Если закон допускает, что отцом

ребенка, родившегося после заключения и до расторжения брака, является муж, он, следовательно, освобождает ребенка от необходимости доказывать, что он происходит от мужа, что в противном случае было бы весьма трудно сделать. Закон смещает предмет доказательства, так как вместо необходимости устанавливать родство ребенка он предписывает устанавливать только факт рождения ребенка в момент, когда его мать была замужем, и на основании этого заключает происхождение от мужа. Наконец, данный закон обеспечивает легитимный характер семьи.

Следует отметить также, что область применения презумпций может быть неодинаковой, что зависит от вида презумпции – простой или неоспоримой. Простые презумпции, или «*jurus tantum*», в отличие от неоспоримых презумпций, называемых еще «абсолютными презумпциями» или презумпциями «*juris et de jure*», могут опровергаться противоположным доказательством. Таким образом, их применение ограничивается случаями, специально предусмотренными для них позитивным правом, и они призваны облегчить задачу сторон, в интересах которых они и приняты, а также судей или административных инстанций, не препятствуя при этом процессу выяснения истины посредством других элементов доказательной базы. Поэтому именно тот, кто оспаривает ситуацию, устанавливаемую презумпцией, должен привести обратные доказательства. Чем дальше идет технический прогресс и, следовательно, облегчается процедура доказательства, тем легче восстанавливать истину. Прогресс таких наук, как биология, позволяет теперь установить происхождение ребенка (соответствующее действительности или ошибочное), позволяет опровергнуть презумпцию отцовства в браке в случаях, когда она искажает истину. Совершенствование способов доказательства смягчает искусственность простых презумпций, но может также снижать эффективность юридической политики. Сохраниться последней, иногда в ущерб действительности, помогают неоспоримые презумпции, по отношению к которым «не допускается никакого опровергающего их доказательства» и на основании которых закон «аннулирует отдельные акты или отказывает в открытии судебного дела». Подлинно абсолютные презумпции, которые не могут быть упразднены, даже через признание или клятву, основываются на соображениях общественного порядка. Например, это относится к принципу силы судебного постановления, который обеспечивает юридическую безопасность, необходимую для того, чтобы судебные решения могли получить статус окончательных.

274. Косвенные презумпции, наоборот, представляют собой обычные виды доказательства. В то время, как в случае с легальными презумпциями переход от известного к неизвестному может быть оправдан соображениями юридической политики, а не только вероятностным характером выводимых фактов, презумпции, проистекающие из человеческого фактора,

основываются на выведении возможных фактов из известных обстоятельств и косвенных свидетельств. Судья всегда находится в обстановке испытательной площадки, и он должен использовать все, что предстает его взору, исключительно в целях формирования собственного убеждения. Известно огромное количество косвенных презумпций, и они применяются к самым разнообразным фактам, в то время как легальные презумпции должны быть специально предусмотрены. Они опираются на самые разные признаки, которые в изобилии проявляются в ходе выяснения обстоятельств дела, в результате специальных экспертиз или консультаций: по длине следа тормозного пути, например, судья делает вывод о превышении скорости движения автомобиля. В то же время в отношении косвенных презумпций судья располагает полной свободой их оценки. Приходится согласиться с тем, что законы, предписывающие судьям использовать «только принципиально важные, точные и не противоречащие общему ходу дела презумпции», являются всего лишь обычным предостережением и не отменяют их свободы. Презумпции, вытекающие из человеческого фактора, приемлемы только в случаях, когда закон допускает доказательства, основанные на свидетельском показании. Поэтому у них нет четко очерченной сферы применения.

В конечном счете, процесс установления фактов, если он направлен на поиски действительности, к которой должно быть применено юридическое правило, заключен в рамки юридической системы; эта система, ради того чтобы учесть самые разнообразные потребности и ограничения, другие принципы, затрагивающие самые основы права, соображения юридической политики, чисто технические условия..., порой искажает картину реальной действительности. Все эти «факторы отчуждения» получают дополнительную силу звучания, поскольку усвоение факта правом предполагает, что после того, как факты будут установлены и описаны, они должны получить юридическую характеристику (квалифицированы с юридической точки зрения).

§ 2. Концептуализация фактов

275. Для того, чтобы проникнуть в сферу права, факты нуждаются в концептуализации. Они должны быть подведены под положения закона или договора, то есть ситуация должна быть квалифицирована относительно фактов, за которыми позитивное право закрепляет какие-то юридические следствия. Таким образом, необходимо сопоставить установленные факты с описанными случаями, с концептами, которыми управляют юридические правила, чтобы определить те из них, к которым могут быть приравнены данные факты, и, соответственно, определить юридические правила, которые должны к ним применяться. Какой-то факт не может произвести юридические следствия исключительно за счет своих внутренних качеств. Необходимо, чтобы юридическая норма добавила данному факту

недостающее качество, а именно, сообщила ему особое значение, определенные правовые следствия и одновременно с этим дала ему наименование. Именно потому, что юридические нормы предусматривают для (неумышленного) виновного действия административное наказание в виде возмещения соответствующего ущерба, а за отдельные виды виновных действий – уголовное преследование, рассматриваемые действия подлежат данным видам наказания. Но когда поведение какого-то индивида фактически установлено, применение данных санкций предполагает, что данная форма поведения квалифицируется как виновное действие. Итак, юридическое описание фактов (А) необходимо как таковое, но предполагает неточности (Б), вызванные гибкостью отдельных понятий.

А) Юридическое описание фактов

276. Прежде всего, необходимо выяснить, могут ли установленные факты «получить характеристику, соответствующую допущению, фигурирующему в правиле, которое предстоит применить». Чтобы проделать все это, необходимо рассмотреть все обстоятельства; юридическое описание – это разновидность оценки, в которой одновременно задействованы элементы права и факты. Подобно тому, как физик или медик опираются на определенные элементы только потому, что подтверждают или опровергают какую-то гипотезу, юрист останавливает свой выбор только на тех элементах, которые помогают или препятствуют применять какое-то юридическое правило в принципе, а в континентальной правовой системе – закон или положение какого-либо соглашения. В то же время концептуализация может быть в определенной мере облегчена, и это зависит от того, каким образом право обозначает факты, которым оно предписывает какие-то юридические следствия. Что касается простых фактов, это обозначение может ограничиться их наименованием, образованным из слов разговорного языка, без использования специальных дефиниций, но в результате такого обозначения могут возникнуть неопределенности. В позитивном праве каждый факт помимо обозначения получает особое значение (определение); позитивное право уточняет состав и юридические следствия для данного факта. Любая вещь, чтобы ее можно было усвоить, нуждается в интеллектуальной репрезентации. Что же касается права, которое само по себе выражает ценности, распоряжения, запреты, обязанности, возможности, прерогативы, санкции..., оно от имени этих норм усваивает данные факты, чтобы сообщить им какой-то смысл. Юридическое значение, в которое облакаются предметы и формы поведения, требует, чтобы они были очень точно определены; это нужно для того, чтобы отдельные факты впоследствии могли быть корректно отождествлены с ними. Именно так обстоит дело, когда какой-то текст закона формулируется на обычном языке и когда он содержит количественные элементы, которые могут быть определены безошибочным

способом: тогда переход от дескриптивного этапа (перечисления элементов) к этапу квалификационному (описанию качеств элементов) становится легким и надежным. Представление вождения автомобиля в пьяном виде соотносится с определенной долей алкоголя в крови водителя, которую можно точно измерить, поэтому в данном случае серьезных трудностей на этапе квалификационного описания возникать не должно. Гражданское совершеннолетие, зафиксированное на уровне 18 лет, не вызывает проблем оценочного плана. Но если речь идет об иностранце, проживающем во Франции, и по закону его страны совершеннолетие наступает в другом возрасте, ответ на вопрос о том, когда наступает его совершеннолетие, будет зависеть от того, какой из двух законов должен быть применен к данному случаю – французский или иностранный; общее правило гласит, что в подобных случаях в расчет принимается закон той страны, откуда происходит несовершеннолетний. Качественное описание фактических ситуаций, включающее их соотнесение с самыми простыми концептами, часто осложняется из-за конъюнкции разнородных элементов одной и той же ситуации.

И очень часто переход от количественного описания к качественному бывает стеснен сложным характером понятий, под которые предстоит подвести факты. Например, когда качественное описание фактов проходит через этап определения концепта, вытекающего из предварительной дефиниции. Или такая проблема: допустим, существует закон, более сурово наказывающий за ночную кражу; к какому типу вопросов – правовому или фактическому – будет относиться вопрос о времени совершения кражи? Важно ли знать, когда имела место кража: между закатом и рассветом или между таким-то и таким-то часом, соответствующим юридической дефиниции ночи? Наибольшие трудности представляют качественные понятия, поскольку они предполагают оценочное суждение и субъективную оценку. Некоторые из этих понятий в конечном итоге получают определенную точность благодаря большому числу оценок, получаемых ими со стороны судебной практики, предметом которой они являются, и благодаря критериям, которые выявляются в процессе. Положение дел осложняется также в связи с использованием качественных и эволюционных концептов, которые всегда остаются неточными.

Б) Гибкость определенных качественных характеристик

277. Право нуждается в определенном наборе гибких понятий с вариативным содержанием, как виновное действие, бездействие, беспечность, общий интерес, справедливость, срочность, правила приличия... В настоящее время понятия данного типа абсолютно необходимы для того, чтобы понять «*in concreto*» приспособляемость форм человеческого поведения к соответствующим нормам. Во временном плане эти понятия обеспечивают адаптацию качественных юридических

характеристик и, следовательно, применение соответствующих правил к эволюции общества: понятие правил приличия изменчиво по своей природе и понималось очень по-разному в 1985 и в 1804 годах! В содержательном плане эти понятия позволяют оценить соответствие фактов положениям позитивного права – либо напрямую, либо путем корректировки других принципов. В функциональном плане эти понятия, соседствуя со строгими понятиями, играют роль компенсационной муфты или нейтральной полосы для новых ситуаций, которые благодаря им могут быть восприняты правом. Они помогают судье принимать во внимание только те факты, которые соответствуют качеству, управляющему применением определенного правила. Качественное описание превращается, таким образом, в сложную операцию. Что касается определения границ поля, где применяется норма, за это отвечает судья, а не закон: «Каждое новое качественное описание добавляет легальному концепту какую-то черту; то, что прежде существовало только потенциально, отныне существует в виде акта».

Расплывчатость этих юридических концептов порождает большую изменчивость качественных описаний. Эти концепты определяются не только как таковые, но и по отношению к ценностям, принятым в данном обществе. То есть больше нет речи просто о праве, которое вводится законодателем, но о компромиссе между этим правом и тем, что рассматривается как справедливое или разумное. Поэтому нам следует различать «нормативные концепты» (например, виновное действие или бездействие по отношению к поведению добропорядочного отца семейства), посредством которых можно оценить поступки, и «дескриптивные концепты», которые эволюционируют относительно медленно и, следовательно, более объективны. Гибкие концепты придают оценке судьи неопределенность, потому что их критерии применения не могут быть оторваны от социального контекста и субъективного восприятия фактов. Например, понятие правил приличия, которое, как кажется, содержат действующие правовые системы всех стран, имеет значение, которое варьируется не только во времени и пространстве, но может также меняться в одной и той же местности и в один и тот же момент – в зависимости от проблемы, в связи с которой это понятие вводится (действительность договора или уголовное преследование за публикацию порнографии), и в зависимости от личной оценки судьи, обязанного как-то оценить данное понятие. Следует ли в таком случае считать, что применение данных концептов является всего лишь вопросом фактического плана, подчиненным независимой оценке судей, что может породить необоснованные судебные решения? Или, наоборот, необходимо, чтобы органы судебной власти под контролем кассационного суда унифицировали аппарат используемых концептов, рискуя, таким образом, ввести слишком абстрактные критерии оценки? Два решения дополняют друг друга. В то же время второе грозит стать помехой для необходимой адекватности права фактам.

Берман Г. Дж.

ВЕРА И ЗАКОН: ПРИМИРЕНИЕ ПРАВА И РЕЛИГИИ

Глава 13 Право и любовь

Я утверждаю, что право, понятое в свете христианства, представляет собой процесс создания условий, в которых жертвенная любовь, любовь, персонифицированная Иисусом Христом, может укорениться в обществе и начать расти.

Думая о законе, о котором говорил Иисус, мы думаем о Десяти заповедях, Торе, а также о нормах уголовного, семейного, договорного права, права собственности, процессуального, административного права и т. д., которые священнослужители и раввины «выпрядали» из этих источников, особенно в Талмуде. Иисус относился к этому закону с величайшим уважением. В самом деле, он отождествлял его со справедливостью, милостью и верой. Он говорил, что смысл закона, его суть – это любовь к Богу и к ближнему. Он порицал фарисеев за злоупотребление им. Он говорил, что они заботятся только о формальностях, пренебрегая сутью: «Горе вам, книжники и фарисеи, лицемеры, что даете десятину с мяты, аниса и тмина, и оставили важнейшее в законе: справедливость, милосердие и доверие; сие надлежало делать, и того не оставлять». Заметьте, что Иисус здесь настаивает и на необходимости сохранения менее важного в законе – технических формальностей, десятины с мяты, аниса и тмина.

Некоторые современные богословы противопоставляют право и любовь, что полностью противоречит учению Иисуса. Они заявляют, что право абстрактно, безлично, объективно, независимо от воли, в то время как любовь конкретна, лична, субъективна, спонтанна. Однако такая концепция представляет собой карикатуру как на любовь, так и на право. Она делает любовь сентиментальной и романтической, а право – одеревеневшим и стерильным. Право, под которым я подразумеваю попытку общества установить справедливые отношения между людьми, примирить противоречащие друг другу интересы, урегулировать социальную жизнь, и любовь, под которой я подразумеваю жертвенное принесение всей жизни человека Богу и другим людям, находятся друг с другом во взаимодополняющих отношениях. Любви необходим закон для придания ей структуры; закону необходима любовь для придания ему направления и мотивации.

Конечно, бывают ситуации, когда любовь требует от нас подняться еще выше, чем требует от нас закон. Закон запрещает нам красть, убивать, прелюбодействовать, в то время как любовь требует от нас преодолевать даже желание совершать эти поступки. А в еще более глубоком смысле христианство отказывается существующему закону в конечной ценности, в

святости, приписываемой ему иудейской традицией. Таким образом, может даже возникнуть необходимость нарушить закон во имя любви, которой этот закон служит. Но это высказывание совсем не равносильно утверждению, что любовь и закон противоположны друг другу в каком-то высшем смысле. Ведь как только любовь выходит за рамки самых близких отношений между несколькими людьми, ей необходимы процедуры и правила, чтобы она могла действовать. Лицемерие фарисеев может сравниться с лицемерием сентименталистов, которые сострадают бедным, но безразличны к законодательству, способному облегчить их судьбу.

Заблуждение богословов, резко противопоставляющих закон и любовь, аналогично заблуждению правоведов, пытающихся отделить закон от морали. Некоторые из философов права – они занимали главенствующие позиции в 20-30-х и вновь укрепились в 70-80-х – отрицают, что закон имеет какое-либо моральное содержание. Они относятся к закону как к факту, «сущему», совсем не принося в него измерение «долженствования». Они определяют право лишь как волю сильнейшего или волю государства, воплощенную в системе, которая скреплена собственной внутренней логикой и имеет лишь косвенное отношение к моральным и этическим ценностям общества.

Существует легенда о том, как много лет назад студент-юрист спросил преподавателя во время обсуждения судебного прецедента на занятии: «Но сэр, разве это справедливо?» Преподаватель ответил: «Если ты ищешь справедливости, тебе надо было идти на богословский факультет». Сегодня такой ответ был бы нелепым по двум причинам: во-первых, школы права признали, что невозможно говорить о правовых нормах в отрыве от социальных ценностей, ради которых они существуют, и во-вторых, многие богословские факультеты сильно изменились. Собственно говоря, я вполне могу представить студента на некоторых сегодняшних богословских факультетах, которому говорят: «Если тебя интересует справедливость, тебе надо было идти в школу права!»

Во всяком случае, в школах права стали понимать его не только с точки зрения общих правил, но и с точки зрения тех ценностей, которые эти правила защищают. Как выразился А. П. д'Антрэв, «право – это не только мера действия. Это заявление его ценности». Более того, право – это не набор книжных абстракций; это определенные виды практической деятельности, в которой принимают участие люди. Это живой социальный институт, который настолько же конкретен, субъективен и личностен, как и любой другой социальный опыт. Нет ничего абстрактного или безличного в помещении человека в тюрьму за вооруженное ограбление, направлении предписания школьному совету ввести совместное обучение или принятии решения о том, кто из родителей станет попечителем ребенка. Право – это не только правила и концепции; право – это также (и в первую очередь) тип отношений между людьми. Любовь в христианском понимании этого слова

не более исключена из правовых отношений, чем из любого другого вида человеческих отношений.

Конечно, закон может быть аморальным, и немалая часть наших законов таковой и является (в качестве примера можно привести закон многих из наших штатов, обязывающий больницы сохранять жизнь тела в течение многих лет после того, как его покинула душа).

И мораль может быть лишена любви (в качестве примера можно привести мораль, позволяющую человеку избегать выполнения договорных обязательств по чисто формальным основаниям). Я хочу лишь сказать, что христианство требует от нас приложения всех усилий, чтобы привести нашу правовую систему в соответствие с требованиями морали и сделать право и мораль способами существования любви.

Я хотел бы очень кратко остановиться на трех разных примерах того, каким образом наша правовая система может способствовать христианской любви.

Во-первых, право создает условия, в которых экуменическая церковь – сообщество верующих – может выполнять свою работу и в которых и секулярное общество может тоже выполнять работу церкви. Так, Конституция США предусматривает свободу вероисповедания и свободу религиозной проповеди. Налоговое законодательство предусматривает вычеты из дохода на благотворительные цели и тем самым поощряет пожертвования церквям и благотворительным организациям в целом. Законодательство об образовании устанавливает обязательное образование и тем самым способствует распространению грамотности и делает возможным чтение Писания. Семейное право запрещает полигамию и тем самым помогает предотвращать угнетение женщин. Можно привести еще множество подобных примеров; поистине, с христианской точки зрения, вся правовая система существует ради поддержания условий, благоприятных для функционирования любви. В отсутствие закона любовь была бы вынуждена функционировать в социальном хаосе.

Во-вторых, правовые стандарты отражают секулярную мораль, которая, как я полагаю, происходит от высшей морали, но, в любом случае, способствует сохранению жизнеспособности этой высшей морали. То обстоятельство, что судья беспристрастен, что он выслушивает обе стороны по делу, что он открывает свой разум и сердце как истцу, так и ответчику, служит для того, чтобы исключить предвзятость и ненависть как фактор при принятии решения. Это, в свою очередь, по крайней мере предполагает, что именно любовь требует исключить предвзятость. Признание обязательной силы договорных обязательств в договорном праве, наказание за неправомерные деяния, возмещение вреда, нанесенного по небрежности, контроль за соблюдением обязательств доверия и взаимной ответственности – все это направлено на поддержание в обществе минимальных стандартов доброй воли, пусть и не максимальных стандартов самопожертвования,

которых требует от нас христианство. И все же эти минимальные стандарты представляют собой важное средство для поддержания нашей веры в стандарты максимальные.

Я могу проиллюстрировать это, обратившись к одной из норм американского права, называющейся «правило доброго самаритянина», которое гласит, что человек не обязан помогать другому человеку, попавшему в беду. На самом деле его следовало бы назвать «правило священника и левиста». Утверждается, что на человека не возлагается юридическая обязанность помочь другому человеку, лежащему без сознания на обочине, или тонущему ребенку, даже если спасение может быть осуществлено без какого-либо риска для спасающего. Бессердечный прохожий не виновен ни в каком преступлении и не несет гражданско-правовой ответственности.

На первый взгляд «кажется, что это правило противоречит общепринятым нормам поведения. Однако давайте рассмотрим его получше. Прежде всего, из-за него существует множество исключений. Разумеется, если один человек по небрежности подверг другого человека опасности, то он человек несет ответственность за бездействие, если ничего не предпринимает для его спасения; так называемое «правило доброго самаритянина» применяется лишь в ситуациях, возникших не по вине человека, не ставшего помогать другому. Более того, даже если этот человек непредумышленно способствовал ситуации, приведшей к ущербу для потерпевшего, он может нести обязанность по его спасению: например, человек не может просто скрыться после автомобильной аварии, одним из участников которой он был, даже если она произошла полностью по вине других; или если человек владеет предприятием и на территории этого предприятия посетитель подвергается опасности – скажем, рука ребенка попала в движущуюся деталь эскалатора – владелец будет нести ответственность за непринятие соответствующих мер по его спасению. Кроме того, когда два или более людей участвуют в совместном предприятии, когда между ними устанавливаются отношения взаимозависимости, на каждого из них может возлагаться юридическая обязанность прийти на помощь другому; в наше время суды устанавливают факт наличия такой взаимозависимости, а следовательно, и юридической ответственности – во все большем количестве родов деятельности.

372 Гарольд Джозеф Берман, предполагает право со стороны лица, которое нуждается в помощи. Правоотношения строятся на обоюдности прав и обязанностей.

Если бедный человек просит милостыню, он не заявляет свое право на нее; он взывает к милости своего благодетеля, а если благодетель считает, что он юридически обязан сделать пожертвование, то это действие несколько теряет в своем качестве добровольного дара.

Мне кажется правильным, что закон не требует от человека героизма или

самопожертвования, ибо эти проявления должны быть результатом не юридически обоснованных притязаний, предъявляемых к нам другими лицами, но добровольного дара. И все же тот факт, что в законе мы настаиваем на обязательном исполнении взаимных прав и обязанностей, а также расширяем концепции взаимозависимости, предполагает – и демонстрирует нам – более высокую обязанность, которой не нужен коррелят в виде юридического права требования. Давать – большая благодать, чем брать; но брать тоже может быть благодатью, и взаимность двух этих действий помогает людям понять благодословенность их обоих.

Именно этот закон, закон взаимности прав и обязанностей, Христос пришел не разрушить, но исполнить – призывая нас идти дальше него. Однако не только Христос, но и сам закон призывает нас к этому.

Я избрал лишь один пример того, как закон, способствуя поддержанию минимальных стандартов доброй воли в обществе, в то же время и таким же образом способствует сохранению нашей веры в максимальные стандарты, установленные Господом. Во многих отношениях закон налагает на нас более высокие обязательства, чем общественная мораль – существующее в обществе чувство нравственного; в действительности одна из задач закона – вести общество к более высоким нравственным стандартам. Например, в праве, регулирующем отношения доверительной собственности, доверительный собственник несет перед бенефициарием обязанность обеспечивать сохранность собственности, и степень этой ответственности выше, чем та, которую он наложил бы на себя в отношении своей собственности. Он должен любить ближнего своего, бенефициария доверительной собственности, больше, чем самого себя. И все же подменять, через посредство права, Бога собой не в интересах общества; в какой-то момент закон становится беспомощным. Однако это не умаляет заслуги права в том, что оно подводит нас к этой черте и – показывает, что находится за ней.

Наконец, я хотел бы поговорить о мужестве и самоотверженности адвоката или судьи, несущего ответственность за поддержание тех стандартов, которые я теперь, наверное, могу назвать средними стандартами закона. Совестьливый адвокат, разрывающийся между своими обязанностями по отношению к клиенту и обязанностями по отношению к суду, поскольку он является одновременно представителем своего клиента и «служащим» суда, нуждается в большом уме и большом сердце. Какие бы суждения ни высказывались по поводу юридической профессии в целом, нельзя не признать самоотверженность тех юристов, которые серьезно относятся к своим обязанностям и перед которыми, независимо от их желания, иногда встают неразрешимые духовные дилеммы. Точно так же должны мы воспеть героизм тех судей, которые рискуют вызвать оскорбления и презрение в свой адрес со стороны общественности строгим соблюдением закона: в особенности я говорю здесь о тех судьях на Юге, которые в 50-60-х годах, следуя своей совести, применяли высокие правовые принципы, не разделяемые местным обществом.

Гегель Г. В. Ф.

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА¹

Часть вторая

Мораль

§ 105

Точка зрения морали есть точка зрения воли, поскольку она бесконечна не только в себе, но также и для себя (предшествующий параграф). Эта рефлексия воли внутрь себя и ее для себя сущее тождество в противоположении к в — себе — бытию и непосредственности, и развивающимся в нем определенностям определяет лицо дальше, делает его субъектом.

§ 106

Так как субъективность теперь составляет определенность понятия и отлична от него как такового, от в себе сущей воли, а именно, так как воля субъекта, как воля для себя сущего единичного, вместе с тем есть (она еще имеет непосредственность также и в ней), то эта субъективность составляет наличное бытие понятия. Для свободы, следовательно, определилась более высокая почва; в идее есть теперь сторона существования или ее реальный момент, субъективность воли. Лишь в воле как субъективной может быть действительной свобода или в себе сущая воля.

Вторая сфера, мораль, представляет поэтому в целом реальную сторону понятия свободы, и процесс, происходящий в этой сфере, состоит в том, что ближайшим образом лишь для себя сущая воля, которая непосредственно лишь в себе тождественна со в себе сущей или всеобщей волей, снимается со стороны этого различия, в котором она углубляется внутрь себя, и полагается для себя как тождественная со в себе сущей волей. Это движение есть, таким образом, обработка подлежащей нам теперь почвы свободы, субъективности, которая сначала абстрактна, именно, отлична от понятия; конечный же этап этого движения состоит в том, что она становится адекватной понятию и получается благодаря этому подлинная реализация идеи; субъективная воля определяет себя также и к объективной и, следовательно, истинно конкретной воле.

Прибавление. В строгом праве не имел значения вопрос о том, каков мой принцип или каково мое намерение. Этот вопрос о самоопределении и мотиве воли, также как и вопрос об умысле, появляется здесь, в области морали. Когда человек желает, чтобы о нем судили по его самоопределению, он в этом отношении свободен, как бы ни сложились внешние определения. В это внутреннее убеждение человека невозможно вторгнуться; над ним нельзя совершить насилие, и моральная воля поэтому недоступна. Ценность человека определяется его внутренним поведением, и точка зрения морали есть, таким образом, для себя сущая свобода.

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права / пер. с нем. Б. Столпнера. Москва, 2023. 544 с.

§ 107

Самоопределение воли есть вместе с тем момент ее понятия, и субъективность есть не только сторона ее наличного бытия, но также и ее собственное определение (§ 104). Воля, определенная как субъективная, для себя свободная воля, ближайшим образом как понятие, сама обладает наличным бытием, чтобы быть как идея. Точка зрения морали есть поэтому по своей структуре (*in seiner Gestalt*) право субъективной воли. Согласно этому праву, воля признает и есть нечто лишь постольку, поскольку оно принадлежит ей, поскольку она в нем есть для себя как субъективное.

Примечание. Процесс развития точки зрения морали, каким мы его охарактеризовали выше (см. примечание к предшествующему параграфу), носит с этой стороны характер развития права субъективной воли – или выражаясь иначе, развития способа ее наличного бытия, – так что она определяет дальше познанное ею в ее предмете своим и доводит последнее до того пункта, где оно становится ее подлинным понятием, объективным в смысле всеобщности.

Прибавление. Все это определение субъективности воли есть, в свою очередь, целое, которое, будучи субъективностью, должно обладать также и объективностью. Лишь в субъекте может реализоваться свобода, ибо он представляет собою подлинный материал для этой реализации; но это наличное бытие воли, которое мы назвали субъективностью, отлично от в себя и для себя сущей воли. От этой другой односторонности простой субъективности воля именно должна освободиться, чтобы стать в себе и для себя сущей волей. В морали дело идет именно об особенном интересе человека, и в том-то именно и состоит высокое значение последнего, что он знает и определяет самого себя как абсолютного. Необразованного человека давление сильных и определение природы гнут куда угодно, дети не обладают моральной волей, а дают определить себя своим родителям; но образованный внутренне становящийся человек хочет, чтобы он сам пребывал во всем том, что он делает.

§ 108

Поэтому субъективная воля, как непосредственная для себя и отличная от в себе сущей воли, абстрактна, ограничена и формальна. Но субъективность не только формальна, но и составляет в качестве бесконечного самоопределения воли формальное в последней. Так как оно в этом своем первом выступлении в единичной воле еще не положено как тождественное с понятием воли, то моральная точка зрения есть стадия отношения и долженствования или требования. – А так как дифференция субъективности содержит также и определение, противоположное объективности как внешнему наличному бытию, то здесь получает место также и точка зрения сознания, – получает место вообще точка зрения дифференции, конечности и явления воли.

Примечание. Моральное теперь уже не определено ближайшим образом как противоположное неморальному, точно так же, как и право не есть непосредственно противоположное неправде, а на субъективности воли зиждется всеобщая точка зрения как морального, так и неморального.

Прибавление. Самоопределение в морали мы должны мыслить, как чистое беспокойство, чистую деятельность, которая еще не может прийти к какому бы то ни было ответу на вопрос: «что есть?». Лишь в нравственности воля тождественна с понятием воли и имеет своим содержанием только последнее. В морали же воля еще имеет отношение к тому, что есть в себе, оно есть, таким образом, точка зрения дифференции, и ход развития этой точки зрения состоит в отождествлении субъективной воли с понятием последней. Долженствование, которое поэтому еще содержится в морали, достигается лишь в нравственности, и, прибавим – это другое, с которым находится в отношении субъективная воля, представляет собою нечто двоякое: во-первых, субстанциальное понятие и, во-вторых, внешне существующее. Если бы даже добро и было положено в субъективной воле, то оно этим все же еще не было бы осуществлено.

§ 109

Это формальное содержит со стороны своего всеобщего определения прежде всего противоположение субъективности объективности и относящуюся к этому противоположению деятельность, моменты которой суть ближе: наличное бытие и определенность, тождественные в понятии, и воля как субъективное сама есть это понятие – сама есть различие этих двух моментов, притом различие их для себя и полагание их как тождественные. Определенность есть в самое себя определяющей воле а) прежде всего как положенная этой же волей в себе же самой, обособление этой воли в себе же самой, содержание, которое она дает себе. Это – первое отрицание и ее формальная граница, ограничивающая ее так, что она есть только некое положенное, субъективное. В качестве бесконечной рефлексии в себя эта граница есть для себя самой, и она б) есть воление снять эту границу – деятельность, переводящая это содержание из сферы субъективности в сферу объективности вообще, в некое непосредственное наличное бытие. γ) Простое тождество воли с собою в этом противоположении есть содержание, остающееся равным себе в обоих и равнодушное к этим различиям формы, цель.

§ 110

Но в стадии морали, в которой свобода, это тождество воли с собою, есть для последней (§ 105), это тождество содержания получает более строгое своеобразное определение.

а) Содержание определено для меня как мое так, что оно содержит в своем тождестве мою субъективность для меня не только как мою внутреннюю цель, но также и поскольку оно получило внешнюю объективность.

Прибавление. Содержание субъективной или моральной воли заключает в себе свое особое определение; именно даже и тогда, когда оно достигло формы объективности, оно, однако, все еще должно заключать в себе мою субъективность, и деяние должно иметь силу лишь постольку, поскольку оно было определено мною, поскольку оно было моим умыслом, моим намерением. То, что во внешнем проявлении представляет собою нечто большее, чем это имелось в виду моей субъективной волей, не признается мною в проявлении как мое, и во внешнем проявлении я хочу снова видеть свое субъективное сознание.

§ 111

б) Содержание, хотя оно и заключает в себе особенное (причем последнее может быть заимствовано откуда угодно), обладает в качестве содержания рефлексированной в своей определенности в себя, следовательно, тождественной с собою и всеобщей воли, а) тем определением, что оно в себе самом соответствует в себе сущей воле или, выражая это иначе, обладает объективностью понятия; б) так как субъективная воля, как сущая для себя, вместе с тем еще формальна, то это определение есть лишь требование, и оно заключает в себе также и возможность не быть соответственным понятию.

§ 112

с) Выполняя свои цели, я сохраняю свою субъективность, но вместе с тем я этим выполнением своих целей как их объектированием снимаю эту субъективность как непосредственную и, следовательно, как эту мою единичную субъективность. Но эта таким образом тождественная со мною внешняя субъективность есть воля других. Почвой существования воли является теперь субъективность, и воля других есть вместе с тем другое для меня существование, которое я даю своим целям. – Выполнение моих целей обладает поэтому внутри себя этим тождеством моей воли и воли других, – оно имеет положительное отношение к воле других.

Примечание. Объективность выполненной цели заключает в себе три значения или, вернее, содержит сразу (in Einem) три следующих момента: а) она есть внешнее непосредственное наличное бытие; б) она ответственна понятию; в) она есть всеобщая субъективность. Субъективность, сохраняющаяся в этой объективности, состоит в том, что а) объективная цель есть моя цель, так что я сохраняюсь в ней в качестве этого; б и в субъективности теперь уже совпали с моментами б и в объективности. Что эти определения, отличаясь друг от друга в точке зрения морали, объединены так, что получается только противоречие – это составляет характер явления или конечности этой сферы, и развитие этой точки зрения есть развитие этих противоречий и их разрешений, причем, однако, в пределах этой точки зрения последние могут быть лишь относительными.

Прибавление. При рассмотрении формального права мы сказали, что оно содержит лишь запреты, что строго правовой поступок имеет, следовательно, лишь отрицательное определение по отношению к воле других. Напротив, в области морали определение моей воли по отношению к воле других положительно, т. е. субъективная воля обладает в реализуемом ею в себе сущей волей как некоторым внутренним. Здесь налицо порождение или изменение наличного бытия, и последнее имеет отношение к воле других. Понятие морали есть внутреннее отношение воли к себе самой. Но здесь – не только одна воля, а объективирование имеет в себе вместе с тем то определение, что единичная воля снимает себя в нем, и, следовательно, благодаря тому именно, что отпадает определение односторонности, положены две воли и положительное отношение их друг к другу. В праве не имеет значения, желательно ли или нежелательно что-нибудь воле другого по отношению к моей воле, дающей себе наличное бытие в особенности. Напротив, в области морали дело идет также и о благе других, и это положительное отношение может появиться лишь здесь.

§ 113

Обнаружение воли как субъективной или моральной есть поступок. Поступок содержит в себе вышеуказанные определения: α) я знаю его в его внешности как мое; β) он в качестве некоторого долженствования есть существенное отношение к понятию; γ) он есть существенное отношение к воле других.

Примечание. Лишь обнаружение моральной воли есть поступок. Наличное бытие, которое воля дает себе в формальном праве, дается в некоторой, непосредственной вещи; оно само непосредственно и само по себе не имеет пока что явного отношения к понятию, которое, как еще не противоположенное субъективной воле, не отлучено от него, и это наличное бытие точно так же не имеет положительного отношения к воле других; веление права есть, согласно своему основному определению, лишь запрет. Договор и неправда уже начинают иметь отношение к воле других людей; однако согласие, совпадение, которое получает место в договоре, основано на произволе, и имеющееся в нем существенное отношение к воле других есть в качестве правового отрицательное отношение, – есть сохранение моей собственности (по ее ценности) и оставление другому того, что принадлежит ему. Напротив, преступление с той его стороны, с которой оно есть нечто, проистекающее из субъективной воли, преступление в том виде, в котором оно существует в последней, должно найти свое рассмотрение лишь здесь. Судебное производство (*actio*) как поступок, который по своему содержанию, предписанному законом, не может быть вменен мне, содержит в себе лишь некоторые моменты собственно морального поступка и притом содержит их лишь внешним образом; то, что в нем – от собственно морального поступка, есть поэтому аспект, отличный от него как судебного акта.

§ 114

Право моральной воли содержит в себе нижеследующие три стороны:

а) Абстрактное или формальное право поступка на то, чтобы содержание последнего в том виде, как он осуществлен в непосредственном наличном бытии, было вообще моим содержанием, чтобы он был, таким образом, умыслом субъективной воли.

б) Особенное в поступке есть его внутреннее содержание (α), а именно, как оно по своему всеобщему характеру определено для меня, то, что составляет ценность поступка, и то, со стороны чего он имеет для меня силу, намерение; (β) его содержание как моя особенная цель моего частного субъективного существования есть благо.

с) Это содержание как внутреннее, вместе с тем возведенное в свою всеобщность как в себе и для себя сущую объективность, есть абсолютная цель воли, добро, выступающее в сфере рефлексии вместе с противоположностью к субъективной всеобщности, — частью вместе со злом, частью вместе с совестью.

Прибавление. Чтобы быть моральным, всякий поступок должен совпадать с моим умыслом, ибо право моральной воли состоит в том, что получает признание в ее наличном бытии лишь то, что существовало внутренне как умысел. Умысел касается лишь формальной стороны, означает лишь то, что внешняя воля есть во мне также и как внутренняя воля. Напротив, во втором моменте выступает вопрос о цели поступка, т. е. об относительной ценности поступка в отношении меня; наконец, третий момент представляет собою не только относительную, но и всеобщую ценность поступка, добро. Первым разрывом в поступке является разрыв между тем, что было умышленно, и тем, что существует и было совершено; вторым является разрыв между тем, что существует внешне как всеобщая воля, и внутренним особенным определением, которое я ему даю; третье состоит в требовании, чтобы намерение было также и всеобщим содержанием. Добро есть намерение, возведенное в понятие воли.

Отдел первый

Умысел и вина

§ 115

Конечность субъективной воли в непосредственности действия состоит непосредственно в том, что эта воля имеет предпосылкой своего действия внешний предмет и многообразные условия, в которых последний находится. Деяние вносит изменение в это подлежащее наличное бытие, и воля несет вообще вину, поскольку в измененном наличном бытии содержится предикат: мое.

Примечание. Происшествие, создавшееся состояние, есть конкретная внешняя действительность, которая вследствие этого имеет в себе неопределенное множество обстоятельств. Каждый единичный момент,

проявляющийся как условие, основание, причина такого обстоятельства и, значит, внесший и свой вклад в его создание, может считаться виновным в нем или, по крайней мере, несущим часть вины за него. Формальный рассудок при рассмотрении какого-нибудь богатого обстоятельствами события (например, Французской революции) имеет поэтому выбор между бесчисленным множеством их, из которых он может выделить одно и сказать, что оно именно виновато.

Прибавление. Мне может быть вменяемо то, что содержалось в моем умысле, и при рассмотрении преступления это преимущественно и имеет значение. Но в вине заключается лишь совершенно внешняя оценка поступка, лишь ответ на вопрос, совершил ли я или не совершил некоторое деяние, и из того обстоятельства, что я виноват в чем-то, еще не следует, что происшедшее событие может быть мне вменено.

§ 116

Если вещи, собственником которых я являюсь и которые в качестве внешних вещей находятся и действуют в многообразных связях с другими (как это может иметь место также и со мною самим как механическим телом или живым существом), причиняют этими действиями вред другим, то, разумеется, это не есть мое собственное деяние. На меня, однако, более или менее возлагается ответственность за вред, потому что эти вещи суть вообще мои, подчинены, однако, по своей своеобразной природе лишь более или менее моему господству, лишь более или менее зависят от моего внимания и т. д.

§ 117

Самостоятельно действующая воля в своей цели, направленной на подлежащее наличное бытие, обладает представлением об обстоятельствах осуществления последней. Но так как эта воля благодаря этой предпосылке конечна, то предметное явление для нее случайно и может содержать в себе нечто другое, чем то, что содержится в ее представлении. Но воля имеет право признавать своим в своем деянии лишь то и нести вину лишь за то, что ей ведомо как предпосылка ее цели, лишь то, что содержалось в ее умысле. — Деяние может быть вменяемо лишь как вина воли; это — право на ведение.

Прибавление. Воля имеет перед собою наличное бытие, на которое направлено ее действие, но, чтобы иметь эту возможность, она должна обладать представлением об этом наличном бытии, и во мне есть истинная вина лишь постольку, поскольку подлежащее наличное бытие было содержанием моего ведения. Так как воля имеет своей предпосылкой такое ведение, то она конечна, или, скорее наоборот, она имеет своей предпосылкой такое ведение именно потому, что она конечна. Поскольку я мыслю и хочу разумно, я не стою на этой точке зрения конечности, ибо предмет, на который направлено мое действие, не есть противостоящее

мне иное; но конечность имеет в себе постоянные предел и ограниченность. Мне противостоит другое, которое есть лишь нечто случайное, лишь внешне необходимое, и может совпадать со мною или быть отличным от меня. Но я есть только то, что находится в отношении к моей свободе, и деяние есть вина моей воли лишь постольку, поскольку я о нем ведаю. Эдип, убивший своего отца, не ведая этого, не подлежит обвинению в отцеубийстве; но в древних законодательствах не придавали такого значения субъективному вменению, как в наше время. Поэтому у древних народов были созданы убежища, чтобы убегающий от мести нашел приют и защиту.

§ 118

Далее, поступок, как перемещенный во внешнее наличное бытие, развивающийся во все стороны сообразно своим связям в цепи внешней необходимости, имеет многообразные последствия. Последствия как структура (Gestalt), имеющая своей душой цель поступка, суть его (принадлежат поступку), – но вместе с тем поступок в качестве положенной во внешнее бытие цели отдан во власть внешним силам, которые приводят с ним в связь нечто совершенно другое, чем то, что он есть сам по себе, и заставляют его катиться дальше, переходить в отдаленные, чуждые ему последствия. Воля имеет также право вменять себе лишь первые последствия, потому что лишь они содержатся в ее умысле.

Примечание. Какие последствия случайны и какие необходимы, это остается неопределенным благодаря тому, что внутренняя необходимость выступает в конечном как внешняя необходимость, как отношение друг к другу в наличном бытии внешних единичных вещей, которые в качестве самостоятельных встречаются между собою случайно и безразличны друг к другу. Принцип, гласящий: «пренебрегай в твоих поступках последствиями», и другой принцип, гласящий: «оценивай поступки по их последствиям и сделай последние масштабом права и добра», – одинаково абстрактно рассудочны. Последствия как собственное имманентное формирование поступка проявляют лишь его природу и суть не что иное, как он сам; поступок не может поэтому отрекаться от них и пренебрегать ими. Но и наоборот, между последствиями имеются такие, которые вторгаются извне, случайно привходящие обстоятельства, не имеющие никакого касательства к природе моего поступка. Развитие противоречия, содержащегося в необходимости конечного, есть в наличном бытии именно переход необходимости в случайность и наоборот. Поэтому действовать и означает с этой стороны отдать себя во власть этого закона. По этой причине преступнику идет на пользу то обстоятельство, что его поступок имел не столь дурные последствия, и в ущерб ему обстоятельство, что в случае преступления, из которого последствия развились более полно, последние ставятся за счет преступника; поэтому также и добрый поступок должен

мириться с тем, что он не имел никаких последствий или имел их меньше, чем он мог бы иметь. Героическое самосознание (как, например, в трагедиях древних, в «Эдипе» и т. д.) еще не перешло от своей основательности (Gediegenheit) к различению между деянием и поступком, между внешним происшествием, с одной стороны, и умыслом, и сознанием обстоятельств — с другой, равно как и не перешло к расщеплению последствий, а принимает вину во всем объеме деяния.

Прибавление. В том обстоятельстве, что я признаю лишь то, что было моим представлением, заключается переход к намерению. Лишь то именно, что я знал о данных обстоятельствах, может быть мне вменено в вину. Но существуют необходимые последствия, которые связаны с каждым поступком, хотя бы я даже и совершил нечто единичное, непосредственное, и которые суть постольку содержащееся в нем всеобщее. Я, правда, не могу предвидеть последствий, которые можно было бы предотвратить, но я обязан знать всеобщую природу единичного деяния. Суть дела здесь — не единичное, а целое, относящееся не к определенному характеру особенного деяния, а к его всеобщей природе. Переход от умысла к намерению и состоит в том, что я должен знать не только мой единичный поступок, а также и всеобщее, находящееся с ним в связи. Выступая таким образом, всеобщее есть желаемое мною, мое намерение.

Отдел второй Намерение и благо

§ 119

Внешнее наличное бытие поступка представляет собою многообразную взаимную связь, которая может рассматриваться как бесконечно разделенная на единичности, и поступок поэтому может рассматриваться, как будто он ближайшим образом коснулся лишь одной такой единичности. Но истина единичного есть всеобщее, и определенность поступка есть для себя не содержание, изолировавшееся до того, что стало внешней единичностью, а всеобщее содержание, заключающее в себе многообразные связи. Умысел как то, что исходит от мыслящего, содержит в себе не только единичность, но, по существу, также и всеобщую сторону, — намерение.

Примечание. В намерении (Absicht от absehen — отвлечься.) по этимологическому смыслу этого слова содержится, разумеется, абстракция, а именно, частью форма всеобщности, частью выделение некоторой особенной стороны конкретной вещи. Стремление оправдывать поступок ссылкой на намерение есть вообще изолирование единичной стороны, относительно которой утверждают, что она есть субъективная сущность поступка. — Суждение о поступке как о внешнем деянии, причем еще не определяется его правовая или неправовая сторона, наделяет его всеобщим предикатом: данный поступок есть поджог, убийство и т. д. — Взятая

отдельно единичная определенность внешней действительности обнаруживает то, что есть ее природа, как внешнюю связь. Действительность затрагивается ближайшим образом лишь в одном пункте (как, например, поджог относится непосредственно лишь к маленькой точке куска дерева, так что получается лишь предложение, а не суждение), но во всеобщей природе этого пункта содержится его дальнейшее распространение. В живом организме единичное содержится непосредственно не как часть, а как орган, в котором присутствует всеобщее как таковое, так что при убийстве поражается не кусок мяса как нечто единичное, а сама наличная в нем жизнь. С одной стороны, именно субъективная рефлексия, не знающая логической природы единичного и всеобщего, пускается на раздробление деяния на единичности и отдельные следствия; а, с другой стороны, сама природа конечного деяния именно и состоит в том, что оно содержит в себе такие обособления случайностей. — Разыскивание *doius indirectus* (не прямого обмана) имеет свое основание в выше рассмотренном характере деяния.

Прибавление. Несомненно, бывает, что при совершении некоторого поступка может прибавиться большее или меньшее число обстоятельств; при поджоге огонь может не вспыхнуть или он, с другой стороны, может распространиться дальше, чем этого хотел поджигатель. Несмотря на это, здесь нельзя говорить о счастье и несчастье, ибо, действуя, человек должен думать о внешних результатах. Старая пословица справедливо говорит: «Камень, выброшенный из руки, принадлежит дьяволу». Действуя, я сам подвергаю себя несчастью: последнее поэтому имеет на меня право и представляет собою наличное бытие моего собственного воления.

§ 120

Право на намерение заключается в том, что всеобщее качество поступка должно не только существовать само по себе, а должно быть известно совершающему данный поступок, следовательно, должно содержаться уже в его субъективной воле, а также и наоборот, право на объективность поступка, как это можно назвать, состоит в отстаивании себя поступком в качестве того, что было познано и волимо субъектом как мыслящим.

Примечание. Это право на такое разумение ведет за собою полную невменяемость или меньшую степень вменяемости детей, идиотов, сумасшедших и т. д. — Но подобно тому как поступки со стороны их внешнего наличного бытия заключают в себе случайности последствий, так и субъективное наличное бытие содержит в себе неопределенность в отношении власти и силы самосознания и благоразумия; но эта неопределенность может приниматься, однако, во внимание лишь в случаях идиотизма, сумасшествия и детского возраста, потому что такие резко определенные состояния уничтожают характер мышления и свободы воли,

позволяя не рассматривать совершившего поступок с той стороны, которая оставляет за ним честь быть мыслящим и волящим.

§ 121

Всеобщим качеством поступка является вообще многообразное его содержание, сведенное к простой форме всеобщности. Но субъект как особенное, рефлексированное в себя и, следовательно, противостоящее объективной особенности, обладает в своей цели своим собственным особенным содержанием, которое представляет собою душу поступка. То обстоятельство, что этот момент особенности действующего содержится и осуществляется в поступке, составляет субъективную свободу в ее более конкретном определении, право субъекта находит свое удовлетворение в поступке.

Прибавление. Я для себя, рефлексированный в себя, представляю собою еще некоторое особенное, противостоящее внешности моего поступка. Моя цель составляет определяющее содержание последнего. Убийство и поджог, например, как всеобщее, не суть еще мое положительное содержание во мне как в субъекте. Когда оказывается, что кто то совершил подобные преступления, то мы спрашиваем, почему он их совершил. Убийство не произошло просто для убийства, а еще имелась в виду особенная положительная цель. Но если бы мы сказали, что убийство было совершено из желания убийства, то это желание уже было бы положительным содержанием субъекта как такового, и деяние есть в таком случае удовлетворение хотения последнего. Мотив деяния есть, следовательно, говоря строже, то, что мы называем моральным, и последнее, стало быть, имеет двоякий смысл: оно означает всеобщее в умысле и особенное в намерении. Преимущественно в новейшие эпохи стали всегда спрашивать при совершении поступка о его мотивах, между тем как раньше спрашивали лишь: честен ли этот человек? Исполняет ли он свой долг? Теперь хотят видеть сердце и предполагают при этом разрыв между объективной стороной поступка и внутренней, субъективной стороной мотивов. Несомненно, следует рассматривать определение субъекта: он хочет чего-то такого, что имеет свое основание в нем, он хочет удовлетворить свое желание, свои страсти. Но доброе, правовое есть таковое тоже не как просто природное, но как положенное моей разумностью содержание: моя свобода, сделанная мною содержанием моей воли, есть некоторое чистое определение самой моей свободы. Поэтому более высокая моральная точка зрения состоит в том, чтобы находить удовлетворение в поступке, а не в том, чтобы застревать в разрыве между самосознанием человека и объективностью деяния; однако как во всемирной истории, так и в истории индивидуума есть эпохи, в которые такое понимание занимает свое место.

§ 122

Благодаря этому особенному, поступок обладает для меня субъективной ценностью, представляет для меня интерес. По сравнению с этой целью, с намерением со стороны содержания, непосредственный аспект поступка в его дальнейшем содержании низведен на степень средства. Поскольку такая цель конечна, она в свою очередь может быть низведена на степень средства для дальнейшего намерения и т. д. до бесконечности.

§ 123

Для содержания этих целей здесь α) имеется налицо лишь сама формальная деятельность: субъект своей деятельностью влагает себя в то, что он должен рассматривать как свою цель и чему он должен споспешествовать как таковой цели; люда отдают свою деятельность тому, чем они интересуются или должны интересоваться как чем-то своим.

Но более определенным содержанием еще абстрактная и формальная свобода субъективности обладает только в своем природном субъективном наличном бытии, в своих потребностях, склонностях, страстях, мнениях, капризах и т. д. Удовлетворение этого содержания есть благо или счастье в его особых определениях и во всеобщем, цели конечных существ.

Примечание. В качестве точки зрения отношения, с которой субъект определяется к своей различности и, следовательно, признается особенным, это есть то место, где появляется содержание природной воли, но это содержание здесь выступает не таковым, каково оно непосредственно, а выступает как принадлежащее рефлексированной внутрь себя воле, возведено на степень всеобщей цели, блага или счастья. Это – точка зрения мышления, еще не постигающего воли в ее свободе, а рефлектирующего об ее содержании как о чем-то природном и данном; такова была, например, точка зрения эпохи Креза и Солона.

Прибавление. Поскольку определения счастья преднайдены, они не представляют собою истинных определений свободы, которая истинна для себя только в своей самоцели, в добре. Здесь мы можем задать вопрос: имеет ли человек право ставить себе такие несвободные цели, основанные лишь на том, что субъект есть живое существо? Но не случайно, а соответствует разуму то, что человек есть живое существо, и постольку он имеет право делать свои потребности своими целями. Нет ничего унижительного в том, что мы живем, и нам не противостоит никакая высшая духовность, в которой мы могли бы существовать. Лишь поднятие преднайденного на высоту творимого из себя дает более высокий круг добра; однако в этом различии не заключается несовместимость обеих этих сторон.

§ 124

Так как и субъективное удовлетворение самого индивидуума (сюда входит также и получение им признания – честь, слава) тоже содержится в осуществлении целей, в себе и для себя значимых, то является пустым утверждением абстрактного рассудка как требование, чтобы мы признали, что являются желаемыми и достигаемыми лишь этого рода цели, так и воззрение будто субъективные и объективные цели взаимно исключают друг друга в волеии. Эта точка зрения превращается даже в нечто дурное, когда она переходит в воззрение, которое на том основании, что субъективное удовлетворение существует (как это всегда бывает в завершённом деле), утверждает, что оно представляет собою существенное намерение действующего, а объективная цель была для него лишь средством к его достижению. – Ряд поступков субъекта, это и есть он. Если эти поступки представляют собою ряд созданий, не имеющих никакой ценности, то субъективность волеия также не имеет никакой ценности: если же, напротив того, ряд его деяний носит субстанциальный характер, то такой же характер носит также и внутренняя воля индивидуума.

Примечание. Право особенности субъекта получать удовлетворение, или, что то же самое, право субъективной свободы, представляет собою поворотный пункт и центральный пункт отличия между античным и новым временем. Это право в его бесконечности высказано в христианстве, которое сделало его всеобщим, действенным принципом новой формы мира. В число более определенных его образований входят любовь, романтизм, стремление к вечному блаженству индивидуума и т. д., затем – мораль и совесть; далее, туда входят другие формы, которые частью обнаружатся перед нами в дальнейшем изложении в качестве принципа гражданского общества и моментов политического устройства, частью же выступают вообще в истории и в особенности в истории искусства, науки, философии. Этот принцип особенности есть, несомненно, момент противоположности, и он, по крайней мере, ближайшим образом столь же тождественен со всеобщим, сколь и отличен от него. Но абстрактная рефлексия фиксирует этот момент в его отличии от всеобщего, в его противоположности к последнему и создает, таким образом, воззрение на мораль, согласно которому последняя должна вечно существовать лишь в качестве враждебной борьбы с удовлетворением человеком своей собственной потребности, создает требование «to do with disgust what duty dictates» (делать с отвращением то, что велит долг).

Именно этот рассудок создает то психологическое воззрение на историю, которое ухитряется умалить и унижить все великие деяния и личности, превращая в главное намерение и движущий мотив поступков те склонности и страсти, которые тоже находили свое удовлетворение в субстанциальной деятельности, как, например, славу, честь и другие последствия, вообще особенную сторону, причем это воззрение

декретирует, что эти склонности и страсти суть нечто дурное. Так как великое деяние и деятельность, состоявшие в ряде таких деяний, породили в мире великое, и результатом этого великого были для действующего индивидуума власть, честь и слава, то это воззрение уверяет, что индивидууму принадлежит не великое, а то особенное и внешнее, которое благодаря последнему выпало на его долю; так как это особенное есть результат, то оно поэтому есть якобы также и цель и притом, даже единственная цель. – Такого рода рефлексия цепляется за субъективное великих индивидуумов, за тот элемент, в котором она сама пребывает, и в этой ею же созданной суетности упускает из виду субстанциальное; это – воззрение «камердинеров по своей психологии, для которых не существует героев не потому, что последние не герои, а потому, что они – камердинеры».

Прибавление. *In magnis voluisse sat est.* (В великом достаточно одного того, что мы хотим его) правильно в том смысле, что мы должны хотеть чего-то великого, но нужно также уметь совершать великое; в противном случае это – ничтожное хотение. Лавры одного лишь хотения суть сухие листья, которые никогда не зеленели.

§ 125

Субъективное со своим особенным содержанием, благом, как рефлектированное в себя бесконечное, находится вместе с тем в соотношении со всеобщим, со в себе сущей волей. Этот момент, ближайшим образом положенный в самой этой особенности, есть благо также и других, и в полном, но совершенно пустом определении, он есть благо всех. Благо вообще многих других отдельных людей также есть в таком случае существенная цель и право субъективности. Но так как отличное от такого особенного содержания в себе и для себя сущее всеобщее здесь еще не определилось дальше, а определилось только как то, что есть право, то вышеуказанные цели особенного могут быть отличны от последнего; они могут ему соответствовать, но могут также и не соответствовать.

§ 126

Однако моя особенность, так же как и особенность других, есть вообще право лишь постольку, поскольку я есть нечто свободное. Поэтому она не может отстаивать себя в противоречии с этой своей субстанциальной основой, и намерение способствовать моему благу, равно как и благу других (в последнем случае оно, в частности, называется моральным намерением), не может служить оправданием неправому поступку.

Примечание. Это – одна из превратных максим преимущественно нашего времени. Она частью ведет свое происхождение от докантовского периода доброго сердца и составляет, например, квинтэссенцию знаменитых трогательных драматических произведений, которые изображали неправомерные поступки, стремясь заинтересовать так

называемым моральным намерением, изображать дурных субъектов с якобы добрым сердцем, которое желает своего собственного блага и, скажем, также и блага других. Частью, однако, это учение в еще более резкой форме снова разогрето в наше время, и внутренняя восторженность и задушевность, т. е. форма особенности как таковая, теперь превращена в критерий правого, разумного и превосходного, так что преступления и их руководящие мысли, хотя бы это были самые плохие, самые пустые капризы и наиглупейшие мнения, оказываются, согласно этому учению, правовыми, разумными и превосходными, так как они имеют своим источником задушевность и восторженность. — Нужно, впрочем, иметь в виду ту точку зрения, с которой здесь рассматриваются право и благо, а именно, они здесь рассматриваются как формальное право и особенное благо единичного; так называемые всеобщая польза, благо государства, т. е. право действительного конкретного духа, представляет собою совершенно другую сферу, в которой формальное право есть такой же подчиненный момент, как и особенное благо и счастье единичного. Что одним из часто встречающихся недоразумений абстракции является выдвигание частного права и частного блага, а затем противопоставление их всеобщему нраву и всеобщему благу как чего-то самостоятельного.

Прибавление. Здесь кстати вспомнить о знаменитом ответе пасквильянту, который в свое извинение сказал: «il faut donc que je vive» («ведь нужно же мне жить») и получил в ответ: «je n'en vois pas la nécessité» («я не вижу в этом необходимости»). Жизнь не необходима, если она противостоит более высокому, свободе. Поступок св. Криспина, кравшего кожу, чтобы изготовлять из нее башмаки для бедных, морален и вместе с тем нарушает право, и потому не имеет значимости.

§ 127

Особенные интересы природной воли, объединенные в их простую целокупность, есть личное существование как жизнь. Если жизнь находится в высшей опасности и ее спасение сталкивается с собственностью обеспеченного правом другого человека, она может притязать на право нужды (не как на снисхождение, а как на право), так как на одной стороне стоит бесконечное поражение существования и, значит, полнейшее бесправие, а на другой — лишь поражение единичного ограниченного существования свободы, причем вместе с тем не отрицается право как таковое и правоспособность того, который поражается лишь в этой собственности.

Примечание. Из права нужды проистекает благодетельный закон, оставляющий должнику такую часть его инструментов, земледельческих принадлежностей, платья и вообще его имущества, т. е. собственности кредитора, какая представляется необходимой для того, чтобы дать ему возможность снискать себе свое пропитание, и даже не просто пропитание, а пропитание, соответствующее его сословному положению.

Прибавление. Жизнь как совокупность целей имеет право пойти наперекор абстрактному праву. Если, например, она может быть поддержана посредством кражи куска хлеба, то этим, правда, поражается собственность другого человека, но было бы несправедливо рассматривать этот поступок как обыкновенное воровство. Если бы человеку, жизни которого угрожает опасность, не было бы позволено действовать так, чтобы получить возможность сохранить ее, то он был бы определен как бесправный, и этим отказом ему в жизни отрицалась бы вся его свобода. Для обеспечения жизни нужны, разумеется, очень многие и многообразные условия, и когда мы думаем о будущем, мы должны пускаться в рассмотрение этих подробностей. Но необходимо жить только теперь, будущее не абсолютно и остается предоставленным случайности. Поэтому лишь нужда непосредственного настоящего может дать право на неправо́вый поступок, потому что в самом несовершении последнего заключалось бы, в свою очередь, совершение неправды и притом самой большой неправды, а именно, полное отрицание наличного бытия свободы; – *beneficium competentiae* должно находить здесь свое место, так как в родственных отношениях или в другого рода близости заключается право требовать, чтобы нас не принесли целиком в жертву праву.

§ 128

Нужда вскрывает конечность и, значит, случайность как права, так и блага, – случайность абстрактного наличного бытия свободы, которое не есть вместе с тем существование особенной личности, и случайность сферы особенной воли без всеобщности права. Их односторонность и идеальность, следовательно, положена так, как она уже определена на них самих в понятии. Право уже определило свое наличное бытие как особенную волю, субъективность в ее всеобъемлющей особенности сама есть наличное бытие свободы, и она же в себе, в качестве бесконечного соотношения воли с собою, есть всеобщее свободы. Оба момента, совокуплений таким образом, чтобы получилась их истина, их тождество, но пока еще находящиеся в релятивном соотношении друг с другом, суть добро, как исполненное, в себе и для себя определенное всеобщее, и совесть как бесконечная субъективность, знающая и определяющая внутри себя свое содержание.

Иеринг Р.

БОРЬБА ЗА ПРАВО¹

Цель права – мир, средство для этого – борьба. До тех пор, пока право будет подвергаться нападению со стороны неправа, а это будет продолжаться, пока существует мир, оно не будет избавлено от необходимости борьбы. Жизнь права – борьба, борьба народов, государственной власти, сословий, индивидов.

Всякое право в мире является результатом борьбы, каждое важное правовое положение должно сначала победить те, которые сопротивляются ему, и каждое право, – право народа, как и право отдельного человека, предполагает постоянную готовность к его отстаиванию. Право – не просто мысль, но живая сила. Поэтому правосудие, держащее в одной руке весы, которыми оно взвешивает право, в другой руке держит меч, которым утверждает право. Меч без весов – есть голое насилие, весы без меча – бессилие права. Оба связаны друг с другом, и совершенный правовой порядок господствует только там, где сила, с которой правосудие держит меч, равняется искусству, с которым оно владеет весами.

Право есть непрерывная работа и при том не только государственной власти, но и всего народа. Вся жизнь права, если окинуть взором всю ее в целом, представляет нам то же зрелище неустанной борьбы и работы целой нации, какое является её деятельность в области экономического и духовного творчества. Каждый отдельный человек, встречающийся с необходимостью отстаивать свое право, принимает участие в этой национальной работе, вносит свою скромную лепту в дело осуществления правовой идеи на земле.

Обращаясь к борьбе за субъективное, или конкретное, право. Она вызывается нарушением или захватом последнего, так как никакое право – ни право индивидов, ни право народов – не гарантировано от этой опасности, потому что интересу управомоченного в сохранении права всегда противостоит интерес другого в неуважении этого права, то отсюда вытекает, что борьба эта повторяется во всех сферах права: в частности, частного права так же, как и на высотах права государственного и международного. Международно-правовое отстаивание нарушенного права в форме войны. Сопротивление народа в форме восстания, бунта, революций актам произвола, нарушениям Конституции со стороны государственной власти, самоуправное осуществление частного права в форме так называемого суда Линча, кулачного и военного права средних веков и последний его отпрыск в наше время: дуэль, самозащита в форме необходимой обороны, и, наконец, урегулированный способ защиты своего права в форме гражданского процесса, эти способы, несмотря на все различие в объекте спора и в риске, в формах и размерах борьбы, суть не что

¹ Иеринг Р. Борьба за право / пер. с 17 немецкого издания В. И. Лойко. Санкт-Петербург, 1912. 71 с.

иное, как формы и проявления одной и той же борьбы за право. Если я из всех этих форм беру самую спокойную: легальную борьбу за частное право в форме процесса, то объясняется это не тем, что мне, как юристу, она ближе всего, а тем, что при этой форме истинное положение дела более всего подвержено опасности не встретить признания – одинаково, как со стороны юристов, так и со стороны профанов. Во всех остальных случаях истинное положение дела выступает открыто и с полной ясностью. Что в них дело идет о благах, достойных самых больших жертв – это понимает самый тупой ум, и никто не задаст здесь вопроса: зачем бороться, не лучше ли уступить? Но в частноправовой борьбе дело обстоит совершенно иначе. Относительная незначительность интереса, из-за которых она происходит: обыкновенно – вопрос о моем и твоём, непроходимая проза, облекающая этот вопрос, уводит эту борьбу, по-видимому, исключительно в область трезвого расчета и житейских соображений, а формы, в которых она движется, их механический характер, исключение всякого свободного, сильного проявления личности не могут ослабить это неблагоприятное впечатление. Конечно, и для неё было время, когда она еще призывала к выступлению саму личность, и когда поэтому ясно выступало наружу истинное значение борьбы. Когда еще меч решал спор о моем и твоём, когда средневековый рыцарь посылал противнику вызов, тогда и не участвовавший в деле мог догадаться, что в этой борьбе дело идет не только о стоимости вещи, об устранении денежного ущерба, но что в вещи личность утверждает и защищает самое себя, свое право и свою честь.

Однако, нам не зачем тревожить дела давно минувших дней, чтобы извлечь из них указания относительно значения того, что и в настоящее время, хотя по форме и является иным, по существу представляет то же самое, что происходило и прежде. Взгляд на явления нашей современной жизни и психологическое самонаблюдение сослужат нам ту же самую службу.

Вместе с нарушением прав, перед каждым управомоченным возникает вопрос, должен ли он защищать их, оказывать сопротивление противнику и, следовательно, бороться или же, чтобы избежать борьбы, должен примириться с нанесенным ему ударом: от решения этого вопроса его никто не может избавить. И какое бы решение ни было принято, в обоих случаях оно связано с жертвой: в одном случае – право приносится в жертву миру, в другом, мир – праву. Вопрос, таким образом, по-видимому, сводится к следующему: какую жертву, принимая во внимание индивидуальные условия случая и личности, легче принести. Богатый отдаст ради сохранения мира не имеющую для него значения спорную ценность, бедный, для которого эта ценность является сравнительно более значительной, пожертвует ради неё миром. Таким образом, вопрос о борьбе за право принял бы форму простого арифметического примера, в котором нужно было бы взвесить выгоды и невыгоды с обеих сторон, чтобы затем прийти к решению.

Что в действительности дело обстоит совершенно не так, это знает всякий. Повседневный опыт указывает нам на процессы, в которых ценность спорного объекта стоит вне всякого отношения к известной наперед затрате сил, волнений, средств. Никто, уронив в воду один талер, не станет тратить два талера, чтобы вытащить его обратно, — для него вопрос о том, сколько следует затратить на это предприятие, является простой арифметической задачей. Почему же он не занимается решением такой же арифметической задачи в случае процесса? Нельзя сказать: он рассчитывает выиграть процесс и ожидает, что издержки упадут на его противника. Юрист знает, что даже твердая уверенность в том, что за победу придется дорого заплатить, не удерживает многих противников от процесса; как часто адвокату, указывающему участнику спора на рискованность его дела и отговаривающему от процесса, приходится слышать в ответ: я твердо решил вести процесс, во что бы он ни обошелся.

Как должны мы объяснить себе такой, с точки зрения разумного расчета интересов просто бессмысленный образ действий?

Ответ, который обыкновенно дается на это, известен: мы имеем здесь дело с жалкой манией сутяжничества, сварливости, с особой страстью к спорам, со стремлением сорвать свой гнев на противнике, хотя бы было достоверно известно, что за это придется заплатить так же дорого, а может быть, еще дороже, чем противнику.

Оставим на время в сторону спор двух частных лиц и возьмем вместо них два народа. Один из них совершил у другого противоправный захват одной квадратной мили пустынной, ничего не стоящей земли; должен ли этот другой народ начать войну? Посмотрим на этот вопрос с совершенно той же точки зрения, с которой теория сутяжничества обсуждает его в отношении крестьянина, у которого сосед запахал несколько футов его пашни или накидал камней на его поле. Что значит одна квадратная миля пустынной земли по сравнению с войною, стоящей тысячи жизней, несущей горе и нищету в хижины и дворцы, поглощающей миллионы и миллиарды государственных средств и, быть может, угрожающей существованию государства! Какая глупость — «приносить такие жертвы ради подобного результата борьбы!»

Таков должен был бы быть приговор, если бы крестьянин и народ измерялись одним и тем же мериллом. Однако, никто не даст народу того же совета, что крестьянину. Каждый чувствует, что народ, который промолчал бы в ответ на подобное правонарушение, подписал бы этим свой собственный смертный приговор. У народа, который позволяет своему соседу безнаказанно отнять у него одну квадратную милю, будут отняты и все остальные, до тех пор, пока он не сможет уже больше ничего назвать своим и не перестанет существовать в качестве государства; и такой народ лучшей участи и не заслуживает.

Но если народ должен защищаться из-за квадратной мили, не задаваясь вопросом о её ценности, то почему же не делать того же и

крестьянину из-за клочка земли? Или мы должны отпустить его с пословицей: «*quod licet Jovi, non licet bovi*?» Но подобно тому, как народ борется не за квадратную милю, а за самого себя, на свою честь и свою независимость, точно так же и в процессах, в которых истцу приходится защищать себя от обидного презрения к его праву, дело идет не о ничтожном объекте спора, а об идеальной цели: утверждении самой личности и её правового чувства. Перед этой целью теряют свое значение в глазах управомоченного все жертвы и неприятности, которые влечет за собою процесс, — цель оплачивает средства. Не трезвый денежный интерес побуждает оскорбленного начать процесс, а нравственная боль вследствие понесенной несправедливости; не к тому он стремится, чтобы только получить опять объект, быть может, как это часто в подобных случаях делается для установления истинного мотива процесса, он заранее пожертвовал его какому-нибудь учреждению для бедных, а к тому, чтобы оградить свое право. Какой-то внутренний голос говорить ему, что он не должен отступать, что для него дело идет не о ничего не стоящем объекте, а об его личности, его чести, его правовом чувстве, его самоуважении, короче, процесс для него из простого вопроса об интересе становится вопросом характера: утверждение или падение личности.

Тем не менее опыт показывает, что многие люди, находясь в подобном положении, принимают как раз противоположное решение — мир для них дороже защищенного путем усилий права. Как следует нам отнестись к этому явлению? Должны ли мы просто сказать: это — дело индивидуального вкуса и темперамента, один человек — сварливее, другой — миролюбивее; с точки зрения права оба случая одинаково допустимы, потому что право предоставляет управомоченному на выбор: отстаивать свое право или примириться с его нарушением? Я считаю этот взгляд, который, как известно, в жизни встречается нередко, в высшей степени неприемлемым, противоречащим сокровенной сущности права; если бы можно было предположить, что он стал где-нибудь общепринятым, то это было бы гибелью для права, потому что в то время, как право нуждается для своего существования в мужественном сопротивлении неправу, — взгляд этот проповедует малодушное бегство перед ним. Я противопоставлю ему следующее положение: сопротивление дерзкому, ограничивающему самое личность неправу, т. е. нарушению права, носящему в себе, по способу своего осуществления, характер презрения к этому праву, личного оскорбления — есть обязанность. Это сопротивление есть обязанность управомоченного по отношению к самому себе, ибо является заповедью нравственного самосохранения; оно составляет обязанность по отношению к обществу, ибо оно необходимо для того, чтобы право осуществлялось.

Ильин И. А.

ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ О ПРАВЕ И ГОСУДАРСТВЕ¹

§ 10. Цель и значение права. Нравы

Цель права, как и других норм общественного поведения, состоит прежде всего в том, чтобы сделать возможным мирное сожительство людей. Право достигает этого тем, что указывает людям обязательные для них пределы в их внешней деятельности. В деле обуздания людских страстей и ограничения непомерных претензий право довольствуется тем, что устанавливает порядок во внешних поступках, предоставляя каждому узнать, посредством чтения и изучения правовых норм, сущность и черты этого обязательного порядка. Совершать те внешние поступки, которые правом предписаны, и не совершать тех внешних поступков, которые правом воспрещены, людей побуждает: во-первых, простое сознание того, что так велит правовая норма, во-вторых – сознание того, что уклонение от этого порядка должно повлечь за собою неприятные принудительные последствия. Для тех, кто признает, что повиновение праву необходимо ради поддержания мирного сожительства, достаточно простого сознания: «так велит правовая норма»; они повинуются праву и в том случае, если оно почему-нибудь решает спор не в их пользу; мало того: такие люди, обнаруживающие истинную зрелость правосознания, повинуются даже тем правовым нормам, которые кажутся им несправедливыми. Это следует понимать так: если право решает их спор не в их пользу, и притом несправедливо, то они спокойно и мужественно переносят это несправедливое решение, подчиняясь ему; если же несправедливое решение обращается во вред другому, то они по доброй воле вознаграждают несправедливо потерпевшего соседа. Но как в том, так и в другом случае они стремятся сделать все, что в их силах, для того чтобы заменить устаревшую, или неудачную, или несправедливую норму – новой, справедливой и верной.

Такой образ действий как нельзя более соответствует высшей и основной цели права: устроить совместную жизнь людей так, чтобы на столкновения, взаимную борьбу, ожесточенные споры и т.д. тратилось как можно меньше духовных сил. Мирные отношения между людьми состоят не в том, что каждый непрерывно судится со всеми, жалуясь и отстаивая свою выгоду всеми дозволенными средствами, или даже старается запутать судей и провести свое дело во что бы то ни стало. Такой человек часто оказывается готовым обойти закон, если ему не удастся отстоять свои интересы по закону. Для него право является не другом морали, а только врагом его личной жадности; он испытывает правовые предписания, как цепи на своих руках, и всюду, куда право почему-нибудь не вполне проникает (например, во внутренние отношения семьи или в отношение к мирным иностранцам

¹ Ильин И. А. Теория права и государства. Изд. 2-е, доп.. Москва, 2008. 550 с.

на войне и во время войны), он готов проявить свою злую и хищную волю.

Относиться так к праву значит употреблять его во зло, тогда как на самом деле право призвано служить не злу, а добру. Первоначально правовые нормы были введены для того, чтобы обуздать внешние проявления злой воли, но было бы жестокой ошибкой думать, что этим исчерпывается назначение права. Самое обуздание внешних проявлений злой воли необходимо именно для того, чтобы содействовать развитию в душах людей доброй воли, и право только тогда будет понято в своем истинном значении, когда люди будут иметь в виду не букву права, а его основную цель и дух.

Значение права состоит в том, что оно есть могучее средство воспитания людей к общественной жизни. Правовые нормы и повиновение им должны научить человека считаться с существованием других людей и с их интересами. Каждый человек должен приучить себя к тому, чтобы доброю волею ограничивать свои притязания, принимая во внимание, что другие также имеют право жить и осуществлять свои интересы. Ограничивая свободу каждого известными пределами, право обеспечивает ему за то беспрепятственное и спокойное пользование своими правами, т.е. гарантирует ему свободу внутри этих пределов. Свобода каждого человека простирается лишь до той границы, от которой начинается свобода других людей. Стремясь установить эти границы, право содействует тому, чтобы в совместной жизни людей воцарился порядок, основанный на свободе.

Воспитать людей в этом направлении значит, далее, приучить их к мысли о том, что каждый человек – кто бы он ни был и какими бы свойствами он ни отличался, имеет одинаковое право жить, работать, бороться за свои справедливые интересы и развивать свои духовные силы. Укрепление этого чувства в людях достигается особенно распространением естественного (т.е. нравственно верного) права: повинаясь ему, человек приучается видеть в каждом – равного себе ближнего своего и уважать каждого, кто бы он ни был. Воспитывая так человека, право содействует тому, чтобы в совместной жизни людей воцарился порядок, основанный на равенстве.

Именно в этом значении своею право оказывается преддверием морали. Человек, приучившийся сдерживать и обуздывать свои внешние проявления согласно правовым нормам, приобрел уже умение господствовать над собою при помощи воли. Внешнее самообладание, к которому приучает право, есть уже начавшееся господство разумной воли, воли над жизнью необузданных страстей и диких порывов. Конечно, мало развить в себе сознание своих прав и обязанностей (правосознание) и приучить себя к верному с точки зрения права (т. наз. легальному или лояльному) поведению. Только внутренняя нравственная работа над собою может облагородить душу в ее корне и пробудить в человеке любовное отношение к ближним. Но работая над человеческим поведением рука об руку с моралью и подготавливая ее конечное торжество, право, несомненно,

содействует тому, чтобы в совместной жизни людей воцарился порядок, основанный на братстве.

В этом деле общественного воспитания праву приходят на помощь нормы нравов. Правовые предписания не могут проникнуть во все стороны человеческой жизни и установить повсюду обязательные пределы: это значило бы убить всякую свободную жизнь, всякое нестесненное проявление и творческую инициативу людей; с другой стороны, праву и не удалось бы учесть всякое движение человека, а погоня за мелочами заставила бы его упустить из вида главное (см. § 9). Поэтому оказывается очень важным, чтобы в жизни людей постепенно слагались добрые обычаи и морально верные нравы. Эти обычаи необязательны в правовом отношении и никем формально не устанавливаются; и тем не менее люди осуществляют их, и если кто-нибудь формулирует их в виде правил поведения, то признают их, отчасти по привычке к ним, отчасти из смутного сознания, что «так лучше», отчасти же из уважения к авторитету «общественного мнения». Таковы, напр., все правила вежливого и любезного обхождения, многие обычаи религиозные, торговые, обычаи, связанные с отдыхом и увеселениями, и т.д. Редко кто может указать корень и происхождение такого обычая; часто остается только сознание, что «так делали отцы и деды» или что «так исстари повелось». Конечно, не все, что «повелось», заслуживает одобрения и поддержки: обычаи могут быть грубы и жестоки (напр., бой быков, русские кулачные бои), или вредны духовно и телесно (напр., пьянство, объедение по праздникам), или основаны на предрассудках и суеверии (напр., гадания, чурания и т.п.). Однако с развитием и углублением образования вредное и нелепое постепенно отпадает и сознание: «так надо, хотя и никто не приказал», связывается только с теми обыкновениями, которые облегчают задачу морали и права. Нравы народа соответствуют тому, что мы называем «характером» у отдельного человека: это свойственные ему, устойчивые способы внутренней жизни, которые и выражаются в виде внешних обычаев. И вот, по мере духовного развития народа, нравы все более совершенствуются и находят себе выражение в хороших и благородных обычаях (напр., обычай благотворения, обычай выражать другому свое уважение), а добрые обычаи содействуют, в свою очередь, воспитанию в людях благородных и мягких нравов.

§ 11. Содержание права. Объективное право и субъективное право

Мы видели, что всякая правовая норма устанавливает известный порядок как должный, обращаясь к людям с различными предписаниями; в этом ее основная сущность, так как она всегда указывает, что известный строй внешних отношений должен соблюдаться всеми членами союза. То, что право предписывает людям, называется его содержанием. Понятно, что правовые нормы, указывая каждому обязательные пределы в его внешней деятельности, могут позволить известные внешние поступки, но могут их и

воспретить, и в то же время, воспрещая одно, они могут повелеть делать другое. Право всегда указывает человеку то, что «можно», то, чего ему «нельзя», и то, что он «обязан» делать. При этом, говоря о «возможности» («можно») и «невозможности» («нельзя»), следует иметь в виду не телесную или душевную способность человека: право не в состоянии увеличивать или уменьшать дары природы, данные человеку (напр., мускульную силу, здоровье, талант), или приобретенные им умения. Правовое «можно» следует понимать в смысле «позволено, предоставлено», а правовое «нельзя» – в смысле «воспрещено». Итак, содержание права состоит в тех позволениях, воспрещениях и повелениях, которые им устанавливаются и которые вместе слагают «порядок», устанавливаемый правом в качестве должного.

Правовое позволение состоит в том, что человеку указывается, какие внешние поступки предоставлены на его усмотрение, причем правовые нормы обеспечивают ему защиту этих поступков. То, что ему позволено или предоставлено на его усмотрение (напр., распоряжаться вещами, которые ему принадлежат; написать завещание или не писать завещания; исповедовать то или другое религиозное учение, подавать свой голос на выборах или воздержаться, и если подавать, то за кого именно; подписывать петицию в парламент или не подписывать) – образует для него сферу свободы, признанной и защищенной правом. Это означает, во-первых, что все, что человек совершит в пределах своей правовой свободы, – все это другие люди должны допускать, не смея ему в этом препятствовать; в случае же если кто-нибудь вздумает мешать ему, он может обратиться к людям, следящим за исполнением правовых норм (правлящие органы государства), и они обязаны прийти ему на помощь: удостоверить его сферу свободы, установить, что она была нарушена, исследовать, кем именно, и осуществить по отношению к нарушителю правовую санкцию (взыскать с него убытки потерпевшему или подвергнуть его сверх того наказанию). Это означает, во-вторых, что человек, имеющий правовую сферу свободы, может в пределах ее совершать такие поступки, которые будут иметь для других людей, а также и для него самого обязательные последствия (напр., если он продаст другому свою вещь; или отдаст ее внаем; или подаст голос на выборах). Эти обязательные последствия состоят в том, что, с одной стороны, уменьшается или увеличивается его собственная сфера свободы, с другой стороны, увеличивается или уменьшается сфера свободы другого человека или других людей (напр., продавший уменьшает, а купивший увеличивает свою сферу свободы; подавший голос на выборах уменьшает, избранный увеличивает свою сферу свободы). Таким образом, всякое правовое позволение предоставляет человеку определенную и ограниченную, но защищенную свободу действия или правовое полномочие; тот, кому оно предоставлено, называется субъектом полномочия. Действие человека в пределах его полномочия называется осуществлением полномочия.

Далее, правовое воспреещение состоит в том, что человеку указывается, каких внешних поступков он не смеет совершать. Понятно, что правовые воспреещения устанавливаются для тех поступков, которые, вообще говоря, по силам человеку и которые он фактически может совершить. То, что человек может, но не смеет делать (напр., похитить чужое имущество; оскорбить кого-нибудь действием; распространить о другом клевету и т.п.), образует для него сферу запретного, сферу покорности, установленной и поддерживаемой правом. Это означает, что все, что человек совершит в пределах запретного, может навлечь на него тягостные последствия в принудительном порядке: или так, что пострадавший от его неправомерного поступка потребует от него через посредство суда возмещения убытков и вознаграждения (гражданский порядок при гражданском правонарушении); или так, что правящие органы (т.е. люди, следящие за исполнением правовых норм) привлекут его к ответственности за нарушение правовых норм, и суд, рассмотрев дело, наложит на него наказание (уголовный порядок при уголовном правонарушении). Таким образом, всякое правовое воспреещение устанавливает для человека определенную и поддерживаемую угрозой сферу покорности или правовую запретность; тот, кто может подлежать взысканию за неправомерный поступок, называется ответственным субъектом. Действие человека в пределах запретного называется правонарушением.

Наконец, правовое повеление состоит в том, что человеку указывается, какие внешние поступки он обязан совершать, причем правовые нормы обычно предупреждают его о тех последствиях, которые грозят ему в том случае, если он не совершит предписанного. То, что ему повелено и что он обязан исполнить (напр., уплатить долг кредитору; или внести государству налог; или явиться к отбыванию воинской повинности), образует для него сферу повиновения, требуемого и поддерживаемого правом. Если правительственные органы не имеют физической возможности уследить за тем, чтобы никто не нарушал запрета, то тем более они не имеют возможности заставить людей совершать известные положительные поступки. В обоих случаях они ставят (как непокорного, так и непови누ющегося) перед угрозой неприятными последствиями: жалоба пострадавшего или привлечение к ответственности со стороны правящего органа (для разных случаев неповиновения установлены разные пути) вызывают к жизни правовую санкцию. Таким образом, всякое правовое повеление устанавливает для человека определенную и поддерживаемую правом сферу повиновения, или правовую обязанность; тот, на кого она возложена, называется обязанным субъектом или что тоже субъектом обязанности. Действие человека в этих пределах называется исполнением обязанности.

Теперь ясно, что право осуществляет свою цель и свое назначение именно посредством установления позволений, воспреещений и повелений, причем каждому позволению, установленному в правовой норме,

соответствует полномочие, принадлежащее целому ряду членов союза; каждому воспрещению – запретность, тяготеющая над членами союза; каждому повелению – обязанность многих или некоторых граждан. Это можно выразить так, что правовые нормы устанавливают правовые полномочия, запретности и обязанности. Юридические науки называют правовые нормы (и правовые императивы) объективным правом, или правом в объективном смысле, а правовые полномочия, запретности и обязанности, принадлежащие членам союза, субъективным правом, или правом в субъективном смысле.

Отношение между объективным правом и субъективным правом может быть, следовательно, выражено так: объективное право есть источник субъективного права. Это означает, что правовые полномочия, запретности и обязанности могут быть установлены только правовыми нормами и правовыми императивами; нет правовой нормы (или правового императива) – не может быть правовых полномочий, запретностей и обязанностей, ибо все они «порождаются» или «проистекают» от объективного права. Тот, кто хочет знать о субъективных правах, должен обратиться к изучению объективного права; ибо субъективное право есть содержание объективного права.

Нетрудно понять, что о содержании права можно говорить не только применительно к объективному праву (какие именно полномочия, обязанности и запретности устанавливаются правовыми нормами), но и применительно к субъективному праву: каждое полномочие уполномочивает человека на какие-нибудь определенные внешние поступки; каждая запретность запрещает человеку известные внешние деяния; каждая обязанность есть обязанность совершить нечто строго определенное. Содержанием субъективного права называются те поступки и деяния, которые позволены, воспрещены или вменены в обязанность человеку.

Исследуя содержание субъективного права, следует иметь в виду соотношение между полномочиями, обязанностями и запретностями. Именно: деяние, которое человек обязан совершить, всегда позволено и не запрещено ему; деяние, которое человеку позволено совершить, не запрещено ему и не вменено ему в обязанность; деяние же, которое воспрещено, тем самым не позволено и не повелено человеку. При этом может быть и так, что полномочие дается человеку только в виде обязанности: так бывает, например, у лиц, состоящих на государственной службе, когда они обязаны делать то самое (например, судить, управлять), к чему они уполномочены. Понятно, далее, что деяние, которого человек не обязан совершать, может быть дозволенным, но может быть и воспрещенным деянием; поступок, который человеку не позволен, может быть запрещен, но может быть просто не предусмотрен правом, и тогда он считается дозволенным, пока не доказано обратное; наконец, деяние не запрещенное – может считаться дозволенным, если только оно не вменено в прямую обязанность.

Здесь особенно важно иметь в виду, что не всякое запрещение высказывается прямо в правовых нормах. Обычно в них высказывается открытое запрещение только тогда, если правовая власть считает особенно важным, чтобы «такие-то» поступки совсем не совершались, «такие-то» обязанности всегда в точности исполнялись, «такие-то» границы полномочий никогда не нарушались; именно в таких случаях нарушение запрета может повлечь за собою не только «неприятные» для нарушителя последствия (в виде принудительного возмещения чужого пострадавшего интереса), но и еще особое наказание в виде временного или пожизненного умаления известных полномочий или полного лишения их), налагаемое по суду в уголовном порядке. Таково учение о содержании права.

Кельзен Г.

ЧИСТОЕ УЧЕНИЕ О ПРАВЕ: ВВЕДЕНИЕ В ПРОБЛЕМАТИКУ НАУКИ О ПРАВЕ¹

I. Право и природа

1. «Чистота»

Чистое учение о праве является теорией позитивного права. Теорией просто позитивного права, а не некоего особого правового порядка. Данное учение является общим, оно не толкует конкретные правовые нормы государства или международные нормы.

В качестве теории чистое учение о праве стремится только и исключительно к познанию своего предмета. Чистое учение о праве пытается ответить на вопрос о том, что есть право и каково оно, но не на вопрос о том, каким должно быть право, или о том, какое право должно быть создано. Это – наука о праве, а не политика права.

Чистое учение о праве называется «чистым» в силу того, что оно занимается только знанием, направленным на право, и стремится очистить такое знание от всего того, что не является предметом этого учения. Это означает, что чистое учение о праве стремится очистить науку о праве от чуждых ей элементов. Тут лежит основной методологический принцип данного учения. Может показаться, что все это самоочевидно. Но если бросить взгляд на традиционную науку о праве в том виде, в котором она развивалась в XIX и XX вв., то четко видно, насколько далеко эта традиционная наука о праве отстоит от принципа чистоты. Юриспруденция совершенно некритично смешала себя с психологией и биологией, с этикой и теологией. Сегодня практически не существует ни одной специальной научной дисциплины, в рамки которой не гнушается вторгаться наука о праве. Теоретик права полагает, что именно путем заимствований у других научных дисциплин он сможет поднять свой научный авторитет. Но при этом, естественно, теряется истинная наука о праве.

2. Естественный факт (акт) и значение

Чистое учение о праве пытается четко отграничить предмет своего познания по двум направлениям, где самостоятельности науки о праве угрожает господствующий методологический синкретизм. Право есть социальное явление, а общество по сравнению с природой – совершенно иной предмет, поскольку его элементы соединены между собой совершенно иным образом. Если наука о праве не должна раствориться в науке о природе, то и право, очевидно, должно быть резко отграничено от природы.

¹ Книга в книге: к 130-летию со дня рождения г. Кельзена // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4.

Но это очень трудно сделать, поскольку право – или то, что принято называть этим словом, по крайней мере одной из сторон своего существа относится к области природы, и поэтому, как кажется, право влачит полностью природное существование. Так, если мы рассмотрим некие фактические обстоятельства, называемые правом, например, голосование в парламенте, административный акт, судебное решение, сделку или правонарушение, то в них можно различить два элемента: с одной стороны, происходящий в пространстве и времени, чувственно воспринимаемый акт, событие – по большей части человеческое поведение; с другой стороны, внутренне присущий или свойственный такому акту или такому событию смысл – его специфическое значение. В зале собираются люди, произносят речи, одни поднимаются со своих мест, а другие нет; таковы выраженные вовне события. Смысл таких событий – принятие закона. Некий человек, одетый в мантию, с возвышения говорит одному из стоящих перед ним людей определенные слова. Это выраженное во вне событие означает судебный приговор. Один торговец пишет другому письмо определенного содержания, на которое тот отвечает письмом-акцептом; это означает, что они заключили договор. Некто причиняет некими своими действиями смерть кому-либо другому; юридически это означает убийство.

3. Самоистолкование социального материала (субъективный и объективный смысл)

Это «значение» акта нельзя рассмотреть и воспринять как некий факт, так же как мы воспринимаем физические свойства и функции предмета, например его цвет, твердость, вес. Хотя, конечно, данный акт – в той мере, в которой он выражен в письменной или устной речи, сам может указать на свое значение, выявить свой собственный смысл. В этом заключается своеобразие того материала, который является предметом социального и особенно юридического познания. Растение ничего о себе не может поведать исследователю, который и изучает это растение. Это растение не делает даже попытки объяснить себя с научной точки зрения. Но социальный акт вполне может осуществить самоистолкование, т. е. высказаться о том, что он означает. Ведь совершающее этот акт лицо связывает с актом некий определенный смысл, что выражен тем или иным способом и что будет понят другими лицами, к которым данный акт обращен. Люди, собравшиеся в парламенте, могут намеренно объявить, что принимают закон; два человека могут выразить намерение заключить юридическую сделку. Познание, направленное на постижение права, иногда сталкивается с самоистолкованием материала, предшествующим тому истолкованию, которое должно осуществляться наукой о праве.

Отсюда появляется необходимость различать субъективный и объективный смысл некоего акта. Субъективный смысл может, но не должен совпадать с объективным смыслом, который данному акту приписывается в

системе всех правовых актов, т. е. в правовой системе. То, что делал знаменитый капитан из Кёпеника, было актом, по своему субъективному смыслу представлявшим собой административный приказ. Объективно же таковым данный акт не был, представляя собой правонарушение. Некая тайная организация, ставящая себе целью избавить родную страну от вредных элементов, приговаривает к смерти человека, которого эта организация считает предателем, и руками преданного члена этой организации приводит в исполнение то, что она субъективно считает и называет смертным приговором. Однако объективно, т. е. в системе объективного права, происшедшее есть не исполнение смертного приговора, но политическое убийство, пусть даже фактические обстоятельства произошедшего ничем не отличались от исполнения смертного приговора.

4. Норма как схема истолкования

Эти внешние фактические обстоятельства во всех случаях – поскольку они всегда протекают в пространстве и времени и суть чувственно воспринимаемые явления – представляют собой часть природы и в качестве таковой определяются законом причинности. Однако эти явления как таковые, как элемент природной системы не составляют предмета специфически юридического познания и вообще не относятся к праву. Эти события становятся правовыми (или противоправными) актами не за счет их фактичности, не за счет их природного (т. е. причинно-следственного) бытия, включенного в природную систему, а за счет объективного смысла, связанного с этими актами, за счет значения, которым обладают данные события. Соответствующие фактические обстоятельства обретают особый юридический смысл, свое собственное правовое значение посредством некоторой нормы, которая по содержанию соотносится с этими обстоятельствами, наделяет их правовым значением, так что акт может быть истолкован согласно этой норме. Норма функционирует в качестве схемы истолкования. Она порождается через правовой акт, а этот акт, в свою очередь, получает свое значение от другой нормы. Если некий факт есть исполнение смертного приговора, а не убийство, то это недоступное восприятию качество обнаруживается только в результате мыслительного процесса: при сопоставлении с уголовным кодексом и с уголовно-процессуальным порядком. То, что упомянутый обмен письмами означает заключение договора, следует единственно и исключительно из того, что данные фактические обстоятельства соответствуют условиям, определенным в гражданском кодексе. То, что некое собрание людей есть парламент, результатом деятельности которого является принятие некоего закона (иными словами, что данные события обладают этим «значением»), означает, что этот факт в целом соответствует определенным предписаниям конституции. Это означает, что содержание некоего фактического события согласуется с содержанием некой заранее установленной нормы.

5. Норма как акт и как смысловое содержание

Познание права направлено только на те нормы, которые придают характер права (или «неправа») определенным актам и которые создаются через подобные акты.

При этом стоит отметить, что нормы в качестве особого смыслового содержания представляют собой нечто иное, чем психический акт, посредством которого выражаются воля и представление об этих нормах. Необходимо четко различать волю к норме и представление о норме, с одной стороны, и саму норму, которая является предметом воли или представления, – с другой. Когда мы говорим о «создании» некоей нормы, то под этим имеются в виду некие фактические процессы, смысловым содержанием которых является эта норма. Чистое учение о праве не направлено на какие-либо психические процессы или физические действия, когда оно познает право и когда оно пытается осмыслить нечто как правовое. Осмыслять нечто как право – это и ничто иное может называться осмыслением правового. Мы приходим к тавтологическому утверждению, когда выдвигаем тезис о том, что только правовые нормы могут образовывать предмет правового познания. Ведь право, которое является единственным предметом правового познания, есть норма. Но норма есть такая категория, которая не находит никакого применения в области природы. Когда некий природный акт характеризуется как правовое событие, это означает утверждение такого действия нормы, содержание которого находится в определенном соответствии с фактическим явлением. Когда судья считает доказанным некий факт (как правонарушение), то его познание направлено прежде всего только на некое природное бытие. Но юридическим его познание станет с того момента, когда он соотнесет установленный им факт с применяемым законом и тем самым будет истолковывать этот факт как «кражу» или «обман». Такое истолкование судья может дать, только если содержание данного факта особым образом признается содержанием некоей нормы. При этом следует отметить, что деятельность судьи никоим образом не исчерпывается актом познания – такой акт лишь предваряет акт воли, через который будет введена индивидуальная норма судебного приговора.

6. Действие и пределы действия нормы

Когда выше мы говорили о «действии» нормы, то этим изначально выражалось не что иное, как специфический модус бытия нормы, особый акт, которым создана норма, в отличие от бытия природной действительности, которое протекает в пространстве и времени. Норма как таковая (ее не нужно смешивать с тем актом, через который она создается) находится вне пространства времени, поскольку она не является природным фактом. Но возможное содержание нормы – то же, что и возможное

содержание фактического явления, поскольку норма через свое содержание соотнесена с этим фактическим явлением (прежде всего с человеческим поведением). Поэтому в содержании нормы следует определить то пространство и то время, в которых должно осуществиться предписанное нормой определенное человеческое поведение. Действительность норм, регулирующих человеческое поведение вообще, и действительность правовых норм в особенности есть пространственно-временная действительность, так как содержание этих норм составляют заданные в пространстве и времени события. То, что норма действительна, всегда означает, что она действительна для некоторого времени и для некоторого места, что она относится к событиям, которые могут происходить только в том или ином месте в то или иное время.

Соотнесение нормы с временем и местом указывает на пространственно-временную сферу действительности нормы. Эта сфера действительности может быть ограниченной, но она также может быть и неограниченной. Норма может быть действительной только для определенного этой или иной нормой места и только для определенного времени, т. е. регулировать события только в пределах определенного времени и пространства. По своему смыслу норма также может быть действительной всегда и повсюду, т. е. относиться к событиям независимо оттого, где и когда они происходят. Таков ее смысл, если она не содержит в себе особых пространственных или временных условий своей действительности. В этом случае норма не будет вневременной и непространственной – просто она будет действовать не для какого-то определенного времени и места, и пространственно-временная сфера ее действительности не будет ограничена.

Наряду с пространственной и временной сферами можно выделить также содержательную (или материальную) сферу действительности норм – если мы примем во внимание различные предметы, подлежащие нормированию различные направления человеческого поведения (религиозное, экономическое, политическое поведение и т. д.). Если мы зададимся вопросом о людях, чье поведение является объектом регулирования, то можно разделить нормы согласно сферам действительности, определенным по персональному признаку. Материальная сфера действительности равным образом может быть ограниченной или неограниченной – в том смысле, что некая определенная (т. е. определенным образом созданная и принадлежащая к определенному порядку) норма согласно своему содержанию может действовать по отношению к любому предмету либо распространять свое действие только на определенные предметы; например, когда согласно конституции некоего федеративного государства разграничиваются сферы действительности норм федерации и норм субъектов федерации, которые вместе образуют один порядок. То же самое касается личной сферы действительности. Так,

нормы универсальной морали распространяются на всех без исключения людей, а это значит, что данные нормы имеют неограниченную личную сферу действительности, тогда как определенные нормы обязывают или управомочивают только известные категории людей, т. е. имеют ограниченную личную сферу действительности.

7. Познание правовых норм и социология права

Если определять право как норму, а науку о праве (которая относится к числу разнообразных функций правотворческих и правоприменительных органов) ограничивать только познанием норм, то право мы противопоставляем природе, а науку о праве (как науку о нормах) отграничиваем от всех других наук, целью которых является причинно-следственное объяснение природных событий. Особенно это касается той науки, которая ставит своей целью исследование причин и действия тех естественных событий, которые предстают как правовые акты, истолкованные в правовых нормах. Нельзя ничего возразить против обозначения такого исследования как социологии, точнее, как социологии права. Здесь мы не будем далее рассуждать о шансах или о ценности социологии права. Стоит отметить только одно: такое социолого-правовое познание не имеет дело с правовыми нормами как с особыми смысловыми содержаниями. Оно имеет дело с определенными событиями, безотносительно к нормам, признаваемым действительными или же заранее установленными. Социология права соотносит исследуемые ею факты не с действительными нормами, а с другими фактами бытия, рассматривая эти факты как находящиеся в отношении причины и следствия. Эта научная дисциплина задается вопросом о причинах, вследствие которых некий законодатель создал именно такие, а не иные нормы, о том, какое действие будут иметь предписания законодателя. Она задается вопросом о том, каким образом экономические факты и религиозные представления фактически влияют на деятельность судов, по каким мотивам люди соотнобразовывают или не соотнобразовывают свое поведение с правовым порядком. Право для такого исследования выступает только как бытийный факт, как фактичность в сознании применяющих, соблюдающих или нарушающих правовые нормы людей. Тем самым предметом данного изучения будет не право, как таковое, а определенные параллельные явления в природе. Подобным образом физиология изучает химические или физические процессы, под условием которых или в сопровождении которых возникают те или иные чувства, но не изучает сами эти чувства, поскольку они – как психологические явления – не могут быть поняты через химические или психические исследования. Чистое учение о праве как особая наука о праве обращает свое внимание на правовые нормы, а не на факты сознания, не на волю или представление, направленные на правовые нормы. Предметом являются сами правовые нормы как желательное или представляемое смысловое содержание. Чистое

учение о праве изучает те или иные факты только постольку, поскольку они являются содержанием правовых норм, т. е. определяются через правовые нормы. Проблематикой этого учения является самозаконность данной смысловой сферы.

II. Право и мораль

8. Право и справедливость

Поскольку чистое учение о праве отграничивает право от природы, то это учение ищет ту грань, которая отделяет природу от духа. Наука о праве есть наука о духе, но не наука о природе. Можно спорить о том, совпадает ли граница между природой и духом с границей между реальностью и ценностью, между сущим и должным, между причинной закономерностью и нормой; о том, является ли область духа более обширной, чем область ценности, должного, нормы. Но при этом нельзя отрицать, что право как норма является частью духовной, а не природной действительности. В этом плане встает задача отграничения права как от природы, так и от других духовных явлений, в особенности от норм иного рода. Здесь речь идет прежде всего об освобождении права от связи, что была когда-то установлена между правом и моралью. При этом, разумеется, мы совершенно не отрицаем требование того, что право должно быть моральным, т.е. хорошим. Это требование само собой разумеющееся: другое дело, что оно, собственно, обозначает. Мы будем отрицать только то воззрение, согласно которому право как таковое есть часть морали, и что любое право в качестве такового в той или иной степени, в том или ином смысле является моральным. Такое воззрение представляет право в качестве части морали и тем самым ведет к неясности в вопросе о том, должно ли это означать самоочевидное требование того, чтобы право представлялось как нечто моральное, либо же здесь имеется в виду, что право как часть морали фактически имеет нравственный характер, в связи с чем предпринимаются попытки наделить право некоей абсолютной ценностью, которая развита в области морали.

В качестве моральной категории право означает то же самое, что и справедливость. Это выражение для обозначения абсолютно правильного социального порядка, который полностью достигает своей цели и тем самым удовлетворяет чаяниям всех. С психологической точки зрения стремление к справедливости отражает вечное стремление человека к счастью; как индивидуальное существо, человек не может достичь счастья и поэтому ищет его в обществе. Социальное счастье и называется «справедливостью».

Однако данное слово используется и в смысле позитивной правомерности, в особенности законности. В качестве «неправа» воспринимается то, что в одном случае некая общая норма была применена,

а в другом случае нет, хотя этот другой случай схож с первым; это представляется «несправедливым» вне связи с ценностью самой данной общей нормы. Согласно такому словоупотреблению, суждение о справедливости выражает только относительную ценность поведения, соответствующего норме. «Справедливое» здесь выступает как синоним «правового».

В своем собственном смысле, отличном от смысла права, «справедливость» обозначает некую абсолютную ценность. Содержание этой ценности не может быть определено чистым учением о праве. Как показывает история человеческого духа, который в течение тысячелетий тщетно бился над решением данной проблемы, такое определение вообще недостижимо путем рационального познания. Ведь справедливость, как нечто отличное от позитивного права, должна противопоставить этому позитивному праву некий высший порядок, который в своей абсолютной действительности лежит за границами опытного познания – так же как платоновская идея лежит за пределами реальности, также как трансцендентная вещь-в-себе лежит за пределами явлений. Такой же метафизический характер, как в этих случаях онтологического дуализма, обнаруживается в дуализме права и справедливости. Как и в описанных случаях, этот дуализм имеет двойную функцию в зависимости от того, какой направленности придерживается тот или иной мыслитель – оптимистичной или пессимистичной, консервативной или революционной: в одних случаях та данность, которую представляет собой порядок государства или общества, утверждается как соответствующая идеалу, а в других – отвергается как противоречащая идеалу. И поскольку по определению невозможно раскрыть сущность идеи или вещи-в-себе с помощью научного, т.е. рационального, ориентированного на опыт познания, точно так же невозможно ответить на вопрос о том, в чем же состоит справедливость. Все подобные попытки до настоящего времени приводили только к совершенно пустым формулам наподобие: «Твори добро и избегай зла», «Каждому свое», «Держись золотой середины» и т.п. «Категорический императив» также оказывается полностью бессодержательным. Если поставить перед наукой задачу определения должного как абсолютной ценности, то наука не сможет сказать ничего иного, кроме: «Ты должен то, что ты должен». Это тавтология, за которой прячется (в разных образах и в тщательно вышитых одеяниях) логический принцип тождества, т.е. воззрение, согласно которому добро является добрым и не злым; что справедливость является справедливой, а не несправедливой; что «а есть а, но не есть не-а». Для того чтобы создать себе предмет познания, справедливость как идеал воли и действия должна незаметно превратить себя в идею истины, а последняя находит свое (негативное) выражение в принципе тождества. Подобное искажение постановки проблемы является неизбежным следствием логицизации объекта, который по определению не доступен для логики.

С точки зрения рационального познания существуют только интересы и конфликты интересов, разрешение которых происходит через расположение интересов в некоем порядке; в рамках этого порядка либо один из интересов удовлетворяется за счет другого интереса, либо достигается компромисс между противоположными интересами. То, что только тот или иной порядок имеет абсолютную ценность, т. е. является «справедливым», недоказуемо с помощью рационального познания. Если бы справедливость существовала в том смысле, в котором обычно представляют ее бытие при попытке уравнивания одних интересов по отношению к другим, тогда позитивное право оказалось бы совершенно излишним, а его существование абсолютно необъяснимым. При наличии некоего абсолютно правильного социального порядка, вытекающего из природы, разума или божественной воли, деятельность государства-законодателя была бы глупой попыткой дать искусственное освещение при ясном солнечном свете. Обычное возражение заключается в следующем: вряд ли существует некая справедливость, которая не позволяла бы себя определить (или, что то же самое, определить себя однозначно); это было бы внутренним противоречием. Данное противоречие является типичным идеологическим прикрытием истинных, слишком болезненно воспринимающихся фактических обстоятельств. Справедливость есть иррациональный идеал. Как бы такой идеал ни был необходим для человеческой воли и действия, он все же недоступен познанию. Познанию дано (или, точнее, задано) только позитивное право. Чем меньше усилий мы прилагаем для того, чтобы четко отграничить позитивное право от идеала, чем скорее мы соглашаемся на идущий от правотворящей власти импульс – рассматривать действительность права как его справедливость, тем большее содействие мы оказываем идеологической установке, которая характерна для классического естественно-правового учения. Задачей последнего оказывается не столько познание действующего права, сколько его оправдание, его объяснение через доказательство того, что позитивное право является лишь изливанием некоего естественного, божественного или разумного (т. е. абсолютно правильного и справедливого) порядка. Тогда как революционное естественно-правовое учение, которое в истории науки о праве играло относительно менее значимую роль, преследовало противоположное намерение: поставить под вопрос действительность позитивного права за счет утверждения о том, что имеется противоречие с неким заранее заданным абсолютным порядком. В данной перспективе правовая реальность представляется в неблагоприятном свете, поскольку она проверяется на соответствие истине.

9. Антиидеологическая направленность чистого учения о праве

Вышеописанные идеологические установки, политико-властные намерения и следствия очевидны, они сохраняют в науке о праве

господствующее положение до наших дней, даже после кажущегося преодоления естественно-правового учения. Чистое учение о праве направлено против этих установок. Это учение стремится представить право таким, каково оно есть, не легитимируя его как справедливое и не дисквалифицируя его как несправедливое. Чистое учение о праве задается вопросом о реальном и возможном, но не о правильном праве. В этом смысле данное учение является радикально реалистической правовой теорией. Оно отказывается от оценки позитивного права. Оно рассматривает себя как науку, которая призвана только к тому, чтобы изучить позитивное право в его сущности и с помощью анализа понять структуру позитивного права. Прежде всего, чистое учение о праве отказывается от служения каким-либо политическим интересам через предоставление в их распоряжение таких идеологических конструкций, с помощью которых легитимируется или дисквалифицируется существующий общественный порядок. Тем самым чистое учение о праве вступает в острое противоречие с традиционной наукой о праве, которая сознательно или неумышленно, в большей или меньшей степени занимается идеологией. Именно за счет своей антиидеологической направленности чистое учение о праве позиционирует себя как истинную науку о праве. Познание в науке обнаруживает имманентное стремление раскрыть свой предмет. Идеология, напротив, скрывает реальность – с целью законсервировать, защитить эту реальность идеология ее преобразует; с целью раскритиковать, разрушить и заменить другой идеология обезображивает реальность. Любая идеология имеет свои корни в воле, а не в познании; она отталкивается от определенных интересов, точнее, от иных интересов, чем поиск истины. Хотя при этом, разумеется, ничего не заявляется относительно ценности и достоинства этих иных интересов. Здесь познание вновь разрывает покров, которым воля окутывает вещи. Тот авторитет, что творит право и пытается его защитить, может задаться вопросом о том, насколько свободное от идеологии изучение права будет полезным. Также и те силы, что ищут разрушения существующего порядка и замены его на некий новый и лучший порядок, мало что смогут предпринять с помощью подобного взгляда на право. Наука о праве не может заботиться ни о том, ни о другом. Именно такой наукой о праве и является чистое учение о праве.

12. Право как принудительная норма

Придя к формальной категории долженствования или нормы, мы нашли лишь общее понятие, но не специфическое отличие права. Теория права XIX в. в общем и целом соглашалась с тем, что правовая норма есть принудительная норма в том смысле, что является нормой, велящей применить принуждение, за счет чего отличается от иных норм. В данном отношении чистое учение о праве продолжает традицию позитивистской теории права XIX в. Оно рассматривает последствие, закрепленное в

юридическом правиле за определенным условием, как государственный акт принуждения, выраженный в наказании либо в исполнительных действиях гражданского или административного процесса. В этом ракурсе обуславливающий факт квалифицируется как правонарушение, а обусловленные последствия – как следствия правонарушения. Определенное человеческое поведение становится противоправным, становится правонарушением (в широком смысле этого слова) не за счет некоего имманентного качества или отношения к той или иной метафизической норме, к некоей моральной, т.е. трансцендентной по отношению к позитивному праву ценности. Поведение становится правонарушением только и исключительно потому, что в юридическом правиле установлено особое последствие, через которое данный правовой порядок реагирует на такое поведение с помощью акта принуждения.

13. Понятия правонарушения

В аспекте имманентного исходного пункта чистого учения о праве понятие правонарушения подвергается существенному переосмыслению. Для этого понятия важны не мотивы законодателя, не то, что некий факт нежелателен нормотворящим властям, что такой факт, согласно неточному словоупотреблению, является социально вредным (хотя можно сказать только то, что законодатель считает его социально вредным). Единственно и исключительно важным для понятия правонарушения является упоминание данного факта в юридическом правиле – то, что этот факт является условием для специфической реакции со стороны права, для применения акта принуждения (который является действием государства). Правонарушение – это действие человека, обусловленное в юридическом правиле в качестве условия, против которого обращен акт принуждения, обозначенный в юридическом правиле как последствие. Факт правонарушения в качестве поведения адресата акта принуждения отличается от всех иных условий применения последствий правонарушения. Если последствия правонарушения будут применены – как в примитивных правовых порядках или в случае с юридическими лицами – против иного лица, чем то, которое совершило правонарушение, то это происходит только при предпосылке, что законодателем между этими лицами предположена некая связь, будь она реальной или фиктивной. Здесь говорят об ответственности за чужое правонарушение. Так, семья убийцы отвечает за него; князь несет ответственность за правонарушение, совершенное его подданным; народ отвечает за правонарушение, вызванное государственным органом (коллективная ответственность). Между реальным субъектом правонарушения и объектом применения последствий правонарушения всегда наличествует физическое или юридическое тождество.

С этой точки зрения правонарушение вместо отрицания права (как это кажется в политико-правовом ракурсе) рассматривается в качестве особого

условия права и за счет этого становится возможным предметом правового знания. В рамках такого знания правонарушение может пониматься только как часть права. Понятие правонарушения здесь отходит от того внесистемного положения, которое за ним закрепляла донаучная наивная юриспруденция, и занимает положение внутри системы. Так же как традиционная теория права, поступают этика и теология. И та, и другая являются видами нормативного познания. Так, в рамках теодицеи делается попытка истолковать мир как систему добра, а зло в его исходном характере нарядить в одежды простого отрицания добра для того, чтобы зло могло служить только условием осуществления добра (согласно представлению о том, что зло, в конечном счете, ведет к греху, а победа над грехом ведет к торжеству добра). Чистое учение о праве разрушает данный образ, согласно которому при совершении правонарушения люди «разрушают» или «преступают» право. Это учение демонстрирует, что правонарушение тем меньше может разрушить или преступить право, что само право начинает выполнять свою сущностную функцию только после совершения кем-то правонарушения. Вопреки традиционному воззрению, правонарушение не означает разрыв в бытии права. Как раз наоборот, право сохраняет свое бытие через правонарушение, ведь бытие права заключается в его действительности, в должествовании акта принуждения как последствия правонарушения.

В этом аспекте чистое учение о праве также оказывается в противоречии с теорией права нашего времени, которая благодаря обращению к естественно-правовому учению отрицает момент принуждения как эмпирический критерий права, поскольку полагает возможным установить внутреннее содержание права через его согласование с некой правовой идеей. Поскольку обязывающая сила права, на первый взгляд, заключена в ценности права (а позитивное право здесь является ответвлением некоего абсолютного, т.е. божественного или естественного порядка), то применение принуждения не является существенным для права, поскольку его действительность (так же как действительность абсолютной морали) покоится на внутреннем принуждении, которое с очевидностью влечет и обязывающую силу права. Это типично естественно-правовой подход.

14. Право как социальная техника

а) Действенность правового порядка

Если право (с чисто позитивистской точки зрения) является не чем иным, как внешним принудительным порядком, то оно понимается только как особая социальная техника, с помощью которой либо достигается желательное социальное состояние, либо предпринимается попытка такого достижения. С тем человеческим поведением, которое означает

противоположность такому состоянию, связывается тот или иной акт принуждения в качестве последствия (принудительное изъятие некоего блага: жизни, свободы, экономических ценностей). Очевидно, правовой порядок исходит из допущения, что те люди, поведение которых этот порядок регулирует, воспринимают такой акт принуждения как зло, которого они стремятся избежать. При этом цель правового порядка – создать у людей представления о том зле, которое им грозит за определенное поведение, побудить людей к противоположному поведению. В этой мотивации заложена подразумеваемая правопорядком действенность. В отношении такой действенности содержание правовой нормы (как и любой социальной нормы в целом) ограничивается человеческим поведением. Наделенные разумом и волей люди через представление о некоей норме могут быть мотивированы к сообразному с нормами поведению. Поэтому другие факты, которые состоят в действии или бездействии людей (так называемые события), появляются в содержании правовой нормы только в сущностной связке с человеческим поведением (как условия или последствия такого поведения). Если в примитивных правовых порядках последствия правонарушения применяются не только против людей, но и против животных и вещей, если такие правовые порядки пытаются регулировать поведение и нечеловеческих субъектов, то только потому, что примитивный анимизм считает одушевленными также животных и вещи, таким образом, истолковывая их поведение по аналогии с человеческим.

б) Вторичные нормы

Если, говоря о цели правового порядка, мы предпосылаем нашим рассуждениям требование, согласно которому люди должны вести себя так, чтобы избежать грозящего им акта принуждения, то мы можем растворить правовой порядок в сумме норм, в которых данное поведение (то поведение, на которое нацелено право) выступает как запрещенное (например: «Не должно красть», «Принятое в пользование должно возвращать» и т.п.). Только нужно помнить, что при этом существенная для правового характера нормы связь с актом принуждения останется невыраженной. Норма, которая устанавливает поведение, позволяющее избежать принуждения (а в этом заключается цель правового порядка), является правовой нормой, только если она (используя для удобства усеченную форму) говорит то, что в полной и правильной форме устанавливается только в юридическом правиле, что в случае противного поведения в качестве последствия будет применен акт принуждения. Это – правовая норма в ее первичном образе. Норма, которая устанавливает поведение, позволяющее избежать принуждения, поэтому действует только как вторичная норма. По отношению к факту, устанавливаемому в качестве должного (этот факт – то поведение, которое является целью правопорядка и позволяет избежать принуждения), правонарушение – как условие применения акта

принуждения – представляет собой отрицание, т.е. своего рода противоречие. Но факт правонарушения не находится в логическом противоречии с вторичной нормой, которая требует противоположного поведения. Противоречие могло бы возникнуть между двумя высказываниями о должном или между двумя высказываниями о сущем; но противоречия не может быть между высказыванием о должном и высказыванием о сущем. Противоречие может быть между двумя нормами, но не между нормой долженствования и фактом сущего. Логическая фигура может иметь вид «должно А и должно не-А», но не вид «должно А и есть не-А» – только первая фигура представляет собой логическое противоречие. Противоречие норме есть категория, совершенно отличная от логического противоречия. Та оппозиция, в которую вступает факт по отношению к норме, предписывающей противоположный факт, не может быть обозначена как логическая противоположность. Такую оппозицию можно назвать телеологическим противоречием, поскольку при этом в качестве объективной цели предполагается некий телос. По отношению к вторичным правовым нормам как выражению правовой цели, очевидно, неприменимы традиционные понятия противоправности и правомерности, которые описывают противоречащее и соответствующее праву поведение. Этими понятиями можно пользоваться только при условии, что первым из понятий обозначается поведение, являющееся условием для акта принуждения, а вторым – поведение, позволяющее избежать акта принуждения.

с) Мотивы соблюдения права

Трудно определить, является ли в действительности соответствующее правопорядку поведение людей результатом действия того представления, которое отсылает к возможному применению акта принуждения. Разумеется, в большинстве случаев искомое правовое состояние достигается за счет совершенно иных мотивов. Не страх наказания или изъятия имущества, а религиозные или моральные убеждения, уважение к социальным нравам, забота о своем престиже в обществе, а зачастую и просто отсутствие побуждений к противоправному поведению чаще приводят к согласию между правом и реальностью. Как мы еще убедимся ниже, эта значимая для действительности правового порядка связь не обусловлена требованием того, чтобы фактическое поведение людей соответствовало правовому порядку. Такое соответствие не обязательно связано с действенностью правового порядка и может, скорее, быть возведено к идеологии, функцией которой как раз и является обеспечение соответствия или призыв к такому соответствию.

Особым, специфическим для права способом (т.е. через связывание поведения, которое считается социально вредным, с актом принуждения, который несет зло субъекту такого поведения) может преследоваться любая социальная цель. Но право характеризуется не как цель, а как особое

средство. Поэтому четко видно, что вышеописанные вторичные нормы сами по себе и без оглядки на юридическое правило, в котором формулируются правовые условия для юридических последствий, не могут выражать сущность права. Такая сущность заключена в аппарате принуждения, который сам по себе не имеет никакой связи с политическими или этическими ценностями. Ценность такого аппарата принуждения в большей степени зависит от ценности, трансцендентной по отношению к праву как к средству. Именно в этом и заключается свободное от идеологии истолкование того факта, который воспринимается как право. Несомненно, что право должно быть признано исторически обусловленным – тем самым открывается возможность взглянуть на внутреннюю взаимосвязь, существующую между социальной техникой некоего принудительного порядка и тем социальным состоянием, которое поддерживается с помощью данного порядка. Каков этот порядок и, в особенности, имеет ли он (как утверждают сторонники социализма) характер классового господства и эксплуатации – все это лишено значения с точки зрения чистого учения о праве. Данное учение рассматривает не цель, которая преследуется и достигается правовым порядком, а сам этот порядок. Чистое учение о праве рассматривает правовой порядок не в ракурсе его целей и, соответственно, не как возможную причину определенного следствия (поскольку отношение цели и средства является лишь одним из частных случаев причинно-следственного отношения), а в ракурсе нормативной самозаконности смыслового содержания этого порядка.

VIII. Право и государство

46. Традиционный дуализм права и государства

В том противопоставлении, из которого исходит традиционное учение о праве, со всей очевидностью проявляется основополагающий дуализм, который господствует в современной науке о праве и тем самым во всем нашем социальном мышлении – дуализм государства и права. Традиционное учение о праве и государстве противопоставляет право государству как отличную от него сущность и одновременно утверждает, что государство есть правовая сущность. Такой вывод получается в результате рассмотрения государства как субъекта правовых обязанностей и правомочий, т.е. как лица, но при этом государству приписывается независимое от правового порядка существование.

Теория частного права исходила из того, что правосубъектность индивидуума в логическом и временном отношениях предшествует объективному праву, т.е. правовому порядку. Точно так же и учение о государственном праве исходит из того, что государство как коллективное единство, выступающее в качестве субъекта воли и действия, существует независимо от права и даже до возникновения права. Но нас учат тому, что

государство выполняет свою историческую миссию путем создания права, «своего» права, объективного правового порядка для того, чтобы затем ему подчиниться; иными словами, чтобы обязать и уполномочить себя самое с помощью своего же права. Государство, как метаправовая сущность, как своего рода могучий Гулливер, как социальный организм, одновременно и обуславливает право, и, как подчиненный праву, обязанный и уполномоченный через право субъект, обуславливается правом. Это известная двусторонняя теория самообязывания государства, которая, несмотря на основательные возражения, постоянно выдвигаемые против нее, несмотря на всю критику, продолжает утверждать свое с беспримерным упрямством.

47. Идеологическая функция дуализма права и государства

Традиционное учение о государстве и праве не может отказаться от этой теории и от обнаруживающегося в ней дуализма государства и права. Ведь такой дуализм выполняет идеологическую функцию, значение которой огромно, хотя это значение и не стоит переоценивать. Государство должно быть представлено как отличный от права субъект, чтобы право могло оправдывать государство, которое одновременно и создает это право, и подчиняется ему. Право может оправдать государство только в том случае, если право есть нечто иное, отличное по своей сущности от государства, есть нечто противоположное изначальной природе государства – власти, а значит, предуславливающее в том или ином смысле) правильный или справедливый порядок. Тем самым государство из простого факта насилия превращается в правовое государство, которое оправдывает себя через создание права. По мере того как религиозно-метафизическая легитимация государства доказывает свою непригодность, данная теория правового государства должна становиться единственным возможным способом оправдания государства. Эта «теория» не колеблется в своих основаниях от того, что рассматривает государство как юридическое лицо, делает из государства предмет правового познания, предмет учения о государстве, и в то же самое время настоятельно подчеркивает, что государство как власть есть нечто отличное по своей сущности от права и поэтому не может быть понято с юридической точки зрения. Впрочем, противоречия, которые с необходимостью содержатся в идеологических теориях, не представляют для этих теорий никаких помех. Идеология, по сути, направлена не на углубление наших знаний, а на утверждение нашей воли. Поэтому здесь речь идет не о понимании сущности государства, а, скорее, об укреплении его авторитета.

48. Тожество права и государства

а) Государство как правовой порядок

Свободное от идеологии и за счет этого освобожденное от любой метафизики и мистики, учение о государстве может познать сущность государства не иначе, как поняв эту социальную конструкцию как некий порядок человеческого поведения. Более детальное исследование показывает, что государство есть социальный принудительный порядок и что данный принудительный порядок должен быть тождествен правовому порядку, поскольку эти два порядка характеризуются теми же актами принуждения. Одно и то же социальное сообщество не может конституироваться через два различных порядка. Государство есть правовой порядок. Но не любой правовой порядок может быть обозначен как государство, поскольку в качестве такового может быть признан только такой порядок, который для создания и применения права создает определенные, основанные на функциональном разделении труда органы. Государством называется правовой порядок, достигший известной степени централизации.

В примитивных, догосударственных правовых сообществах создание общих норм происходит через обычай, т.е. через деятельность отдельных членов правового порядка. Но при этом для установления индивидуальных норм, в особенности для их реализации через акт принуждения, изначально не существует центральных судов. Установление факта правонарушения и применение последствий правонарушения предоставлено тому, чьи защищенные правовым порядком интересы оказались нарушенными. Сын должен осуществить кровную месть за убийство своего отца в отношении убийцы и его семьи, сам кредитор должен наложить руку на имущество неисправного должника, чтобы вернуть себе данное взаймы. Это примитивные формы наказания и исполнения. Поскольку установлены соответствующие факты, то члены правового сообщества действуют в качестве органов правового порядка и конституируемого таким порядком сообщества. Они действуют, имея правомочие от правового порядка. И поскольку в силу такого правомочия акт принуждения вменяется самому сообществу (ведь именно сообщество реагирует через акт принуждения на правонарушения), то такие акты уже не образуют новых правонарушений. Только после очень длительного развития, в результате процессов разделения общественного труда образовались центральные органы, — очевидно, что судебные и исполнительные органы образовались много раньше, чем законодательные. Но как ни был важен этот шаг с точки зрения юридической техники, он привнес лишь количественное, но не качественное различие, которое существует между децентрализованными и централизованными правовыми порядками, между примитивным и государственным правовыми сообществами.

Поскольку над государственным правовым порядком нет более высокого порядка, то государство есть высший, суверенный правовой порядок или правовое сообщество. Это в особенности означает, что отграничиваются территориальный и материальный пределы такого правового порядка, за счет чего государственный принудительный порядок фактически ограничивает свою действительность определенными пространственными и предметными пределами. Этот порядок не претендует, по меньшей мере в материальном смысле, на универсальное действие и на то, чтобы охватывать собой все человеческое поведение. В то же время данный порядок претендует на способность, не ограниченную никаким высшим правовым порядком, распространять свое действие как в территориальном, так и в материальном аспектах. Это принято обозначать как верховенство в осуществлении правовой компетенции. Но если над правовым порядком отдельного государства поднимается международный правовой порядок, то государство уже нельзя рассматривать как суверенный правовой порядок. Тогда государство можно понимать лишь как относительно верховенствующий, подчиняющийся международному праву и основанный на нем правовой порядок. Более детальное определение может быть дано только после изучения отношения государства к международно-правовому порядку. Конституируемое этим порядком надгосударственное сообщество точно так же, как догосударственное, не может быть охарактеризовано как государство по причине отсутствия достаточной степени централизации.

б) Государство как юридическая проблема вменения

Государство есть определенным образом квалифицируемый правовой порядок, отличающийся от других правовых порядков лишь по количественным, но не по качественным показателям. Это видно по тому, что любое проявление жизненной активности государства, любой акт государства может обнаруживаться только как правовой акт, как акт создания или реализации правовой нормы. Акт человеческой деятельности становится актом государства лишь постольку, поскольку он квалифицируется в качестве такового в правовой норме. С точки зрения отдельных актов государства, через которые государство предстает как динамичное явление, проблема государства есть проблема вменения. Встает вопрос: почему определенное действие человека (а любой акт государства – есть не что иное, как человеческое действие), вменяется не самому человеку, а предположительно стоящему за ним субъекту? В качестве правового порядка или даже как принудительный порядок. Тем, что некий факт вменен государству как лицу, этот факт превращается в акт государства, а создающие такой факт лица квалифицируются в качестве государственного органа. Государство как юридическое лицо демонстрирует те же самые характеристики, что и любое другое юридическое лицо. Точно так же

обычное юридическое лицо является выражением некоего правового порядка, является общей точкой вменения. Склонный судить по внешности, дух познающего человека всегда готов к гипостазированию этой точки вменения, к рассмотрению ее как реальной с тем, чтобы представить себе государство как стоящую за правовым порядком сущность, отличную от самого правового порядка.

с) Государство как чиновничий аппарат, состоящий из органов

Когда правопорядок преодолевает примитивную стадию полной децентрализации, когда в рамках функционального разделения труда образуются особые органы, призванные к созданию и реализации правовых норм, особенно к реализации актов принуждения, над массой рядовых членов государства (т.е. подчиненных нормам лиц) возвышается четко выраженная группа индивидов, которая особым образом квалифицируется как орган. Вообще, такая централизация может не быть полной, а некоторые функции правотворчества и реализации права могут остаться децентрализованными. Суть этой централизации (которая, впрочем, никогда не является полной, а некоторые функции правотворчества и реализации права всегда остаются децентрализованными) заключается в том, что функция этих действующих согласно принципу разделения труда органов, как правило, конституируется в виде правовой обязанности, т.е. невыполнение этой функции санкционируется дисциплинарным наказанием в качестве последствия правонарушения. Выполнение такой функции постепенно становится профессиональным и осуществляется за плату. Функционирующий согласно принципу разделения труда государственный орган становится (как носитель централизующей функции права) государственным чиновничьим аппаратом – это орган, юридически квалифицируемый особым образом. Такое развитие связано с переходом от натурального к денежному обмену и предполагает создание государственной казны, т.е. некоего централизованного имущества. Образование и расходование, приход и расход такого имущества особым образом регулируются, из этого имущества чиновники государственных органов получают свое жалование, из него оплачиваются расходы, связанные с их деятельностью. От имени государства, представленного этими чиновничьими органами, осуществляется та деятельность, которая ранее была нами обозначена как непосредственное государственное управление, как преследование государственной цели напрямую. То, что теперь не частное лицо, а уже государство строит школу или эксплуатирует железную дорогу, связано с особой квалификацией людей, осуществляющих данную функцию. Развитие сопряжено с переходом государства от судебной фикции к административной. Этот переход связан с возникновением аппарата, формирующегося через образованные из чиновников государственные органы. При этом нельзя пренебрегать тем, что и

административное государство есть принудительный порядок. Административным является такое государство, органы которого напрямую преследуют государственную цель и тем самым непосредственно устанавливают социально желательное положение. Состоящие из чиновников органы не ограничиваются тем, что создают и реализуют нормы, через которые подданные (не являющиеся чиновниками) обязываются к социально желательному поведению, а в случае неповиновения эти органы реагируют через применение акта принуждения. С юридической точки зрения, прямое государственное управление обеспечивается тем же образом, что и социально желательное поведение подданных, – через установление правовой обязанности для состоящих из чиновников государственных органов. Иными словами, правовой порядок предписывает иным государственным органам реагировать с помощью актов принуждения на поведение тех, кто действует вопреки установленным обязанностям. Государство как аппарат принуждения включает в себя государство как аппарат управления.

После создания системы органов, функционирующих согласно принципу разделения труда, понятие государственного органа (в узком смысле, как особым образом юридически квалифицируемого, состоящего из чиновников органа) противопоставляется понятию подданного как частного лица. В обычном словоупотреблении термин «государственный орган» распространяется только на орган, состоящий из чиновников. Согласно этому словоупотреблению «государственным органом» не будет назван не состоящий на чиновничьей службе подданный, который на основании делегированного ему правовым порядком правомочия через акт-сделку создает юридически обязывающую норму, даже если его функция здесь та же самая, что и у занятого в государственном управлении чиновника, издающего некий указ. Но такое словоупотребление ни в коем случае не является последовательным. В качестве «государственных органов» действуют как избранные от народа лица, образующие парламент, так и сами частные лица, которые выполняют функцию избирателей, даже если эти избиратели не квалифицированы как чиновники. В любом случае очевидно, что они выполняют правовую функцию. Через этот признак мы можем ввести первичное понятие органа.

Понятию органа в узком смысле (как состоящего на службе функционера) соответствует понятие государства в особом и узком смысле (как общего обозначения для системы органов, состоящих из чиновников). Это очень часто используемое понятие, отражающее несколько наивное представление, согласно которому государство есть более узкая и более прочная организация в рамках государства в широком смысле, включающего в себя и подданных. С точки зрения строгого структурного анализа кажущееся очевидным (поскольку связано с персонификацией), но от этого не становящееся корректным понятие государства-органа (как органа-лица)

должно быть заменено понятием органа-функции. Орган-функция фактически есть особая квалификация осуществляющих функцию людей, так называемых носителей организационных полномочий. Эта функция персонифицируется в понятии государственного органа, который представляет собой лишь один из элементов соответствующего факта. Если понятие государственного органа заменить понятием государственной функции, то государство (которое обозначают через общее понятие состоящих из чиновников государственных органов, чиновничьего аппарата) будет представлять собой систему четко юридически определенных функций, а именно тех функций, которые должны быть выполнены теми индивидами, которые в данном правовом порядке особым образом квалифицированы как государственные чиновники. Но в число таких функций входят и те функции, которые осуществляются органами, не состоящими из чиновников (например, законодательная функция). Государство в этом смысле есть общее понятие, которое обозначает особым образом юридически квалифицированные факты. В конечном счете, государство есть система правовых норм, квалифицирующих данные факты; это частичный правовой порядок, более или менее произвольно созданный из взятого в целом государственного правового порядка.

d) Учение о государстве как учение о праве

Представление о том, что государство есть правовой порядок, находит свое подтверждение также в том, что те проблемы, которые до настоящего времени рассматривались в аспекте общего учения о государстве, оказываются теоретико-правовыми проблемами, проблемами действия и создания правового порядка. То, что называют «элементами» государства, государственная власть, государственная территория, народ государства, не что иное, как обозначение пределов действия государственного порядка в пространстве и по кругу лиц. Особым случаем применительно к вопросу о территориальных пределах действия составляющих государственный порядок норм является вопрос о природе тех правовых образований, которые возникают в связи с территориальным делением государства, проблемы централизации и децентрализации. С этой точки зрения можно изучать проблемы административной децентрализации, самоуправления, федеративного устройства, фрагментирования государства и в особенности территориальной организации государства. Предметом учения о разделении трех властей или функций государства являются различные ступени создания правового порядка: государственные органы могут пониматься только как факты правотворчества и правоприменения, тогда как государственные формы суть не что иное, как методы формирования правового порядка; такое формирование обычно обозначается термином «государственная воля».

е) Власть государства как действенность правового порядка

Если в рамках принудительного порядка права рассматривать государство как порядок, а персонификацию этого порядка называть «государство как лицо», то к действенности правового порядка можно отнести все то, что обычно обозначается как «государственная власть» или «государство как власть». Такая власть, в конечном счете, выражается именно в мотивирующей силе, которая происходит от представлений, содержанием которых являются нормы правового, т.е. государственного порядка. Все те внешние проявления, в которых принято видеть государственную власть – тюрьмы и крепости, виселицы и пулеметы, сами по себе являются мертвыми предметами. Инструментами государственной власти они становятся, только если люди пользуются ими в смысле некоего определенного порядка – постольку, поскольку представление о таком порядке, вера в необходимость действовать согласно порядку определяют деятельность этих людей.

Если все это признать верным, то разрушается дуализм государства и права. Такой дуализм предстает одним из тех удвоений понятий, которые возникают, когда познание гипостазировывает конституируемое им единство предмета; одно из выражений такого гипостазированного единства – понятие лица. Тогда дуализм государства как лица и правового порядка с точки зрения теории познания оказывается подобным столь же противоречивому дуализму Бога и мира. Государственно-правовая и политическая идеология предстает лишь как ответвление и подмена совпадающей с ней по всем ключевым пунктам теологически-религиозной идеологии. Если же осознать тождество государства и права, то становится понятным, что право (позитивное право, не отождествляемое со справедливостью) и есть тот самый принудительный порядок, который предстает познающему сознанию как государство. Этот порядок не замирает в антропоморфных образах, через шлейф персонификаций он проявляется как реальные отношения между людьми. Поэтому, в конечном счете, невозможно оправдать государство через право. Точно так же невозможно оправдать право через право, когда слово «право» используется то в смысле позитивного права, то в смысле правильного права, справедливости. Поэтому попытка легитимировать государство как правовое государство показывает свою полную бесполезность, поскольку любое государство должно быть правовым, если под «правовым государством» понимать такое государство, которое «имеет» некий правовой порядок. И не может быть никакого государства, которое (пока) не имело бы правового порядка, поскольку любое государство и есть не что иное, как правовой порядок. Такая позиция совершенно не представляет собой ценностного политического суждения. Разумеется, данное понятие правового государства не должно смешиваться с понятием, означающим вполне

определенное содержание правового порядка, а именно такое содержание, которое указывает на известные институты – права и свободы, гарантии правомерности исполнения функций органами государства, демократические методы правотворчества. Видеть в таком образом конструируемой нормативной системе «истинный» правовой порядок – это естественно-правовой предрассудок. С точки зрения последовательного позитивизма правом, равно как и государством, может быть признан только регламентирующий человеческое поведение принудительный порядок – ничего о ценностях морали или справедливости здесь не говорится. Таким образом, под государством юридически может пониматься только само право, ни больше ни меньше. А право понимается как духовно-материальный порядок и тем самым как предмет нормативно-юридического познания, как мотивированный и мотивирующий других душевно-телесный власть-акт, т.е. правовая власть. В качестве такового право есть объект социальной психологии или социологии.

f) Разрушение идеологии легитимности

Данное методолого-критическое разрушение дуализма государства и права одновременно является бесповоротным отрицанием одной из наиболее эффективных идеологий легитимности. Этим и объясняется ожесточенное сопротивление, которое традиционная теория государства и права оказывает обоснованному чистым учением о праве тезису о тождественности государства и права.

Если чистое учение о праве отказывается от легитимации государства через право, то совсем не потому, что это учение вообще объявляет невозможной легитимацию государства. Отрицается только то, что наука о праве в состоянии оправдать государство через право или, что то же самое, право через государство. В особенности чистое учение о праве отрицает то, что задачей науки о праве может быть оправдание чего-либо. Оправдание означает оценку, а оценка – в силу ее субъективного характера – это задача этики и политики, но не объективного познания. Только такому познанию должна служить наука о праве, если она хочет быть наукой, а не политикой.

Конт О.

ОБЩИЙ ОБЗОР ПОЗИТИВИЗМА¹

Глава XIX. Девиз позитивизма: порядок и прогресс

Предшествующие замечания не позволяют теперь определить, каким образом все характерные черты, отличающие эту способность к преобразованию, самопроизвольно реформируются в основном, одновременно философском и политическому девизе (порядок и прогресс), создание и провозглашение которой я всегда буду считать своей заслугой.

Прежде всего, один только позитивизм может прочно построить каждое из этих двух важных понятий, рассматриваемых в одно и то же время, как научный и социальный. Эта исключительная способность очевидна по отношению к прогрессу, ясного и полного определения которого ни одна другая доктрина не может дать. Но, хотя касательно порядка она менее заметна, все же, как видно из разъяснений, данных в первой части настоящего рассуждения, она и здесь не менее реальна, не менее глубока.

Всякая предыдущая философия, по необходимости, должна была считать порядок недвижимым; а эта идея совершенно не применима к современной политике. Позитивная же философия, способная избегать понятия абсолюта, не вводя, однако, понятия произвола, может, таким образом, дать единственное понятие, порядка, соответствующее нашей прогрессивной цивилизации. Она строит это понятие на непоколебимом, сообщая ему объективный характер, согласно всеобщему догмату о непреложности естественных законов, не допускающему в этом отношении никакого субъективного уклонения. Для новой философии искусственный порядок, как социальных, так и всех других явлений, необходимо покоится на естественном порядке, обусловленном всюду совокупностью реальных законов.

Глава XX. Прогресс есть только развитие порядка

Основное согласование между порядком и прогрессом составляет еще более неотъемлемое преимущество позитивизма. Ни одна доктрина даже не пыталась произвести это необходимое слияние, которое он самопроизвольно устанавливает, переходя сообразно своей энциклопедической системе от малейших научных случаев до важнейших политических вопросов. Теоретически, он сводит это согласование к необходимому соотношению между существованием и движением, сперва разработанному относительно простейших неорганических явлений и затем дополненному биологическими понятиями. После этой двоякой подготовки,

¹ Конт О. Общий обзор позитивизма : пер. с фр. / под ред. Э. Л. Радлова. Изд. 3-е. Москва, 2012. 296 с.

доставляющей этому сочетанию внушительное научное основание, он определяет его окончательное назначение, распространяя его на здравые социальные умозрения, откуда тотчас вытекает его практическое значение, присущее всей позитивной систематизации. Порядок становится тогда неизменным условием прогресса, между тем как прогресс составляет непрерывную цель порядка.

Наконец, путем более глубокой оценки, позитивизм прямо представляет человеческий прогресс, как состоящий всегда в простом развитии основного порядка, который по необходимости содержит в себе зародыш всех возможных успехов. Здравая теория нашей индивидуальной или коллективной природы доказывает, что ход наших превращений совершается эволюционно, без участия какого-либо творчества. Этот общий принцип вполне подтверждается исторически исследуемым, всегда вскрывающим уходящие вглубь корни каждого совершившегося изменения вплоть до наиболее глубокого первоначального состояния, зародыша всех будущих усовершенствований.

В силу этого основного тождества прогресс, в свою очередь, становится показателем порядка. Поэтому анализ идеи прогресса может достаточно характеризовать двойное понятие, на котором покоятся одновременно социальная наука и искусство. Рассматриваемая таким образом эта оценка делается более доступной пониманию, в особенности, в наше время, когда новизна и важность теории прогресса сильно занимают внимание публики, по-своему понимающей огромное значение подобной идеи как необходимое основание всякой здоровой моральной и политической доктрины.

Глава XXI. Теория прогресса: материального, физического, интеллектуального и морального

Позитивизм считает постоянной целью всего нашего личного и общественного существования всеобщего совершенствования сперва внешних условий и затем, в особенности, нашей внутренней природы. Первый род прогресса – один и тот же для вас и для всех более высших животных, стремящихся более или менее улучшить свое материальное положение. Несмотря на низменный характер прогресса этого рода, он, благодаря своей большей легкости, составляет для нас необходимое начало совершенствования, более высокой степени, которой не могут быть оценены народы, оставшиеся чуждыми его наиболее грубой форме. Это-то и является причиной наблюдаемого в настоящее время сильного влечения к материальному прогрессу, в котором избранная часть человечества черпает, сверх того, самопроизвольное побуждение к наиболее благоприятным улучшениям, систематические противники которых не смеют отвергать этой произвольной первоначальной соблазнительности. Впрочем, наша

умственная и нравственная апатия, мешающая нам предпринять какое-либо другое существенное совершенствование, объясняет, хотя и не оправдывает, чрезмерное значение, которое теперь придается материальному прогрессу.

Как бы то ни было, не подлежит сомнению, что только вторая роль прогресса составляет главную характерную черту человечества, за исключением слабого почина, обнаруживаемого в этом отношении некоторыми высшими животными, которая действительно в самых грубых чертах стремятся улучшить также свою собственную природу.

Это истинно человеческое совершенствование обнимает три вида улучшений, трудность которых возрастает одновременно с их важностью и обширностью, смотря по тому, касаются ли они нашей физической, интеллектуальной или моральной природы. Его первая ступень, которая может быть разложена согласно тому же принципу, почти сливается своим началом с простым материальным прогрессом. Но в деле она является гораздо более важной и более трудной ввиду чрезвычайно большого влияния на наше истинное счастье. Мы, например, более выигрываем от малейшего удлинения нашей жизни или какого-либо укрепления нашего здоровья, чем от наиболее старательных усовершенствований русла наших рек или ваших искусственных путей сообщения, которыми никогда мы не достигнем тех преимуществ, которыми пользуются птицы, благодаря их естественной организации. Во всяком случае, этот первый вид внутреннего прогресса не может считаться исключительно присущим человеку, так как некоторые животные делают кое-какие самопроизвольные шаги в этом направлении, в особенности, относительно чистоплотности, являющейся естественным началом подобного рода совершенствований.

Таким образом, человечество хорошо характеризуется только интеллектуальными и моральными преступлениями, доступными для животных лишь в некоторых частных случаях, коллективный же подъем их возможен только при нашем постоянном вмешательстве.

Эти две высшие ступени полного совершенствования не равны по своей ценности, обширности и трудности, подобно тому, как не равны две низшие ступени, причем мы их всегда оцениваем по их действительному влиянию на частное или общественное человеческое счастье. Наше умственное, научное или эстетическое улучшение как со стороны метода наблюдения, так и со стороны индуктивной или дедуктивной способности, когда социальное состояние позволяет надлежащим образом ею пользоваться, имеет большее значение для нашей судьбы и доступно большему подъему, чем все физические и, тем более, материальные улучшения.

Но, согласно основному объяснению, данному в начале настоящего рассуждения, ясно, что истинное человеческое счастье еще больше зависит от морального прогресса, совершить который мы имеем также больше возможности, хотя он является более трудным. Нет такого

интеллектуального улучшения, которое, в этом отношении, могло бы быть равноценно, например, действительному увеличению доброты и мужества. Поэтому, чтобы упростить точное понятие о совокупности нашей личной или общественной жизни, достаточно указать, что она должна быть, главным образом, посвящена нравственному совершенствованию, приводящему нас к истинному счастью более прямым и более верным путем, чем всякое другое. Хотя оно не может избавить нас от предшествующих видов совершенствования долженствующих далее служить неотъемлемым подготовлением к нему, оно тем более способно вместить в себя цель всей нашей жизни, что, благодаря этой связи, оно естественно вызывает все другие совершенствования.

Итак, наше совершенствование относится, главным образом, к двум нравственным качествам, наиболее важным для реальной жизни, а именно для эффективного импульса и активного решения; эти качества суть благорасположения и энергии; на это указывает удачная двусмысленность во всех наших западных языках значение слова сердце у двух полов. Позитивная философия необходимо стремится развить эти качества более непосредственно, более полно и более верно, чем всякая другая предшествующая ей доктрина.

Подчиняя социальному чувству все наши мысли, чувства и действия, она является пропитанной благорасположением. Что касается энергии, то она ее всюду предполагает и постоянно внушает тем, что коренным образом исключает всякое стеснение свободы, возбуждает в нас сознание истинного достоинства и беспримыслично побуждает нас к частной и коллективной деятельности. Наше собственное вступление в эту конечную форму существования составляет, в этом отношении, решительное доказательство, обязывая каждого из нас преодолеть страхи, которые некогда приводили в колебание наиболее мужественные и наиболее гордые характеры.

Такова основная система человеческого совершенствования, являющегося вначале материальным, далее физическим, затем интеллектуальным и, наконец, в особенности, моральным. Эти четыре главные ступени могут быть разложены согласно тому же правилу на второстепенные, причем между ними образуется много нормальных переходов. Хотя я не могу здесь вдаваться в эти подробности, все же считаю необходимым указать, что философский принцип всего этого разложения, тождественность с принципом истинной энциклопедической иерархии, соответствующей или общности или сложности явлений. Оба ряда будут точно соответствовать друг другу, если они будут составлены по одному и тому же способу. Они кажутся различными только в виде необходимости более подробно означать для научной цели их нижнюю часть и для социального приложения – их высшую часть. Но эта двойная лестница истины и добра приводит к одному и тому же заключению, как в том случае, когда социальная точка зрения ставится выше всех других, так и в том, когда высшее благо полагается во всеобщей любви.

Эта систематическая оценка основного девиза представляет собой краткую характеристику духовного преобразования, составляющая главное назначение новой философии. Не трудно теперь понять, каким образом позитивизм осуществляет одновременно наиболее благородные социальные попытки католицизма в средние века и наиболее важные условия великой программы конвента. Окончательно присваивая себе противоположные достоинства, принадлежавшая раньше католичеству и революционистскому духу, она обезначивает одновременное упразднение теологического и метафизического методов мышления, так как отныне, когда их противоречивые функции лучше выполняются одной, конечно, доктриной, они оба уже бесполезны. Нормальное отделение духовной власти от светской должно было в особенности вызвать это слияние и это необходимое очищение, ибо оно было главным предметом этого долгого подготовительного антагонизма.

Коркунов Н. М.

ЛЕКЦИИ ПО ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА¹

Книга первая. Понятия права

Глава I. Определение права

§ 5. Нормы технические и этические

В силу присущей нам, как существам разумным, способности к обобщению, мы руководимся в нашей сознательной деятельности не только конкретными представлениями, но также и правилами, указывающими, как должно действовать для достижения той или другой определенной цели. Такие правила, обусловленные определенной целью, называются вообще нормами. Сообразно различию целей и нормы могут быть очень разнообразны. Но все они сводятся к двум главным группам: нормы технические и нормы этические.

Нормы технические – это правила, указывающие, как следует поступать для достижения какой-либо одной определенной цели.

Таковы правила гигиены, педагогики, грамматики, строительного искусства, научающие нас, каким образом сохранить здоровье, развить способности ребенка, удобопонятно выразить словами мысль, построить здание. Различных технических норм столько же, сколько может быть у людей различных целей. Соблюдение каждой такой нормы приводит к осуществлению только данной отдельной цели, не касаясь других целей человеческой деятельности, иногда даже препятствуя их осуществлению. Если цель, имеющаяся в виду, представляется обширной и сложной, то осуществление ее определяется, естественно, целой системой правил, связанных между собой единством цели. Такая система и есть то, что мы называем отдельными искусствами. Отсюда и самое название: технические нормы (от греческого «техне» – искусство).

Всем разнообразным целям человеческой деятельности соответствуют и особые технические нормы, так что вся деятельность людей совершается согласно правилам целесообразности. Но каждая отдельная техническая норма имеет в виду всегда одну только отдельную цель – ведет к осуществлению только отдельной цели, не касаясь ее отношений к другим целям. Между тем, разнообразные цели человеческой деятельности неизбежно сталкиваются между собой так, что осуществление одной цели нередко препятствует осуществлению другой. Человек ограничен и в своих силах, и во внешних средствах, и во времени, и потому для него невозможно полное осуществление всех его целей. Ему приходится ограничивать осуществление отдельных целей ради возможности их совместного осуществления. При этом маловажными целями приходится

¹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. Москва, 2010. 520 с.

жертвовать в интересах осуществления важнейших. Ограничивая таким образом осуществление отдельных целей, нельзя обойтись без руководящего начала, без правил, определяющих, какие именно цели и в какой мере должны быть ограничены в своем осуществлении, чтобы согласовать между собою осуществление разнородных целей. Технические правила не научают этому. Указывая, как осуществить каждую отдельную цель, они не указывают, как установить гармонию в совместном осуществлении многих целей. Это приводит к осуществлению, наряду с техническими, еще других норм – этических. Человек не может руководствоваться в своей жизни только техническими правилами, только одною целесообразностью. Он непременно руководствуется еще чем-то другим, определяющим для него выбор самих целей, заставляющим предпочитать одну цель другой. По степени умелости людей осуществлять отдельные цели мы судим об их искусстве, умелости; по тому, как они определяют взаимное отношение различных целей, какие цели предпочитают другим, мы судим об их нравах, о том, что греки обозначали словом этос. Отсюда и правила, определяющие взаимное соотношение разнородных целей человеческой жизни, называются этическими.

Различие норм технических и этических может быть, на основании всего сказанного, формулировано таким образом: нормы технические суть правила осуществления отдельных целей человеческой деятельности; нормы этические – правила совместного осуществления всех людских целей.

Из этого, конечно, не следует заключать, чтобы этические правила могли заменить собою технические нормы. Они не имеют вовсе значения одного общего технического правила, применимого к осуществлению всех различных целей. Соблюдение этических правил никогда не ведет непосредственно к осуществлению отдельных целей. Самое осуществление наших целей всегда и необходимо совершается согласно техническим правилам. Этические же нормы только размежевывают, так сказать, осуществление отдельных целей, определяют лишь их взаимное соотношение. Они делают возможным совместное осуществление многих целей, устанавливая форму их взаимного соотношения, но самое содержание этих целей осуществляется по правилам целесообразности. В этом смысле нормы этические отличаются от технических, как формальные от материальных. Этические нормы определяют только форму совместного осуществления всех разнообразных целей человека. Соблюдение этических норм только придает взаимному соотношению целей гармоническую форму, но не приводит само по себе к осуществлению их содержания.

Технических правил много, столько же, сколько разнообразных целей человеческой жизни. Поэтому один и тот же человек, преследуя различные цели, руководствуется и различными техническими нормами. Напротив, этические нормы, регулирующие не осуществление отдельных целей, а

взаимное соотношение всей совокупности человеческих целей, не могут меняться в зависимости от различия преследуемых людьми целей. Раз человек держится определенных этических правил, они не могут меняться в зависимости от имеющихся в виду в данном случае целей. У одного и того же человека не могут быть различные этические правила на разные случаи жизни. Этические правила определяют отношение отдельных целей человека к общей их совокупности. Поэтому они по необходимости одни и те же для всей деятельности человека, для всех случаев его жизни.

Таким образом, этические нормы отличаются единством, технические – множественностью. Один и тот же человек в одно и то же время может руководиться самыми различными техническими нормами согласно различию отдельных целей своей деятельности.

Достижение каждой особой цели требует соблюдения и особых правил. Но взаимное соотношение всех целей в их совокупности не может быть представляемо одновременно на различные лады. Этические нормы могут быть различны у различных людей или и у одних и тех же людей в разное время. Но у данного человека и в данное время могут быть только одни определенные этические нормы.

Так как технические нормы – суть правила достижения отдельных целей, то и соблюдение их совершенно факультативно. Тут все зависит от желательности отдельной цели, к осуществлению которой ведет соблюдение правила. Только для того, кто ценит здоровье, обязательны правила гигиены. Было бы смешно настаивать на обязательности их соблюдения для человека, задумавшего покончить с жизнью или намеренно расстроить здоровье. Напротив, гармония жизненных целей не может не быть желательна для человека. Раз я имею несколько целей, я не могу не желать, чтобы они находились в гармонии, чтобы осуществление одной из них не мешало бы осуществлению других. Только в случаях болезненной мании человек всю свою деятельность подчиняет исключительно одной какой-нибудь цели. Нормально же развитые, здоровые люди всегда преследуют несколько разнообразных целей. Желательность гармонического совместного осуществления разнообразных целей для всех психически нормальных людей стоит поэтому вне вопроса. Вне вопроса стоит для них, следовательно, и обязательность этических норм. Поэтому, между тем как технические нормы факультативны, этические – обязательны.

Этим, однако, не ограничивается различие в обязательности технических и этических норм. Несоблюдение технической нормы ведет к недостижению лишь данной отдельной цели – и только: оно не отзывается на всей остальной деятельности человека. Дурно вспахав поле, я могу отлично выстроить себе дом; будучи плохим хозяином, можно быть отличным педагогом и т. д. Несоблюдение этических норм расстраивает, напротив, всю нашу деятельность, нарушая гармонию руководящих ею целей. Раз совершенное нарушение этической нормы дает себя чувствовать,

отзываясь на всех наших делах, делая невозможным для нас достижение многих более важных целей. Сознание того, что наши собственные нарушения этических правил в прошлом лишают нас и в настоящем возможности достигнуть высших человеческих целей, приводит к самоупрекам, к угрызениям совести и к признанию безусловной обязательности этических норм. К этой внутренней санкции присоединяется еще внешняя. Несоблюдение технических норм ведет только к неуспеху данного дела и потому касается только одних заинтересованных в деле лиц. Несоблюдающего этих норм мы назовем неискусным или неблагоразумным, но, если дело нас непосредственно не касается, нам все равно, соблюдена техническая норма или нет. Напротив, несоблюдение этических норм всегда есть дело общего интереса. Все разнообразные интересы человеческой жизни тяготеют к двум главным центрам: один из этих центров – личность человека, другой – общество. Каждая система этических норм, каким бы принципом она ни определялась, непременно так или иначе определяет соотношение этих двух групп людских интересов. Если этические нормы нарушаются, если гармония человеческих целей не устанавливается, если личные и общественные интересы приходят в резкое столкновение, общество не может оставаться безучастным. Нарушитель этических норм неуклонно вызывает против себя суд и гнев общества, заинтересованного в том, чтобы между личными и общественными целями поддерживалось определенное соотношение. Общество поэтому требует от каждого соблюдения этических норм, осуждает за их нарушение, и даже в важных случаях карает за него. Соблюдение этических норм не есть лишь дело субъективного усмотрения: они являются пред нами с характером объективно обязательных требований.

Но если мы обратимся к содержанию технических и этических норм, то нам представится совершенно иное соотношение. По содержанию технические нормы более объективны, этические, наоборот, более субъективны. В самом деле, целесообразность заключается в том, чтобы воспользоваться силами природы для своих целей. А действие сил природы всегда строго закономерно. Поэтому, если известен закон данной группы явлений, соответствующие технические правила будут логически необходимыми выводами из этого закона. Например, правила строительного искусства суть логически необходимые выводы из законов механики. В технических правилах субъективен и произволен только выбор цели. Но как только цель определена, правила ее осуществления получаются сами собой, как необходимые выводы из закона соответствующих явлений. Содержание технических правил, безусловно, определяется объективными данными, независимо от субъективного отношения к ним человека. Если иногда технические правила представляются по своему содержанию недостаточно объективно определенными (например, в педагогике), то это потому только, что не установлены еще с научной точностью и самые законы соответствующих явлений (в данном примере – законы духовной жизни).

Если же закон явлений известен, в содержании соответствующего технического правила не может быть сомнения.

Совершенно иное представляют по своему содержанию нормы этические. Они никогда не могут быть неуклонными выводами из законов. Установление гармонического соотношения разнообразных целей, составляющих содержание человеческой жизни, зависит от целого ряда крайне изменчивых и совершенно субъективных условий. У каждого человека свои цели и каждый по-своему оценивает каждую из этих целей, по-своему определяет их взаимное соотношение. Что для одного представляется незначительным, для другого может составлять главную цель жизни. Личные наклонности, теоретические воззрения, религиозные убеждения, общественные нравы, – все это до бесконечности видоизменяет человеческие интересы и их соотношение. Принятие того или другого взгляда на соотношение наших целей в значительной степени есть дело чувства, а не логического вывода. Содержание этических норм не может обойтись поэтому без примеси субъективности. Оно представляет множество разнообразных оттенков, постоянно служит предметом спора; его нельзя основать на строго логических доводах, которые бы для всех безусловно были убедительны.

§ 6. Нормы юридические и нравственные

Мы выяснили различие двух основных категорий норм: технических и этических. К которой же из них должны быть отнесены нормы юридические? Ответ на это не может быть сомнителен. Юридические нормы представляют все отличительные признаки норм этических. Соблюдение требований права не ведет к непосредственному осуществлению никакой материальной цели. Право только определяет рамки осуществления разнообразных интересов, составляющих содержание общественной жизни. Вместе с тем соблюдение юридических норм признается обязательным для всех, независимо от желательности для них той или другой отдельной цели. И, наконец, содержание права не есть только логически необходимый вывод из законов природы, что ясно уже из самого факта разнообразия и даже противоречия существующих в разное время и в различных странах юридических норм. Но юридические нормы суть не единственные этические нормы. Наряду с ними к этическим же нормам относятся нормы нравственные. Для ближайшего определения юридических норм необходимо поэтому отграничить их от норм нравственных. С этой целью мы постараемся выяснить, как вообще могут быть достигнуты совмещение и гармония разнообразных интересов человеческой жизни. Тогда само собой получится основная группировка этических норм, их разделения на нравственные и юридические.

Полное, неограниченное осуществление каждой отдельной цели недоступно человеку в силу ограниченности его сил и средств. Ему приходится ограничивать осуществление отдельных целей, от иных даже

вовсе отказываться. При этом необходимо делать выбор между различными целями, сравнивать их друг с другом, признавая одну более важной, другую – менее; словом, необходима оценка интересов. Без сравнительной оценки невозможно было бы разобраться во множестве разнородных целей, не было бы основания предпочитать одну цель другой. Такая оценка целей и интересов и есть дело нравственности. Как ни разнообразны выставляемые различными теориями нравственные принципы, все они, однако, дают то или другое мерило оценки человеческих интересов. В своей функции – служить основанием оценки интересов – все они сходны. Станем ли выводить нравственные правила из принципа пользы, истины, гармонии, красоты, сострадания, любви, свободы, или из самостоятельного врожденного чувства нравственности, во всяком случае, в практическом применении они будут служить нам правилами оценки интересов, приводящей к различию добра и зла. Различие оснований нравственных теорий ведет к различию критерия, мерил; но каждая нравственная теория непременно дает какое-нибудь мерило. Это необходимый отличительный признак каждой нравственной теории.

Нравственные правила необходимо устанавливают различие добра и зла, того, что должно делать и чего нет, нравственных и безнравственных целей. Нравственные правила служат высшим руководящим началом всей нашей деятельности, мерилем всех наших поступков.

Человек, взятый отдельно, изолированно, вне его отношений к другим людям, может руководиться одними нравственными правилами. Разнообразные цели одного человека могут быть приведены в гармоническое соотношение путем одной только соотносительной их оценки. Добро и зло представляют известную градацию. Хорошие и худые цели располагаются поэтому в известной последовательности, так что определяется взаимное соотношение всех целей человека. При столкновении нескольких целей в их осуществлении, на основании нравственного мерил, всегда можно определить, которые из них должны быть поставлены выше, и, следовательно, которые из них должны быть предпочтены.

Но в действительности люди не представляются обособленными, независимыми друг от друга, самодовлеющими. Мы на каждом шагу чувствуем свою зависимость от других. Вся наша деятельность обусловлена общением с ними. Осуществление наших интересов невозможно вне отношений к другим людям. Да и самые интересы, определяющие содержание человеческой деятельности, складываются под влиянием не одних только личных условий, а может быть еще в большей степени под влиянием общественных условий, и потому значительная их доля имеет не индивидуальный, а социальный, общий характер. Поэтому человеку по необходимости приходится сообразоваться не только со своими собственными интересами, но и с интересами других людей, без общения с которыми он не может существовать.

Если же человек вступает в сношения с другими людьми, если его интересы сталкиваются не только между собою, но и с интересами других людей, одной оценки интересов недостаточно для внесения в деятельность людей порядка и гармонии. Чужой интерес, с которым приходят в столкновение мои собственные, может быть совершенно равноценный с ними или даже совершенно тождественный. В нравственной оценке в таком случае нельзя найти указания, как устранить столкновение интересов, который из них должен быть стеснен, ограничен ради другого. Но не только в этих случаях столкновения одинаковых интересов недостаточна нравственная оценка. Установление определенного соотношения между различными интересами на основании оценки их предполагает, что оценка эта для всех их одинакова, основывается на одном и том же принципе. Иначе оценка их будет противоречивая и потому столкновения интересов не будут устранены. Но у двух людей редко бывают совершенно одинаковые, до мелких подробностей, нравственные правила. И в обществе общеобязательными признаются только основные, более важные правила нравственности; подробности всегда остаются делом субъективного убеждения. Личные же убеждения одного человека не могут быть обязательны для другого. При столкновении интересов двух личностей, поэтому, часто окажется недостаток одного общего основания для оценки. Наконец, и при одинаковости нравственных убеждений сравнительная нравственная оценка интересов различных людей часто оказывается невозможной. Цели человеческой деятельности не представляются резко разграниченными друг от друга.

Они переплетены, связаны между собой, взаимно обуславливаясь и подчиняясь одна другой. Оценка отдельной цели может быть сделана только по соображению ее связи с другими. Когда дело идет об оценке целей одного человека, это не представляет затруднения.

Свои собственные цели и их взаимную связь каждый, конечно, знает хорошо. Но чужие цели нам делаются известными лишь насколько они проявляются во внешних действиях. Намерения другого мы не можем узнать по объективным данным во всех подробностях. А без того немислима полная оценка отдельных целей. Так, приобретение имущества может быть и безнравственным и нравственным делом, смотря по тому, как намерен человек воспользоваться нажитым достоянием. Поэтому, когда в своей деятельности я сталкиваюсь с действиями другого человека, направленными к стяжанию, я не могу дать им определенной нравственной оценки, не могу определить, чей интерес, мой собственный или чужой, должен быть поставлен выше.

Таким образом, при столкновении интересов нескольких личностей нельзя уладить их соотношение посредством одной сравнительной оценки. Интересы могут быть одинаковые. Подробности, обуславливающие относительную оценку интересов, обыкновенно при этом остаются

неизвестными. Наконец, дело осложняется еще тем, что нравственные воззрения у людей неодинаковы. Только при особенно близких отношениях между людьми столкновение их интересов может быть улажено посредством одной оценки. Для этого необходимы: совершенное тождество нравственных убеждений, полная откровенность, безусловное взаимное доверие и настолько сильная любовь, чтобы чужой интерес вполне приравнивался к собственному. Такие отношения существуют только в редких случаях. При обычном же характере взаимных отношений людей нет ни одинаковости убеждений, ни откровенности, ни доверия, ни любви. Одна оценка интересов не устраняет поэтому их столкновения и является надобность в установлении определенного отношения чужих интересов к своим.

Взаимные отношения людей, интересы которых сталкиваются, могут представлять собою два существенно различных типа. Во-первых, интересы одного могут быть безусловно подчинены интересам другого, так что один из них окажется в положении лишь средства для целей другого. При таком безусловном подчинении отношения властвующего к подвластному определяются теми же началами, как и отношения к животным, к вещам, признаваемым человеком лишь средством для его целей. Осуществление этих целей определяется техническими нормами; выбор между ними – нравственными. Никаких новых, особых норм для определения соотношения интересов подвластного к интересам властвующего тут не может быть.

Но может быть, во-вторых, и так, что субъекты сталкивающихся между собой интересов противопоставляются друг другу как самоцельные личности, из коих ни одна не признается только средством для других. В таком случае не может быть безусловного подчинения интересов одного интересам другого, а осуществлению интересов каждого должна быть отграничена известная сфера, или, другими словами, интересы эти для возможности их совместного неосуществления должны быть так или иначе разграничены. Подобно оценке интересов и для разграничения их человеческое сознание вырабатывает определенные нормы – нормы разграничения интересов, которые так же, как и нормы оценки, служат той же цели, совместному осуществлению всех разнообразных человеческих целей. Следовательно, и нормы разграничения интересов суть нормы этические. Но в отличие от нравственных норм они не дают мерила для оценки интересов, для различия добра и зла. Они указывают только, насколько мы имеем или не имеем права осуществлять наши интересы при столкновении их с чужими интересами. Следовательно, нормы разграничения интересов определяют границу между правом и неправом и суть юридические нормы.

Таким образом, различие нравственности и права может быть сформулировано очень просто. Нравственность дает оценку интересов, право

– их разграничение. Как установление мерила для оценки наших интересов есть задача каждой нравственной системы, так установление принципа для разграничения интересов различных личностей – есть задача права. Не трудно показать, что этим основным различием права и нравственности обуславливаются и объясняются все частные различия, замечаемые между нравственными и юридическими нормами.

Так как право предполагает разграничение интересов различных личностей, то юридические нормы определяют только отношения к другим, а не к самому себе. Нравственные правила, напротив, устанавливают обязанности и в отношении к самому себе, потому что оценка интересов имеет значение и для человека, взятого совершенно отдельно.

Применение юридических норм обусловлено противоположением моим интересам чужих интересов и потому соблюдение их обязательно только под условием существования этого чужого интереса, ради которого я должен в своей деятельности подчиняться юридическим нормам. Если же субъект этого чужого интереса, ограничивающего мои интересы, сам освобождает меня от соблюдения юридических норм, обязательность их падает.

Напротив, обязательность нравственных норм не обусловлена вовсе заинтересованностью других людей в их исполнении. Если даже никто от меня того не требует, нравственный долг сохраняет всю свою силу. Это потому, что нравственная оценка интересов не обусловлена вовсе противоположением своих и чужих интересов.

Этим объясняется также, что из нравственных норм выводится только безусловный нравственный долг; из юридических – обусловленные друг другом право и обязанность. Право есть именно обусловленная соответствующею обязанностью другого лица возможность осуществлять данный интерес в устанавливаемых юридическими нормами пределах. Юридическая обязанность есть обязанность выполнять вытекающие из чужого права требования, соблюдать устанавливаемые юридическими нормами границы сталкивающихся интересов. Поэтому, в отличие от нравственного долга, юридическая обязанность сохраняется только до тех пор, пока существует чужой интерес, ради которого она установлена. Отсюда понятие давности, погашающей обязанности, понятие, неведомое нравственности.

Оценка интересов есть, конечно, дело внутреннего убеждения; разграничение – дело внешнего соотношения интересов нескольких личностей. Нравственность поэтому, как дело чистого убеждения, не допускает вовсе принуждения. Убеждения не создаются и не меняются внешнею силой. Право, напротив, иногда допускает и принуждение, а именно в тех случаях, когда разграничение интересов достигается посредством одного запрещения действий, мешающих осуществлению разграниченных интересов. Силой нельзя навязать убеждения, но можно помешать совершить то или другое действие.

Нравственная оценка интересов может найти себе применение и тогда, если она принята одним только человеком, конечно, в его собственной деятельности. Разграничение интересов требует признания данной нормы всеми субъектами разграничиваемых интересов.

Поэтому нравственность есть дело более индивидуальное, право – более общественное.

Таким образом, частные характерные различия права и нравственности являются только выводами из коренного их различия, как разграничения и оценки интересов.

С другой стороны, не трудно также доказать, что каждая юридическая норма есть непременно норма разграничения интересов.

Это явствует, во-первых, из того, что юридические нормы неприменимы в отношениях к животным или к рабу, как к таким существам, интересы которых не разграничиваются с интересами хозяина, а вполне поглощаются ими. Во-вторых, каждая юридическая норма непременно предполагает соотношение интересов различных лиц и дает их разграничение. В гражданском праве разграничиваются интересы отдельных частных лиц, вступающих в разнообразные отношения: мужа и жены, родителей и детей, покупателей и продавца, нанимателя и наемника, должника и кредитора и т. д. В уголовном процессе разграничиваются интересы обвинителя и подсудимого.

В гражданском процессе разграничиваются интересы истца и ответчика. В государственном праве разграничиваются интересы всех отдельных участников государственного общения, от монарха до последнего подданного. В международном праве разграничиваются интересы людей, как участников международного общения, и интересы их, как граждан отдельных государств.

§ 7. Соотношение права и нравственности

Итак, право в отличие от нравственности дает не оценку интересов, а их разграничение. Каково же их взаимное соотношение? Совершается ли разграничение интересов совершенно независимо от той или другой их нравственной оценки или, напротив, и самое разграничение определяется тем, какая нравственная оценка будет признана за каждым из сталкивающихся между собою интересов?

Крайние индивидуалистические теории, господствовавшие в XVII и XVIII вв., в последовательном своем развитии приводили к отрицанию всякой связи разграничения интересов отдельных личностей правом с нравственной их оценкой. В своем объяснении общественных явлений теории эти исходили из представления об отдельном человеке, как совершенно обособленной, ничем с другими не связанной личности, и все отношения между людьми рассматривали, как установление их сознательной, свободной воли. Исходным началом признавалась полная

индивидуальная, самой природой данная свобода; всякое общение людей и всякая между ними зависимость объяснялась как их собственное произвольное дело. С этой точки зрения полное разграничение интересов отдельных личностей требовало только устранения вторжения одной личности в естественно существующую свободу другой, без всякого внимания к тому, каким содержанием пополняется эта свобода, для каких целей пользуются ею.

Первый, определенно установивший в самом начале XVIII столетия резкое противоположение права и нравственности, был Христиан Томазий. К праву он относил правила чисто отрицательного характера, предписывающие чего-либо не делать, и притом устанавливающие обязанности в отношении к другим. Основным принципом права он признавал поэтому следующее правило: не делай другим того, чего не желаешь, чтобы они делали тебе самому. Нравственность, напротив, обнимает правила положительные, устанавливающие обязанности к самому себе. Основное правило нравственности таково: делай себе то, что желаешь, чтобы и другие себе делали. Правила права и нравственности, различные по своему содержанию, и осуществляются различным образом. Нравственные обязанности, как положительные и касающиеся нас самих, могут быть нам преподаны только в форме совета: забота об их усвоении людьми есть дело учителя. Обязанности юридические, как отрицательные и относящиеся к другим, предписываются нам велением, несоблюдение которого влечет за собою наказание, так как нельзя предоставить на произвол каждого соблюдать или нет свои обязанности в отношении к другим. Государственная власть, вооруженная силою принуждения, призвана заботиться о соблюдении юридических обязанностей, но только их одних. В сферу нравственных обязанностей государственная власть не должна вмешиваться.

У последующих мыслителей XVIII века, в особенности у Канта и Фихте, выставленное Томазием противоположение права и нравственности получило себе дальнейшее развитие. Кант основным началом права, началом, из которого с логическою необходимостью вытекают все юридические нормы, считал веление каждому действовать так, чтобы его свобода совмещалась с свободой всех и каждого.

Поэтому юридические нормы регулируют только одну внешнюю сторону человеческих действий и опираются в своем осуществлении на принуждение. У Фихте это воззрение получило еще более резкое выражение. Для него право есть чисто механический порядок совместного существования многих личностей, совокупность внешних условий совместного существования людей, осуществляемых силою принуждения.

Выставленное индивидуалистическими теориями противоположение прав и нравственности сделалось лозунгом в борьбе за свободу совести и вообще за индивидуальную свободу против системы всепоглощающей

правительственной опеки. Религиозные преследования и вмешательство власти в самые интимные стороны личной жизни находили себе основание в прежнем смешении права и нравственности. При таком отождествлении, законодательство, призванное устанавливать юридические нормы, естественно распространяло свое действие и на вопросы совести, регулировало и нравственное достоинство человеческих поступков. Резкое отделение права от нравственности, напротив, приводило к признанию того начала, что право должно быть индифферентно к вопросам нравственности.

Оно должно только размежевать внешнюю свободу людей, совершенно не касаясь того, как воспользуются люди отмежеванной им свободой, согласно нравственным требованиям или нет.

Как реакция против чрезмерного стеснения личной свободы государственным вмешательством, это учение сослужило важную историческую службу. Нравственные воззрения всегда более или менее субъективны и вместе с тем касаются самых интимных, самых сокровенных сторон личной жизни человека. Поэтому законодательство, полагающее в основу разграничения интересов определенную нравственную их оценку, неизбежно стесняет индивидуальную свободу. Индифферентизм закона в отношении к нравственности лучше всего согласим с широкой личной свободой.

Но наряду с этим преимуществом противоположение права и нравственности имеет и свои темные стороны. Если право вполне безразлично относится к нравственным правилам, то это неизбежно приводит к признанию права и на безнравственные деяния, если только при этом личность формально не выходит из пределов отмежеванной ей свободы. Самые возвышенные нравственные интересы должны при таком взгляде уступать формальным требованиям права, приноситься им в жертву. Строгое осуществление права оказывается при таких условиях нередко вопиющей несправедливостью. Поэтому, как только резким противоположением права и нравственности было отвоевано известное признание личной свободы и в особенности свободы совести, крайности этого учения обратили на себя внимание и вызвали стремление вновь сблизить право с нравственностью. Это стремление выразилось уже у Фихте. Явившись в прежних своих произведениях крайним представителем разъединения права и нравственности, он под конец склонился к противоположному взгляду, признав в своей *System der Rechtslehre* 1812 года необходимость сближения права с нравственностью.

А в настоящее время необходимость связи между правом и нравственностью сделалась, в особенности благодаря учению органической школы, общепризнанной.

В действительности право никогда не обособляется вполне от нравственности. Разграничение интересов не может не считаться с нравственной их оценкой, не может быть основано только на отрицательном

требовании некасательства до чужих интересов, до чужой воли, потому что естественное состояние людей не есть вовсе состояние нашей обособленности. Общение людей не создается действием их сознательной воли, а обусловлено обыкновенными условиями, устанавливающими взаимную зависимость людей помимо их воли. Поэтому и разграничение их интересов не может быть достигнуто одним лишь недопущением произвольного вмешательства в чужие интересы. Человечество связано и переплетено между собой независимо от их воли, да и по содержанию своему многие из них имеют не индивидуальный, а общественный характер, по существу своему предполагают отношения к другим людям, совместную солидарную деятельность многих, направленную к одной общей цели. В силу этого разграничение интересов одного человека с интересами других зауряд требует не одного только некасательства до чужих интересов, а также ограничения осуществления своих собственных интересов ради обеспечения возможности осуществления более высоких чужих интересов. При таких условиях разграничение интересов возможно без сравнительной нравственной их оценки. И действительно, в положительном законодательстве те или другие нравственные начала всегда оказывали весьма значительное влияние на способ разграничения интересов.

Точно так же никогда право не ограничивает своих определений одной только внешней стороной человеческих действий, а всегда более или менее принимает в соображение и внутренние их стимулы. И современное право в этом отношении идет даже дальше права некультурных обществ. Для установления договорных обязательств современное право требует наличности действительного соглашения, действительного совпадения воли, и, вместе с тем, такого соглашения по правилу достаточно; не требуется соблюдения особой внешней формы. Между тем, как прежде обязательства устанавливались именно в силу соблюдения такой формы независимо от наличности действительной воли. Юридический характер преступного деяния определяется не только внешними последствиями действия, сколько намерением, его вызвавшим.

Лицо, причинившее другому, с намерением его убить, лишь легкое повреждение, будет обвинено все-таки в покушении на убийство, а нанесящий другому, без намерения лишить его жизни, рану, последствием которой оказалась в действительности смерть, будет обвиняться только в нанесении ран, а не в убийстве. Точно так же и тяжесть наказания в гораздо большей степени зависит от свойства намерения, нежели от материального вреда, получившегося в результате его осуществления.

С другой стороны, нравственность требует от нас не одних добрых намерений, но и дел, и притом большею частью в отношении к другим.

Любовь к ближнему есть основа всего христианского нравственного учения, да и лишенные религиозной основы современные этические теории имеют по большей части альтруистический характер.

Так как в настоящее время индивидуалистические теории сменились учениями, которые в объяснении людских отношений исходят не из начала индивидуальной особенности, а именно из факта общественной зависимости людей, то и разрешение вопроса о соотношении права и нравственности думают теперь найти не в резком противополжении их друг к другу. Право уже не признают совершенно независимым от нравственности, а, напротив, ставят его в подчиненное отношение к нравственности. Целью права признают осуществление нравственности.

Поворот к такому взгляду на соотношение права и нравственности замечен уже у Гегеля, так как право, мораль, нравственность он считал последовательными моментами диалектического развития свободы. Право и мораль он представлял себе лишь как различные стороны того, что во всей полноте осуществляется в нравственности.

Но самое понимание нравственности было у него весьма своеобразно; нравственность означает у него собственно общественный порядок (семью, гражданское общество, государство). Соотношение же права и морали и у Гегеля еще понимается как прямая противоположность. Право лишено само по себе всякого определенного содержания и устанавливает одну возможность свободы. Мораль, напротив, определяет не возможное, а должное, и тем указывает содержание праву. Таким образом, право и мораль противоплагаются друг другу, как возможное и должное, и противоположность их снимается, — как в высшем единстве, в нравственности, представляющей собою действительность того, что в праве является только возможным, в морали — только должным.

Более решительно подчинение права нравственности было высказано в учениях органической школы. Так, Арене признает мотивом человеческой деятельности стремление к воплощению человеческого идеала, тождественного с высшим благом для человечества.

Но стремление это выражается в стремлении к различным отдельным целям, обусловленным человеческой природой. Так как человек есть, прежде всего, самостоятельное, отдельное существо, то цели его вытекают, прежде всего, из потребностей индивидуальной жизни; таковы сохранение жизни, здоровья, чести. Но человек есть также и существо общежительное; поэтому у него имеются и общественные потребности: язык, религия, наука, искусство. Таким образом, получаются две группы благ, составляющих цели человеческой деятельности. Обе эти группы благ Арене называет материальными благами.

Но рядом с ними существуют еще блага формальные, которые не представляют собою особенных человеческих интересов, но только определенное соотношение между различными элементами человеческой жизни. Такова нравственность и право. Нравственность регулирует мотивы и цели человеческой деятельности, а право есть определение зависящих от человеческой воли условий осуществления указываемых нравственностью целей.

Подобные же взгляды весьма распространены и между современными представителями положительного направления: известный государствовед Еллинек определяет соотношение права и нравственности так, что право есть этический минимум, т.е. совокупность тех нравственных требований, соблюдение которых на данной стадии общественного развития признается безусловно необходимым. Право, следовательно, с такой точки зрения есть только часть нравственности, та именно часть, которая составляет необходимое условие данного общественного порядка. Все, что в нравственных требованиях содержится сверх этого необходимого минимума, составляет нравственность в тесном смысле в отличие от права. Соблюдение таких нравственных требований только желательно, а не необходимо: это своего рода этическая роскошь.

В несколько видоизмененной и более точной форме повторяет, в сущности, то же самое и Валлашек. Право и нравственность должны бы были, по его словам, относиться друг к другу собственно как форма и содержание. Нравственность указывает идеал человеческой деятельности; право есть попытка его действительного осуществления.

Следовало бы, чтобы вся нравственность облекалась в форму права, и чтобы все право пополнялось нравственным содержанием. Но так как нравственные правила лишены пока для нас объективной доказательности, то, ввиду такой гадательности и спорности нравственных правил, люди должны довольствоваться осуществлением в форме права лишь того, что безусловно необходимо для существования обществ. Поэтому право есть не самый этический минимум, а только его осуществление.

Подобного рода подчинение права нравственности, как средства цели, как формы содержанию, представляет, однако же, такую же, хотя и в противоположном направлении, крайность, как и прежнее полное обособление права и нравственности. В праве нельзя видеть только осуществление нравственности уже потому, во-первых, что не все содержание права определяется нравственными началами.

Многие правоположения представляются с нравственной точки зрения совершенно безразличными. Таковы, например, определения форм юридических действий, сроков, числа свидетелей и т. п.

Во-первых, неправильность такого взгляда на соотношение права и нравственности доказывается в особенности тем, что к числу разнообразных интересов, могущих требовать разграничения, относится, между прочим, и возможность каждому руководиться в своих действиях своими собственными нравственными убеждениями. Так как нравственные убеждения у отдельных людей не одинаковы, а различны, то содержание права не может быть сведено все к осуществлению нравственного идеала: оно, кроме того, должно дать и разграничение могущих сталкиваться между собой в своем практическом осуществлении различных противоречащих друг другу нравственных идеалов.

Взаимное соотношение права и нравственности не может быть подведено под одну общую формулу, одинаково применимую ко всем стадиям и типам общественного развития. Когда все общество держится одних и тех же нравственных воззрений, ими, конечно, определяется и разграничение сталкивающихся интересов отдельных личностей. При разграничении интересов, имеющих по общему, для всех бесспорному признанию, не одинаковую нравственную цену, выше ценимому с нравственной точки зрения интересу не может быть не отдано преимущество; противоречащие ему низшие интересы не могут быть не стеснены в своем осуществлении. Поэтому в первобытном обществе, где нет разнообразия нравственных воззрений, где все подчиняется истари установившимся нравам, и разграничение интересов определяется ими, и потому право по содержанию своему почти сливается с нравственностью. Когда же с развитием общественной жизни истари сложившиеся нравы под влиянием более сложных и более изменчивых общественных условий теряют свою прежнюю неподвижность и однообразие, и в общественное сознание начинают проникать новые нравственные понятия, право, как требующее непременно общего признания, дольше всего сохраняет в своем основании старые нравственные начала.

Тогда нравственные суждения расходятся с той оценкой интересов, на которой основано устанавливаемое правом их разграничение.

Нравственные понятия оказываются более прогрессивными, более развитыми, чем право. Право представляет тогда собою как бы низшую степень развития, уже пройденную нравственностью. Но такое соотношение права и нравственности не есть что-либо необходимое. Там, где право создается не старыми народными обычаями, а сильною правительственною властью, не связанною безусловным подчинением народным воззрениям, законодательство может, наоборот, исходить из нравственных понятий, далеко опережающих собою общий уровень нравственного развития данного общества. Наконец, когда с еще большим осложнением условий общественного развития, в обществе образуется одновременно несколько однообразных нравственных учений, в основу разграничения интересов для всех обязательным правом может быть принято только то, что всем им обще, всеми ими одинаково признается. Благодаря этому образуется известная сфера нравственных вопросов, в отношении к которым, как к лишенным общего признания, право остается индифферентным. Пределы этой сферы и степень, так сказать, расхождения прав и нравственности по содержанию не постоянны, а меняются в зависимости от того, как широк круг общепризнанных нравственных правил. И нельзя сказать, чтобы с постепенным ходом общественного развития эти пределы изменились в одном определенном направлении. Конечно, с развитием общественная жизнь делается сложнее и разнороднее, и потому открывается большая возможность для разнообразия нравственных воззрений, но и на высоких

ступенях общественного развития могут быть моменты о его увлечениях определенным религиозным или нравственным учением: тогда и право в большей степени проникается нравственными началами.

§ 8. Право и закон в научном смысле

Всякая вообще норма, будет ли это норма юридическая или нравственная, этическая или техническая, есть правило, обусловленное определенной целью, другими словами – правило должного; этим все вообще нормы отличаются от законов в научном смысле. Закон в научном смысле есть общая формула, выражающая подмеченное однообразие явления. Закон выражает не то, что должно быть, а то, что есть в действительности, не должное, а сущее. Закон есть лишь обобщенное выражение действительности.

Отсюда вытекает далее то различие нормы и закона, что нормы могут быть нарушаемы; нарушить же закон невозможно. Нормы только указывают, как должно поступать для достижения определенной цели. Но можно поступать и не так, как должно, можно и уклониться от соблюдения нормы; закон же, напротив, не зависит от чьей-либо воли, так как выражает не то, что должно быть осуществлено чьей-либо волей, а то, что, независимо от человеческой воли, существует, необходимо.

Наконец, нормы и законы различаются еще и тем, что нормы, руководя деятельностью людей, указывая им пути достижения их целей, причинным образом обуславливают поступки людей, следовательно, служат причиной явления. Законы, выражая лишь уже существующее однообразие явлений, не могут быть причиной этих явлений. Закон объясняет нам, не почему явления совершаются, а только, как они совершаются. Не законы суть причина явлений, а другие явления же, причинным образом их обуславливающие. Так, закон тяготения не объясняет, почему тела тяготеют друг к другу, а только как они тяготеют. Если же иногда говорят, что такое-то явление совершилось, потому что существует такой-то закон, «потому что» означает здесь не причинную, а логическую связь. Дело в том, что законами принято называть только наиболее общие формулы однообразия явлений, которые уже нельзя свести к другим, еще более общим. Поэтому все частные обобщения представляются как бы логическими выводами из законов, как наивысших обобщений. Например, если мы скажем, движение падающего тела есть ускорительное, потому что тяготение обратно пропорционально квадрату расстояния, то первое, частное положение, есть логический вывод из второго, общего положения. Причинной же связи здесь нет.

Итак, в отличие от нормы, как правила должного, могущего быть нарушенным и служащим причиной человеческих действий, закон в научном смысле есть лишь выражение действительно существующего однообразия явлений, не допускающего отступлений, и по тому самому не

может быть причиной этих явлений.

Такое понимание закона так прочно установилось в современной науке, что оно одинаково принимается и позитивистами, и метафизиками. Так, Льюис предостерегает от «заблуждения», будто законы управляют явлениями, между тем как на самом деле они только служат формулой для выражения явлений. То же самое говорит и Эд. Гартман. «Законы не суть какие-то витающие в воздухе существа, а лишь абстракции от сил и веществ; только потому, что данная сила и данное вещество таковы, а не иные, действуют они так, а не иначе. Это постоянство определенного действия и есть то, что мы называем законом.

Юридические нормы не выражают того, что есть, а указывают лишь, что должно быть; они могут быть нарушаемы, они вместе с тем служат причиной явлений, а именно всех тех явлений, совокупность которых образует юридический быт общества. Поэтому юридические нормы не могут быть подводимы под понятие закона в научном смысле. Каково же их взаимное соотношение? Юридическая литература дает весьма различные ответы на этот вопрос.

Одни утверждают, что юридические нормы заменяют собою в отношении к общественной жизни действие законов в научном смысле.

Между тем, как в природе однообразный порядок устанавливается сам собой, в силу необходимой закономерности явлений, в человеческом обществе порядок устанавливается искусственно, посредством осуществляемых человеческою волею юридических норм. Предполагается, что в общественной жизни, слагающейся из сознательных людских действий, не может иметь места действие законов в научном смысле. Это воззрение обусловлено ошибочным мнением, будто бы законы суть причины явлений – заблуждение, объясняемое тем, что слово закон употребляется не только для обозначения законов в научном смысле, но и для обозначения норм. В этом смысле говорят о законах искусства, нравственности, о законах божественных, государственных. И первоначальное значение слова закон было именно таково. Под законом первоначально разумелось не выражение необходимого однообразия явлений, а правило, установленное чьей-либо сознательной волей. Еще у Аристотеля не было понятия о законе в научном смысле. Только римляне начали употреблять закон для обозначения не только правил человеческой деятельности, но и необходимого порядка явлений природы. Так, у Лукреция говорится о *leges naturae*. Если держаться первоначального значения, если понимать закон как причину явлений, если думать, что явления совершаются так, а не иначе, в силу существования в мире законов, как каких-то особых сил, принуждающих явления совершаться определенным образом, то, конечно, придется выделить в обособленную сферу область явлений, вызываемых нашею волею, так как в отношении к ним очевидно, что причина их не закон, а воля.

Но в действительности законы, как мы уже знаем, вовсе не должны

быть признаваемы причинами явлений. Закон скорее результат, нежели причина. При таком правильном понимании закона нет никакого основания не распространять действия законов и на человеческую деятельность. Наши действия вызываются сознательной волею – это бесспорно. Но это объясняет только, почему мы действуем: потому что в нас есть воля, побуждающая нас к деятельности. Но этим одним еще не объясняется, как мы действуем. Природа всех людей представляет известные общие свойства и эта общность приводит к тому, что в деятельности замечается в общем известное однообразие. Будучи нами подмечено и сформулировано, это однообразие составит закон нашей деятельности. Таким образом, понятие закона, как подмечаемого однообразия явлений, применимо одинаково и к человеческой деятельности. Нельзя сказать, чтобы законы в отношении к ней не действовали, чтобы они должны были тут заменяться чем-либо другим. И действительно, современной науке уже удалось доказать существование известной закономерности общественных явлений. В особенности много содействовали этому статистические исследования, указавшие на существование постоянных законов для многих явлений общественной жизни. Делают так же попытки путем историко-сравнительного изучения жизни человеческих обществ прийти к установлению законов существования и развития социальных явлений. Если же раз могут быть установлены законы общественных явлений, нельзя уже считать юридические нормы заменой законов в отношении к человеческому обществу.

Прямую противоположность рассмотренному воззрению составляет такое понимание соотношения норм должного и законов, что между ними нет принципиального различия: то, что мы называем нормами должного, нравственностью, правом, есть не более, как наша догадка о тех законах, которыми с необходимостью определяется наша деятельность. По несовершенству нашему, мы не можем достигнуть полного абсолютного знания, но бесконечно к нему приближаемся, заменяя одни догадки об управляющих нами законах другими, все более и более приближающимися к истине.

Но и такое решение вопроса, подобно выше рассмотренному, грешит грубым смешением существенно различных понятий. Как то основывалось на смешении законов явлений с их причинами, так это на игнорировании существенного принципиального различия между нормами и законами. Различие это, совершенно не допускающее возможности видеть в праве только человеческую догадку о законах, управляющих человеческой деятельностью, сказывается, главным образом, в двух отношениях. Во-первых, право не есть, помимо воли и сознания людей, существующий порядок, людьми только подмеченный, как это имеется в отношении к законам. Если даже признать существование абсолютного и вечного права, все-таки действительное осуществление его не совершается помимо

сознания и воли людей. И абсолютное, вечное право мыслимо только как требование соблюдения известного поведения людьми, а не как само собой устанавливающееся однообразие их поведения. Составители известной декларации прав гражданина и человека, признавая свободу, равенство и братство неизменными началами права, не могли вместе с тем не признать, что забвение их людьми мешало долгое время их осуществлению. Но законы в научном смысле не зависят от того, знают ли их люди, или нет. Они действуют одинаково и до открытия их людьми, и после. Открытие Ньютоном закона тяготения ничего не изменило в порядке явлений тяготения. И до Ньютона, и после него сила тяготения остается неизменно прямо пропорциональной массе и обратно пропорциональной квадрату расстояния. Напротив, если сравнить общество античное, которому чужда была идея равенства, и современное общество, усвоившее эту идею, мы увидим между ними существенное различие, хотя бы в существовании рабства. Другое резкое отличие законов от права – это их неуклонное, не допускающее нарушений, действие. Закон есть необходимый порядок.

Право, напротив, непрестанно нарушается даже теми, кто знает и признает его. Поэтому нельзя сказать, чтобы право было порядком необходимым. Оно порядок обязательный, но это совсем не то, что необходимый. Обязанности мы хотя и должны не нарушать, но все же можем нарушить. Против необходимости же мы бессильны; мы не можем не следовать необходимости. Необходимость освобождает даже от обязанности, *impossibilium nulla obligatio*.

Таким образом, каких бы воззрений на право мы ни держались, мы не можем не прийти к тому заключению, что право не представляет главных отличительных свойств закона в научном смысле.

Вглядываясь ближе в характер юридических законов, не трудно заметить, что общность их весьма относительна и далеко не может быть отождествляема с тою общностью, какую мы приписываем законам в научном смысле. Закон в научном смысле есть общее однообразие данной группы явлений, не допускающее исключений.

Его действие не изменяется по времени и месту. Всегда и везде и для всех однородных случаев без исключений он имеет безусловную силу. Кроме того, законом в науке принято называть не всякое сколько-нибудь общее положение, а только то, которое при данных условиях есть крайний предел возможного обобщения, и не может уже быть сведено к другой более общей, более простой формуле.

Общность юридических законов, напротив, крайне условна. Он общее правило, но только для отношений, существующих в данном обществе и в данный промежуток времени, вообще довольно ограниченный. Следовательно, в различных местностях и даже в одном и том же месте в разное время действуют несколько разных законов.

При этом юридические нормы не представляют вовсе крайнего

предела возможного обобщения. Выраженная в том или другом обычае или законодательном постановлении юридическая норма есть только одна из многих и разнообразных норм, существующих для регулирования отношений данного рода, и всегда может быть сведена к более общему и простому принципу. Юридическая норма не есть поэтому выражение общего и постоянного в юридических отношениях, а представляет собою частный и изменчивый элемент юридического порядка. Нормы возникают, меняются, исчезают, влияют известным образом на склад юридических отношений, служат причиной того, что эти отношения принимают ту или другую форму. Таким образом, они соответствуют не законам в обыкновенном научном значении, а частным явлениям, закон которых путем обобщения требуется еще установить. Да и в самом деле, если нормы юридические, как мы это показали, не могут быть ни отождествляемы с законами, ни признаны заменяющими их в нравственной области, то чем иначе им быть, как не явлениями? Что юридические законы и закон в научном или философском смысле – понятия совершенно разнородные, на это указывал еще в самом начале настоящего столетия Густав Гуго, основатель исторической школы правоведения. К сожалению, у ближайших его последователей эта мысль не нашла себе должного развития, и многие юристы и до сих пор продолжают, увлекаясь сходством названий, смешивать законы юридические с законами в научном смысле.

Книга вторая.

Государство

§ 44. Государственная власть

Мы определили государство как общественный союз, наделенный самостоятельной принудительной властью, но не выяснили еще, что такое власть?

Со времен схоластики установилось и до сих пор остается господствующим понимание власти как воли, единой, надо всем в государстве господствующей воли. При этом одни отождествляют государственную власть с волей конкретных правителей; другие же считают государственную власть какою-то высшею волею, а конкретных правителей только органами проявления этой высшей воли, отличающейся от их личной воли.

На первый взгляд, может показаться более согласным с фактами действительности, более реалистическим, отождествление государственной власти с волею конкретных правителей. Существование у них воли – бесспорный факт, и гражданам на каждом шагу приходится сталкиваться с проявлениями этой воли. Напротив, существование какой-то особой, высшей воли есть только предположение и притом довольно туманное. Эта

предполагаемая высшая воля практически проявляется все-таки только в велениях и действиях тех же правителей государства. Этим и объясняется, почему и до сих пор находятся в политической литературе защитники отождествления государственной власти с личной волею конкретного правителя.

Наиболее видным представителем этого направления является в настоящее время мюнхенский профессор Макс Зейдель.

Однако реалистическим такое понимание государственной власти может быть названо разве в том смысле, что оно не опирается ни на какие произвольные метафизические предположения. Существование конкретных правителей государства и их воли, бесспорно, совершенно реальный факт, но одним этим фактом невозможно объяснить явлений государственного властвования.

Подчинение государственной власти не может быть объяснено только личным могуществом правителя. Политическая история зауряд представляет примеры того, как тысячи подчиняются велениям одной, иногда совершенно ничтожной личности лишь в силу того, что личность эта признается почему-либо представителем государственной власти. И наоборот, выдающимся политическим деятелям приходится прикрываться, для обеспечения подчинения себе толпы, именем такого лица, лишённого всякого действительного значения и силы, но признаваемого представителем государственной власти.

Вместе с тем, подчинение конкретным правителям никогда не бывает безусловным. Им повинуются лишь настолько, насколько видят в них представителей чего-то стоящего выше их личной воли. Раз по общему сознанию деятельность правителей получает характер личного произвола, подчинение им ослабевает и делается неизбежным революционный переворот.

Все это приводит к убеждению, что подчинение государственной власти обусловлено чем-то таким, что не зависит от личных качеств и личной воли отдельных правителей, и господствующее в политической литературе направление признает правителей лишь органами, лишь выразителями какой-то высшей воли, которой их личная воля должна подчиняться. В средние века этой высшей волей, проявляющейся в действиях правителя, признавалась божественная воля.

Политические теории нового времени заменили религиозную основу учением об общественном договоре. Государственная власть объяснялась ими, как общая воля граждан, договорившихся образовать государство и подчиняться на определенных условиях так или иначе устроенному правительству. Согласно этой теории, правительство властвует лишь настолько, насколько осуществляет своими велениями выразившуюся в общественном договоре общую волю. С начала настоящего столетия договорная теория происхождения государств заменяется иными.

Государство уже не считают более произвольным установлением людей, а объективно необходимой формой человеческого общения, необходимым закономерным продуктом исторического процесса. И сообразно с этим в объяснении государственной власти коллективная воля конкретных личностей, заменившая собою божественную волю, заменилась в свой черед абстрактною волею самого государства, как особой, самостоятельной личности.

Решительное большинство современных государствоведов так и объясняют государственную власть, как волю самого государства, в отношении к которому правительство является лишь его органом.

Такое объяснение нельзя, однако, признать удовлетворительным научным объяснением. Прежде всего государство может быть признано личностью, наделенной особой волей, лишь в смысле юридической фикции. Чтобы быть реальной личностью, государству недостает необходимого условия каждой личности — единства самосознания. Но фикции могут служить только средством разобраться в сложных явлениях действительности, сводя их в нашем мышлении к простой и удобно обозреваемой схеме; дать действительное объяснение явлений фикция не может.

Затем, власть есть именно то, что объединяет государство в одно целое. У каждого государства своя особая власть, и там, где мы замечаем несколько властей, мы признаем и существование не одного, а нескольких государств. Поэтому, если власть — воля, она должна быть единою волей. Между тем, всех проявлений государственного властвования невозможно объяснить, как проявления все одной и той же воли. В исторической деятельности жизнь государства представляет не проявление надо всем господствующей единой воли, а борьбу многих противоположных волей. И юридическая организация государств строится большею частью на сочетании действия нескольких самостоятельных, друг от друга независимых волей, как это мы видим в особенности в конституционных монархиях, в основе организации которых лежит именно взаимодействие воли монарха и воли, выражаемой народным представительством. И притом это не обусловлено только фактической множественностью волей, влияющих на ход государственной жизни, которые бы конституции государств всегда бы стремились свести к единству, соединить в одну волю. Напротив, очень часто конституции сами нарочно, так сказать, дробят волю учреждений, призванных осуществлять функции государственной власти. Очевидно, единство воли не представляется тут желательной целью, а, наоборот, злом, которое заботятся устранить.

Такое значение имеют, например, раздвоение народного представительства на две палаты, установление различного порядка для обсуждения палатами обыкновенных и конституционных законов и т. п. Если бы государственная власть была единою волей, задачей всей

государственной организации должно бы тогда быть обеспечение господства этой единой воли, и было бы совершенно невозможно существование разделения властей и самоуправления, предполагающих именно, что отдельные функции власти осуществляются обособленно и независимо друг от друга.

Но, что имеет еще больше значения для опровержения волевой теории власти, явления государственного властвования не могут быть объяснены все, не только как проявления единой воли, но и вообще как проявления воли. Момент воли всего ярче проявляется в законодательстве. Собственно законодатель повелевает, судья – судит, администратор – действует. Поэтому, если бы власть была волей, основной и необходимой ее функцией должно бы быть законодательство. Между тем, на первичных стадиях своего развития государства живут обычным правом и потому обходятся вовсе без законодательства; напротив, без суда и исполнительной власти государство никогда не обходится. Затем, велениям органов власти подчиняются не одни граждане, но точно так же иностранцы, раз они находятся на территории государства. Власть же государства над его собственными гражданами выражается не в том только, что они пассивно подчиняются велениям органов правительства, а в том также, что они сознают себя обязанными активно относиться к потребностям государства. Граждане, в отличие от случайно попадающих в него иностранцев, дают государству гораздо больше простого пассивного исполнения велений. Они сами идут навстречу запросам государственной жизни; активно и по собственной инициативе поддерживают благосостояние и могущество государства, содействуют его развитию. Гражданин выполняет свой долг подчинения власти государства не только, когда исполняет веления правительства, но точно так же, если еще не больше, и тогда, когда стремится разъяснить действительные нужды государства или предупредить ошибки и злоупотребления правителей. Если бы подчинение граждан государству свелось к одному только исполнению обращенных к ним велений, государство не могло бы существовать – оно бы неизбежно распалось. Авторитет велений органов власти основывается, конечно, не на внешней, физической силе. Органы власти всегда составляют меньшинство. Долженствующих повиноваться всегда больше, чем повелевающих. Авторитет велений власти основывается всегда в конце концов на признании их обязательности со стороны общества. Каждый отдельный гражданин вынужден подчиняться велениям органов власти не потому только, что повелевающий от него этого требует, но и потому, что все общество признает для него эти веления обязательными. Но такое признание необходимости исполнения каждым обращенных к нему велений и обусловленное им нравственное понуждение других к подчинению не есть уже исполнение велений, а составляет деятельное к ним отношение. Такое признание, составляющее главное основание государственного властвования, само не может уже основываться на подчинении велениям органов власти.

Наконец, ко всему сказанному следует еще присоединить, что и вообще понятия власти и воли не могут быть отождествляемы. Воля не есть сама по себе власть. Воля бывает и бессильная, и безвластная.

Власть приходит к воле извне, придается ей чем-то другим, лежащим вне воли, в самой воле не заключающимся. Воля стремится к власти, получает власть. Поэтому власть есть нечто внешнее для воли, служащее ей объектом. С другой стороны и власть не предполагает непременно наличности властвующей воли. Если взять самый простой случай власти одного человека над другим, она возможна помимо и даже вопреки воле властвующего. Человек, властвующий над другим обаянием святости, ума, таланта, красоты, властвует, часто и не думая о том, даже сам не желая, тяготясь такой властью. Аскет, совершающий подвиг умерщвления плоти, не жаждет, конечно, власти. Он подавляет в себе все вообще желания и именно в силу этого получает часто великую власть над людьми.

Таким образом, понятие власти ни в каком отношении не совпадает с понятием властвующей воли. Бывает, что властвует воля, но далеко не всякое властвование предполагает направленную на то волю.

Властвуют воображаемые божества, не только не имеющие действительной воли, но вовсе и не существующие. Точно так же властвуют над людьми представления о многом таком, что вовсе и не может быть причастным воле, напр., представление о грозящей беде, болезни, суеверия и т. п. Все это заставляет признать, что власть не предполагает непременно направленной на властвование воли. Властвование предполагает сознание не с активной стороны, не со стороны властвующего, а с пассивной стороны, со стороны подвластного.

Все, от чего человек сознает себя зависимым, властвует над ним, все равно, имеет ли оно и даже может ли иметь волю. Для властвования нет надобности, чтобы это сознание зависимости было реально. Не требуется даже, чтобы существовало то, идея, о чем властвует над человеком. Для властвования требуется только сознание зависимости, а не реальность ее. Другими словами, власть есть сила, обусловленная не волею властвующего, а сознанием зависимости подвластного.

Если так, то и для объяснения государственной власти нет надобности наделять государство волей, олицетворять его. Так как власть есть сила, обусловленная сознанием зависимости подвластного, то и государство может властвовать, не обладая ни волею, ни сознанием, только бы составляющие его люди сознавали себя зависимыми от государства. Государственная власть – не чья-либо воля, а сила, вытекающая из сознания гражданами их зависимости от государства.

Кросс Р.

ПРЕЦЕДЕНТ В АНГЛИЙСКОМ ПРАВЕ¹

V. Прецедент как источник права

Прецедентное право и проблемы юриспруденции. Мы закончили рассмотрение правил применения прецедента. Проблему их происхождения вполне допустимо назвать проблемой «их собственной юриспруденции». Являются ли они нормами права? Могут ли они быть основаны на прецедентах? Почему идея отмены судебного решения на будущее должна представляться английскому юристу проклятием, если законодательство, имеющее обратную силу, ему равным образом претит? Краткому обсуждению данных вопросов посвящаются главы VII и VIII. Эта же и следующая главы непосредственно касаются проблем, которые поставлены прецедентным правом в целом. Они неизбежно возникли бы даже в том случае, если бы английские правила применения прецедента отличались от существующих, поскольку проистекают из более старого и более важного принципа, устанавливающего, что судьи должны относиться с уважением к прецедентному праву. В каком смысле судебное решение, т.е. прецедент, является источником права? Проливают ли прецеденты свет на вопрос, поднятый еще Остином, будет ли обычай законом до того, как он применен судом? В какой мере обычай подчиняется прецеденту, а прецедент — законодательству? Какова природа совместного действия закона и прецедента как источников английского права?

Глава VI посвящена проблемам, непосредственно связанным с судебным процессом: в чем суть судебной аргументации? Что имеется в виду, когда наших судей обвиняют в концептуализме? Каким образом поступать с делами, не имеющими прецедента, и как право развивается судьями?

Глава VII ни в коей мере не ограничивается правоведческими вопросами, относящимися только к правилам применения прецедента. Она касается, хотя и очень кратко, основной проблемы юриспруденции, связанной с прецедентным правом, проблемы сочетаемости общего права с различными определениями права или толкованиями практического действия правовой системы. Необходимо подчеркнуть, что в то время как в первых четырех главах делается попытка сравнительно скрупулезного рассмотрения практического действия правил применения прецедента, в остальных мы претендуем лишь на то, чтобы обратить внимание на общие проблемы юриспруденции, относящиеся к прецедентному праву в целом и к правилам применения прецедента в частности.

¹ Кросс Р. Прецедент в английском праве / под общ. ред. Ф. М. Решетникова. Москва, 1985. 238 с.

1. Различные источники права

Выражение «источники права» обычно понимается по-разному. Прежде всего – как литературные источники, подлинные документальные источники наших сведений о нормах права. В этом смысле источниками права являются судебные отчеты, а учебники, относящиеся, например, к деликтам или договорам, или частные собрания прецедентов попадают в категорию юридической литературы. Следующими надо назвать исторические источники права – оригинальные, производные или непосредственные, из которых правовая норма берет свое историческое содержание.

В этом смысле источниками права являются труды Брактона и Кока, а также работы других крупных английских юристов, поскольку они формулировали нормы, воплотившиеся теперь в судебных решениях и парламентских актах. Сюда можно отнести также римское право и средневековые обычаи, ибо некоторые отрасли нашего права, применяемые теперь к решениям конкретных дел и статутным положениям, восходят к нормам римского права, а значительная часть английского земельного права ведет свое начало от феодальных обычаев. Этот смысл фразы «источники права» может быть распространен на все, что имеет отношение к существованию юридической нормы с точки зрения ее причинной связи. Его, с одной стороны, можно распространить на непосредственных авторов правовых норм, каковыми являются королева в парламенте или королевские судьи. С другой стороны, он может охватывать такие понятия, как общественное мнение, нравственные принципы и даже тот интуитивный судебный отбор, который некоторые американские реалисты считают истинной сутью зрелой науки о праве х.

Хотя исторические источники права представляют наибольший интерес и важность, в трудах по аналитической юриспруденции им не отводится много места. В этих работах содержится подробное обсуждение законодательства, прецедентов, обычаев, трудов юристов, но рассматриваются в основном источники права в третьем смысле, полностью отличном от первых двух, когда под «источником» разумеют не причину происхождения, прямую или отдаленную, но такой источник, из которого норма получает свою юридическую силу, т.е. становится правовой нормой. Исследуется не «Как Вы объясняете содержание данного правового положения?», а «Почему Вы говорите, что определенные нормы являются нормами права?». Этот подход определяет характер дискуссий об источниках и придает вес таким вопросам, как «Много источников права или один?», «Является ли обычай источником права?», «Является ли законодательство правом или только источником права?». Критерии придания юридической силы различны. Каждая правовая система основана на фундаментальных правилах и основных принципах, в силу которых возможно оценить, является ли конкретная норма правовой. Существует,

конечно, обилие для полемики по поводу наилучшей формулировки этих правил. Что касается английской правовой системы, то здесь, во всяком случае, имеется общее согласие в отношении того, что законодательство (прямое или подчиненное) и *rationes decidendi* прецедентов высших судов имеют силу закона. Другие правовые системы основаны на иных принципах. Что бы ни говорилось по поводу французской системы, она не основана на принципе, что решенные судебные дела создают право. К сожалению, отсутствует единая терминология, которой можно было бы выразить указанное выше различие. Сэр Джон Самонд говорил о формальных и материальных источниках права. Под первыми он понимал «демонстрируемые судами волю и власть государства». Материальными источниками в его понимании являются «те, из которых выводится содержание, а не юридическая сила закона». Это законодательство, прецедент и мнения юристов. Самонд делил материальные источники на юридические и исторические. Мы начнем с определения источников права, из которых выводится содержание нормы. Юридическими источниками являются «те, которые признаны в качестве таковых самим законом», а историческими – «по существу те же самые, но нуждающиеся в юридическом признании». Прецедент, законодательство и обычай – юридические источники права, потому что английское право само основано на том, что любой принцип, содержащийся в судебном решении, имеет силу закона. Аналогичное признание юридической силы распространяется на закон, восходящий к статутам, и на обычай, существующий с незапамятных времен. Нормы, подобные этим, закладывают фундамент источников права. Все вышеизложенное во всяком случае доказывает существование юридических (признанных законом), исторических и литературных источников. Можно допустить и дальнейшее деление. Если имеются правообразующие или первоначальные принципы, по значению которых возможно установить, является ли конкретная норма правовой, то напрашивается деление на первоначальные и производные источники. Если бы, вопреки существующему положению, статуты должны были бы определять *rationes decidendi* прецедентов и устанавливать границы их обязательности для разных судов, статут продолжал бы быть первоначальным источником права, а прецедент был бы производным от него. Мы увидим далее, что необходимо также отличать производность от подчиненности с вытекающим отсюда различием между главными и подчиненными источниками. Можно также провести различие между источниками, имеющими принудительную или обязательную силу, с одной стороны, и источниками, имеющими убеждающее значение – с другой. Обязанность судьи общего права соблюдать прецедентное право влечет за собой не только необходимость следовать *rationes decidendi*, обязательным для него по правилам применения прецедента, но также необходимость рассмотреть – хотя и не обязательно следовать им – правила и принципы, излагаемые в *dicta* или *rationes decidendi* убеждающих прецедентов.

Прежде чем перейти к обсуждению связи между обычаем, прецедентом и законодательством, сошлемся кратко на учение Остина о праве и его источниках, которое, хотя и может показаться старомодным и ограниченным, послужит как бы введением в данную тему.

Остин об источниках права

Остин определял действующее право, или право «как оно есть», как приказ, который «прямо или косвенно исходит от суверена или суверенного органа и адресован члену или членам независимого политического общества, в котором суверен или суверенный орган обладают верховенством». Его отношение к источникам права показывает, что он предпочитал говорить о единственном источнике, из которого право черпает свою юридическую силу, о суверене в независимом политическом обществе. Хотя, в качестве уступки языковой метафоре, Остин был готов признать, что «в одном из своих значений источник права имеет прямого или непосредственного автора». Верховный законодательный орган является источником правовых норм, которые он оглашает непосредственно, а орган, издающий подзаконные акты (подчиненное законодательство), служит источником издаваемых им норм, которые публикуются с согласия суверена, суд же является источником права «в той мере, в какой право заключено в судебных решениях, обязательных для последующих судей». Содержание этого тезиса недвусмысленно свидетельствует, что под непосредственным автором права, как его источника, Остин имеет в виду как прямое причинное происхождение нормы, так и источник получения ею своей юридической силы. Подчиненное законодательство и прецедентное право, или как Остин предпочитал называть его – «судебное право», вводится в его определение как совокупность приказов суверена, «косвенно» исходящих от него и адресующихся членам политического общества. Этого, однако, нельзя сказать об обычаях и мнениях юристов. Было много споров по поводу того, подпадают ли они под понятие «источников права» в том смысле, который им придается, когда говорят, что норма черпает из них свою юридическую силу. В качестве типичного примера нормы, источником которой является обычай, обыкновенно приводят установленную с «незапамятных времен» практику рыбаков определенной местности сушить сети, растягивая их на песчаной отмели, в ущемление прав собственника береговой полосы. Представители одной из школ английской правовой мысли считали, что рыбаки данной местности имеют законное право сушить свои сети на песке, несмотря на то что этот обычай никогда не был предметом судебного рассмотрения и не закреплялся законом. Остин бы не согласился с тем, что в данном случае имеет место прецедент, поскольку отсутствует приказ суверена, разрешающий – прямо или косвенно – рыбаку сушить сети на этом песке.

В своей известной работе он отвергает возможность говорить «об особых разновидностях норм, отличающихся по источникам», имея в виду

нормы, которые восходят к обычаю, мнению частных юрисконсультов или ученых-юристов. Без санкции закона обычай как он есть является не правом, а нормой морали. Он получает силу права тогда, когда входит составной частью в закон или подтверждается им либо когда это делается посредством судебного решения, но в таком случае мы имеем дело со статутным правом, которое складывается на основании предшествующего обычая, или нормой, установленной судебным решением, для которого основанием или принципом был предшествующий обычай. Те же рассуждения применимы и к мнениям частных юрисконсультов. Их устные и письменные заключения часто служат причиной введения той или иной нормы парламентского законодательства, а еще чаще – основанием для принятия судебного решения. Однако источником или непосредственным автором права является законодатель, суверенный или подчиненный, творящий законы в соответствии с этими мнениями, либо судья, суверенный или подчиненный, решения которого закрепляют мнения юрисконсультов или ученых. Для тех, кто не знаком с терминологией Остина, полезно добавить, что его определение обычая как «моральной» нормы до того, как она инкорпорирована законом или судебным решением, вытекает из понимания им под нормами «позитивной морали» тех правил и практических обыкновений, которые соблюдаются без приказа суверена. Остин вынужден был в качестве исключения признать источниками права мнения юристов в случае *responsa prudentium* (заключений ученых-юристов) как основы римского права. Он считал также, что хотя труды Кока сами по себе не являются источником английского права, они могут служить убедительным доказательством его содержания в то время. Даже после этого признания Остин рассматривал подобные правовые источники как явление случайное.

С точки зрения силы действия судебных решений в Англии, его идея о том, что *rationes decidendi* установленных высшими судами прецедентов являют собой приказы суверена, адресованные косвенно подданным, представляется по меньшей мере странной. Она не перестанет быть таковой, если мы вспомним, что для нас, согласно Остину, «суверенность воплощена в короле, пэрах и членах палаты общин». Понятие молчаливого повеления, посредством которого суверен приказывает делать то, что он разрешает, призывает нас к тому, чтобы не доводить позицию Остина до полного абсурда и объяснить юридическую силу созданных в прошлом, но действующих ныне норм ссылкой на афоризм Гоббса: «Законодателем является не тот, чьей властью закон был впервые установлен, а тот, чьей властью он продолжает оставаться таковым».

Можно понять скептицизм английского юриста, интересующегося природой права и его источниками, если ему скажут, что *ratio decidendi* дела *Donoghue* – это приказ суверена или что оно получило юридическую силу с молчаливого согласия королевы, лордов и членов палаты общин. В странах Западной Европы, но не в Англии, труды юристов являются источниками права. Какое же место в английском праве занимает обычай?

2. Прецедент и обычай

Как утверждал Блэкстон, право Англии, или правила гражданского поведения ее обитателей, можно с достаточной точностью поделить на две группы: *lex pop scripta* – неписаное, или общее, право и *lex scripta* – писаное, или статутное, право *lex non scripta* включает в себя не только общепризнанные обычаи, или так называемое общее право, но и отдельные обычаи разных частей королевства, а также отдельные законы, которые по обычаю соблюдаются только некоторыми судами и юрисдикциями. Идея, согласно которой общее право состоит из общепринятых обычаев, есть не что иное, как деклараторная теория, только под иным соусом. Мы уже писали, что она окончательно умерла, однако она была еще жива в дни, когда Блэкстон писал свои тезисы. Во всяком случае, для раннего средневековья в этом был элемент истины, поскольку общее право состояло тогда из обычаев, соблюдаемых всеми англичанами, отчего и произошло название «общее». Во многих случаях судьи обращались к обычаям, о существовании и характере которых они были хорошо осведомлены, но всеобщие обычаи, которые уже давно воплощены в судебных решениях, стали единственными источниками современного общего права в отличие от статутного. Современным судам иногда приходится рассматривать местные обычаи отдельных частей королевства. В качестве примера мы уже ссылались на обычай рыбаков в одной местности сушить сети на частной песчаной отмели. Обычаи такого рода, как правило, если не всегда, умаляют значение общего права. Они, собственно, разрешают то, что общее право запрещает. Там, где нет местного обычая раскладывать сети, такая практика будет нарушением чужого земельного владения.

Суды соглашались придать законную силу местному обычаю при условии, что он отвечает некоторым требованиям, сложившимся в течение четырех или пяти столетий существования прецедентного права. Если не выходить за пределы нашего исследования, то достаточно будет указать на то, что обычай должен быть разумным, не противоречить закону, быть установленным, как бы по праву (то есть не посредством силы или разрешения) и должен существовать «с незапамятных времен». Последнее требование имеет любопытную формальную оговорку, что обычай должен существовать с 1189 года – со времени последнего случая, когда была зафиксирована определенная дата, после которой исключались некоторые иски о возврате земли. От полной абсурдности это условие спасает тот факт, что заинтересованная в обычае сторона не должна доказывать его существование с 1189 года, и она выиграет дело, если только другая сторона не сумеет доказать, что обычай появился в другое конкретное время, например, как это было в деле *Simpson v. Wells* (1872), что он появился только после принятия статуты о рабочих, в XIV веке.

Наибольший интерес для нас представляет требование разумности

обычая. В некоторых юридических кругах к принципу разумности относятся как к вопросу факта, который передается на рассмотрение присяжных, участвующих в деле. Например, по определению, гражданско-правовая небрежность состоит в несоблюдении стандарта поведения разумного человека, и вопрос о том, отвечало ли такому стандарту поведение ответчика в конкретном случае, оставляется на усмотрение присяжных. В других юридических кругах принцип разумности также считают вопросом факта, но таким, который разрешается только судьей, даже если присяжные и участвуют в деле. К примеру, для того чтобы получить возмещение за ущерб, причиненный злонамеренным необоснованным уголовным преследованием, истец должен доказать, что ответчик не имел разумного и вероятного основания для уголовного преследования. Даже если в деле участвуют присяжные, наличие разумных оснований должен установить судья. Сохранение за судьей права рассматривать некоторые вопросы факта служит, бесспорно, одним из методов, посредством которых ему обеспечивается некоторая свобода контролировать присяжных после того, как судьи утратили возможность влиять на вердикты нежелательными методами.

Решения по вопросам факта не образуют прецедента, поскольку в каждом деле имеются свои, уникальные обстоятельства. Для того чтобы дело стало прецедентом, его решение должно относиться к вопросу права. Является ли местный обычай разумным – вопрос права. В спорах подобного рода фигурируют и анализируются прецеденты. Это условие однажды было довольно широко сформулировано судьей Паркером, сказавшим, что обычай должен быть таким, чтобы, по признанию ученых-юристов, согласовываться с общими принципами, составляющими фундамент нашей правовой системы или, во всяком случае, не противоречить им.

Применительно к местному обычаю рассмотрим теперь отношения между прецедентом и обычаем как источниками права, выделив два вопроса: 1. Можно ли обычай считать правовой нормой до того, как он стал предметом судебного рассмотрения? 2. Можно ли сказать, что по отношению к прецеденту как источнику права обычай занимает подчиненное положение?

Когда обычай становится правом

Вернемся к уже рассмотренному случаю, где было признано, что рыбаки Уолмера имели право по обычаю сушить свои сети на песчаной отмели. Если бы кто-то в 1900 году сказал, что в Уолмере они имели такое право, в то время как в других местах это считалось нарушением владения, было бы ли такое утверждение правильным? Остин ответил бы на такой вопрос, безусловно, отрицательно, поскольку, согласно его мнению, обычай является «моральной нормой», пока она не подтверждена судебным решением. Целый ряд других авторов, в частности сэр Карлтон Аллен,

исходят из противоположного мнения. Они считают, что действия рыбаков Уолмера в 1900 году надо было расценивать точно так же, как если бы их право сушить сети на чужой земле было установлено законом, который не подвергался судебному толкованию. Если бы по закону 1890 года рыбаки были наделены таким правом, то только тот, кто разделял ошибочное мнение лорда Грея, сказал бы в 1900 году, что это право не было законным.

Известный в начале XX столетия американский юрист Джон Чипмэн Грей считал, довольно, по общему мнению, эксцентрично, что закон не становится законом до тех пор, пока суды его не интерпретировали. Подобный вывод проистекал из его идеи, что судьи являются творцами всего права. Между тем английские юристы неизменно говорили и поступали исходя из того, что любой закон считается таковым с момента введения его в действие. Всегда признавалось, что законы должны регулировать права граждан до того, как эти права будут оспариваться в суде. Огромное количество законов судами так никогда и не рассматривается, но ни один человек не отрицает, что большая часть английского права складывается из содержания этих законов.

Какое же из указанных мнений правильно для английского права? Ответ зависит от применяемого судами подхода к рассмотрению условий действительности местного обычая. Те условия, которые относятся к древности и ритуалу, как правило, рассматриваются в качестве вопросов факта. При наличии спора вопрос решается судом, как и любые другие споры по фактам, хотя ни в коем случае нельзя считать, что до признания судом обычая он не был законом. Требование соответствия закону не должно нас беспокоить: оно означает всего лишь, что закон может аннулировать любой обычай, как он аннулирует любой прецедент или старое статутное положение. Решающим является вопрос отношения английских судов к условию разумности обычая. Если суды будут полагать, что вопрос о разумности или неразумности обычая целиком зависит от их усмотрения, тогда можно допустить, что обычай не будет признан правом, пока суд не придаст ему этой силы. Однако английские суды не стоят на такой позиции. Принцип разумности толкуется ими как вопрос права, который нередко требует ссылок на прецеденты для того, чтобы определить, «что есть разумность». В судебных отчетах до сих пор не было прецедента, говорящего, например, что изготовитель имбирного эля, а не сладкого имбирного напитка, обязан проявлять заботу о розничном покупателе, получающем напиток в темных бутылках, однако английский юрист без колебаний скажет, что этот случай, безусловно, относится к прецеденту *Donoghue*. Конечно, местных обычаев, относительно которых можно судить с подобной определенностью, не так много, но принцип остается тем же.

Таким образом, представляется, что в современной Англии местный обычай имеет силу закона до того, как он подтвержден судом.

Подчиненность обычая прецеденту как источнику права

Хотя, вероятно, правильно характеризовать обычай как самостоятельный источник права, поскольку, как уже говорилось, местный обычай имеет силу закона до придания ему судами юридической силы, его тем не менее следует считать источником, подчиненным прецеденту. Предположим, юрист разъясняет своему клиенту, что тот или иной обычай являлся действительным до того, как он был подтвержден в судебном порядке. Если его спросить, на каком основании он пришел к подобному заключению, он ответит, что, по его мнению, данный обычай соответствует установленным прецедентами условиям своей действительности. Этот вид производности или подчиненности понимается в ином смысле, нежели подчиненность прецедента законодательству. Такая производность зависит от прецедентного права, поскольку суды осуществляют определенный контроль за нормами обычного права, решая вопрос их разумности. Если нашего гипотетического юриста спросить, почему он считает, что условия законности данного обычая установлены прецедентами, он ответит: потому, что эти прецеденты основаны на принципах, представляющих английское право. Он не смог бы оправдать уважения, с которым он относится к прецедентам, тем, что они ведут свое начало от суверенитета парламента, как может оправдывать свое отношение к условиям действительности местного обычая прямым происхождением их от прецедентов. Единственное, что он вообще может сказать, желая сослаться на суверенитет парламента, так это то, что принципы, на основании которых разрешаются дела, составляют английское право, понимая законодательство в обратном смысле.

Подчиненность прецедента законодательству основана на том факте, что закон всегда может отменить результат судебного решения. В этом смысле обычай также подчинен законодательству, поскольку закон может сделать его недействительным, однако весьма сомнительно, чтобы в таком же смысле конкретный обычай был подчинен прецеденту. Даже если они не все нашли отражение в *rationes decidendi* прецедентов Палаты лордов и независимо от разных мнений по поводу формы, в которой они должны излагаться, условия действительности местного обычая слишком глубоко укоренились в нашем праве, чтобы можно было их изменить судебным порядком, а не в результате парламентских действий. Различие между подчиненностью по источнику происхождения и подчиненностью по принципу права на отмену имеет важное значение для формулировки конечных принципов правовой системы. Что касается английской системы, то так же, как прецедент зависит от законодательства по той лишь причине, что результаты судебного решения могут быть аннулированы законом, так правило, относящееся к действительности прецедента, должно быть истолковано в качестве конечного принципа. Эта линия рассуждений не имеет отношения к правилам действительности местного обычая, ибо они

выводятся из прецедентов, хотя, вероятно, не могут быть аннулированы судебным решением. Правда, Самонд устанавливает равенство между правотворческими последствиями закона, судебного решения и древних обычаев, но последующая трактовка им конечных принципов английской правовой системы ясно свидетельствует о его намерении придавать силу закона парламентским актам и судебным решениям и более никаким нормам.

3. Прецедент и законодательство

Как было замечено, прецедент как источник права подчинен законодательству в том смысле, что законом может быть отменено действие судебного решения, а суды полагают себя обязанными придавать силу законодательному акту, когда считают его принятым в надлежащем порядке. Слово «обязанными» в данном контексте имеет такое же значение, что и положение «судья первой инстанции связан *ratio decidendi* прецедента Апелляционного суда». Идея подчиненности законодательству не всегда проявлялась с такой полнотой, как в настоящее время, хотя к началу XIX века, во всяком случае она получила определенное признание. В доказательство этого положения можно сослаться, на слова, сказанные судьей Уиллесом в 1971 году при рассмотрении дела *Lee v. Bude and Torrington Railway*: мы являемся здесь слугами Королевы и законодательного органа. Вправе ли мы играть роль правителей, разрешающих себе выходить за пределы того, что делается парламентом по согласию с Королевой, лордами и Общинами? Я полагаю, что такой власти у нас нет.

Государствоведы часто спорят, могут ли суды принять на себя проверку правильности издания закона. Подобные вопросы, конечно, очень редко поднимаются в судах, и судебных высказываний по данному предмету немного. Принято ссылаться на одно из них: суд имеет право лишь на то, чтобы ознакомиться с парламентским протоколом. Если окажется, что законопроект успешно прошел через обе палаты и получил королевское одобрение, ни один суд не может спрашивать, каким образом этот законопроект оказался в парламенте или что этому предшествовало, или как он продвигался на различных стадиях рассмотрения в обеих палатах парламента.

Если законопроект получил одобрение Короны и стал законом, а из парламентского протокола очевидно, что лорды не внесли в него никаких поправок, суд может отреагировать на это так же, как и лет шестьдесят тому назад, когда Мейтланд поднял этот вопрос.

Совместное действие законодательства и прецедентного права. Законодательство и прецеденты являются первичными источниками права, действительность каждого из них не выводится из другого или других юридических источников, хотя, конечно, прецедент подчинен

законодательству в том отношении, что закон всегда может его аннулировать. Их взаимозависимость представляет интерес с точки зрения совместного действия прецедентного и статутного права. В своей известной статье Роскоу Паунд назвал четыре возможных варианта отношения судов к появлению нового закона. Они могут:

1) целиком включить его в совокупность правовых норм, имея возможность применять его не только как норму, но и как принцип, которым она была обоснована, и признать его в качестве самого последнего и самого прямого выражения общей воли – высшего источника норм прецедентного права по данной теме и более предпочтительного по сравнению с ними основания для применения аналогии;

2) целиком включить его в совокупность правовых норм в качестве основания для применения аналогии в отношении той или иной нормы права, рассматривая его в качестве равного или параллельного нормам прецедентного права источника по данной теме;

3) не включить его в совокупность правовых норм и придать ему силу только для прямого использования; не применять его при рассуждении по аналогии, но тем не менее дать ему произвольную интерпретацию, подходящую целиком для всех необходимых случаев;

4) не только отказаться применять его по аналогии или непосредственно, но и истолковать его в таком жестком и узком смысле, чтобы он относился строго и исключительно лишь к тем делам, которые прямо под него подпадают.

Паунд писал, что четвертая гипотеза отражает ортодоксальный подход общего права к новому законодательству, хотя и считал, что мы, скорее всего, склоняемся к третьей. Первая и вторая гипотезы, как он полагал, вероятно, покажутся юристу общего права абсурдными. Вряд ли он сможет представить себе, что норма статутного происхождения может быть истолкована в качестве неизменной части общей совокупности правовых норм. Однако Паунд допускал, что уже начавшийся процесс правового развития приведет нас к тому, о чем говорилось во второй и даже, может быть, в первой гипотезах.

Паунд написал свою статью еще в 1907 году, и имел он в виду США. Что касается английской правовой системы, то трудно сказать, применялась ли в обозримое время вторая или даже первая из гипотез. В английском общем праве в начале XIX века появилась презумпция, что человек считается умершим, если в течение семи лет или более его не видели и о нем не слышали те, кто должен был иметь о нем сведения. Предполагается, что эта презумпция была установлена по аналогии со статутами XVII века. Подобным образом суды справедливости применяли законы о сроках давности, вводящие ограниченные сроки, в течение которых можно предъявить иски. Совсем недавно законодательные нормы, говорящие о том, что дополнительные доказательства в уголовных делах будут

«дезориентировать обвиняемого», были применены по аналогии к показаниям соучастников, в отношении которых присяжных следует предупреждать об опасности вынесения обвинительного вердикта при отсутствии дополнительных доказательств.

Закон и принцип *stare decisis*

Решение лорда Деннинга по делу *Broom v. Morgan* (1953) служит еще одной интересной иллюстрацией влияния закона на прецедентное право. Им выдвигалась идея, что закон, аннулирующий норму общего права, может представить аргументы, обосновывающие недопустимость этой нормы в будущем. Он полагал, что «статутное и общее право должны составлять единое целое», и поэтому считал «ошибочной позицию адвоката, который представил доводы, вытекающие из доктрины «совместной службы» в то время, когда эта доктрина уже была аннулирована Законом 1948 года о реформе права.

В соответствии с такого рода подходом прецедент *Thompson v. Moyes* (1961) мог стать основанием для еще одного исключения из принципа *stare decisis*. Это дело о взыскании налога рассматривала Палата лордов. По двум предыдущим налоговым делам она вынесла решение в пользу ответчика по апелляции. Результаты этих решений были, однако, погашены законом, и все лорды-юристы, которые слушали апелляцию по делу *Thompson*, должны были прийти к выводу, что это обстоятельство лишает *ratities* двух предыдущих решений обязательной силы. Так, лорд Рейд сказал: «Тот факт, что решения перестали быть обязательными, умаляет, на мой взгляд, авторитетность *ratio decidendi*, но если бы я рассматривал это дело в нижестоящем суде, то я бы долго колебался прежде, чем вынести решение, к которому, как я полагаю, мы сейчас должны прийти. Решение было вынесено в пользу апеллянта. Хотя еще слишком рано делать вывод, придут ли судьи к признанию исключения из *stare decisis*, в соответствии с которым можно будет игнорировать прецеденты, последствия которых погашены законом, трудно поверить, что не найдется в будущем судей, охотно не воспользующихся предоставленной им Палатой лордов лазейкой, если они захотят избежать давления прецедента, противоречащего тому решению, которое они желают вынести».

Применение законов по аналогии

Терминами одного статутного положения можно воспользоваться при толковании другого статутного положения. По делу *R. v. Bourne* (1939), например, врач был обвинен в производстве аборта. Он сделал эту операцию изнасилованной девушке, для того чтобы прервать беременность. Проконсультировавшись с другим врачом, он пришел к выводу, что операция необходима для сохранения здоровья пациентки. Ответственность за производство аборта предусматривалась ст. 58 Закона 1861 года о

преступлениях против личности: лицо, которое с намерением прервать беременность женщины... незаконно применяет к ней или заставляет ее принять какой-либо отравляющий или вредный препарат, либо незаконно использует инструмент «или другие средства, виновно» в производстве аборта. Судья Макнотен, толковавший этот прецедент с точки зрения значения слова «незаконно», нашел для себя руководство в положениях Закона 1929 года о сохранении жизни детей раннего возраста, который установил уголовную ответственность за умерщвление плода. Это преступление совершает тот, кто с намерением умертвить жизнеспособный плод умышленно причиняет ему смерть до того, как он получил возможность существовать независимо от матери. Согласно содержащейся в этом Законе оговорке, не несет ответственности тот, кто умерщвляет плод с добросовестной целью сохранения жизни матери. Судья Макнотен, инструктируя присяжных при рассмотрении дела Войте, сказал, что обвиняемый не будет считаться виновным, если они придут к выводу, что он действовал ради сохранения жизни матери, и что понятие «жизнь» можно толковать широко, включая в него и здоровье. Врач был оправдан. Ненаказуемость подобных действий ныне прямо предусмотрена формулировкой Закона 1967 года об абортах.

Приведенные выше случаи доказывают, что в Англии новое законодательство целиком включается в совокупность правовых норм, чтобы применять его по аналогии, так же как и любую другую правовую норму. Неясен вопрос, как относятся суды, применяющие метод аналогии, к законодательству: считают ли они его в этом случае равным прецедентному праву или же более убедительным источником аналогии. Для оправдания последнего подхода нет никакой убедительной причины. Паунд считал законодательство самым последним и самым прямым выражением общей воли, а отсюда — более предпочтительным по сравнению с нормами прецедентного права основанием для применения аналогии в отношении одного и того же вопроса. Однако здесь не учитывается тот факт, что сила аналогии — понятие, имеющее множество вариантов. Законодательство, бесспорно, будет выше прецедентного права, только если со стороны каждого из этих источников соперничают равные по силе аналогии, а такая ситуация случается так редко, что не удивительно, если английские судьи не обсуждают ее.

В отношении юридического значения определенных слов статутное и прецедентное право непосредственно сливаются. Слова в большинстве своем не имеют специального юридического значения. Если нет иной особой причины, суды пользуются словами в их обычном значении независимо от того, где они встречаются: в законе, документе частного характера или устной сделке. В любом случае суды чаще всего имеют дело с целыми фразами и предложениями, а не с отдельно взятым словом. Бывают, конечно, случаи, когда слово приобретает юридический смысл.

Тогда доктрина прецедента так же важна для толкования закона, как и для толкования частных документов. Между тем есть некоторые специальные проблемы, касающиеся прецедента и интерпретации закона. Эти проблемы мы и должны сейчас рассмотреть.

4. Прецедент и интерпретация статутов

На обсуждение выносятся два вопроса: во-первых, надо ли менять обычный метод определения *ratio decidendi* прецедента, когда он применяется в связи с интерпретацией закона, и во-вторых, как следует оценивать вытекающее из прецедента *Ex parte Campbell* (1869) положение о том, что однажды интерпретированные высшим судом слова закона получают парламентское одобрение, если законодатель вновь прибегает к этим же словам, издавая, по существу, аналогичный закон.

Ratio decidendi прецедента, интерпретирующего закон

Ratio decidendi представляет собой норму права, получившую прямую или косвенную трактовку судьи, когда он формулирует свои выводы по делу; при этом необходимо принимать во внимание фактические обстоятельства конкретного дела *rationes decidendi* других прецедентов. Мы уже ссылались на мнение лорда Хэлсбери, высказанное им по делу *Quinn v. Leathern*, согласно которому прецедентом является только то, что послужило действительной основой решения. Каждое дело, следовательно, содержит определенные факты, которые всеми юристами будут признаны существенными, а *ratio decidendi* – это не что иное, как все существенные факты плюс заключение суда, т. е. в данном случае большой посылкой силлогизма будет резолютивная часть судебного решения, тогда как существенные факты должны составить малую посылку. Мы видели также, что при определенных обстоятельствах бывает необходимо понять то правоположение, благодаря которому дело получило авторитет прецедента. Существуют решения без доводов и решения, отличающиеся по фактам от последующих, вытекающих из них прецедентов. Имеет ли все это отношение к прецедентам, интерпретирующим закон? Представляется, что положительный ответ содержится в выступлениях лорда Деннинга по двум делам, хотя в обоих случаях его мнение и не получило поддержки большинства. Так, по делу *Paisner v. Goodrich* (1955) он сказал: когда судьи Апелляционного суда выносят решение по поводу интерпретации какого-либо парламентского акта, такое решение само по себе обязательно для них и их преемников. Однако словесные формулировки, используемые судьями, не являются обязательными. Различие часто бывает очень тонким, поскольку только в словесной форме и может быть выражено решение. Тем не менее такое различие действительно есть, и оно лучше всего выявляется, когда мы не забываем, что единственная функция суда, интерпретирующего закон, заключается в применении используемых в законе формулировок к

данной ситуации. Коль скоро вынесено интерпретирующее решение применительно к этой ситуации, то, согласно доктрине прецедента, формулировка закона должна применяться только к такой же, а не к другой ситуации. Во всякой новой ситуации, не охватываемой прежними решениями, суды должны руководствоваться не прежними формулировками судей, а конкретным законом. Поводом к произнесению этой речи послужила критика установившегося в прецедентах определения части дома как «отдельного строения» в соответствии с толкованием Закона 1920 года об ограничении арендных и ипотечных прав.

Предметом судебного спора в деле *Paisner* явилось соглашение, по которому собственник сохранял за собой часть дома в виде права на совместное с арендатором пользование свободной спальней, в то время как в привлеченных к делу прецедентах речь шла соответственно о совместном пользовании ванными, гостинными или кухнями. Позиция лорда Деннинга состояла в том, что суд в данном случае имеет дело с существенно отличающимися фактами, с новой ситуацией, в силу которой суд никак не связан принципом, положенным в основу прецедента. Он повторил эту мысль, когда речь зашла об интерпретации закона при рассмотрении дела *London Transport Executive v. Belts* (1959), в связи с которым Палата лордов обсуждала, можно ли складское помещение, пригодное для ремонта автомашин, считать «гаражом», на который не будет распространяться закон о налогообложении наследственного имущества производственного назначения. Ранее (дело *Potteries Electric Trade Union Co. Ltd. v. Bailey*, 1931), Палата лордов признала «гаражом» красильню, истолковав соответствующее законодательство, и большинство судей, рассматривавших дело *Betts*, пришло к заключению, что это предыдущее решение применимо и к складскому помещению. Выражая мнение оставшихся в меньшинстве судей, лорд Деннинг сказал: по моему мнению, этот прецедент относится только к красильне в больше ни к чему. Он обязателен для судей Палаты лордов только тогда, когда вновь встанет вопрос о каких-либо красильнях, но в иных случаях он не связывает Вас. Подняв же этот частный случай до уровня обязательного прецедента для истолкования понятия «гараж», я уверен, Вы поддержите доктрину прецедента в гораздо большей мере, чем делали это ранее.

Когда в 1957 году дело *Paisner* пришло в Палату лордов, установленное большинством судей Апелляционного суда толкование закона об аренде было изменено. Имея в виду замечания Деннинга, но не будучи, как кажется, до конца согласен с ним, лорд Рейд произнес следующее: ни один суд не имеет права подменять формулировку закона своими словами и выражениями. Однако он может и должен установить соответствующий критерий в каждом отдельном деле, и если Апелляционный суд установил такой критерий, ему надлежит следовать во всех делах, которые не заключают в себе относительно существенных

различий... Это не значит, что слова и выражения, которыми воспользовался Апелляционный суд, следует толковать как слова и выражения парламентского акта. При наличии существенно различающихся обстоятельств они могут играть роль лишь руководства, но не нормы права. Ratio decidendi любого прецедента служит лишь руководством для разрешения существенно отличающихся обстоятельств, хотя лорд Рейд, в отличие от лорда Деннинга, очевидно, полагает, что судья, рассматривающий последующее дело, должен принимать во внимание слова предыдущего судьи для того, чтобы определить, имеется ли существенное различие между фактами этих двух дел. Этот вывод подтверждается тем, что при рассмотрении дела Betts лорд Рейд подчеркивал, что с точки зрения обязательной силы ratio decidendi т решение, толкующее закон, не отличается от решения по любому другому правовому вопросу. Если признать в качестве установленной практики, что интерпретирующие закон решения имеют силу прецедента только для дел с аналогичными существенными фактами, не принимая во внимание норму права, которую судья считает необходимой для данных решений, то одно это объясняет, почему rationes decidendi дел, относящихся к интерпретации статутов, вероятно, должны иметь ограниченное действие. Общеизвестно, что никогда не нужно считать конфликтующими решения, содержащие толкование одних и тех же слов, но использованных в разных законах. Можно сослаться на некоторые дела, когда суд, в задачу которого входило толкование содержащихся в законе слов, не принимал во внимание решение, разъясняющее их значение только потому, что речь в нем шла о совершенно другом законе. Когда следуют этому правилу, ratio decidendi предыдущего решения можно интерпретировать ограничительно, поскольку суд, сформулировавший его, исходил, вероятно, из более широкого принципа толкования. Подобная практика желательна для многих случаев, хотя, к сожалению, судья часто не говорит ничего кроме того, что прецедент относится к другому закону. Вероятно, лучше всего пользоваться разными методами для толкования разных законов, однако такой подход должен быть ясно выражен в решении. Ex parte Campbell Если действие доктрины прецедента ослабевает, когда одни и те же слова фигурируют в разных законах, она может стать более жесткой, чем обычно, тогда, когда применяется к случаям переиздания закона, который уже получил толкование судов.

При рассмотрении дела Ex parte (по заявлению) Campbell (1969) лорд-юрист Джеймс сказал: «В случае, когда слова и выражения, употребленные в парламентском акте, однажды подверглись судебному толкованию в каком-либо из высших судов, а законодатель затем повторил их без изменения в последующем законе, я полагаю, что этот законодатель должен использовать их в том значении, которое придал им суд соответствующей юрисдикции. Если это заявление принять за абсолютное правило, оно может привести к

неожиданным последствиям». Когда, например, судья первой инстанции Высокого суда истолковал закон в каком-либо конкретном смысле, а этот закон затем был переиздан парламентом в прежней форме, то Апелляционный суд или Палата лордов не смогут придать иной смысл толкованию этого закона. В 1933 году лорд Бакмастер без колебаний обосновал свое заключение по делу *Barrass v. Aberdeen Fishing and Steam Trowing Co. Ltd.* правилом, сформулированным судьей Джеймсом, назвав его «благоприятным и необходимым для придания парламентским актам той определенности, которая нередко утрачивается, но всегда желательна». При рассмотрении этого же дела лорд Макмиллан посчитал, однако, содержание заявления Джеймса не более чем «ценной презумпцией относительно значения применяемых законом формулировок». Сравнительно недавно лорд Деннинг выразил сомнение в том, можно ли посредством переиздания парламентского акта придавать статутный авторитет каждой ошибочной интерпретации его формулировок: истина в том, что суд не должен торопиться отвергать прецедент толкования закона, действующего в течение длительного времени, но еще медленнее должен быть этот процесс, если парламент обновит данный закон, употребив те же самые формулировки. Другими словами, правило, установленное прецедентом *Ex parte Campbell*, не является абсолютным. Оно применимо до тех пор, пока не появится убедительное основание для иного подхода. Мнением лорда Деннинга руководствовался Апелляционный суд, без колебаний отвергший решение Апелляционного присутствия Высокого суда 1849 года, которым было дано толкование Закону 1844 года, переизданному с употреблением идентичных формулировок.

Лейст О. Э.

СУЩНОСТЬ ПРАВА¹

Глава вторая. Социальные основы и роль права

5. Метаморфозы роли права в борьбе против социального зла и за общее благо

Идея «замиреной среды» (человеческого общения) находила и находит в праве специфическое воплощение.

Давно замечено, что государство бессильно построить рай на земле; оно существует, чтобы предупредить возникновение на земле ада. Объясняя мысль В. Соловьева о праве как «порядке, не допускающем известных проявлений зла», современный исследователь справедливо замечает: «Существование зла, в отличие от добра, намного более очевидно, наглядно и конкретно. Оно в гораздо меньшей степени нуждается в подтверждении своего наличия, чем добро. Скажем, мы не можем однозначно сказать, что есть человек и каким должен быть совершенный человек. Но мы достаточно однозначно можем сказать, каким человек быть не должен. Наши представления о том, чего человек не должен делать, несомненно, яснее, чем представления о том, что он должен делать. Это обстоятельство и выступает той объективной, реальной основой, которая позволяет большим массам людей прийти к однозначному пониманию зла, а следовательно, создает реальную базу их объединения для борьбы с этим злом. Одним из важнейших социальных инструментов борьбы со злом и является право, выраженное в законе. Право как социально организованная сила и средство борьбы со злом».

Однако право способно не только охранять и воспроизводить существующие отношения, но и в чем-то менять их или создавать новые, до того не существовавшие общественные отношения.

С помощью права создаются все государственные органы, учреждения, должности, определяются соподчиненность органов государства и компетенция (круг ведения и полномочия) каждого из них. В области частного права нормы могут не только охранять отношения между членами общества, но и способствовать созданию их организаций, объединений, новых видов обязательств, договоров, сделок. Правовые нормы способны регулировать и в чем-то менять даже семейные отношения, определяя условия и порядок заключения или расторжения брака, круг близких родственников, их взаимные права и обязанности и т.п.

Право охраняет (и уже этим определяет) отношения собственности, а также хозяйственные и иные производственные отношения; оно способно видоизменять их, порой существенно преобразуя структуру общества. Сама

¹ Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / под ред. В. А. Томсинова. Москва, 2008. 246 с.

эта структура в значительной мере зависит от права, определяющего правовые статусы различных социальных групп (каст, сословий), либо, наоборот, всеобщее юридическое равенство членов общества и индивидуальный правовой статус каждого из них.

Право образует юридическую структуру, костяк общества, прямо или опосредованно влияя на все общественные отношения. Поэтому право было и остается одним из средств общественных преобразований, соответствующих идеям и идеалам влиятельной в данном обществе социальной элиты.

Известно, что содержание этих идей и идеалов определяется различными интересами социальных общностей, религиозными мотивами, нравственными нормами, идеями гуманизма, патриотизма и другими идеологическими построениями.

Политико-правовые идеалы выражают интересы социальных групп, их цели, стремления и надежды, связанные с государством, правом, политикой. На основе идеалов оценивается существующая государственно-правовая реальность и складываются представления о путях и способах ее сохранения или преобразования. Идеалы являются стимулом политической активности и сплочения социальных общностей (классов, сословий, партий, народов, наций и др.).

По соотношению идеалов и исторической действительности политико-правовые учения делятся на реакционные (призывающие к восстановлению прежних порядков), консервативные (направленные на сохранение и укрепление существующего государства и права) и прогрессивные (зовущие к переменам, положительная оценка которых соответствует мировоззрению исследователя).

Составной частью идеала являются предположения о сроках и способах его достижения. По этому основанию различаются политико-правовые учения радикальные (зовущие к быстрой и всесторонней перестройке государства и права), умеренные (ставящие задачу перестраивать не все и не сразу), революционные (уповающие на насильственное преобразование существующего строя), реформистские (обосновывающие необходимость изменения общества при помощи реформ, проводимых государственной властью).

Если право выражает идеалы консервативных сил общества, оно может надолго затормозить общественное развитие, препятствуя возникновению новых экономических, политических, хозяйственных, идеологических отношений, пресекая всякие новшества, карая даже и помыслы об изменении существующего строя. Давно замечено, что отсталое официальное право способно породить в обществе процессы застойности и гниения. Защищая как «добро» социальные явления и процессы, давно ставшие общественным злом, право служит накоплению и обострению противоречий, антагонизмов и конфликтов, чреватых революционным взрывом, разрушением старого режима и свойственного ему права.

Вместе с тем из истории достаточно известно, что лица и партии, обладающие властью отменять, менять и создавать право, не раз предпринимали попытки с помощью законов, опирающихся на всю мощь государственного принуждения, перестроить общественные отношения в соответствии с идеалами и теориями правящей партии. Идейным обоснованием таких преобразований чаще всего были ссылки на «науку» или планы построения справедливого общества, в котором все были бы счастливы. Однако вопреки порой искренним стремлениям социальных реформаторов и революционеров к всеобщему счастью, их убежденности в научности своих программ, из попыток форсированно и насильственно создать новый правопорядок проистекали результаты, противоположные исходным стремлениям и программам. Попытки с помощью науки, права и принуждения построить «рай на земле» нередко порождали бедствия, соизмеримые с «адам».

Пагубность такого рода попыток и их результатов замечена довольно давно. Отвергая знаменитую идею Платона о преимуществах правления философов, гуманист XV-XVI вв. Эразм Роттердамский писал: «Справься у историков – и увидишь, что ничего не бывало для государства пагубнее, нежели правители, которые баловались философией или науками». Ряд политических мыслителей и позже выражал обоснованные опасения относительно правления философов и ученых, строящих новое общество по заранее составленному плану. Достаточно известно, что социология и политология еще и сейчас не стали науками, способными определить долговременные и стабильные результаты общественных преобразований. М. А. Бакунин обоснованно замечал, что ни один ученый не в состоянии определить, какой будет жизнь народа на другой день после социальной революции. Поэтому, осуждая правительство ученых как самое надменное и вредное, Бакунин предупреждал: «Дайте им полную волю, они станут делать над человеческим обществом те же опыты, какие ради пользы науки делают теперь над кроликами, кошками и собаками».

Одна из причин неспособности правительств с помощью права создать всеобщее счастье объяснена И. Кантом, который утверждал: «Никто не может принудить меня быть счастливым так, как он хочет (так, как он представляет себе благополучие других людей); каждый вправе искать своего счастья на том пути, который ему самому представляется хорошим, если только он этим не наносит ущерба свободе других стремиться к подобной цели – свободе, совместимой по некоторому возможному всеобщему закону со свободой каждого другого (т.е. с таким же правом другого). Правление, которое зиждилось бы на принципе благоволения народу, подобном благоволению отца своим детям, иначе говоря, правление отеческое (*imperium paternale*), при котором подданные, как несовершеннолетние, неспособные различить, что для них на деле полезно, а что вредно, принуждены оставаться сугубо пассивными, ожидая от главы

государства суждение о том, как им надлежит быть счастливыми, и предоставляя это суждение его милостивому соизволению, такое правление есть величайший деспотизм, какой только можно себе представить (такое устройство, при котором уничтожается всякая свобода подданных, не имеющих в таком случае никаких прав)».

После опубликования в нашей стране трудов Карла Поппера, усматривавшего идейные истоки тоталитаризма в так называемом историцизме (т.е. в представлении о том, что общество может быть перестроено в соответствии с якобы постигнутыми законами его развития), распространилось было представление, что общество вообще развивается стихийно, а сознательное (при помощи власти и права) вмешательство в социальное развитие чревато опасностью тоталитаризма.

Вряд ли это представление практически осуществимо. Любое общество является динамичной системой, непрерывно порождающей новые отношения. В современном мире даже попытки с помощью права затормозить, остановить процесс социального развития способны породить лишь «теневую экономику», двоемыслие, «самиздат» и другие формы не соответствующей праву общественной самостоятельности. Нормальное правительство, не стремящееся к застою, не может не реагировать на процессы социальных изменений. Всегда возникают новые, не предусмотренные действующим правом, общественно вредные или общественно опасные деяния и порождаемые ими отношения. Для пресечения и предупреждения тех из них, которые принимают сколько-нибудь массовый (и потому доступный для типизации) характер, нет более эффективного средства, чем нормативно выраженный запрет, снабженный угрозой наказания. И наоборот: с развитием общества возникают новые отношения и ситуации, которые этому обществу (или правящей социальной элите) желательно упорядочить, сохранить и умножить (если они поддаются типизации), что опять же лучше всего достигается с помощью права.

Важнейшими причинами отбора тех действий и отношений, которые следует запретить (или ограничить), либо, наоборот, поддержать с помощью нормативно-правового регулирования, либо, наконец, оставить вне сферы правового регулирования, являются идеологические мотивы, соотношение интересов социальных слоев общества, их представлений о направлении общественного развития, способность разных социальных групп и партий влиять на развитие и изменение правовой системы, авторитетность права и государства в данном обществе, компетентность правотворческих органов и ряд других факторов. Под компетентностью правотворческих органов понимается не только умение определить содержание новых норм права с учетом социальных тенденций и господствующего мировоззрения, но и понимание того, что правовое регулирование отношений и поступков возможно лишь там, где объективно существует доказуемость и исполнимость правоотношений средствами юридического процесса, что

реализация права требует специального аппарата, способного применять правовые нормы и при необходимости принуждать к их соблюдению.

Суть «естественного права» как в его классическом, так и в возрождаемом вариантах в том и состоит, что дает возможность выявить массовые в данном обществе социальные ожидания, возлагаемые на право. Воплощение этих социальных ожиданий в действующее (позитивное) право – задача и забота государственных органов, уполномоченных отменять, изменять, принимать новые законы и другие нормативно-правовые акты.

Как правило, промедление власти в учете потребностей общества в изменении права порождает конфликты, споры и столкновения, могущие принять массовый характер и при неспособности правящих лиц провести назревшие общественные реформы (все реформы всегда и везде проводились с помощью права), перерастающие в политические или даже социальные революции.

В периоды социальных революций право становится одним из предметов особенного, повышенного внимания борющихся общественных сил. Сословия и классы, господствовавшие при старом порядке, с помощью права пытаются ввести «чрезвычайное положение», насильственно задавить оппозицию и провести хотя бы часть запоздавших реформ. Оппозиционные и революционные силы стремятся уничтожить правовые основы старого режима и выразить в законах свои идеалы общественного и политического строя. Во время революционных событий принималось немало временных, невыполнимых законов уже по той причине, что в революционные эпохи порой невозможно отличить правомерное поведение от неправомерного, полезные действия от общественно вредных и опасных, легальные организации от нелегальных, суд от самоуправства и расправы, порядок от беспорядка, отношения, соответствующие стабильному существованию и развитию общества, от отношений, порождающих хаос и произвол.

В периоды бурного и нестабильного развития общества право не может сразу стать стабильным. В годы Французской революции (1789-1804 гг.) крушение старого порядка и становление нового общества сопровождались принятием ряда конституций (1791, 1793, 1795, 1799 гг.), каждая из которых просуществовала лишь несколько лет. Сторонники старого режима, разрушенного революцией, не без оснований критиковали волюнтаризм французских революционеров, их стремление решить все проблемы социальной жизни народа раз и навсегда разумным законом. Однако низвержение одной за другой всех конституций периода революции вовсе не доказывало бессилия социальной роли закона вообще. В бурных событиях революции возникал новый строй, и законодательство, то опережавшее становление нового общества, то отстававшее от него, играло значительную роль и в безвозвратном разрушении старого режима, и в создании нового. К концу этого периода Гражданский кодекс 1804 года, воплотивший ряд результатов революции и основные чаяния буржуазии,

стал непререкаемым законом, в рамках которого бурно развивались промышленность и торговля. Громадное значение для ликвидации сословного строя имела Декларация прав человека и гражданина 1789 года, провозгласившая основные правовые принципы гражданского общества.

В истории ряда стран и народов социальные неурядицы, кризисы и антагонизмы порождали массовые движения под лозунгами борьбы за право.

«Цель права есть мир, средство для достижения этой цели – борьба – писал Рудольф Иеринг. – Жизнь права – есть борьба, борьба народов, государственной власти, сословий, индивидуумов. Все великие приобретения, на какие может указать история права: отмена рабства, крепостного состояния, свобода земельной собственности, промыслов, вероисповедания и пр. – все это пришлось добывать лишь таким путем ожесточеннейшей, часто целые столетия продолжавшейся борьбы, и путь, по которому шло при этом право, нередко отмечен потоками крови, всегда же помянутыми правами».

Развитие человечества сопровождалось существенными изменениями содержания права, игравшего в этом развитии заметную, порой решающую роль. В Новое время в ряде стран Европы провозглашение всеобщего равенства людей перед законом означало низвержение сословного неравенства, открывало дорогу гражданскому обществу. Развитие капитализма в Европе и Америке остро поставило вопрос о недостаточности только формального (правового) равенства людей, о необходимости поддержки социально обездоленных слоев населения, о признании права на достойное человеческое существование. В XX веке после мировых войн и зверств тоталитарных режимов всеми государствами признаны нормы международного права, запрещающие войну и нарушения прав личности.

Многие страны и регионы не раз в истории переживали периоды кризисов и социальных бедствий, истребительных религиозных, межсословных, классовых, гражданских, национальных конфликтов и войн, подвергались нашествиям, чуть ли не поголовному уничтожению населения. Но большинство исторических катаклизмов все же завершалось умиротворением. Очевидно, в той же мере, в какой гражданскому обществу спонтанно свойственно саморегулирование, человечеству в целом действительно присущи инстинкт самосохранения и поразительная живучесть.

Глава пятая. Право и государство

3. Противоречия права и государства

Возможности противоречий между правом и государством обусловлены тем, что они (право и государство) различны по своим сущностным качествам.

Вещественное воплощение государства – определенные органы и

должностные лица, их система, фактическая деятельность, взаимодействия с людьми и их организациями, международные отношения. Право же обретает реальность в правилах поведения (нормах) и специфических общественных отношениях, в заранее определенной процедуре рассмотрения и решения жизненных ситуаций и, наконец, в особой форме общественного сознания, оценочный характер которой выражен в юридических понятиях и категориях.

Элементарная единица («клеточка») права – правовая норма и правоотношение. Государство состоит из лиц и учреждений, облеченных властными полномочиями.

Нормы права классифицируются по областям регулируемых отношений (отрасли права), по степени абстрактности и определенности, по юридической силе. Государственные органы и должностные лица различаются по их месту в государственной иерархии, по рангу (чину), по предмету их ведения и объему полномочий.

Правовая норма обезличена, абстрактна, касается лишь наиболее общих, типичных сторон и особенностей регулируемых отношений. Должностные лица и другие служащие государства видят общественную жизнь во всем многообразии ее проявлений и склонны оценивать общественные отношения и ситуации исходя из ведомственных, партийных, личных симпатий или антипатий.

Правовые нормы представляют собой модели, рамки общественных отношений, которые предполагается упорядочить, воспроизвести или видоизменить. Должностные лица порой стремятся выйти за эти рамки, сконструировать отношение не по заданной правом «модели», а исходя из собственного понимания, жизненного опыта, ведомственных интересов, внешнего давления, личных мотивов.

Правовые нормы оцениваются по их юридической силе, точности формулировок, эффективности, справедливости. Государственные органы и должностные лица различаются по объему полномочий, дисциплинированности, компетентности, предсказуемости решений, по степени честности и другим нравственным, личным и деловым качествам.

Ряд правовых норм не может быть реализован без решения, принятого государственным органом или должностным лицом в результате исследования обстоятельств дела, имеющих юридическое значение, и соответствующих доказательств.

Некоторые должностные лица склонны выполнять свои обязанности проще и быстрее, чем указано в законе, принимать решения без сложных правовых (формальных) процедур, без изучения всех относящихся к делу обстоятельств и доказательств (а то и вообще отказаться от решения дела или затянуть его рассмотрение).

Норма права – образец решения спора, «беспристрастный арбитр», по своей сущности заведомо безразличный ко всем будущим спорам,

конфликтам, недоразумениям.

Лица, уполномоченные применять правовые нормы, не всегда беспристрастны. Они могут сочувствовать одной из сторон, или стремиться угодить высокопоставленному лицу, либо, наоборот, отнестись с неприязнью, естественной или вынужденной, к тем, в отношении кого применяется право. Даже при режиме строгой законности лица, применяющие право, нередко имеют возможности так подобрать доказательства и истолковать норму, что решение будет соответствовать не столько закону, сколько интересам правоприменителя. Именно этим более всего порождена коррупция государственных служащих. Коррупция – это торговля правом, т.е. незаконное освобождение за деньги от какой-либо обязанности (налоговой, воинской и др.) или наказания (либо смягчение наказания, уменьшение обязанности), предоставление (за плату) необоснованных прав и преимуществ либо, наконец, незамедлительное, без волокиты, решение правового дела вместо бесконечных откладываний и отсрочек.

Юридические факты, указанные в гипотезе правовой нормы, порождают правоотношение, т.е. связь граждан через права и обязанности. Обязанностью должностных лиц является признание или удостоверение этих юридических фактов. Однако чиновник может стать не посредником, а преградой между гражданином и правом, не признавая юридических фактов либо не разрешая пользоваться возникшим правом.

В праве порой содержатся практически недействующие, «мертвые» или «бессильные», нормы, существование которых иногда усложняет изучение и применение права. В государственной иерархии есть ненужные должности и органы (забытая комиссия или комитет по проведению не очень важного мероприятия), содержащиеся за счет государственной казны и нередко дающие лицам, числящимся на таких должностях, ряд льгот, привилегий и даже властные полномочия.

Сопоставление сущностных качеств права и государства дает возможность глубже и конкретнее определить связи и противостояния этих двух основных социальных регуляторов, каждый из которых порожден потребностями общества, имеет социальные основания и обоснования, не может обойтись без другого, но по своей сущности нередко вступает с ним в конфликты и противоречия.

При изложенном подходе к понятию государства получается, что состояние правопорядка и законности в любой стране зависит не только от качеств нормативной правовой системы и велений высшей государственной власти, но и от отношения к праву нижестоящих государственных служащих.

Как отмечено, одной из сложных проблем правового регулирования является соотношение правовой нормы и индивидуального распоряжения (приказа).

Приказ (распоряжение по конкретному делу, случаю) отличается от нормы тем, что исчерпывается исполнением («приказ выполнен»), норма же, в отличие от приказа, действует до ее отмены в установленном порядке. По ряду признаков приказ аналогичен норме права: приказ – веление государства (агента власти), предписывающее должное поведение; нарушение или невыполнение приказа (распоряжения) влечет применение санкций. Ряд правовых норм невозможно реализовать без актов применения права, принятых уполномоченными государственными органами или должностными лицами в установленной для этого форме (постановления о зачислении на должность, о назначении пенсии, присвоении звания, все судебные решения, определения, приговоры и т.п.). Принятые на основе и во исполнение правовых норм акты применения являются необходимой формой реализации права и входят в содержание правопорядка.

Здесь, однако, существует определенная опасность. Акты применения права, или индивидуальные акты (приказы, решения), зависят от субъективных качеств агентов власти и потому могут по своему содержанию противоречить нормам права или делать исключения из них. В государствах строгой законности всегда существуют правовые (например, право жалобы) и организационные (органы надзора, прокуратура и т.п.) гарантии против такого рода противоречий и исключений. Индивидуальные акты носителей властных полномочий (государственных органов и должностных лиц), противоречащие действующему праву, едва ли, не главная опасность для стабильности права, законности и правопорядка.

Как отмечено (гл. 2), общественный порядок («замирная среда») в государствах неполной законности может основываться и на таких актах. Сущность решений по конкретным делам государственных органов и должностных лиц в общей теории права оценивается по-разному. Кельзен относит их к праву и называет «индивидуальные нормы». Однако нормы носят общий, абстрактный характер и не исчерпываются исполнением; решение по конкретному делу может стать нормой только как прецедент, обязательный образец для решения (в будущем) аналогичных дел; само же это решение (если оно основано на правовой норме) переводит общие (нормативные) предписания в конкретные обязанности и права участников правоотношения, которое уже не зависит от нормы, а может быть исчерпано исполнением или преобразовано, в случае нарушения, в другое правоотношение. Там, где речь идет о нормальном, соответствующем своему понятию, правопорядке, предполагается, что все индивидуальные правовые акты (особенно акты применения права государственными органами и должностными лицами) основаны на действующих в данное время, в данной стране правовых нормах. Собственно, об этом и писал Кельзен, рассуждая об «индивидуальных нормах». Однако состояние правопорядка нередко зависит от степени распространенности произвольных команд и приказов, не соответствующих действующим

нормам права. Такое несоответствие может иметь разные причины: попустительство государства чиновничьему произволу, недостаточная определенность, расплывчатость компетенции должностных лиц, их малая умелость, коррумпированность и т.п. Поэтому распоряжения чиновников и иных лиц, облеченных властью, могут прийти в резкое противоречие с правом. Объясняя свою концепцию «индивидуальных норм», Кельзен писал: «Требование грабителя выдать ему определенную сумму денег имеет тот же субъективный смысл, что и требование налогового инспектора: человек, которому это требование предъявлено, должен предоставить определенную сумму денег. Но только требование налогового инспектора, а не грабителя, имеет смысл действительной, обязывающей адресата нормы; только требование налогового инспектора, а не грабителя, представляет собой акт, устанавливающий норму, так как этот акт уполномочен налоговым законодательством, в то время как акт грабителя не основан ни на какой уполномочивающей его норме».

Приведенный Кельзеном пример удачен в том отношении, что дает возможность определить уязвимое звено идеи «индивидуальных норм». Достаточно известно, что в Древнем мире и в период Средних веков сбор налогов по правилам «откупов», «кормлений», «пронии» – сопровождался такими насилиями и произволом сборщиков по отношению к населению (избиение недоимщиков, изъятие имущества, захват скота, закрытие дорог, колодцев и выходов к водоемам и т.п.), что их действия и требования не всегда отличались от требований упомянутого грабителя. Историки пишут: «...Некоторые епископы дошли до того, что в сборе податей прибегали к помощи разбойников». Однако беззаконие совершалось как бы по праву: полномочия откупщиков, наместников, волостелей, прониариев и других сборщиков податей были почти безбрежны, а свобода усмотрения весьма обширна.

При широкой свободе усмотрения лиц, наделенных властью, и при неопределенности их компетенции общественный порядок представляет собой смесь правоотношений (отношения, основанные на заранее установленных и общеизвестных правилах), властеотношений (права агентов власти по-своему регулировать конкретные отношения) и их порождений (права и обязанности, не соответствующие праву, но установленные для данного отношения носителями властных полномочий).

Именно таким был общественный порядок полицейских и тоталитарных государств, которые Кельзен исходя из своей «Чистой теории права» относил к правовым государствам на том основании, что любое государство оформлено правом.

Особенностью командно-административных режимов была утрата правом качества арбитра в спорах, особенно между правящими и подвластными, поскольку наделенные властными полномочиями чиновники, государственные органы, должностные лица принимали

решения по своему усмотрению и произволу (в том числе при решении частных споров). Это подрывало такие сущностные качества права, как стабильность, нормативность, авторитетность. Административно-командные системы неизбежно создают в обществе нестабильность и неуверенность, поскольку индивидуальные акты если и упорядочивают одно или группу общественных отношений, то вносят дезорганизацию и рассогласование в другие отношения, которые не то регулируются (неотмененным) правом, не то будут отрегулированы будущими (непредсказуемыми) актами-распоряжениями. В крупных государствах административно-командное управление нередко ставило произвол местной власти (власти, близкой к населению), по существу, выше указаний центральной власти. К тому же эффективность административно-командного управления в целом обусловлена качеством кадрового состава и налаженностью работы управленческого аппарата. Перебои в работе этого аппарата создают в обществе атмосферу неуверенности, нестабильности.

Состояние правопорядка зависит от всей вертикали органов государственной власти.

Немалую, порой решающую, роль в существовании и реализации права играет верховная власть (монархи – в монархиях, коллегиальные органы – в республиках).

Верховная власть определяет содержание государственной дисциплины, а тем самым – степень обязательности права для всех звеньев государства.

Верховная власть также определяет компетенцию подчиненных властей, границы их свободы усмотрения при осуществлении властных полномочий.

Наконец, от верховной власти зависят организация и налаженность работы органов правосудия, государственных служб надзора и контроля за соблюдением права, отношение к жалобам на нарушения правовых норм, неотвратимость ответственности за правонарушения.

Слабая и бездарная верховная власть государства так же не способна создать реальное право и прочный правопорядок, как безответственное и некомпетентное руководство вооруженными силами страны неспособно организовать ее оборону.

Отмечено, что во всех государствах правотворческая, особенно законодательная, деятельность всегда восходила к верховной власти как высшей инстанции, выражающей государственную волю. Соответственно, от верховной власти зависят содержание права, его целесообразность, эффективность, авторитетность, непротиворечивость и другие качества, находящие воплощение в правопорядке.

С самого начала существования права и государства обсуждался вопрос об актах носителей верховной власти, противоречащих действующему праву.

Возможность нарушения государством им же установленных и не отмененных норм – наиболее уязвимое звено права и правопорядка. Если это нарушение совершено чиновником или судом, у потерпевшего остается право жалобы на то, что государственный служащий нарушил выраженную в праве волю суверена, носителя верховной власти. Однако при нарушении действующего права самой верховной властью жаловаться некому.

Государственная власть суверенна в том отношении, что она может изменить или отменить любые нормы права; но произвольное решение власти, противоречащее действующей норме права, явно выходит за пределы права и вносит дезорганизацию, беспорядок в общественные отношения. За пределы права явно и очевидно выходят распоряжения власти по вопросу, уже урегулированному правом, нормы которого рассчитаны на длительное время. Таковы, например, распоряжения о дополнительных сборах и поборах, о возложении на всех или часть подданных повинностей и обязанностей, не предусмотренных действующим правом, нарушение установленного обычая или законом порядка рассмотрения каких-либо юридических дел и т.п.

Возможность издания верховной властью «незаконных законов» – одна из острых политико-правовых проблем истории и современности.

Возможность произвола верховной власти государства по отношению к праву возрастает по мере того, как ведущим источником (формой) права становятся законы и иные нормативно-правовые акты, принимаемые государственными органами. Такая форма права в наибольшей мере подвержена произволу. Один закон может противоречить другому закону; нормативно-правовые акты правительства, министерств и ведомств не всегда соответствуют друг другу и законам высших органов; законы и иные нормативно-правовые акты субъектов федерации содержат положения, противоречащие федеральному законодательству, которое, в свою очередь, не во всем соответствует конституции. Во всех современных странах, где законы являются формой права, необходимы (и существуют) специальные юридические службы и государственные органы, назначение которых – обеспечение единства права, его соответствия действующей конституции страны.

Дополнительные трудности развития права посредством законодательной деятельности государственных органов создает то, что в тексте законов право нередко подменяется его идеологическим обоснованием, не имеющим юридического содержания. Давно замечено, что любой закон или иной источник права относится к области литературного творчества. Это творчество может носить не юридический, а политико-идеологический характер. В континентальной Европе, с ее абстрактным и политизированным мышлением, довольно распространено внесение в тексты законов положений неюридического характера: «Англичане – пишет Рене Давид – не воспринимают европейских правовых

норм: они им кажутся часто просто общими принципами, выражающими какие-то пожелания морального порядка или устанавливающими скорее политическую программу, а не нормы права». Подмена юридического содержания нормативно-правовых актов политико-пропагандистским достигла апогея после 1917 г., когда декреты стали формой пропаганды. В последующем роль права в советском государстве выполняли главным образом политические решения, административные распоряжения, приказы и указания, «революционное правосознание», а тексты Конституций СССР 1936 и 1977 годов стали предметом политического образования и просвещения в учебных заведениях, в лекционной пропаганде и т.д. В результате рос авторитет того, что называлось, но не являлось правом. Само же право расценивалось как нечто декларативное (конституция) либо противостоящее нравственности (отсюда порицание «формализма», призывы «судить по совести, а не по закону» и т.п.).

Проблема соблюдения государством им же созданного права существовала на всех этапах истории.

Основным принципом реализации сословного права была законопослушность (законопокорность), т.е. сообразность поведения каждого члена общества статусу своего сословия, соблюдение запретов, безоговорочное выполнение приказов власти.

В ряде государств, преимущественно деспотических или самодержавных, политико-административный режим состоял не только в детальном правовом регулировании отношений личной и общественной жизни, но и в произвольном вторжении в жизнь низших сословий со стороны чиновников, владельцев вотчин и поместий, военных, жрецов. Законопослушность населения в таких обществах заключалась не только в соблюдении действующих правовых норм, но и в беспрекословном выполнении приказов и распоряжений чиновников и других лиц, облеченных властью, хотя бы эти приказы и распоряжения предписывали что-то сверх действующего права или даже против права. Как правило, общим оправданием даже наиболее кричащих фактов чиновничьего произвола в случаях, когда о них становилось известно высшим (центральным) органам власти, были ссылки на целесообразность актов произвола, их соответствие предполагаемой воле и намерениям носителей высшей власти. Иными словами, чиновничий произвол в кастовых и сословных обществах допускался, если он был видом законопослушности административного сословия.

Однако уже в Древнем мире возникала проблема соответствия управленческой деятельности чиновников праву и законам центральной власти. Эта проблема остро стояла в периоды больших реформ и перестроек, когда возрастала социальная роль законов, декретов, указов, издаваемых центральной властью. Наряду с необходимостью идеологического обоснования реформ, взламывающих вековые традиционные устои

общества, всегда возникала надобность обеспечить исполнение приказов власти административным аппаратом чиновничества, через который осуществлялась основная работа по проведению реформ и перестроек. Так было, например, в период становления объединенного государства Древнего Китая (III в. до н.э.). Если в предшествующий этому период легисты («законники») теоретически обосновывали и идеологически оправдывали сильное государство, опирающееся на систему строгих, жестоких наказаний, но недооценивали социальную роль чиновничества и его способность разрастись и превратиться в правящее сословие, то в процессе проведения реформ для обуздания своеволия разросшейся массы чиновников, подчинения ее приказам императора пришлось принимать специальные меры, формулировать дополнительные идеологические обоснования. В этом аспекте проблема соотношения права и деятельности государства (должностных лиц) выступала как проблема государственной дисциплины, законопослушности чиновничества, подчиненности оперативной государственной работы приказам верховной власти.

Другой аспект той же темы – соответствие закону действий верховного правителя государства. Речь шла не о праве верховного правителя изменить действующий закон, отменить его или принять другой – это право никем не оспаривалось, обсуждалось только соблюдение верховным правителем действующего, неотмененного закона. Древнекитайские легисты считали такое соблюдение не более чем нравственным долгом правителя, хорошим примером для подражания.

Радикальней были мысли о соотношении права и государства древнегреческого философа Платона, изложенные в известном трактате «Политик». За основу классификации государств Платон взял отношение правителей к праву: «Бывает управление согласное с законами и противозаконное». Мысль о необходимости подчинить правителей законам содержится и в его книге «Законы».

Локк Д.

ДВА ТРАКТАТА О ПРАВЛЕНИИ¹

Глава VII. О политическом или гражданском обществе

77. Бог создал человека таким существом, что, по господнему решению, нехорошо было быть ему одиноким, и, положив необходимость, удобства и склонности могучими побудительными силами, которым должен был подчиниться человек, он заставил его искать общества, равно как и снабдил его разумом и языком, дабы тот мог поддерживать его и наслаждаться им.

Первое общество состояло из мужа и жены, что дало начало обществу, состоящему из родителей и детей; к этому с течением времени добавилось общество из хозяина и слуги. И хотя все они могли, как это обычно и происходило, сочетаться и образовывать одну общую семью, в которой хозяин или хозяйка обладали в некотором роде правом правления, свойственным семье, однако ни одно из этих обществ и все они вместе не являлись политическим обществом, как мы увидим, если рассмотрим различные цели, связи и границы каждого из них.

78. Брачное сообщество образуется посредством добровольного соглашения между мужчиной и женщиной; и, хотя оно преимущественно сводится к соединению и к праву каждого супруга на тело другого, поскольку это необходимо для основной цели – произведения потомства, оно вместе с тем влечет за собой взаимную поддержку и помощь, а также общность интересов, поскольку им необходимо не только объединить свою заботу и привязанность, но также обеспечить общее потомство, которое имеет право на пропитание и поддержку с их стороны до тех пор, пока не будет в состоянии само о себе заботиться.

79. Ведь целью союза между мужчиной и женщиной является не просто порождение потомства, но продолжение рода; этот союз между мужчиной и женщиной должен продолжаться даже и после рождения потомства столь долго, сколь это необходимо для пропитания и поддержки детей, которых обязаны содержать те, кто их произвел, до того возраста, пока дети не будут в состоянии обходиться без посторонней помощи и сами о себе заботиться.

Мы видим, что этому закону, который установил бесконечно мудрый творец для творений рук своих, неизменно повинуются низшие существа. У тех живородящих существ, которые питаются травой, союз между самцом и самкой длится не дольше, чем сам половой акт, потому что сосцы самки в состоянии прокормить детеныша до того момента, пока он сможет питаться

¹ Локк Д. Два трактата о правлении / пер. с англ. Е. С. Лагутина, Ю. В. Семенова. 4-е изд. Москва, 2020. 496 с.

травой, и самец только осуществляет зачатие, но не заботится ни о самке, ни о детеныше, для поддержания которых он ничего не в состоянии дать.

Но у хищных животных союз длится дольше, так как самка не в состоянии полностью содержать себя и питать свое многочисленное потомство исключительно своей добычей; это более трудный, равно как и более опасный, способ существования, чем питание травой; поддержка самца необходима для содержания их общей семьи, члены которой не могут сами содержать себя до того, как они будут в состоянии сами ходить на добычу, следовательно, здесь необходима общая забота самца и самки. То же самое наблюдается и у всех птиц (за исключением некоторых домашних птиц, где изобилие пищи дает возможность петуху не кормить потомство и не заботиться о нем), птенцы которых нуждаются в пище, находясь в гнезде, и самец и самка продолжают находиться в союзе до тех пор, пока птенцы не научатся летать и не смогут сами заботиться о своем пропитании.

80. И в этом, мне думается, заключается основная, если не единственная, причина того, что у людей самец и самка связаны более длительным союзом, чем у других существ, а именно потому, что самка способна зачать, и де-факто снова обычно бывает беременна, и приносит новое потомство задолго до того, как предыдущий ребенок перестает нуждаться в поддержке и помощи своих родителей и будет в состоянии сам о себе заботиться; он все еще нуждается в помощи, которую ему обязаны оказывать его родители. Вследствие этого отец, который обязан заботиться о тех, кого он зачал, должен находиться в брачном союзе с той же женщиной дольше, чем другие существа, потомство которых может само заботиться о себе раньше, чем снова наступает период деторождения, и брачная связь которых распадается сама собой и они свободны до тех пор, пока Гименей в свое обычное ежегодное время снова не призовет их выбирать новых супругов и подруг. При этом нельзя не восхищаться мудростью великого творца, который наделил человека даром предвидения и способностью запасать на будущее, равно как и обеспечивать настоящие нужды, и сделал необходимым, чтобы общество мужчины и женщины было более длительным, чем самца и самки у других существ; так, чтобы их трудолюбие поощрялось и чтобы их интересы были лучше соединены на предмет обеспечения всем необходимым и создания запасов для их общего потомства, которому сильно повредили бы беспорядочные связи или легкое и частое расторжение брачного союза.

81. Но хотя человечество связано этими обязательствами, которые делают брачные узы более прочными и более длительными у человека, чем у других видов животных, все же имеется повод для вопроса: почему это соглашение, при котором обеспечено производство и воспитание потомства и наследование, нельзя сделать ограниченным — либо в зависимости от согласия, либо на определенное время, либо при определенных условиях,

подобно любым другим добровольным соглашениям? Ведь в самой природе вещи, равно как и для ее цели, нет необходимости, чтобы это было всегда пожизненным. Я имею в виду тех, кто не подвержен ограничениям какого-либо положительного закона, предписывающего, чтобы все подобные договоры были вечными.

82. Но так как муж и жена, хотя они и имеют одну общую заботу, все же думают по-разному, то они неизбежно иногда будут проявлять и различную волю; поскольку необходимо, чтобы окончательное решение, т.е. руководство, было возложено на кого-либо, то оно, естественно, падает на долю мужчины как более способного и более сильного. Но это распространяется только на то, что относится к их общим интересам и собственности, и оставляет жене полное и свободное владение тем, что по договору составляет ее особое право, и дает мужу не большую власть над ее жизнью, чем она имеет над его жизнью.

Власть мужа настолько далека от власти абсолютного монарха, что жена во многих случаях свободна разойтись с ним, когда естественное право или их договор допускают это, независимо от того, был ли этот договор заключен ими самими в естественном состоянии или по обычаям и законам страны, в которой они живут; и дети в случае такого раздельного жительства отходят к отцу или матери в соответствии с тем, что предписывает договор.

83. Так как все цели брака могут быть осуществлены при политическом правлении, равно как и в естественном состоянии, то гражданский правитель не умаляет ни права, ни власти каждого из тех, кто, естественно, необходим для этих целей, а именно для произведения потомства и для взаимной поддержки и помощи, пока они находятся вместе, но только разрешает любой спор, который может возникнуть между мужем и женой по этому поводу. Если бы дело обстояло иначе и абсолютное главенство и власть над жизнью и смертью, естественно, принадлежали мужу и были бы необходимы для общества мужа и жены, то не могло бы быть брака ни в одной из тех стран, где мужу не дана такая абсолютная власть. Но цели брака не требуют, чтобы муж был облечен такой властью, и условие брачного сообщества не дает ему ее, поскольку в ней в данной ситуации нет никакой необходимости. Брачное сообщество может существовать и достигать своих целей без этого; ведь общность имущества и право распоряжаться им, взаимная помощь и поддержка и все прочее, относящееся к брачному сообществу, могут изменяться и регулироваться тем договором, который соединяет мужчину а женщину в это сообщество в той мере, в какой это связано с произведением на свет потомства и воспитанием детей до тех пор, пока они не станут самостоятельными; ничто не является необходимым ни для какого общества, если это не необходимо для тех целей, ради которых данное общество создано.

84. Сообщество между родителями и детьми и различные права, и власть, соответственно принадлежащие им, я настолько подробно рассмотрел в предыдущей главе, что мне нет необходимости говорить что-либо об этом здесь. И мне думается, совершенно очевидно, что это значительно отличается от политического общества.

85. Хозяин и слуга – эти названия так же стары, как и история, но они относятся к людям, находящимся в совершенно различных условиях; так, например, свободный человек делает себя слугой другого, продав ему на некоторое время те услуги, которые он обязуется выполнять взамен той платы, которую он получит; и хотя это обычно связано с тем, что он входит в семью своего хозяина и подчиняется установленному там порядку, но тем не менее это дает хозяину только временную власть над ним, причем не превышающую то, что содержится в заключенном между ними договоре. Но существует другой род слуг, которых мы называем особым именем рабы: это пленные, взятые в справедливой войне, и по естественному праву они находятся в абсолютном подчинении и под деспотической властью своих хозяев. Эти люди, как я сказал, утратили право на свою жизнь и вместе с этим свою свободу и потеряли свое имущество; и, находясь в состоянии рабства, они не могут иметь какой-либо собственности; следовательно, в этом состоянии их нельзя считать какой-либо частью гражданского общества, главной целью которого является сохранение собственности.

86. Теперь мы рассмотрим главу семьи со всеми этими подчиненными и родней – женой, детьми, слугами и рабами, которые объединены под домашним правлением в семье; все это, как бы оно ни было похоже по своему порядку, обязанностям и числу на небольшое государство, все же весьма далеко от него как по устройству, власти, так и по цели; или же, если это рассматривать как монархию, а *paterfamilias* – как абсолютного монарха, то подобная абсолютная монархия будет обладать очень неустойчивой и кратковременной властью, поскольку уже ясно из вышеизложенного, что глава семьи обладает весьма определенной и по-разному ограниченной как в отношении времени, так и в отношении размера властью над теми несколькими лицами, которые составляют эту семью; ведь если не считать рабов (а семья является в одинаковой степени семьей, и его власть как *paterfamilias* так же велика независимо от того, имеются ли в этой семье рабы или нет), то он не обладает законодательной властью над жизнью и смертью никого из них и вообще не имеет никакой власти, которой бы не могла обладать в семье и хозяйка. И совершенно несомненно, что не может иметь никакой абсолютной власти над всей семьей тот, кто обладает лишь весьма ограниченной властью над каждой отдельной личностью, входящей в эту семью. Но насколько семья или какое-либо подобное общество людей отличаются от того, что является собственно политическим обществом, мы лучше всего увидим, рассмотрев, из чего состоит само политическое общество.

87. Человек рождается, как было уже доказано, имея право на полную свободу и неограниченное пользование всеми правами и привилегиями естественного закона в такой же мере, как всякий другой человек или любые другие люди в мире, и он по природе обладает властью не только охранять свою собственность, т.е. свою жизнь, свободу и имущество, от повреждений и нападений со стороны других людей, но также судить и наказывать за нарушение этого закона других, как того заслуживает, по его убеждению, данное преступление, даже смертью, в тех случаях, когда гнусность поступка, по его мнению, этого требует. Но поскольку ни одно политическое общество не может ни быть, ни существовать, не обладая само правом охранять собственность и в этих целях наказывать преступления всех членов этого общества, то политическое общество налицо там, и только там, где каждый из его членов отказался от этой естественной власти, передав ее в руки общества во всех случаях, которые не препятствуют ему обращаться за защитой к закону, установленному этим обществом. И таким образом, всякий частный суд каждого отдельного члена исключается, и общество становится третейским судьей, устанавливая постоянные правила, беспристрастные и одни и те же для всех сторон, и с помощью людей, получивших от общества полномочия проводить в жизнь эти правила, разрешает все разногласия, которые могут возникнуть между любыми членами этого общества в отношении всякого правового вопроса, равно как и наказывает те преступления, которые любой член общества совершил по отношению к обществу, такими карами, которые установлены законом. Вследствие этого легко различить, кто находится и кто не находится вместе в политическом обществе. Те, кто объединены в одно целое и имеют общий установленный закон и судебное учреждение, куда можно обращаться и которое наделено властью разрешать споры между ними и наказывать преступников, находятся в гражданском обществе; но те, кто не имеют такого общего судилища, я имею в виду – на земле, все еще находятся в естественном состоянии, при котором каждый, когда нет никого другого, сам является судьей и палачом, а это, как я уже показал, и есть совершенное естественное состояние.

88. Таким образом, государство получает власть устанавливать, какое наказание должно полагаться за различные нарушения, совершенные членами этого общества, и какие нарушения того заслуживают (это есть законодательная власть), так же как оно обладает властью наказывать за ущерб, нанесенный любому из его членов любым из тех, кто не входит в это общество (это власть решать вопросы войны и мира), и все это для сохранения собственности всех членов общества, насколько это возможно. Но хотя каждый человек, вступивший в гражданское общество и ставший членом какого-либо государства, тем самым отказался от своей власти наказывать преступления против закона природы и осуществлять свое

собственное частное правосудие, все же вместе с правом судить за преступления, которое он передал законодательной власти во всех случаях, когда он может обратиться к суду, он дал право государству употреблять его силу для исполнения приговоров государства в тех случаях, когда его к этому призовут: ведь эти приговоры являются его собственными, так как они вынесены им самим или его представителями. И здесь мы имеем первоначально законодательной и исполнительной власти гражданского общества, которой надлежит определять на основании постоянных законов, в какой мере должны наказываться преступления, когда они совершены внутри государства, а также определять с помощью решений, принимаемых в каждом отдельном случае на основании обстоятельств данного дела, в какой мере должен возмещаться ущерб, нанесенный извне, и в обоих этих случаях употреблять силу всех членов общества, когда это потребуется.

89. Следовательно, когда какое-либо число людей так объединено в одно общество, что каждый из них отказывается от своей исполнительной власти, присущей ему по закону природы, и передает ее обществу, то тогда, и только тогда, существует политическое, или гражданское, общество. И это происходит, когда какое-либо число людей, находящихся в естественном состоянии, вступает в общество, чтобы составить один народ, одно политическое тело под властью одного верховного правительства, или когда кто-либо присоединяется к ним и принимается в какое-либо уже существующее государство. Тем самым он уполномочивает общество или, что все равно, его законодательную власть создавать для него законы, каких будет требовать общественное благо; он должен способствовать исполнению этих законов (как своим собственным установлениям). И это переносит людей из естественного состояния в государство, поскольку на земле появляется судья, имеющий власть разрешать все споры и возмещать любой ущерб, который может быть нанесен любому члену государства; этим судьей является законодательная власть или назначенное ею должностное лицо. В тех же случаях, когда есть какое-то число людей, хотя бы и связанных между собой, но не имеющих такой принимающей решения власти, к которой они могли бы обратиться, они все еще находятся в естественном состоянии.

90. Отсюда очевидно, что абсолютная монархия, которую некоторые считают единственной формой правления в мире, на самом деле несовместима с гражданским обществом и, следовательно, не может вообще быть формой гражданского правления. Ведь цель гражданского общества состоит в том, чтобы избегать и возмещать те неудобства естественного состояния, которые неизбежно возникают из того, что каждый человек является судьей в своем собственном деле. Это достигается путем установления известного органа власти, куда каждый член этого общества может обратиться, понеся какой-либо ущерб или в случае любого

возникшего спора, и этому органу должен повиноваться каждый член этого общества. «Общественная власть всего общества выше любого человека, входящего в это общество; и основное назначение этой власти в том, чтобы давать законы всем, кто ей подчиняется, и этим законам в таких случаях мы должны повиноваться, если только нет причин, из которых по необходимости явствовало бы, что закон разума или бога утверждает обратное». В тех случаях, когда существуют какие-либо лица, не имеющие такого органа, к которому они могли бы обратиться для разрешения каких-либо разногласий между ними, эти лица все еще находятся в естественном состоянии. И в таком состоянии находится каждый абсолютный государь в отношении тех, кто ему подвластен.

91. Ведь предполагается, что он, и только он, обладает всей, и законодательной и исполнительной, властью и нельзя найти никакого судьи, не к кому обратиться, кто бы мог справедливо и беспристрастно решить дело, обладая необходимыми полномочиями, и от чьего решения можно было бы ожидать помощи и возмещения любого ущерба или неудобства, которые можно претерпеть от самого государя или по его приказу. И таким образом, подобный человек, как бы он ни назывался – царь, или владетельный сеньор, или еще как-нибудь, в такой же степени находится в естественном состоянии по отношению ко всем, кто ему подвластен, как и по отношению ко всему остальному человечеству. Ведь во всех случаях, когда имеются два каких-либо человека, у которых нет ни постоянного правила, ни общего судьи, к которому они могли бы обратиться на земле для решения их споров о том, кто из них прав, они все еще находятся в естественном состоянии и испытывают... то, что сопутствует людям в естественном состоянии, «не было никакого иного способа, кроме как все неудобства этого с одной лишь прискорбной разницей для подданного или, скорее, раба абсолютного повелителя: в обычном естественном состоянии он волен сам судить о своем праве и поддерживать его, насколько в его силах; теперь же, когда его собственностью распоряжается воля и каприз его монарха, ему не только некуда обратиться, как это следует делать тем, кто живет в обществе, но он лишен свободы судить о своем праве или защищать его, как если бы он стоял на ступень ниже обычного состояния разумных существ; и, таким образом, он подвержен всем бедствиям и неудобствам, которых может опасаться человек от того, кто, находясь в ничем не ограниченном естественном состоянии, еще и развращен лестью и облечен властью.

92. Тому же, кто полагает, что абсолютная власть очищает кровь людей и исправляет низость человеческой натуры, достаточно хотя бы прочитать историю нашей или любой другой эпохи, чтобы убедиться в противном. Тот, кто был бы наглым и несправедливым в лесах Америки, вряд ли стал бы лучше на троне, где, вероятно, привлекут науку и религию,

чтобы оправдать все, что он будет творить в отношении своих подданных, а меч заставит сразу же замолчать тех, кто осмелится сомневаться в этом. К чему приводит защита абсолютной монархии, каких отцов отечеств она делает из государей и до какой степени счастья и безопасности она доводит гражданское общество, в котором достиг совершенства этот род правления, легко увидит тот, кто ознакомится с недавним рассказом о Цейлоне.

93. В самом деле, в абсолютных монархиях, так же как и при других формах правления, существующих в мире, подданные имеют право обращаться к закону, а судьи вольны разрешать любые споры и сдерживать любое насилие, которое может проявиться среди самих подданных, между одним и другим. Подобное положение всякий считает необходимым и верит, что тот, кто решит уничтожить его, будет отъявленным врагом общества и человечества. Но происходит ли это от подлинной любви к человечеству и к обществу и от того милосердия, которое мы должны проявлять друг к другу, в этом можно сомневаться: ведь это не больше, чем то, что каждый человек, который любит свое могущество, выгоду или величие, может и, естественно, должен делать, не давая вредить друг другу или уничтожать друг друга тем животным, которые трудятся и надрываются только ради его удовольствия и выгоды; и поэтому о них заботятся не из любви, которую хозяин якобы к ним питает, но из любви хозяина к самому себе и ради той выгоды, которую они ему приносят. Ведь стоит только спросить, какая защита, какое ограждение существует в подобном состоянии против насилия и угнетения со стороны этого абсолютного владыки? Самый вопрос уже вряд ли является допустимым. Они готовы ответить вам, что за самую просьбу о безопасности полагается смерть. Между подданным и подданным, согласятся они, должны существовать правила, законы и судьи ради их взаимного мира и безопасности. Но во всем, что касается правителя, он должен быть абсолютным, и он выше всех подобных обстоятельств; поскольку он обладает властью причинять большой ущерб и творить больше зла, то, когда он это делает, это справедливо. Если вы спросите, как можно защититься от вреда или ущерба с той стороны, откуда творит их эта самая сильная десница, то это сочтут голосом крамолы и мятежа. Как будто бы люди, оставив естественное состояние и вступив в общество, согласились, что все, кроме одного, должны удерживаться законами, но что он, этот один, должен по-прежнему сохранять всю свободу естественного состояния, увеличившуюся вместе с властью и превратившуюся в распущенность вследствие безнаказанности. Это все равно что думать, будто люди настолько глупы, что они стараются избежать вреда от хорьков или лис, но довольны и даже считают себя в безопасности, когда их пожирают львы.

94. Но что бы ни болтали льстецы с целью отвлечь умы людей, это не мешает людям чувствовать; и когда они замечают, что какой-либо человек, независимо от того, какое положение он занимает, вышел из границ гражданского общества, в котором они живут, и что им не к кому обратиться на земле за защитой от того зла, которое он им может причинить, то они начинают думать, что сами находятся в естественном состоянии по отношению к тому человеку, который, как они считают, находится в таком состоянии, и стараются так скоро, как только могут, обрести ту безопасность и защиту в гражданском обществе, для которых оно было первоначально учреждено и ради которых только они в него вступили. И поэтому, хотя, возможно, вначале (как будет показано более подробно в дальнейшей части этого рассуждения) какой-то один добродетельный и превосходный человек, выделившийся среди остальных, из уважения к его хорошим качествам и добродетелям как к своего рода естественному авторитету был отмечен тем, что бразды правления, равно как и вынесение решений по их спорам, по молчаливому согласию перешли в его руки без каких-либо иных мер предосторожности, кроме уверенности в его справедливости и мудрости, все же когда время, придающее авторитет и (как пытаются убеждать нас некоторые) святость обычаям, которые возникли благодаря небрежности и простодушной непредусмотрительности первых веков, породило преемников иного склада, то народ нашел, что его собственность не находится в безопасности при том правлении, какое было (в то время как правление не имеет иной цели, кроме сохранения собственности), и что он не мог пользоваться ни безопасностью, ни покоем, ни считать, что живет в гражданском обществе, до тех пор пока законодательная власть не была отдана в руки коллективного органа, который можно называть сенатом, парламентом или как угодно.

Благодаря этому каждое отдельное лицо стало наравне с другими, самыми ничтожными, людьми подданным тех законов, которые оно само как член законодательного органа установило; точно так же никто не мог по своей собственной власти избежать силы закона после того, как этот закон был создан. Не мог никто также под предлогом превосходства просить об исключении для собственных нарушений или для нарушений, совершенных кем-либо из его близких. Но и для одного человека, находящегося в гражданском обществе, не может быть сделано исключения из законов этого общества. Ведь если какой-либо человек может делать все, что ему заблагорассудится, и на земле не будет места, куда можно было бы обратиться для исправления причиненного им зла или для защиты от него, то, спрашиваю я, не будет ли такой человек все еще полностью в естественном состоянии; но, тем самым, он не может быть ни частью, ни членом этого гражданского общества, если только кто-либо не станет утверждать, что естественное состояние и гражданское общество – это одно и то же; но до сих пор я еще не нашел ни одного столь страстного приверженца анархии, который бы стал на этом настаивать.

Монтескье Ш. Л.

О ДУХЕ ЗАКОНОВ¹

Книга двадцать девятая

О способе составления законов

Глава I. О духе законодателя

Я уже сказал, что дух умеренности должен быть духом законодателя, и, мне кажется, все это сочинение – написано мною лишь с целью доказать эту мысль. Политическое благо, как и благо нравственное, всегда находится между двумя пределами, и вот пример тому.

Для свободы необходимы судебные формальности; но число их может быть так велико, что они станут препятствовать целям тех самых законов, которые их установили. Дела будут тянуться без конца; собственность станет неустойчивой; собственность одной стороны станут отдавать другой без расследования или разорять и ту, и другую бесконечными расследованиями.

При этом граждане потеряют свободу и безопасность, обвинитель не будет иметь возможности доказать обвинение, а обвиняемый – оправдаться.

Глава II. Продолжение той же темы

Цецилий у Авла Геллия, рассуждая о законах двенадцати таблиц, которые позволяли кредитору рассекать на куски несостоятельного должника, находил этому закону оправдание в самой его жестокости, удерживавшей от займов не по средствам. Если так, то самые жестокие законы должны считаться наилучшими; добро будет состоять в крайности, и все отношения между вещами должны быть ниспровергнуты.

Глава III. О том, что законы,
казалось бы, отступающие от намерений законодателя,
в действительности часто с ними совпадают

Закон Солона, объявлявший бесчестным всякого, кто во время народной смуты не пристанет ни к одной из партий, казался очень странным; но необходимо обратить внимание на условия, в которых находилась в то время Греция. Она делилась на очень мелкие государства, и можно было опасаться, что в республике, терзаемой гражданской усобицей, наиболее благоразумные люди останутся в стороне и дело дойдет до крайностей.

Во время смут, которые происходили в этих мелких государствах, большинство граждан принимало участие в распрях или производило их. В

¹ Монтескье Ш. Л. О духе законов / пер. на рус. яз. А. Горнфельда ; вступит. ст. Д. Хаустова. Москва, 2019. 690 с.

наших крупных монархиях партии состояются из небольшого количества людей, а народ предпочитает бездействие. В этом последнем случае будет совершенно естественно уговаривать мятежников, чтобы они пристали к большинству граждан, а не предлагать большинству, чтобы оно пристало к мятежникам; тогда как в первом случае следует стараться, чтобы небольшое число людей благоразумных и спокойных соединилось с мятежниками. Так брожение одной жидкости может быть остановлено одной каплей другой жидкости.

Глава IV. О законах, противоречащих намерениям законодателя

Есть законы, действие которых законодатель так плохо предусмотрел, что они оказались противными поставленной им перед собой цели. Французский закон, постановивший, что если умрет один из двух соискателей на бенефис, то он достанется тому, кто остался в живых, конечно, имел в виду прекращение тяжб; но результат получился совершенно противоположный: мы видим, как духовенство вступает между собою в драку и грызню не на жизнь, а на смерть не хуже английских догов.

Глава V. Продолжение той же темы

Закон, о котором я хочу говорить здесь, заключается в следующей клятве, сохраненной Эсхилом. «Клянусь никогда не разрушать города, принадлежащего к союзу амфикионов, и не отводить от него проточную воду. Если какой-либо народ осмелится сделать что-нибудь подобное, я объявлю ему войну и разрушу его города». Последний пункт этого закона, по-видимому, подтверждающий его, в действительности ему противоречит. Амфикион хочет, чтобы никогда не разрушали греческих городов, а между тем его закон отворяет дверь к разрушению этих городов. Чтобы установить между греками истинные понятия о международном праве, следовало приучить их к мысли, что уничтожение греческого города есть нечто ужасное, и что нельзя разрушать даже города разрушителей. Амфикионов закон был справедлив, но не разумен. Это доказывается самими фактами злоупотребления этим законом. Разве Филипп не добился полномочия на уничтожение городов под предлогом, что они нарушили законы греков? Амфикион мог назначить другие наказания: определить, например, чтобы известное число городских начальников или предводителей войска того города, который посягнул на целостность другого, было наказано смертью; чтобы народ, виновный в разрушении города, был лишен на известное время преимуществ, которыми пользовались греки; чтобы он платил штраф, пока разрушенный им город не будет восстановлен. Но прежде всего закон должен был бы обратить внимание на вознаграждение за убытки.

Глава VI. О том, что законы, кажущиеся одинаковыми, не всегда имеют одинаковое действие

Цезарь воспретил римлянам хранить у себя в доме более 60 сестерций. В Риме закон этот считался вполне целесообразным для примирения кредиторов с должниками, потому что, побуждая богатых давать в долг бедным, он доставлял бедным возможность удовлетворять богатых. Тот же закон, изданный во Франции во время системы Ло, имел очень пагубные последствия, потому что был издан при самых ужасных обстоятельствах. После того как частные лица были лишены всех средств к помещению денег, этот закон лишал их возможности хранить деньги у себя, что равнялось насильственной их конфискации. Цезарь издал свой закон с целью увеличить обращение денег в народе; французский же министр издал свой, чтобы соединить деньги в одних руках. Первый давал за деньги земли или ипотеки на частных лиц; второй предлагал за деньги бумаги, которые не имели никакой ценности и по своей природе не могли ее иметь на том только основании, что закон обязывал принимать их.

Глава VII. Продолжение той же темы.

Необходимость осмотрительности при составлении законов

Закон об остракизме существовал в Афинах, Аргосе и Сиракузах. В Сиракузах он послужил причиной многих бедствий, потому что был составлен без соблюдения требований благоразумия. Здесь знатнейшие граждане изгоняли друг друга, беря в руку лист фигового дерева, так что все граждане, обладавшие какими-либо достоинствами, оказались отстраненными от дел. В Афинах, где законодатель признавал границы, которых он должен был держаться в законе об остракизме, остракизм был прекрасным делом. Ему никогда не подвергали больше одного лица за один раз, причем требовалось столь большое число голосов, что трудно было подвергнуть изгнанию человека, отсутствие которого не было необходимо.

Далее, приговаривать к изгнанию можно было только раз в пять лет; и действительно, так как остракизм применяли лишь к знатнейшим людям, которые подавали своим согражданам повод к опасению, он не мог быть повседневной мерой.

Глава VIII. О том, что законы, казалось бы, одинаковые, не всегда создавались по одинаковым побуждениям

Во Франции была принята большая часть римских законов о субституциях, но самые субституции основаны в этой стране совсем на другом побуждении, чем у римлян. У римлян наследование было соединено с известными жертвоприношениями, которые должен был совершать наследник и которые определялись жреческим правом. Отсюда произошло то, что римляне считали для себя бесчестьем умереть без наследника,

назначали своими наследниками своих рабов и изобрели субституции. «Вульгарная субституция», изобретенная раньше всех других и применявшаяся лишь в случаях отказа законного наследника от наследства, служит очевидным тому доказательством. Цель ее состояла не в том, чтобы увековечить наследство в роде, носящем общее имя, но в том, чтобы найти человека, который принял бы наследство.

Глава IX. О том, что греческие и римские законы карали самоубийство по различным побуждениям

«Человек, — говорит Платон, — убивший существо, тесно с ним связанное, т.е. самого себя, не по приказанию власти и не во избежание позора, а по малодушию, будет наказан». Римский закон карал это деяние, если оно имело причиной не душевную слабость, не отвращение к жизни, не бессилие в перенесении страданий, но отчаяние вследствие совершенного преступления. Римский закон оправдывал человека в том случае, когда греческий обвинял, и, наоборот, обвинял его, когда греческий оправдывал.

Образцом для Платона служили установления лакедемонян с их абсолютными распоряжениями властей, с их отношением к позору как к величайшему из несчастий и к малодушию как к величайшему из преступлений. Римский закон отверг все эти прекрасные понятия; он был лишь финансовым законом.

Во времена республики в Риме вовсе не было закона, который наказывал бы самоубийц; поступок этот историки всегда одобряли, и нет примеров, чтобы за него карали.

Во времена первых императоров знатные римские роды беспрестанно истреблялись по судебным приговорам. Тогда вошло в обычай предупреждать приговор добровольной смертью. В этом видели большое преимущество, потому что лишившему себя жизни могли быть воздаваемы погребальные почести и завещание его сохраняло свою силу. Так было потому, что в Риме не существовало еще гражданского закона против самоубийц. Но когда алчность императоров сравнялась с их жестокостью, они отняли право распоряжения своим имуществом у тех, от которых хотели отделаться, и объявили преступлением лишение себя жизни вследствие угрызений совести по поводу совершения другого преступления.

Подтверждением того, что действительно таковы были побуждения, руководившие императорами, служит их согласие на то, чтобы имущество самоубийц не подвергалось конфискации в случаях, когда преступление, побудившее к самоубийству, не влекло за собою конфискации.

Глава X. О том, что законы, казалось бы, противоречащие друг другу, иногда бывают родственны по духу

В настоящее время, когда вызывают человека в суд, входят в его дом; у римлян это не допускалось. Вызов в суд считался у них актом насилия, чем-то вроде лишения свободы; и нельзя было войти в дом человека, чтобы вызвать его в суд, подобно тому, как в настоящее время нельзя арестовать человека у него в доме иначе, как по приговору за частные долги.

Римские законы наравне с нашими признают тот принцип, что дом всякого гражданина есть его убежище и что в этом убежище недопустимо против него никакое насилие.

Глава XI. Каким образом можно сравнивать два различных закона

Во Франции за лжесвидетельство полагается смертная казнь; в Англии же этого нет. Чтобы решить, который из этих двух законов лучше, следует добавить следующее; во Франции применяется допрос преступника при помощи пытки, в Англии же пытки нет. И еще надо сказать, что во Франции обвиняемый не представляет своих свидетелей и редко случается, чтобы принимались от него так называемые оправдывающие факты; в Англии же свидетельские показания принимаются от той и от другой стороны. Три французских закона составляют одно последовательное и тесно связанное целое; три английских закона представляют не меньшее единство и связь. Английский закон, не допускающий при допросе пытки обвиняемого, не может возлагать больших надежд на добровольное признание подсудимого, поэтому он созывает со всех сторон свидетелей и не решается запугивать их угрозой смертной казни. Французский закон, располагающий столь сильным дополнительным средством, менее боится запугивать свидетелей; напротив, здравый смысл требует, чтобы он внушал им страх; он заслушивает свидетелей только одной стороны, т.е. тех, которых представляет обвинительная власть, и судьба обвиняемого зависит единственно от их показаний. Но в Англии, где заслушиваются свидетели двух сторон и дело, так сказать, решается спором между ними, ложное показание представляет, быть может, меньшую опасность; обвиняемому дается средство защиты против ложного показания, тогда, как французский закон ему такого средства не дает. Итак, чтобы решить, которые из этих законов лучше отвечают требованиям разума, не следует сравнивать их друг с другом по отдельности, необходимо сопоставлять их между собой во всей их совокупности.

Глава XII. О том, что законы, кажущиеся одинаковыми, иногда бывают в действительности различны

Греческие и римские законы подвергали укрывателя краденых вещей одинаковому наказанию с вором. Французский закон делает то же самое. Первые были благоразумны, последний же нет. У римлян и греков вор приговаривался к денежному штрафу, а потому и укрыватель должен был нести то же наказание; ибо всякий, кто каким бы то ни было образом способствует причинению убытка, должен его возместить. Но у нас воровство наказывается смертью и потому нельзя, не впадая в крайность, карать укрывателя наравне с вором. Кто покупает краденое, очень часто может делать это совершенно неумышленно; кто крадет, тот всегда виновен. Один препятствует обнаружению уже совершенного преступления, другой совершает его; первый совершенно пассивен, второй – активен. Вору приходится преодолевать большие препятствия и оказывать более продолжительное и ожесточенное противодействие закону.

Юристы в своих суждениях шли еще дальше: они смотрели на укрывателей как на преступников более гнусных, чем воры. «Без укрывателей, говорили они, нельзя было бы долго скрывать покражи». Повторяю, этот взгляд мог быть верен, пока за воровство полагался денежный штраф; когда дело шло об убытках, укрыватель обыкновенно скорее мог возместить их. Но после того, как денежный штраф был заменен смертной казнью, следовало бы руководствоваться в этом деле, другими принципами.

Глава XIII. О том, что никогда не следует рассматривать законы независимо от цели, ради которой они были созданы.

Римские законы о краже

Когда у римлян вор попадался с поличным, прежде чем успевал спрятать украденное, то кража называлась явной; если же вора обнаруживали лишь впоследствии, то кража называлась неявной.

Законы двенадцати таблиц предписывали наказывать явного вора розгами и обращать в рабство, если он был совершеннолетним, или только наказывать розгами, если он был несовершеннолетним. Неявного вора тот же закон приговаривал лишь к уплате двойной стоимости украденной вещи.

После того как закон Порция отменил наказание граждан розгами и обращение их в рабство, явного вора приговаривали к уплате штрафа, вчетверо превышающего стоимость украденного, тогда как неявный вор продолжал платить штраф, превышающий эту стоимость вдвое.

Кажется странным, что законы эти устанавливали такую разницу в оценке этих двух преступлений и в размере определенных за них наказаний. Действительно, был ли вор пойман прежде или после того, как относил украденное в предназначенное место, обстоятельство это несколько не

изменяло сущности преступления. Для меня не подлежит сомнению, что вся теория римских законов о краже была заимствована из лакедемонских установлений. Ликург, желая развить в своих согражданах ловкость, хитрость и предприимчивость, требовал, чтобы детей заставляли упражняться в воровстве и жестоко секли тех из них, которые дадут себя поймать. Это и было причиной, почему у греков, а вслед за ними и у римлян установилось столь большое различие между явной и неявной кражей.

У римлян раба за воровство сбрасывали с Тарпейской скалы. В этом случае не было речи о лакедемонских установлениях, так как законы Ликурга о воровстве предназначались не для рабов, но в этом пункте отступление от них было равносильно точному их исполнению.

В Риме, если несовершеннолетний попадался в воровстве, претор приказывал наказать его розгами по своему усмотрению, как это делалось у лакедемонян. Все это велось издавна. Лакедемоняне заимствовали эти обычаи у критян. Платон, желая доказать, что учреждения критян были созданы для войны, ссылается на «способность этого народа переносить боль в бою и в случаях кражи, требующих скрытности».

Так как гражданские законы находятся в зависимости от государственного строя, ибо они предназначаются для общества, то было бы полезно, прежде чем ввести закон одного народа у другого, предварительно рассмотреть, имеют ли оба народа одинаковые установления и одинаковое государственное право.

Таким образом, когда законы о воровстве перешли от критян к лакедемонянам, то так как одновременно лакедемоняне усвоили образ правления и государственное устройство критян, законы эти оказались одинаково разумными у обоих народов. Но когда из Лакедемона эти же законы были перенесены в Рим, где нашли иное государственное устройство, они остались в нем навсегда чужими, не связанными с другими гражданскими законами римлян.

Глава XIV. О том, что не следует рассматривать законы независимо от обстоятельств, при которых они были созданы

В Афинах существовал закон, требовавший, чтобы в случае осады города предавали смерти всех жителей, которые были бесполезны для его защиты. Это был отвратительный политический закон, являвшийся следствием отвратительного международного права. У греков население покоренного города теряло гражданскую свободу и продавалось в рабство; взятие города влекло за собой совершенное его разрушение. Все это порождало не только отчаянное сопротивление и бесчеловечные действия, но иногда и ужасные законы.

Согласно постановлениям римских законов врачей наказывали за нерадение и неспособность. В этом случае закон осуждал на ссылку врача, занимающего более или менее значительное положение, и на смертную

казнь – врача низшего разряда. Наши законы относятся к делу иначе. Римские законы возникли при иных условиях, чем наши. В Риме лечением занимался всякий, кто хотел. У нас же врачи обязаны проходить курс учения и приобретать известные степени. Поэтому предполагается, что они сведущи в своем искусстве.

Глава XV. О том, что иногда бывает полезно, чтобы закон сам себя исправлял

Законы двенадцати таблиц разрешали убить ночного вора, а также и дневного, если этот последний защищался во время преследования, но требовал, чтобы человек, убивающий вора, при этом кричал и звал граждан. И действительно, необходимо, чтобы закон, допускающий самосуд, всегда ставил такое требование. Это крик невинности, которая в момент действия призывает свидетелей и судей. Надо, чтобы народ был осведомлен об этом действии, осведомлен в ту самую минуту, когда оно происходит, когда все говорит о нем: вид человека, выражение лица, проявление страстей, молчание, когда каждое слово осуждает или оправдывает. Закон, который может стать в столь резкое противоречие с требованиями безопасности и свободы граждан, должен приводиться в исполнение в их присутствии.

Глава XVI. Что именно следует иметь в виду при составлении законов

Люди, настолько одаренные, что имеют возможность составлять законы для своего или чужого народа, должны соблюдать известные правила при составлении этих законов. Слог их должен быть сжатым. Законы двенадцати таблиц служат образцом точности: дети заучивали их на память. Новеллы же Юстиниана столь многословны, что пришлось их сократить.

Слог законов должен быть простым. Прямые выражения всегда доступнее пониманию, чем изысканные. Поэтому законы Восточной римской империи лишены величия; государи говорят в них, как риторы. На законы, отличающиеся напыщенным слогом, обыкновенно смотрят как на плод тщеславия.

Существенное условие – чтобы слова закона вызывали у всех людей одни и те же понятия. Кардинал де Ришелье соглашался, что можно обвинять министра перед королем; но он требовал, чтобы обвинитель подвергался наказанию, если обвинение, им доказанное, не было важным. Это должно было помешать всякому обвинять самого Ришелье в чем бы то ни было, потому что понятие важного совершенно относительное, и то, что важно для одного, неважно для другого.

Закон Гонория наказывал смертью того, кто покупал вольноотпущенника, как раба, или же причинял ему беспокойство. Не следовало употреблять столь неопределенное выражение. Понятие причиняемого человеку беспокойства всецело зависит от степени его впечатлительности.

Если закон устанавливает какое-либо наказание, следует по возможности избегать выражения его в денежной форме. Множество обстоятельств влияет на колебания ценности монеты, и, сохраняя свое наименование, она перестает быть тем, чем была прежде. Всем знаком рассказ о наглом римлянине, который давал пощечины всем встречным и предлагал получить 12 солидов согласно определению законов двенадцати таблиц.

Если в законе были точно определены известные понятия, не следует более возвращаться к неясным выражениям. В уголовном законе Людовика XIV после точного перечисления всех случаев, подлежащих ведению королевского суда, прибавлено: «и те, которые во все времена разбирались королевскими судьями» — определение, заставляющее вернуться к тому самому произволу, от которого только что избавились.

Карл VII говорит, что дошло до его сведения, что стороны вопреки обычному праву в тех областях королевства, в которых это право действует, подают апелляцию через три, четыре и шесть месяцев после состоявшегося решения; он предписывает апеллировать без всякого промедления, если только не было подлога или обмана со стороны прокурора или важного и очевидного повода к оказанию содействия жалобщику. Конец этого закона уничтожил его начало и сделал это так основательно, что впоследствии подавали апелляцию по прошествии 30 лет.

Закон лангобардов не допускает, чтобы женщина, надевшая монашеское платье, хотя бы и не принявшая еще пострижения, могла выйти замуж; «ибо, — говорит он, — если мужчина, обменявшись только кольцом с женщиной, не может, не совершив преступления, вступить в брак с другой женщиной, то тем менее — женщина, посвятившая себя богу или пресвятой деве...» Я говорю, что в законах следует заключать от реального к реальному, а не от реального к иносказательному и не от иносказательного к реальному.

Закон Константина постановляет считать достаточным показание одного епископа и не опрашивать прочих свидетелей. Этот государь избрал очень короткий путь: он судил о делах по людям и о людях — по их званию.

Законы не должны вдаваться в тонкости; они предназначаются для людей посредственных и содержат в себе не искусство логики, а здравые понятия простого отца семейства.

Когда закон не нуждается в исключениях, ограничениях и видоизменениях, то всего лучше обходиться без них. Такие подробности влекут за собою новые подробности.

Не следует делать изменений в законе без достаточного к тому основания. Юстиниан постановил, что жена может развестись с мужем, не теряя при этом своего приданого, если муж в продолжение двух лет не мог исполнять своих супружеских обязанностей. Затем он изменил свой закон, предоставив несчастному трехлетний срок. Но в подобном случае два года стоят трех, а три года стоят не больше двух.

Когда приводится мотивировка закона, нужно, чтобы мотивировка эта была достойна закона. Один из римских законов постановляет, что слепой не может вести дела на суде, потому что не видит знаков судебной власти. Можно подумать, что нарочно приведен столь плохой резон, когда есть так много других, основательных.

Юрист Павел говорит, что дитя родится на седьмом месяце вполне сформировавшимся и что пифагоровы числа, по-видимому, доказывают это. Странно, что о таких вещах судят на основании пифагоровых чисел!

Некоторые французские юристы утверждали, что во всякой вновь завоеванной стране король становится собственником церковных регалий на том основании, что королевская корона имеет круглую форму. Я не стану спорить здесь о правах короля и о том, должны ли в данном случае требования гражданского и церковного закона уступить требованиям политического закона; я скажу только, что в защиту столь почтенных прав следует приводить более серьезные основания. Где это видано, чтоб на форме знака королевского достоинства основывали реальные права этого достоинства?

Давила говорит, что руанский парламент объявил Карла IX совершеннолетним, как только ему пошел четырнадцатый год, потому что закон требует, чтобы время считалось с точностью до минуты, когда дело идет о возвращении имущества малолетнего или об управлении этим имуществом, но что начатый год считается за полный, когда дело касается приобретения почета. Я вовсе не думаю порицать постановление, которое, невидимому, не представляло до сих пор неудобств; скажу только, что основание, приведенное канцлером де Лопиталем, неверно: управление народами далеко нельзя назвать одной почестью.

Что касается презумпций, то презумпция закона лучше презумпции человека. Французский закон считает подложными все документы, подписанные купцом за десять дней, предшествующих банкротству; такова презумпция закона. Римский закон налагал наказание на мужа, который оставлял у себя жену после совершенного ею прелюбодеяния, если только он не руководствовался опасением за исход процесса или пренебрежением к собственному позору; такова презумпция относительно человека. Надо было, чтобы судья сделал презумпцию относительно мотивов, руководивших действиями мужа, и чтобы он пришел к определенному решению на основании неясных умозаключений. Когда презумпцию делает судья, то приговор становится произвольным; когда же презумпцию делает закон, он дает судье постоянное правило.

Закон Платона, как я уже говорил, требовал наказания человека, лишившего себя жизни не с целью избежать позора, но по малодушию. Это был дурной закон в том смысле, что он требовал от судьи заключения о мотивах в том единственном случае, когда их нельзя было узнать через признание виновного.

Подобно тому как бесполезные законы ослабляют действие необходимых законов, законы, от исполнения которых можно уклониться, ослабляют действие законодательства.

Закон должен оказывать свое действие, и не следует допускать изменения его под каким-либо особым условием.

У римлян закон Фальцидия предписывал, чтобы наследник всегда получал четвертую часть наследства; другой закон предоставил завещателю право воспретить наследнику удержание этой четвертой части. Это значило издеваться над законом, потому что закон Фальцидия становился таким образом бесполезным: если завещатель был за своего наследника, последний не нуждался в законе Фальцидия; если же он был против своего наследника, то лишал его возможности пользоваться этим законом.

Следует остерегаться давать законам такую форму, которая противна природе вещей. В проскрипции принца Оранского Филипп II обещает тому, кто умертвит его, или наследникам убийцы двадцать пять тысяч экю и дворянство – обещает словом короля и служителя божия. Дворянство за такое дело! И такое дело, предписываемое от имени служителя Божия! Все это одинаково ниспровергает понятие чести, нравственности и религии.

Редко встречается надобность запрещать действия, в которых нет ничего дурного, только ради представления чего-то более совершенного.

Законам должна быть присуща известная чистота. Предназначенные для наказания людской злобы, они должны сами обладать совершенной непорочностью. В вестготском законе находится забавное постановление, обязывавшее евреев есть всякую пищу, приготовленную со свининой, хотя и разрешавшее им не есть самого свиного мяса. Это было большой жестокостью: евреев подчиняли закону, который был противен их собственному закону, и оставляли им из этого последнего лишь то, что могло служить их отличительным признаком.

Глава XVII. Дурной способ издания законов

Римские императоры, подобно нашим государям, выражали свою волю в декретах и эдиктах; но, чего не делают наши государи – они позволяли судьям и частным лицам обращаться к ним с письменными вопросами по поводу их тяжб; ответы императоров на эти вопросы носили название рескриптов. Папские декреталии тоже были, собственно говоря, такими рескриптами. Очевидно, что это плохой род законодательства. Те, кто требует издания законов таким образом, плохие руководители для законодателя; факты у них всегда изложены дурно. «Траян, – говорит Юлий Капитолии, – часто отказывал в этого рода рескриптах, чтобы отдельного решения или особой милости не распространяли на все случаи». Макрин решил уничтожить все эти рескрипты. Он не мог переносить, чтобы ответы Коммода, Каракаллы и других невежественных императоров рассматривались как законы. Юстиниан был иного мнения и наполнил ими свою компиляцию.

Я хотел бы, чтобы те, кто читает римские законы, надлежащим образом отличали этот род гипотез от сенатских определений, народных постановлений, общих конституций императоров и всех законов, основанных на природе вещей, непостоянстве женщин, слабости несовершеннолетних и общественном благе.

Глава XVIII. Об идеях единообразия

Есть известные понятия единообразия, которые овладевают иногда великими умами (ибо они влияли на Карла Великого), но неизменно поражают мелкие умы. Последние находят в них некоторого рода совершенство, которое они постигают, так как невозможно его не видеть: одинаковый вес в полиции, одинаковая мера в торговле, одинаковые законы в государстве, одинаковая религия во всех его частях. Но всегда ли это, без исключения, бывает уместно? Зло от перемены всегда ли бывает менее зла от терпения существующего порядка? Не состоит ли скорее величие гения в том, чтобы распознать, в каком случае нужно единообразие и в каком – различие? В Китае китайцы управляются по китайским обычаям, а татары – по татарским. При всем том этот народ более, чем какой-либо другой, ценит спокойствие. Если только граждане подчиняются законам, важно ли, чтобы они подчинялись непременно одинаковому закону?

Глава XIX. О законодателях

Аристотелем руководила то зависть к Платону, то пристрастие к Александру. Платона возмущала тирания афинского народа. Макиавелли преклонялся перед своим идолом – герцогом де Валентинуа. Томас Мор, который говорил более о том, что прочел, чем о том, что думал, хотел, чтобы все государства управлялись с простотой, господствовавшей в греческих городах. Гаррингтон не хотел знать ничего, кроме английской республики, между тем как множество других писателей усматривали беспорядок всюду, где только не находили короны монарха. Законы всегда сталкиваются со страстями и предрассудками законодателя. Иногда они проходят сквозь эти последние, принимая от них лишь некоторую окраску; иногда же задерживаются ими и с ними сливаются.

Муромцев С. А.

ОПРЕДЕЛЕНИЕ И ОСНОВНОЕ РАЗДЕЛЕНИЕ ПРАВА¹

VI. Правовой порядок

1. Правовой институт и правовой порядок

62. Определение

По-видимому, если не во многих, то в некоторых случаях какое-либо одно или немногие отношения, защищенные организованным образом, могут составить предмет, достойный научного исследования. Так, изучают монархическую власть, существовавшую или существующую в каком-нибудь государстве, изучают права высших органов государственного управления и т. п. [...]

Единичное отношение само по себе представляет мало интереса для науки. Если бы, например, где-нибудь в данное время существовал только один или лишь несколько десятков случаев права собственности, то такое явление может иметь интерес курьеза, далее, при сопоставлении с фактами эпохи более отдаленной или же позднейшей, оно может получить существенное значение как остаток или зародыш этих фактов, но вообще оно мало дает для характеристики правового состояния общества в то время, в которое обнаружено.

Часто внимание исследователя привлекается так называемыми привилегиями, т.е. особенными, выходящими из ряда правами, которые даруются отдельным лицам. Однако привилегии представляют интерес лишь тогда, когда появляются в достаточном числе. Если же иногда одна крупная привилегия, вследствие своего большого социального значения, обращает на себя наше внимание, то нетрудно различить в ее составе присутствие многих отношений. Так, например, город или частное лицо получает право иммунитета в своих владениях; объектом этого права служат все жители владения и мы имеем, следовательно, не менее отношений, чем состоит налицо жителей.

Итак, наука интересуется, главным образом, не отдельными правами (в смысле отношений), но совокупностями многих однородных прав. Таковую совокупность называют правовым институтом. Наука исследует, главным образом, институты, но не отношения.

Вся совокупность прав, существующих в данное время в данном обществе, образует правовой порядок (право в собирательном смысле).

В составе развитого правового порядка мы отличаем два элемента. Во-первых, ряд правовых институтов. Их содержание определяет господствующий характер в содержании правового порядка. Во-вторых, более или менее разрозненные и немногочисленные отношения, не

¹ Муромцев С. А. Избранные труды. Москва, 2010. 600 с.

сложившиеся в институты. Они представляют части правового порядка, зарождающиеся, вырождающиеся или случайно образовавшиеся и кратковременные.

Содержание наиболее существенного, первого из этих двух элементов, может быть передано с успехом в ряде формул, из которых каждая гласит, что «такие-то отношения защищаются таким-то образом», например, владение вещью, приобретенной добросовестно и законным способом, защищается против всех, кроме собственника этой вещи; или обладание ничьей вещью, приобретенной захватом, считается собственностью, т.е. защищается против всех и каждого (с известными ограничениями), и т.п. Эти формулы выражают правила, действительно осуществившиеся в жизни данного народа и данного времени. Их можно было бы назвать юридическими нормами, но это название издавна присвоено некоторому иному роду правил.

63. Юридические нормы

Юридическими нормами называются обыкновенно правила, которые, определяя должные пределы и способ юридической защиты отношений, предписываются властью, регулирующей правовой быт народа, так называемым сознанием общества (обычное право), законодателем (закон), юристами (право юристов). Совокупность юридических норм называют также правом (в объективном смысле, в противоположность праву в субъективном смысле, т.е. праву в смысле отношения названия не вполне удачные).

Юридические нормы направляют в значительной степени действия тех органов и лиц, которые держат в своих руках юридическую защиту отношений: административных властей, суда, частных лиц (субъектов гражданских прав). Поэтому юридические нормы составляют могущественный фактор правового порядка и притом фактор непосредственный, ибо они непосредственно влияют на упомянутых деятелей. Такое влияние оказывают даже нормы, которые не грозят никаким взысканием за нарушение (*leges imperfectae*) и которые поэтому не принадлежат, в сущности, к разряду юридических. Тем более, оно принадлежит нормам, грозящим за неповиновение взысканием (*leges minus quam perfectae*) или даже полной юридической недействительностью содеянного вопреки норме (*leges perfectae*). Такие нормы, собственно, и образуют разряд юридических норм.

Направляющее значение юридических норм обусловлено, очевидно, особым авторитетом, который принадлежит в обществе власти, формулирующей нормы, авторитетом, основанным отчасти на внутренней, отчасти на внешней силе власти. Но эта сила ее, будучи всегда более или менее значительной, никогда не бывает абсолютной. Она действует рядом и совместно с другими силами, которые также оказывают влияние на

образование правового порядка и могут расходиться с ней в своем направлении. Кроме главного непосредственного фактора правового порядка – юридических норм – существуют другие непосредственные факторы, каково юридическое настроение тех органов и лиц, через деятельность которых норма должна осуществиться, или внешние условия, в которых должно происходить ее осуществление. Эти факторы могут действовать вразрез с юридическими нормами и парализовать их применение. Помимо того, что не всякое отношение поддается одинаково легко юридическому регулированию, и это обстоятельство также в состоянии привести к обессилению нормы. Не всегда законодателю достаточно сказать, что то-то должно быть так-то, для того чтобы такой порядок проявился на самом деле.

Бессилие нормы может обнаружиться или в самом начале ее существования или же наступить позднее, так что норма, первоначально действенная, становится постепенно бессильной. Первое случается, когда в самом начале изданная и объявленная норма наталкивается на какое-либо сопротивление, например, на нерасположение к ней, которое господствует среди общества или органов власти, или когда она назначается к применению среди неблагоприятных внешних обстоятельств (например, на территории чересчур раскинутой и малолюдной для успешного юридического контроля). Вследствие своего положения среди прочих отношений данное отношение может оказаться способным для того, чтобы стать предметом юридической защиты. Так, опыт показал, что при известном экономическом и нравственном состоянии обществ почти совершенно бессильны юридические меры, направленные против ростовщичества, разврата и т. п. Последующее наступление бессилия нормы происходит в силу тех же обстоятельств, если они проявляются не одновременно с возникновением нормы, но позднее. Замечательно, что, когда таким образом юридическая норма отживает свой век, далеко не сразу возникает открытое признание ее недействительности. В силу объективизма, т.е. в силу склонности придавать долго существующему порядку вещей и идей некоторое самобытное, подчас даже как бы священное значение, образуется особого рода консерватизм, который сохраняет в неприкосновенности формулу отжившей нормы, допуская, впрочем, необходимые отступления от нее на практике.

Таким образом, то или другое предписание продолжает выдаваться за юридическую норму, тогда как на практике оно вполне или отчасти не выполняется: юридическая практика защищает не тот порядок вещей, который предписан в норме, а какой-либо иной, иногда даже прямо противоположный ему.

Примеры консерватизма юриспруденции встречаются на всех известных ступенях ее развития. Особенно же многочисленны они бывают в периоды, когда начинается переход от формализма в праве к

последующему состоянию его. Для подробного изложения этого предмета место в учении о факторах правового порядка.

Там же должны быть исследованы и другие причины, которые, помимо консерватизма, ведут к одинаковым с ним результатам. Так, несоответствие нормы практике возникает из экономии юридического труда (Иеринг), практическая юриспруденция уклоняется от формулирования новых норм, хотя в отдельных случаях уже не вполне следует старым постановлениям. Далее, при неумении практической юриспруденции правильно отвлекать общие постановления от более частных, всякая норма, выраженная в общей форме, рискует погрешить относительно правды. Наконец, такое несоответствие обусловливается часто строгим разделением властей законодательной и судебной. Формулирование новых норм принадлежит законодателю, их выполнение – суду. Из соображений справедливости, суд уклоняется от существующих норм, но, не имея власти на их изменение, прибегает для осуществления своих стремлений к скрытым средствам, в обход закона. Примеры такого рода весьма многочисленны теперь у нас, в России.

Из всего сказанного следует, что юридическая норма, существующая в данном обществе в данное время, или передает часть правового порядка этого времени, или не имеет такого значения. Степени несоответствия нормы порядку могут быть, очевидно, разнообразны: порядок может только отчасти уклоняться от предписания нормы; он может вполне уклоняться от нее; он может идти ей прямо наперекор, т.е. не только не будет защищаться то, что предписано в норме, но, напротив, будет защищаться нечто, совершенно тому враждебное.

64. Историческая критика юридических норм

Современный правовой порядок подлежит всецело нашему непосредственному наблюдению, о порядках же прошлого мы можем судить непосредственно лишь по каким-либо остаткам от них. Самый порядок прошлого доходит до нас лишь настолько, насколько он составляет еще часть настоящего порядка, причем нет видимой границы, которая отделяла бы в этом последнем старое от нового. Относительно редко сохраняются до нашего времени юридические сделки и судебные решения отдаленного прошлого – акты, которые непосредственно свидетельствуют о существовании известных правовых и юридических отношений. Эти акты драгоценны, потому что их существование достоверно обнаруживает одновременное существование отношений, из которых они возникли, но не всегда по одному или немногим однородным актам бывает возможно заключить, в какой степени были распространены упомянутые отношения. Легче и лучше сохраняются юридические нормы. Поэтому в ряду остатков прошлого юридического быта им принадлежит первое место.

Ввиду такого значения сохранившихся юридических норм для

характеристики правовых порядков прошлого, а с другой стороны, ввиду того, что сохранившиеся нормы легко могут быть мертвыми (§ 63), важно найти путь для различения мертвых и действующих норм. Задача исторической критики состоит в том, чтобы каждый раз удостовериться, насколько данное постановление обычного права и закона или правила авторитетных юристов применялось в современной им практике. Эта задача выполняется многообразными способами. Их объяснению место в методологии правоведения.

Необходимость в критике существует одинаково относительно всех трех названных нами форм юридической нормы. В этом никто не усомнится, конечно, по отношению к праву юристов и закону, потому что правило, высказанное юристом, очень часто остается одним выражением его субъективного мнения, а случаи несоответствия закона юридической практике настолько часты и очевидны, что более или менее всем известны. Но сомнение может быть вызвано нашими словами относительно постановлений обычного права. Скажут, что обычное право составляет непосредственное выражение народного сознания, которое, в свою очередь, не может быть ничем иным, как выражением народных нужд и стремлений. Таким образом, говорить о несоответствии постановлений обычного права практике означает, как бы, утверждать невозможное противоречие. Однако такое заключение было бы несправедливо. Дело в том, что постановления обычного права, которые доходят до историка из того или иного источника, не произносятся и не записываются самим народом. Они обобщаются и формулируются кем-либо из наблюдателей народного юридического быта. Такой способ возникновения обязывает нас к применению к ним исторической критике, наравне с законом и правом юристов.

При отличии действующих норм от мертвых, не следует смешивать эти последние с бесполезными нормами, т.е. с такими, которые действуют, но своим действием не приносят пользы, от них ожидаемой. Приведем пример. Во многих современных государствах еще не отменены законы, карающие смертной казнью обыкновенные преступления (например, убийство), между тем на практике почти все осужденные и приговоренные к казни милуются верховной властью, которая поступает так под влиянием почти всеобщего (в настоящее время) отвращения от этого вида наказания. Мы должны сказать, что там, где действует подобный порядок, законы о смертной казни близки к тому, чтобы составить мертвую норму. С другой стороны, часто случается, что для подавления каких-либо деяний, признанных преступными и особенно опасными, вводится смертная казнь за их совершение. Но, применяясь неукоснительно, она все-таки может не уменьшить числа преступлений. В таком случае мы имеем дело с нормой действующей, но бесполезной. Наказания за разврат почти всегда являются мертвым средством; награды за вступление в брак и т.п. обладают большей жизненностью, но пользы никакой не приносят.

65. Справедливость

Под справедливостью следует разуметь присущую в данное время данной общественной среде совокупность субъективных представлений о наиболее совершенном правовом порядке. Субъективное воззрение, о котором здесь идет речь, может принадлежать одному или немногим лицам; но обыкновенно индивидуальные различия в воззрениях на справедливость не бывают особенно велики, и поэтому под справедливостью понимают совокупность воззрений, по крайней мере, целого круга людей, иногда же – воззрений всего общества. И то и другое может иметь свой смысл, смотря по тому, какие черты – общие или частные – интересуют нас при изучении юридических идеалов.

По всей вероятности, достоверно мнение, согласно которому справедливость обозначала первоначально правовой порядок, к которому должно стремиться взамен существующего порядка. В этом смысле справедливое противоположно правовому. Потом справедливостью стали обозначать вообще весь порядок, который считали выражением должного, независимо от того, коснулась или не коснулась его юридическая санкция. В этом смысле справедливое существует рядом с правовым и отчасти совмещается с ним: в одних своих частях правовой порядок оказывается справедливым, в других – несправедливым.

Понятно, что подобная же критика применилась также к юридическим нормам. По субъективному взгляду, одни нормы справедливы, другие несправедливы. Часто называют справедливостью совокупность справедливых норм.

Надо различать две главные причины, которые ведут к несогласию правового порядка со справедливостью.

I. Ни одно сколько-нибудь обширное и развитое общество не представляет полного единства воззрений на должное. Но все существующие в данном обществе воззрения, понятно, могут быть реализованы в действующем правовом порядке. Этот последний удовлетворяет желаниям, которые составляют середину между крайними пожеланиями наиболее отсталых частей общества и возвышенными стремлениями частей, наиболее развитых и передовых.

Действующий правовой порядок уравнивает разнообразие и разноречие стремлений и интересов, выражая собой их средний уровень в данном обществе. Группы людей, интересы и стремления которых не подходят под этот уровень, все равно, будут ли это отсталые или передовые члены общества, имеют собственные воззрения на должное в праве. В их глазах действующий порядок не согласуется со справедливостью, в той или иной степени она отличается от него.

II. Необходимость известного правового порядка может сознаваться таким большинством и настолько сильно, что этих условий было бы достаточно для его поддержания, если бы он был приведен в действие; но

для этого может недоставать способных органов.

В таких случаях упомянутый порядок представляется в форме неосуществленной справедливости. Несоответствие действующего права справедливости обусловлено несовершенством правовой организации. Несовершенство может простирается почти до полной непригодности существующих органов; так было, например, с законодательными и другими учреждениями старой Франции, павшими под ударами революции; так же было у нас со старыми судебными учреждениями, замененными новыми судебными уставами и т.п.

Несовершенство может быть частное – состоять, например, в каких-нибудь частных недостатках судебного устройства или в каких-нибудь заблуждениях и ложных привычках судебного персонала. Так, в нашем гражданском суде не существует правильной оценки убытков единственно вследствие ложного взгляда судей на обязанности суда в делах этого рода.

По воззрению, которое присуще всегда развитому праву, задача судьи состоит в том, чтобы сохранить в каждом отдельном решении по возможности полную гармонию между юридической нормой, которая применяется, и случаем, который разрешается. Практика представляет крайнее разнообразие случаев, которые поступают на судебное разрешение, но юридическая норма не в состоянии предвидеть всех индивидуальных особенностей субъекта, объекта и самого отношения и формулируется обыкновенно в расчете на средний тип людей, вещей и отношений. Задача судьи состоит в том, чтобы в каждом отдельном случае определить, в какой степени обнаружены в нем типичные свойства, к которым относится норма, и не изменяется ли в чем-либо их значение вследствие присутствия особенностей, не предусмотренных нормой. Судья осуществит справедливость, если согласует вполне свое решение со всеми особенностями случая, который он разрешает. Он должен применить норму именно в той степени, в которой случай характеризуется типичными свойствами, служащими основанием нормы (индивидуализация решений). Но такое полное соответствие легко может не наступать иногда по умыслу судьи, гораздо чаще вследствие его ошибки, причем возможности этой последней обусловлена или его личными качествами, или общими условиями его деятельности. Так, формальная теория доказательств или установление необходимого минимума, ниже которого не может опуститься судья, определяя наказание виновному, всегда действуют неблагоприятным образом. Кроме того, вследствие несовершенства всего человечества, существует всегда предел, далее которого не в состоянии простирается пронизательность самого лучшего судьи, при самых лучших условиях его деятельности.

Что сказано здесь о судебной деятельности, то, очевидно, применимо и к деятельности других правительственных органов. По отношению к ним в каждом развитом обществе существует такое же мерило справедливости их решений, какое замечено нами относительно суда.

66. Значение научных выводов относительно будущего правового порядка

Люди склонны верить, что справедливость, которая не осуществлена в настоящем, когда-либо осуществится в будущем. Отсюда справедливость всегда приобретает характер идеала, к которому стремится история; справедливость как бы рисует будущий правовой порядок. Но ее не следует смешивать поэтому с выводами, которые делает относительно того же предмета наука. Различие заключается здесь в способе происхождения и степени достоверности обоих явлений. Справедливость служит обыкновенно непосредственным выражением желаний и стремлений того или иного круга людей без отношения к тому, насколько эти желания и стремления осуществимы. Напротив, в научных выводах о будущем правового порядка обращается существенное внимание на этот последний пункт. Наука, строя свои предположения о будущем, принимает в соображение и существующие представления о справедливости, но смотрит на них только как на факторы, которые должны сыграть свою роль в образовании будущего порядка вещей. Научное предположение о будущем легко может стать вразрез с господствующими представлениями о справедливости; оно может стать вразрез даже со справедливостью как она является воззрению самого исследователя, строящего предположение. Так, например, какие-либо основания приводят его к заключению, что в данной стране правовой порядок движется регрессивно и неминуемо приближается к разложению, к состоянию хаоса и деморализации, картина, которая вовсе не отвечает взглядам этого исследователя о наиболее справедливом порядке.

С другой стороны, если правовой порядок, который рисуется научными предположениями о будущем, не тождествен со справедливостью, то не надо придавать ему одинакового значения с действующим порядком и заодно с ним причислять к предмету научного правоведения. Основной предмет науки всегда образуется какой-либо группой однородных явлений, которые существуют или существовали реально. Наука изучает их свойства и законы. Явления, которые только могут существовать, делаются достоянием науки лишь тогда, когда [она] в состоянии угадывать или предсказывать их с точностью, еще недоступной для социальных наук. До тех пор эти явления составляют только предмет догадок и предположений, более или менее удачных, подчас основанных на научных (но несовершенных) данных. Во всяком случае, какова бы ни была степень вероятности, которой обладают предположения, относящиеся к означенным явлениям, эти явления не принадлежат к области основного предмета науки до тех пор, пока не совершатся. Явление, которое не совершилось, не способно служить материалом для достижения основной ее цели.

Основная цель науки заключается в изучении свойств и законов явлений. Служить этой цели может только изучение совершившихся явлений, насколько они доступны изучающему. Поэтому явления, только

ожидаемые в будущем, входят в состав основного предмета науки лишь тогда, когда переходят в действительность. Действительностью следует признавать только самую возможность этих явлений.

67. Результаты

Из всего приведенного видно, что предмет правоведения – правовой порядок – не следует смешивать ни с юридическими нормами, ни со справедливостью, ни с правовым порядком будущего времени, как представляется он нам в научных предположениях и догадках. Правовой порядок есть существующий или существовавший порядок отношений; названные же нами явления составляют лишь некоторое состояние идей – совокупность представлений о порядке, который должен быть, которого желают, который считают возможным, но который не совпадает с существующим или существовавшими порядками. Это состояние идей всегда может стать более или менее могущественным фактором в образовании действующего порядка отношений, но без особой критики не должно быть принимаемо за его непосредственное выражение и несомненное свидетельство о его существовании. Таким образом, наши определения отличаются от обычных определений. Обыкновенно думают исчерпать предмет правоведения, определив право в субъективном (единичном) и объективном (собирательном) смысле. Право в субъективном, или вернее единичном, смысле есть право в смысле отношения; его определение поставлено нами на первый план и разработано в пяти предшествующих главах. Под правом в объективном (собирательном) смысле понимают совокупность юридических норм. Мы должны были отодвинуть юридические нормы на второй план, поставив на их место правовой порядок. Юридические нормы должно считать лишь некоторым атрибутом правового порядка, точнее говоря, фактором в процессе его исторического образования. Под правом же в собирательном смысле надо разуметь правовой порядок.

3. Право как защищенный порядок

68. Разъяснение

Каждое отношение может быть предметом нескольких санкций: юридической, моральной, обычаев и приличий. Так, например, кто-нибудь, *A*, имеет притязание получить с другого лица *B* какую-либо сумму денег, и *B*, в соответствии с этим притязанием, считает себя обязанным к уплате такой суммы. Как притязание *A*, так и осознание *B* своей обязанности могут исходить из различных источников: *A* основывается на соображениях права или морали, или на обычаях и приличиях. В свою очередь *B* считает себя обязанным или ввиду возможности подвергнуться судебному преследованию, или из нежелания подвергнуться моральному осуждению, или, наконец, потому что считает неприличным не заплатить денег в данном

случае. Далее, каждое отношение может быть предметом нескольких санкций одновременно. *A* основывает свое притязание, а *B* в свою обязанность одновременно на нескольких из перечисленных выше оснований. При таком сочетании санкций значение каждой из них может быть различным.

Многие лица, например, имеют привычку выполнять неукоснительно обязательства, принятые ими на честное слово. Такое выполнение обусловлено исключительно сочетанием известных соображений морали и приличий, хотя очень часто выполняемое обязательство обладает и юридическим характером. Наконец, помимо всего сказанного, многие отношения обуславливаются по преимуществу известными личными привычками и наклонностями, между которыми первое место принадлежит хорошо развитому чувству долга. Многие отношения, в которых мы состоим, могут находить свое оправдание и в праве, и в морали, и в приличиях, и в обычаях; но мы соблюдаем их не думая, просто потому что привыкли их соблюдать, считаем это должным, без всякой связи с какой-либо санкцией, с каким-либо принуждением.

Надо включать каждое отношение в область права ровно настолько, насколько его существование обусловлено именно юридической защитой. Если отношение сопровождается юридической защитой, но существует и осуществляется без ее влияния, то ошибочно почитать такое отношение правовым. К праву не принадлежит все то, что соблюдается из приличия, из нравственности, из привычки, из обычая, из чувства долга, без внимания к факту юридической защиты.

Соблюдаемое таким образом обладает обыкновенно особенной прочностью, но именно потому оно не образует права. Правовое и прочное не одно и то же. Все значение юридической защиты заключается в том, что она упрочивает отношения, еще не прочные; если же они прочны без ее содействия, то она теряет свое значение, и отношение должно исключить из права. Может произойти, что прежде юридическая защита была нужна для существования отношения, а потом стала ненужной. В таком случае отношение, бывшее прежде правовым, потом потеряло это качество. Форма правового существования не есть постоянная принадлежность отношения; она только одна из форм его последовательного развития. Было бы нелепо настаивать на правовом состоянии отношения, когда оно успело уже достигнуть состояния более высшего. Таким образом римский юрист объявляет, что истец, которому ответчик предлагает добровольно часть должного, должен быть принужден судом к принятию этой части, ибо на обязанности суда лежит забота об уменьшении числа тяжб. Юрист настолько доволен появлением нового, высшего фактора, который высказался в добровольной уплате части долга, что жертвует некоторыми выгодами и удобствами кредитора, лишь бы устранить относительно низший фактор – юридическую защиту.

Разумеется, совершенно невозможно исполнить вышеуказанный анализ касательно не только всех, но сколько-нибудь значительной части существовавших и существующих отношений. Но, что невозможно относительно отдельных отношений, то доступно по отношению к целым институтам. Общий характер института поддается исследованию настолько, что можно определить с приблизительной точностью, какую роль в существовании института играет юридическая санкция. Мы слышим, например, что в древнейшем Риме существовало юридическое правило, по которому, в случае отсутствия наследников, каждый имел право захватить никем не принятое наследство и приобрести его в собственность относительно в короткий срок (*usucapio pro herede*). Принимая во внимание, что в случаях подобного захвата интересы приобретателя неминуемо сталкивались с интересами родичей умершего и его кредиторов, обращая внимание также на степень развития родовой связи в то время, мы принуждены заключить, что свобода захвата, по смыслу вышеприведенного правила, неограниченная, на самом деле должна была стесняться порядком, который был обусловлен родовой связью и интересами кредита того времени.

Каждый имел право захватить наследство, но далеко не каждому это дозволялось обычаями, а может быть и моралью того времени.

И с таким столкновением юридической свободы действий, с моральными и иными ограничениями, мы встречаемся на каждом шагу. Исследователь должен определить силу, авторитет этих ограничений для того, чтобы решить, отнести ли случаи проявления означенной свободы на счет юридической санкции или на счет отсутствия протеста со стороны морали и т. п. Наоборот, юридическая санкция может быть солидарна с санкциями другого рода. Так, например, убийство оскорбителя в момент оскорбления вызывается инстинктивно чувством чести, требуется часто обычаями и приличиями, допускается обыкновенно правом. Но, очевидно, что совершается такое убийство, главным образом, под влиянием первых двух факторов.

69. Учение Савиньи о природе обязательств

Учение Савиньи о природе обязательств содержит положение, которое служит ярким примером ошибки, вызванной игнорированием того, что сказано нами в предыдущем параграфе. Савиньи полагает, что отношения лиц, вступивших в обязательство, представляются в виде двух различных деятельностей: одна состоит в исполнении обязательства со стороны должника, другая в вынуждении, требовании со стороны верителя. Но из двух деятельностей главное значение принадлежит первой, деятельность же верителя имеет второстепенное значение. По мнению Савиньи, в обязательстве, как и во всяком другом правовом отношении, нормальным, естественным считается добровольное признание и исполнение права; борьба, которая вызывается отказом должника от исполнения (вынуждение, иск), служит только для устранения ненормального состояния.

Нам нечего прибавлять к сказанному в § 68 для того, чтобы обнаружить всю ошибочность этого рассуждения. Если обязательство не соблюдается добровольно, а должник принуждается к этому лишь силой юридического вынуждения, то, наверное, мы имеем дело с правом. Если же обязательство исполняется добровольно, то надо разобрать, проистекает ли это из одного страха юридического принуждения или также от других причин. Их присутствие выводит отношение вполне или отчасти из области права.

Савиньи думает, что его точка зрения объясняет непосредственно одно важное правило. Именно по римскому праву добровольное исполнение по обязательству прекращает начатый судебный процесс, в какой бы стадии он ни находился, даже тогда, когда состоялась *litis contestatio*, т.е. тогда, когда, собственно говоря, обязательство перестало существовать юридически, заменившись новыми отношениями по процессу. Таким образом, исполнение составляет как бы центр тяжести всего обязательства. Но приведенное правило объясняется гораздо проще иным образом. Конечная практическая и культурная цель права состоит в образовании в людях склонности к добровольному исполнению своих обязанностей. Как скоро эта цель реализуется, всякий процесс становится излишним вместе со всеми своими юридическими последствиями. К их числу относятся особенности в действии *litis contestatio*, а потому исчезают и они. То обстоятельство, что в римском праве добровольное исполнение обязательства прекращало процесс вопреки состоявшейся *litis contestatio*, свидетельствует, что римские юристы умели, когда было нужно, пожертвовать формализмом в интересах практической стороны дела.

70. Ближайшее определение предмета правоведения

Если одно и то же отношение, а тем более один и тот же институт, находятся постоянно под воздействием многих санкций и стимулов, если юридическая защита движет миром отношений совместно со многими другими влияниями, то надо заключить, что правовой порядок не существует отдельно как конкретное целое, но составляет элемент одного общественного порядка.

Мы можем определить этот элемент только ссылкой на причину, его производящую, т.е. ссылкой на юридическую защиту. Правовой порядок есть элемент общественного порядка, произведенный юридической защитой.

Но если предмет нашего изучения определяется как произведение известной причины, то это означает только, что на самом деле мы изучаем саму причину. Мы должны сказать, что предмет правоведения юридическая защита отношений.

Итак, будучи поставлено на положительную почву, правоведение представляется отделом социологии, который посвящен изучению юридической (организованной) защиты, как одной из важнейших функций социального организма.

Новгородцев П. И.

ВВЕДЕНИЕ В ФИЛОСОФИЮ ПРАВА. КРИЗИС СОВРЕМЕННОГО ПРАВОСОЗНАНИЯ¹

ХII. Границы народной воли. Права личности

В учении Бентама в основу идеи народного суверенитета был положен тот закон числа, который считают иногда существенным определением этой идеи. В этом виде теория народовластия стала более близкой к действительности, но вместе с тем и более доступной для некоторых принципиальных возражений. Когда выяснилось, что общая воля есть, в сущности, воля большинства или тех, которые умеют заставить признать себя за большинство, мечте о безусловной справедливости этой воли был нанесен серьезный удар. Пока вопрос стоял на той исторической и конкретной почве, на которой он представлялся Сиейесу и Мирабо, казалось бесспорным, что справедливость на стороне обездоленной массы, а не привилегированного меньшинства. Но этим чисто временным противопоставлением большинства и меньшинства нельзя было ограничиться; вопрос имел более общее значение, и заслуга Бентама заключалась в том, что он дал проблеме господства большинства отвлеченную постановку. Только в этом виде она и могла получить надлежащее освещение.

Одновременно с тем, как теория вывела свои последние заключения из идеи общей воли, и на практике выяснились возможные последствия применения этой идеи. Великая заатлантическая республика ранее европейских государств успела утвердить у себя демократический строй. Здесь всего лучше можно было оценить, что дает теория народовластия, и именно от этого опыта жизни отправляется та замечательная критика демократии, которую мы находим у Токвиля. Классическое сочинение французского писателя «Демократия в Америке» представляет собою как бы поворотный пункт в теории народной воли: здесь с особенной яркостью высказывается требование ограничения народовластия некоторыми высшими принципами. Никто иной, как Милль, отмечает в своей автобиографии, что для него знакомство с книгой Токвиля было началом переворота в политических воззрениях. Авторитет Токвиля, которого он назвал однажды «Монтескье нашего времени», затмил в его представлениях другой доселе первенствовавший для него авторитет Бентама. Тот принцип, который вносил французский писатель, заключался в признании, что «над волей народной стоит справедливость, ограничивающая права каждого народа». По существу, тут не было ничего нового: мы указывали выше, что

¹ Новгородцев П. И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания. Москва, 1996. 269 с.

у Монтескье объективный принцип справедливости ставился выше всяких положительных законов и соглашений. С другой стороны, в то самое время, как в конституциях революционной эпохи провозглашался принцип суверенной воли народа, рядом с ним ставился принцип неотчуждаемых прав личности. Декларация прав стояла в несомненном противоречии с идеей народного суверенитета, но это противоречие оставалось незамеченным.

Значение Токвиля заключается в том, что он расчленил идеи, представлявшиеся слитными, и, не отрицая ни демократии, ни демократической теории, внес в нее необходимые ограничения. «Встречаются люди, – замечает он, – которые не боятся говорить, что народ в интересах, относящихся собственно к нему, не может выйти из границ справедливости и рассудительности и что вследствие этого неопасно предоставить большинству, представляющему собою народ, неограниченную власть. Но это язык рабов. Разве большинство не есть индивидуум, который имеет убеждения и чаще всего страсти, противные другому индивидууму – меньшинству? Если вы верите, что человек, облеченный неограниченной властью, может употреблять эту власть во вред своим противникам, отчего же вы не хотите допустить, что так же может поступить и большинство? Разве люди, соединяясь имеете, изменяют свои характеры? Между тем, – рассуждает далее Токвиль, – нет на земле власти, до того сильной в самой себе, или облеченной до того священными правами, что ей можно было бы дозволить действовать без контроля и господствовать без препятствий. Итак, когда я вижу, что право делать все предоставлено какой-нибудь власти, народу или королю, демократии или аристократии, правительству монархическому или республиканскому, то я говорю: там заключается зародыш тирании, я же хочу жить под другими законами».

Те законы, под которыми хотел жить Токвиль, должны были прежде всего следовать справедливости и охранять права личности против неограниченной власти, кому бы она ни принадлежала. Как говорил впоследствии Милль, «власть большинства благодетельна, поскольку она применяется для защиты, а не для нападения и поскольку проявление ее умеряется уважением к личности и к превосходству развитой интеллигенции». Такова существеннейшая поправка к теории народовластия, которая была внесена в эту теорию политической мыслью XIX века. Наряду с Токвилем и Миллем целый ряд писателей высказался в том же направлении. Гер, Спенсер и Мэн, Кальгун, Бенжамен Констан, Гизо, Лабуле, Дюпон-Уайт, а в последнее время Еллинек – все развивали ту же мысль, что неограниченное господство большинства есть гнет и деспотизм и что этому господству должны быть положены необходимые границы. Развивая это положение, Еллинек справедливо замечает, что если противопоставляют власти большинства право меньшинства, то под этим

правом, в сущности, следует разуметь право личности: «Существование признанных прав отдельной личности служит непреходимой границей воле большинства; личности, а вместе с тем и меньшинству должно принадлежать право протеста против всяких попыток большинства вторгнуться в изъятую из его ведения область». Таким образом, когда требуют ограничения общей воли и принципа большинства, это делается во имя того начала, которое мы должны признать безусловным и священным, – во имя человеческой личности. Как хорошо говорит по этому поводу Н. А. Бердяев: «Когда личность и свобода ее ставятся в зависимость от воли людей, когда признается суверенность какого бы то ни было человековластия, личность теряет свой абсолютный характер, а права ее на свободу падают от случайных человеческих желаний, от человеческой субъективности, от человеческих страстей. Тогда субъективная воля пролетариата ли, царя ли, или иной человеческой власти может лишиться личность и свободы совести, и права на жизнь, и всякого права». Но идея личности есть не только граница, но вместе с тем и норма, и основание народной воли. Если бы предположить, что не большинство, а вся совокупность данного союза согласилась сделать постановление, противоречащее идее неотчуждаемых прав личности, это несправедливое решение не стало бы справедливым от общего согласия с ним всех. Если большинство имеет право лишь настолько, насколько оно согласуется с идеей человеческой личности, то ведь это значит также, что эта идея является для него руководящей нормой. Воля народная сама по себе не может быть нормой, ибо она является лишь возможностью желаний, достоинство которых определяется их целью, а не их распространенностью. Стоит отринуть понятие об этой цели, и мы придем к необходимости узаконить произвол субъективной и изменчивой человеческой воли; и все равно, будет ли это воля индивидуальная или коллективная, воля личная или народная, она не может быть источником твердых норм, если она сама не признает над собою какой-либо высшей и твердой нормы. А в общественных отношениях такой нормой может служить лишь то начало, которое является нравственной основой человеческого общения, т.е. начало личности.

Если до сих пор, исследуя вопрос в его практическом значении, мы пришли к убеждению в недостаточности и отвлеченности принципа народовластия как организующего принципа государственной жизни, теперь этот вывод подтверждается для нас с философской точки зрения. Народный суверенитет в качестве морально-политического принципа оказывается не основным, а производным. Для того, чтобы явиться определяющим началом государственной жизни, принцип народной воли должен и философски войти в сочетание с более основными началами и от них получить свое определение.

Но какое же значение имеет, однако, принцип народной воли или, точнее говоря, принцип большинства? В каком смысле он является решающим в политике? Иначе говоря, на чем основаны в решениях преимущества большинства перед меньшинством? Отвечая на это, говорят обыкновенно, что предоставление решающего голоса меньшинству перевернуло бы весь нормальный порядок общественной жизни: «Это было бы извращением отношений, – говорит Еллинек, – если бы придавать в палате или общине голосу меньшинства большую цену, нежели голосу большинства» Но ведь это прежде всего потому, что меньшинство ничуть не более чем большинство имеет шансы быть на стороне справедливых решений. Предоставление власти меньшинству и предпочтение его мнений перед мнениями большинства имело бы смысл только тогда, если бы меньшинство почему-либо имело преимущество правильных решений. Между тем численный перевес решающей группы имеет значение, если не как показатель справедливости ее мнений, то как основание для определения количества интересов, связанных с данным решением. Количество интересов – не принцип, но это фактор, с которым приходится считаться. Этот фактор имеет значение не только как опора для прочности данного решения, которое будет тем сильнее, чем на большее количество лиц оно будет опираться; но также и как основание для внутреннего содержания данного решения, которое будет тем более общим и широким, чем более широкий круг лиц оно охватывает своим охраняющим авторитетом. Если бы оно могло охватить в своем содержании всех, согласить все интересы и желания, оно было бы наиболее широким и всеобъемлющим; это придавало бы и его содержанию характер исчерпывающей полноты. При невозможности этого достигнуть приходится довольствоваться приближением к такому примиряющему единству. Однако интересы и желания какого угодно числа лиц не создают справедливых норм, а являются только необходимыми данными при установлении этих норм как материал, подлежащий определению. Отсюда понятно, что численный перевес решающего большинства сам по себе не имеет абсолютного значения и лишается нравственного оправдания каждый раз, когда становится в противоречие с принципом личности.

Указав отношение принципа личности к понятию общей воли, мы не выяснили, однако, еще того значения, которое в этой связи понятий имеет идея народного суверенитета. Для того чтобы это сделать, нам надо подвести итоги предшествующему анализу и вывести из него необходимые заключения. Эти заключения послужат вместе с тем и заключительным ответом на вопрос о принципиальном значении теории общей воли и народного суверенитета.

ХІІІ. Заключение. Необходимость перехода от принципа народного суверенитета к принципу личности

Теория народного суверенитета и связанная с ней теория общей воли в своем историческом происхождении были противопоставлены идее независимости власти от общественного мнения, идее власти милостью Божией. Практическое значение доктрины Руссо становится для нас особенно понятным, когда мы противопоставляем ее учению монархического абсолютизма. Сторонники абсолютизма, как, например Боссюэ, считали единственной гарантией законности страх Божий, ответственность монарха перед Богом; какие-либо ограничения власти со стороны народа, со стороны человеческих учреждений и законов они признавали излишними и даже невозможными. Вот этому взгляду и является противоположностью доктрина «Общественного договора». Руссо требовал не только подчинения, но и слияния власти с народом. Он не видел возможности осуществить справедливые законы иначе, как через народ, через господство народной воли. Юридическим выражением этого взгляда и являлась теория народного суверенитета. Надо сделать так, чтобы народная воля была суверенной, чтобы голос народа был неизменным источником всех властей и законов. Для того чтобы быть справедливой, верховная власть должна совпадать с народом так, чтобы каждый гражданин в одно и то же время и властвовал, и подчинялся и чтобы все пребывали в неизменной гармонии общих воззрений. Это требование, как уже было разъяснено выше, заключало в себе глубокую мысль – о необходимом объединении отдельных элементов народа в некотором высшем общении интересов и стремлений. Это была мысль о единстве народа как целого и как нравственной основы государственного союза. Отсюда вытекало отрицание независимости власти от народа, равно как и отрицание несправедливого предпочтения одних элементов народа перед другими.

Для тех, кто становился на почву этих идей, возникал, однако, с необходимостью вопрос: как облечь вытекающие из них требования в положительную практическую форму? Революционная доктрина, которая встретила с этим вопросом, должна была внести в исходные положения Руссо существенные поправки. Для нее было ясно, что сделать народную волю суверенной, как хотел того Руссо, невозможно: нельзя достигнуть всеобщего и исчерпывающего самообнаружения народной воли и нельзя осуществить полное слияние власти с народом. Для государства нужна организация, нужно выделение органов власти из среды народа, и потому следует требовать не совпадения власти с народом, а зависимости власти от народа. Таким образом теория народного суверенитета получила новое выражение, согласно которому все власти должны исходить от народа. Уже тогда это неопределенное понятие исхождения, эманации было разъяснено

в том смысле, что оно обозначает пользование властью в интересах народа. Такое толкование, принадлежавшее Мунье, не было распространенным, но во всяком случае общим было сознание, что народный суверенитет не есть фактическое господство народной воли, а лишь идеальное или нравственное ее влияние. Короче говоря, уже тогда народный суверенитет из возможного факта был превращен в абстрактную идею и вместо юридической силы получил лишь нравственное значение.

Но при таком обороте понятий возникал новый вопрос: если народный суверенитет есть не более как идея, выражающая нравственную зависимость власти от народа, то правильно ли сохранять для этой идеи название народного суверенитета. Если на самом деле верховенство народа обозначает не реальную власть, а лишь нравственную санкцию, то очевидно, выражение «народный суверенитет» следует понимать не в подлинном, а в переносном смысле. Это, собственно, не верховенство власти, а нравственный авторитет. Но в таком случае все выражение совершенно утрачивает характер точного юридического термина и превращается в неясную литературную фигуру.

Согласно толкованию новейшего сторонника идеи народного суверенитета, Эсмена, «признать, организовать и уважать народный суверенитет – это значит дать общественному мнению, этой высшей силе точное выражение, юридическое значение, законный авторитет». Как и у Руссо, народный суверенитет обозначает для Эсмена господство общей воли, но еще ярче и решительнее, чем у ближайших последователей этой доктрины, выступает у Эсмена несоответствие между этими двумя идеями. Менее всего понимает он под народным суверенитетом прямое и непосредственное господство народа. «Закон прежде всего есть норма справедливости и общего блага, и та система управления лучше, которая более способна обеспечить издание законов справедливых, полезных, рациональных». На этом основании Эсмен предпочитает представительство референдуму. Но нельзя не согласиться с Дюги, когда он говорит, что из этих оснований никоим образом не следует признание суверенной народной воли; отсюда вытекает только обязательство для власти действовать в согласии с общественным мнением. Дюги прав, когда он настаивает на различии, с одной стороны, авторитетного общественного мнения, а с другой – суверенной народной воли. Понятия эти не совпадают, и, вопреки утверждению Эсмена, второе понятие не может быть признано точным юридическим выражением первого. Для выражения идеи зависимости власти от народа в настоящее время юристы пользуются другими понятиями, более скромными, но и более отвечающими своей цели, – понятием о народе как о субъекте государственной власти, понятием о юридической личности государства и т.п. Но если эти последние понятия могут быть признаны удовлетворительными с точки зрения юридической конструкции, то они

совершенно непригодны в качестве философского обоснования. Идея народного суверенитета имела не только юридическое, но также и философское и этическое значение. Она давала морально-философское обоснование правового государства. Чем же должна быть она заменена с этой стороны?

Этическое начало, заключавшееся в теории народного суверенитета, мы выразили выше как признание зависимости власти от народа. Но что означает зависимость от народа? С самого начала и до настоящего времени с этим понятием связывали двоякий смысл: одни имели в виду обязанность действовать в общем интересе, другие – необходимость сообразоваться с общей волей. Понятия эти нельзя признать безусловно совпадающими: бывают обстоятельства, при которых можно управлять в общем интересе и вопреки общей воле и наоборот. С другой стороны, представления отдельных групп как об общем интересе, так и об общей воле также не совпадают между собою. Каждое из отдельных направлений заявляет обыкновенно, что оно лучше других понимает общий интерес и общую волю, и все они опираются в конце концов на известные идеальные представления, которым они себя подчиняют и признания которых они требуют от других. Для того чтобы избавить эти заявления от произвола субъективных толкований, необходимо открыть заключенный в них объективный элемент. В этом и заключается задача философского обоснования правового государства. Но высшей нормой, которая должна быть принята при этом во внимание, может быть только то начало, которое является нравственной основой общественности. Такой основой служит принцип личности, и те требования, которые выводились ранее из идеи народного суверенитета, на самом деле должны быть выведены из этой основной нормы общественных отношений. Так, если теория народного суверенитета требует признания зависимости власти от народа, то это требование получает свое высшее оправдание в представлении о народе как о союзе свободных и равноправных лиц, как о нравственном единстве. Если теория народного суверенитета требует далее устранения привилегий и неравенств, то и это опять-таки находит свое последнее обоснование в идее равенства граждан как лиц. Равным образом и все другие требования, которые связываются с этой теорией, могут быть выведены из того же начала личности.

Издавна понятие естественного права, поскольку оно относилось к понятию личности, соединялось с двумя основными принципами: свободы и равенства. К этому сводила их и теория «Общественного договора» Но в предположениях Руссо свобода, равенство, народный суверенитет – все это совпадало в гармоническом единстве. Вопрос, который сам собою ставится для последующего изложения, состоит в определении взаимоотношения этих начал. Но для этого надо войти в обсуждение самого принципа личности. Простым указанием на этот принцип мы никак не можем считать

наш анализ исчерпанным; напротив, здесь-то и начинается ряд новых вопросов. Не только требования, вытекающие из понятия личности, но и самое понятие личности в наше время представляется иным и несравненно более сложным, чем в эпоху Руссо. И здесь совершилось то же усложнение проблем, которое характеризует все новейшее движение в области политики и права и которое заставляет нас говорить о кризисе современного правосознания.

Петражицкий Л. И.

ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА В СВЯЗИ С ТЕОРИЕЙ НРАВСТВЕННОСТИ¹

Об элементах права

§ 22. Элементы права с психологической и с проекционной точки зрения

Знание природы сложных предметов или явлений предполагает знание их состава, элементов, из которых они состоят. Сообразно с этим выше при определении природы этических явлений в общем, как общего рода, обнимающего право и нравственность, были указаны общие элементы этих явлений:

- 1) этические эмоции;
- 2) представления:
 - a) объектные, объектов обязанностей,
 - b) субъектные,
 - c) релевантных фактов,
 - d) нормативных фактов.

Затем, при образовании понятий нравственности и права путем деления этических явлений на две разновидности были указаны элементы переживаний того и другого вида и специфические различия эмоционального и интеллектуального состава права и нравственности.

При этом оказалось:

1) Основное различие между нравственностью и правом состоит в различии соответствующих импульсов, эмоций, которые в области нравственности имеют чисто императивный, а в области права императивно-атрибутивный характер.

2) Этому различию соответствует различие интеллектуального состава, состоящее в том, что в области правовой психики интеллектуальный состав сложнее, имеет парный характер; наряду с представлениями субъектов обязанностей здесь имеются представления субъектов прав, наряду с представлениями объектов обязанностей — представления объектов прав.

В настоящее время ни в науке права, ни в науке нравственности такого учения об элементах этических явлений вообще и нравственных, и правовых в частности не существует; и оно не могло возникнуть, независимо от других причин, уже вследствие того, что не было известно существование моторных раздражений, импульсов как особого класса психических явлений, их свойств, методов открытия и познания и т.д.

¹ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Санкт-Петербург. 2000. 608 с.

Но в науке права существует нечто, в известной степени соответствующее и параллельное изложенному учению об элементах права в виде учения о так называемом праве в объективном смысле, о нормах права и их элементах, гипотезах и диспозициях, и о так называемом праве в субъективном смысле, о правоотношениях и их элементах: обязанностях, правах, их субъектах и объектах.

Главная разница состоит в том, что предложенное выше учение об элементах правовых явлений касается реальных элементов правовых явлений; господствующее же учение исходит из проекционной точки зрения и сообразно с этим представляет себе подлежащие элементы находящимися не там, где они действительно имеются, в сознании переживающего правовые явления и соответствующие проекции, а рассеянными в пространстве, во внешнем по отношению к переживающим правовые явления мире.

В науке о нравственности вообще не существует до сих пор сколько-нибудь развитого учения об элементах нравственности, так что в этом отношении эта наука отстала от правоведения. Это находится в связи с тем, что правоведение, сообразно императивно-атрибутивной природе права и связанной с нею унификационной потребности и тенденции, склонно к ясным и точным различиям и разграничениям и сообразно с этим к разложению сложных величин на ясно различенные и определенные элементы, между тем как моралистам чужда такая тенденция и даже, сообразно уместности в морали свободной растяжимости представлений, господствует привычка и склонность к туманным и неопределенно-растяжимым представлениям и рассуждениям.

Для ориентирования в юридической литературе и сознательно-критического отношения к ее общетеоретическим и специальным учениям в области отдельных правовых дисциплин необходимо ознакомление с главным содержанием упомянутого учения об элементах права и его недостатками.

Настоящая глава посвящена главным образом критическому обзору подлежащих учений и, в связи с этим, дополнению и подкреплению изложенного уже выше об элементах правовых (и нравственных) явлений.

Сообразно различию с господствующей (проекционной) точки зрения двух сторон или элементов права: права в объективном смысле или объективного права, т.е. норм права, и права в субъективном смысле или субъективного права: правоотношений, обязанностей и прав, существующее учение об элементах права распадается на два: учение о праве в объективном смысле и учение о праве в субъективном смысле.

Учение о праве в объективном смысле

§ 23. О природе и функциях норм права

Право в объективном смысле или объективное право определяется обыкновенно как совокупность норм права. Совокупности норм права, регулирующих известный специальный вид отношений, называют институтами права, например, говорится об институте брака, институте права собственности, отеческой власти и т.п. Совокупность институтов, относящаяся к известной обширной области отношений или обнимающая все (официальное) право данного народа или (позитивное) международное право, называется системой соответствующего права, например, система гражданского, уголовного права, система русского права, международного права.

Что касается понятия и выражения «норма», то оно встречается в разных науках, не только о праве и нравственности, в смысле правил поведения вообще, например, и правил техники, гигиены и т.п. оппортунистических правил, правил целесообразностей (т.е. в более широком смысле, чем тот, который был связан нами выше с этим выражением в качестве условного специального термина). Так как обыкновенно предполагается, что все правила поведения суть правила целесообразности, то иногда к определению норм как правил поведения добавляются указания, что они обусловлены той или иной целью, имеют в виду определенную цель и т.п. (хотя это в понимании авторов таких определений плеоназм, ибо иных правил поведения они не знают).

Под нормами или «императивами» в области права (или под «социальными» нормами вообще, куда относят обыкновенно кроме норм права нормы нравственности и нравов) господствующее мнение разумеет такие правила поведения, которые являются «выражением воли одних по адресу других» или просто «велениями». Иногда при этом указывается, что императивы или нормы непременно предполагают наличие большей силы на стороне повелевающего. По мнению Иеринга, который различает конкретные веления и абстрактные и (как, впрочем, и многие другие авторы) под нормами или императивами разумеет только общие правила, абстрактные веления (права, нравственности и нравов), «императив имеет смысл только в устах того, кто имеет власть наложить на чужую волю такое ограничение; это более сильная воля, которая предписывает поведение более слабой воле».

Нормы или веления делят на положительные веления, приказы, веления в узком смысле, веления совершить что-либо, требования положительных действий, и отрицательные веления, запрещения, требования воздержания от известных действий.

В науке права идет, впрочем, спор о том, можно ли все право в объективном смысле сводить к велениям и запретам или нельзя. Некоторые

утверждают существование наряду с велениями и запретами еще других видов правовых норм (или, разумея под нормами только веления и запреты, других видов правовых положений). Сюда относятся:

1. Так называемые «отрицательные нормы» (*verneinende Rechts – satze*). Под отрицательными правовыми положениями разумеют такие, которые указывают, что с известными фактами не связываются известные юридические последствия (обязанности, права); например, договоры малолетних не имеют силы, недействительны, деяние, совершенное в состоянии беспамятства, не влечет за собой наказания. Аналогичны с отрицательными – отменительные законы, например, законы, отменяющие рабство, крепостное право, пытки и проч.

2. Так называемые «определятельные или объяснительные нормы» (*begriffsentwickelnde, deklaratorische Rechtssatze*), положения, заключающие в себе определения каких-либо понятий, встречающихся в других статьях закона, или иные пояснения или более подробные определения относительно тех или иных элементов других повелительных или запретительных норм; например, рядом со статьями законов, определяющими наказания за те или иные преступления, встречаются статьи, содержащие определения подлежащих преступлений; рядом со статьями, указывающими обязанности заключивших известный договор, имеются в законе определения этого договора, указания относительно формы его совершения, необходимой для признания его действительным, и т.п.

3. Так называемые дозволительные нормы (*erlaubende Rechts – satze*), заключающие в себе известное дозволение, предоставление известного правомочия; обычные примеры: собственник может пользоваться вещью по усмотрению, заключивший договор может требовать исполнения договора и т.п. Некоторые говорят не о дозволительных, а о предоставительных нормах или «предоставлениях» (*gewahrende Rechtssatze, Gewahrungen*).

Разногласия относительно сведения норм права к велениям и запретам имелись, по-видимому, уже в древнеримской юриспруденции. Так, например, Цицерон характеризовал право как существующие у народов веления и запреты. Напротив, римский юрист Модестин сверх повелительных и запретительных законов признавал еще существование норм дозволительных и карательных. В послеримской науке права долгое время следовали авторитету Модестина, различая таким образом четыре категории норм. В XIX столетии было признано, что карательные нормы представляют повелительные нормы, заключая в себе повеления судам наказывать преступников, но возник большой спор по поводу указанных выше других видов норм. Сторонники сведения всех норм к велениям и запретам пытаются доказать, что не признаваемые повелительными со стороны противников нормы о правах собственника сводятся к запретам, обращенным к не-собственникам, препятствовать собственнику пользоваться вещью и т.д., или не имеют самостоятельного значения,

представляют добавочные пояснения к главным положениям, подлинным нормам и т.п. Иногда вопреки традиционной аксиоме о том, что право регулирует только внешнее поведение, указывается на то, что так называемые объяснительные и т.п. нормы заключают в себе веления понимать другие нормы в таком-то смысле, вообще повеления относительно соответствующей умственной деятельности. Противники не соглашались с этими аргументами и утверждают, например, что дозволение или предоставление нечто иное, нежели запрещение по адресу других и т.д.; и спор не подвигается к разрешению, так что некоторые авторы обходят его как бесплодный и безнадежный.

Подробное изложение аргументов с той и другой стороны представляется излишним, ибо весь спор и вообще все существующее учение о нормах покоится на существенных недоразумениях.

В основе его лежит прежде всего смешение норм с нормативными фактами позитивного права (понятия нормативных фактов в современной науке права не существует именно вследствие смешения их с нормами).

В области законодательного позитивного права действительно имеются разные повеления, запреты и иные изречения указанных выше видов; но это не нормы права, а только нормативные факты, факты, которыми определяются и на которые ссылаются соответствующие правовые мнения людей и подлежащие проекции, в том числе нормы.

Что эти факты, с одной стороны, и нормы, с другой стороны, представляют две принципиально различные, совершенно гетерогенные вещи, в этом, между прочим, юристам (и не зная интуитивного права, где вообще нет не только начальственных велений, но вообще никаких нормативных фактов, а равно разных других видов позитивного права, где нормативными фактами являются не веления и т.д., а совсем иного рода факты) не трудно было бы убедиться; достаточно было бы для этого обратить внимание хотя бы на то, что веления, запрещения и т.д. суть особого рода действия, поступки людей, например, монархов, членов законодательного собрания и т.д., явления, быстро преходящие, исчезающие, уже не существующие после произнесения соответствующих слов (в области устного законодательства, словесных повелений абсолютных монархов, словесных постановлений народного законодательного собрания и т.п.) или подписания соответствующего документа; между тем как нормы представляются (и обсуждаются самими же юристами, несмотря на смешение понятия их с понятием велений) как что-то длительно или постоянно существующее; так, законодательные повеления покойных законодателей – события бывшие, перешедшие в архив истории, между тем юристы говорят о соответствующих нормах как о чем-то продолжающем существовать и прочее. Правда, в области законодательства, в письменной форме, остается след от подлежащих действий – в виде соответствующих документов. Но до такой наивности,

чтобы за нормы права принимать эти документы, т.е. листы бумаги с чернильными пятнами или эти пятна на бумаге, юристы не доходят. Эти документы и письма играют только роль свидетельств (в форме символических знаков) о бывших фактах, о подлежащих действиях монархов или иных законодателей.

Уже выше было указано, что на основании одного законодательного изречения, взятого отдельно или в связи с другими, в правовой жизни и в частности в юриспруденции высказывается множество правовых суждений и утверждается существование множества правовых норм различнейшего содержания; в частности, например, из законодательного изречения, определяющего наказание за известное преступление (принимаемого ошибочно за норму, повелевающую суду соответственно наказать преступника), выводятся разные обязательные нормы и обязанности и для преступников, и для администрации, полиции, следователей, прокуроров и прочих, и прочих. И обратно, из двух или более законодательных изречений в совокупности выводится правовой психикой одна норма; например, целый ряд законодательных изречений содержит описание формы сделки и перечисление иных фактов, которые должны быть налицо, для того, чтобы известное лицо приобрело известное право по отношению к другому (релевантных фактов); и получается одна норма для поведения соответствующих лиц в случае наличия всего того, что указано во множестве статей законодательного сборника. Замечание в законе, гласящее, что такие-то, предшествующие или иные статьи закона распространяются и на такие-то случаи, на такие-то категории лиц и т.д., или не распространяются на такие-то категории лиц, на такие-то случаи и проч., является нормативным фактом, служащим основанием для отрицания существования множества норм, которые бы утверждались на основании иных статей в случае отсутствия упоминания о нераспространении (основанием для сокращения числа норм) или, напротив, для производства множества новых норм.

Нормативные факты в области законодательного позитивного права, изречения законодателя играют роль не только фактов, создающих позитивные нормы (т.е. вызывающих в психике людей соответствующие правовые суждения и проекции), но и уничтожающих, искореняющих из народной психики те или иные нормы (т.е. соответствующие правовые переживания и проекции). Законодательное объявление об отмене рабства, крепостного права, тюрьмы за долги, пыток, телесных наказаний, смертной казни и прочее суть нормативные факты, законодательные акты грандиозной и величайшей важности – в качестве фактов, искореняющих из правовой психики множество прежде имевшихся правовых убеждений, мнений и соответствующих проекций – норм.

Если в теперешнем учении о нормах, смешивающем законодательные постановления с нормами, так называемые отменительные или

отрицательные нормы изображаются как нечто несамостоятельное, неважное и т.п., то это сочетание двух крупных недоразумений. Как повелительные, так и отрицательные «нормы», в частности отменительные законы, на самом деле не нормы, а нормативные факты; но в качестве таковых отрицательные, в частности отменительные законодательные изречения, суть акты, имеющие самостоятельное значение, подчас величайшей важности, производящие коренные перевороты в праве, принципиальные революции в народной правовой психике, искореняя целые системы правовых убеждений, определявших прежний социальный строй, и т.д.

Такие нормативные факты, которые не создают, а уничтожают «нормы» (устраняют из области правовой психики прежние правовые убеждения, мнения и соответствующие проекции, приписывание обязанностей, прав, проекции норм), мы назовем условно нормоуничтожающими или отрицательными нормативными фактами, в отличие от действующих на правовую психику в противоположном направлении – нормосозидательных или положительных нормативных фактов.

Между прочим, многие нормоуничтожающие факты, сделав свое дело, очистив народную психику от соответствующих правовых убеждений, например, относительно права кровавой мести, пыток, господских прав помещика по отношению к крестьянам, лишаются затем всякого правового значения, так что, например, при составлении сборников действующих законов их незачем упоминать. Множество законов, например, относительно крепостного права, сожжения еретиков, ведьм и т.п. теперь нигде не приводится в новых кодексах, хотя их обратной отмены не было (и невозможно было бы совершить с правовым успехом, ибо народная психика к таким законам, восстанавливающим рабство и т.п., не отнеслась бы как к авторитетно нормативным фактам; законодательные веления можно было бы издать, но соответствующее право не появилось бы в народной психике).

Большинство нормосозидательных законов являются вместе с тем и нормоуничтожающими, потому что, создавая новое право, они тем самым устраняют прежнее право, нормировавшее те же области поведения.

Наряду с нормосозидательными и нормоуничтожающими фактами можно еще различать, как третью категорию, нормоизменяющие, модифицирующие право факты. Или, приняв во внимание, что изменение чего-либо сводится или к добавлению, созданию чего-либо, или к устранению чего-либо, или к сочетанию того и другого, можно все нормативные факты сводить к двум категориям: к положительным и отрицательным нормативным фактам как простейшим элементам.

К этим двум категориям нормативных фактов сводятся все те явления, которые теперь обсуждаются, по недоразумению, как разные виды нормы: повелительные, запретительные, отрицательные, отменительные, объяснительные и прочее.

Но, далее, следует иметь в виду, что повелительные, запретительные, объясняющие изречения не существуют (не только в области интуитивного права, но и) в области разных других видов позитивного права, где нормативными фактами являются вовсе не веления, приказания, изречения, заключающие в себе определения понятий, объявления об отмене и т.п., а совсем иные нормативные факты. С разными видами этих фактов мы подробнее познакомимся в учении о позитивном праве и разных его видах. Но наряду с законодательным правом и в теперешней юриспруденции всеми признается еще существование обычного права. Здесь роль нормативных фактов играют поступки других, поведение предков, «так поступали отцы наши» и т.п., а не повелительные, объяснительные, отменительные и т.п. изречения кого-либо; и те учения и споры о разных видах норм, которые были приведены выше, здесь неприменимы, не имеют почвы; они специально приноровлены к законодательным изречениям, а между тем, принимаются за общее учение о нормах права.

И в этом заключается второе коренное недоразумение господствующего учения о нормах. Оно покоится на смешении с нормами вообще не только того, что там, где оно существует, представляет нечто принципиально отличное от норм, а именно нормативные факты, но вместе с тем того, что в качестве нормативных фактов существует только в области одного из видов позитивного права и не существует вообще в других (и, конечно, в области интуитивного права).

Природу и специфические свойства норм прав, как и норм нравственных, эстетических норм и т.д. вообще можно познать и правильно определить только на почве знакомства с подлежащими эмоциями и их свойствами, в частности, их способностью порождать особого рода фантазмы, – эмоциональные проекции. Правовые нормы, как и все прочие нормы, представляют эмоциональные фантазмы. Сообразно особому авторитетно-мистическому характеру этических эмоций и сходству их по характеру внутреннего давления с эмоциями, вызываемыми в нас велениями и запрещениями, получается на почве соответствующих переживаний: представление наличия и высшего господства над людьми и иными существами, не исключая божества каких-то высших «велений» и «запретов», между тем, как в действительности имеются только соответствующие эмоционально-интеллектуальные процессы. Следуя соответствующей наивно-проекционной точке зрения, философы, моралисты и юристы называют нормы велениями и запретами и подыскивают или придумывают, фантастически конструируют соответствующие подлежащим смутным представлениям реальности. В области законодательного права, императивно-атрибутивных переживаний, ссылающихся на указы монархов, юристам удалось найти кажущееся им подходящим реальное (наивно-реалистическая теория). В области обычного права такого реального нет, но отсутствие его было обезврежено

соответствующей конструкцией якобы существующей «общей воли», что на почве смешения воли в психологическом смысле и велений дало в результате искомые и необходимые веления.

Но при этом еще сделана была одна ошибка. Специфическая особенность правовых эмоций и вообще правовых эмоционально-интеллектуальных переживаний и подлежащих проекций, обязанностей и норм, их атрибутивный характер. Характеристика подлежащих норм, не только как велений и запретов, но и как императивов в условленном выше смысле, не определила бы природы правовых норм как норм не императивных просто, а императивно-атрибутивных. Некоторые, как уже упомянуто выше, предлагают различать среди юридических норм наряду с повелительными и запрещающими еще предоставительные, как третий вид; другие оспаривают это, все сводя к велениям и к запретам. Обе стороны ошибаются в том смысле, что все правовые нормы суть «предоставительные нормы», и в этом их специфическая природа, отличие от всех прочих норм.

Господствующее учение о праве, как велениях и запретах и только, противно специфической природе правовой психики и, например, права, о которых говорят представители этого учения на каждом шагу в области правоведения, представляют *deus ex machina*, нечто такое, что с их точки зрения необъяснимо, не должно было бы вообще существовать. Ибо как веления по адресу одних могут создавать права для других, это загадка.

Впрочем, это возражение по адресу теории велений, выражений воли более сильного по адресу более слабых и т. п. имеет лишь относительное значение. Ибо не только право, но и обязанности не вменяются в рамки этой теории. Путешественник, попавший в руки шайки разбойников, может для сохранения жизни исполнить веление более сильных, например, выдать кошелек, но наличия обязанности как таковой, вероятно, не только он, но и разбойники не стали бы утверждать.

И право, и нравственность с велениями и запрещениями как таковыми не имеют ничего общего.

Сен А.

ИДЕЯ СПРАВЕДЛИВОСТИ¹

За пределами законодательного пути

Мы можем, однако, спросить, заканчивается ли на этом история с правами человека» На самом деле, важно понять, что идея прав человека может использоваться и действительно используется не только для мотивации законодательства. Если мы признаём то, что формулировка прав человека способна подтолкнуть к новым законам, нацеленным на эти права, это еще не значит, что функция прав человека ограничивается исключительно выявлением того, что должно быть «предметом принудительных юридических правил», так что определение прав человека через эту функцию привело бы к существенной путанице. Собственно, если считать права человека сильными моральными требованиями, что предлагает и сам Харт, трактующий их в качестве «моральных прав», тогда, конечно, у нас есть основания для многостороннего рассмотрения различных способов осуществления этих моральных требований.

Существует интересный вопрос о границах той области, в которой имеет смысл применять законодательные меры. Порой предполагается, что, если какое-то право человека, не внесенное в законодательство, и в самом деле важно, тогда лучше всего было бы попытаться закрепить его на законодательном уровне, оформив в виде отдельного юридического права. Однако такое мнение, судя по всему, ошибочно. Например, предположим, что крайне важно признать и защищать право жен высказывать свое мнение по семейным решениям и участвовать в них – право, которое в традиционно сексистских обществах нередко отрицается. В то же время защитники этого права, справедливо подчеркивающие его немалое этическое и политическое значение, скорее всего, согласились бы с тем, что нет смысла превращать данное право человека, говоря словами Герберта Харта, в «принудительное юридическое право» (которое, возможно, предписывало бы сажать мужа в тюрьму, если он не стал советоваться с женой). В этом случае необходимые изменения можно осуществить другими путями, в том числе при помощи освещения проблемы в СМИ и критики, а также публичных дискуссий и агитации. В силу важности коммуникации, отстаивания прав, огласки и компетентной публичной дискуссии права человека могут оказывать влияние независимо от законодательства, которое бы имело принудительную силу.

Примерно в том же смысле этическое значение права человека, страдающего от заикания, на то, чтобы на общественных собраниях его не осмеивали и не пренебрегали им, возможно, достаточно важно, а потому такое право требует защиты, но вряд ли является подходящим предметом

¹ Сен А. Идея справедливости / пер. с англ. Д. Кралечки ; науч. ред. перевода В. Софронов, А. Смирнов. Москва, 2016. 520 с.

для уголовного законодательства (предусматривающего штрафы или тюремное заключение по отношению к провинившимся), которое бы не допускало нарушения свободы слова больных. Защищать это право человека следовало бы другими методами, например через образование или же публичные обсуждения проблем вежливости и общественно приемлемого поведения. Действенность концепции прав человека не ограничивается предложениями для законодательства.

С точки зрения подхода, развиваемого в данной работе, права человека – это этические требования, конститутивно связанные с важностью свободы человека, и обоснованность того или иного аргумента о возможности рассмотрения определенного требования как права человека должна оцениваться посредством внимательного публичного рассуждения, предполагающего открытую беспристрастность. Права человека могут послужить мотивом для разных видов действий, начиная с законодательства и внедрения соответствующих законов и заканчивая помощью, которую оказывают посторонние люди, и общественной агитацией против нарушения прав. Различные виды деятельности могут способствовать, как по отдельности, так и все вместе – большей реализации значимых человеческих свобод. Возможно, важно подчеркнуть, что, хотя существует множество разных путей защиты и продвижения прав человека, отличных от законодательных, в значительной степени все эти пути дополняют друг друга; например, общественный мониторинг и общественное давление могут оказаться ключевым фактором, необходимым для реального выполнения новых законов по правам человека. Действенность этики прав человека можно повысить разными, но связанными друг с другом инструментами, множеством разных способов и методов. И это одна из причин, по которой важно в полной мере признать общий этический статус прав человека, не спеша ограничивать это понятие узкими рамками законодательства, будь оно реальным или идеальным.

Права как свободы

Поскольку декларации прав человека являются, как я говорил, этическими утверждениями, указывающими на необходимость в должной мере учитывать значение свобод, включенных в формулировку прав человека, подходящей отправной точкой для исследования значимости прав человека должна быть существенная роль свобод, лежащих в основании этих прав. Важность свобод выступает главным обоснованием не только утверждения наших собственных прав и свобод, но также такого интереса к свободам и правам других, который нисколько не ограничивается удовольствиями и исполнением желаний, на которых сосредоточены утилитаристы. Причины, по которым Бентам выбрал полезность в качестве основы социальной оценки, основы скорее заявленной, чем оправданной, следует сравнить и сопоставить с теми основаниями, которые требуют уделять преимущественное внимание свободам.

Чтобы определенная свобода была включена в список прав человека, важно предоставить основания тому, чтобы другие люди должны были уделить ей серьезное внимание. То есть должны быть определенные «пороговые условия» значимости, включающие важность этой свободы и возможность повлиять на ее реализацию, чтобы ее можно было уверенно признать в качестве одного из прав человека. Поскольку для социального аппарата прав человека необходимо определенное согласие, согласиться нужно не только с тем, что определенная свобода того или иного человека обладает каким-то этическим значением, но и с тем, что значимость этой свободы выполняет пороговые условия, а именно обладает достаточной общественной важностью, чтобы ее отнесли к числу прав человека, имеющихся у данного лица, и чтобы, соответственно, возникли обязанности, которые были бы приняты другими, готовыми помочь данному человеку в реализации его свобод.

Совершенные и несовершенные обязанности

С точки зрения общего подхода, излагаемого здесь, значение прав связано в конечном счете с важностью свободы, включающей аспекты возможности и процесса. Что сказать об обязанностях других, которые можно было бы связать с такими правами? Мы опять же можем начать с важности свобод, но теперь рассмотрим уже следствия, которые связывают свободы с обязанностями. Если свободы считаются важными (в соответствии с тем, что ранее обсуждалось в этой книге), у людей есть основание спросить, что они должны сделать, чтобы помочь друг Другу в защите или укреплении своих свобод. Поскольку нарушение – или неосуществление на практике – свобод, обосновывающих значимые права – это нежелательный результат (или дурная социальная реализация), даже у тех, кто сами не являются источниками этого нарушения, но находятся в положении, в котором они могут помочь, есть основание рассмотреть то, что они в этом случае должны сделать.

Однако переход от основания для действия (помощи другим), которое представляется достаточно очевидным в этической системе, учитывающей логику последствий, к действительной обязанности выполнить это действие далеко не прост, и его нельзя описать какой-то одной простой формулой. Здесь свою роль могут играть различные вариации в рассуждении, в том числе в оценке того, почему и в какой мере у человека должно быть основание для действия, чтобы оно послужило фундаментом для возможной обязанности. С этим вопросом связана и проблема симпатии, благодаря которой цели других и их свобода, позволяющая им их осуществлять, становятся нашими собственными производными интересами. Глубина и сила симпатии должны быть одним из элементов теоретической основы прав человека. Однако симпатия в форме сочувствия боли других людей, на самом деле, не существенна для понимания причин, заставляющих помогать другим людям, испытывающим боль (или страдающим от какого-то серьезного бедствия или лишения).

Базовая общая обязанность в этом случае должна состоять в необходимости серьезно рассмотреть то, что можно разумно сделать для помощи в осуществлении свободы другого человека, учитывая ее важность и возможность повлиять на нее, а также собственные обстоятельства и вероятную эффективность. Здесь, конечно, сохраняются определенные двусмысленности и есть место для несогласия, однако для определения того, что должно сделать, крайне важно признать обязательство рассмотреть этот аргумент серьезно. Необходимость поставить этот вопрос (а не вести себя в соответствии с удобной посылкой, будто мы ничего не должны друг другу) может выступать отправной точкой для более развернутого этического рассуждения, как раз и определяющего сферу прав человека. Однако подобное рассуждение не могло бы закончиться на этом вопросе. В силу ограниченных способностей и возможностей человека, а также приоритетов различных типов обязанностей и требований иных, не деонтологических целей, которые могут у нас быть, необходимо серьезное практическое рассуждение, в котором должны прямо или косвенно рассматриваться наши разные обязанности (в том числе и несовершенные).

Признание прав человека не совпадает с требованием, будто каждый должен заняться предотвращением нарушения любых прав человека независимо от того, где такое нарушение может произойти. Скорее всего, это признание того, что, если кто-то находится в положении, позволяющем как-то реально помочь в недопущении нарушения этого права, тогда у такого человека есть все причины сделать это, и эти причины должны им учитываться, когда он выносит решение о том, что следует сделать. Конечно, сохраняется возможность, что другие обязанности или не связанные с обязанностями интересы окажутся более значимыми, чем основание для совершения рассматриваемого действия, однако такое основание все же не отбрасывается в сторону, словно бы это просто «не наше дело». Здесь есть универсальное этическое требование, но оно не позволяет автоматически определить набор предзаданных действий, которые бы вообще не зависели от каких бы то ни было обстоятельств.

31. Важность обязанностей, связанных с чьими-то силами и возможностями, обсуждалась в главах 9 («Множественность беспристрастных оснований») и 13 («Счастье, благополучие и возможности»). Этот вопрос заставляет нас выйти за пределы обязанностей, связанных с воображаемыми «общественными договорами», которые, как обычно считается, ограничены членами определенного сообщества или политической организации и не применяются к тем людям, которые находятся за границами такого сообщества. Прекрасное обсуждение общей проблемы глобальной инклюзивности, требующей не игнорировать чужаков и в том же время не принимать некую механическую формулу, которая бы указывала, что следует для них сделать.

Выбор действий в контексте таких взаимосвязей должен допускать значительные вариации, зависящие от выбора приоритетов и ориентиров, а

также систем оценки. Кроме того, может быть определенный разброс в том, как осуществляется причинно-следственный анализ, особенно в случае действий, которые могут быть предприняты другими людьми, также находящимися в таком положении, что могут помочь или навредить. Следовательно, в определении обязанностей может быть значительная вариативность и даже некоторая двусмысленность. Однако наличие двусмысленности в той или иной идее не является причиной для отказа ей в обоснованности. Двусмысленность в применении понятия, которое в целом является важным – это причина для включения определенной неполноты и допустимых вариаций в интерпретации самого этого понятия (о чем я говорил в работе «Переоценка неравенства»).

Действительно, нечетко определенные обязанности нельзя путать с полным отсутствием обязанностей. Скорее всего, они относятся к важной категории обязанностей, которые, как уже упоминалось ранее, Иммануил Кант называл «несовершенными» и которые могут сосуществовать с другими, заданными в более полном виде императивами «совершенных обязанностей». Это различие между обязанностями двух типов (а также их наличие в одних и тех же ситуациях) можно проиллюстрировать таким примером. Рассмотрим реальный случай, произошедший в Нью-Йоркском Квинсе в 1964 г.: на женщину по имени Кэтрин (Китти) Дженовезе напали на глазах у людей, наблюдавших за событием из окон домов, однако, несмотря на то что нападавший совершил несколько попыток (пострадавшая в итоге скончалась), люди, наблюдавшие за происходящим из окон квартир, так и не откликнулись на ее крики о помощи.

34. Один наблюдатель из квартиры сверху крикнул нападавшему: «Оставьте ее в покое!», однако эта помощь так и осталась единичной и весьма ограниченной попыткой, а полицию вызвали только спустя значительное время после нападения. В этом случае произошли три ужасных вещи, которые отличны друг от друга, хотя и связаны между собой:

1) была нарушена свобода женщины от физического насилия (что, конечно, является здесь важнейшим вопросом);

2) была нарушена обязанность нападающего не совершать нападение и не убивать (нарушение «совершенной обязанности»);

3) наконец, обязанность других предоставить разумную помощь тому, кто столкнулся с угрозой нападения и убийства, тоже была нарушена.

Эти нарушения связаны друг с другом, и они демонстрируют сложную картину соответствия прав и обязанностей в структурированной этике, которая может помочь в объяснении схемы оценки прав человека. Ракурс прав человека требует анализа всех этих разных вопросов.

Предполагаемую точность юридических прав часто противопоставляют неизбежным двусмысленностям этических требований прав человека. Это различие, однако, не является само по себе серьезным препятствием для этических требований, в том числе и тех, что связаны с невыполненными обязанностями, поскольку аппарат нормативного

рассуждения вполне способен допускать вариации, которые не так-то просто учесть в полностью определенных юридических предписаниях.

35. В данном анализе я не затрагиваю различия между моральными оценками, специфичными для агента и нейтральными по отношению к нему. Представленное здесь описание можно расширить, освободив место для оценок, соотносимых с позициями, что обсуждалось в главе «Реализация, последствия и деятельность».

36. Невыполнение обязанностей пассивными наблюдателями насилия, причиненного Китти Дженовезе, и ее убийства, соотносится с тем тезисом, что, с их стороны, было бы разумно как-то помочь ей, например безотлагательно позвонить в полицию. Этого не случилось: никто не вышел, чтобы спугнуть нападавшего, а полицию вызвали после события, когда прошло уже много времени.

От несовершенных обязанностей вместе с неизбежными двусмысленностями, связанными с самой их идеей, можно уклониться только в том случае, если освободить все человечество, кроме тех, кто непосредственно вовлечен в рассматриваемую ситуацию, от всякой ответственности за попытки как-то разумно помочь. Хотя такое общее освобождение от ответственности может показаться разумным, если речь о юридических требованиях, в этической области аргументы в пользу подобной безнаказанности обосновать довольно трудно. Собственно, в законах некоторых стран существует юридическое требование предоставлять разумную помощь третьей стороне; например, во Франции есть статья о «преступном бездействии», применяемая в случае неоказания помощи тем, кто стал жертвой правонарушений определенного рода. Неудивительно, что двусмысленности в применении подобных законов оказались достаточно существенными, став в последние годы предметом некоторых правовых дискуссий. Двусмысленности, присущей обязательствам такого типа как в этике, так и в праве, избежать достаточно сложно, если в целом остается место для обязанностей незаинтересованной стороны по отношению к кому-то другому.

Свободы и интересы

В принимаемой нами интерпретации провозглашение прав человека представляет собой утверждение важности свобод, которые определяются и положительно оцениваются в определенной формулировке прав. Например, когда признается право человека не быть жертвой пыток, утверждается и положительно оценивается важность свободы от пыток, которая должна быть у всех.

39. Как отметил Чарльз Бейц, права человека играют «роль морального стандарта оценки и критики внутриполитических институтов, планки для их реформы и все чаще стандарта оценки политик и практик международных экономических и политических институтов», а вместе с этим утверждается: другие должны рассмотреть, что они могут разумно

сделать, чтобы гарантировать всеобщую свободу от пыток. Для потенциального мучителя требование вполне очевидно: воздержаться и отказаться от намеченных действий (это, разумеется, «совершенная обязанность»). Но есть ответственности и у других, даже если они не так четко определены и в целом заключаются в том, что они должны делать то, что можно разумно предпринять в данных обстоятельствах (соответственно, такие действия относятся к широкой категории «несовершенных обязанностей»). Совершенно определенное требование не прибегать к пыткам дополняется более общим, но менее четким требованием рассмотреть способы предупреждения пыток, а потом решить, что следует разумно сделать в данном конкретном случае.

Здесь есть интересный и важный вопрос, связанный с конкурентными притязаниями свободы и интересов на статус оснований прав человека. В противоположность нашему акценту на свободах, Йозеф Рац разработал, прежде всего в своей проницательной книге «Моральность свободы», сильную теорию прав человека, основанную на интересе: «Права обосновывают требования совершить некоторое действие в интересах других». Я считаю подход Раца весьма привлекательным, и не только потому, что он мой старый друг, у которого я многому научился, когда мы часто дискутировали с ним в Оксфорде в 1977–1987 гг. но, главное, потому, что он намечает линию рассуждения, которая на самом деле представляется убедительной.

Следует поставить вопрос о том, достаточно ли фокусировки, пусть и весьма привлекательной, на интересах разных людей, выступающей обоснованием прав, для теории прав в целом и прав человека в частности. Также, в связи с этим вопросом мы должны поставить и следующий: важно ли расхождение между ракурсами свободы и интереса?

Конечно, определенное расхождение здесь есть. Я уже касался его немалого значения в другом контексте, где не было речи о правах человека. Рассмотрим снова пример, обсуждавшийся в главе 843: человек, сидящий возле окна, находит достаточно серьезное основание, чтобы опустить штору (жертвуя, таким образом, своей собственной возможностью наслаждаться солнцем), чтобы его сосед мог играть в глупую компьютерную игру, в которую тому хочется играть. Это основание, с точки зрения пассажира на месте около окна, состоит не в «интересе» фаната игр (в действительности пассажир у окна считает, что его действие вовсе не в интересах игрока), а в «свободе» энтузиаста игры делать то, что он очень хочет делать (независимо от того, в его ли это интересах, с какой бы точки зрения на них ни смотреть – пассажира у окна или же самого игрока). Расхождение между свободой и интересом может быть довольно значительным.

Теперь рассмотрим другой пример, больше соответствующий тем аргументам, которые фигурируют в представленном Рацем исследовании прав. Свободу человека, не являющегося жителем Лондона, позволяющую ему приехать в Лондон и присоединиться к проходящей там мирной

демонстрации (например, против вторжения в Ирак в 2003 г. коалиции под предводительством США), можно было бы нарушить неким ограничительным указом, который не дал бы потенциальному демонстранту присоединиться к демонстрации (это абсолютно гипотетический пример – никто не чинил подобных препятствий). Если бы было введено подобное ограничение, оно, очевидно, было бы нарушением свободы этого не допущенного человека (который желает принять участие в демонстрации), а потому и нарушением одного из его прав, если права должны включать в себя такие свободы. В этом рассуждении обнаруживается прямая связь.

Если же права основываются только на «интересах» (противопоставляемых «свободам») рассматриваемого человека, мы должны будем рассмотреть, в его ли интересах присоединиться к демонстрации по поводу Ирака. И если выяснится, что участие в организованном протесте, хотя оно и является политическим приоритетом потенциального демонстранта, на самом деле не слишком служит его интересам, а может быть, и вообще расходится с ними, тогда свободу участвовать в лондонской демонстрации нельзя было бы включить в круг прав человека, раз они должны основываться на интересе человека. Если бы мы приняли интерпретацию прав, основанную на интересе, тогда статус свободы как основания права человека был бы, несомненно, подорван. Если же, с другой стороны, признается важность свобод, поскольку они дают человеку свободу выбора (неважно, что он выбирает – осуществление своих личных интересов или что-то совсем другое) и возможность жить своей жизнью в соответствии со своими собственными приоритетами (которые не обязательно ориентированы на интерес), тогда обоснование прав человека через интерес может в конечном счете оказаться недостаточным подходом.

Сделав этот вывод, я, однако, должен также отметить, что «интерес» можно определить очень широко, так что он будет включать в себя все цели, которых человек желает достичь, независимо от мотивации. Собственно, в обычном языке посягательство на чью-то свободу выбора часто определяется как нечто противоречащее интеллекту этого человека. Если принимается такой расхожий взгляд на то, что считать интересом, тогда зазор между интересами и свободами, возможно, в этой мере устраняется. Если окажется, что тезис Раца надо трактовать именно так, тогда наши подходы к правам, возможно, в изрядной степени совпадут друг с другом.

Тойнби А. Дж.

ЦИВИЛИЗАЦИЯ ПЕРЕД СУДОМ ИСТОРИИ¹

Цивилизация перед судом

I

Сегодняшний западный взгляд на историю чрезвычайно противоречив. Если наш исторический горизонт значительно расширился и в пространстве, и во времени, то наше историческое видение – то, что мы фактически видим в противоположность тому, что могли бы увидеть при желании, быстро суживается до поля зрения зашоренной лошади или перископа подводной лодки.

Это, конечно, поразительно, однако же это всего лишь одно из многих противоречий, характеризующих, по-видимому, времена, в которые мы живем. Нетрудно найти примеры, принимающие иногда угрожающие формы в глазах многих из нас. Скажем, наш мир возвысился до беспрецедентно высокой степени гуманистического сознания. Мы признаем социальные права человека любого класса, нации и расы; и одновременно мы погрузились в пучину классовой борьбы, национализма и расизма. Эти низменные страсти находят выход в хладнокровных, планомерных жестокостях; и эти два несовместимых состояния души и нормы поведения сегодня можно видеть идущими бок о бок не просто в одном мире, но и в одной и той же стране и даже в одной и той же душе.

Другой пример – беспрецедентная производительная мощь соседствует со столь же беспрецедентным дефицитом. Мы изобрели машины, которые работают за нас, но сейчас, как никогда раньше, не хватает рабочей силы в сфере услуг, даже в такой необходимой и элементарной области, как помощь матерям в уходе за детьми. Мы наблюдаем постоянное чередование широчайшей безработицы и острой нехватки рабочей силы. Несомненно, противоречие между расширенным историческим горизонтом и суженным историческим видением есть некая характеристика нашей эпохи. Однако если рассматривать это явление само по себе, какое же здесь удивительное противоречие!

Давайте вспомним, каким образом наш горизонт расширился в первый раз. В пространстве наше поле зрения раздвинулось до размеров всего человечества и всей обитаемой земной поверхности, а также звездного космоса, в котором наша планета – лишь исчезающе малая пылинка. Во времени наше историческое поле зрения раздвинулось, вобрав в себя все цивилизации, расцветшие и погибшие за последние шесть тысяч лет; всю предыдущую историю человеческого рода до его генезиса где-то между 600

¹ Тойнби А. Дж. Цивилизация перед судом истории : сборник / пер. с англ. И. Е. Киселевой, М. Ф. Носовой. Москва, 2022. 661 с.

тысячами и миллионом лет назад; историю жизни на этой планете за примерно 800 миллионов лет. Какой великолепный исторический горизонт! И тем не менее, в это же самое время, наше поле исторического видения имело тенденцию суживаться во времени и пространстве до границ конкретного королевства или республики, к которым каждый из нас принадлежит. Самые старые из западноевропейских стран, скажем, Англия или Франция – насчитывают на сегодня не более тысячи лет непрерывного политического существования; самая большая из существующих стран, например, Бразилия или Соединенные Штаты, занимает лишь малую толику обитаемого пространства планеты.

Прежде чем началось расширение нашего горизонта, до того, как западные мореплаватели совершили кругосветные плавания, а западные космографы и геологи раздвинули границы нашей Вселенной и во времени, и в пространстве, наши донационалистические средневековые предшественники обладали более широким и точным историческим видением, нежели мы сегодня. Для них история не означала лишь историю какого-либо местного сообщества, она охватывала историю и Израиля, и Греции, и Рима. И даже если они ошибались, считая, что мир был создан в 4004 году до н. э., то в любом случае лучше охватить взглядом период до 4004 года до н. э., нежели всего лишь до Декларации независимости или плавания «Мейфлауэр», Колумба или Хенгиста и Хорсы. Между прочим, 4004 год до н. э. оказался, хотя предки этого и не знали, очень важной датой: он отмечает примерное время возникновения первых представителей вида человеческих обществ, называемых цивилизацией.

И еще, для наших предков Рим или Иерусалим означал гораздо больше, нежели просто город. Когда наши англосаксонские предки в конце VI века христианской эры были обращены Римом в христианство, они узнали латынь, открывшую им доступ к сокровищам религиозной и светской литературы, стали совершать паломничество в Рим и Иерусалим, и это в те времена, когда трудности и опасности путешествия далеко превосходили тяготы сегодняшнего передвижения даже в военное время. Наши предшественники, похоже, обладали широким мышлением, что представляет собой великое достоинство как в интеллектуальном, так и нравственном плане, ибо национальные истории неуловимы в пределах собственного пространства и времени.

II

Во временном измерении нельзя понять историю Англии, если начать с того момента, когда первые англичане пришли в Британию, равно как нельзя понять историю Соединенных Штатов, ведя отсчет времени с прихода англичан в Северную Америку. В пространственном измерении точно так же вы не сможете понять историю страны, вырезав ее контур из карты мира и отбросив все, что берет начало вне конкретных границ этой страны.

Что же можно считать эпохальными событиями в национальной истории Соединенных Штатов и Соединенного Королевства? Листая историю от сегодняшнего дня в прошлое, я бы назвал две мировые войны, промышленную революцию, Реформацию, западные географические открытия, Ренессанс, обращение в христианство. Теперь пусть кто-нибудь попробует объяснить историю либо Соединенных Штатов, либо Соединенного Королевства, не принимая во внимание эти кардинальные события вообще или считая их лишь локальными английскими или американскими эпизодами. Чтобы толковать эти крупнейшие события в истории любой из западных стран, придется взять за минимальную единицу отсчета не меньше, чем весь западный христианский мир. Под западным христианским миром я понимаю римско-католический и протестантский мир, то есть сторонников Римского епископата, как сохранивших лояльность Папскому престолу, так и отрекшихся впоследствии от него.

Но и история западного христианства также неинтеллигибельна в рамках собственного пространства и времени. Хотя как единица отсчета западное христианство и более приемлемо для исторического исследования, чем, скажем, Соединенные Штаты, Соединенное Королевство или Франция, но и оно по зрелом размышлении оказывается неадекватным. Во времени оно восходит лишь к концу Средневековья, непосредственно за падением западной части Римской империи, то есть отстоит от нас не более чем на 1300 лет, а 1300 лет – это меньше четверти тех шести тысяч лет, в течение которых существует вид общества, представленный западным христианством. Западное христианство как цивилизация принадлежит к последнему из трех поколений цивилизаций, существовавших до сих пор.

В пространственном отношении узость пределов западного христианства поражает еще больше. Если посмотреть на физическую карту мира в целом, то мы увидим, что небольшая часть нашей планеты, занятая сушей, состоит из единственного континента – Азии, который имеет несколько полуостровов и островов, расположенных вдали от суши. Так до каких же дальних пределов сумело распространиться западное христианство? Мы найдем его на Аляске и в Чили, если двигаться на запад, и в Финляндии и Далмации, если двигаться на восток. То, что лежит между ними, и есть самое широкое пространство западного христианства. Так какой же величины это пространство? Всего лишь оконечность Европейского полуострова Азиатского континента, да еще пара крупных островов. (Под этими крупными островами я, разумеется, подразумеваю Северную и Южную Америку.) Даже если мы добавим сюда далекие и ненадежные форпосты Западного мира в Южной Африке, Австралии и Новой Зеландии, все равно его сегодняшний ареал составит лишь очень небольшую часть общей обитаемой поверхности планеты. И невозможно постичь историю западного христианства лишь в пределах его географических границ.

Западный христианский мир есть производная от христианства, однако зародилось христианство не на Западе; оно возникло вне границ западного христианского мира, в регионе, который нынче лежит на территории другой цивилизации, ислама. Западные христиане лишь однажды предприняли попытку отбить у мусульман колыбель нашей религии в Палестине. Если бы крестовые походы оказались успешными, западное христианство слегка расширило бы свои точки опоры на важнейшем Азиатском материке. Но крестовые походы закончились неудачей.

Западное христианство – это всего лишь одна из пяти цивилизаций, которые сохранились в мире сегодня; да и они всего лишь пять из примерно двадцати, которые можно идентифицировать как таковые с момента появления первого представителя такого вида обществ, что произошло около шести тысяч лет назад.

III

Возьмем для начала четыре другие существующие цивилизации; если прочность опоры цивилизации на континенте, под чем я подразумеваю сплошную сушу Азии, может считаться приблизительным показателем вероятной продолжительности жизни цивилизации, то четыре другие существующие ныне цивилизации «живучее» (если воспользоваться жаргоном страхового бизнеса), чем наша собственная.

Родственная нам цивилизация, православное христианство, охватывает континент от Балтики до Тихого океана и от Средиземноморья до Северного Ледовитого океана, занимая северную половину Азии и восточную половину Европейского полуострова. Россия выходит «на зады» всех остальных цивилизаций: со стороны Белоруссии и Северо-Восточной Сибири она смотрит соответственно на польскую и Аляскинскую оконечности нашей Западной цивилизации; со стороны Кавказа и Средней Азии – на исламский и индуистский миры; со стороны Центральной и Восточной Сибири она выходит на «задний двор» дальневосточного мира.

Наша единокровная сестра, исламская цивилизация, также имеет прочный фундамент на континенте. Царство ислама распростерлось от самого сердца Азиатского континента в Северо-Западном Китае до западного берега Африканского полуострова Азии. У Дакара Исламский мир контролирует подходы с континента к проливам, отделяющим Африканский полуостров Азии от острова Южная Америка. Ислам имеет и крепкий опорный пункт на азиатском полуострове Индостан.

Что же касается индуистского и дальневосточного обществ, то нет нужды доказывать, что 400 миллионов индийцев и от 400 до 500 миллионов китайцев имеют прочный фундамент на континенте.

Однако мы не должны преувеличивать значение любой из существующих цивилизаций только на том основании, что они существуют в данный момент. Если вместо общепринятого понятия «продолжительность

жизни» использовать понятие «достижения», то примерным показателем относительно достижений можно считать то, сколько данная цивилизация произвела на свет личностей, подаривших человечеству свет и благо.

Итак, кто же эти личности, величайшие благодетели нынешней генерации человечества? Я бы назвал таких, как Конфуций и Лао-цзы, Будда, пророки Израиля и Иудеи, Заратустра, Иисус и Магомет, Сократ. И никто из этих благодетелей человечества на все времена не принадлежит ни к одной из пяти существующих цивилизаций. Конфуций и Лао-цзы рождены исчезнувшей Дальневосточной цивилизацией раннего поколения; Будда – дитя угасшей Индской цивилизации раннего поколения; Осия, Заратустра, Иисус и Магомет рождены исчезнувшей Сирийской цивилизацией; Сократ – дитя умершей Греческой цивилизации.

В последние 400 лет все пять живущих цивилизаций вступили в контакт друг с другом в результате инициативы, предпринятой двумя из них: экспансии западного христианства от оконечности Европейского полуострова Азии через океан и экспансии православного христианства по суше через всю ширь Азиатского континента. Экспансию западного христианства характеризуют две специфические черты: будучи заокеанской, она является единственной на сегодня всемирной экспансией в том смысле, что захватывает всю обитаемую поверхность планеты; а благодаря «покорению пространства и времени» при помощи современных технических средств распространение материальных достижений Западной цивилизации как никогда сблизило различные части земного шара. Но даже при этом экспансия Западной цивилизации отличается от экспансии русского православия, равно как и от экспансии других цивилизаций в прежние времена, лишь количественно, но не качественно.

Существовали и более ранние экспансии, внесшие значительный вклад в нынешнюю унификацию человечества, а значит, и в ее следствие – унификацию нашего видения человеческой истории. Исчезнувшая ныне сирийская цивилизация была продвинута финикийцами до атлантических берегов Европейского и Африканского полуостровов Азиатского континента на западе и химьяритами и несторианами. Она распространилась в двух направлениях через морские воды, а в третьем направлении – по суше. Всякий, кто приедет в Пекин, может увидеть поразительное свидетельство трансконтинентальных культурных завоеваний сирийской цивилизации. В трехязычных надписях маньчжурской династии в Пекине маньчжурские и монгольские тексты написаны не китайским письмом, а сирийской разновидностью нашего алфавита.

В качестве других примеров экспансии ныне угасших цивилизаций можно назвать распространение Греческой цивилизации к западу морем до Марселя самими греками, к северу до Рейна и Дуная – римлянами и сушей к востоку до внутренних районов Индии и Китая – македонянами; а также экспансию Шумерской цивилизации во всех направлениях по суше из ее колыбели – Ирака.

IV

В результате этих последовательных экспансий различных цивилизаций весь обитаемый мир объединился в одно огромное общество. Движение, в конечном итоге завершающее этот процесс – это нынешняя экспансия западного христианства. Однако нам следует иметь в виду, во-первых, что эта экспансия всего лишь довершила унификацию мира, то есть была лишь исполнителем последней стадии общего процесса, и, во-вторых, что, хотя унификация мира и была достигнута усилиями Запада, сегодняшнее западное господство, и это совершенно очевидно – не продержится долго.

В объединенном мире восемнадцать не западных цивилизаций – четыре живые и четырнадцать угасших, без сомнения, еще заявят о себе. И по мере того как через новые века и поколения объединенный мир постепенно будет находить путь к равновесию между различными составляющими его культурами, западная составляющая со временем займет то скромное место, на которое она и может рассчитывать в соответствии с ее истинной ценностью в сравнении с теми другими культурами, живыми и угасшими, которые западная экспансия привела в соприкосновение друг с другом и с собой.

История, увиденная в этом ракурсе, я чувствую, делает вызов историкам не только нашего поколения, но и всех последующих поколений. Если мы намерены сделать все, что в наших силах, чтобы сослужить важную службу – помочь своим собратьям сориентироваться в унифицированном мире, мы должны напрячь свое воображение и силу воли, чтобы вырваться из темницы локальной мимолетной истории наших стран и культур и приучить себя к синоптическому взгляду на историю в целом.

Нашей первой задачей будет рассмотреть и представить остальному человечеству – историю всех известных цивилизаций, как живых, так и ушедших, как единое целое. По моему мнению, есть два способа сделать это.

Один путь – это исследовать столкновения между цивилизациями, о четырех случаях которых я уже упоминал. Эти встречи цивилизаций исторически поучительны не только потому, что собирают несколько цивилизаций в единый фокус, но и потому, что из этих встреч и столкновений рождаются высшие религии – поклонение Богородице и ее Сыну, возможно, шумерского происхождения), который страдает, умирает и воскресает вновь; иудаизм и зороастризм, возникшие на стыке Сирийской и Вавилонской цивилизаций; христианство и ислам, возникшие при соприкосновении Сирийской и Греческой цивилизаций; Махаяна, форма буддизма и индуизма, возникшая при столкновении Индийской и Греческой цивилизаций. Будущее человечества, если оно намерено иметь будущее, зависит, я считаю, от этих высших религий, возникших за последние четыре тысячелетия (собственно, все, кроме первой, в последние три тысячи лет, а отнюдь не от цивилизаций, чьи встречи дали жизнь этим высшим религиям.

Второй путь исследования истории всех известных цивилизаций в целом – это сделать сравнительное исследование индивидуальной истории каждой из них, рассматривая их как некое количество представителей определенного вида человеческого общества. Если мы нарисуем схему основных фаз истории цивилизаций рождение, рост, надлом и падение, мы сможем сравнить их опыт от фазы к фазе; действуя таким методом, мы, вероятно, сможем сопоставить общие моменты в их истории как некие специфические черты, отделив их от единичных моментов, представляющих черты индивидуальные. Таким способом мы сможем разработать морфологию видов общества, называемых цивилизацией.

Если, пользуясь этими двумя методами исследования, мы сможем прийти к универсализированному постижению истории, то нам, видимо, придется сделать далеко идущие поправки в той перспективе, в какой история различных цивилизаций и народов видится сквозь наши сегодняшние специфические западные очки.

Собираясь настраивать нашу оптику, мы поступим разумно, если сделаем одновременно два альтернативных допущения. Одно из них, что будущее человечества в конце концов необязательно должно быть трагическим и что, даже если Вторая мировая война окажется не последней, мы переживем эту серию мировых войн, как пережили первые два раунда, и в конечном счете выплывем в спокойные воды. Другая возможность – это то, что первые две мировые войны есть лишь прелюдия к некоей высшей катастрофе, которую мы на себя неминуемо навлечем.

Второй, более неприятный вариант превратился в практическую возможность в результате того, что человечество научилось обращаться с атомной энергией прежде, чем ему удалось упразднить институт войны. Эти противоречия и парадоксы в жизни современного мира, которые я взял за точку отсчета, выглядят симптомами серьезного социального и духовного заболевания, и их существование, одна из зловещих характеристик современной истории — еще одно указание на то, что нам следует рассматривать второй, весьма неприятный для нас вариант как серьезную возможность, а не просто как злую шутку.

При рассмотрении любой из альтернативных возможностей, я считаю, нам, историкам, надлежит сконцентрировать свое внимание и направить внимание наших слушателей и читателей, на истории тех цивилизаций и народов, которые в свете их прошлых проявлений способны выйти в объединенном мире на первый план при любой из альтернативных перспектив, возможно ожидающих человечество.

V

Если будущее человечества в объединенном мире окажется в целом счастливым, то я предвижу, что в Старом Свете будущее – за китайцами, а в Северной Америке – за франкоговорящими канадцами. Каким бы ни было будущее человечества в регионе Северной Америки, я абсолютно уверен,

что уж франкоговорящие канадцы по крайней мере будут на своем месте, как бы ни повернулись события.

Если предположить, что будущее человечества окажется очень трагичным, я бы еще совсем недавно сказал, что будущее, какое бы оно ни было, за тибетцами и эскимосами, ибо оба эти народа занимали до недавнего времени весьма укромные позиции. «Укромные», разумеется, означает «укрытые от опасностей, возникающих вследствие человеческой глупости и подлости, а не от суровости окружающей среды». Человечество стало хозяином окружающей среды (в достаточной степени для практического ее использования) еще со времен среднего палеолита; с тех пор единственная опасность, но опасность смертельная, исходит от самого человечества. Но теперь и родные места тибетцев и эскимосов уже не укрыты ни от чего, ибо мы на пороге перелетов через Северный полюс и через Гималаи, и вполне вероятно, что как Северная Канада, так и Тибет могут стать театром военных действий в будущей русско-американской войне.

Если человечество сойдет с ума, одержимое атомным оружием, я лично надеюсь, что хоть малую толику наследия человечества сумеют сохранить пигмеи-негритосы в Центральной Африке. Их восточные родственники на Филиппинах и Малайском полуострове, очевидно, должны будут погибнуть вместе со всеми, поскольку и те и другие живут в регионе, ставшем опасно уязвимым.

Африканские негритосы, как считают наши антропологи, сохраняют неожиданно чистые и высокие понятия о природе Бога и характере отношений между Богом и человеком. Они могли бы дать человечеству возможность начать все сначала; и, хотя при этом мы потеряли бы достижения последних шести или десяти тысяч лет, но что значат какие-то десять тысяч лет в сравнении с 600 тысячами или миллионом лет, в течение которых существует человеческая раса?

Крайним следствием катастрофы является возможность потерять весь человеческий род, вместе с африканскими пигмеями.

Как свидетельствует прошлая история жизни на этой планете, такую возможность полностью исключить нельзя. В конце концов, царство человека на Земле, если мы правы, думая, что человек установил свое нынешнее господство в середине палеолита, насчитывает пока всего лишь около 100 тысяч лет, а что это за срок по сравнению с 500 или 800 миллионами лет существования жизни на этой планете? В прошлом царили другие формы жизни, причем царили несравненно дольше, но ведь они также приходили к концу. Было царство гигантских панцирных рептилий, которое длилось, возможно, около 80 миллионов лет, примерно от 130 до 50 миллионов лет назад. Но царство рептилий кончилось. Задолго до того, вероятно, около 300 миллионов лет назад, существовало царство гигантских панцирных рыб — созданий, которые уже тогда обладали невероятным достижением,двигающейся нижней челюстью. Но и царство рыб-гигантов пришло к концу.

Крылатые насекомые, по всей видимости, возникли примерно 250 миллионов лет назад. Вероятно, высшие крылатые насекомые – общественные существа, предвосхитившие человечество в создании институциональной жизни, еще ждут своего часа, когда придет их царство на земле. Если бы муравьи и пчелы однажды приобрели тот проблеск интеллектуального понимания, которым наделен человек, и, если бы они попытались увидеть историю в перспективе, возможно, они посчитали бы пришествие млекопитающих и краткий период царства человеческого млекопитающего как почти несущественные эпизоды, «полные ничего не значащих пустых слов».

Трубецкой Е. Н.

ЛЕКЦИИ ПО ЭНЦИКЛОПЕДИИ ПРАВА¹

Критика господствующих определений права

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 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 собой 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 государственной властью тех или других норм за право, очевидно, не может послужить признаком для различения права от не права, 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. 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

¹ Трубецкой Е. Н. Труды по философии права / Вступ. ст., сост. и примеч. И. И. Евлампиева. Санкт-Петербург, 2001. 543 с.

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 не призванными 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 правом порядком, установленных 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 заключает 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 нравственные 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 запускать 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, прекращаем знакомство с человеком, совершившим вообще что-либо достойное презрения хотя бы и без нарушения чьего-либо права; 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 обладает 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 большей принудительной силой, чем самые 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 прежде всего правом даже в том случае, когда нет возможности принудить должника к уплате долга. С другой стороны, можно указать множество случаев принуждения, противного праву: в государстве, где отсутствует прочный законный порядок, самое беззаконие нередко приобретает характер

принудительный: это не значит, чтобы в таких странах беззаконие было бы 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 психологического 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 почве своего процветания именно там, где оно осуществляется без всякого принуждения. Это доказывается 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 сопровождает 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 не права она считает не всякое принуждение, а принуждение, применяемое уполномоченной на то властью, то есть 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, обусловлено 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 обязательства обусловливается вовсе не санкцией государственной власти, а какими-либо другими внешними фактами, например, тем, что таков был обычай у отцов и дедов, что так постановил тот или другой собор пастырей церкви, та или другая международная конференция.

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 «общие убеждения», коими некоторые теоретики думают определить право. «Общее убеждение» уже потому не может послужить признаком для различения права от не права, 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 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 или 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 фикцию 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 некоторые теории «позитивного» права, мы видели, что они страдают одним общим недостатком: они определяют право правом, то есть впадают в то заблуждение, которое в логике носит название тождесловия, *definitio per idem*. Нетрудно убедиться в том, что это заблуждение свойственно не тем или другим отдельным теориям, а всем тем учениям, которые отождествляют право вообще с правом только позитивным, то есть 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, обусловлены 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 общее 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, международная конференция, старейшие и т.п. Но авторитет общества 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. 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, нисколько не лучше те, которые отождествляют понятие права с понятиями, по существу, от него отличными, например, с силой, 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 Гоббесом и Спинозой; в XIX столетии оно нашло в себе весьма выдающихся сторонников в лице таких государственных деятелей, как кн. Бисмарк, и таких теоретиков, как Иеринг и Меркель. 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 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, то есть 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 говорят – «право есть сила» – обыкновенно хотят этим сказать, что существование юридических норм обусловливается существованием власти, которая принуждает людей повиноваться известным нормам, соблюдая 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. 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, который определяет право, как «разграничение интересов». Кроме специальных недостатков, присущих каждому из этих определений в отдельности, они страдают одним 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 облагает 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, несоответствующих 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 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 — разграничение «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.

Что касается теорий, которые определяют право, как «порядок мира», то о них должны 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 тождество 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 направленные к достижению мира, но которые на самом деле служат источником раздора и смуты: такую роль, например, играют нормы, ограничивающие право тех или других вероисповеданий или национальностей. 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 *minimum* добра. В этом смысле из новейших философов высказался Шопенгауэр. 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 (*omnibus 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 действительно 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, и 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 (*omnibus 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. Он также определяет право как низшую ступень нравственности: по его мнению, право включает в себе *minimum* тех требований, которые необходимы для сохранения общества. Этот *minimum* для Соловьева, как и для 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 власть 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 Божье, а в том, чтобы он до времени не превратился в ад. Сущность мысли Соловьева выражается им в следующем определении: «право есть низший предел, некоторый *minimum* нравственности, для всех обязательный». Такое же определение было уже раньше высказано немецким государствоведом – Георгом Еллинеком. Нетрудно убедиться в полной несостоятельности изложенного воззрения. Существует множество правовых норм, которые не только не представляют собой *minimum* нравственности, но, напротив того, в высшей степени безнравственны. Таково, 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 покров 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 *minimum* 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.

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 проф. Петражицкого, который в своем определении права пытается устранить оба отмеченные недостатка современных учений. 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 руб. за совершенную с нами поездку, безусловно отлична от нашей обязанности к бедняку Ивану, коему мы во имя человеколюбия должны дать 10 руб. Дать или не дать бедняку Ивану – дело нашей доброй воли: он не может требовать с нас уплаты 10 руб., 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 закреплённая 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 закреплённой за другим или другими лицами, принадлежащей другому, как его добро, в других случаях обязанность лица представляется односторонне связывающей, не закреплённой 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 (закреплённые 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, следуемое. Существо же других – правовых норм (например, проигранное в карты должно быть уплачено партнерам, занятое должно быть возвращено занявшим) 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 предписывают, предоставляют другим управомоченным лицам 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 чуть 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 была бы не «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 руб., г. Петражицкий говорит: «Ивану мы ничего не должны, ему от нас ничего не причитается; если он получит 10 руб., 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 должностное отношение одного лица, 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 таковому, а в той форме, которая обуславливается рядом конкретных условий – нашими средствами, положением лица, коему мы помогаем и, наконец, его настроением. Если бедняк станет нахально требовать от благотворителя 10 руб., 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, указанных уже мной в моей критической статье, 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, данных в начале курса; из этого сопоставления должно выясниться, действительно ли оно представляет собой шаг вперед, свободно ли оно от таких 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.

Фихте И. Г.

ОСНОВА ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА СОГЛАСНО ПРИНЦИПАМ НАУКОУЧЕНИЯ¹

Первая глава учения о праве

Дедукция изначального права

Каким способом может быть мыслимо изначальное право?

О правах можно вести речь только при условии, что некоторое лицо, мыслимое как лицо, т.е. как индивидуум, мы соотносим с другими индивидуумами в том отношении, что мы, пусть даже и не полагаем действительного общества между ним и этими индивидуумами, однако воображаем себе возможное между ними общество. То, что прежде всего и для чисто спекулятивного исследования составляет условия личности, становится правами единственно лишь в силу того, что мы мыслим другие существа, которым согласно закону права не позволено нарушать эти условия. Свободные же существа совершенно невозможно мыслить пребывающими вместе друг с другом так, чтобы при этом их права взаимно не ограничивали друг друга, а следовательно, так, чтобы объем изначальных прав не превращался бы в объем прав в некотором общежитии. А значит, было бы совершенно невозможно вести рефлексию о правах как изначальных правах, т.е. не принимая во внимание необходимых в силу прав других лиц ограничений. Тем не менее подобное исследование должно предшествовать исследованию прав в общежитии и служить ему основанием. Стало быть, мы должны абстрагироваться от этого ограничения, на что свободная спекуляция и в самом деле решается с такою легкостью, что совершает эту абстракцию даже произвольно, и ей приходится только напоминать, что она ее совершила. Со стороны возможности поэтому никаких трудностей не встречается.

Следует только напомнить и с должным усердием внушить, что мы совершили эту абстракцию и что, стало быть, созданное этой абстракцией понятие хотя обладает идеальной возможностью (для мышления), однако не имеет никакого реального значения. Если мы пренебрежем этим замечанием, то получим исключительно лишь формальное учение о праве.

Не существует никакого состояния изначальных прав, и нет никаких изначальных прав человека. Человек действительно имеет права только в общности с другими, так же как, в соответствии с приведенными нами ранее высшими принципами, только в общности с другими он и вообще может быть мыслим. Изначальное право есть поэтому простая фикция, но она необходимо должна быть произведена в целях науки (*zum Behuf der Wissenschaft*). Ясно, далее, и здесь следует еще раз напомнить об этом, хотя

¹ Фихте И. Г. Основы естественного права согласно принципам наукоучения / пер. с нем. А. К. Судаков. Москва, 2014. 392 с.

это уже не раз настойчиво подчеркивали прежде, что условия личности могут быть мыслимы как права лишь постольку, поскольку они являются в чувственном мире и могли бы быть нарушены другими свободными существами, как силами в чувственном мире; что поэтому хотя и может быть право на чувственное самосохранение, на сохранение моей плоти как таковой, но отнюдь не может быть права свободно мыслить или хотеть; что мы, разумеется, имеем право принуждать в отношении того, кто посягает на нашу плоть, но вовсе не имеем этого права в отношении того, кто, скажем, чинит нам помехи в наших успокоительных для нас убеждениях, или вызывает в нас негодование своим аморальным поведением.

Определение изначального права

«Пусть каждый ограничивает свою свободу, объем своих свободных действий, понятием свободы другого (так, чтобы и другой мог существовать при этом как свободный вообще)», таково основоположение всякой правовой оценки. Понятие свободы, стоящее в нем вторым, которое имеет, как мы уже напомнили читателю выше, лишь формальное значение, дает нам понятие изначального права, того права, которое абсолютно должно быть присуще всякому лицу как таковому. Обсудим его теперь подробнее.

Это понятие есть, по своему качеству, понятие о способности быть абсолютно первой причиной; по количеству объемлемое им совершенно не имеет границ, но бесконечно по своей природе, потому что речь идет вообще лишь о том, что лицо должно быть свободно, а не о том, насколько оно должно быть свободно. Количество противоречит этому понятию, так как оно установлено здесь как сугубо формальное понятие. По отношению речь идет о свободе лица лишь постольку, поскольку она должна по закону права ограничивать объем свободных действий других, потому что эти действия могли бы сделать требуемую формальную свободу невозможной; а это определяет количество нашего исследования. Речь идет только о причинности в чувственном мире, в котором единственно и может свобода быть ограничена свободой. Наконец, по модальности это понятие имеет аподиктическую значимость. Всякое лицо безусловно должно быть свободно.

Изначальное право есть, следовательно, абсолютное право лица быть в чувственном мире только причиной (абсолютно никогда не быть следствием).

Анализ изначального права

В понятии действия (Wirkung), а именно абсолютного действия, заключаются следующие два определения: 1) что количество и качество делания (tun) вполне определено самой причиной; 2) что из положенности первого непосредственно следует количество и качество страдания в объекте действия; так что от каждого из них можно переходить к другому, одним непосредственно определять другое, что мы необходимо знаем то и другое, как только мы знаем одно из них.

Поскольку лицо есть абсолютное и первое основание понятия о своей действительности, своего понятия о цели, постольку проявляющаяся в этом свобода остается вне границ настоящего исследования, ибо эта свобода никогда не вступает в чувственный мир и не может встретить в нем помех себе. Воля лица вступает в чувственный мир единственно лишь постольку, поскольку она выражена в определении плоти. В этой области поэтому саму плоть свободного существа следует рассматривать как последнее основание ее определения, и свободное существо как таковое тождественно со своей плотью. Эта плоть есть представитель Я в чувственном мире; а там, где мы смотрим только на чувственный мир, – она сама есть Я. Так мы постоянно и судим в обыденной жизни. Меня там не было. Он видел меня. Он родился, умер, погребен и т.п.

Поэтому:

I. Плоть, рассматриваемая как лицо, должна быть абсолютной и последней причиной своего определения к действительности. В какие границы плоть может быть заключена и действию каких законов она может быть подчинена в силу своей собственной организации – это не имеет здесь значения и не принимается в расчет. Что изначально ей не свойственно, то она не есть. Но только все то, что физически возможно в ней, должно быть возможно действительно совершить в ней, если лицо того желает, и только если оно того желает. Внешняя причина не должна ни приводить ее в движение, ни препятствовать ей в ее движении; на нее вообще не должно оказываться непосредственное действие.

II. Из движения плоти должно с неизбежностью следовать возможное через это движение действие в чувственном мире. Не обязательно то именно действие, которое при этом мыслится и задумано. Ибо если кто-нибудь недостаточно знал природу вещей, недостаточно верно оценил свою деятельную силу в сравнении с присущей природе способностью инерции (*tragheit*) и если поэтому нечто происходит вопреки его намерению, то в этом виноват он сам и ему нет причин жаловаться на кого-то, кроме себя. Но только чувственный мир не должен определяться вопреки воздействию плоти некой посторонней, лежащей вне его свободной силы, ибо вследствие этого плоть перестала бы быть свободной причиной.

III. Однако же целесообразное определение плоти для воздействия на некоторую вещь впервые следует ведь только за познанием и из познания вещи, на которую должно быть оказано действие; а следовательно, свободное существо, в конце концов, все-таки зависимо. Впрочем, это обстоятельство в целом уже давным-давно было признано и исключено из сферы настоящего исследования. Действенность и определенное познание взаимно обуславливают друг друга и заполняют одну и ту же сферу, как мы доказали и объяснили это выше. Далее пределов данности объекта мы вовсе не можем желать действовать; это противоречит сущности разума: лицо свободно только в границах сферы этой данности.

Определим это несколько обстоятельнее: в объеме данного и при условии, что нечто дано, существо свободно оставить его таким, каково оно есть, или сделать его иным, и сделать его таким, каким оно должно быть согласно его понятию цели. Оно свободно взаимно соотнести друг с другом многообразие данного ему, определить в нем одно через другое, приспособить одно к другому и связать в некое целесообразное для него целое. Если недостает одной из этих деятельностей, то существо не свободно и уже не зависит только от своей собственной воли.

Для этого требуется, чтобы все оставалось таким, каким оно было однажды познано свободным существом и положено в его понятии; было ли оно при этом особенно модифицировано существом или же не было. Не модифицированное, если только разумное существо помыслило его и поставило его в ряд последовательного опыта со своим миром, именно в силу того, что оно не было им модифицировано, становится чем-то модифицированным. Лицо не модифицировало его вследствие своего понятия о целом, для которого должна подходить эта определенная вещь, потому что только в этом своем естественном виде она подходит для него, и оно модифицировало бы его, если бы оно не подходило для этого целого; или оно модифицировало свою цель соответственно этому свойству вещи. Его воздержание от известной деятельности само было деятельностью, целесообразной деятельностью, а значит, модификацией, пусть даже и не этой определенной вещи, но того целого, для которого должна была подходить эта вещь.

Природа же сама по себе, подчиненная механическим законам, собственно говоря, изменять себя не может. Всякое изменение противоречит ее понятию. То, что кажется нам изменением природы ее собственной силой, совершается согласно этим неизменным законам и вовсе не было бы для нас изменением, а было бы чем-то постоянным (*dauerndes*), если бы мы достаточно хорошо знали эти законы. Если нечто изменяется согласно им в нашем мире, рассчитанном на наши цели, то мы сами в том виноваты. Или мы не должны были рассчитывать на его длительность, если законы, согласно которым происходит изменение, слишком могущественны для нас, или же нам следовало бы предупредить их действие искусством и умением, если сила этих законов не столь над нами преобладает. Только другие свободные существа могли бы произвести в нашем мире, т.е. в системе того, что мы познали и соотнесли со своими целями, непредвидимое и не поддающееся предотвращению изменение; но тогда была бы нарушена наша свободная действенность. Лицо имеет право требовать, чтобы во всем объеме известного ему мира все оставалось таким, как оно его познало, потому что в своей действенности оно руководствуется своим познанием, и, если только в этом мире случается изменение, оно бывает сразу же дезориентировано и остановлено в течение своей причинности, или же видит, что последуют совершенно не такие результаты, какие оно наметило.

Здесь основание всякого права собственности. Известная мне, и, пусть даже только мысленно, подчиненная моим целям часть чувственного мира изначально, а отнюдь не в обществе, в этом последнем отношении можно обнаружить здесь еще и другие определения, является моей собственностью. Никто не может оказывать влияния на эту собственность, не препятствуя тем свободе моей действительности.

Здесь, следовательно, нами разрешен старый спор о том, основано ли право собственности на вещь только на оформлении (formation) ее, или же оно основывается уже на воле к обладанию этой вещью (Willen, dasselbe zu besitzen). Этот спор решен благодаря синтетическому соединению обоих мнений, а в системе, действующей в строгом согласии с синтетическим методом, и не могло случиться иначе; разрешен тем, что, как мы показываем здесь, простое подчинение нашим целям, без всякого оформления в собственном смысле, всегда есть, однако, оформление, потому что предполагает свободное воздержание от возможной деятельности, вследствие некоторой цели; а оформление вещи, как окажется в дальнейшем, дает право собственности единственно лишь постольку, поскольку нечто посредством его подчиняется и остается в подчинении нашим целям. Последнее основание собственности на вещь есть, следовательно, подчинение ее нашим целям.

IV. Лицо желает, чтобы его деятельность стала причиной в чувственном мире, – это значит: оно желает, чтобы было дано восприятие, соответствующее его понятию о цели его деятельности, а именно, – как это само собою понятно, и как это выше было освещено нами с большей отчетливостью, в некотором будущем моменте, следующем вообще (не обязательно непосредственно) за моментом воли.

Мы уже напомнили читателю, что, если это вообще должно быть возможно, то вещи в будущем, т.е. или после деятельного воздействия лица, или же после того, как оно целесообразно откажется от своей деятельности, должны быть оставлены в неприкосновенности и предоставлены своему естественному ходу, и что, выражая эту волю, лицо непосредственно желает также и этого последнего. От этого, однако, мы здесь абстрагируем.

Например: представьте себе изолированного обитателя пустынного острова, который кормится охотой в лесах этого острова. Он предоставлял лесам расти так, как им угодно; но он знает их и знает все удобства их для своей охоты. Мы не можем пересаживать или валить деревья в его лесах, не делая тем совершенно бесполезным все его приобретенное знание и не лишая его этого знания, не останавливая тем его бега в преследовании его дичи и не затрудняя, таким образом, или не делая для него невозможным приобретения средств его пропитания, а значит, не нарушая свободы его действительности.

Но ясно, далее, что в таком случае оно, чтобы оно могло воспринимать, и воспринимать мыслимым уже теперь способом, согласно

уже теперь известному ему правилу, оно необходимо должно также желать длительности взаимного отношения частей его плоти в настоящий момент, т.е. длительности самой его плоти, и длительности настоящего отношения ее к вопящему и познающему; еще определеннее, что оно должно желать, чтобы для него было будущее состояние и чтобы оно следовало из его настоящего состояния согласно известному ему правилу, которое оно принимало во внимание в своей действенности. Следовательно, силою воли, и единственно ее одной, лицо в настоящем моменте объемлет будущее; только благодаря воле впервые возможно понятие будущего вообще, как такового; посредством воли оно не только объемлется, но и получает определение; должно быть такое будущее, а чтобы оно могло быть таким, я должен быть таким. Но если я должен быть таким, то мне вообще необходимо должно быть.

Здесь мы заключаем от воления определенного рода существования в будущем о волении будущего вообще, о пожелании нашей собственной длительности; мы утверждаем, что мы – изначально, согласно законам разума, которые здесь механически властвуют над нами желаем продолжать существовать не ради самой длительности, но ради определенного состояния в длящемся существовании; мы рассматриваем длительность отнюдь не как абсолютную цель, но как средство для какой-нибудь цели. Это, очевидно, подтверждается опытом. Все люди всякую минуту хотят жить, более благородные из них для того, чтобы еще что-нибудь совершить, не столь благородные для того, чтобы еще чем-нибудь насладиться.

Лицо желает только что указанного, если только оно вообще желает, желает чего-нибудь, что бы это ни было. Следовательно, это определенное воление есть условие всякого воления; его реализация, т.е. сохранение нашей теперешней плоти, – которое в области естественного права означает то же, что самосохранение, есть условие всякого другого действия и всякого проявления свободы.

V. Если соединить вместе все сейчас нами дедуцированное, лицо в своем изначальном праве требует продолжающегося взаимодействия между его плотью и чувственным миром, определенного и определимого единственно лишь его свободно набрасываемым понятием об этом взаимодействии. Установленное понятие абсолютной причинности в чувственном мире, а поскольку это понятие было равно понятию изначального права, само понятие изначального права теперь вполне исчерпано, и к его составу ничто более принадлежать не может.

Итак, изначальное право есть абсолютное и замкнутое целое; каждое частичное нарушение его затрагивает целое и влияет на целое. Если же угодно видеть некое подразделение в этом понятии, то это подразделение может быть только лишь тем, которое заключается в самом понятии причинности и которое уже было установлено нами выше. В изначальном праве, следовательно, заключено:

1. Право на длительность абсолютной свободы и неприкосновенности плоти (т.е. чтобы на нее совершенно не оказывали непосредственного воздействия);

2. Право на длительность нашего свободного влияния на весь чувственный мир.

Особого права на самосохранение не существует; ибо то, что употребление тела как орудия или употребление вещей как средств в известном случае непосредственно имеет целью обеспечение длительного существования нашей плоти как таковой – это случайно. Даже если бы мы имели не столь значительную цель, нашей свободе нельзя было бы мешать, ибо мешать ей вообще недопустимо.

Но не следует упускать из виду того, что вся совокупность нашего изначального права имеет силу не только для настоящего мгновения, но что оно исходит в будущее настолько, насколько мы вообще способны охватить его нашим духом и нашими планами; что поэтому в нем непосредственно и естественно заключено право обеспечить всю совокупность наших прав на все возможное будущее.

Изначальное право возвращается в себя само, становится правом, дающим самому себе оправдание, конституирующим само себя, т.е. абсолютным правом, а в этом заключается и доказательство того, что круг нашего исследования о нем завершен, поскольку нашему взору является полный синтез. Я имею право желать осуществления своих прав на все будущее, насколько я полагаю себя, потому что я имею эти права: и я имею эти права, потому что я имею право желать их. Право быть свободной причиной и понятие абсолютной воли – это одно и то же. Кто отрицает свободу воли, тот, будучи последователен, должен отрицать также и реальность понятия права, как это делал, например, Спиноза, у которого право означает просто способность определенного, ограниченного мирозданием индивидуума.

Хайек Ф. А.

**ПРАВО, ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И СВОБОДА:
СОВРЕМЕННОЕ ПОНИМАНИЕ ЛИБЕРАЛЬНЫХ ПРИНЦИПОВ
СПРАВЕДЛИВОСТИ И ПОЛИТИКИ¹**

Глава 4. Меняющаяся концепция закона

Право старше законодательства. Законодательство, намеренное создание законов, справедливо было названо наиболее важным по своим далеко идущим последствиям изобретением человека, более значительным даже, чем огонь и порох. В отличие от самого права, которое в этом смысле не является «изобретением», законодательство – сравнительно позднее изобретение. В его лице люди получили чрезвычайно мощное орудие, необходимое для достижения некоторых благих целей, хотя пока еще не научились управлять им так, чтобы оно не превращалось в источник большого зла. Оно открыло перед человеком совершенно новые возможности и дало ему новое чувство господства над судьбой. Однако вопрос о том, кто должен обладать этой властью, к сожалению, заслонил гораздо более фундаментальный вопрос: как далеко она должна простираться. Эта власть будет представлять опасность до тех пор, пока мы будем верить, что она грозит бедой, лишь попадая в руки плохих людей.

Право в смысле навязываемых правил поведения, несомненно, является ровесником общества; мирное сосуществование людей в обществе возможно только благодаря соблюдению общих правил. Отдельный человек рассматривался членом группы только пока подчинялся ее правилам, задолго до того, как язык развился до такой степени, что уже позволял формулировать общие команды. Эти правила, пожалуй, были в определенном смысле еще неизвестны, и их еще предстояло открыть, потому что от «знания как» действовать или от способности определить, что действия другого согласуются или не согласуются с принятой практикой, очень далеко до способности выразить эти правила в словах. И хотя все согласятся с тем, что нужна была особая мудрость, чтобы открыть и выразить в словах принятые правила (или четко сформулировать правила, которые будут одобрены после того, как сумеют зарекомендовать себя на практике), никто еще не думал о законе как о чем-то таком, что люди могут создавать по своему желанию.

Не случайно до сих пор одно и то же слово «закон» используется и для обозначения неизменных правил, царящих в мире природы, и для правил, регулирующих поведение людей. Изначально и те, и другие воспринимались как нечто, существующее независимо от человеческой воли. В силу

¹ Хайек Ф. А. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева ; под ред. А. Куряева. Москва, 2006. 644 с.

склонности примитивного мышления к антропоморфизму, люди часто приписывали оба вида законов творчеству некоего надприродного существа, рассматривая их как вечные истины, которые человек, возможно, в состоянии открыть, но не в силах изменить.

В отличие от этого, современному человеку вера в то, что все законы, направляющие действия человека, являются продуктом законодательства, представляется настолько очевидной, что утверждение о том, что закон старше законодательства, ему кажется парадоксальным. Однако не приходится сомневаться, что законы существовали целую вечность, прежде чем человек сообразил, что может их создавать или изменять. Вера в то, что он в состоянии сделать это, вряд ли появилась раньше, чем в классической Греции, но и там лишь на сравнительно недолгий срок, а потом вновь возникла и постепенно распространилась только в конце Средних веков. Однако в ее нынешней форме, т.е. в форме убеждения, что все законы являются, могут и должны быть продуктом вольной изобретательности законодателя, она, несомненно, неверна, являясь ошибочным продуктом того конструктивистского рационализма, о котором мы говорили выше.

Позднее мы увидим, что вся концепция правового позитивизма, выводящего все законы из воли законодателя, является следствием конструктивистской склонности к интенционализму – рецидив теорий сконструированности общественных институтов, которые противоречат всему тому, что мы знаем об эволюции права и большинства других общественных институтов.

То, что нам известно о доисторических и примитивных обществах, говорит о совершенно ином происхождении и детерминантах права, нежели нам представляют теории, возводящие все к воле законодателя. И хотя учение позитивизма находится в вопиющем противоречии со всем, что нам известно об истории права, последняя начинается на слишком поздней стадии эволюции, в силу чего происхождение права остается в тени. Чтобы освободиться от всепроникающего влияния гипотезы, согласно которой человек в своей мудрости сконструировал или хотя бы мог сконструировать всю систему правовых или нравственных правил, следует начать с изучения примитивных и даже дочеловеческих форм социальной жизни.

В этом смысле социальной теории многому следует научиться у двух молодых наук – этнологии и культурной антропологии, – которые во многих отношениях опираются на теоретический фундамент, заложенный в XVIII в. шотландскими моральными философами. В области права эти молодые дисциплины во многом подтверждают эволюционное учение Эдварда Коука, Мэтью Хейла, Давида Юма и Эдмунда Бёрка, Ф. К. фон Савиньи, Г. С. Мэна и Д. К. Картера и совершенно противоположны рационалистическому конструктивизму Френсиса Бэкона и Томаса Гоббса, Иеремии Бентама и Джона Остина или немецких позитивистов от Пауля Лабанда до Ганса Кельзена.

Уроки этологии и культурной антропологии

Сравнительное исследование поведения пролило свет на следующие главные моменты развития права: во-первых, стало ясно, что люди научились соблюдать правила поведения (и добиваться их соблюдения) задолго до того, как эти правила были выражены словами; и, во-вторых, что эти правила развились потому, что они вели к формированию порядка в деятельности групп в целом, который, хоть и является результатом регулярности в действиях индивидуумов, должен рассматриваться отдельно, поскольку от эффективности результирующего порядка действий зависит, достигнут ли доминирования те группы, члены которых соблюдают определенные правила поведения.

В свете того факта, что человек стал человеком и развил разум и язык за миллионы лет жизни в группах, спланиваемых общими правилами поведения и что одним из первых применений разума и языка должно было стать обучение этим правилам и принуждение к их соблюдению, полезно начать с рассмотрения эволюции этих правил, которые просто фактически соблюдались, прежде чем обратиться к проблеме их постепенного выражения в словах. Различные формы социального порядка, покоящегося на самых сложных системах правил поведения, мы находим даже среди животных, занимающих весьма низкое место на шкале эволюции. В данном случае для нас не важно, что на более низких уровнях эволюции правила, скорее всего, являются по большей части врожденными (т.е. передаются генетически), и лишь немногие усваиваются в ходе обучения (т.е. передаются «на уровне культуры»). Сейчас уже твердо установлено, что среди высших позвоночных в передаче таких правил важную роль играет обучение, так что новые правила могут быстро распространяться в больших группах, а в случае изолированности отдельных групп создавать различные «культурные» традиции. В то же время мало оснований сомневаться, что человек руководствуется не только заученными, но и врожденными правилами. Нас здесь интересуют, преимущественно, заучиваемые правила и способы их передачи, но при рассмотрении проблемы взаимоотношения правил поведения и результирующего всеобъемлющего порядка действий не имеет значения, с какого рода правилами нам приходится иметь дело, а равно и то, имеет место взаимодействие между двумя видами правил, как обычно и бывает, или нет.

Исследование сравнительного поведения показало, что во многих животных сообществах процесс эволюционного отбора породил высокоритуализованные формы поведения, способствующие уменьшению насилия и других расточительных методов адаптации и, таким образом, обеспечивающие мирный порядок. Этот порядок часто основывается на разметке территориальных границ или «собственности», которые служат не только предотвращению излишних стычек, но даже позволяют использовать

«превентивные» методы контроля численности популяции вместо «репрессивных», как, например, в случае, когда оставшиеся без территории самцы лишаются возможности размножаться. Часто мы находим сложные иерархические порядки, гарантирующие, что оставить потомство смогут только сильнейшие самцы. Всякий, кто изучал литературу по животным сообществам, отвергнет предположение о простой метафоричности, когда, например, один автор говорит о «тщательно разработанной системе прав собственности» у раков или о церемониальных обрядах, обеспечивающих ее сохранение, или когда автор завершает описание соперничества между малиновками выводом о том, что «победа достается не сильному, а праведному – праведному, конечно, в смысле владения собственностью».

Мы вынуждены ограничиться этими примерами восхитительных миров, которые постепенно открываются перед нами благодаря этим исследованиям, потому что должны заняться проблемами, возникающими по мере того, как человек, живущий в такого рода группах, управляемых множеством правил, постепенно развивает разум и язык и использует их для того, чтобы обучать правилам и принуждать к их соблюдению. На этом этапе достаточно убедиться, что правила существуют, что они важны для сохранения группы и что их эффективно передавали и обеспечивали их соблюдение, хотя они никогда не были «изобретены», не были выражены в словах и не соотносились ни с какой известной кому бы то ни было «целью».

В этом контексте правило обозначает лишь склонность или предрасположенность к тому, чтобы действовать или не действовать некоторым определенным образом, который проявляется в том, что мы называем обычаем или установившейся практикой.

Данная склонность является лишь одним из факторов, определяющих действие, который не обязательно будет срабатывать в каждом случае, но может оказываться доминирующим в большинстве случаев. Любое подобное правило всегда действует в сочетании, а часто и в конкуренции с другими правилами или предрасположенностями, и возобладает ли некое правило в данном конкретном случае, будет зависеть от силы предрасположенности и от других предрасположенностей, а также от импульсов, действующих в то же самое время. В наблюдениях за животными зафиксирован часто возникающий конфликт между непосредственным желанием и встроенными правилами или запретами.

Особо следует подчеркнуть, что склонности или предрасположенности, свойственные высшим животным, зачастую имеют крайне общий или абстрактный характер, иными словами, они связаны с очень широким классом действий, которые в деталях могут очень сильно отличаться друг от друга. В этом смысле они, несомненно, намного более абстрактны, чем может выразить любой еще только зарождающийся язык. Для понимания процесса постепенной вербализации правил, которым

издавна следовали, важно помнить, что абстракции, вовсе не являющиеся продуктом языка, были освоены умом задолго до того, как он развил язык. Таким образом, проблема происхождения и функции правил, которые направляют как действия, так и мысль, совершенно отлична от вопроса о том, как они были сформулированы в словах. Нет оснований сомневаться, что даже сегодня правила, уже выраженные в словах и передаваемые с помощью языка, являются лишь частью всего комплекса правил, направляющих социальное поведение человека. Я, например, сомневаюсь, что кому бы то ни было удалось выразить в словах все правила, которые образуют «честную игру».

Процесс облечения установившихся практик в слова

Нужно понимать, что даже самые первые обдуманые усилия племенных вождей по поддержанию порядка происходили в рамках уже имевшихся правил, хотя они существовали только в форме «знания как» действовать, а не «знания что» они могут быть выражены в таких-то словах. Для обучения им язык, несомненно, начал использоваться достаточно рано, но только как средство указания на определенные действия, которые были нужны или запрещены в конкретных ситуациях. Как и в случае овладения самим языком, индивиду приходилось учиться действовать в соответствии с правилами в ходе подражания соответствующим им конкретным действиям. До тех пор, пока язык не развит настолько, чтобы выразить общие правила, другого способа обучить им нет. Но не существуя в словесной форме на этом этапе, они все-таки существуют в том смысле, что направляют действия людей. И те, кто первым попытался выразить их в словах, не изобретали новых правил, а стремились высказать то, что уже было им знакомо.

Хотя концепция эта все еще кажется странной, но во многих областях уже твердо установлен тот факт, что язык часто не в силах выразить то, что ум полностью учитывает при организации деятельности, и что мы часто неспособны сообщить другим людям словами то, что легко делаем на практике. Это тесно связано с тем фактом, что правила, направляющие наши действия, зачастую являются более общими и абстрактными, чем способен выразить любой из существующих языков. Такие абстрактные правила осваиваются в ходе имитации отдельных действий, благодаря чему человек «по аналогии» обретает способность и в других случаях действовать в соответствии с теми же принципами, которые он тем не менее не в состоянии адекватно сформулировать.

Для наших целей здесь существенно то, что не только в примитивных племенах, но и в довольно развитых обществах вождь или правитель использует власть для решения задач двух различных типов: для обучения правилам поведения, которые он рассматривает как установленные, или для принуждения к их выполнению, хотя при этом он может и не догадываться, чем они важны или что зависит от их соблюдения; кроме того, он будет требовать действий, которые представляются ему необходимыми для

достижения конкретных целей. Всегда будут существовать виды деятельности, в которые он не станет вмешиваться, пока люди соблюдают установленные правила, но в некоторых случаях – таких как охотничьи экспедиции, миграции или военные действия – он должен приказывать и добиваться выполнения конкретных действий.

Различный характер этих двух способов осуществления власти даже в относительно примитивных обществах проявляется в том, что в первом случае легитимность вмешательства может быть поставлена под сомнение, а во втором – нет: право вождя требовать определенного поведения зависит от общего признания соответствующего правила, тогда как его приказы участникам совместных действий определяются его планом действий и конкретными обстоятельствами, которые ему известны, а другие о них могут и не знать. Должно быть, именно необходимость обосновать приказы первого типа привели к попыткам сформулировать правила, выполнение которых предполагалось обеспечить. Необходимость выразить правила в словах должна была возникать и в тех случаях, когда вождю приходилось разрешать споры. Точное изложение устоявшейся практики или обычая в виде словесной формулы имело целью добиться согласия относительно их существования, а не создания нового правила; при этом редко удавалось достичь чего-то большего, чем неадекватного и частичного выражения того, что было отлично известно на практике.

Процесс постепенного воплощения в словах того, что издавна было установленным образом действий, по необходимости должен был быть медленным и сложным. При первых неловких попытках выразить в словах то, чему большинство следует на практике, обычно не удается выразить исключительно и исчерпывающим образом все то, что люди учитывают в своих действиях. В силу этого несформулированные правила содержат одновременно и больше, и меньше того, что выражает словесная формула. В то же время обстоятельства зачастую настоятельно требуют сформулировать правило явно, поскольку «интуитивное» знание может не давать ясного ответа на конкретный вопрос. Тем самым процесс формулирования иногда порождает, хотя и не намеренно, новые правила. Однако сформулированные правила не только не могут полностью вытеснить несформулированные, но, напротив, должны действовать и интерпретироваться только в рамках еще несформулированных правил.

Хотя процесс формулирования предсуществовавших правил часто должен был вести к их изменению, это мало затрагивало веру в то, что те, кто формулировал правила, не делают и не могут делать ничего, кроме как находить и выражать в словах уже существующие правила, и, решая эту задачу, люди, которым свойственно ошибаться, часто будут совершать ошибки, но не будут иметь свободы выбора. Задача (выражения в словах) заключается в том, чтобы открыть нечто, уже существующее, а не создать что-то новое, хотя результатом может оказаться создание чего-то, прежде не существовавшего.

Это верно даже для тех, несомненно, нередких случаев, когда те, кто должен принимать решения, оказываются перед необходимостью формулировать правила, в соответствии с которыми еще никто никогда не действовал. При этом они соотносятся не только с совокупностью правил, но и с порядком действий, возникающим в силу соблюдения этих правил, и сохранение этого уже действующего процесса может потребовать определенных дополнительных правил. Сохранение существующего порядка действий, чему, собственно, и служат все явные правила, может потребовать других правил для разрешения разногласий, на которые существующие правила не дают ответа. В этом смысле правило, еще не существующее ни в каком смысле, может предстать как «подразумеваемое» совокупностью существующих правил, и не в том смысле, что оно логически может быть выведено из них, но в том смысле, что для того, чтобы все другие правила могли служить своей цели, необходимо и это дополнительное правило.

Правила фактические и нормативные

Важно понимать, что разграничение, которое кажется ясным и очевидным в случае сформулированных правил, оказывается гораздо менее ясным, а иногда, пожалуй, его просто невозможно провести, когда приходится иметь дело с несформулированными правилами. Это разграничение между описательными (дескриптивными) правилами, которые декларируют регулярное повторение определенной последовательности событий (в том числе действий человека), и предписывающими (нормативными) правилами, которые устанавливают, что такие последовательности «должны» иметь место. Трудно сказать, на какой именно стадии постепенного перехода от совершенно неосознанного соблюдения таких правил к их выражению в четко сформулированной форме это разграничение становится значимым. является ли «нормой» внутренний запрет, который мешает человеку или животному совершать определенные действия, но при этом совершенно не осознается? Можно ли говорить о «норме», когда наблюдатель видит борьбу между желанием и запретом, как в случае с волком Конрада Лоренца, внутреннее состояние которого он описывает следующими словами: «Ты видишь, как ему хотелось бы вцепиться в горло, подставляемое противником, но он просто не может сделать этого»? Или когда возникает сознательный конфликт между конкретным импульсом и чувством, что «этого делать не следует»? Или когда это чувство выражается в словах («я не должен»), но пока еще обращаемым только к самому себе? Или когда это чувство, все еще не воплощенное в словах, разделяется всеми членами группы и порождает выражения неодобрения или даже ведет к попыткам предотвратить (действие) и наказать, когда запрет нарушен? Или о норме можно говорить только в том случае, когда соблюдение правила обеспечивается властями

или оно четко сформулировано в словах?

Обычно приписываемый «нормам» особый характер, в силу которого их относят к иной области дискурса, чем констатация фактов, относится только к сформулированным правилам, и даже в этом случае лишь когда возникает вопрос: следует их соблюдать или нет. До тех пор, пока такие правила просто соблюдаются (всегда или в большинстве случаев) и об их соблюдении свидетельствует только реальное поведение, они не отличаются от описательных правил; они важны лишь как один из факторов, определяющих действие, как склонность или запрет, о фактическом влиянии которых мы судим по тому, что мы наблюдаем. Если такая склонность или запрет являются результатом научения сформулированному правилу, их влияние на реальное поведение все-таки останется фактом. Для наблюдателя нормы, направляющие действие человека в группе, являются частью факторов, определяющих развитие воспринимаемых им событий, которые позволяют ему объяснять предстоящий перед ним всеобъемлющий порядок действий.

Это, разумеется, не меняет того обстоятельства, что наш язык устроен так, что из утверждения, содержащего только описание факта, невозможно вывести обоснованное умозаключение о том, что должно существовать. Однако не все делаемые отсюда выводы убедительны. В сущности, это означает всего лишь, что из утверждения о факте нельзя вывести утверждений об уместных, желательных или целесообразных действиях, и невозможен переход к решению о том, нужно ли вообще действовать. Одно может следовать из другого, только если одновременно некая цель признается желаемой, и тогда аргумент принимает форму: «если хочешь этого, должен сделать то». Но как только в исходные посылки включается допущение о желаемой цели, из этого можно вывести все виды нормативных правил.

Примитивный ум не проводит четкого различия между единственным способом достижения некоего результата и способом, которым его следует получить. Знание причины и следствия и знание правил поведения пока еще неразличимы: есть только знание о том, как следует действовать, чтобы достичь какого-либо результата. Для ребенка, который учится складывать или умножать, единственный способ получить нужный результат – это тот, которому его учат. Только когда он обнаружит, что есть и другие методы, позволяющие получать правильные результаты, может возникнуть конфликт между знанием факта и установленными в группе правилами поведения.

Различие между всеми целесообразными и всеми нормативными действиями существует лишь постольку, поскольку, имея дело с тем, что мы обычно считаем целесообразным действием, мы предполагаем, что действующему лицу цель известна, а в случае нормативно ориентированного действия ему зачастую не известна причина, по которой один способ достижения желаемого результата он считает возможным, а

другой – невозможным. Однако оценка одного способа действий как подходящего, а другого – как неподходящего, является результатом отбора того, что является эффективным (причем не важно, желателен результат конкретного действия для отдельного человека или результаты такого же действия благоприятны или неблагоприятны для функционирования группы в целом). Причина того, что все члены группы делают нечто строго определенным образом, зачастую будет заключаться не в том, что только таким способом они могут получить нужный результат, но в том, что, действуя таким способом, они способствуют сохранению порядка, в рамках которого более вероятен успех их индивидуальных действий. Возможно, группа смогла сохраниться только потому, что ее члены развили и передали по наследству способы действий, которые делают эту группу в целом более эффективной, чем другие; но при этом ни одному из членов группы нет нужды знать причину того, почему некоторые вещи делаются таким-то способом.

Разумеется, никто никогда не отрицал факт существования норм в какой-либо данной группе. Сомнению подвергалось то, что на основании соблюдения норм на практике, можно сделать вывод о том, что они должны соблюдаться. Такой вывод возможен, конечно, только при молчаливом предположении, что продолжение существования данной группы желательно. Но если сохранение группы признано желательным, или, более того, предполагается дальнейшее существование данной группы как целостности, обладающей определенным порядком, отсюда следует, что ее члены должны будут следовать определенным правилам поведения (не обязательно всем, соблюдаемым в данный момент).

Закон в древности

Теперь должно стать понятнее, почему во всех древних цивилизациях мы находим закон, как «у мидян и персов, который не изменяется», и почему все древнее «законодательство» (law-giving) заключалось в попытках зафиксировать и сделать известным закон, который неизменно воспринимался как данный. «Законодатель» (legislator) мог стремиться к очистке законов от предполагаемых искажений или к восстановлению в изначальной чистоте, но никто не думал, что он может создать новый закон. Историки права единодушны в том, что в этом смысле все знаменитые древние «законодатели» (lawgivers) от Ур-Намму и Хаммурапи до Солона, Ликурга и авторов римских «Двенадцати таблиц» не предполагали создавать новый закон, а просто фиксировали закон таким, каким он был всегда.

Но если ни у кого не было ни полномочий, ни намерения менять закон и хорошим считался только древний закон, это не означает, что закон переставал развиваться. Это означает только то, что происходившие изменения не были результатом намерений или замысла законодателя (lawmaker). Правителю, власть которого держалась, главным образом, на

ожидании, что он будет соблюдать закон, данный, как считалось, независимо от него, этот закон должен был зачастую казаться, скорее, помехой в его усилиях наладить правление, чем средством решения поставленных задач. Новые правила создавались за пределами закона, поддерживавшегося правителем, в связи с той деятельностью его подданных, которую он не мог напрямую контролировать, главным образом в их отношениях с внешним миром, а сам закон делался неизменным именно в той степени, в какой он был сформулирован.

Таким образом, рост независимых от решаемых задач правил поведения, способных породить стихийный порядок, часто вступал в конфликт с целями правителей, стремившихся превратить свои владения в надежно функционирующую организацию. Дальнейшие этапы эволюции права, способствовавшей возникновению открытого общества, нужно искать в *ius gentium* (торговом праве) и в практике портов и ярмарок. Пожалуй, можно даже сказать, что развитие универсальных правил поведения началось не в недрах организованного племенного сообщества, а с первого опыта молчаливого бартера, когда дикарь положил подношение на границе территории своего племени в надежде, что точно таким же образом получит ответный подарок, дав начало новому обычаю. В любом случае, общие правила поведения получили признание не по инициативе правителей, а через развитие обычаев, на которые могли опираться надежды отдельных людей.

Классическая и средневековая традиция

Хотя концепция закона как продукта осознанной человеческой воли впервые получила полное развитие в античной Греции, ее влияние на реальную политику оставалось ограниченным. О классических Афинах периода расцвета демократии нам сообщают, что «ни в какое время не было законным изменение закона простым решением (народного) собрания. Инициатору такого постановления грозило знаменитое «обвинение за незаконное действие», которое, в случае поддержки судом, вело к отмене постановления, а инициатора в течение года ждало тяжкое наказание». Для изменения основных правил справедливого поведения, *nomoi*, следовало пройти усложненную процедуру, в которой участвовал особый выборный орган, *nomothetae*. Несмотря на это, уже в афинской демократии мы встречаемся с первыми столкновениями между разнузданной волей «суверенного» народа и традицией верховенства права; и главным образом потому, что собрание часто отказывалось ограничиваться рамками закона, Аристотель выступил против этой формы демократии, которой он даже отказывал в праве называться государственным устройством (*constitution*). Именно в дискуссиях того периода мы находим первые настойчивые попытки провести четкую грань между законом и волеизъявлением правителя.

Римское право, оказавшее огромное влияние на право всего запада, еще в меньшей степени было продуктом обдуманного законотворчества. Как и любое другое древнее право, он сформировался в то время, когда «законы и институты общественной жизни считались существовавшими от века, и никто не задавался вопросом об их происхождении. Идея, что закон может быть создан людьми, чужда мышлению древних народов». Только позднее возникла «наивная вера более развитых эпох, что все право должно опираться на законодательство». Фактически, классическое римское гражданское право, на основе которого была составлена окончательная компиляция Юстиниана, почти целиком являлось результатом деятельности юристов, открывавших закон, и лишь в очень малой части было продуктом законодательства. В ходе процесса, очень похожего на происходившее позднее развитие английского обычного права (отличавшегося от последнего, главным образом, тем, что решающую роль в нем играли мнения правоведов (*jurisconsults*), а не решения судей), не по инициативе законодателя, а в результате постепенного формулирования господствующих представлений о справедливости, возник корпус законов. Только в конце этого развития, уже не в Риме, а в Византии, под влиянием эллинистического мышления, результаты этого процесса были кодифицированы при императоре Юстиниане, и этот труд потом ошибочно рассматривался как образец закона, созданного правителем и выражающего его «волю».

Однако до открытия Аристотеля в XIII в. и рецепции кодекса Юстиниана в XV в. Западная Европа прошла через почти тысячелетнюю эпоху, когда закон опять рассматривался как нечто, данное независимо от человеческой воли, нечто, что должно быть открыто, а не установлено, когда идея, что закон можно обдуманно создавать или изменять, казалась почти святотатственной. Это отношение, отмечавшееся многими учеными, описано в классической работе Фрица Керна, и лучше всего просто процитировать здесь его главные выводы: «Когда возникает судебное дело, для решения которого отсутствует подходящий закон, тогда служители закона или присяжные делают новый закон, будучи при этом убеждены, что созданное ими является добрым старым законом, который не передавался открыто, но существовал неявным образом. Таким образом, они не создавали закон: они его «открывали». любое решение суда, которое мы рассматриваем как частный случай, выводимый из установленного общего положения права, для средневекового сознания никоим образом не отличалось от законодательной деятельности общества; в обоих случаях закон существовал в скрытой форме, и его не создавали, а открывали. Таким образом, в Средние века понятия «первого применения положения права» не существовало. закон стар; новый закон – это противоречие в терминах, потому что либо новый закон явным или неявным образом выведен из старого, либо он вступает в конфликт со старым, но в таком случае он незаконен. Основная идея остается той же: старый закон – это подлинный

закон, а подлинный закон – это старый закон. Таким образом, согласно средневековым представлениям, принятие нового закона вообще невозможно; поэтому вся законодательная деятельность и всякая правовая реформа воспринимались как восстановление доброго старого закона, который был попран».

История интеллектуального развития, в результате которого, начиная с XIII в., преимущественно на европейском континенте, создание новых законов (lawmaking) медленно и постепенно стало рассматриваться как акт целенаправленной и нестесненной воли правителя, слишком долгая и сложная, чтобы рассматривать ее здесь. Из детальных исследований этого процесса следует, что он был тесно связан с подъемом абсолютной монархии, когда были сформированы концепции, позднее определившие направленность демократий. Это развитие сопровождалось последовательным присоединением новой власти устанавливать новые правила справедливого поведения к намного более древней власти, которая всегда принадлежала правителям, к власти организовывать и направлять аппарат правительства, продолжавшимся до тех пор, пока обе разновидности власти не стали неразрывно связаны в том, что стало восприниматься как единая власть «законотворчества» (legislation).

Главным источником сопротивления этому развитию стала традиция «естественного права». Как мы видели, поздние испанские схоласты использовали термин «естественный» как технический термин, обозначающий то, что не было «изобретено» или обдуманно сконструировано, но возникло в ответ на требования ситуации. Но даже эта традиция утратила влияние, когда в XVII в. «естественное право» стало пониматься как замысел «естественного разума».

Единственной страной, которой удалось сохранить традиции Средних веков и на фундаменте средневековых «свобод» построить современную концепцию свободы в рамках закона, была Англия. Отчасти так получилось потому, что Англия избежала рецепции позднего римского права с его концепцией права как творения правителя; хотя, возможно, большее влияние оказало то обстоятельство, что специалисты по обычному праву развили концепции, сходные с разработанными в традиции естественного права, но свободные от вводящей в заблуждение терминологии этой школы. Тем не менее «в XVI – начале XVII в. политическая структура Англии еще не была фундаментально иной, чем в странах континента, и еще можно было ожидать, что в ней возникнет высокоцентрализованная абсолютная монархия, как в других странах континента». Этому помешала глубоко укоренившаяся традиция обычного права, которое воспринималось не как продукт чьей-то воли, а, скорее, как барьер против всякой власти, в том числе королевской – (в начале XVII в.) эту традицию Эдвард Коук защищал в противостоянии с королем Яковом I и Френсисом Бэконом, а конце XVII в. ее заново с блеском сформулировал Мэтью Хейл в полемике с Томасом Гоббсом.

Свобода британцев, которой вся Европа так восхищалась в XVIII в., была не результатом разделения власти на исполнительную и законодательную, как одними из первых поверили сами британцы и как учил мир Монтескье, а, скорее, следствием того факта, что законы, которые направляли решения судов, были законами обычного права, существующего независимо от чьей бы то ни было воли и в то же время обязательного для всех сторон и направляемого независимыми судами; причем парламент лишь изредка вмешивался в этот процесс, а когда он это делал, то, главным образом, с целью прояснить сомнительные моменты в сложившемся корпусе законов. Можно даже сказать, что подобное разделение властей возникло в Англии не потому, что только «законодательная власть» создавала законы, а в силу того, что она этого не делала: закон формировался судами, независимыми от власти, которая организовывала и направляла правительство и которую «законодательной» назвали по ошибке.

Отличительные свойства закона, возникающего на основе обычая и прецедента

Из осмысления процесса эволюции права следует важный вывод: возникающие в ходе такого развития правила необходимо отличаются некоторыми свойствами, которыми могут, но не обязательно должны, обладать и законы, изобретенные или сконструированные правителем; последние будут обладать данными свойствами только в том случае, если будут созданы по образцу правил, возникших в результате формулирования сложившейся до этого практики. Только в следующей главе мы сможем во всей полноте описать характерные особенности права, формируемого таким образом, и показать, что именно оно послужило образцом того, что политические философы издавна рассматривали как право в истинном смысле слова, передаваемое такими выражениями, как «верховенство» или «власть права», «правление на основе права» или «разделение властей». На данном этапе мы хотим подчеркнуть только одно из характерных свойств этого номоса, и, в ожидании более подробного обсуждения, лишь кратко упомянем остальные. Право состоит из не преследующих конкретных целей правил, которые а) определяют поведение отдельных людей по отношению друг к другу, б) предназначены для того, чтобы применяться в неизвестном числе будущих ситуаций, в) устанавливая защищенную сферу интересов каждого, делают возможным самопорождение порядка действий, в рамках которого отдельные люди получают возможность создавать выполнимые планы. Обычно эти правила именуют абстрактными правилами поведения, и, хотя это обозначение неточно, мы будем использовать его в наших целях. Мы хотим отметить здесь одну особенность: право такого типа, возникающее, подобно обычному праву, в ходе судебных разбирательств, по необходимости является абстрактным, тогда как право, созданное по воле правителя, совсем не обязательно обладает этим свойством.

Утверждение, что право, основанное на прецедентах, является не менее, а более абстрактным, чем право, состоящее из сформулированных правил, настолько противоречит взглядам, принятым прежде всего у юристов стран континентальной Европы, в отличие от их англосаксонских коллег, что об этом необходимо сказать несколько слов. Пожалуй, нельзя выразить эту мысль лучше, чем в знаменитом высказывании великого юриста XVIII столетия лорда Мэнсфилда, подчеркнувшего, что обычное право «состоит не из отдельных прецедентов, а из общих принципов, которые разъясняются и иллюстрируются этими прецедентами». Это означает, что судья, действующий в условиях обычного права, должен уметь из прецедентов, которыми он руководствуется, извлекать универсально значимые правила, которые могут быть приложены к новым судебным разбирательствам.

Главной заботой судьи, действующего в условиях обычного права, должны быть ожидания, которые тяжущиеся стороны должны были бы обоснованно сформировать на базе общей практики ведения дел, составляющей сложившийся порядок действий. Принимая решение о том, какие ожидания обоснованы в этом смысле, он может учитывать только такую установившуюся практику (обычаи или правила), которая могла определять ожидания сторон, и те факты, которые, предположительно, могли быть им известны. Так что тяжущиеся стороны могли сформировать общие ожидания в ситуации, в некоторых отношениях уникальной, только потому, что они истолковали ситуацию в терминах того, что считалось уместным поведением, которое им не обязательно было знать в виде сформулированных правил.

Такие правила, предположительно направлявшие ожидания во многих сходных ситуациях в прошлом, должны быть абстрактны, т.е. относиться к ограниченному числу существенных обстоятельств и быть применимыми независимо от отдельных последствий, возникающих, как теперь выясняется, в результате их применения. К тому времени, когда судью приглашают вынести решение, тяжущиеся стороны уже произвели действия для достижения собственных целей и, по большей части, действовали в особых обстоятельствах, неизвестных никаким властям; и ожидания, которые направляли их действия и в которых одна из сторон оказалась разочарованной, должны были основываться на том, что они считали сложившейся практикой. Задача судьи заключается в том, чтобы сказать им, что должно было направлять их ожидания, и не потому, что прежде кто-то уже объяснял им, в чем состоит правило, а потому, что это установившийся обычай, который должен был быть им известен. Перед судьей никогда не встает вопрос о том, были ли предпринятые действия целесообразны с какой-то высшей точки зрения, или служили ли они достижению какого-либо важного для властей результата; его интересует только один вопрос: соответствовало ли обсуждаемое поведение принятым правилам? Судью

интересует только одно общественное благо – соблюдение тех правил, на которые люди имеют разумные основания рассчитывать. его не интересуют никакие скрытые задачи, на службу которым кто-то собирался поставить правила, и относительно которых он, судья, должен пребывать, по большей части, в неведении; он должен применять правила, даже если в определенных случаях последствия будут казаться ему весьма нежелательными. Перед лицом этой задачи он не должен, как бы то ни было, учитывать, как часто подчеркивали судьи, действующие в системе обычного права, какие-либо желания правителя или «государственные интересы». Его решение должно сообразовываться не с тем, чего в данный момент требуют интересы всего общества, а исключительно с тем, чего требуют общие принципы, на которых основывается действующий социальный порядок.

По-видимому, постоянная необходимость формулировать правила в целях установления различий между существенным и случайным в прецедентах, которыми он руководствуется, развивают в судье, работающем в условиях обычного права, способность выявлять общие принципы, которую редко обретает судья, оперирующий предположительно полным каталогом применимых правил. Когда под рукой нет шпаргалки с готовыми обобщениями, это явно идет на пользу способности формулировать абстрактные правила, а вот механическое использование готовых словесных формул такую способность убивает. Судья, действующий в условиях обычного права, обязан постоянно учитывать, что слова – это не более чем несовершенный инструмент для выражения того, что старались сформулировать его предшественники.

Если сегодня распоряжения законодателя зачастую принимают форму тех абстрактных правил, которые были выработаны в судебных процессах, то это потому, что последние были приняты за образец. Но весьма сомнительно, что любой правитель, стремящийся организовать деятельность своих подданных для достижения определенных предсказуемых результатов, смог бы достичь своей цели, устанавливая универсальные правила, предназначенные для того, чтобы равным образом направлять действия каждого. Чтобы, подобно судье, ограничить себя проведением в жизнь только таких правил, требуется такая степень самоотречения, которую едва ли можно ожидать от человека привыкшего отдавать точные приказы и руководствоваться в своих решениях требованиями момента. Тот, кто нацелен на достижение конкретных результатов, вряд ли мог изобрести абстрактные правила. Только необходимость сохранить порядок действий, который не был создан кем-либо, но был потревожен некоторыми видами поведения, вызвала необходимость определить те виды поведения, которые следует пресекать.

Почему возникший закон
нуждается в корректировке со стороны законодателя

Из того факта, что все законы, возникающие в результате попыток сформулировать правила поведения, необходимо обладают некоторыми желательными качествами, которые не обязательно свойственны постановлениям законодателя, вовсе не следует, что во всех других отношениях такие законы не могут эволюционировать в крайне нежелательном направлении, так что, когда такое происходит, единственным выходом не окажется корректирующее вмешательство законодателя. По целому ряду причин стихийный процесс роста может завести в тупик, из которого не удастся выбраться собственными силами или, по крайней мере, на это потребуется слишком много времени. Развитие прецедентного права, в некоторых отношениях, представляет собой улицу с односторонним движением: пройдя достаточно далеко в одном направлении, зачастую не удастся вернуться назад, когда некоторые последствия прежних решений оказываются явно нежелательными. Тот факт, что закон, развившийся таким образом, обладает некоторыми желательными свойствами, не доказывает того, что он всегда будет хорош, и даже что некоторые законы не окажутся крайне плохими. Таким образом, приходится признать, что невозможно полностью обойтись без законодательства.

Для этого есть еще несколько причин. Одна заключается в том, что процесс судебного развития права по необходимости является постепенным и может оказаться слишком медленным, чтобы быстро обеспечить желаемую адаптацию закона к совершенно новым обстоятельствам. Однако важнее всего, пожалуй, то, что не только очень трудно, но и нежелательно, чтобы направленность судебных решений менялась после того, как оказалось, что они порождают нежелательные последствия или совершенно ошибочны. Судья не выполняет своей функции, если его решения идут вразрез с обоснованными ожиданиями, сформированными прежними судебными решениями. Судья может развивать закон, принимая решения по сомнительным, в целом, вопросам, но реально он не может его изменять, или, если правило утвердилось, может делать это очень постепенно; он может отчетливо понимать, что другое правило было бы лучше или более справедливым, но с его стороны было бы явной несправедливостью применять его по отношению к сделкам, совершенным в ситуации, когда правомерным считалось иное правило. В таких ситуациях желательно, чтобы новое правило стало известно до того, как оно обретет силу закона, а этого можно достичь, только обнародовав новый закон, который будет применяться в будущем. Когда необходимо изменить закон, новый закон сможет должным образом выполнять функцию любого закона, т.е. направлять ожидания, только если станет известен до того, как начнет применяться.

Необходимость радикального изменения отдельных правил может быть вызвана различными причинами. Возможно, просто пришло осознание того, что прошлое развитие было основано на ошибке или что оно породило последствия, позднее признанные несправедливыми. Но самой частой причиной, возможно, является то, что развитие права находилось в руках членов одного класса, которые, в силу традиции, считали справедливым то, что более не отвечает общим требованиям справедливости. Не вызывает сомнений, что в таких областях, как отношения между хозяином и слугой, землевладельцем и арендатором, кредитором и должником, а в наше время между организованным бизнесом и его клиентами, законы отражали взгляды и интересы лишь одной из сторон – особенно когда, как в первых двух случаях, судебный корпус состоял почти исключительно из представителей одной стороны. Это, как мы увидим, не означает, как утверждают некоторые, что «идеальная справедливость невозможна» и что «с точки зрения рационального познания существуют только интересы людей и, следовательно, конфликты интересов», по крайней мере в тех случаях, когда под интересами мы имеем в виду не одни лишь конкретные цели, а долгосрочные возможности, открываемые различными правилами разным членам общества. Еще меньше истины в идее, следующей из этих утверждений, что выявленную предвзятость некоторых законов в пользу отдельной группы можно исправить лишь предвзятостью в пользу другой группы. Хотя в тех случаях, когда приходит понимание, что некоторые прежде принятые правила являются несправедливыми в свете более общих принципов справедливости, может стать необходимым пересмотр не только отдельных правил, но и целых разделов устоявшейся системы прецедентного права. Посредством судебных решений по отдельным делам в свете существующих прецедентов этого достичь невозможно.

Происхождение законодательных органов

В истории не удастся определить момент, когда какому-либо органу власти было вверена власть обдуманно изменять закон в том смысле, в каком мы его здесь рассматриваем. Но по необходимости всегда существовали органы власти, в полномочия которых входило принятие иного рода законов, а именно, правил организации правительства; именно эти существовавшие создатели публичного права постепенно обрели полномочия изменять по мере того, как таковая необходимость признавалась, также и правила справедливого поведения. Поскольку именно правительству приходилось обеспечивать соблюдение правил поведения, казалось естественным, что оно и должно устанавливать те правила, соблюдение которых должно было обеспечивать.

Таким образом, законодательная власть как власть установления правил функционирования правительства существовала задолго до того, как необходимость изменения правил справедливого поведения со стороны

власти была осознана. Правители в ходе решения задачи принуждения к соблюдению существующих законов, организации обороны и всевозможных служб издавна испытывали необходимость в установлении правил для своих чиновников или подчиненных, и для них не имело значения, идет ли речь о чисто административных правилах или они имеют целью обеспечение правосудия. Однако правителю было выгодно требовать к организационным правилам такого же почтительного отношения, каким всегда пользовались универсальные правила справедливого поведения.

Но если установление правил организации деятельности правительства издавна рассматривалось как «прерогатива» лица, его возглавляющего, то необходимость в одобрении или в согласии с его мероприятиями со стороны избираемых или назначаемых органов зачастую возникала именно потому, что считалось, что и сам правитель связан установленными законами. И когда, как в случае введения денежных сборов или трудовой повинности в пользу правительства, приходилось обращаться к принуждению в формах, не предусмотренных установленными правилами, ему приходилось заручаться поддержкой, по крайней мере, наиболее могущественных из своих подданных. По этой причине зачастую бывает трудно решить, призывали ли их засвидетельствовать, что та или иная мера является установленным законом, либо к ним обращались за одобрением конкретных налогов или мероприятий, считавшихся необходимыми для достижения конкретной цели.

Поэтому ошибкой было бы считать старинные представительные органы «законодательными собраниями» в том смысле, в каком позднее этот термин использовался теоретиками. Правила справедливого поведения, или *nomos*, не были главным предметом их забот. Как объясняет Ф. У. Мейтлэнд: «Чем дальше вглубь истории мы забираемся, тем затруднительнее провести строгие разграничительные линии между различными функциями государства: одна и та же организация является одновременно законодательным собранием, государственным советом и судом, действующим по правилам статутного и обычного права. Теоретики долгое время настаивали на необходимости проводить различие между законодательными и прочими функциями правительства, и, конечно же, это различие очень существенно, хотя и не всегда бывает легко провести его с предельной точностью. Но представляется важным замечание, что законодательный акт или статут никоим образом не сводится к тому, что юрист или политический философ назовут сферой законодательной деятельности. Большое число статутов они отнесли бы, скорее, к *privilegia*, чем к *leges*; статут не устанавливает общих правил, он имеет дело только с частными случаями».

Именно в связи с правилами организации правительства обдуманное создание «законов» стало знакомой повседневной процедурой; каждое очередное начинание правительства или любое изменение его структуры

требовало новых правил организации. Таким образом, принятие таких правил стало привычной процедурой задолго до того, как возникла идея использовать ее для изменения действующих правил справедливого поведения. Но когда такое намерение созрело, можно считать почти неизбежностью, что эту задачу поручили органу, который всегда создавал законы в ином смысле слова и которому часто поручалось подтверждать, что является установленными правилами справедливого поведения.

Хёффе О.

СПРАВЕДЛИВОСТЬ: ФИЛОСОФСКОЕ ВВЕДЕНИЕ¹

Скепсис относительно справедливости

Два элемента понятия справедливости заслуживают особого внимания. В качестве высшего требования к человеческому общежитию и в качестве последнего основания для оправдания сообщества справедливость имеет моральное и одновременно универсальное значение. Её мера заключается не в иностранном подарке, даже если он должен служить коллективному благополучию. Так как к ядру справедливости относится взаимность, то соответствующее правило или институт должны нести пользу не просто коллективу, но и каждому в отдельности. Однако оба элемента встречают возражения. Во всеобщей обязательности помимо правового этического релятивизма также сомневаются правовой позитивизм и социологическая теория систем. А против релятивизации коллективного блага выступает утилитаризм.

Правовой позитивизм

В скромной форме правовой позитивизм еще не выдвигает возражения против справедливости. Он лишь утверждает, что правоведение должно утвердиться в качестве автономной, в частности независимой от политики и философии науки, понятийно отделяя позитивно действующее право от морально постулируемого. Скептическим по отношению к справедливости является лишь тот радикальный правовой позитивизм, который стремится определить позитивное право целиком и полностью без каких-либо элементов морали и справедливости. В противовес этому скромный правовой морализм задает вопрос: «Итак, при отсутствии справедливости, что такое государства, как не большие разбойничьи шайки?» Путь к правовому радикализму открывает утверждение философа государства и права Томаса Гоббса (1588–1679): «Авторитет, не истина создает закон». Ибо оно предвещает теорию императивов, согласно которой правовые нормы являются приказами, исходящими от некоей превосходящей власти. За невыполнение её приказаний грозит беда, и поэтому они находят повиновение в соответствии с привычкой. Так как при подобном «наивном позитивизме» право выступает как властный порядок без полномочий, то оно действительно даже понятийно не отличается от насилия организованной преступности («больших банд разбойников»). В противоположность этому австрийский философ права и конституционный правовед Ханс Кельзен (1881–1973) и британский философ права Герберт Харт (1907–1992) развили «рефлексивный позитивизм». По Кельзену право заключается в наборе правил, который находит эмпирическое признание

¹ Хёффе О. Справедливость: философское введение / пер. с нем. О. В. Кильдюшова ; под ред. Т. А. Дмитриева. Москва, 2007. 102 с.

затронутых лиц. Однако и таким образом не удастся достаточно развести правопорядок и организованную преступность.

Слишком близкое к голому насилию, право в теории императивов есть принуждение (Müssen), осуществленное посредством угрозы наступления дурных последствий. У Кельзена оно более целесообразно становится авторизованным долженствованием (sollen), причем вершиной авторизации, основной нормой, остается слишком формальная гипотеза уполномочивания (Verlegentheitsvorschlag). И у Харта право базируется на свободной воле (Wollen), которая оставляет открытыми два вопроса: во-первых, почему нужно признавать заложенные в праве ограничения свободы, во-вторых, почему построенное на признании право, тем не менее, содержит момент принуждения, даже принуждения наказанием (Strafzwang). На оба вопроса можно ответить лишь посредством привнесения элемента справедливости, посредством праводефинирующей справедливости: именуемое «правом» социальное принуждение, в конце концов, приносит пользу не криминальной организации, но самим затронутым лицам, а именно – каждому в отдельности. Например, уголовное право служит таким правовым благам, как жизнь и здоровье, собственность и честь («доброе имя»), а также общественное здоровье, защита документов, мер и весов. Даже такие важные вопросы подсудности, как вменяемость и вина, а также строгие процессуальные правила в свою очередь связаны с идеей справедливости. Подобные элементы праводефинирующей справедливости вместе образуют фундаментальную «правоконституирующую справедливость». Без нее правовой и государственный порядок были бы не чем иным, здесь следует согласиться со Св. Августином, как большой бандой разбойников. Правовой порядок может не быть совершенно справедливым и, тем не менее, отличаться понятийно от организованной преступности. Верно, хотя и несколько осторожно, высказался юрист и временный имперский министр юстиции Густав Радбрух о том, что невозможно «определить право, как и позитивное право, иначе», «чем порядок и установление, которые по своему смыслу направлены на то, чтобы служить справедливости».

Системно-теоретический скепсис

Социолог и автор теории систем Никлас Луман (1927–1998) представил в своей ранней работе «Легитимация посредством процедуры» социально-исторический и одновременно теоретико-модернизационный правовой позитивизм: право было не всегда, но в Новое время оно в полной мере стало свободным от сверхпозитивных элементов и тем самым способным на неведомый до тех пор масштаб изменений. Однако в основании идеи «институционализации произвольности правовых изменений» лежит троякая оптическая иллюзия. Во-первых, Луман упускает

из виду, что уже античность, в частности афинская демократия, обладала высокой степенью изменений. Во-вторых, он упускает правоопределяющую справедливость, хотя сам связывает действенность права с одобрением, которого, в свою очередь, скорее всего следует ожидать в случае дистрибутивной выгоды. Не в последнюю очередь он недооценивает то, что именно нововременное правовое развитие определяется принципами справедливости. Способность на изменения допускается не в отношении права как такового, но лишь в рамках достаточно широких заданных параметров справедливости, например, личных прав, народного суверенитета и разделения властей, позже – социальной государственности, а с недавних пор – защиты окружающей среды.

Через добрые десять лет Луман пытается отказаться от традиционного понятия справедливости и заменить его системно-теоретическим понятием: для сохранения функциональности в условиях значительно усложнившегося общества современная правовая система должна повысить уровень своей собственной комплексности, особенно свою способность к внутренней дифференциации и обработке информации. Теперь справедливость – есть та «адекватная комплексность», которая настолько отражает в праве комплексность окружающего общества, насколько это возможно праву в пределах внутренних условий функционирования.

Это новое определение следует принципу: что не желаешь признавать, но не можешь отрицать, то следует истолковать по-своему. Ведь в рамках трех ступеней оценки адекватная комплексность как функциональная обязательность относится лишь к первой ступени. Она не выполняет даже минимального понятийного условия справедливости – нормативности третьей ступени. Более того, она даже не отражает особенности права; ведь об адекватной комплексности должны беспокоиться все общественные подсистемы. Вместо того чтобы соответствовать понятию справедливости и особенностям правового порядка, Луман выдвигает «теорию справедливости без справедливости».

Наконец в докладе «Paradigm Lost» (1988) Луман выдвигает аргумент против морали, который по смыслу затрагивает и справедливость: поскольку современное общество состоит из относительно самостоятельных подсистем и каждая подсистема типа экономики, науки и права подчиняется своей собственной функционально-специфической нормативности, то функционально-неспецифическая нормативность, мораль, утрачивает всяческую силу. Неспособная интегрировать общество в его частях или в целом мораль стала утраченной парадигмой. Однако против этого говорит то, что функционально-неспецифическая нормативность «мораль» может применяться функционально-специфически – например, политическая справедливость и специфически правовой и государственной сферах – как праводефинирующим, так и правонормирующим образом.

Утилитаризм как альтернатива?

Этика подлежащего максимизации общего блага, утилитаризм, имел сложности со справедливостью, начиная со своего раннего периода. Ведь она не просто допускает возможность нарушения справедливых притязаний, даже основных прав и прав человека, если это способствует общему благу, она даже требует этого. Хотя один из классических представителей, Джон Стюарт Милль (1808–1873), попытался примирить утилитаризм со справедливостью, однако попытка не удалась. С одной стороны, он различает три ступени: (1) первичные критерии справедливости, (2) правила действия и (3) отдельные случаи. Однако лишь первую ступень он подчиняет утилитаристскому принципу, не признавая того, что для двух других действуют другие критерии – равенство для ступени (2) и беспристрастность для ступени (3), – которые носят характер справедливости. Тем самым справедливость получает более широкую сферу деятельности, чем это признает Милль. С другой стороны, он переоценивает область применимости своего утилитаристского оправдания первичных критериев справедливости. Например, в случае важной для него уголовной справедливости Милль лишь показывает, что уголовное наказание можно оправдать и с точки зрения общего блага. Но он не задумывается о том, что возможно и альтернативное оправдание: оправдание посредством возмездия, которому с моральной точки зрения следует отдать приоритет. Также мало Милля интересует вопрос, обладают ли рангом справедливости оба основных элемента современного общества – народный суверенитет и права человека.

В целом против утилитаризма говорит то, что за требованием максимизации общего блага он забывает вопрос о том, как же следует «разделить» максимальное общее благо между участниками. Будучи равнодушным к этому вопросу, он даже допускает рабовладельческое и кастовое общество, откуда они обеспечивают максимальное коллективное благо. Маркс и Энгельс справедливо упрекали утилитаризм в «*exploitation de l'homme par l'homme*», эксплуатации человека человеком («Немецкая идеология», гл. «Мораль, общение, теория эксплуатации»). К тому же утилитаризм предполагает слишком высокую степень альтруизма, так как каждый должен быть готов подчинить собственное благо благу коллективному. В этом заключается «моральное самоумаление», когда человек отказывается от притязания быть лицом с не утрачиваемыми правами, нарушать которые не может никакое, даже столь большое общее благо. Вместо этого признаются лишь «минимальные персоны»: лица без высших целей и без определенного характера. Основная ошибка утилитаризма состоит в смешении беспристрастности с безличностью, основанном на ложном разделении человеколюбия и чувства справедливости.

Процессуальная справедливость

Для обязательных правовых решений требуются ясные процедуры. В их основании лежат принципы справедливости, которые практически во всех культурах, бесспорно, относятся к общечеловеческому наследию в деле справедливости. Поскольку они значимы не только при правовом и государственном порядке, то их относят к дополитической, «естественной справедливости». Удивительным образом они не играют в традиции естественного права никакой заметной роли.

В случае процедур непосредственно важны не содержание или результаты, но компетенции, процессы и формы. Впрочем, они не являются самоцелью. Поскольку они служат содержанию и результатам и лишь благодаря этому получают свое оправдание, то лишь при соблюдении двух предпосылок они приводят к той общей готовности, на которую опираются демократические правовые государства, а именно к признанию содержательно еще неопределенных решений законодателя: во-первых, процедуры должны быть открыты для потребностей и интересов участников и, помимо этого, обладать способностью к обучению, а также соответствовать принципам процессуальной справедливости. Во-вторых, они должны быть привязаны к тем данностям, которые в свою очередь являются справедливыми и совместимыми, по крайней мере, с субстанциальной справедливостью.

Из трех типов процессуальной справедливости, «чистой, неполной и полной формы, господствующая в праве и государстве неполная процессуальная справедливость не создает никакой собственной легитимации, в лучшем случае – легитимацию субсидиарную. Поскольку здесь невозможно гарантировать даже выполнения главной задачи любой процессуальной справедливости – беспристрастности, ставшим с недавних пор популярным процессуальным теориям демократии явно не хватает убедительности (например, Хабермас, «Фактичность и значимость», 1992, гл. VII и далее). Более того, все теории права, государства и политики, которые полностью концентрируются на процедурах, имеют позитивистский и одновременно угрожающий справедливости оттенок.

Лишь в случае первого типа, чистой процессуальной справедливости, процедуры создают больше, чем чисто субсидиарную легитимацию. Здесь справедливость заключена в самих процедурах, тогда как не может быть речи о процессуально независимой мере справедливого результата. Поскольку применяют честные, равные для всех участников процедуры, например, бросание костей или вытягивание жребия в случае азартных игр и подсчет голосов в случае голосования, результаты являются не просто субсидиарно справедливыми, но справедливыми даже в первичном смысле.

В отличие от подобной справедливости в ходе процедуры при двух других типах речь идет о справедливости посредством процедуры. В случае полной процессуальной справедливости существует независимый масштаб

для справедливого результата и процедура, с высокой степенью гарантии приводящая к этому результату. Например, разделение пирога приводит, как правило, к справедливому результату тогда, когда каждый получает равную долю, чего можно достигнуть применением правила; кто делит, тот получает последний кусок. Ведь тогда он будет стремиться к тому, чтобы все куски были по возможности равными.

В случае неполной процессуальной справедливости также существует независимый масштаб для справедливого результата. Например, уголовные процессы являются справедливыми в том случае, когда, с одной стороны, наказание получают все виновные, но только виновные, и помимо этого наказание определяется исключительно мерой вины. Однако очевидно, что не существует процедуры, которая исключала бы ошибки и не допускала бы как наказания невиновных, так и ухода от наказания виновных, не в последнюю очередь того неправильного наказания, когда кто-либо получает наказание не по мере своей вины, а или слишком суровое, или слишком мягкое.

Даже если беспристрастность нельзя гарантировать, то все же существуют принципы, которые способствуют ей. Они особенно дифференцированы в архетипе неполной процедуры, судебном процессе. На Западе они часто восходят к греческим источникам, частично с египетскими и вавилонскими предшественниками. На деле они часто признавались задолго до этого и имеют свое отражение во многих других культурах. Например, к межкультурно признанным принципам относится принцип правовых слушаний: «*audiatur et altera pars*» («Следует выслушать и другую сторону»). В этом смысле и ради беспристрастности древнеегипетский служебный устав визирей времен 18-й династии около 1500 года до н.э. требует: «Смотри за тем, кого ты знаешь, и за тем, кого ты не знаешь, и за тем, кто тебе близок, и за тем, кто чужой в твоём доме» или «Не обходи ни одного просителя, пока ты не выслушал его речь». Немецкая пословица также говорит: «Речь одного – речь никого, нужно честно выслушать обоих». С тем чтобы каждая сторона представила свою позицию, как свое видение ситуации, так и ее правовую оценку; правовой спор может быть разрешен лишь после того, как выскажутся обе стороны.

Другой принцип гласит: «*Nemo est iudex in causa sui*» («Никто не может судить самого себя»). Ради сохранения беспристрастности судья не может исполнять свои обязанности, если дело прямо или косвенно затрагивает его самого. Этот принцип усиливается правом отвода из-за заинтересованности. В гражданском процессе каждая сторона имеет право дать отвод судье, секретарю или эксперту, если имеется подозрение, что в этом деле он не является беспристрастным (например, в германском Гражданском процессуальном кодексе). В уголовном процессе обвиняемые, прокуратура и частные истцы обладают тем же правом в отношении судей, заседателей, присяжных, секретарей и экспертов (Уголовно-процессуальный кодекс).

Кроме того, необходимо следить за честным отношением к участникам и за тем, чтобы были учтены по возможности все важные для принятия решения аспекты. Ибо ничто не противоречит процессуальной справедливости так, как предвзятость и односторонность. Процессуальной справедливости также служат предметная и личная независимость судьи, открытость процедуры, прохождение инстанций (возможность апелляции и пересмотра дела), а также процедурные сроки; ведь без обеспечения правопорядка, которому они служат, не существует никакой реальной справедливости.

Справедливость (уголовного) наказания

Уголовное право также предоставляет ясное опровержение эмпирического культурного релятивизма. Безусловно, способ наказания может совершенно различаться в зависимости от общества и эпохи. Однако то, что сообщества притязают на полномочие наказания, встречается практически во всех культурах. Не будет большим преувеличением сказать, что уголовное право вместе с уголовными судами и уголовными процессами является сходным для всего человечества, универсалией, охватывающей общества и эпохи. Универсальным является и подавляющая часть наказуемых действий. Преступления против жизни, собственности и чести, запрещение поджогов, подделки мер, весов и документов, сексуальные преступления, даже наказуемые действия в отношении окружающей среды известны практически повсюду.

1. Дать дефиницию наказания

Радикальные критики рассматривают уголовное право в качестве санкционированной мести. Другие видят в криминальных действиях разрядку агрессии, ответственность за которую, в конце концов, несет не преступник, а общество. «Критики идеологии», видящие в уголовном праве общественный институт мести, упускают из вида элементарный эффект справедливости, создаваемый публичным, государственным наказанием: установленное законодателем, примененное судьей и осуществленное исполнительной властью уголовное право, следующее при этом строгим содержательным и процедурным правилам, противостоит той частной мести (включая кровную), вражде и частной юстиции, которая мстит за нанесенную обиду на свой страх и риск и часто несоразмерно реагирует под воздействием чувства ненависти.

Впрочем, за наказанием со стороны государства часто следует дополнительное наказание со стороны общества. Осужденный теряет своих старых друзей и знакомых, лишь с трудом приобретает новых и с усилиями находит работу. Кроме того, нередко презрению подвергаются лица, вполне обосновано оправданные. Часто наказанию подвергаются даже члены семей, то есть невиновные. Не будучи ни оправданным, ни

беспристрастным, ни законным, ни подконтрольным, подобное дополнительное наказание является явно несправедливым. Поскольку в противоположность этому государственное уголовное право, по крайней мере, укрепляет справедливость, то большинство дебатов ведется не относительно отмены полномочия наказывать, а скорее относительно оправдывающих его целей наказания. Центральными оказываются четыре основные формы: 1) возмездие, 2) негативные или превентивные меры, устрашение, 3) позитивные превентивные меры (законопослушность, доверие к нраву, примирение) и 4) последующее включение в общество, ресоциализация.

Осуждаемое в качестве примитивного инстинкта мести со стороны общества, возмездие постоянно попадает под перекрестный огонь критики, а вместе с ним и такие значительные философы, как Кант и Гегель, так как они разделяли теорию возмездия. Тем не менее уголовное наказание носит характер возмездия уже с точки зрения понятия. Ведь, во-первых, оно тривиальным образом является злом, которое, во-вторых, в отличие от лечения зубов, является вынужденным. Кроме того, уголовное наказание наступает после правонарушения и из-за него. Следовательно, в его понятие входят, в-третьих, в отличие от карантинных мероприятий – менее притязательное впоследствии и, в-четвертых, в противоположность приходным катастрофам или налоговым требованиям – более притязательное вследствие. И именно поэтому наказание является возмездием в первоначальном и одновременно нейтральном смысле. Этимологически родственное «деньгам» («Geld»), выражение «возмездие» («Vergeltung») указывает на основную форму человеческого общения, на обмен. Расплатой («Vergeltung») называется любое вознаграждение за оказанные услуги, любая выплата долга, которая в позитивном случае заключается в денежном платеже и лишь в случае негативных услуг – в отомщении злом или наказании.

2. Установить норму наказания

Уже нейтральное понятие возмездия содержит важный элемент справедливости наказания: запрет наказания невиновных. В качестве принципа вины он даже считается категорическим и не терпящим исключений; запрет не допускает компромиссов по причине коллективного блага или государственного резона: наказанию подлежит лишь тот, кто объективно совершил (тяжкое) правонарушение и несет за него личную (субъективную) ответственность.

Государственное наказание может действовать и предупреждающим образом (превентивно). Согласно принципу, выдвинутому еще такими просветителями, как Монтескье и Чезаре Беккариа (1738–1794), применяемой к закону уголовно-правовой оговорке «*nullum crimen, nulla poena sine leges*» («без закона – никакого преступления, никакого

наказания»)), правило, за нарушением которого следует наказание, должно быть заранее известно и одновременно ясно определено. Вместе со своими четырьмя заветами: запретом обычного права, запретом обратного действия, запретом аналогий и запретом неопределенных уголовных законов, принцип защищает всех граждан от государственного произвола.

Уже в силу этого принципа наказание, несмотря на свое действие задним числом, неизбежно приобретает предупредительную силу. Тем самым осуществляется вторая и третья цели наказания. С одной стороны, оно устрашает, запугивая потенциальных правонарушителей наказанием, ослабляет как угрозу опасных попыток подражания, так и эффект водоворота. С другой стороны, уголовное право, если оно соблюдается, поощряет законопослушность, усиливает доверие к праву и способствует правовому примирению.

Этому двойному превентивному воздействию, негативному и позитивному, охотно приписывают направленность в будущее, а не в прошлое в качестве возмездия. Однако с точки зрения теории справедливости в этом нет никакого преимущества. Ведь в качестве ответа на прошлое правонарушение, превентивно понимаемое наказание остается также возмездием в нейтральном смысле. Превентивность, напротив, является как неизбежным, так и достойным одобрения побочным эффектом. Утилитаристское положение «*punitur ne peccetur*» («наказание осуществляется, чтобы не нарушалось право») уже предполагает положение теории возмездия: «*punitur quia peccatum est*» («наказание осуществляется, потому что было нарушено право»): наказание, – так же как общее возмездие – является справедливым лишь тогда, когда оно следует и после совершения тяжкого противоправного поступка и вследствие него.

Справедливое наказание носит характер возмездия еще и другой точки зрения: при определении наказания. Впрочем предполагается, что отомщение (*Wieder-Vergeltung*) (*ins talionis*) понимается не в буквальном смысле как «око за око, зуб за зуб» и «кровь за кровь» (например, Эсхил, «Орестея», часть II, стих 274 и 312 и следующие), но лишь формально.

Справедливое наказание – как особое возмездие – соразмерно тяжести преступления. Оно не будет с целью устрашения и в назидание другим ни более жестким, чем этого заслуживает преступление с объективной его стороны, тяжести правонарушения, и субъективной стороны, вины, ни откажется от кары, особенно в случае тяжких преступлений, там, где устрашение стало избыточным, например, поскольку преступник уже давно стал законопослушным.

Нейтральная идея возмездия оставляет неопределенным способ наказания и его исполнения. Поэтому в качестве дополняющих могут выступать другие цели наказания: посредством предупреждения преступных действий и усиления законопослушности двойное превентивное действие служит основной цели, выдвигаемой справедливостью – поддержанию правопорядка. И

если нарушение права не могло быть предотвращено, то следует предпринять все возможное, чтобы удержать правонарушителя от рецидива и дать ему новый шанс на общественную и профессиональную интеграцию.

Уголовное право отличается от гражданско-правовой компенсации, и тем не менее оно должно обращать свое внимание не только на преступника, но и на жертву, что обусловлено требованиями справедливости. Поскольку сообщество строго запрещает частную юстицию, его легитимными задачами должно стать следующее: виновный в совершении преступления получает заслуженное наказание, а жертва получает максимально возможное возмещение. Возмещения заслуживает также тот, кто находился в предварительном заключении, но не был осужден или был приговорен к лишению свободы на срок, более короткий, чем предварительное заключение. Не в последнюю очередь медиа должны возмещать убытки тому, кого они досрочно «обвиняют» и «приговаривают».

3. Легитимировать наказание

Правовой институт уголовного наказания оправдывается посредством объединения трех аргументов. Первый указывает на поддерживаемые наказанием запреты как на оборотную сторону легитимных требований, в конечном счете, являющихся требованиями прав человека и потому универсально значимыми: поскольку каждый человек имеет право на жизнь и здоровье, насилие против него запрещается; поскольку для существования определенного пространства свободы действий необходима (функциональная с точки зрения свободы) собственность, то кража не допускается и т.д. Этот аргумент не предоставляет уголовному праву никакой полной свободы действий, но увязывает его оправдание со строгим ограничением: где нет угрозы правовым благам человеческо-правового достоинства, там трудно обосновать *ultima ratio* государственного принуждения – уголовное право.

Хотя признание прав человека идет на пользу каждому, их нарушение может быть выгодно в отдельных случаях. Чтобы противостоять подобному безбилетному проезду на правопорядке, государство причиняет – таков второй аргумент – за правонарушение ущерб, который должен быть столь высоким, чтобы перевешивать выгоду. Строго говоря, ожидаемый убыток, то есть продукт из грозящего наказания и его вероятности, должен превышать ожидаемую прибыль. Только тогда каждому, кто осознанно и намеренно совершает правонарушение, станет ясно, что оно невыгодно.

Два первых, превентивных аргумента еще не оправдывают уголовного наказания. Ведь цель превентивного действия, обеспечение правопорядка, представляет коллективный интерес, ради которого по причинам справедливости нельзя жертвовать никем. Чтобы никто не стал голым средством коллектива, необходимо возмездие в качестве третьего аргумента: возмездие за то, что кто-либо нарушил правопорядок и получил наказание лишь по причине этого правонарушения и тяжести своей вины.

4. Упразднить наказание?

В целом справедливость не заслуживает последнего слова. Отсюда в случае уголовной справедливости напрашивается мысль, которую неожиданным образом разделяет острый критик морали Ницше («Генеалогия морали»), «С усилением власти община не придает больше такого значения прегрешениям отдельных лиц». Причина: проступки уже не представляются для сообщества «столь же опасными и пагубными в отношении существования целого, как прежде. С возрастанием власти и самосознания общины уголовное право всегда смягчается». Сообщество, которое доводит это смягчение до крайнего предела, полностью отказывается от наказания. Оно даже осуществляет «самоупразднение справедливости», «известно, каким прекрасным именем оно себя называет: милостью» и является «преимуществом самого могущественного». Однако сообщество располагает подобной властью только там, где оно не потрясается в своих основаниях, видимо, как в случае бытовой преступности, но, определенно, не в случае преступных действий сильных и могущественных, которые в качестве политиков, военачальников или топ-менеджеров, а также не в последнюю очередь боссов организованной преступности творят бесправие большого размаха.

И в случае бытовой преступности не следует забывать о жертвах. Чтобы ими не злоупотребляли в качестве средства коллективного милосердия, самоупразднение справедливости должно исходить от самой жертвы, а в случае ее гибели – от ее близких. Это они должны простить соответствующего преступника, а вовсе не лица, непосредственно этим не затронутые.

Шершеневич Г. Ф.

ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА¹

Глава I. Философия права

§ 4. Философия права и общая теория права

В противоположность рассмотренному сейчас направлению сосредоточить задачи философии права в практической области обнаруживается стремление ограничить задачи философии права одною теоретическою областью. С этой точки зрения философия права, отказавшись раз и навсегда от всяких естественно-правовых увлечений, должна заняться исключительно исследованием основных понятий, лежащих в основе всякого положительного права. Философия права превращается в теорию права, которая получает название общей, чтобы отличить ее от тех теорий, которые создаются в пределах специальных юридических наук. На основании только исторически данного материала философия права должна выяснить, что такое вообще право независимо от изменчивого его содержания, что такое государство вне разнообразия действительных форм его существования, каковы источники права, каковы методы разработки норм права. Раньше всего и наиболее прочно утвердилась общая теория права в Англии. Некоторые хотели бы поставить такое направление юридической и философской мысли в связь с национальным характером англичан. Однако едва ли это так просто.

В XVIII в. знаменитый английский юрист Блэкстоун стоял на точке зрения естественного права и даже признавал за ним значение положительного. «Естественное право, – говорил он, – появившееся вместе с человеком и внушенное Богом, по этой уже причине обязывает к большему повиновению, чем какое-либо иное право. Оно связывает всех на земле, во всех странах и во все времена: никакие человеческие законы не могут иметь силы, если стоят в противоречии с ним». И ту же склонность к естественному праву проявил в XIX в. знаменитый английский философ Герберт Спенсер. Однако остается верным, что современная английская философия права в общем относится совершенно отрицательно к естественному праву и признает только одно положительное право.

В то время как на континенте получала распространение историческая школа, в Англии возникла аналитическая школа, главой которой признается Джон Остин. Уже Бентам, глава утилитарной школы в этике, высказался крайне враждебно по отношению к «анархическим софизмам» естественного права. В то же время он резко различил в правоведении две стороны его изучения: объяснительную, которая должна представить, что такое право, и критическую, которая должна представить, каким право должно быть.

¹ Шершеневич Г. Ф. Избранное : в 6 т / вступ. слово, сост. П. В. Крашенинников. Москва, 2016. Т. 4. 752 с.

В том же направлении пошел Остин, выпустивший в 1832 г. свое основное сочинение «О предмете науки права». В течение всего XIX в. влияние Остина росло все более и создало целую школу, известную под именем аналитической или формальной, потому что она поставила своей задачей анализ основных понятий права с формальной точки зрения.

В противоположность правоведению, излагающему право той или другой его части, должно существовать общее правоведение (*General Jurisprudence*), которого задачей должно быть исследование тех понятий, какие лежат в основе различных прав. Это предмет философского характера, поэтому ему может быть присвоено название философии положительного права или просто права (*Philosophy of Law*). Так как этот предмет отстраняет от себя юридическую практику, в смысле ли ежедневного применения норм права, в смысле ли законодательной политики, то он может называться также теорией положительного права или просто права (*Theory of Law*).

Мы видим, что уже в самом наименовании теория права сливается с философией права. То же обнаружится при рассмотрении содержания. Рассматривая право того или другого народа, мы замечаем в нем черты двоякого рода: свойственные только данному праву и общие ему с правами других народов. В том, что встречается как общее в различных правах, следует опять-таки различать то необходимое, без чего ни одно право не может обойтись, и то случайное совпадение, которого может и не быть. Общее и необходимое – это и есть объект философии права или теории права. Общее и необходимое – это основные, высшие понятия в правоведении. Из сказанного уже следует, что эти понятия не могут быть созданы *a priori*, так как они создаются *a posteriori*, посредством отвлечения от положительного права. Второй вывод тот, что вместе с положительным материалом изменяются и основные понятия, а следовательно, и сама теория права, положения которой имеют поэтому историческую, но не абсолютную ценность. С точки зрения аналитической школы следует строго отличать теорию права от законодательной политики. По мнению самого Остина, законодательная политика (*Science of Legislation*) не входит составною частью в науку о праве (*Science of Jurisprudence*), и потому философия права, в представлении главы аналитической школы, ограничивается одною теоретическою стороною и исключает практическую.

В Германии, где с такой силой господствовала философия права в смысле естественного права, общей теории права нелегко было пробиться. В течение XIX в. раздавались отдельные голоса в пользу философии положительного права, но они легко заглушались. Более благоприятно сложились обстоятельства к 70-м годам. Это было время упадка доверия к спекулятивной философии, увлечения естествознанием. К этому изменению философского мирозерцания присоединился политический момент – необходимость разграничения государственного и канонического права ввиду борьбы между государством и церковью.

Во главе нового направления, выдвинувшего взамен естественного права общую теорию права (*Allgemeine Rechtslehre*), выступил Адольф Меркель. Правоведение, как и всякая наука, не может обойтись без философского элемента. Но философия должна вырасти из самого правоведения, а не быть ему навязанной извне. Исходные начала для построения новой философии права готовы: это те общие части, которые созданы специальными юридическими науками. Здесь уже даны основные понятия, которыми должна пользоваться в своем изложении та или другая наука. Так, уголовное правоведение, прежде чем приступить к рассмотрению отдельных преступных деяний и сопровождающих их наказаний, исследует понятия о преступлении и наказании вообще. Так же поступает и гражданское правоведение, анализирующее понятие о договоре независимо от различных договоров, встречающихся в жизни и признанных законодательством. Остается только создать такую юридическую науку, которая объединила, свела бы в одно общее то, что уже сделано общей частью каждой специальной науки. Это и есть задача общей теории права – единственная задача для истинной философии права. Из сказанного обнаруживается, что общая теория права составляет продолжение общей части всех юридических наук, что материал её – исключительно положительное право и что она и есть то, чем должна быть философия права.

Если в настоящее время в Германии общая теория права получает все более признания, то, однако, нельзя сказать, чтобы отношение между общей теорией права и философией права могло считаться выясненным в германской литературе. В духе Меркеля за ограничение философии права вопросами теоретическими высказались Бергбом и Лассон при всем различии их точек зрения на право. В разработке общей теории права Франция не представлена вовсе. Общая теория права предполагает предварительную работу в специальных науках, которая в Германии так хорошо делается в общей части. Ничего подобного во Франции пока нет, и потому для построения общей теории права недостает еще теоретического материала. Французские юристы пока мало ценят практическое значение теории права. Только в самое последнее время под несомненным влиянием Германии и сознания недостатков своего права у французских юристов стал зарождаться интерес к теоретическим вопросам.

На французском языке имеются исследования по общей теории права, но они принадлежат или швейцарцам, таким как Рогэн, или бельгийцам, таким как Пикар. Первый из них выдвинул учение о чистом праве (*Science juridique pure*), под которым он понимает изучение права вне всякой исторической и критической оценки. Такое учение ставит своею задачею исследование, каковы необходимые последствия заранее предположенных данных без всякого отношения к тому или иному положительному законодательству и без всякой оценки с точки зрения блага или пользы

содержания анализируемых норм. Эта теория заимствует предположения как из действительности, так и из воображения. Отсюда должна получиться система отношений не только реальных, но и возможных. Другими словами, теория права, предлагаемая Рогэном, должна быть наукой абстрактной в отличие от специальных юридических наук, имеющих конкретный характер. Сам Рогэн не отрицает, что его построение общей теории права навязано примером политической экономии, в которой создано благодаря Вальра такое абстрактно-математическое направление. Проще смотрит на свою теорию права (*Droit pur*) Пикар, который полагает, что она должна быть отвлечением от исторических прав, притом не только культурных, но и низших народов. Общая теория создается путем сравнения различных прав, причем получается такой типичный отпечаток, как в тех фотографиях, которые снимают последовательно ряд родственных лиц, так что на снимке остаются одни типические черты и отпадают индивидуальные.

Приведенные сейчас мнения по вопросу о сущности общей теории права обрисовывают очертания этой науки, которая должна заменить собою философию права или стать рядом с ней. Общая теория права строит свои основные понятия исключительно из того материала, который содержится в положительном праве, т. е. в праве, которое есть в данное время у какого-либо народа или было прежде. Никакие пожелания о том праве, какое должно быть, в эти построения не вплетаются. Но также неуместны и всякие предположения о возможном праве, как это пытался провести Рогэн. Правда, он ставит рядом с историческим правом не желательное право, а воображаемое: если бы было такое-то право, то получались бы такие-то выводы. Но так как его воображаемое право не есть положительное право, а только методологический прием, то оно и не может быть поставлено рядом с положительным правом в качестве строительного материала.

Так как положительное право есть историческое явление, то и все понятия, из него построенные, имеют только историческую ценность. Как бы логично ни были связаны между собою понятия, построенные общей теорией права или какой-нибудь системой гражданского или уголовного правоправедения, они все же не могут рассчитывать на абсолютную ценность. Разделение права на публичное и частное, право собственности, народное представительство, преступление, наконец, само право — все это понятия исторически сложившиеся, не а priori, а эмпирически. Были моменты в истории человечества, когда этих понятий не существовало; могут настать моменты, когда они сохранятся как культурные воспоминания. Может быть, это способно подорвать ценность общей теории права, придавая ей неустойчивый, текущий характер, обусловленный изменчивостью материала? Однако из того, что мы отвергнем абсолютное, логическое значение понятий общей теории права, не следует еще, чтобы ее понятия не имели практического значения, чтобы они не выяснили человеку окружающей его действительности. Историческая жизнь на самом деле

течет крайне медленно, и общественные формы проявляют столько устойчивости, что понятия, выработанные общей теорией права, сохраняют свое значение для многих поколений. Этим уже оправдывается ее ценность. При построении понятий из положительного права общая теория права отбрасывает все индивидуальное, свойственное тому или другому законодательству и выбирает лишь типичное, свойственное всем законодательствам. Это не значит, однако, что общая теория права имеет дело со всем, что оказывается общим всем законодательствам. Из того, что всюду запрещается брак на свояченице, не следует, чтобы это положение составило объект общей теории права. Последняя выбирает не только общие положения, но и необходимые, т. е. такие, без которых общежитие данного культурного типа существовать не может, каковы, например, понятия о субъекте права, о договоре, о государственной власти.

В очерченном сейчас виде общая теория права стремится объяснить право как историческое явление путем анализа самых высших его понятий. С этой точки зрения общая теория права есть философия действительности, в частности философия права.

Но тут мы встречаемся с возражениями, что общая теория права не покрывает представления о философии права. Прежде всего, утверждают, что общая теория права не совпадает с философией права в ее теоретической части. «В то время как общая теория права ограничивается кругом основных понятий, не входя в частности сложившихся институтов, философия права имеет дело со всею совокупностью правового материала в целом и в частях». Едва ли кто признает, что здесь ясно проведена граница между общей теорией права и философией права. Ни философия вообще, ни философия права в частности не в состоянии обнять всего научного материала: философия, как мы видели, всегда оперирует с высшими обобщениями, подносимыми ей науками. С точки зрения приведенного возражения выходит, что философия права неизбежно совпадает с общей теорией права, поскольку обе изучают право в его целом. На долю философии права выпала бы только одна задача, несвойственная общей теории – это изучение права в частности. Но тогда что же осталось бы за специальными науками?

Далее, говорят, что в общей теории права юрист подходит к основным понятиям с точки зрения юридической критики, т. е. он анализирует их до того места, где кончается правоведение, тогда как работа философа здесь только начинается, потому что его задача – связать эти юридические понятия с общею философией. Однако определить основное юридическое понятие, само право в пределах юридических – задача, совершенно невыполнимая для юриста. Без социологии и этики общей теории права никогда не удастся выяснить, что такое право или что такое государство. Основные юридические понятия выходят за границы специальных юридических наук, и потому-то они и нуждаются в философском освещении.

Общая теория права, говорят еще, есть систематическое изложение основных юридических понятий с чисто формальной стороны, тогда как философия права стремится определить место и значение права в мировом порядке. И это возражение не может быть признано веским. Место права в мировом порядке – это отношение права к иным проявлениям общественности, более всего к нравственности; значение права – это оценка социальной роли права в культурной жизни. Без решения того и другого вопроса понятие юриста о праве не может быть полным. Не определив места права в мировом порядке, юрист не имеет теоретического понятия о праве, потому что определение понятия всегда достигается ограничением по отношению к другим понятиям. Если же речь идет о том, какую задачу жизни выполняет человеческий дух установлением права, то это вопрос метафизический, лежащий за пределами научной философии. Если приведенные возражения оказались неспособными поколебать утверждение, что общая теория права есть философия права, то это не значит, что общая теория права есть вся философия права. Эти два понятия не совпадают, потому что философии права присуща еще практическая сторона, чуждая общей теории права. Здесь мы встречаемся с возражениями иного рода. Говорят, что философии права не могут быть навязаны практические задачи, а следовательно, философия права совпадает полностью с общей теорией права. Такой вывод делают прежде всего из понимания задач общей философии, которая, как и всякая наука, имеет свою цель познать мир, как он есть. Однако науки рядом с теоретическими ставят себе и практические задачи. Так, прикладная механика, хирургия, терапия систематизируют средства для достижения определенных целей. Но, говорят, цели эти уже лежат в пределах, а не вне действительности. То, что есть, указывает на вероятное развитие и на средства, которыми можно способствовать ему или задерживать его. Только действующее право способно само по себе дать критерий для своей оценки и образцы дальнейших реформ. «Должно» есть только вывод из того, что «есть». Если признать вместе с А. Меркелем, что цели даны в изучаемой действительности, то, однако, систематизация средств для достижения этих целей не то же самое, что систематизация явлений, из которых такие средства могут быть созданы.

Философии права, говорят далее, чужда задача самой создавать право – право, каким оно должно быть, в отличие от того, каково оно есть. Эти задачи недостижимы путем философии. Только зрелый опыт и испытанное знание отношений и потребностей человека могут вести к преобразованию права. Но разве наука не есть материал для философии? Почему же философия, вооруженная тем громадным знанием, какое дает наука, не может намечать пути желательного правового движения с большим успехом, чем какой-либо государственный человек с его личным и потому ограниченным опытом? Одно из двух: или мы отказываемся от мысли

сознательно воздействовать на правовой порядок в определенном направлении – и тогда никакой опыт не может помочь, или же мы признаем возможность воздействия – и тогда непонятно, почему философия не способна выполнить эту роль.

По рассмотрении приведенных возражений необходимо прийти к заключению, что общая теория права есть не что иное, как теоретическая часть философии права в единственно возможном научном ее содержании.

§ 6 Философия права и энциклопедия права

Под именем энциклопедии понимается в настоящее время изложение совокупности добытых наукою знаний, представленное или в форме внешнего их сопоставления, например в алфавитном порядке, или в форме некоторой систематизации, обусловленной удобством пользования. Смотри по тому, обнимает ли энциклопедия все человеческое знание или же определенную часть, говорят об энциклопедии общей или частной, например медицинской, коммерческой, инженерной.

Энциклопедизм противопоставляется специальности, энциклопедист – специалисту по количественному, а не по качественному моменту. Дело идет только об объеме и разнообразии сведений, а не о глубине усвоения их. Энциклопедическое образование отличается в то же время от философского образования, которое, в противоположность ограниченной специальности, предполагает широкий объем знаний. Философское образование подлежит измерению в трех направлениях: в ширину, глубину и высоту, тогда как энциклопедическое знание поддается измерению только на плоскости. Следовательно, сходство философского и энциклопедического знания чисто поверхностное.

Своим происхождением слово «энциклопедия» обязано грекам. Выражение «*ἐγκύκλιος παιδεία*» означало круг сведений из области наук и искусств, необходимый для образования свободного гражданина. Римляне называли это «*orbis doctrinarum*». В Средние века обозрения необходимых сведений носили названия «*specula*», «*summae*». Энциклопедия права как частная энциклопедия должна представить в сжатом виде совокупность знаний, добытых юридическими науками. Такова энциклопедия права по идее, но не всегда она являлась такой в действительности. Потребность в юридической энциклопедии стала обнаруживаться по мере дифференциации в самом праве. Пока все писаное право выражалось в римских и канонических источниках, для юридической энциклопедии было мало почвы. Но когда из права стали выделяться уголовное, процессуальное, административное, явилась необходимость соединять данные разных источников в один обзор. Действительно, в XVI и XVII столетиях таких произведений появляется очень много, и одно из них даже придает себе наименование энциклопедии: Гунниус, *Encyclopedia juris universi*, 1683, которое и закрепляется за подобными обзорами. По своему характеру они

представляли собой не что иное, как чисто механическое соединение большего или меньшего количества норм права. Объем изменялся в зависимости от цели энциклопедии. Он сокращался, когда энциклопедия права предназначалась для педагогических надобностей, расширялся, если она должна была служить судебной или иной практике.

В половине XVIII в. появляется ряд энциклопедий права с несколько измененным характером. Среди этих произведений особенное значение приписывается трудам Пюттера, автора двух работ. Основное отличие нового направления заключалось в том, что в нем связность шла за счет объема. Авторы стремились найти в расположении материала некоторую идею. С начала XIX в. в энциклопедию права врывается новый дух, представляющий отражение философской мысли, охватившей Германию со времени Канта. Привхождение философского элемента выражалось сначала в чисто механическом соединении юридических сведений с философскими, и только под влиянием Шеллинга начали стремиться к отысканию органической связи в предлагаемых юридических данных. Рядом с философским стало пробиваться еще новое движение, вызванное влиянием исторической школы. Энциклопедия права представила собой соединение элементов юридического, философского и исторического. Включение нового материала отразилось двояким образом на содержании энциклопедии: с одной стороны, стал сокращаться обзор различных частей положительного права, с другой – стал выдвигаться очерк основных понятий о праве. Энциклопедия права начала приближаться к философии права.

Для энциклопедии права обстоятельства сложились особенно благоприятно в Германии. И до половины XIX в. энциклопедия права пышно расцветает в этой стране. К этому времени относятся труды Карла Пюттера, Фридлендера, Аренса, Варнкёнига, Вальтера, Фалька. Но затем наступает период упадка. Долгое время не появляется более энциклопедий права в прежнем значении. Только в 1886 г. выходит труд А. Меркеля и в 1887 г. труд Гарейса. В этих сочинениях исчезает исторический и философский элемент: рядом со сжатыми обзорами различных отделов права в них дается очень краткое представление об основных понятиях. С введением Германского гражданского уложения в план университетского преподавания было внесено введение в науку права, которое пока, несмотря на обилие ученых сил Германии, выразилось в двух весьма слабых трудах Колера и Грюбера. Первое из них, за исключением трех страниц, представляет собой только сжатое изложение частного и публичного права. Под именем энциклопедии права в Германии выходят еще объемистые произведения, такие как работы Гольцендорфа и Биркмейера, которые составляют сборники монографий по различным отделам права.

В других странах дело с энциклопедиями права обстоит еще хуже. Англию считать нельзя, потому что в течение всего XIX в. она остается

верна своей общей теории права. Во Франции под влиянием Германии даже состоялось в 1840 г. распоряжение о включении в число предметов преподавания на юридических факультетах общего введения в изучение права. Французская литература обогатилась несколькими трудами в этой области, воспроизводящими идею энциклопедии права в германском представлении. В настоящее время Франции нечем похвалиться в отношении энциклопедии права. Италия, в университетах которой рядом с введением в науку права читается философия права, сосредоточила все свои литературные силы на этой последней.

В России Университетский устав 1835 г. ввел энциклопедию законоведения, уставы 1863 и 1884 гг. – энциклопедию права, предполагая, вероятно, предмет, вполне соответствующий тому, что под этим именем известно на Западе. Но русская наука не пошла по пути энциклопедизма. Главное внимание русской научной мысли сосредоточилось на основных понятиях, и энциклопедия права по содержанию и по названию перешла в общую теорию права. Печальное состояние энциклопедии права обуславливается тем, что она не имеет и не может иметь будущего. Энциклопедия права представляет полную несостоятельность как с научной, так и с педагогической стороны.

Научная несостоятельность энциклопедии права выражается в том, что у нее нет ни объекта, ни метода, т. е. того, что оправдывает самостоятельность науки. Хотя некоторые решаются называть энциклопедию права «наукой наук», но в действительности ей недостает того, что должно быть у каждой науки, – особой области исследования. Характерна та беспомощность, какая чувствуется в стремлении дать энциклопедии права особое содержание: это извлечение из юридических наук, обозрение, резюме, депо юридического знания, панорама и тому подобные слова, предназначенные заменить настоящий ответ. Основное содержание энциклопедии права составляет сжатый обзор того, что имеется уже в специальных юридических науках. И по существу энциклопедизма в энциклопедиях права не должно быть ничего больше. Краткие данные об основных понятиях не что иное, как контрабанда. Никакого метода, присущего энциклопедии права и отличительного от тех, которыми пользуются юридические науки, не имеется. По существу энциклопедии в нее нельзя ввести методологию, и отсюда то двойное название – «Энциклопедия и методология», которое так часто встречается в германских учебниках. С научной стороны энциклопедия права, не вносящая решительно ничего нового в сокровищницу человеческого знания, должна быть признана бесполезным членом научного общества.

Но если энциклопедия лишена научного значения, может быть, она обладает педагогическими достоинствами? Говорят, что энциклопедия права «служит необходимым введением в изучение специальных юридических наук и в этом качестве является предметом преподавания

высокого интереса и важности». Против этого необходимо сказать, что энциклопедия права так же несостоятельна с педагогической стороны, как и с научной. Она трудна, бесполезна и вредна. Трудность энциклопедии права заключается в том, что усвоить себе содержание какой-нибудь отрасли правоведения, например гражданское право, по сжатою обзору много труднее, нежели в развитом виде. По конспекту повторяют, но не изучают предмет. В высшей степени полезно прежде изучения отдельных юридических наук представить себе право в его целом. Картина целого должна предшествовать исследованию подробностей. Представить лицам, приступающим к изучению правоведения, право независимо от отдельных норм, в которых оно выражается, выяснить его социальное значение, его отношение к другим проявлениям общественности, значит вызвать интерес к изучаемому предмету, оправдать ту затрату труда, часто кропотливого и скучного, которого потребует догматика. Этой цели служить энциклопедия права не способна. Вредность энциклопедии права обнаруживается в том, что молодой ум, который прежде всего следует приучать к строгой обоснованности, к критике воспринимаемого, деморализуется предложением усвоить несколько основных понятий, данных в беглом, догматическом виде. Там, где изучающему необходимо проникнуться верой и любовью к своему предмету, где ему надо убедиться в своем призвании, ему предлагают верить на слово учителю, пока дело идет об основных понятиях, ему подносят поверхностный обзор положений отдельных наук, не подкрепленных ни общими социальными доводами, ни специально-юридическими. Энциклопедия права в том виде, как ее понимают в Германии теперь, способна скорее оттолкнуть свежего человека от правоведения, чем привлечь к нему.

Из сказанного выясняется отношение энциклопедии права к философии права и к общей теории права, с которыми ее пытаются иногда отождествить. В действительности энциклопедии права нет места среди правоведения. Рядом с юридическими науками существует только философия права, частью которой является общая теория права.

Глава XII. Применение права

§ 72 Логический процесс применения

Применение права есть не что иное, как подведение конкретных бытовых отношений под абстрактные нормы права. Применяются нормы права всеми, кто стремится сообразовать свои действия с указаниями права, так как для достижения юридического результата или для уклонения от юридических последствий необходимо произвести примерку фактического состава в данном или предполагаемом случае к норме права. Применение права производится всеми агентами государственной власти, которые выполняют задачу управления на основании действующего права. Но с наибольшею яркостью процесс применения права раскрывается в деятельности суда.

В судебном решении, если только это не вердикт присяжных заседателей, различаются следующие составные части: а) изложение обстоятельств дела; б) мотивировка; в) юридический вывод или решение в точном смысле слова. Логическое строение судебного решения представляет собой не что иное, как силлогизм, в котором роль большей посылки играет норма права, меньшей посылки – конкретное бытовое отношение. «Судья, – говорит Милль, – не призван определять, какой образ действий по самой сущности дела был бы наиболее желательным в данном случае: он определяет только то, под какое правило закона подходит этот случай, т. е. что предписал законодатель делать в подобного рода случаях, а потому, какое намерение надо предположить у него относительно данного случая. Метод должен иметь здесь всецело и исключительно дедуктивный или силлогистический характер». Попытки опровергнуть силлогистическое строение судебного решения не могут считаться удачными. Любое судебное решение обнаружит его логическую природу.

Норма права: всякий, кто тайно похитит с целью присвоения чужую движимую вещь, подвергается тюремному заключению. Случай: Иван, проникнув через окно в чужую квартиру (тайно), унес (похитил) находившийся там медный самовар (чужую движимую вещь) и продал его на толкучке (с целью присвоения). Вывод: Иван подвергается тюремному заключению. Возьмем другой пример. Норма права: всякий муж обязан выдавать содержание своей нуждающейся жене, хотя бы она и жила отдельно не по своей вине. Случай: жена Петрова была выгнана своим мужем (не по своей вине) и не имеет никаких личных средств (нуждающаяся). Вывод: Петров обязан выдавать своей жене, с ним не живущей, содержание. Нетрудно заметить, что оба силлогизма построены по фигуре I, модусу I (Barbara).

S есть P.

M есть S.

M есть P.

Однако весьма редко судебное решение, особенно в гражданских делах, строится на одном силлогизме. Чаще всего приходится иметь дело с цепью силлогизмов (полисиллогизм). Так, например: I) всякий, кто примет на сохранение чужую вещь, обязан возвратить ее в целости; Семенов принял от Карпова шубу на летнее время; следовательно, он обязан возвратить Карпову шубу, как она была ему сдана; II) всякий, кто не может по своей вине возвратить вверенную ему вещь, обязан уплатить стоимость вещи деньгами; Семенов не в состоянии возвратить Карпову полученную от него на сохранение шубу, потому что она была съедена молью по его небрежности; следовательно, Семенов обязан уплатить Карпову стоимость испорченной шубы.

Чтобы вывод из посылок (судебное решение) был верен, необходимо точное установление обеих посылок. В способе установления большей и меньшей посылки наблюдается значительное различие.

Установление большей посылки состоит из двух моментов: 1) установления текста нормы права (критика) и 2) установления содержания нормы права (толкование). Особенность судебного умозаключения состоит в том, что большая посылка, установленная в своем тексте и содержании, не подлежит доказыванию. Когда мы строим силлогизм: все люди имеют сердце, Петр – человек, следовательно, у него есть сердце, то, чтобы оправдать наш вывод, мы предварительно должны доказать, что у всех людей имеется сердце. Между тем в судебном силлогизме устанавливается только, как норма читается и что ею повелевается, но верность ее недоказуема. «Нормы права, – замечает Вундт, – по своему логическому значению могут быть приравнены к аксиомам теоретических наук»; «для судьи норма, – по словам Милля, – раз она положительно установлена, имеет окончательное значение». С другой стороны, в установлении большей посылки суд совершенно самостоятелен. Он сам должен знать все действующие нормы правд (*jura novit curia*), и лица, заинтересованные в решении, никакого давления на суд оказать не могут в этом отношении. Суд сам отыскивает ту норму, какая, по его мнению, наиболее подходит к данному случаю, хотя бы заинтересованные лица и стремились облегчить его задачу указанием норм, на основании которых они обращаются к судебной защите.

Установление меньшей посылки происходит по совершенно иным началам, чем установление большей. В действительной жизни никогда почти не встречается случай в виде готового среднего термина. Задача лица, применяющего право, состоит в том, чтобы подготовить возможность умозаключения раскрытием фактического состава, соответствующего среднему термину. Случай, подводимый под норму права, представляет сумму фактов. Необходимо произвести двойную операцию: 1) обособить факты, составляющие в совокупности рассматриваемый случай, от фактов, происшедших в пределах того же времени и пространства (например, отношения между данными лицами по договору личного найма от отношения по родству между теми же лицами, от отношения по оскорблению, нанесенному одним из этих лиц другому), и 2) обособить в совокупности фактов, составляющих данный бытовой случай, факты, имеющие существенное значение с юридической точки зрения (например, очищение юридического отношения по личному найму от влияния отношений экономических, нравственных, религиозных). Этот процесс вылуцовывания стоит в зависимости от таланта и навыка лица, применяющего нормы права. Здесь и именно здесь обнаруживается способность юриста быстро охватить сумму представленных его вниманию фактов, отбросить все юридически несущественное и найти в сокращенном таким путем

фактическом составе элементы, способные дать средний термин. Здесь юрист-практик оказывается гораздо выше человека, не получившего юридической подготовки и не обладающего юридическим опытом, и даже может оказаться сильнее юриста-теоретика, имеющего большие знания, но не обладающего навыком. В процессе установления меньшей посылки юрист сходен с врачом, устанавливающим диагноз болезни. И тот, и другой нередко вызывают недоумение и раздражение со стороны лиц, обращающихся к их помощи, когда они отказываются слушать многоречивый рассказ о болезни или ссоре потому, что с их точки зрения не имеют вовсе значения факты, которым больные или клиенты придают очень большое значение. Несмотря на участие адвокатов в процессе, первая судебная инстанция соприкасается с делом в сыром виде, который все более очищается по мере восхождения дела к высшим инстанциям.

В противоположность большей посылке, которая предполагается данной для суда, меньшая посылка должна быть доказана во всем своем фактическом составе. Нормы права предполагаются суду известными до того момента, когда предстал перед ними данный случай. Фактический состав предполагается суду неизвестным до того момента, когда суд приступает к рассмотрению дела.

В установлении меньшей посылки суд законом лишен полной самостоятельности и поставлен в некоторую зависимость от воли других лиц. Личное знание судьей тех или иных фактов не принимается во внимание. Меньшая посылка не такова, какой она представляется судье, а такова, какой она представлена суду. В гражданском судопроизводстве суд сам доказательств не собирает, предоставляя это заинтересованным сторонам, и не присуждает более того, что заинтересованная сторона просит. Таким образом, фактический состав случая, подводимого под норму, может быть в действительности далеко не таким, каким суд обязан его признавать. Например, суду известен важный факт пропуска исковой давности, но он не вправе вносить его в фактический состав, если соответствующее заявление не сделано ответчиком. Уголовный суд поставлен в более самостоятельное положение, и все же он стеснен рамками судебного следствия: факты, не выясненные на судебном следствии, хотя бы они были известны суду из других источников, не могут быть принимаемы во внимание ни при заключительных прениях, ни при постановке приговора.

Логическое строение судебного решения идет от большей посылки через меньшую к заключению. Психологический процесс при судебном решении начинается с меньшей посылки и идет через большую посылку к заключению. Судья прежде всего сталкивается с фактами случая, представленного на его рассмотрение. Выполнив задачу очистки и разложив оставшееся на ряд юридических представлений, судья отыскивает тот же ряд представлений, соединенных в какой-либо абстрактной норме. Нахождение нормы, подходящей по среднему термину, не всегда дается с

первого раза. Приходится иногда переменять по несколько раз подставляемые в большую посылку нормы, прежде чем будет достигнуто полное соответствие. Успешность и быстрота этого приема зависят от того, 1) насколько хорошо установлена меньшая посылка и 2) насколько основательно знает применяющее лицо совокупность характерных для каждой нормы элементов. Первое, как мы видели, есть дело таланта и навыка, второе зависит от знания. Таким образом, правильное с логической стороны применение норм права предполагает в судье теоретическую подготовку, природную способность и приобретенный опыт.

§ 73 Принципы применения права

Норма права, установленная в своем содержании, должна быть применяема ко всем бытовым отношениям по точному ее смыслу, несмотря ни на какие конкретные условия. Возможно, что норма права, признанная всеми вполне целесообразной и оказывающая самое благодетельное влияние на общественную жизнь, окажется в том или другом отдельном случае способною привести к вредным последствиям. Чем большее число фактов подводит норма под свое действие, тем сильнее вероятность таких отдельных случаев, когда ее действие окажется в противоречии с ее общим значением. Но это неизбежно, потому что такова норма. Определить возраст совершеннолетия представляется всем необходимым, но несоответствие любой нормы в том или другом случае условиям действительности можно предусмотреть заранее. Возможно, что норма права признается с самого начала многими из тех, кому приходится ее применять и к кому приходится ее применять, несправедливой и нецелесообразной вообще. Тем не менее нельзя допустить, чтобы норма, выработанная и объявленная в законном порядке, могла быть не применяема или извращаема в своем смысле теми судьями или администраторами, которые не сочувствовали ее появлению или не сочувствуют ее сохранению, или к тем гражданам, которые возражали против ее введения (*dura lex, sed lex*).

Применение норм права по точному их смыслу, невзирая на результаты применения в тех или иных конкретных случаях, есть тот принцип законности, который составляет необходимое условие правового порядка. Существует, однако, другая точка зрения. Норма права может быть применяема в точном ее значении лишь до тех пор, пока она не приводит к результатам, оскорбляющим чувство справедливости. Справедливая вообще, норма при данном сочетании обстоятельств может дать самые несправедливые последствия. Целесообразная вообще, норма в данной комбинации способна привести к последствиям, которые не были ее целью. Не надо забывать, что право существует не ради самого себя, не для торжества отвлеченной идеи, а ради живых людей, ввиду насущных интересов жизни. Несправедливое действие нормы в конкретном случае способно оказать психическое впечатление, подрывающее все логическое

значение абстрактной нормы. Поэтому, если норма справедлива и целесообразна вообще, ей следует придавать в конкретном случае такое применение, чтобы она не приводила к несправедливым и нецелесообразным последствиям. Если норма вообще несправедлива или нецелесообразна, ей следует придавать во всех случаях такое применение, которое сопровождалось бы наименее несправедливыми и нецелесообразными последствиями. Применение нормы права с приспособлением ее смысла к конкретным случаям для устранения нежелательных последствий составляет принцип справедливости или целесообразности.

Очевидно, что указанные два принципа находятся в резком противоречии. Один принцип протестует против нормы с точки зрения реальных индивидуальных интересов под влиянием чувства, поражаемого конкретным действием нормы, или во имя активной политики, требующей согласования с запросами данного момента. Другой принцип отстаивает норму с точки зрения абстрактных общественных интересов во имя разума, способного постичь многочисленные индивидуальные интересы вне непосредственного соприкосновения с ними в конкретных условиях.

Борьба этих двух начал проходит через всю историю. В классическом мире Греции и Рима господствует идея законности. Этот принцип с такою яркостью выражен Сократом по поводу предложения со стороны друзей спастись бегством от смертной казни. Отвергая искушение Критона, Сократ спрашивает: «Как же может стоять целым и невредимым государство, в котором судебные приговоры не имеют никакой силы?» Столкновение начала законности с личными требованиями сильно выражено в драме Софокла «Антигона». Начало законности проходит красной нитью через всю классовую борьбу, которая составляет содержание внутренней истории Рима и делается лозунгом и главным достоинством римской магистратуры. Долгое время Европа живет под господством обычного права, которое авторитетом традиции подавляет попытку поднять голос в пользу личности. Законодательство действует преимущественно в сфере уголовного права, и тут именно загорается в Новое время борьба двух начал. При отсутствии сколько-нибудь полных и соответствующих времени кодексов уголовный суд признавал наличность преступления и налагал наказание по своему усмотрению применительно к тому случаю, какой ему приходилось рассматривать. Эта свобода судьи от закона вызвала единодушный протест в XVIII в. Монтескьё формулирует это направление следующим противопоставлением: «В государствах деспотических нет закона – там сам судья закон. В государствах монархических есть законы, и если они ясны, то судья руководствуется ими; а если нет, то он старается уразуметь их дух. Природа республиканского правления требует, чтобы судья не отступал от буквы закона». «Если состав суда не должен быть неизменным, то в приговорах его неизменяемость должна царить так, чтобы они всегда были

не более чем точным применением текста закона. Если же в них выражалось бы лишь частное мнение судьи, то людям пришлось бы жить в обществе, не имея определенного понятия об обязанностях, налагаемых на них этим обществом». Такое же отношение к вопросу о применении норм права высказал Беккария. «В приговоре по поводу всякого преступления судья должен действовать на основании строгой логики. Большая посылка – это общий закон; меньшая посылка – действие, согласное или противное закону; заключением является оправдание или наказание обвиняемого. Если судья вынужден идти в своих умозаключениях дальше или если он это делает от себя, все становится неопределенным и темным. Нет ничего опаснее той общераспространенной аксиомы, что нужно руководствоваться общим смыслом закона. Принять эту аксиому значит прорвать все преграды и предоставить законы потоку мнений». «Каждый человек имеет свой взгляд на вещи, и даже тот же человек в разное время смотрит неодинаково на те же предметы. Общий смысл закона явился бы результатом сильной или слабой логики, хорошего или дурного пищеварения, слабости подсудимого, страстности судьи, отношений его к подсудимому и вообще всех тех незначительных причин, которые действуют на впечатление и изменяют природу вещей в непостоянном уме человека».

За последнюю четверть века с зарождением во Франции и Германии так называемой «школы свободного права» соотношение между указанными принципами стало заметно изменяться в сторону, благоприятную для принципа справедливости. Прежний взгляд на роль судьи стал подвергаться критике и даже глумлению: «Господствующее идеальное представление о юристе таково: вот сидит перед нами чиновник высшего ранга, академически образованный, вооруженный только мыслительной машиной в голове, конечно, самой тонкой работы. Единственная подвижность – это зеленый стол, на котором раскрыт перед ним изданный государством кодекс. Предложите ему любой казус, действительный или выдуманный, и он, согласно своему долгу, сможет при помощи чисто логических операций и ему одному понятной техники в точности указать predetermined законодателем в уложении решение». Задача применяющего нормы права уже не сводится к точному согласованию решений, мер, действий с содержанием велений законодателя. «Судебное решение, – говорит Демог, – не должно быть простым логическим заключением, оно должно быть вдохновлено идеей целесообразности. Судья не только устанавливает – он совершает акты добра, принимая меры к его обеспечению, он осуществляет судебное управление. Следовательно, его решение не есть только констатирование, приказ, снабженный исполнительной силой. Суд наделен широкими полномочиями для того, чтобы содействовать общественному интересу, отыскивая способы согласовать эту власть с общою обеспеченностью». «Главное дело скорее, вот в чем, – думает Колер, – из возможных изъяснений закона надо выбирать то, при котором закон получает самое разумное, самое спасительное значение и может оказать

самое благодетельное действие. В оправдании такое положение едва ли нуждается; ведь само собой разумеется, что правовой быт выигрывает более всего, если законы разумны и целесообразны, и задачи юриспруденции в том и должны заключаться, чтобы служить правовой жизни всем разумом права». С этой новой точки зрения судья представляется честным маклером между законом и жизнью, который может и должен искать лазейки, через которые можно было бы провести право для его торжества над законом.

Распространение и укрепление принципа справедливости представляет собою большие опасности как для той роли, какую призвано играть право в общественной жизни, так и для многочисленных интересов, связанных с правовой защитой. Правовой порядок несовместим с системой приспособления норм права к конкретным случаям их применения. Конечно, закон сам может придать некоторую эластичность норме, предоставляя суду возможность сообразоваться с различием условий применения. Так, уголовный закон может предоставить судье выбор наказания, сообразуя тяжесть наказания со степенью виновности. Но это и есть применение закона по его точному смыслу. Приспособлением к конкретному случаю будет такое применение того же уголовного закона, когда суд, не находя соответствия между данным случаем и законным составом преступления, тем не менее в целях политической борьбы с революционным движением или в интересах большей защиты господствующего класса считает излишним стесняться точным выражением закона. Но при такой возможности применять законы соответственно требованиям целесообразности у гражданина отнимается уверенность в том, что поведение его согласуется с законами, что он понимает, чего хочет от него законодатель. При такой неуверенности нет возможности проявить, тем более развернуть свою экономическую и культурную деятельность. Граждане будут неизбежно наталкиваться на незаконный образ действий, потому что они не знают, что именно законно.

Твердость правового порядка требует, чтобы гражданин зависел от законов, а не от лиц, их применяющих. Личное достоинство человека страдает, когда ему нужно приспособляться к воззрениям и чувствам судьи или администратора. Легче зависеть от бездушной нормы, чем от душевного человека. Между тем такое положение создается именно тогда, когда суд или администрация считают допустимым не держаться точного смысла закона, а принимать в соображение конкретные условия его применения. Гражданину тяжело, когда точка зрения целесообразности или чувство справедливости будут обращены против него, хотя за него и стоит точный смысл закона. Но ему будет не легче и тогда, когда справедливость обратится в его сторону, потому что у него нет уверенности, что наклон приспособления нормы не окажется еще большим в отношении других, и у него по сравнению всегда может создаться мысль, что по отношению к нему поступили несправедливо.

Что это за чувство справедливости, которое заставляет отклонять действие нормы права в ее точном значении? Наш Сенат выставляет в виде руководящего начала, что в заключениях суду должно помогать и «чувство справедливости, долженствующее всегда помогать судье при разрешении сомнительных случаев». Если под справедливостью понимать те нормы права, которые желательно было бы видеть на месте действующих, то судья, считающий несправедливым разделение наследства между детьми не в равных долях, должен был бы вопреки закону, предоставляющему сыну большую долю, нежели дочери, разделить наследство поровну. Но к такому логическому выводу никто еще не пришел, да и не может прийти, пока существует законодательство. Следовательно, под чувством справедливости, вменяемым судье, мы должны понимать наклонность судьи давать закону такое применение в конкретном случае, чтобы, сохраняя букву закона, извратить его точный смысл, чтобы решение наименее противоречило нравственному чувству применяющего лица. Но ведь это и значит вынуть душу из закона, оставив одну его оболочку. Но что обещает такое чувство справедливости судьи лицам, ожидающим его решения? Чувство справедливости, покоящееся на нравственных представлениях, относительно не только во времени, но и по классам общества. Домовладельцу кажется вполне справедливым, чтобы он получал все выгоды от повышения цен на квартиры; напротив, наниматели подчиняются этому как необходимости, но их чувство справедливости возмущается таким незаслуженным обогащением. Фабриканту представляется вполне справедливой та значительная прибыль, которую он получает от своего предприятия, организованного его мыслью и его капиталом; напротив, рабочим представляется несправедливым, что он присваивает себе результат их труда, уделяя им лишь незначительную часть дохода.

Нормы права, являющиеся в результате классовой борьбы, отражают интересы господствующих классов сильнее, чем интересы других классов. Применение норм агентами власти, судебной и административной, по началу справедливости и целесообразности еще более склоняет действие законов в этом направлении. Примеров общественных, классовых, половых симпатий можно найти немало. В Англии, этой стране законности по преимуществу, мы встречаем в начале XIX в. мировых судей, которые, не сочувствуя фабричному законодательству о защите детей, считали несправедливым строго применять законы к фабрикантам, которые дают бедным семьям лишние заработки, а в начале XX в. высший суд, вопреки установившемуся издавна пониманию закона, внезапно признал справедливым привлечь тред-юнионы к ответственности за пикетирование своих агентов. Во Франции, стране галантности, судьи при разбирательстве семейных споров, идя далее закона, явно держат мужскую сторону, считая, например, несправедливым приравнивать неверность мужа к неверности жены. В земледельческих странах местный цензовый судья при

разбирательстве столкновений землевладельца с крестьянами едва ли в состоянии забыть, что он сам помещик.

Начало справедливости и целесообразности открывает широкий простор посторонним влияниям и воздействиям на суд и администрацию. Если, применяя норму, можно отклоняться от точного ее смысла под личными симпатиями, то можно и уступить давлению со стороны. Судью можно просить, к сердцу судьи можно найти доступ через близких ему лиц и убедить в таких обстоятельствах дела, которые на заседании суда не предстанут. Администратор будет удовлетворять обращаемые к нему ходатайства не потому, что так следует по точному смыслу закона, а потому, что за просителя просили другие, которым он доверяет или которым нельзя отказать ввиду их положения и связей. Отсюда уже шаг к тому, что суд и администрация станут решать дела и принимать меры не на основании закона, а по указанию власти, стоящей над ними. Времена, когда суд и администрация считают возможным не руководствоваться точным смыслом закона, нередко совпадают с историческими моментами глубокой деморализации власти, когда правосудие и управление обращаются в орудие наиболее целесообразной борьбы за общественный строй, который не в состоянии уже держаться даже на почве установленных при нем законов.

Применение норм права по началу справедливости или целесообразности уничтожает всякое значение издания общих правил. Возражения против принципа законности – это возражения против самой нормы. Норма сама по себе есть отрицание конкретности. И если устанавливают норму, то именно потому, что опасаются конкретного многообразия. Нападать на начало законности значит настаивать на восстановлении того, что норма призвана была устранить. Если законы должны быть исполняемы в точности лишь до тех пор, пока они не сталкиваются с чувством справедливости, пока они не приводят к нецелесообразным результатам, то, спрашивается, зачем вообще издавать законы? Если решение судьи не должно противоречить его чувству справедливости, то законы, согласные с этим чувством, излишни, а несогласные – бесполезны. Не проще ли предоставить суду и администрации решать каждое дело: по справедливости, по совести?

Если доверять их чувству справедливости в некоторых случаях, почему не доверять во всех вообще? Таков неизбежный логический вывод из возражений против принципа законности, но его не решаются делать защитники принципа справедливости, потому что осознают, что такой вывод стоит в самом резком противоречии с историческими тенденциями заменить усмотрение суда и администрации твердыми, неизменными правилами.

Начало справедливости и целесообразности в применении норм права задерживает поступательное движение законодательства. Вследствие постоянных отступлений от точного смысла нормы с целью сгладить

несправедливое действие ее в конкретных случаях ослабляется сознание неудовлетворительности действующего права. Отступление от существующих правил заставляет забывать о их недостатках. Несправедливые и нецелесообразные законы продолжают жить, висеть над головами граждан и по временам могут обрушиваться на них всей своей тяжестью, если суд или администрация признают в известный момент целесообразным применить законы в точности. Между тем если бы нормы применялись точно, то несправедливость и нецелесообразность некоторых из них обозначалась бы быстро и резко. Общественное мнение усыпляет тогда, когда оно должно было бы бодрствовать. Получается впечатление, будто все обстоит благополучно там, где в действительности этого вовсе нет. Несколько резких результатов применения негодного закона – и последний принужден был бы уступить место новому. Правда, при этом приходится принести в жертву интересы нескольких лиц, которые пострадают при точном применении несправедливого и нецелесообразного закона. А принцип справедливости принимает к сердцу интересы живых людей и не хочет жертвовать ими ради интересов отвлеченного целого, не хочет ставить интересы будущего выше интересов настоящего. Но это лишь политическая близорукость, не позволяющая видеть далекие горизонты общественного блага, мелкая сентиментальность, прикрывающая мелким добром крупное зло. Поддаваясь наглядному созерцанию близких страданий, не могут постичь умом ту массу живых интересов, которые скрываются за отвлеченным целым. С этой точки зрения пусть лучше страдают многие невидимо, нежели видеть страдания некоторых. Но в общественной жизни, насколько она подлежит нормированию, необходимо становиться именно на сторону массовых интересов, не поддающихся личному впечатлению и только постигаемых умом. Вся социальная жизнь построена на подчинении частных интересов интересам общественным. Организация военной защиты, система налогов, борьба с преступностью – все построено на том же начале.

Справедливость должна лежать в основе законодательной, а не судебной и административной деятельности. Административные меры должны быть целесообразны, но всегда основаны на точном смысле закона, а не на применении его по целесообразности. О соответствии закона со справедливостью нужно думать тогда, когда закон изговоряется, а не тогда, когда он применяется.

Из всего сказанного по вопросу о соотношении двух принципов в применении норм права обнаруживается вся неправильность того взгляда, который рисует судью или администратора, применяющих нормы права по принципу законности, как бездушную машину, выбрасывающую свои решения, как пассивного деятеля, не вносящего ничего в жизнь. Принцип законности предполагает личные условия совершенно иного рода.

Прежде всего судья, руководящийся принципом законности, должен обладать значительной теоретической подготовкой и сильно развитым логическим мышлением. Нет ничего ошибочнее мнения, будто бы применение норм по началу законности – совершенно простое механическое дело. Напротив, несравненно проще разрешать дела по инстинкту, по чувству, которое подсказывается впечатлениями, воспринятыми конкретной обстановкой. Действительно, на этот путь судью толкает нередко его неспособность получить надлежащее решение логическим путем.

Принцип законности предполагает нравственную силу в судье или администраторе, которая дает ему возможность противостоять отклонениям в сторону от направления, для него обязательного. Логика судьи дополняется его психологией. Только тот достоин высокого звания судьи, кто настолько привык сообразоваться с одним лишь точным смыслом закона, что не отступит от него ни в каком случае, каковы бы ни были силы, его отвлекающие. Ни просьбы родных и добрых знакомых, ни личные симпатии к тяжущемуся или подсудимому, ни служебные и материальные выгоды, ни заманчивость популярности, ни риск потерять расположение начальства, а может быть, и место не заставят такое лицо отклониться от закона. Эти качества воспитываются только в атмосфере законности, а не справедливости и целесообразности. Люди с таким психическим складом при всей видимой их бездушности имеют огромную общественную ценность. Это психология общественного деятеля, способного подняться и встать выше своих личных интересов, связей, чувств, которые свойственны ему как частному человеку. Эта способность руководствоваться исключительно точным смыслом закона составляет такое же профессиональное качество, как и стойкость часового, замерзающего или сгорающего на своем посту, или капитана судна, оставляющего свой мостик лишь после спасения последнего из лиц, находившихся на корабле.

Логическое мышление и нравственная твердость судьи подвергаются большему или меньшему испытанию в зависимости 1) от политических и социальных условий и 2) состояния законодательства. Судья может быть высоко поставлен государственным строем, обеспечен в своей материальной и служебной неприкосновенности, но он также может быть превращен в простое орудие государственной политики, упускающей из виду ради интересов преходящего момента моральное значение правосудия. С другой стороны, судье тем легче выполнить свою роль, чем более стоит законодательство на уровне запросов современности, и наоборот, его задача становится тем труднее, чем более отстало законодательство от жизни, чем чаще приходится ему приходить в конфликты со своим чувством справедливости.

§ 74 Критика

Применение нормы права к конкретному случаю предполагает, что уже установлена сама норма права, предназначенная играть роль большей посылки. Такое установление прежде всего должно быть направлено на то, чтобы выяснить, действительно ли существует такая норма права, и если да, то действительно ли она читается так, как написано в имеющихся под руками сборниках законов. Эта задача осуществляется путем критики, которая ставит себе целью определить подлинность нормы и правильность ее текста.

Различают два вида критики: 1) высшую и 2) низшую. Высшая критика имеет своим назначением установить подлинность нормы права, что опять-таки распадается на два акта: а) установление существования нормы и б) юридической ее оценки. Низшая критика задается установлением правильного, точного чтения нормы, признанной за подлинную и юридически обязательную.

Высшая критика в первом акте своей деятельности направлена на выяснение, существует ли на самом деле такая норма права, исходит ли она от того или тех органов власти, которым она приписывается. Такое исследование в прежнее время, когда законы не публиковались, представляло огромную важность. В России подлинники указов хранились в разных приказах, и норма становилась известной лицам, применяющим ее, лишь в списках, которые способны были часто возбуждать сомнение. На Западе в период господства римского права, подлинные тексты которого не сохранились, немало остроумия и труда было затрачено на выяснение значения римских источников как норм права. В настоящее время этот вид критики значительно облегчен тем, что издаваемые государственною властью законы печатаются в специальных сборниках, журналах, изданиях, так что подлинность обуславливается публикацией. Если норма напечатана в сборнике законов, значит, есть такой закон, если и там не имеется, значит, такого закона нет. Однако нельзя сказать, чтобы этот вид критики потерял теперь всякое значение. К такому приему приходится у нас, в России, прибегать нередко.

1. Одна публикация в «Собрании узаконений и распоряжений правительства» не предрешает вопроса о том, можно ли напечатанную в нем норму признать законом, так как в этом органе публикуются рядом с законами и правительственные распоряжения.

2. Циркуляры министров, имеющие характер норм права, могут быть не опубликованы, и тогда возникает задача проверки акта, на основании которого должна быть применяема норма права.

3. Во многих земельных процессах судам приходится иметь дело с грамотами, которыми в старое время государи жаловали земли тому или иному разряду людей; эти грамоты, имеющие характер нормы права, подлежат прежде всего проверке со стороны их подлинности.

4. Когда приходится применять нормы обычного права, установление правового обычая есть в то же время проверка подлинности его.

Высшая критика во втором акте своей деятельности направлена на выяснение, имеет ли данная норма то юридическое значение, какое ей приписывается. Такая юридическая оценка нормы может быть произведена или по формальному моменту, или по материальному моменту.

Формальная юридическая проверка заключается в выяснении, прошла ли данная норма тот порядок, который установлен для ее издания. По нашим Основным Законам никакой новый закон не может последовать без одобрения Государственного Совета и Государственной Думы и воспринять силу без утверждения Государя Императора. Поэтому если бы в «Собрании узаконений и распоряжений правительства» было опубликовано положение, принятое Государственной Думой и утвержденное Государем Императором помимо Государственного Совета, то никто из лиц, применяющих нормы права, не только не обязан, но и не вправе признавать за этой нормой силу закона. С этой же точки зрения акционерные уставы, содержащие в себе изъятие из действующих законов, не могут быть признаваемы в силе законов, если не были одобрены Государственной Думой. Но ни суд, ни администрация не должны считаться с тем, насколько было правильно прохождение закона через законодательные учреждения со стороны их внутреннего распорядка (*interna corporis*) в соответствии с их наказами, например был ли в момент принятия закона требуемый состав Думы, был ли закон принят установленным большинством и т. п. Рождение закона определяется в настоящее время его обнародованием. Однако в России необходимо считаться с тем положением, что законам может быть дано применение и до обнародования, впрочем, при условии, если об этом указано в самом законе. Здесь для применяющего необнародованный закон возникает трудная критическая задача: он обязан применить необнародованный закон, если о том указано в обнародованном позднее законе, другими словами, условия допущения применения нормы остаются вне возможной для него проверки.

Материальная юридическая проверка заключается в выяснении, соответствует ли изданный законодательными учреждениями закон по своему содержанию основным законам страны, иначе, сводится к оценке конституционности закона. Вопрос этот разрешается неодинаково в различных государствах и возбуждает споры в теории. Во Франции, несмотря на молчание по этому поводу в Конституции, вопрос решается отрицательно. Из германских государств Пруссия и Австрия также отвергают критику законов с точки зрения их конституционности. Допустимо ли право судебной проверки законов (*das richterliche Prüfungsrecht*) для Германской империи, представляется сомнительным, хотя большинство германских юристов склоняется в положительную сторону. Напротив, в Конституции Северо-Американских Соединенных Штатов,

построенной на принципе разделения властей, право судебной критики прямо признано: «Судебная власть будет простирается на все споры о праве и справедливости, возникающие по поводу настоящей Конституции». Едва ли может подлежать сомнению, что в России судебная власть не вправе возбуждать вопросы о конституционности обнародованного закона, например, в случае, если бы изданный закон, вопреки утверждению Основных Законов о неприкосновенности собственности, был направлен к принудительному отчуждению каких-либо недвижимостей без вознаграждения.

Можно оспаривать и с теоретической стороны целесообразность такой критики суда. Если судебная власть вправе не признавать, не применять законы, издаваемые законодательной властью, то вся деятельность этой последней ставится под сомнение. Конституция стремится обеспечить наилучший состав лиц, способный в законодательном учреждении представить различные борющиеся интересы, страна, быть может, высказала свое отношение к данному законодательному вопросу выбором лиц, готовых проводить известный закон, и судебная власть останавливает все это движение, хотя и состоит из лиц, не признанных и не избранных для всестороннего обсуждения целесообразности закона. Опасные последствия судебной критики с особенно яркостью обнаруживаются в той же Северной Америке. Американские суды под предлогом защиты свободного труда систематически отвергают, как неконституционные, нормы социального законодательства, например, законы, направленные на ограничение рабочего дня.

Но устранение судебной критики не идет далее законов. Другие нормы права могут и должны быть подвергаемы судом юридической оценке. Это относится к административным распоряжениям, указам, обязательным постановлениям губернаторов, градоначальников, городских и земских учреждений. Суд обязан проверить, соответствует ли норма, изданная в административном порядке, законам, соответствует ли компетенции издавшего ее административного органа, и в случае обнаруженного противоречия отказать в применении ее. Конечно, сила судебной критики не может простирается за пределы рассматриваемого дела.

Задачей низшей критики признается установление правильного текста нормы, подлинность которой и юридическая оценка предварительно произведены были высшею критикой. Под правильным текстом следует понимать тот, который соответствует выраженному законодательным органом. Такое несоответствие может обнаружиться или вследствие редакционного просмотра в тексте, или вследствие ошибки при воспроизведении текста.

Возможно прежде всего несоответствие текста, опубликованного тексту, принятому законодательными органами. Это случаи редакционного просмотра. Такие случаи могут произойти на различных стадиях движения

законопроекта. Текст, принятый в Государственной Думе голосованием, не соответствует предположению большинства членов, имевших по числу голосов основание считать свое мнение законодательным решением. Текст, в точности воспроизведший мысль большинства голосовавших в Думе, поступает в Государственный Совет по ошибке или умыслу думской редакционной комиссии в редакции, не соответствующей той, какая была принята при голосовании. Текст законопроекта доходит в Государственный Совет в правильной редакции, но Государственный Совет ошибочно одобряет его в иной редакции, предполагая, что это думская, и потому не препровождает в согласительную комиссию. Текст, точно выражающий мысль Государственной Думы и Государственного Совета, доходит до Государя Императора в ошибочной редакции, в каковой и утверждается. Здесь критике не место. Применяющие закон должны считать его продуктом действия соединенных органов законодательной власти, и исследование несогласия между намерениями тех или других элементов выходит уже за пределы установления правильного текста нормы, прошедшей законодательный путь. Исправление подобной ошибки есть дело самого законодателя.

Возможно несоответствие опубликованного текста тексту, утвержденному Монархом. Это может быть результат ошибки переписчика, наборщика, корректора. Такие случаи встречаются в жизни. При издании германского Военно-уголовного закона в одной статье наказание по описке определено вместо лишения свободы (Freiheitsstrafe) заключением в крепости (Festungsstrafe); в другой статье наказание вследствие пропуска слов увеличилось: «...наказывается каторгою [от 4 до 6 лет, а если в военное время, то каторгою] от 12 до 15 лет». Допустима ли здесь критика? Конечно, опубликованный текст не санкционирован, а санкционированный не опубликован. Но судьи и администраторы, призванные применять законы, не в состоянии в данном случае приложить критические приемы, потому что им недостает для проверки оригинала, которого у них под руками не может и быть. Подлинник закона в России хранит Сенат, и нельзя не признать за ним права по обнаружении ошибки исправить опубликованный текст, не обращаясь к законодательным органам. Выдающийся пример такой ошибки представляет нам Гражданский кодекс Румынии, обнародованный 4 декабря 1864 г. С изданием Кодекса очень спешили, и последствием этого, помимо всех иных ошибок, было то, что в то время, как в подлиннике, утвержденном королем, имелось 1936 статей, в опубликованном тексте их оказалось только 1914. В течение многих лет никому даже в голову не приходило, что применяемый Кодекс содержит неподлинный текст, и только случайно ошибка была обнаружена ученым, отыскавшим оригинал в архиве Министерства юстиции. Кто знает, сколько таких ошибок в законодательной практике других стран.

В России вопросы низшей критики встают нередко вследствие того своеобразного явления, какое представляет у нас кодификационный порядок издания Свода Законов, Продолжений к нему Очередных и Сводных. Судьи, администраторы и все вообще лица, имеющие дело с законами, пользуются официальным изданием Свода Законов. Можно ли считать текст этих изданий подлинным? Конечно, нет. Не считая оригинала, хранящегося в Сенате, мы подлинным вправе признавать только текст, отпечатанный в «Собрании узаконений и распоряжений правительства». Следовательно, текст Свода Законов, издаваемого кодификационным отделом, подлежит критике. Приходится проверять, соответствует ли чтение статьи Свода Законов тексту, напечатанному в органе опубликования законов, правильно ли показана статья отмененной. Допустимость и необходимость критики в отношении изданий Свода Законов признает и наш Сенат по Уголовному и Гражданскому департаментам.

§ 75 Толкование

За критикой следует толкование, которое состоит в раскрытии содержания норм права. Критика и толкование — это два момента в установлении большей посылки, которое само представляет только одну из стадий в процессе применения права. Отсюда видно, как ошибочно мнение тех, которые полагают, что толкование норм права и применение их — одно и то же, как недопустимо смешение толкования с критикой. Различие между последними состоит в том, что толкование имеет своей целью выяснить мысль нормы по ее выражению, тогда как критика ограничивается установлением точности выражения. Другими словами, критика исследует, как выразился закон, а толкование разыскивает, что содержится в этом выражении.

Таким образом, сущность процесса толкования заключается в уяснении содержания нормы права, т. е. в совокупности приемов, направленных на раскрытие тех представлений, которые соединял создавший норму с внешними законами выражения своей мысли и воли. Истолковать норму права значит разложить ее на ряд представлений, в ней выраженных и соответствующих представлениям, какие имелись у ее творца.

Совершенно неправильно рассматривать процесс толкования норм права как научную деятельность. Толковать законы могут и должны все обязанные соотносить свое поведение с велениями норм права, но это не значит, чтобы это уяснение мысли закона носило научный характер. К пониманию нормы права гражданин относится так же, как к пониманию всех тех слов и предложений, которые обращены к нему со стороны других лиц. Ничего систематического в этой деятельности нет, а это и есть требование науки. Профессиональный юрист в процессе толкования законов выделяется не какою-то особою юридическою логикою, которой не

существует, не научным изучением явлений особого рода, которых в данном случае не имеется, а просто опытом и приемами, которые в совокупности дают основание для искусства толкования, но не для науки.

С другой стороны, совершенно недопустимо утверждать, что толкование не поддается никаким правилам, что оно совершенно свободно, как творчество поэта. Конечно, люди, говорящие на одном языке, понимают и убеждают друг друга, не подозревая о существовании грамматики и логики, но это не значит, что грамматика и логика не существовали и не имели значения. Выработка приемов в процессе толкования так же необходима, как и во всякой практической деятельности, во всяком искусстве: усвоение этих приемов облегчает труд, ускоряет достижение цели. Неудивительно, что юристы, которым приходится затрачивать так много усилий на толкование, издавна стремились выработать технику толкования под именем юридической герменевтики. Этот род искусства вследствие своего схоластического оттенка, усвоенного от Средних веков, потерял в XIX в. свой престиж, но это не говорит против его возможности и целесообразности. Утрачено доверие не к задаче, а к способу ее разрешения.

Не все уничтожено из того, что составляло некогда сложное здание юридической герменевтики. Оставшееся все же представляет собою нечто, способное облегчить уяснение смысла нормы права. Вместе с тем верно и то, что эти приемы должны быть согласованы с тем материалом, какой дан в новейших законодательствах. Следует ли смотреть на выработку этих правил как на свободное дело самих юристов, или можно допустить вмешательство в это со стороны законодателя? Некоторым кажется, что воздействие законодателя здесь не только нецелесообразно, но и невозможно. Какие бы приемы толкования ни узаконялись, но они не в состоянии устранить свободной оценки смысла закона по разуму, тем более что как нормы законы этого рода сами подлежали бы толкованию. Действительно, современные законодательства избегают навязывать свои указания на то, как нужно толковать законы. Борьба двух направлений – за и против законодательной регламентации правил толкования – ярко проявилась при создании Кодекса Наполеона 1804 г. и закончилась победой отрицательного к ним отношения. Последующие кодексы уже и не пытаются брать на себя эту задачу. С точки зрения целесообразности такое отношение к вопросу можно только одобрить. Но нельзя утверждать, что законодатель не в состоянии вменить в обязанность применяющим нормы определенные правила толкования. Это так же возможно, как обязать к известному правописанию во всех бумагах, подаваемых в официальные учреждения.

Толкование – процесс совершенно свободный. Его сила заключается в его логической убедительности. Оно не имеет никакой обязательности, все равно, от кого бы оно ни исходило – от частных лиц или от министров, от ученых-юристов или от опытных практиков, или от людей, мало прикосновенных к юриспруденции. Толкования научно образованных

юристов могут пользоваться, по сравнению с толкованием всякого другого лица, большим нравственным авторитетом, но не имеют никакого юридического авторитета. Такое чисто частное, свободное толкование, называемое неправильно доктринальным, и составляет настоящее толкование. Рядом с ним стремится встать под видом толкования то, что носит название аутентического толкования.

Аутентическое толкование исходит от самого законодателя, который в законодательном порядке дает разъяснение, как следует понимать изданный ранее закон. Аутентическое толкование должно удовлетворять следующим признакам: а) оно должно быть издано в форме закона, почему аутентическим толкованием не могут быть признаны разъяснения Сената; б) оно должно быть издано с целью истолкования, почему аутентическим толкованием не могут быть признаны позднейшие законы, из которых извлекается разъяснение законов более ранних.

Сила аутентического толкования не в его убедительности, а в его обязательности. Хотя бы толкование законодателя шло вразрез с логикой, оно все же обязательно для всех как закон. Поэтому аутентическое толкование – не толкование закона, а закон. В этом юридическом авторитете аутентического толкования заключается и его опасность. Так, по нашим Основным Законам закон получает обратное применение, когда в нем сказано, что «он есть только подтверждение и изъяснение смысла закона прежнего».

Что составляет объект толкования? Мысль или воля, выраженная в норме права? Этот вопрос следует признать совершенно излишним, потому что волю от мысли в законе нельзя отделить, потому что воля обращается к воспринимающим ее в виде мысли. Воля без мысли непостижима, мысль без воли не будет нормой права.

Всякая ли норма права может быть объектом толкования? Иначе, подлежат ли толкованию только законы и основанные на них административные распоряжения или также правовые обычаи? В этом вопросе нет единогласия. По мнению одних, толкование применимо и к нормам обычного права, чтобы из различных случаев применения в жизни обычая и из показаний выяснить истинный смысл нормы. По мнению других, напротив, правовые обычаи не могут быть объектом толкования, потому что в этом случае установление смысла обычая совпадало бы с установлением его существования, потому что в правовом обычае нет того дуализма выражения и содержания, который составляет основу толкования законов. Это последнее мнение следует признать правильным.

Если объектом толкования являются только законы, то все ли законы подлежат толкованию или только неясные законы? Господствующее мнение со времени Савиньи высказывается за необходимость толкования каждого закона, независимо от степени его ясности. Но имеются противники этого взгляда, по мнению которых ясные законы в толковании не нуждаются. Где

все ясно и понятно, там о приемах толкования не может быть и речи. Подтверждением тому служит, говорят, тот факт, что степень темноты закона отражается в количестве и трудности толкования. Если эта темнота сводится к нулю, то и толкование становится беспредметным. Но нет такой нормы, в которой все было бы ясно и понятно, потому что понятное для юриста может быть неясным для лица, не получившего юридического образования, незнакомого с выражениями законодателя. Во всяком случае необходимо выяснить, нет ли в норме неясностей, а это уже задача толкования. Поэтому степень трудности толкования не может дойти до нуля.

Предположение, что ясные законы не требуют толкования, объясняет то историческое явление, что некоторые законодатели, считая свои кодексы стоящими по ясности вне всяких сомнений, дошли до запрещения толкования. Так поступил Юстиниан, признав за собою монополию толкования (*ejus est interpretare legem, cuius est condere*), так поступил папа Пий IV в отношении постановлений Тридентского Собора. В Германии запрещение толкования не раз высказывалось в течение XVIII столетия: в Баварии – § 9 Кодекса 1756 г., в Пруссии – Указом от 14 апреля 1780 г., в Австрии – в § 24 законопроекта от 1 ноября 1786 г. Наполеон I пришел в ужас при известии о появлении первого комментария на его Кодекс: «Пропал мой Кодекс!» Указом от 19 октября 1813 г. было запрещено писать и печатать какие-либо комментарии к Баварскому уголовному уложению того же года. Конечно, это запрещение по существу – нелепо. Можно запретить писать толкования к закону, но нельзя запретить само толкование, потому что всякий, кто применяет закон, дает ему применение согласно тому, как он его понимает, а это уже и есть толкование. Ошибочность точки зрения законодателей в приведенных случаях обуславливалась тем, что они полагали, во-первых, будто в толковании нуждаются только неясные законы, а во-вторых, будто все изданные ими законы ясны.

Но, признавая необходимость толкования только законов, и притом всех законов, мы должны решительно отвергнуть мнение, будто объектом толкования является и имманентное право, лишь раскрываемое в законе. Это отголоски идеи естественного права. Право есть только то, что содержится в нормах права, в частности в законах. Толковать можно только ту мысль или волю, которые вложены в закон живыми людьми под влиянием борющихся интересов, но не отвлеченную идею справедливости, правды и т. п., которые могли бы в данном законе вовсе не отразиться или даже исказиться.

По выяснении, что объектом толкования является мысль или воля, выраженные в законе, перед нами встает новый вопрос: чья мысль или воля должна быть раскрыта – законодателя или закона? Здесь мы опять-таки встречаемся с противоречивыми решениями вопроса. Более раннее по времени воззрение признавало, что выяснению при толковании подлежит воля законодателя, выраженная в законе. В Новое время выдвинулось другое воззрение, которое стало сильно оттеснять первое. С этой новой точки

зрения выяснению при толковании подлежит воля закона, оторванная от первоначальной воли законодателя. «Столь искомый законодатель, иронизирует Вурцель, которого мнение как будто уже поймали, оказывается все же где-то в тумане». «Закон, – как говорит Вах, – это не слово, за которым стоит воля, а это слово, ставшее волею»; по выражению Биндинга, «закон думает и хочет». Дальше всего идет в этом направлении Колер: «Наше мышление не только индивидуально, но и социально; то, что мы думаем, не только наша работа – это нечто бесконечное, это произведение работы мысли в течение столетий и тысячелетий». «Отсюда положение: законы должны быть толкуемы не по мысли и воле законодателя, но должны быть толкуемы социологически, т. е. должны быть изъясняемы как продукты всего народа, которого органом является законодатель».

На замечание, что выражение «воля закона» чисто фигуральное, сторонники нового направления возражают, что также фигурально и выражение «воля законодателя», что если у закона нет психологической воли, то нет ее и у законодателя. Где должны мы искать реального творца закона в сложном законодательном механизме? Следует ли в современном конституционном государстве считать таковым всех членов парламента или только тех, кто говорил в его пользу, или тех, кто голосовал за него, или, может быть, министра, который внес законопроект, или тех лиц, которые помогали ему в изготовлении его? Не лучше обстоит дело и в самодержавном государстве, где, по-видимому, законы составляют прямое выражение воли монарха. Если искать не формальную, а психологическую волю, то обращение к монарху нам ничего не дает. При современной сложности законодательных задач ни один монарх, как бы богато ни был он одарен, не в состоянии нормировать правовой быт выражениями своей единоличной воли. Ближайшими сотрудниками монарха являются министры, но и они не сами составляют законопроекты. В этом им помогает многочисленный штат чиновников, выше или ниже поставленных в иерархическом порядке. Где же искать творца закона, чья мысль и чья воля вложены в него?

Если даже признать, что воля законодателя есть выражение, не соответствующее реальной психологической воле, то все же переход к воле закона не поставит нас на реальную почву, а только заменит один образ другим. Но нельзя утверждать, что воля законодателя неуловима, нереальна. Мы знаем, что закон есть отражение борьбы интересов и идей и что в законе выражается обеспечение главным образом интересов господствующего класса в идее общего блага. Наблюдая борьбу за закон, мы видим чего хотят одни, чего не хотят другие. Когда закон прошел, то он выразил волю той совокупности лиц, которая имела наибольшее влияние на законодательную власть, хотя бы эта совокупная воля и должна была ограничить себя под напором воли менее сильных, но все же давящих снизу классов. Это реальный факт. И мы можем понимать, если только не остались чужды

условиям нарождения закона, чью волю он отразил и как оформил ее законодатель.

Оторванность воли закона от воли законодателя бросает норму права в область совершенного произвола при ее применении. Если мы будем, по совету Колера, смотреть на закон как на продукт всего народа, то закон под флагом народного блага легко может сделаться сам орудием социальной борьбы. Его будут так же тянуть в разные стороны, как до его появления тянули законодательную власть. Мы снова наталкиваемся на принцип целесообразности или справедливости в процессе применения законов.

Конечно, не лишена опасности и точка зрения, направляющая толкование на путь отыскания воли законодателя. Не оправдывает ли она такое толкование закона, которое будет считаться с намерениями законодателя, хотя бы и не выраженными в законе? Не побуждает ли этот взгляд на то, чтобы всеми средствами, помимо текста закона, обнаружить, чего хотел достичь законодатель изданием закона, хотя бы для этого пришлось обратиться к частной переписке, к разговорам государственных деятелей? Но эти опасения совершенно необоснованны, раз дело идет о выяснении воли законодателя, насколько она выразилась в законе. Не то важно, что хотел законодатель, а то, что он успел и сумел выразить в законе.

Здесь перед нами встает новый вопрос толкования. Должно ли толковать законы по тому смыслу, какой они имели в момент их издания, или по тому смыслу, какой они получают в момент применения? В этом вопросе мы встречаемся снова с теми доводами, которые приводятся в пользу принципа справедливости и целесообразности. Конечно, мы имеем дело с двумя различными вопросами: с одной стороны, речь идет о допустимости применения закона в зависимости от конкретных условий данного случая, с другой – о толковании закона в применении ко всем случаям в зависимости от изменившихся условий действия нормы. Но, если конкретные условия повторяются, и точка зрения применяющего – укрепляется, один вопрос постепенно переходит в другой. Столкновение мнений, отстаивающих два различных принципа применения законов, сплетается еще с разногласием по вопросу, чья воля толкуется в законе – законодателя или закона.

С точки зрения тех, кто задачу толкования видит в раскрытии воли законодателя, смысл закона, очевидно, должен быть изъясняем всегда по моменту его издания, а не по моменту его применения. Правда, желание сделать уступку времени, сгладить отсталость закона побуждает некоторых сторонников этого направления допустить, что законодатель, желавший тогда-то при таких-то условиях того-то, теперь при изменившихся условиях, наверное, желал бы другого. Но это аргумент только в пользу изменений в законодательстве, а не в пользу извращения смысла закона.

С точки зрения тех, кто признает самостоятельную волю закона, оторванную от воли законодателя, можно было бы прийти к тому же выводу, если принять во внимание, что раз установленная мысль или воля не могут

сами собой измениться с течением времени. Но представители этого направления склоняются в противоположную сторону. Для них закон есть сила, которой следует пользоваться по условиям среды, для которой предназначено ее действие. И здесь Колер выступает наиболее решительным борцом: «Закон есть орудие блага, средство для достижения человеком целей, для успехов культуры, для отстранения враждебных культуре сил, для развития народных сил. Оно есть предмет познания лишь настолько, насколько оно должно быть признано как меняющееся и изменчивое орудие блага, как фактор культурного прогресса, которое справедливо, лишь если оно действует справедливо, и которое мы признаем справедливым, лишь если мы видим его действующим целесообразно. Соответственно тому определяется задача толкования: и орудие блага должно действовать различно, смотря по тому, как складываются обстоятельства с течением времени и как изменяется культурная среда». «Наилучшее толкование законов – то, которое лучше всего приспособляется к запросам текущего момента». Судья, которому приходится применять закон, вставший в противоречие с общественным благом, должен обратить внимание на то извращение, какое испытал текст от действия времени, повернуть его, попытаться, если нужно, лишь бы извлечь решение, хотя и несогласное с тем, что имел в виду законодатель, но зато соответствующее современным требованиям.

Вот направление, способное подрвать все значение законодательного творчества. Кто призван определять, что настало время изменить смысл, вложенный в закон при его издании? Если судья уполномочен отрешиться от первоначального смысла, потому что настал момент придать ему другое значение, то не вправе ли судья изменять смысл закона, который, по его мнению, с самого начала не отвечает запросам времени? Какое направление получит закон в применении различных лиц и учреждений с момента, когда он признан будет устаревшим? Одно из двух: или закон будет применяться, как кто его понимает, – и тогда он потеряет всякое значение, или приспособление его к условиям времени станет монополией высшего учреждения, например Сената, – и тогда это будет перенесение законодательной власти с Государственной Думы на Правительствующий Сенат.

Рассматриваемый вопрос имеет особенно крупное значение во Франции, где сильно чувствуется отсталость Кодекса, с честью сослужившего свою столетнюю службу, и в России, где действующее законодательство представляет собой груду обломков разных времен и разных условий, где нередко трудно отыскать точку зрения законодателя и еще труднее отстаивать ее в момент применения закона. Однако и во Франции авторитетные голоса предостерегают против опасности, какую таит в себе «теория приспособления текста» или, как ее еще совершенно неверно называют, «теория исторической эволюции». Осознавая всю

трудность выдержать настоящий принцип толкования законов в России, где законодательство представляется поразительно отсталым, не соответствующим требованиям времени, мы все же должны его отстаивать ввиду еще большей опасности, которая грозит со стороны малоусвоенного в нашей стране начала законности, недостаток которого способен привести к тому, что всякий новый закон, как бы он ни был своевременен и целесообразен с точки зрения общественной, может потерять свое значение, если с государственной точки зрения будет признано, что момент времени требует дать ему иное толкование.

Каждый закон представляет собою с грамматической точки зрения предложение, т. е. мысль, выраженную словами. Однако строй предложения не всегда соответствует строю высказываемых суждений. Между внешним выражением и выражаемой мыслью может оказаться несоответствие. Законодатель для выражения своей мысли употребил слова, способные вызвать представления, которые не отвечают тем, какие он сам имел. Он хотел сказать более того, что сказал, или, наоборот, он сказал более того, что хотел. Насколько такое несоответствие обнаруживается из самого закона, оно может быть устранено путем того, что называется распространительным и ограничительным толкованием. Когда логический объем того, что хотел сказать законодатель, меньше того грамматического объема, какой дается словесною формою, задача ограничительного толкования состоит в том, чтобы ввести понимание закона в пределы действительной мысли законодателя. Когда логический объем того, что хотел сказать законодатель, шире того грамматического объема, какой дается словесною формою, задача распространительного толкования заключается в том, чтобы довести понимание закона до пределов действительной мысли законодателя. Например, закон запрещает выводить окна на чужой двор. Уясняя мысль законодателя, мы обнаруживаем, что он хотел запретить, чтобы через окно не выливались помои на чужой двор, не выбрасывались вещи, не подсматривали, не проникали люди. С этой точки зрения мы должны признать, что, употребив выражение «окна», законодатель, с одной стороны, сказал больше, чем хотел, а с другой – меньше. Трудно предположить, что он имел в виду запретить выводить на чужой двор окна из сплошного толстого стекла, дающие только свет, но не допускающие возможности какого-либо воздействия на чужой двор. Следовательно, по ограничительному толкованию, такие окна, хотя это окна, ставить в пограничной стене можно. С другой стороны, трудно представить, что законодатель не имел в виду, что воздействие на чужой двор возможно не только через окно, но и через стеклянную галерею, устроенную в соседнем доме на чужой меже. Следовательно, по распространительному толкованию, такие галереи, хотя это и не окна, устраивать в пограничной стене нельзя.

Неправильное понимание сущности рассматриваемого логического процесса и смешение распространительного толкования с аналогией

приводит к некоторым сомнениям по вопросу о допустимости распространительного толкования.

Допустимо ли распространительное толкование в отношении уголовных законов? Может быть, состав преступления должен быть настолько точно выражен словами, что в интересе преступников не следует доискиваться за словами мысли закона, более широкой, чем ее выражение? Но такой взгляд равносителен приглашению не руководствоваться мыслью закона, присущей закону, хотя и неудачно в нем выраженной. Практически это приводило бы к нелепым выводам. Представим себе, что уголовный закон карает за двоеженство (Англия). Спрашивается, неужели этот закон неприменим к тому, кто успел вступить в третий брак? Уголовный закон налагает наказание за истребление или повреждение чужой вещи (Россия). Неужели этот закон неприменим к тому случаю, когда я, стоя на пароходе рядом с лицом, показывающим мне ящик с документами, где хранятся важные для меня документы, толкаю его под руку так, что ящик летит в воду, хотя я не истребил и, может быть, не повредил вещь? Очевидно, распространительное толкование в уголовном законодательстве имеет такое же приложение, как и везде.

Допустимо ли распространительное толкование в отношении исключительных законов? Отрицательный ответ на этот вопрос часто выдается за школьную истину. Между тем едва ли вопрос так просто решается. Скорее мы имеем здесь дело с ходячим предрассудком, который вызван тем, что под распространительным толкованием понимают и аналогию. Если исключительным законом называть такой, который содержит в себе изъятие из общего законодательства, то нет никакого основания не допускать в отношении него пользоваться распространительным толкованием. Например, акционерный устав, проведенный в законодательном порядке, есть закон исключительный; неизвестно, почему параграфы устава не должны быть понимаемы за пределами их словесного выражения. Большую осторожность вызывают исключительные законы, которыми ограничиваются права какого-либо лица или категории лиц. Здесь можно выставить то соображение в пользу устранения распространительного толкования, что законодатель, ставя некоторых граждан в особо невыгодное положение сравнительно с другими, должен был позаботиться о точности употребляемых выражений.

Так как закон есть мысль, выраженная словами, то при толковании необходимо прежде всего обратиться к выяснению значения слов, в которые мысль воплотилась, чтобы через них проникнуть в содержание самой мысли. Первая цель достигается при помощи грамматического, вторая – при помощи логического толкования. Это не два различных вида толкования, исключаящие один другой – это только разные моменты в процессе толкования.

Грамматическое толкование объясняет значение тех средств выражения мысли, которыми воспользовался законодатель. На основании этимологии и синтаксиса толкование раскрывает смысл слов, из которых состоит закон, и их сочетания. Такое грамматическое или, иначе, словесное толкование не следует смешивать с буквальным. Первое исследует слова, чтобы понять лучше мысль; второе игнорирует мысль из-за слов. Для первого мысль составляет цель, а слово только средство, тогда как для второго – слово есть самоцель. Культ слова встречается всюду на ранних ступенях общественного развития. Он объясняется с психологической стороны трудностью для человека доискиваться мысли, оторвавшись от слова, а с социальной стороны – опасением за судьбу закона, добытого ценою тяжелой борьбы или завещанного предками.

Выясняя значение слов, употребленных законодателем для выражения своей мысли, мы должны иметь в виду то обстоятельство, что автор закона пользовался теми средствами, какие находились в общем употреблении, которые он сам усвоил и которыми он хотел сделать общепонятной свою мысль. Поэтому первое правило грамматического толкования требует придавать словам то значение, какое они имеют в общем словоупотреблении. Когда, например, закон вручает дисциплинарную власть над детьми родителям, то мы, считаясь со значением слова «родители», не имеем основания переносить эту власть на деда или бабу. Если закон должен быть толкуем по времени его издания, а не по времени его применения, то словам закона следует придавать то значение, в каком они употреблялись в то время, когда закон появился. Законодатель, как и всякий автор, может придать употребляемым словам свое особое значение. Тогда слова закона должны быть понимаемы не по общему, а по техническому словоупотреблению. Например, когда закон пользуется выражением «крестьянский двор», значение этого слова далеко от того значения, какое в жизни придается слову «двор»; возможно, что незнакомый с техническим языком закона получил бы совершенно неправильное представление, если бы стал понимать в общественном значении такие выражения, как «право представления», «право въезда в лес». Новейшие кодексы признают огромную ценность точного языка в законе, и слово, принятое в известном смысле, строго проводится в этом значении через все уложение. Это сильно облегчает работу толкования для юриста, но зато затрудняет обращение с законами для неподготовленного. Русское законодательство представляет большие затруднения для грамматического толкования. Свод собрал в одну массу нормы, изложенные языком то московских приказов, то петербургской смеси русского с иностранным, то современных канцелярий. Одно и то же слово употребляется для означения различных представлений. Например, слово «содержание» имеет ряд значений: содержание, которое муж должен доставлять жене; наем или отдача вещей в содержание; содержание договора. С другой стороны, одно

и то же представление означает различными словами, например «собственник», «владелец», «вотчинник», «хозяин».

Логическое толкование предполагает уже выполненной работу грамматического толкования. Сущность его заключается в выяснении мысли закона на основании выясненного значения слов, которыми она выражена. Это логическое толкование, иначе называемое реальным, стремится вывести содержание закона или из его собственного текста, или из сопоставления его текста с текстом других законов.

Логическое толкование в пределах самого закона является наиболее частым. Оно приводит часто к желательному результату на основании одного только внимательного чтения. Но иногда слова, сами по себе ясные, находятся в таком сочетании, при котором мысль закона настолько затемняется, что требует особых усилий для разъяснения. Например, закон позволяет лицу, достигшему 17 лет, управление своим имуществом и в то же время запрещает ему без попечителя совершать акты и сделки какого-либо рода. Так как управление без совершения сделок невозможно, то мысль закона может быть понята так, что несовершеннолетнему запрещены сделки, выходящие за пределы управления. Иногда затруднение в понимании смысла закона состоит в неясности, где логическое ударение в статье. Например, закон говорит, что закладные не могут быть передаваемы по надписям. Что хотел устранить законодатель – «передачу закладных» или передачу закладных «по надписям»?

Логическое толкование закона не из одного только его текста, а путем сопоставления данного закона с другими дает место нескольким приемам.

Историческое толкование есть уяснение содержания данного закона по сопоставлению его с другим, ранее существовавшим. Психологическое основание для такого приема заключается в том, что законодатель, повелевая или запрещая что-либо, имеет в своем представлении то, что в этот момент запрещалось или дозволялось. Его мысль идет от существующего к должностующему, и, следуя за ним по этому пути, мы в состоянии уловить его мысль, которая, может быть, не дается сама по себе. Например, читая ст. 84 Основных Законов от 23 апреля 1906 г.: «Империя Российская управляется на твердых основаниях законов, изданных в установленном порядке», можно было бы подумать, что ничего нового в этих законах не дано, потому что и ранее, как всегда, законы издаются в установленном порядке. Но если мы сопоставим ст. 84 со ст. 47 прежних Основных Законов, ныне отмененных, то увидим, что слова «изданных в установленном порядке» заменили собою слова «от Самодержавной власти исходящих». Отсюда получается логический вывод, что установленный порядок не есть самодержавие и что ныне законы не могут быть издаваемы единолично Государем Императором.

Такое историческое толкование нередко смешивается с исторической точкой зрения, т. е. с выяснением смысла закона по соображению тех

бытовых условий, которые послужили побуждением к изданию закона. Здесь толкование закона делается не по внутреннему содержанию закона, а по внешним обстоятельствам.

Систематическое толкование есть уяснение содержания данного закона по сопоставлению его с другими, одновременно существующими в той системе права. Так, например, уголовный закон угрожает каторгой за поджог с умыслом какого-либо обитаемого здания. Может возникнуть сомнение, грозит ли это наказание и тому, кто поджег собственный дом. Если принять в соображение, что рассматриваемый закон помещен в гл. II, названной «О истреблении и повреждении чужого имущества», то можно заключить, что ст. 1606 имеет в виду только поджог чужого здания, а не своего. Другой пример. Статья 1141 т. X, ч. 1 говорит, что родители не наследуют после детей их в приобретенном сими последними имуществе, а ст. 1142 определяет, что имущество, дошедшее к сыну или дочери при жизни последних, возвращается после беспотомственной смерти детей к родителям «яко дар». Если это возвращение дара, то на родителей не распространяется ответственность, падающая вообще на наследников (ст. 1259). Однако приводимые статьи помещены среди законов о наследовании по закону, и, в частности, в отд. IV, озаглавленном «О порядке наследования в линии восходящей», откуда получается вывод о том, что родители должны рассматриваться как наследники. Систематическое толкование тем более применимо, чем более систематизировано право.

До сих пор мы рассматривали толкование, основанное на самом тексте толкуемого закона или на тексте других законов, ранее действовавших или одновременно действующих. За этим встает вопрос, нельзя ли для уяснения смысла закона обращаться к источникам, стоящим вне закона? Такими внешними источниками могут служить мотивы к изданным законам, объяснительные записки к проектам, протоколы заседаний комиссии по составлению проекта, протоколы прений в парламенте и т. д.

По одному, весьма распространенному среди французских юристов мнению, при толковании законов необходимо принимать во внимание внешние источники. Кто ищет волю законодателя, тот должен использовать все, что способно раскрыть эту волю, совершенно так же, как литературный критик ищет ключ к творчеству писателя даже в его частных письмах, в его беседах. Другое воззрение относится совершенно отрицательно к внешним источникам и считает недопустимым прибегать к их помощи для объяснения законов, содержание которых может далеко разойтись с первоначальными предположениями. Некоторые высказывают даже пожелание, чтобы все эти мотивы, протоколы не делались вовсе достоянием публики, чтобы они во избежание соблазна подвергались полному уничтожению. Существует стремление примирить крайние точки зрения. «Внешние источники, – говорит Эннексерус, – хотя и не имеют самостоятельного значения, но могут быть приняты во внимание, если

вытекающая из них мысль нашла себе хотя неполное и сомнительное выражение в законе». По мнению Васьковского, «когда толкование нормы, несмотря на применение всех внутренних данных, оказалось безуспешным и смысл нормы остался неясным, тогда... так как отговариваться непониманием закона нельзя, то, значит, нужно обратиться к внешним источникам».

Прежде всего необходимо отвергнуть попытку найти примирительную точку зрения. Что значит допустить обращение к внешним источникам при обнаруженной неясности? Какова степень неясности, открывающая возможность обратиться к этому средству, кто призван определять наличие неясности? Во всяком споре, в каждом процессе заинтересованные склонны толковать закон в свою пользу, и, тогда как один будет ссылаться на внешние источники, как дающие желательное ему толкование, другой, напротив, станет отстаивать необходимость ограничиться тем толкованием, какое можно извлечь из внутренних источников.

Из двух противоположных взглядов на значение внешних источников толкования необходимо встать на сторону отрицательного к ним отношения. Сравнение толкования закона с литературной критикой совершенно неправильно. Знакомство с литературными произведениями – дело личного интереса, знакомство с законами обязательно для каждого гражданина, и, следовательно, допустить обращение к внешним источникам, значит, вменить гражданину в обязанность пользоваться этим средством, так как каждый должен не только знать, но и понимать законы. Но чтобы вменить гражданам в обязанность знакомство с внешними источниками, законодатель должен был бы их так же доводить до общего сведения, как и законы. Однако публикации мотивов, протоколов, записок не бывает. Следовательно, знание их необязательно. А если оно необязательно, то толкование, основанное на них, не может иметь большей юридической силы, чем толкование без них.

Если мотивы, по которым был издан закон, должны быть отвергнуты как средство толкования закона, то это только в том случае, если эти мотивы не вошли составною частью в закон, пока они находятся вне закона. Но иногда случается (прежде весьма часто, теперь редко), что законодатель соединяет в одно предложение как свое повеление, так и его мотив. В этом случае мы не можем не считаться с этим мотивом, потому что это не внешний источник, а сам текст закона. Например, наше законодательство, подвергая расточителя опеке, высказывает, что это делается «в предупреждение и пресечение роскоши безмерной и разорительной, в обуздание излишества, беспутства и мотовства», или, признавая завещания самоубийц недействительными, объясняет это тем, что «все завещания должны быть составляемы в здравом уме и твердой памяти». Здесь мотивы выясняют нам пределы мысли законодателя, а следовательно, и действия норм права.

§ 76 Аналогия

Возможен случай, когда применяющий право к данному фактическому составу, установив меньшую посылку, тщетно ищет соответствующую норму. Среди имеющихся норм ни одна не совпадает всеми своими элементами с теми, какие получились в меньшей посылке. Требуемого сочетания элементов или вовсе нет, или дается сочетание только отчасти совпадающее. Чем более отстало право от жизни, чем более казуистично построено законодательство, – тем вероятнее такие случаи пробелов.

Но существует взгляд, отрицающий саму возможность пробелов в праве: в праве пробелов нет и не может быть.

Оценка этого мнения требует предварительного соглашения в постановке вопроса. Дело идет не о том, что в праве данной страны могут быть пробелы, которые желательно восполнить законом. Например, в этом смысле можно сказать, что в России ощущается пробел по организации административной юстиции. Вопрос ставится не с точки зрения законодательной политики, а с точки зрения действующего права. Выставляя положение, что в праве нет пробелов, утверждают, что в действующем праве имеется всегда ответ (большая посылка) на каждый возникший юридический вопрос. Конечно, при этом имеется в виду только положительное право, но зато во всех его формах, а не только в форме закона.

В стремлении преградить естественному праву доступ через проходы, открывающиеся в виде пробелов в праве, Бергбом отвергает саму идею таких пробелов: «Положительное право не имеет вообще никаких пробелов». Мнимые пробелы, по мнению Бергбома, могут быть понимаемы в двояком смысле. О пробеле можно говорить, если мы встречаемся с бытовым отношением, которое осталось вне правовой нормировки (например, по вопросу о том, как одеваться). Но здесь нет и пробела – это просто юридически пустое пространство, окружающее среду права. О пробеле говорят в другом смысле, когда утверждают, что на данный вопрос, требующий юридического решения, нет ответа в положительном праве. Если мы признаем, что это отношение не оставлено вне права, а включено в область, нормированную правом, то ответ должен быть. Вопрос только в трудности его нахождения. «Пробел обнаруживается не в праве, а в ищущем права; не право нуждается в пополнении своих норм, а применяющий нуждается в пополнении своих знаний».

С другой точки зрения отрицает пробелы в праве Цительманн. Дело не в том, что обнаруживается отношение, на которое право не дает решения, а дело в том, что область фактических отношений, которые право нормирует, чрезвычайно изменчива. Мы склонны говорить о пробеле, когда встречаемся с фактическим составом, представляющим некоторые особенности. Среди необозримого моря фактических отношений поднимаются, как острова, отношения, с которыми закон соединяет наказание или возмещение вреда

либо иное юридическое последствие. Отвергая наказание или возмещение вреда, судья признает, что это море, а не твердая земля – и это юридический ответ. Налагая наказание или присуждая к возмещению вреда, судья признает, что это земля, а не море. Налагая наказание или присуждая к вознаграждению вреда там, где перед нами море, судья воду превращает в твердь. Насколько он считает это справедливым, он может так поступать, за исключением уголовной кары, где ему запрещено такое творчество.

Еще иначе подходит к вопросу Регельсбергер. Он признает, что в праве существуют пробелы, насколько нет ни одной нормы, под абстрактный состав которой можно было бы подвести каждый конкретный состав, подлежащий судебному решению. «Но верно также и то, что в праве нет никаких пробелов. Ни один судья не может отказать в решении под предлогом того, что для рассматриваемого случая нет вовсе положения в праве».

Ни одно из приведенных доказательств в пользу того, что в праве нет пробелов, не может быть принято. Совершенно неправильно смотреть на объективное право, т. е. на совокупность норм, как на органическое самодовлеющее целое. Это представление особенно непростительно такому позитивисту, как Бергбом, и оно несравненно ниже того образного представления, какое дает Цительманн. Никакое представление о русском праве как о целом, содержащем в себе бесконечный ряд ответов, не разрешает вопрос о детях при раздельном жительстве супругов или при расторжении их брака, о наказуемости отвода чужого электричества по статье, карающей за кражу чужих движимых вещей, и т. п. Но, конечно, нельзя согласиться с Цительманном, будто всякое сомнение устраняется возможностью творчества со стороны судьи, потому что судья не законодатель, призванный превращать воду в твердь. Что касается Регельсбергера, то, отрицая пробелы в праве на том основании, что судья должен дать решение по каждому вопросу, Регельсбергер, во-первых, предполагает существование пробелов, на которые судья должен найти ответ, хотя бы его не было в законе и обычаях, а во-вторых, Регельсбергер считает доказанным то, что еще подлежит доказыванию, а именно что судья может и должен дать юридический ответ на вопросы, юридически не разрешенные законодательной властью.

Поэтому следует считать более правильным взгляд тех, кто признает как факт во всяком действующем праве наличие пробелов, т. е. отсутствие правовых ответов на вопросы, подлежащие судебному разрешению. Какой же выход из создавшегося затруднения? Что должен делать судья, когда представленный на его обсуждение конкретный случай не разрешается правом вовсе или вполне? На это могут быть даны различные ответы.

Закон может вменить суду в обязанность приостановить разрешение дела и представить вопрос на рассмотрение законодательной власти. Это

отказ в судебном решении ввиду неполноты или недостатка норм права. Таков был преобладающий в XVIII в. взгляд, основанный, с одной стороны, на исторически укоренившемся недоверии к судебным деятелям, а с другой – на теоретически сложившемся принципе разделения властей. Идея нашла себе воплощение в революционном Законе от 16–24 августа 1790 г., в Прусском земском уложении 1794 г. Под влиянием взглядов Беккарии в Наказе Екатерины II высказано было то же отрицательное отношение к допустимости решать дела без прямого указания закона. Это же направление выразилось в Своде Законов до Судебных уставов 1864 г. «Законы должны быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оных, без всякого изменения или распространения. Все без изъятия места, не исключая и высших правительств, во всяком случае должны утверждать определения свои на точных словах закона, не переменяя в них без доклада Императорскому Величеству ни единой буквы и не допуская обманчивого непостоянства самопроизвольных толкований». «В случае неясности или недостатка существующего закона каждое место или правительство имеет право и обязанность представлять о том по порядку своему начальству. Если встреченное сомнение не разрешается прямым смыслом закона, тогда начальство обязано представить Правительствующему Сенату или министру по принадлежности». «Сенат не приступает к решению таких дел, на которые не окажется точного закона, но о всяком случае, требующем издания новых или дополнения или перемены существующих узаконений, составляет проект разрешения, и все дело вносится министром юстиции с его заключением к Императорскому Величеству через Государственный Совет».

Закон может вменить суду в обязанность разрешить конкретный случай на основании справедливости применительно к конкретным обстоятельствам данного дела. В сущности, на этой точке зрения стоит Австрийское гражданское уложение 1811 г., когда оно на случай, не разрешимый прямо законом и по сходству с другими законами (аналогия закона), предлагает разрешать дело по соображению со всеми основательно рассмотренными обстоятельствами согласно началам естественного права.

Закон может вменить суду в обязанность разрешить конкретный случай по сходству с существующими нормами права (аналогия). Судья, не находя закона, в содержание которого полностью укладывался бы данный случай, должен применить к нему закон наиболее сходный или создать *ad hoc* норму в духе действующего законодательства. При этом судья обязан, следовательно, встать на точку зрения данного законодателя, предугадать его решение вопроса. Такова система, принятая в России, со времени Судебных уставов 1864 г. Воспрещается останавливать решение дела под предлогом неполноты, неясности или противоречия законов, а в гражданских делах – и недостатка законов, и виновные в том подвергаются ответственности как за отказ в правосудии или за бездействие власти. Все

судебные установления обязаны решать дела по точному разуму действующих законов, а в случае их неполноты, неясности или противоречия, а в гражданских делах – и недостатка законов, основывать решение на общем смысле законов.

Закон может вменить суду в обязанность разрешить данный случай на основании нормы права, создаваемой самим судом, т. е. призвать суд к законодательному творчеству за пределами действующих норм. Такова система, принятая Швейцарским гражданским кодексом 1907 г.: «Закон применяется ко всем юридическим вопросам, которые в нем имеются, по букве и духу постановления. Когда из закона не может быть извлечено соответствующее постановление, то судья должен разрешить дело на основании обычного права, а если и его нет, то на основании правила, какое он сам установил бы, если бы был законодателем. При этом судья руководствуется мнениями, принятыми в науке и судебной практике». Судья не может «решать по справедливости» применительно к конкретным обстоятельствам – он должен разрешать данный случай с общей точки зрения. Он обязан создать в виде большей посылки правило, по которому он желал бы, чтобы всегда разрешались дела такого рода (Кант). Созданное им правило имеет силу только на один случай, но, конечно, принятый им взгляд он делает правилом разрешения всех подобных дел и на будущее время (римский претор!). Положение швейцарского судьи отличается от положения русского судьи, поставленного в те же условия отсутствия соответствующей нормы, в том, что первый создает норму самостоятельно, со своей точки зрения, тогда как второй ищет ее в законодательном материале, приспособляясь к вероятной точке зрения законодателя.

Наконец, возможно полное молчание со стороны закона. Судье не дано никаких указаний, что ему делать при обнаруженном пробеле. Это самый частый случай. Правда, во Франции закон грозит судье, который отклонит решение под предлогом недостатка, неясности или неполноты закона, наказанием как за отказ в правосудии, но все же он не указывает, откуда же должен судья извлечь норму права. В Германии вопрос обходится полным молчанием со стороны закона. Что же, в самом деле, делать судье, оставленному без всяких указаний? Юристы той и другой страны единодушно указывают, что судья обязан прибегнуть к аналогии, найти норму по сходству, разрешить дело по общему смыслу законов, в духе законов. Но откуда следует такой вывод? Как будто он единственный! Мы сейчас убедились, что выход из создавшегося положения может быть весьма различный. Наивно думать, что «это само собой разумеется». «Допустимость аналогии есть бесспорный факт. Он основывается на общем сознании, которое, конечно, могло бы быть высказано, но не нуждается в этом». Это называется отделаться от назойливого вопроса, за отсутствием точного на него ответа.

Ввиду того обстоятельства, что в важнейших странах Европы и в России судьи прибегают к аналогии, приходится остановиться на этом приеме с особенным вниманием.

Сущность аналогии заключается в том, что рассматриваемый случай, который по своему фактическому составу остался не предусмотренным со стороны действующего законодательства, разрешается на основании нормы, создаваемой по сходству с существующим законом или законами. Решение находится по сходству фактического состава, предусмотренного законом, с фактическим составом данного случая, подлежащего судебному рассмотрению. Такое извлечение мысли законодателя, прямо им не высказанной, соответствует другому приему извлечения не высказанной законодателем мысли, известному под именем приема *a contrario*. *Argumentum a contrario* есть умозаключение, основанное на логически допустимом предположении, что если законодатель дал определенное постановление для данного фактического состава, то он молчаливо отверг его для противоположного состава. Здесь мы имеем дело с психологическим явлением, что каждое суждение выступает как противоположность другому, однородному. Высказывая известное положение, законодатель находится во власти тех представлений, которые в тот момент навязывались его сознанию. Если мы сумеем войти в тот же круг представлений, то мы сможем понять, отрицанием чего являлось его утверждение. Так, например, когда закон говорит, что «на крестьян распространяются общие постановления законов гражданских о правах и обязанностях семейственных», то можно заключением от противного вывести, что законодатель хотел устранить действие общих гражданских законов на сельских обывателей. Заключение от противного дает вывод от высказанного к невысказанному, которого нет в законах, и в этом его близость с аналогией, но в то же время оно составляет прямую его противоположность, потому что аналогия дает вывод по сходству, а заключение от противного – вывод по несходству.

Аналогия права есть применение права путем логического его развития, потому что тот, кто решает дело, все же остается в пределах действующего права. Но нельзя утверждать, что аналогия есть толкование, и говорить об аналогическом толковании. Толкование ставит себе задачу уяснить мысль, высказанную в законе, а аналогия исходит из предположения, что искомая мысль в законе или в законах не высказана. Совершенно недопустимо ставить наряду с аналогией как прием логического развития права для пополнения пробелов разъяснение судом того, что следует понимать под именем «доброй совести», «добрых нравов», «интересов оборота» и т. п., потому что в этом случае дело идет об установлении не большей посылки, а меньшей. Закон угрожает наказанием за личное оскорбление, а вопрос о том, содержится ли нечто оскорбительное в применении к человеку такого-то названия, не есть вопрос установления нормы.

Различают два вида аналогии: аналогию закона и аналогию права. Аналогия закона есть применение существующего закона к случаю, сходному с тем, какой определяется этим законом. Аналогия права есть применение совокупности существующих законов, объединенных в юридический принцип, к случаю, сходному с теми, какие определены отчасти в каждом из этих законов.

Аналогия закона выступает тогда, когда данный случай не укладывается полностью в содержание какого-либо закона, но в то же время предполагается, что в действующем законодательстве имеется норма, частью элементов соответствующая казусу. Так, норма выражается: $p + q + m + n$ есть S , где последняя буква означает юридическое последствие, связанное с данной суммой условий, между тем как состав данного случая выражается: $p + q + r + s$.

Логический процесс при аналогии закона может быть представлен таким образом. Подвергнув анализу имеющийся сходный закон, мы находим, что последствие S вызывается главным образом элементами $p + q$. Поэтому, построив силлогизм $[p + q + m + n]$ есть S . А есть $[p + q + r + s]$. А есть S , несмотря на некоторую невыдержанность среднего термина, не грешим против логики, так как элементы $m + n$ и $r + s$ не влияют на существо дела. Приемом фикции мы могли бы сказать, что элементы казуса $r + s$ должны быть обсуждаемы, как будто бы они были $m + n$. Правильнее всего раскрывается логический процесс аналогии закона, если признать в нем момент творчества, заключающийся в том, что применяющий право создает новую норму. Если данный случай содержит элементы $p + q + r + s$, а действующий закон состоит из элементов $p + q + m + n$, то можно составить норму $p + q$. Такая норма охватит больший фактический состав, чем тот, какой предусматривался в законе. Конечно, эта воображаемая норма, как более общая, будет беднее элементами, нежели действующий закон, но зато своим содержанием она охватит и случай, представляемый данным казусом, но законом не предусмотренный. Тогда силлогизм построится так: $[p + q]$ есть S . А есть $[p + q]$. А есть S .

Такое создание новой нормы путем отбрасывания элементов возможно при условии, если мы установили, что последствие S не обуславливается элементами $m + n$. Возьмем пример. Некто по завещанию оставил своей внебрачной дочери А благоприобретенное имение в пожизненное пользование, а право собственности на это имение завещал сыну В. Между А и В возник спор, кто должен платить земские повинности. Меньшая посылка дает нам следующий состав: пожизненное владение (p) + предоставленное по завещанию (q) + внебрачной дочери (m) + на благоприобретенное имение (n). Чтобы определить, ведет ли для А эта совокупность элементов к юридическому последствию, т. е. платежу земских повинностей, мы должны отыскать норму со всеми этими элементами. Но такого закона нет, зато имеется закон, который содержит

некоторые сходные элементы: пожизненное владение (p) + предоставленное по завещанию (q) + супругу (r) + на родовое имение (s) обязывает к отправлению лежащих на сем имении повинностей государственных, общественных и земских (S). Вникая в этот закон, мы уясним себе (толкование), что последствие S не может быть обусловлено ни элементом m, ни n, что оно зависит главным образом от элемента p, так как повинности по имению как расходы закон возлагает на того, кто получает с этого имения доходы. Отбрасывая несходные элементы r, s, m, n и сохраняя сходные p + q, мы находим требуемую норму.

Кто получит по завещанию пожизненное владение, тот платит падающие на имение повинности. А получила по завещанию пожизненное владение. Следовательно, она платит земские повинности. Мы могли бы еще более упростить норму, отбросив и элемент q, но для данного казуса это излишне.

При первом взгляде применение права по аналогии закона представляет некоторое сходство с распространительным толкованием. Но в действительности между ними существенное различие. В распространительном толковании мы имеем дело с обстоятельствами, которые законодатель предвидел, но не сумел выразить словами, тогда как аналогия закона считается с обстоятельствами, которые законодателем не были предусмотрены. В первом случае применяющий норму права становится на точку зрения, с которой законодатель смотрел на обстоятельства, которые имел в виду, а во втором он стремится встать на точку зрения, с которой законодатель посмотрел бы на обстоятельства, если бы имел их в виду. Поэтому в распространительном толковании большая посылка дана непосредственно в законодательстве, тогда как при аналогии закона такой посылки нет – ее еще приходится подготовить из имеющегося в законодательстве материала.

Аналогия закона недопустима в отношении уголовных законов, а также исключительных законов.

Аналогия права выступает тогда, когда данный случай не укладывается в содержание какого-либо закона, и предполагает, что в действующем законодательстве нет ни одной нормы, элементы которой хотя бы частично соответствовали элементам казуса. Применяющий право, установив меньшую посылку, напрасно ищет большую посылку не только тождественную, но хотя бы сходную. Тогда ему приходится создавать норму из ряда законов, разрешающих вопросы из того же фактического состава. Установленная норма будет раскрытием общей идеи, которая лежит в основе нескольких законов, той точки зрения, часто даже не осознаваемой, с которой законодатель смотрел на жизненные отношения, когда подчинял их правовой нормировке. Это будет нахождение юридического принципа, предназначенного играть роль большей посылки.

Логический процесс при аналогии права представляется в следующем виде. Подвергается анализу ряд законов, выделяется из них определенный элемент, общий им всем, и создается юридический принцип, к которому приурочивается юридическое последствие. Так, например, между мужем и женой, живущими отдельно, возникает спор о том, с кем из них должен жить ребенок. Русское законодательство не дает ответа на этот вопрос. Применение по аналогии закона о положении внебрачных детей недопустимо, так как различие между законными и внебрачными детьми с точки зрения нашего законодательства весьма существенно и потому не вызывает представления о сходстве юридических определений положения той или другой категории детей. Тогда приходится принять в соображение ряд законов, в которых мать ребенка ставится в неограниченное подчинение ее законному мужу. Отсюда выводится юридический принцип, что в вопросах семейной жизни решающий голос принадлежит мужу. Как бы мы ни относились к этому принципу, но, несомненно, он «в духе» русского законодательства. Подставляя найденный юридический принцип в виде большей посылки, получим следующий силлогизм.

В вопросах семейной жизни решающий голос принадлежит мужу. Вопрос, при ком жить ребенку, связанный с воспитанием его, есть вопрос семейной жизни. Следовательно, при ком жить ребенку, решается мужем.

Такое решение может встретиться с другим принципом: родительская власть вручается родителю в интересах государственных. Если будет доказано, что государственный интерес способен пострадать от сожительства ребенка с отцом (например, вследствие того, что отец, пьяница и вор, может воспитать вредного гражданина), то преимущество в вопросе о том, при ком жить ребенку, может быть отдано матери. Отсюда тот общий вывод, к которому пришел наш Сенат: право на воспитание детей принадлежит отцу, доколе суд не признает, что ввиду особых обстоятельств польза детей требует воспитания их матерью.

В аналогии права еще более творчества, чем в аналогии закона. И все же аналогия права далеко отстоит от того свободного творчества со стороны суда, пропаганда которого получила в последнее время широкое распространение. При аналогии права судья стеснен в своем творчестве данным ему материалом; в свободном творчестве материал этот заимствуется из источников, находящихся вне действующего законодательства. Это течение юридической мысли в пользу творческой роли суда обнаруживается во Франции с 90-х годов XIX столетия под влиянием прежде всего осознания отсталости Французского кодекса. Оно находит себе высшее выражение в получившем европейскую известность сочинении дижонского профессора Жени и через него вызывает большое литературное движение во Франции и в Германии, выразившееся в массе книг, брошюр и статей. Ведется усиленная агитация в пользу нового источника права под именем «*La libre recherche scientifique*», «*freie Rechtsfindung*», «*freie Rechtswissenschaft*» и т.п.

Остается, однако, невыясненным, какое место должен занять этот источник рядом с прежними источниками – законом и правовым обычаем.

Одни желали бы дать место свободному судейскому творчеству даже в пределах существующих норм. *La loi n'est pas le droit*. «Из того, что закон издан, еще не следует, что он действует». Судье предлагается предоставить право применять законы, склоняя их в сторону запросов жизни. Это уже вторжение в область толкования законов и освобождение судьи от всякой подзаконности. Здесь кончается закон и начинается анархия.

Другие дают место свободному судебному творчеству за пределами существующих норм – закона и обычая, но допускают конкуренцию между аналогией и свободным творчеством. Пока закон выражен ясно, творчеству нет места, но при обнаруженной неясности, неполноте, а тем более недостатке норм судья не стеснен более законодателем. Но тут невольно возникает опасение, что всякий закон может возбудить сомнение в своей ясности, и тогда второе предложение легко переходит в первое.

Третьи, наиболее осторожные, ставят новый источник права за пределами существующих норм, пополняемых приемами аналогии. Но и эта точка зрения способна возбудить сомнение. Совместимо ли свободное творчество судьи с аналогией? Если судья, прежде чем дать ход своему творчеству, должен обратиться к духу законодательства, то получится одно из двух: или такой дух действительно существует – и тогда решение будет всегда найдено по аналогии, или такого духа не существует – и тогда аналогия невозможна никогда. За пределами аналогии нет пустого места, которое можно было бы предложить свободному творчеству судьи. Если же мы даже и допустим совместимость свободного творчества и аналогии, то мы не в состоянии будем провести между ними границу, и в таком случае третье предложение переходит во второе, а через него в первое.

Все это движение в пользу судейского свободного творчества стоит в резком противоречии, с одной стороны, с той выдающеюся ролью, какая выпала в наше время на законодателя, а с другой – с общественной судейской организацией. Недаром Антон Менгер во имя обездоленных классов восстал против аналогии как средства усиливать благоприятное и без того для господствующих классов неравенство законов и взывал к подробному законодательному нормированию. С другой стороны, свободное творчество не соответствует основному началу судоустройства, в силу которого дело подлежит пересмотру в высших инстанциях. Чтобы дать место свободному творчеству судьи, необходимо уничтожить апелляцию и кассацию. Современный суд не имеет и не может иметь ничего общего с римским претором. Если он и предложит решение, вызванное его непосредственным столкновением с жизнью, то оно утратит всю свою окраску, весь свой смысл, пока будет передвигаться по инстанциям, где судьи и толкователи потеряют прикосновение к бытовой обстановке дела. Да и на чем может быть построен при свободном творчестве пересмотр дела в апелляционном и тем более кассационном порядке?

Основная задача, над которой работают сторонники нового течения, заключается в нахождении тех объективных начал, исходя из которых судья мог бы творить. Тут никакого согласия уже нет: природа вещей (Жени), общественное правосознание (Салейль), сравнительное правоведение (Ламбер), справедливое право (Штаммлер), право, как средство культурного прогресса (Брютт), соотношение взвешиваемых интересов (Штампе) и т. п. Ввиду невозможности соглашения отчего не допустить, что каждый судья будет тянуть из своего источника? Во что превратится правосудие?

Все это движение в пользу свободного творчества судьи, помимо такого случайного момента, как отсталость Code Napoléon, имеет в своем основании осознание или, лучше сказать, ощущение надвигающегося социального перелома. Но перестройка в новом стиле будет произведена не судебными, а законодательными архитекторами.

Шмитт К.

ГОСУДАРСТВО: ПРАВО И ПОЛИТИКА¹

1. Различение видов юридического мышления

Каждый юрист, который осознанно или неосознанно кладет в основу своей работы понятие «право», понимает это право или как правило, или как решение или же как конкретный порядок и форму.

Всякое юридическое мышление работает как с правилами, так и с решениями, а также с порядками и формами. Но окончательное, юридически сформулированное представление, из которого юридически выводятся все остальные, всегда сводится к одному: или норма (в смысле правила и закона), или решение, или конкретный порядок. И в любом естественном праве или разумном праве – ведь они оба являются лишь последовательно и до конца продуманными формами юридического мышления – в качестве конечного представления о праве обнаруживается или норма, или решение, или порядок. В соответствии с этим могут быть определены и различные виды естественного или разумного права. Аристотелевско-томистское естественное право Средневековья, например, является юридическим мышлением о порядке, а разумное право XVII и XVIII века, напротив, частично является абстрактным нормативизмом, и частично – децизионизмом. В зависимости от значимости, приписываемой этим трем специфически юридическим понятиям в юридическом мышлении, и от последовательности, в которой одно выводится из другого или возводится к другому, различаются три вида мышления: мышление о правилах и законах, мышление о решении и мышление о конкретном порядке и форме.

При выявлении типов и видов мышления применительно к определенной области знания обычно соединяются и пересекаются многие другие различия, предназначенные для смежной области знания – в основном широкие и общие, но часто и узкие. Философские и характерологические типизации, естественно, влияют и на юриспруденцию. Среди юристов также можно обнаружить различие между платониками и аристотеликами, между онтологистами и идеалистами, реалистами и номиналистами, между дискурсивной и интуитивной установками духа. В юриспруденции точно так же, как и внутри каждой области знания, заметны общие различия целостных человеческих установок (*habitus*); и здесь существуют флегматики и сангвиники, натуры, более ориентированные на динамику, и натуры, более ориентированные на статику, волюнтаристы и интеллектуалисты и т. д. Также можно выявить определенные стадии роста и возраста в истории права; так, например, Савиньи различал возрасты детства, юности, зрелости и старости, чтобы объявить потребность в кодификации признаком завершенного периода юности и, исходя из этого,

¹ Шмитт К. Государство: Право и политика / пер. с нем. и вступ. ст. О. В. Кильдюшова ; сост. В. В. Анашвили, О. В. Кильдюшов. Москва, 2013. 448 с.

отклонить необходимость кодифицированного гражданского законодательства для все еще юного немецкого народа. Далее можно было бы задаться отдельным вопросом относительно того, возможно ли свести юридическое мышление в целом или мышление определенных областей и дисциплин в особенности к одному определенному мыслительному или человеческому типу; является ли, например, как я предполагаю, подлинное юридическое мышление понятийным реализмом, по крайней мере, в общественном праве, тогда как последовательный номинализм представляет собой опасность для правильной юриспруденции, разрушает ее и в лучшем случае мог бы иметь некоторое применение в гражданском праве, регулирующем транспортное сообщение.

Однако темой этого сочинения является другая проблема. Здесь предстоит установить и провести различие относительно различных видов юридического мышления, выделяющихся теоретически, практически и с точки зрения истории духа, причем не извне, а изнутри юридической работы. Это путь конкретного наблюдения, который, вероятно, скорее приведет к определенному результату, нежели общие методологические или теоретико-познавательные предварительные исследования чисто логических возможностей или чисто формальных условий юриспруденции вообще. Если подобные общие предварительные исследования вообще достигают конкретного юридического предмета, а не остаются совершенно пустыми и беспредметными, то они сами в большинстве случаев могут объясняться различием трех юридических мыслительных типов. Формальная безусловность и якобы чистые категории основаны в юриспруденции лишь на безусловном самоутверждении определенного типа юридического мышления. Достаточно выявить его как таковой, чтобы распознать и правильно определить логику методологических ходов его мысли.

Имеет большое значение то, какой тип юридического мышления утверждается в определенную эпоху и у определенного народа. Различные народы и расы относятся к различным типам мышления, и вместе с преобладанием определенного типа мышления может быть связано духовное и тем самым политическое господство над определенным народом. Есть народы, которые существуют без территории, без государства и без церкви — лишь с «законом»; для них нормативистское мышление предстает как единственно разумное правовое мышление, а любой иной вид мышления — как непонятный, мистический, фантастический или смешной. Немецкое средневековое мышление, напротив, являлось вполне конкретным мышлением о порядке, однако рецепция римского права в Германии с XV века вытеснила этот вид мышления у немецких юристов и способствовала упрочению абстрактного нормативизма. В XIX веке вторая, имевшая не меньшие последствия рецепция либерально-конституционного нормативизма отделила немецкое конституционно-правовое мышление от конкретной реальности внутригерманских проблем и исказила его до

мышления о нормах «правового государства». В природе вещей заложено то, что рецепции чужих правовых систем оказывают подобное воздействие. Любая форма политической жизни находится в непосредственной взаимосвязи со специфическими способами мышления и аргументации в правовой жизни. Правовое чувство, правовая практика и правовая теория, например, в феодальном государстве отличается от правового мышления в сфере транспорта при изменяемом гражданско-правовым путем буржуазном порядке не только методом и содержанием отдельного приведения юридических доказательств. Для правоведческого различения видов юридического мышления гораздо большее значение имеет то, что различие проявляется в предполагаемых и основополагающих представлениях о некоем целостном порядке, в представлениях о том, что может рассматриваться в качестве нормальной ситуации, кто является нормальным человеком и каковыми являются, подлежащие справедливому суждению, конкретные фигуры жизни, рассматриваемые в правовой жизни и правовой мысли в качестве типичных. Без постоянных, неизбежных и необходимых конкретных предположений не существует ни юридической теории, ни юридической практики. Однако эти правовые предположения возникают непосредственно из конкретных предпосылок ситуации и человеческого типа, рассматриваемых в качестве нормальных. Поэтому они отличаются как в зависимости от эпохи и народа, так и от видов юридического мышления.

1. Мышление о правилах или законах (нормативизм) и конкретное мышление о порядке

Я исхожу из того, что при различении видов юридического мышления важно учитывать, понимается ли под правом правило, решение или порядок. Почти само собой разумеется, что каждый из определяемых в зависимости от этого видов юридического мышления отождествляет характерное для его типа представление, то есть или норму, или решение, или конкретный порядок с самим правом и оспаривает у другого типа притязание на «строгий правовой» образ мышления. Поэтому будет правильным не рассматривать в качестве противоположностей, например, право и решение, право и закон или право и порядок, поскольку в подобных антитезах уже сокрыт целый мир заранее принятой точки зрения. По тем же причинам также не следовало бы говорить о правовых нормах, правовых решениях или правовых порядках одновременно, поскольку проблематичным является не противоположность права и нормы, решения или порядка, а различный характер мышления о нормах, мышления о решениях и мышления о порядке; и каждое из этих понятий интерпретирует право по-своему. Каждое из них претендует быть подлинным смыслом и ядром права; каждое пытается стать всеобщим и самостоятельно юридически определять два других понятия.

Когда мы, например, привычно говорим о «право-порядке» без прояснения отношения между правом и порядком, то мы используем лишь одно из многих двусмысленных слов, ставших распространенными и популярными типичным для XIX века образом. Существуют наполненные жизнью соединения понятий, объединяющие две в равной мере актуальные, субстанциальные величины вроде Северной Германии, Латинской Америки и т. д. Аналогичным образом необходимым является такое слово как «национал-социализм», поскольку оно кладет конец разрыванию на части и разыгрыванию национализма против социалистического и наоборот социализма против национального. Однако существуют и такие крайние словосочетания, которые вместо объединяющей целостности создают лишь обобщающее смешение всего подряд или же дилетантское как — так и. Сочетание слов и понятий «право-порядок» сегодня больше не относится к полезным словосочетаниям, поскольку оно может использоваться для сокрытия различия, существующего между мышлением о правилах и мышлением о порядке. Ведь если слово «право» в выражении «правопорядок» понимается как абстрактная норма, правило или закон, и каждый нормативистски мыслящий юрист естественно понимает его в этом смысле, то с точки зрения подобного нормативистского представления о праве любой порядок вообще превращается в простое воплощение или простую сумму правил и законов. В результате возникают известные определения понятий в учебниках, которые, в случае преобладания нормативистского мышления, редуцируют любой конкретный порядок к правилам законов и дефинируют всякое право и всякий порядок как «воплощение правовых правил» или что-то подобное. Словосочетание «право-порядок» также может допускать такое логическое и языковое толкование, когда с точки зрения конкретного порядка право понимается не как «правовое правило», но понятие права выводится из самостоятельного понятия «порядок»; тем самым преодолевается нормативистское присвоение понятия права и превращение право порядка в простое правовое правило.

Для конкретного мышления о порядке «порядок» даже юридически не является в первую очередь правилом или суммой правил, а наоборот, правило есть всего лишь составная часть или средство порядка. Соответственно мышление о нормах и правилах есть лишь ограниченная, а именно производная часть целостной и полной сферы юридических задач и действий. Норма или правило не создает порядка; скорее лишь на почве и в рамках данного порядка она выполняет определенную регулирующую функцию с относительно небольшой мерой самостоятельной в себе значимости, независимой от положения вещей. Для нормативистского метода, напротив, характерным является то, что он изолирует и абсолютизирует норму или правило (в отличие от решения или от конкретного порядка). Любое правило, любая установленная норма

регулирует множество случаев. Она возвышается над отдельным случаем и над конкретной ситуацией и потому, в качестве «нормы», обладает определенным преимуществом и превосходством над простой действительностью и фактичностью конкретного частного случая, изменяющейся ситуации и непостоянства человеческой воли.

На этом превосходстве базируется тот аргумент, что придает нормативизму его преимущество и превращает его в некий вечный тип истории права. Нормативистское мышление может ссылаться на то, что является безличным и объективным, тогда как решение всегда является личным, а конкретные порядки – надличными. То есть нормативист задеиствует безличную, объективную справедливость против личного произвола децизиониста и феодального, сословного или прочего плюрализма порядков. Во все времена требовали того, чтобы господствовал закон, а не люди. Так, нормативист нормативистским способом толкует одну из прекраснейших и древнейших формулировок в человеческой истории права вообще – слова Пиндара о *nomos basileus*, о «номосе как царе»: «господствовать» или «приказывать» должен лишь закон, а не потребность кого бы то ни было, требование постоянно изменяющейся ситуации или тем более произвол людей. В многочисленных исторических ситуациях и многих вариациях эти слова о *nomos basileus*, о законе как царе, о *lex* как единственном *rex*, обладали мощной силой воздействия. Каждый раз вновь повторялись слова о том, что господствовать должны только законы, а не люди. Во влиятельной на протяжении двух тысячелетий стоической традиции это привело к формулировке Хрисиппа, согласно которой закон есть царь, надзиратель, властитель и повелитель над нравственным и безнравственным, над правом и беззаконием. Часто повторявшиеся антитезы *ratio* и *voluntas*, *veritas* и *auctoritas* также поддерживали требование господства закона в противопоставлении с господством людей. Отцы американской Конституции 1787 года полностью находились в подобной традиции, когда пытались так отрегулировать конституцию и общественную жизнь Соединенных Штатов, чтобы имелось *government of law, not of men*. Все отцы «правового государства» говорят на этом языке и делают из правового государства государство законов. Так звучит определение «правового государства»: «государство, полностью находящееся под знаком права, высшей волей которого именуется не *rex*, а *lex*; сообщество, в котором правовыми установлениями определяются не только отношения отдельных лиц между собой, но прежде всего с государственной властью, в котором правление и подчинение осуществляется в соответствии с законом, а не в соответствии с принципом *tel est notre plaisir* правящих лиц... Правопорядок должен «быть нерушимым даже применительно к короне» (*von Martitz*), а закон выступать в качестве власти, которой в равной степени подчинена как воля подданных, так и воля господствующих лиц». Это место одновременно является образцовым примером позитивистского отождествления права и

закона (причем «закон», в конечном счете, децизионистски превращается в простое решение большинства в парламенте).

Однако «номос», как и «law», означает не закон, правило или норму, а право, которое является как нормой, так и решением и, прежде всего, порядком; понятия царь, властитель, надзиратель или *governor*, но также судья и суд, немедленно помещают нас в конкретные институциональные порядки, уже не являющиеся простыми правилами. Право, как властитель, *nomos basileus*, не может быть какой-то произвольной, исключительно позитивной нормой, правилом или установлением в виде закона; номос, который стремится быть праведным царем, должен заключать в себе определенные высшие, неизменные, но конкретные качества порядка. О простом модусе функционирования или о расписании не говорят, что это «царь». Если чисто нормативистское мышление желает последовательно оставаться внутри самого себя, оно должно постоянно ссылаться лишь на нормы и их значимость, но ни в коем случае на какую-то конкретную власть и достоинство. Для чистого нормативиста, который всегда обращается к норме как основанию собственного юридического мышления, царь, вождь, судья, государство становятся простыми нормами-функциями, и высший ранг в иерархии этих инстанций есть лишь следствие более высокой нормы, тогда как, наконец, высшая или глубочайшая норма, закон законов, «норма норм», чистейшим и интенсивнейшим образом становится не чем иным, как нормой или законом. In concrete тем самым достигается не что иное, как то, что норма или закон политико-полемиически разыгрывается против царя или вождя; закон вместе с подобным «господством закона» разрушает конкретный царственный или вождистский порядок; властители *lex* подчиняют себе *rex*. Чаще всего это и является конкретным политическим намерением подобного нормативистского разыгрывания *lex* против *rex*.

О действительном *nomos*'е как действительном царе можно говорить лишь в том случае, если *nomos* означает именно тотальное понятие права, также охватывающее конкретный порядок и сообщество. Точно так же, как в сочетании слов и понятий «правопорядок» два различных понятия права и понятия взаимно определяют друг друга, в составном выражении *nomos*-царь *nomos* уже мыслится как конкретный жизненный и общественный порядок, если слово «царь» вообще может обладать здесь неким смыслом; и точно так же «царь» есть понятийно-правовое представление о порядке, которое должно было быть идентично *nomos*у, если представление о *nomos*-царе должно было быть не внешним связыванием слов, а подлинным упорядочиванием. Насколько *nomos* есть царь, настолько царь есть *nomos*, и тем самым мы уже снова оказываемся в случае конкретных решений и институтов вместо абстрактных норм и всеобщих правил. Даже если попытаться сконструировать зависящего лишь от нормы, «подчиненного только закону» судью как чистый орган чистой нормы и таким образом допустить господство исключительно нормы, то оказываешься в ситуации

порядков и иерархической последовательности инстанций и подчиняешься не чистой норме, а конкретному порядку.

Ведь закон не может сам себя применять, использовать или исполнять; он не может ни интерпретировать себя, ни определять или санкционировать; он также не может, оставаясь при этом нормой, называть или назначать конкретных людей, которые должны его интерпретировать и применять. Независимый, подчиняющийся исключительно закону судья также есть не нормативистское понятие, а понятие порядка, компетентная инстанция, звено в системе определенного порядка должностей и ведомств. То, что компетентным судьей является именно это конкретное лицо, вытекает не из правил и норм, а из конкретной организации суда и конкретных персональных назначений и приглашений на должность. Так что остается верным на века то, что Гельдерлин сказал в примечании к своему переводу того места из Пиндара, где говорится о «*nomos basileus*»: «Номос, закон, является здесь наставлением в том смысле, в каком оно представляет форму, посредством которой встречаются человек и бог, церковь и закон государства с унаследованными из прошлого установлениями, которые точнее искусства схватывают жизненные отношения, в которых со временем определенный народ нашел и находит себя».

Любое правоведческое изучение комбинированных двойных слов типа «право-порядок», «господство закона», «действие норм» допускает проявление двух различных способов юридического мышления: абстрактного типа, связанного с правилами и нормами, и типа, связанного с конкретным порядком. Для юриста первого типа, который обнаруживает право в заранее определенных правилах и нормах, независимых от конкретного положения дел, любое явление правовой жизни – любой приказ, любая мера, любой договор и любое решение – превращается в норму, а любой конкретный порядок и сообщество распадаются на серию действующих норм, «единство» или «система» которых также является исключительно нормативной. В сущности, порядок состоит для него в том, что конкретная ситуация соответствует общим нормам, с которыми она соизмеряется. Однако это «соответствие» представляет собой сложную и часто обсуждаемую логическую проблему, поскольку нормативистское мышление, чем более оно становится чисто нормативистским, ведет к постоянно усиливающемуся разделению нормы и действительности, должностования и бытия, правила и конкретного положения вещей. Все действующие нормы, насколько они действенны, естественно всегда существуют «в порядке»; «не-порядок» конкретной ситуации, напротив, не интересует нормативиста, интересующегося лишь нормой. В этом смысле, с нормативистской точки зрения конкретное положение дел просто не может быть непорядком в законе в противоположность порядку.

С нормативной точки зрения подтверждением легального установления является то, что убийца приговаривается к смерти согласно

действующему закону об уголовных наказаниях; однако преступление является не «не-порядком», а просто «составом преступления». В качестве такового для юридически-нормативистской логики это есть «состав преступления» точно так же, как это имеет место в налоговом и гражданском праве, когда налоговые претензии государства и частноправовые претензии вызываются наличием состава преступления согласно закону. Наказание есть «вторжение» в свободу преступника подобно тому, как налог является вторжением в собственность, а военная служба даже вторжением в право на собственную жизнь. Все эти «вторжения» без различия являются либо законными, либо незаконными. С нормативистской точки зрения о них нельзя сказать ничего другого. Все право сгущается до отделенной от обстоятельств нормы; все остальное есть «голый факт» и соответствующий обстоятельствам дела повод для «подтверждения закона». Обосновывающее притязания государства на осуществление наказания преступление, нормативистски редуцированное до соответствующей обстоятельствам дела предпосылки применения нормы – уже не является порядком или непорядком, подобно обручению дочери, обосновывающему притязания на приданое. Ведь в таком случае преступник не нарушает покой и порядок; он даже не нарушает всеобщую норму в качестве правила; «с юридической точки зрения» он, собственно, ничего не нарушает. Можно нарушить лишь конкретный покой или конкретный порядок; лишь с точки зрения подобного мышления можно получить понятие преступления. Как известно, абстрактная норма или правило, напротив, продолжает неизменно действовать вопреки «преступлению»; она парит над любой конкретной ситуацией и любым конкретным действием; она не утрачивает силы в результате так называемого противоречащего нормам или противозаконного поведения. Нормативность и фактичность суть «совершенно различные уровни»; долженствование остается незатронутым бытием и сохраняет свою нерушимую для нормативистского сознания сферу, тогда как с нормативистской точки зрения все различия права и беззакония, порядка и непорядка в конкретной действительности превращаются в предпосылки применения норм. Предметность и объективность чистого нормативизма доходит здесь до юридического абсурда, разрушающего и уничтожающего порядок.

Впрочем, возможно представить себе предсказуемое функционирование отношений человеческого общения как простую функцию заранее определенных, калькулируемых, всеобщих правил. Тогда бесперебойное протекание подобного общения в соответствии с нормами и правилами предстает в качестве «порядка». Существует область и сфера человеческой жизни, в которой подобное правилосообразное функционалистское понятие порядка имеет смысл. Например, в рамках железнодорожного сообщения по расписанию можно сказать, что здесь «господствует» не личный произвол людей, а безличная предметность

расписания, и что это соответствие расписанию есть «порядок». Правильно отрегулированное движение на транспортных путях крупного современного города представляет собой лучший образ подобного рода «порядка». Здесь даже последний остаток человеческого господства и произвола, который еще мог бы изображать регулировщик движения, заменен точно функционирующими, автоматическими цветовыми сигналами. Область жизни, интерес которой направлен исключительно на предсказуемость надежной регуляции, подобно транспортному порядку в индивидуалистическом буржуазном обществе, вероятно еще можно связать с подобным понятием порядка. Однако имеются другие отрасли человеческого существования, в которых перенос подобного правилосообразного функционализма разрушил бы специфически правовую сущность конкретного порядка. Это все области жизни, которые принимают не техническую форму, напоминающую транспортную сферу, а форму институциональную. Их понятия того, что является нормальным, нормальным типом и нормальной ситуацией заключены в них самих, и их понятие нормальности не исчерпывается – как в технизированном обществе транспортных сообщений – выполнением предсказуемой функции регулирования, устанавливающего нормы. Они обладают собственной правовой субстанцией, которой также вполне известны всеобщие правила и регулярности, но лишь как следствие этой субстанции, лишь исходя из своего собственного конкретного, внутреннего порядка, который не является суммой подобных правил и функций. Совместная жизнь супругов в браке, членов одной семьи, членов родового союза, членов одного сословия, чиновников одного государства, священников одной церкви, товарищей по трудовому лагерю и солдат одной армии не может раствориться ни в функционализме заранее определенных законов, ни в договорном регулировании.

Многие привычки, регулярность и предсказуемость внутри подобных порядков не могут и не должны охватывать и исчерпывать сущность этого порядка, но лишь служить ему. Конкретный внутренний порядок, дисциплина и честь любого института противостоят, пока институт существует, любой попытке безграничного установления норм и правил; они ставят всякого законодателя и всякого, кто применяет закон, перед дилеммой: либо принять и применять конкретные понятия права, данные вместе с институтом, либо же разрушить этот институт. Где еще существует, например, семья как законодатель, там и применяющий закон юрист постоянно вынужден вместо абстрактного всеобщего понятия учитывать конкретные представления о порядке конкретного института «семья». Судья и законодатель подчиняются существующему порядку конкретного образования «семья», когда говорят о «хорошем отце семейства», *bonus pater familias*. Подобные представления и понятия, несмотря на все нормативистское разложение прошлого века и большое число

кодифицированных правовых правил в семейном праве и других областях, еще и сегодня многочисленны и типичны для субстанционально-институционального порядка в противоположность чисто нормативистскому регулированию. Любое сословное право, как таковое, предполагает конкретные типичные фигуры, выросшие из порядка конкретного «состояния» и познаваемые лишь из него, например, фигуры храброго солдата, верного долгу чиновника, порядочного товарища. Подобные фигуры часто вызывают критику и насмешку нормативистски мыслящих юристов. Карл Биндиг превозносил себя за то, что свернул шею таким «призракам» как *bonus pater familias*. Еще большая узость подобного отказа от конкретной формы проявляется в критике, которой профессор Ж. Боннекас недавно подверг теорию институтов Ориу, происходящую из идеи порядка; все просто отбрасывается посредством слов о том, что понятие института есть «мистика».

Сегодня многие юристы в качестве недействительного и призрачного, наоборот, воспринимают растворение подобных конкретных фигур порядка в сумме или в системе норм. Мы лучше понимаем важный юридический вопрос и правильнее решаем юридическую задачу, когда разрабатываем конкретную форму, такую, как «гарант конституции», которая с нормативистской точки зрения вообще не может существовать, поскольку все компетентные «органы» в равной мере суть «гаранты правопорядка». Или такую, как «вождь движения», которого нормативистский способ мышления должен сделать соответствующим «государственным органом», чтобы точно так же инкорпорировать в систему легальности правового государства, как и монарха, деклассированного в XIX веке до «государственного органа». Или, когда мы ставим проблему несовместимости (или несогласуемости), т. е. когда в отношении определенной конкретной фигуры общественной жизни ставим вопрос о том, какие функции и задачи для нее являются совместимыми или несовместимыми. Этот вопрос может быть поставлен лишь применительно к конкретному порядку, но не чисто нормативистски, поскольку с нормативистской точки зрения речь идет не о конкретных фигурах порядка, а лишь об абстрактных «точках соотнесения», для которых все естественно совместимо со всем и никогда не признается «внутренняя» несовместимость. Мы знаем, что норма предполагает нормальную ситуацию и нормальные типы. Любой порядок, в том числе и «правапорядок», привязан к конкретным нормальным понятиям, которые не выводятся из общих норм, но сами выводят подобные нормы из своего собственного порядка и для своего собственного порядка.

Регулирование посредством законов предполагает нормальные понятия, которые в столь незначительной степени возникают из ситуации законодательного регулирования, что, скорее, само установление норм становится без них совершенно непонятным и уже невозможно даже

говорить о некой «норме». Впрочем, общее правило должно быть независимым от конкретной частной ситуации и должно возвышаться над отдельным случаем, поскольку оно должно регулировать множество случаев, а не лишь один отдельный случай. Но относительно конкретной ситуации оно возвышается лишь в очень ограниченной мере, лишь в вполне определенных рамках и лишь до весьма скромной высоты. Если оно превосходит эту меру, то оно уже не затрагивает и не касается того случая, который должно регулировать. Оно становится бессмысленным и ни с чем не соотносимым. Правило следует из изменяющейся ситуации, для которой оно сформулировано. Норма может сколько угодно заявлять о собственной нерушимости, однако она господствует над ситуацией лишь в той мере, в какой ситуация не превращается в абсолютно ненормальную, и до тех пор, пока не исчезает конкретный тип, предполагаемый в качестве нормального. Таким образом, нормальность конкретной ситуации, регулируемой нормой, и конкретного типа, предполагаемого ею в качестве нормального, это не просто внешняя, юридически незначимая предпосылка нормы, но и внутренний юридически сущностный признак значимости нормы и нормативное определение самой нормы. Чистая, внеситуативная и внетипическая норма представляла бы собой юридическую бессмыслицу.

Санги Романо (Santi Romano) в своей книге «L'Ordinamento giuridico» справедливо говорил о том, что неверно говорить об итальянском праве, французском праве и т. д. и при этом думать лишь о сумме правил, тогда как в действительности этим правом в первую очередь является сложная и разнотипная организация итальянского или французского государства как конкретного порядка, многочисленные инстанции и соединения государственного авторитета или государственной власти, которые продуцируют, модифицируют, применяют и гарантируют юридические нормы, но не отождествляют себя с ними. Лишь это является итальянским или французским правом. «Правовой порядок (l'ordinamento giuridico) есть целостная сущность, которая частично движется согласно правилам, но прежде всего сама перемещает правила как фигуры на игровой доске; поэтому правила скорее являются объектом или же средством правового порядка, нежели элементом его структуры». Он обоснованно добавляет к этому слова о том, что изменение нормы в большей степени является следствием изменения определенного порядка, нежели его причиной.

Мышление о решении (децизионизм)

Проводимое здесь различие между мышлением о нормах и мышлением о порядке стало острее проявляться и осознаваться лишь в последние десятилетия. У более ранних авторов вряд ли можно встретить антитезу, подобную только что процитированному месту из Санги Романо. Предыдущие антитезы касаются не противоположности нормы и порядка, а в лучшем случае противоположности нормы и решения или нормы и

приказа. Эти противоположности пересекаются с другими парными противоположностями, такими как *ratio* и *voluntas*, объективность и субъективность, безличная норма и личная воля. Они стали осознаваться раньше, поскольку затрагивали старые теологические и метафизические проблемы, особенно вопрос о том, требует ли бог нечто, потому что это благо, или же нечто есть благо, потому что этого требует бог. Уже Гераклит говорил нам о том, что подчинение воле одного единственного человека точно так же есть «номос».

Конечное основание всякой правовой значимости и ценности можно юридически обнаружить в волевом процессе, в решении, которое в качестве решения вообще впервые создает «право», и его «правовая сила» не может выводиться из правовой силы правил, касающихся решения. Ибо право возникает даже в результате решения, не соответствующего правилу. Эта правовая сила противоречащих норме решений присутствует в любом «правопорядке». В соответствии с этим последовательный нормативизм должен был бы привести к тому абсурду, что соответствующее норме решение черпает свою правовую силу из нормы, а противоречащее норме, напротив, лишь из самого себя, из своего противоречия норме!

Для юриста децизионистского типа источником всякого «права», т. е. всех последующих норм и порядков, является не приказ как таковой, а авторитет или суверенитет конечного решения, которое принимается вместе с приказом. Тип децизиониста не менее «вечен», чем тип нормативиста. Но в своей чистоте он проявился гораздо позже. Ведь до разложения под воздействием нового естествознания античных и христианских представлений о миропорядке в процессе развития мысли постоянно присутствовали представления о порядке как предпосылке решения. В результате этого чистое «ничего кроме решения» вновь ограничивается со стороны мышления о порядке и входит в него; оно становится следствием некоего предполагаемого порядка. Когда юрист и теолог Тертуллиан говорит: «Мы имеем какие-либо обязательства не потому, что это благо, а потому, что этого требует бог» (*neque enim quia bonum est, idcirco auscultare debemus, sed quia deus praecipit*), то ЭТО звучит уже как юридический децизионизм; но ввиду предполагаемого христианского понятия бога еще отсутствует осознанное представление об абсолютном не-порядке, хаосе, который превращается в закон и порядок не на основании некой нормы, но лишь в результате голого решения. Ведь сколь неисповедима воля личного бога, все же, пока в него веруешь — она всегда уже «в порядке» и не есть чистое решение. Римско-католическая догма о непогрешимости папского решения точно так же содержит сильные юридико-децизионистские элементы; но непогрешимое решение папы не обосновывает порядок и институт церкви, а предполагает их: папа непогрешим лишь как глава церкви в силу своей должности, а не наоборот, непогрешимым является папа. В кальвинистском учении, согласно которому бог уже до грехопадения принял окончательное

решение относительно спасения и проклятия, милости и немилости в отношении каждого отдельного человека, в догме о «предопределении» также встречается децизионистская установка против любого правилосообразного ограничения, против измерения божественного решения и попыток сделать его предсказуемым. Однако одновременно это учение заново создает подлинное понятие права и порядка, извращенное юридическим или моральным установлением норм, а именно понятие чистой милости или немилости. Оно возвращает этому понятию милости, которое мышление о законах постоянно пытается нормировать и релятивировать, подобающую ему при правильном порядке непредсказуемость и неизмеримость; оно возвращает его из очеловеченного, нормативистского порядка в подобающий ему божественный порядок, возвышающийся над человеческим установлением норм. Как в «абсолютистском» понятии бога у Кальвина (бог есть *lege solutus, ipse sibi lex, summa majestas*), так и в его учении о предопределении проявляются теологические представления, внутренний децизионизм которых повлиял и на представления о государственном суверенитете в XVI веке, в частности на Бодена. Но и учение о суверенитете Бодена еще полностью встроено в традиционное мышление о порядке; оно сохраняет семью, сословие и другие легитимные порядки и институты, и суверен является легитимной инстанцией, а именно – легитимным королем.

Классический случай децизионистского мышления проявляется лишь в XVII веке вместе с Гоббсом. Для него любое право, любые нормы и законы, любые интерпретации законов, любые порядки суть сущностные решения суверена, и суверен есть не легитимный монарх или соответствующая инстанция, но именно тот, кто принимает суверенные решения. Право есть закон, и закон есть приказ, разрешающий спор о праве: *auctoritas, non veritas facit legem*. В этом положении *auctoritas* означает не что-то вроде догосударственного порядка, основанного на некоем авторитете; еще существовавшее тогда (например, у Бодена) различие между *auctoritas* и *potestas* полностью исчезает в суверенном решении. Она есть *summa auctoritas* и *summa potestas* в одном. Кто создает покой, безопасность и порядок, тот является сувереном и обладает всем авторитетом. В качестве подлинного и чистого решения это установление порядка не может выводиться ни из содержания некоей предшествующей нормы, ни из уже существующего порядка, иначе оно было бы, с нормативистской точки зрения, либо простым самоприменением действующей нормы, либо, с точки зрения мышления о конкретном порядке, следствием уже существующего порядка, восстановлением, а не установлением порядка. Таким образом, суверенное решение юридически не объясняется ни некоей нормой, ни конкретным порядком, поскольку для децизиониста, наоборот, только решение обосновывает как норму, так и порядок. Суверенное решение есть абсолютное начало, а начало – есть не что иное, как суверенное решение.

Оно возникает из нормативного ничто и конкретного не порядка. Естественное состояние для Гоббса – это состояние раздора, глубочайший и полнейший не порядок и неопределенность, борьба всех против всех без правил и ограничений, *bellum omnium contra omnes* того *homo homini lupus*. Переход из этого анархического состояния полного беспорядка и опасности в государственное состояние покоя, безопасности и порядка некого *societas civilis* осуществляется лишь в результате возникновения суверенной воли, приказ и порядок которой есть закон. У Гоббса становится максимально ясной логическая структура децизионизма, поскольку чистый децизионизм предполагает не порядок, который приводится в порядок лишь потому, что (а не как) принимается решение. Принимающий решение суверен компетентен принимать данное решение вовсе не на основании уже существующего порядка. Это решение, устанавливающее вместо не порядка и неопределенности порядок и безопасность государственного состояния, превращает его в суверена и делает возможным все остальное – закон и порядок. Для Гоббса, этого величайшего представителя децизионистского типа, суверенное решение есть диктатура, устанавливающая закон и порядок в и над анархической неопределенностью до- и внегосударственного естественного состояния.

3. Юридический позитивизм XIX века как соединение мышления о решении и мышления о законах (децизионизма и нормативизма)

Децизионистский тип особенно распространен среди юристов потому, что преподавание права и правоведение, непосредственно связанное с правовой практикой, имеют склонность рассматривать все правовые вопросы лишь с точки зрения конфликтного случая и действовать в качестве тех, кто просто подготавливает судебское разрешение конфликта. Затем определенный метод подготовки к экзамену и самих юридических испытаний еще более огрубляет это до голой готовности к опросу и быстроте рассмотрения отдельных случаев и их «обоснования» согласно установленным писанным нормам. Подобным образом юридическое мышление ориентируется исключительно на случай столкновения или конфликта. Над ним господствует представление о том, что конфликт или столкновение интересов, т. е. конкретный не-порядок, преодолевается и приводится в порядок лишь посредством решения. Тем самым нормы и правила, с которыми имеет дело юридическое обоснование решения, превращаются в простые точки зрения относительно разрешения споров, в доказательный юридический материал для обоснования судебных решений. В таком случае, собственно, уже не существует никакого систематического правоведения; любой юридический аргумент есть не что иное, как потенциальное основание решения, ожидающее подходящего спорного случая.

Склонность к этому типу правоведения проявляется, в частности, тогда, когда завершенная кодификация в качестве «позитивной» нормы и «позитивного» права становится определяющей для профессиональных судей, служащих в качестве государственных чиновников, и адвокатов, ориентирующихся на данный способ мышления такого судейского корпуса. Данный позитивизм отождествляет установленную в виде закона норму с правом; вместо права он признает, даже когда оговаривает возможность существования обычного права, лишь нормативно зафиксированную легальность. В обоих крупных государствах, в которых юридический позитивизм стал в XIX веке господствующим, во Франции и Германии, проявилась ситуация, при которой он может быть понят лишь как модус функционирования государственной легальности применительно к профессионально-чиновническому судейскому корпусу, вследствие писаных кодификаций и на основании стабильного внутривластного порядка и определенности. Во Франции позитивистское неразличение права и закона, тождественность *Droit* и *Loi*, нашло свое выражение в *Ecole de l'Exegese*, которая бесспорно господствовала полвека – примерно с 1830 по 1880 год – и, несмотря на методологическую и философскую критику, ни в коем случае не преодолена практически еще и сегодня. В Германии подобному позитивизму правовых правил также до сих пор удавалось выдавать себя за собственно юридический метод. Ни теория обычного права, ни десятилетние методологические обсуждения отношения между законом и приговором, законом и судьей, ни движение за свободное право (*Freirechtsbewegung*), ни юриспруденция интересов (*Interessenjurisprudenz*) не привели к основному противопоставлению различий мышления о законах, мышления о решениях и мышления о порядке; они стремились лишь к смягчению и лучшему приспособлению мышления о законах к изменившейся и ставшей шаткой ситуации.

Юридический позитивизм XIX века связан с широким контекстом наук о духе своего времени и потому часто соприкасается и даже родственен как с обоснованным Огюстом Контом философским позитивизмом, так и с позитивизмом естественных наук. Но в первую очередь его следует понимать исходя из внутренних особенностей правовой ситуации этого столетия. Для правоведения XIX века позитивизм означал, прежде всего, нечто полемическое: отрицание всего, «что находится вне закона», любого права, созданного не в результате человеческого установления, неважно, выступает ли оно в качестве божественного, естественного или разумного права. Правовое мышление становится мышлением о легальности. При этом юридическое обоснование данного легалистского позитивизма проходит три стадии: вначале придерживаются воли законодателя, затем, чтобы не заниматься субъективными и психологическими исследованиями, стали, якобы более объективно, говорить о воле закона; и, наконец, основополагающим был объявлен лишь сам закон, самодостаточная норма.

В этом заключалось безусловное подчинение воле или содержанию некой определенной нормы, но одновременно и ограничение этого подчинения: подчиняются только норме и ее точно определяемому содержанию. Это якобы придает позитивистскому легалистскому мышлению большую объективность, прочность, нерушимость, определенность и предсказуемость, короче говоря, «позитивность». В условиях стабильной ситуации данный способ мышления убедителен, и действительно кажется возможным отвлечься от всех «метаюридических» аспектов. В результате позитивизм принимается за «чисто юридический» метод, чистота которого состоит в том, что исключаются как все метафизические, так и все «метаюридические» доводы.

Однако «метаюридическими» являются все мировоззренческие, моральные, экономические, политические или какие-либо иные, именно не чисто юридические аспекты. Для такого позитивистского юриста не может быть основополагающим ни предполагаемые в законодательном регулировании нормальные ситуации или нормальные типы, ни преследовавшаяся авторами конституции цель, ни основной принцип, ни природа вещей, ни смысл некоего определения, но лишь только осязаемое, несомненное содержание самой нормы. Лишь в этом случае он надеется, что действительно остается на «твердой земле» «позитивного» и «чисто юридически» трактуемого содержания нормы. В любом ином случае он опасается скатиться до непредсказуемого «субъективизма» метаюридических доводов. Ведь тогда вновь оказались бы под угрозой надежность, прочность, нерушимость и объективность. В вышедшей в 1892 году книге «Юриспруденция и философия права» Карла Бергбома данный способ мышления нашел наияснейшее и наилучшее выражение. Здесь также самым явным образом проявляется соединение нормативизма и децизионизма, являющееся чертой позитивистского типа. Для Бергбома «право» содержит, с одной стороны, «представление о чем-то нормативном, функционирующем как абстрактное правило, которое стремится к следованию самому себе»; в то же время это право есть не что иное, как «человеческое установление», и в ситуации естественно-правовой «коррупции» оказывается каждый, кто представляет себе право, «которое независимо от человеческого установления». Если данный позитивизм предоставляет философско-правовое обоснование, то он приводит к мысли об индивидуалистической заинтересованности в правовых гарантиях и ссылается на то, что было бы несправедливо разочаровать вызванные законом ожидания товарищей по праву, их *expectation*, «доверие». В этом усматривают «справедливость позитивности».

Однако надежность, определенность, прочность, строгая научность, функционирующая предсказуемость и все подобные «позитивные» качества и преимущества вообще-то в действительности являлись преимуществами не легальной «нормы» и человеческого установления, а лишь тогдашней,

нормальной для XIX века относительно стабильной ситуации определенного государственного сообщества, центр тяжести которого находился в законодательстве, т. е. в системе легальности законодательного государства. «Позитивность» такого рода была возможна не потому, потому что норма была прочной и надежной, а поскольку и насколько таковым являлось сконструированное определенным образом государственное сообщество. Даже простейшие проблемы толкования и оценки доказательств должны были демонстрировать то, что прочность и надежность текстов законов, даже написанных тщательнейшим образом, оставались сами по себе вполне проблематичными. Буква и дух слова, история возникновения, правовое чувство и потребности общения самым различным образом создавали путаницу при выявлении «несомненного» содержания текста закона, при вопросах оценки доказательств и при попытках квалифицировать «факты» в ходе «чисто юридического» установления обстоятельств дела. Можно понять возмущение, которое охватывало фанатика позитивистских законных гарантий Иеремию Бентама уже при одном слове интерпретация, основной мотив которого был тот же самый, что и у упомянутого выше возмущения Гоббса по поводу произвола интерпретирующих юристов: «Если судья подчиняется себе и присваивает власть интерпретировать законы, то все превращается в абсолютно непредсказуемый произвол. При подобных методах исчезает всякая гарантия». Ни английская практика привязки к прецедентным случаям (практика, т. е. *caselaw*), ни интерпретации юристов римского права, *Roman lawyers*, не удовлетворяют позитивистской потребности Бентама в безусловной надежности и предсказуемости. Только когда судья без остатка превращается в функцию ясного слова и содержания закона, мы приближаемся к идеалу «надежности» и «нерушимости». Впрочем, в таком случае уже нет никакой юридической продуктивности, и царит лишь надежность, прочность и нерушимость некоего функционирующего подобно расписанию аппарата исполнения норм, для которого вместо юридического образования целесообразнее осуществлять техническое обучение хорошего стрелочника.

Позитивист не является самостоятельным и потому вечным типом юридического мышления. Он — децизионистски — подчиняется решению соответствующего законодателя, обладающего государственной властью, поскольку лишь тот может добиться фактической принудительности; но одновременно он требует того, чтобы это решение продолжало действовать в качестве прочной и нерушимой нормы, т. е. чтобы и государственный законодатель подчинился принятому им самим закону и его толкованию. Лишь такую систему легальности он называет «правовым государством», хотя именно она ставит государство закона на место «правового» государства, а заинтересованность в правовых гарантиях — на место справедливости. Однако через нормативизм легальности он вновь

возвышается над решением государственной власти, которой он подчинился в интересах надежности и прочности, и теперь выдвигает нормативные требования к законодателю. Таким образом, он основывает свое мнение сначала на воле (законодателя или закона), а затем, вопреки этой воле, непосредственно на «объективном» законе. В исторической смене формул можно выявить последовательность от воли законодателя через волю закона к самому закону. Было бы логично предположить в этом внутренне последовательное развитие от воли к норме, от решения к правилу, от децизионизма к нормативизму. Однако вместо того, чтобы вырасти из внутренней последовательности определенного способа мышления, эта очередность стала возможна лишь благодаря той характерной для позитивизма комбинации децизионизма и нормативизма, которая позволяет в зависимости от ситуации принимать то децизионистский, то нормативистский вид, чтобы удовлетворить единственно основополагающую позитивистскую потребность в безопасности и предсказуемости. Позитивистское всегда заключается в интересе к фактической безопасности, надежности и предсказуемости того, чем фактически признается и обладает принудительность, будь это решение законодателя, будь это возникающий из его решения закон и возникающее из этого закона предсказуемое судебное решение. В отличие от других видов значимости «позитивное» действие закона всегда необходимо является чем-то фактическим, обладающим непосредственно фактической принудительностью благодаря человеческой власти.

Некое обстоятельство, «голый факт», конечно, не является источником права, и юридический вопрос направлен именно на то, как должны юридически пониматься — воля закона или момент действительной значимости — данный исключительно фактический пункт, которого придерживается позитивист: как норма, как решение или как часть некоего порядка. Позитивист будет склоняться к тому, чтобы отклонить этот вопрос о начале позитивной значимости нормы как уже не юридический вопрос. Но даже ему не удастся избежать юридической необходимости рассматривать в юридических категориях теперь уже тот пункт, источник права или основание значимости, в котором он приступает к своей юридической деятельности. То есть тот действительный фактический момент, в котором возникает позитивная значимость, он будет толковать либо нормативно, либо децизионистски. Типичное для нормативистской стороны высказывание о «нормативной силе фактического» сформулировал один из позитивистов XIX века Георг Йеллинек. Поскольку он исходил из «нормативной мотивирующей силы права», то факты и обстоятельства, без сомнения, оказывающие особенно сильное мотивирующее влияние, просто обладают «нормативной силой». Формула относительно «нормативной силы фактического» повторялась бесконечное число раз.

Рассмотренная в себе с точки зрения правовой логики она есть простая комбинация слов и лишь передает пустую тавтологию: само собой разумеется, что позитивизм, с точки зрения своей нормативистской составляющей, всегда может толковать фактическую позитивность лишь как «нормативную» силу. Позитивист с более сильной логикой стал бы говорить о «децизионистской» силе фактического, которая, конечно, как минимум столь же значительна, что и «нормативная» сила. И, напротив, позитивист будет неохотно ссылаться на «позитивную силу» фактического, хотя он не подразумевает ничего иного под своим подчинением позитивному факту принудительности. Однако и для чистого позитивиста было бы юридически невыносимым саморазоблачение, которое содержалось бы в высказывании о «позитивной силе фактического». Уже в этом выражается то, что позитивист не является первичным юридическим типом.

Скорее можно было бы говорить об «упорядочивающей силе» фактического, однако конкретное мышление о порядке не в той же самой мере соответствует направленной на функционирующую надежность и предсказуемость позитивистской потребности, что соединение нормативизма и децизионизма, составляющее юридическую сущность позитивизма. Чистый нормативизм должен был бы выводить позитивную норму из надпозитивной нормы; конкретное мышление о порядке также привело бы к надпозитивному, всеохватывающему, тотальному единству порядка. Децизионистское мышление, напротив, позволяет позитивно присоединиться к определенному фактическому моменту времени, в котором из предшествующего ничто в смысле нормы или в смысле порядка возникает только позитивно и значимый позитивный закон, который затем должен продолжать действовать в качестве позитивной нормы. Однако однажды установленный, он должен действовать даже вопреки той воле, что его установила; иначе он не сможет гарантировать необходимую надежность того, «чем должно обеспечивать государство». Но лишь децизионистская составляющая позволяет позитивисту оборвать в определенный момент и в определенном месте вопрос о последнем основании значимости действующей нормы, вместо того чтобы продолжать вести его до непредсказуемого, «метаюридического», и признать фактически существующую в некий исторический момент, фактически утверждающуюся волю суверенной власти, не представляя эту власть в качестве некоего института или некоего иного конкретного порядка и вообще не спрашивая об ее праве.

Что касается децизионистской составляющей позитивизма, то надежность, прочность и нерушимость, на которые ссылается позитивист, в действительности являются лишь надежностью, прочностью и нерушимостью воли, суверенное решение которой превращает норму в действующую норму. С точки зрения истории права то, что он ссылается на волю государственного законодателя или государственного закона, на

проявляющееся и утверждающееся в фактически существующей «государственной власти» решение государственного законодателя, это есть проявление его привязанности к возникшей в XVII веке децизионистской теории государства, вместе с которой должен исчезнуть он сам. Однако в том отношении, что он ссылается на закон как некую норму, надежность и прочность являются лишь надежностью и прочностью легальности законодательного государства, ставшего господствующим в XIX веке. Наконец, поскольку за потребностью позитивизма в надежности скрывается общечеловеческое низменное стремление к защите от риска и ответственности, тем не менее, можно, хотя и в уничижительном смысле, сказать, что здесь речь идет о «вечном» и неистребимом, всеобщем человеческом типе. В качестве юридически значимого явления юридический позитивизм, напротив, целиком связан с характерным для XIX века положением государства и общества. Если нормативист и децизионист суть постоянно возвращающиеся типы юридического мышления, то комбинация из децизионизма и нормативизма, из которой состоит подобный позитивизм XIX века, не может считаться ни первоначальным, ни вечным юридическим типом.

Если якобы чисто юридический метод подобного позитивизма отклоняет любой не чисто юридический довод как мировоззренческий, экономический, социологический, моральный или политический, и в соответствии с этим исключаются все эти предметные доводы, то остается не так уж много для чисто юридической аргументации. Что может оказаться в остатке, если из дела и его оценки удалить все мировоззренческое, экономическое, политическое? Если оторвать юридическое мышление от всякого содержательного смысла и от предполагаемой нормальной ситуации, то оно необходимо окажется во все большем противопоставлении со всеми содержаниями, со всем, что является мировоззренческим, моральным экономическим или политическим. В результате все различия юридического и мировоззренческого, юридического и экономического, юридического и политического, юридического и морального и т. д. обострятся настолько, что по логике диалектики в конечном счете лишь только мировоззренческие, экономические, нравственные и политические бессмыслицы останутся в качестве единственного специфического признака, несомненно, чистого, исключительно юридического способа мышления.

Макс Планк показал, что естественнонаучный позитивизм в своем стремлении к безусловной надежности опирается исключительно на впечатления органов чувств и в результате этого уже не может различать вводящие в заблуждения и обманчивые чувственные восприятия, поскольку в позитивистской физике не существует иллюзий чувств. Судьба юридического позитивизма, полностью нацеленного на надежность и предотвращение субъективного произвола, имеет некоторое подобие с этим

направлением. Если отпадает предполагаемая в позитивной норме, но позитивно-юридически не учитываемая нормальность конкретной ситуации, то отпадает любое прочное, предсказуемое и нерушимое применение нормы. Тогда прекращается и «справедливость позитивности», о которой говорил Эрих Юнг. Без системы координат конкретного порядка юридический позитивизм не сможет различать ни между правом и беззаконием, ни между объективностью и субъективным произволом.

Шумпетер Й.

КАПИТАЛИЗМ, СОЦИАЛИЗМ И ДЕМОКРАТИЯ¹

Думаю, что большинство изучающих политику к настоящему времени уже согласились с критикой классической доктрины демократии. Я думаю также, что большинство из них согласны или вскоре согласятся принять иную теорию, которая гораздо более правдоподобна и в то же время включает в себя очень многое из того, что приверженцы демократического метода в действительности имеют в виду под этим термином. Как и классической теории, ей можно дать краткое определение.

Будем помнить, что основной проблемой классической теории было утверждение, что у «народа» есть определенное и рациональное мнение по каждому отдельному вопросу и что мнение это реализуется в условиях демократии путем выбора «представителей», которые следят за тем, чтобы это мнение последовательно претворялось в жизнь. Таким образом, выбор представителей вторичен по отношению к первичной цели демократического устройства, а именно: наделить избирателей властью принимать политические решения. Предположим, мы поменяем роли этих двух элементов и сделаем решение проблем избирателями вторичным по отношению к избранию тех, кто будет принимать решения. Другими словами, будем считать, что роль народа состоит в создании правительства или посреднического органа, который в свою очередь формирует национальный исполнительный орган или правительство. Итак, определим: демократический метод – это такое институциональное устройство для принятия политических решений, в котором индивиды приобретают власть принимать решения путем конкурентной борьбы за голоса избирателей.

Объясняя и обосновывая эту идею, мы незамедлительно покажем, что оно как в силу правдоподобности посылок, так и благодаря логической обоснованности предположений значительно улучшает теорию демократического процесса.

Прежде всего, у нас есть достаточно эффективный критерий, при помощи которого демократические правительства можно отличить от прочих. Мы видели, что классическая теория сталкивается с трудностями в подобном разграничении, поскольку воле и благу народа могут служить, и во многих исторических ситуациях служили, правительства, которые нельзя назвать демократическими в соответствии с любым из общепринятых смыслов этого слова. Теперь мы в несколько лучшем положении, поскольку решили делать акцент на *modus* (процедуре – лат.), наличие или отсутствие которого в большинстве случаев легко проверить.

Например, при парламентарной монархии типа английской наш критерий демократии выполняется, поскольку монарх может назначить

¹ Шумпетер Й. Капитализм, социализм и демократия. Москва, 1995. С. 238–247.

членами кабинета лишь тех людей, которых выберет парламент. В то же время «конституционная» монархия не является демократической, поскольку электорат и парламент обладают всеми правами, которые у них есть при парламентарной монархии, но с одним решающим исключением: у них нет власти назначать правительство. Министры в принципе могут быть им назначены или уволены. Такое устройство может удовлетворять народ.

Избиратели могут подтвердить этот факт, голосуя против любых изменений. Монарх может быть настолько популярен, что сумеет нанести поражение любому сопернику в борьбе за верховную власть. Но поскольку не существует механизма, делающего такую борьбу эффективной, данный случай не подпадает под наше определение.

Во-вторых, теория, заключенная в этой дефиниции, дает нам возможность воздать должное жизненно важному феномену лидерства. Классическая теория этого не делает. Вместо этого она, как мы видели, приписывает избирателям совершенно нереальную степень инициативы, практически игнорируя лидерство. Но почти во всех случаях коллективное действие предполагает лидерство – это доминирующий механизм почти любого коллективного действия, более значительного, чем простой рефлекс.

Утверждения о функционировании и результатах демократического метода, которые принимают это во внимание, гораздо реалистичнее тех, которые этого не делают. Они не ограничиваются исполнением *volonte generate* (общей воли – фр.), но продвигаются к объяснению того, откуда она возникает и как подменяется или подделывается. То, что мы обозначили термином «подделанная воля», не находится более за рамками теории, не является отклонением, отсутствия которого мы так страстно желаем. Он входит в основу, как это и должно быть.

В-третьих, поскольку вообще существует воля группы, например, желание безработных получить пособия по безработице или стремление других групп помочь им, наша теория ее не отрицает. Напротив, теперь мы можем рассматривать именно ту роль, которую эти волеизъявления играют на самом деле. Они, как правило, не предъявляются непосредственно. Даже если групповые устремления сильны и определены, они остаются скрытыми часто на протяжении десятилетий, до тех пор, пока их не вызовет к жизни какой-нибудь политический лидер, превращая в политические факторы. Он делает это, точнее, его агенты делают это для него, организуя волеизъявления, усиливая их и в конце концов включая в соответствующие пункты своих предложений. Взаимодействия между групповыми интересами и общественным мнением и способом, которым они создают то, что мы называем политической ситуацией, под таким углом зрения видны в новом, более ясном свете.

В-четвертых, наша теория, конечно, не более определена, чем само понятие борьбы за лидерство. Это понятие представляет трудности, аналогичные тем, которые вызывает понятие конкуренции в экономической

сфере; их не без пользы можно сравнить. В экономической жизни конкуренция никогда полностью не отсутствует, но едва ли когда-либо существует в совершенном виде. Точно так же в политической сфере постоянно идет борьба, хотя, возможно, лишь потенциальная, за лояльность избирателей. Объяснить это можно тем, что демократия использует некий признанный метод ведения конкурентной борьбы, а система выборов – практически единственно возможный способ борьбы за лидерство для общества любого размера. Хотя это и исключает многие из способов обеспечения лидерства, которые и следует исключить, например борьбу за власть путем вооруженного восстания; это не исключает случаев, весьма похожих на экономические явления, которые мы обозначаем как «несправедливую» или «мошенническую» конкуренцию или ограничения конкуренции. Исключить их мы не можем, поскольку если бы мы это сделали, то остались бы с неким весьма далеким от реальности идеалом.

Между этим идеальным случаем и случаями, когда любая конкуренция с существующим лидером предотвращается силой, существует непрерывный ряд вариантов, в пределах которого демократический метод правления незаметно, мельчайшими шагами, переходит в автократический. Но если мы стремимся к пониманию, а не к философствованию, это так и должно быть. Таким образом, ценность нашего критерия существенно не снижается.

В-пятых, наша теория, похоже, объясняет существующее отношение между демократией и индивидуальной свободой. Если под последней мы понимаем существование сферы индивидуального самоуправления, границы которого исторически изменяются – ни одно общество не терпит абсолютной свободы, даже абсолютной свободы сознания или слова, и ни одно общество не ограничивает ее до нуля, то в данном случае речь идет о степени свободы. Мы видели, что демократический метод не обязательно гарантирует больший объем индивидуальной свободы, чем любой другой позволил бы в аналогичных обстоятельствах. Это вполне может быть и наоборот, но, тем не менее, эти два явления соотносятся друг с другом. Если, по крайней мере, в принципе каждый волен бороться за политическое лидерство, выставляя свою кандидатуру перед избирателями, это в большинстве случаев, хотя и не всегда, означает значительную долю свободы дискуссий для всех. В частности, это, как правило, подразумевает значительную свободу прессы. Это соотношение между демократией и свободой не является абсолютно строгим, им можно манипулировать.

Однако, с точки зрения интеллектуала, оно, тем не менее, очень важно. В то же время об этом соотношении практически больше нечего сказать.

В-шестых, следует учитывать, что, считая формирование правительства первичной функцией избирателей (прямо или через посреднический орган), я предполагал включить в эту фразу также и функцию его роспуска. Первая означает просто согласие принять лидера или

группу лидеров, вторая – отказ от этого согласия. Это обращает внимание на один элемент, которого читатель, возможно, не заметил. Он мог подумать, что избиратели контролируют правительство точно так же, как и приводят его к власти. Но поскольку избиратели, как правило, могут контролировать своих политических лидеров лишь через отказ переизбирать их или парламентское большинство, их поддерживающее, это, по-видимому, ограничивает возможность контроля до уровня, зафиксированного в нашем определении.

Время от времени происходят внезапные резкие изменения, приводящие к падению правительства или отдельного министра либо вынуждающие предпринять определенные действия. Но подобные случаи не только исключены, они, как мы видим, противоречат духу демократического метода.

В-седьмых, наша теория проливает столь необходимый свет на старое противоречие. Любой, кто принимает классическую доктрину демократии и, следовательно, полагает, что демократический метод должен гарантировать, что проблемы решаются в соответствии с волей народа, должен быть поражен тем фактом, что, даже если эта воля выражена вполне определенно, принятие решений простым большинством во многих случаях исказит ее, а не воплотит в жизнь. Вполне очевидно, что воля большинства есть воля большинства, а не воля «народа». Приравнять в определении одно к другому не означает решить проблему. Однако попытки прийти к действительному решению были сделаны авторами различных планов «пропорционального представительства».

Планы эти подверглись резкой критике из практических соображений. В самом деле, очевидно, что пропорциональное представительство не только сделает возможным утверждение разных типов идиосинкразии, но в условиях демократии может помешать формированию эффективного правительства и, таким образом, оказывается опасным в периоды напряженности. Но прежде чем делать заключение о том, что демократия становится недееспособной, если ее принцип соблюдается последовательно, хорошо было бы задать себе вопрос, действительно ли этот принцип предполагает пропорциональное представительство. На самом деле это не так. Если признание лидерства является истинной функцией голосования избирателей, доводы в пользу пропорционального представительства рушатся, поскольку его предпосылки более не действуют. Принцип демократии в таком случае означает просто, что бразды правления должны быть переданы тем, кто имеет поддержку большую, чем другие конкурирующие индивиды или группы. В свою очередь это гарантирует статус системы большинства в рамках логики демократического метода, хотя мы можем ее критиковать с точки зрения, выходящей за пределы этой логики. Выше приведено описание теории, теперь мы попробуем выделить наиболее важные характеристики структуры и действия политической машины в демократических странах.

В условиях демократии, как я уже говорил, первичная функция голосования избирателей – формирование правительства. Это может означать выборы всех представителей администрации. Подобная практика, однако, свойственна главным образом выборам местного правительства, и впредь мы будем ее игнорировать. Рассматривая только национальное правительство, мы можем сказать, что формирование правительства практически сводится к решению, кто будет лидером. Как и раньше, мы будем называть его премьер-министром.

Есть только одна демократическая система, в которой этот выбор является прямым результатом голосования избирателей, – Соединенные Штаты. Во всех остальных случаях голосование избирателей формирует не непосредственно правительство, но посреднический орган – впредь будем называть его парламентом, которому передается функция формирования правительства. Может показаться, что принятие или, скорее, эволюцию такого рода, а также различные формы, которые он принимает в различных моделях общества, легко объяснить как исторически, так и с точки зрения целесообразности. Но это не логическое построение; это естественное развитие, едва различимые оттенки и результаты которого совершенно ускользают из официальных доктрин, не говоря уже о правовых.

Каким образом парламент формирует правительство? Самый очевидный способ – избрать его или, что более реалистично, избрать премьер-министра и затем голосовать за список министров, который он представляет.

Этот способ используется редко. Но он раскрывает природу данной процедуры лучше, чем любой другой. Более того, все остальные способы можно свести к нему, поскольку премьер-министром обычно становится тот человек, которого избрал бы парламент. То, как он в действительности назначается на должность, – монархом, как в Англии, президентом, как во Франции, или специальным органом или комитетом, как в свободном Прусском государстве Веймарского периода, просто вопрос формы.

Классическая английская практика такова. После всеобщих выборов победившая партия обычно получает большинство мест в парламенте и, таким образом, может проголосовать за резолюцию о вотуме недоверия любому лицу, кроме ее собственного лидера, который таким «негативным» способом назначается «парламентом» на пост главы государства. Он получает полномочия от монарха – «целует руки» – и представляет монарху список министров, частью которого является список членов кабинета. В список он включает, во-первых, нескольких ветеранов партии, которые получают то, что можно назвать почетным постом; во-вторых, лидеров более низкого ранга – тех, на кого он рассчитывает в ходе борьбы в парламенте и которые обязаны отданным им предпочтением как своей политической ценности, так и тем, что могут стать помехой; в-третьих, восходящих политиков, которых он приглашает в заколдованный круг власти, чтобы

«привлечь свежую кровь»; и иногда, в-четвертых, несколько человек из тех, кто, по его мнению, особенно хорошо профессионально подготовлен для занятия определенных постов. Но опять же в нормальных случаях эта практика дает такие же результаты, какие дали бы выборы правительства парламентом. Читатель увидит также, что там, где, как в Англии, у премьер-министра есть реальная власть распустить («назначить новые выборы»), результаты будут в какой-то степени схожи с теми, которые мы могли бы ожидать при прямых выборах кабинета избирателями, если, конечно, последние его поддерживают. ...

4. О парламенте. Я выделил то, что, на мой взгляд, является его первичной функцией, и упрочил эту дефиницию. Можно возразить, что мое определение неверно по отношению к другим его функциям. Очевидно, парламент делает многое другое, кроме формирования и роспуска правительства. Он издает законы. Он даже управляет. Хотя любой парламентский акт, кроме резолюций и политических деклараций, является «законом» в формальном смысле, существует много актов, которые можно рассматривать как административные меры. Бюджет – наиболее важный пример. Формирование бюджета – управленческая функция. Однако в США его разрабатывает конгресс. Даже там, где его составляет министр финансов и одобряет кабинет, как в Англии, парламент должен утвердить его, и в результате этого голосования он становится Актом парламента. Не опровергает ли это нашу теорию?

Когда две армии воюют друг с другом, их отдельные боевые действия всегда сосредоточены на конкретных объектах, которые определяются в зависимости от их стратегического или тактического положения. Они могут сражаться за конкретную полосу земли или конкретный холм. Но желательность завоевания этой полосы или холма должна определяться стратегической или тактической задачей, а именно – победить врага.

Очевидно, абсурдно было бы пытаться вывести эти действия из особых качеств, которые могут быть у этой полосы или холма. Точно так же первая и главная цель любой политической партии – подавить других, чтобы получить власть или остаться у власти. Как и завоевание полосы земли или холма, решение политических вопросов, с точки зрения политика, не цель, но лишь материал парламентской деятельности. Поскольку политики стреляют словами, а не пулями и поскольку эти слова неизбежно связаны с обсуждаемыми проблемами, ситуация не всегда бывает такой же ясной, как на войне. Но победа над противником, тем не менее, является сутью обеих игр.

Таким образом, по сути дела текущее производство парламентских решений по острым вопросам жизни страны и есть тот метод, путем которого парламент оставляет или отказывается оставлять правительство у власти, принимает или отказывается принимать руководство премьер-министра. С некоторыми исключениями, которые вы сейчас заметите,

каждое голосование — это голосование за доверие или недоверие в техническом смысле этого слова, просто обнаруживает *in abstract* (в абстрактном выражении — лат.) существенный элемент, общий для всех голосований.

Этим мы можем удовлетвориться, отметив, что инициатива в выдвижении вопросов на парламентское обсуждение, как правило, принадлежит правительству или теневому кабинету оппозиции, а не отдельным депутатам.

Именно премьер-министр выделяет из нескончаемого потока текущих дел те, которые он хочет сделать предметом парламентских слушаний, т. е. по которым его правительство предполагает провести законопроекты или, если он не чувствует твердой почвы под ногами, хотя бы резолюции. Конечно, любое правительство получает от своих предшественников наследство из нерешенных вопросов, которые, возможно, нельзя отложить в долгий ящик; другие вопросы относятся к области рутинной политики; особо выдающимся достижением премьер-министра является такое положение, когда он может навязать принятие мер по политическому вопросу, поднятому им самим. В любом случае, однако, выбор или инициатива правительства, свободная или нет, есть тот фактор, который доминирует в парламентской деятельности.

Если законопроект, которого нет в парламентском списке, предлагается группой представителей правительственной партии, — это означает бунт, и министры рассматривают его с этой точки зрения, а не с точки зрения наличия у него дополнительных тактических преимуществ. Иногда это приводит к дебатам. Если эти дебаты не предложены либо не санкционированы правительством, это симптом выхода парламентских сил из-под его контроля. Наконец, если мера принимается в результате внутрипартийного соглашения, это означает, что, сражение кончилось вничью или произошел отказ от битвы из тактических соображений.

5. Исключения из этого принципа правительственного лидерства в «представительных» ассамблеях служат лишь доказательством его реалистичности. Они могут быть двух типов.

Во-первых, никакое лидерство не является абсолютным. Политическое лидерство, которое проявляется в рамках демократического метода, еще менее абсолютно из-за элемента конкуренции, который является сутью демократии. Поскольку теоретически каждый сторонник обладает правом сместить лидера и поскольку всегда есть несколько сторонников, которые имеют реальную возможность это сделать, депутат парламента или министр, принадлежащий или не принадлежащий к узкому кругу наиболее влиятельных лиц, — если он чувствует, что у него есть шансы занять место лидера, — придерживается среднего курса между безусловной лояльностью к лидеру и безоговорочным поднятием своего собственного знамени, балансируя между риском и возможностями с тонкостью, воистину

достойной восхищения. Лидер в свою очередь также придерживается среднего курса: он требует дисциплины и позволяет ее нарушить. Он сочетает давление с более или менее разумными уступками, неодобрение с похвалами, наказание с поощрением. Результатом этой игры в зависимости от относительной силы индивидов и их позиций является для них различная, но во многих случаях значительная степень свободы. В частности, возьмем те группы, которые достаточно сильны для того, чтобы их негодование могли почувствовать, но недостаточно сильны, чтобы извлечь выгоду из включения своих приверженцев и своих программ в правительственные структуры. Им могут разрешить иметь свою позицию по незначительным вопросам или во всяком случае по тем вопросам, относительно которых премьер-министра можно убедить, что они частные или не очень важные. Таким образом, у групп или даже отдельных членов парламента от правящей партии время от времени может появляться возможность выдвигать собственные законопроекты, и еще большее снисхождение будет проявляться к тем, кто критикует политику правительства и не голосует механически за любую правительственную меру. Но достаточно посмотреть на это в практическом ключе, чтобы, видя ограничения, которые есть у этой свободы, установить, что она представляет собой не принцип работы парламента, а отклонения от него.

Во-вторых, бывают случаи, когда политическая машина не может воспринять определенных проблем, поскольку высшее руководство правительственных и оппозиционных сил не видит их политической ценности или эта ценность и вправду сомнительна. Такие вопросы берут себе аутсайдеры, которые предпочитают индивидуальную борьбу за власть служению в рядах одной из существующих партий. Конечно, это совершенно нормальная политика. Но есть и другая возможность. Человек может быть настолько затронут конкретной проблемой, что может выйти на политическую арену специально для того, чтобы решить ее своим способом, не имея при этом желания начать нормальную политическую карьеру.

Однако это настолько необычно, что трудно найти сколько-нибудь важные примеры. Может быть, таким человеком был Ричард Кобден. Конечно, вопросы второстепенной важности встречаются более часто. Однако все согласятся, что это всего лишь отклонения от стандартной практики. Мы можем подвести итоги следующим образом. Рассматривая человеческие общества, мы, как правило, без труда выделяем, по крайней мере, на уровне здравого смысла, различные цели, которых изучаемые общества хотят достигнуть. Можно сказать, что эти цели придают смысл соответствующим действиям индивидов. Но отсюда не следует, что общественный смысл данного типа деятельности обязательно обеспечит мотивацию деятельности и, следовательно, объяснение последней.

Следовательно, в этом случае теория, которая ограничивается анализом социальных целей и потребностей, не может считаться

адекватным объяснением деятельности, которая этим целям служит. Например, причина существования такого явления, как экономическая деятельность, безусловно, состоит в том, что люди хотят, есть, одеваться и т. д. Обеспечить средства удовлетворения этих нужд – это общественная цель или смысл производства. Тем не менее, мы все согласны, что этот тезис был бы самым нереалистичным исходным моментом для теории экономической деятельности в коммерческом обществе и что у нас гораздо лучше получится, если мы начнем с прибылей. Аналогично социальное значение или функция парламентской деятельности, без сомнения, состоит в производстве законов и частично в административных мерах. Но для того чтобы понять, как демократическая политика служит этой социальной цели, мы должны начать с конкурентной борьбы за власть и посты и осознать, что социальная функция выполняется, как мы видели, «случайно» в том смысле, в котором производство является случайным по отношению к получению прибыли.

6. Наконец, что касается роли избирателей, следует дополнительно упомянуть еще об одной вещи. Мы видели, что желания членов парламента – не единственный фактор в процессе формирования правительства. То же самое можно сказать и об избирателях. Их выбор – идеологически возданный в ранг «воли народа» – не вытекает из их инициативы, но формируется, и его формирование – важнейшая часть демократического процесса. Избиратели не принимают политических решений. Но нельзя сказать, что они непредвзято выбирают членов парламента из числа людей, имеющих право быть избранными. Во всех нормальных случаях инициатива принадлежит кандидату, который борется за пост члена парламента и лидерство на местном уровне, которое предполагает этот пост. Избиратели ограничиваются тем, что поддерживают эту попытку, отдавая ему предпочтение, или отказываются ее поддержать. Даже те исключительные случаи, когда кандидата действительно выдвигают сами избиратели, попадают в ту же категорию в силу одной из двух следующих причин. Во-первых, если кандидат уже осуществляет лидерство, ему уже не нужно за него бороться. Во-вторых, может случиться так, что местный лидер, который имеет возможность контролировать или влиять на голосование, не может или не хочет сам участвовать в выборах и назначает другого человека, который, как кажется, был избран по инициативе избирателей.

Но если инициатива избирателей, большей частью состоящая лишь в принятии одного из конкурирующих кандидатов, еще более ограничена существованием партий? Партия вопреки классической доктрине (или Эдмунду Бёрку) – это не группа людей, которая намеревается заботиться о благосостоянии народа, «исходя из некоторого принципа, по которому все ее члены пришли к согласию». Такая рационализация соблазнительна и именно поэтому опасна. Конечно, в определенное время все партии формулируют свои принципы или программы; эти принципы и программы

характерны для партии, которая принимает их на вооружение как виды товаров, которые продаются в универмаге, характерны для него и важны для его успеха. Но как универмаг нельзя определить через товары, так партию нельзя определить через ее принципы. Партия – это такая группа, члены которой предполагают действовать сообща в конкурентной борьбе за политическую власть. Если бы это было не так, то различные партии не могли бы иметь почти совершенно одинаковые программы. Тем не менее, как всем известно, такое случается. Существование партий и политиков свидетельствует о том, что массы избирателей не способны на какие-либо другие действия, кроме паники. Они регулируют политическую конкуренцию точно так же, как это делают профессиональные ассоциации. Психотехника управления партией, ее рекламная кампания, лозунги и марши – это все не украшения. Это и есть суть политики. Так же, как и политический лидер.

Учебное издание

Составители:

Кирилл Сергеевич Панченко
Андрей Викторович Киринос
Владимир Александрович Колесников

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Хрестоматия

Том 1

Редактор А. Г. Лиопа
Компьютерная верстка К. С. Панченко
Формат 60х84^{1/16}
Усл. печ. л. 20,23
Тираж 100 экз.
Заказ № 294

Воронежский институт МВД России
394065, Воронеж, просп. Патриотов, 53

Типография Воронежского института МВД России
394065, Воронеж, просп. Патриотов, 53