Метаморфозы права

Право и правовая традиция

Сергей Шевцов

СЕРИЯ
ПОЛИТИЧЕСКАЯ
ТЕОРИЯ
ВЫСШАЯ
ШКОЛА
ЭКОНОМИКИ

Сергей Шевцов

Метаморфозы права. Право и правовая традиция

«Высшая Школа Экономики (ВШЭ)»

2014

Шевцов С. П.

Метаморфозы права. Право и правовая традиция /
С. П. Шевцов — «Высшая Школа Экономики (ВШЭ)», 2014

В монографии исследуются механизмы и условия формирования традиции негативного правосознания в нашем обществе. Эта традиция становится устойчивой уже к концу XIX века, в силу чего возникает вопрос о формировании правосознания и о сущности права. Данная работа посвящена решению этих теоретических и методологических вопросов. Автор рассматривает механизмы развития права, начиная с «универсального уровня права», присущего отношениям между животными. Опираясь на исследования этологов и политических антропологов, он предлагает логическую модель, согласно которой развитие общества определяется степенью интеграции индивидов, что ведет к становлению в качестве фундаментальной категории человеческого существования потребности в доверии и выделению роли категории исключительности для становления социума. Это позволяет вскрыть общую модель формирования механизмов правосознания и определить сущность самого права.Книга адресована специалистам в области философии, права, социальной и исторической психологии, теории культуры и политологии, а также всем, кто интересуется социальной философией и методологией изучения социальных проблем.

© Шевцов С. П., 2014
© Высшая Школа Экономики (ВШЭ), 2014

Содержание

Предисловие 5
I. Постановка задачи 8
II. Право в теоретическом ракурсе 15
1. Правосознание и право 15
2. К истокам понимания права 20
3. Школы права 32
4. Происхождение права 42
4.1. Божественный источник права 42
4.2. Право силы 57
4.3. Функциональное истолкование происхождения права 63
4.4. Другие истолкования 74
Конец ознакомительного фрагмента. 83

Сергей Павлович Шевцов
Метаморфозы права.
Право и правовая традиция

Предисловие

Эта книга в определенном смысле родилась как ответ на вопрос, заданный мне деканом факультета, на котором я в то время работал: «Почему западный бизнесмен приходит к юристу с просьбой сделать его бизнес легальным, и почему в нашей стране он обращается к юристу для того, чтобы уйти от закона?»

После я сам не раз задавал его разным людям, и у меня собралась целая коллекция ответов. Возможно, правильного ответа на этот вопрос вообще нет – хотя бы потому, что сама формулировка некорректна. Все же теперь, спустя 15 лет, я уверен, что готов дать правильный ответ, но моя уверенность может быть рождена просто усталостью. Строгих доказательств здесь быть не может. Больше десяти лет я собирал материалы, выдвигал гипотезы, проверял их, отказывался, выдвигал новые, залезал в неведомые мне до того науки, и все-таки должен признать, что не владею сегодня и 10 % информации, необходимой для точного ответа. Приходится опираться на интуицию и, где возможно, логическое моделирование. Для меня оказалось неожиданным, что для уяснения того, как право функционирует в культуре, пришлось задействовать столь много далеких от права областей. Но даже если мой ответ и не полон, и не достаточно строг, он все же намечает правильный путь.

Ответ поневоле оказался сложным, и данная книга – только первый шаг к нему. Здесь речь идет о том, что такое право и как складывалась западная правовая традиция. Только после этого можно будет обратиться к отечественной правовой традиции. Естественно, пришлось начинать с вопроса о том, каков механизм формирования традиции и что лежит в основе смены одной правовой традиции другой. Это в свою очередь потребовало уяснения, что такое право и каким оно бывает, чему служит и чем (кем) создается. В итоге одно наложилось на другое, и это переплетение определило структуру книги.

Первая глава – это постановка вопроса о негативном отношении к праву в отечественной культуре. Обычно для таких целей служит введение, но мне казалось логичным ввести постановку вопроса в текст книги. В *главе второй* рассматриваются существующие теории права и устанавливается – при всей глубине и точности многих из них – общая их непригодность для ситуации устойчивого традиционного пренебрежения правом. В силу этого в следующей главе (*третьей*) мне пришлось обратиться к доступным истокам правовых отношений – отношениям в сообществах животных и у народов традиционной культуры. В *четвертой главе* речь идет о том, что в традиционном обществе правовые отношения базируются на социуме как едином целом, но сами они при этом фиксируют начало выделения индивида из социума. В *главе пятой* я рассматриваю вопрос, каков механизм выделения индивида из социума – как происходит рождение персональности и как это влияет на правовые отношения. Здесь мне удается установить, что зарождение персональности внутри социума невозможно, а потому приходится обстоятельно рассмотреть фигуру изгоя, человека вне закона и (или) бандита. Именно выживший изгой кладет начало обособленному индивиду, и именно он один из вероятных создателей государства. Этому механизму формирования принципиально новой обособленности и роли ее носителя в отношении социума посвящена *шестая глава*. Так как нет никакой возможности каким-либо образом проследить изменение самосознания изгоя для первобытного общества, приходится моделировать эту ситуацию, опираясь на данные о современных

изгоях – бандитах, ворах, других представителях уголовного мира, при всей условности подобной аналогии. В последней главе (*седьмой*) речь идет сначала о том, как формировалась современная западная правовая традиция и насколько значимую роль в ее формировании играли изгои. Для этого в двух первых параграфах рассматриваются основатели главных европейских систем права – римляне и норманны. Последний параграф подводит предварительный итог всему предшествующему теоретическому рассмотрению и содержит важные определения и формулировки для дальнейшего исследования.

* * *

Едва ли я смогу назвать всех, кто оказал помощь в моем затянувшемся исследовании, но считаю своим долгом поблагодарить их. Отдельно я хотел бы выразить свою благодарность Ю.Н. Оборотову, подтолкнувшему меня к занятию данной темой; уже ушедшему М.Н. Верникову, согласившемуся выступить в роли научного консультанта и поддерживавшему меня; также ушедшему С.В. Нечитайло, беседы с которым были чрезвычайно ценны на начальном этапе; С.В. Месяц, чьи консультации и помощь были незаменимы; Л.В. Можеговой, согласившейся прочитать мой труд в рукописи и высказавшей ряд полезных замечаний; а также тем, с кем я обсуждал затронутые в исследовании вопросы и чьи возражения или рекомендации были для меня крайне важны – В.А. Баранову, П.А. Бутакову, И.В. Голубович, С.В. Моисееву, М.С. Оганесяну, А.Н. Роджеро, Г.А. Яклюшину и многим другим. Огромное им всем спасибо! Но есть еще два человека, благодарность которым я не в состоянии выразить словами, – моя жена Лена и дочь Катя. Без их понимания, любви и поддержки эта книга была бы совсем другой, как другим был бы и я сам.

Список сокращений

Cic. De repub. – Цицерон. О государстве.
Cic. De leg. – Цицерон. О законах.
CJC I–Corpus Juris Civilis, 1872, Bd. I.
Conf. – Августин. Исповедь.
D. – Digesta. Лат. текст: [Corpus Iuris Civilis, 1872]; рус. текст: [Дигесты, 1984].
De civ. Dei – Августин. О граде Божьем.
De lib. arb. – Августин. О свободе воли.
De ord. – Августин. О порядке.
Diog. L. – Диоген Лаэртский. О жизни, учениях и изречениях знаменитых философов.
Dionys. – Дионисий Галикарнасский. Римские древности.
DK – Diels-Kranz. См.: [Diels, 1903].
EGu – Законы Эдвардса – Гутрума (Eadwards – Guthrum).
EN – Аристотель. Никомахова этика.
Ergg. – Гесиод. Труды и дни.
F. – Законы Фростатинга. См.: [Frostathings – Lov.].
G. – Законы Гулатинга. См.: [Gulathings – Lov.]. Gai. epit. – Гай. Извлечения (epitome).
GI – Gai Institutionum. Лат. текст: [Gai Institutionum, 1903]; рус. текст (и лат.): [Гай, 1997].
Gorg. – Платон. Горгий.
Hdt. – Геродот. История.
Il. – Гомер. Илиада.
Inst. – Институции Юстиниана.
L. – Lokasenna. Перебранка Локи.
Legg. – Платон. Законы.

Lev. – Т. Гоббс. Левиафан.
Liv. – Ливий. История Рима от основания города. LS
– Салическая правда. Лат. текст: [Lex Salica]. Meth. – Аристотель. Метафизика.
Minos – Платон. Минос.
N – Новеллы Юстиниана.
Od. – Гомер. Одиссея.
Part. An. – Аристотель. О частях животных.
PG – Patrologia Greaca J.P. Migne: Patrologiae Cursus
Completus, Series Graeca.
Phys. – Аристотель. Физика.
Pin. II Pif. – Пиндар. II Пифийская песня.
PL – Patrologia Latina J.P. Migne. (Латинская патрология)
Plut. Camillus – Плутарх. Сравнительные жизнеописания. Камилл.
Plut. Lyc. – Плутарх. Ликург.
Plut. Mor. – Плутарх. Moralia.
Plut. Numa – Плутарх. Нума Помпилий.
Plut. Rom. – Плутарх. Ромул.
Pol. – Аристотель. Политика.
PUF – Presses Universitaires de France.
Quod. – W. Ockham. Quodliberta.
RB – Review Books.
Rp. – Платон. Государство.
SCG – Thomas Aquinas. Summa Contra Gentilis.
Sol. – Августин. Монологи.
ST – Thomas Aquinas. Summa Theologiae.
SVF I–III – Stoicorum veterum fragmenta. Рус. пер.: [Фрагменты I–III].
Tac. Ger. – Тацит. О происхождении германцев и местоположении Германии. Лат. текст: [Tacit, 1907].
Theog. – Гесиод. Теогония.
Tit. – Titulus (раздел).
Ulp. Reg. – Ульпиан. Правила.
V. – Völuspá. Пророчество вёльвы. Древнеисл. текст: [Voluspa].
Varro. Deling. Lat. – Варрон. О латинском языке.
II Em. Prol. – Законы Эдмунда II (Eadmund) (Вступление).
V Atr. – Законы Этельреда II (V Acthelred).
XII tab – Законы XII Таблиц. Лат. текст: [Roman Law].
ZRG-RA – Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung.

Быт. – Бытие.
ВДИ – Вестник древней истории.
Гал. – Послание апостола Павла к Галатам.
Еф. – Послание апостола Павла к Ефесянам.
Исх. – Исход.
Кор. – Послание апостола Павла к Коринфянам.
Лк. – Евангелие от Луки.
Рим. – Послание апостола Павла к Римлянам.

I. Постановка задачи

Стоит начать с очевидности. Мне представляется очевидным, что для общества, к которому я принадлежу, и для культуры, в рамках которой я рос и формировался, характерно негативное отношение к праву, близящееся к его полному отрицанию. Иногда это называют «правовым нигилизмом», но подобный нигилизм присущ многим обществам в тот или иной период, и использование данного понятия грозит увести меня далеко за пределы очевидного. Я же хотел бы пока оставаться в его рамках (и соответственно в рамках своей культуры) и прояснить (если можно прояснить очевидность) открывающееся мне положение дел.

Само понятие очевидности, как и большинство такого рода понятий, традиционно задает два аспекта его рассмотрения: содержательный и методологический, а в данном случае их можно назвать внешним и внутренним. Содержательный раскрыть легче – суть его сводится к тому, является ли то, что очевидно, истинным, т. е. в данном случае, действительно ли для данного общества и культуры характерно негативное отношение к праву. Методологический аспект в конечном итоге может быть сформулирован как проблема того, каковы отличительные черты очевидности, как она формируется и что, собственно, представляет сама по себе – переживание, взгляд разума, понимание, чувство, интуитивное схватывание и т. д. Это разделение двух аспектов является мнимым не в меньшей степени, чем истинным и необходимым[1]. Оно необходимо, потому что нельзя говорить сразу и о том, и о другом, оно является истинным, потому что это логически и онтологически разные структуры (в конечном итоге каждая из них может спокойно существовать без другой – мнимая очевидность[2] и неведение о непосредственно наличном). Но разделение это мнимо, так как никому еще не удалось найти единый источник познания – разум, или чувство, или опыт и далее по списку. Открывающееся в очевидности представляет собою сплав внешнего и внутреннего, и провести окончательную границу между ними не удается[3].

Э. Гуссерль, подводя итог уходящей в историю традиции, полагал под очевидностью опыт сущего, как оно есть[4]. Иначе говоря, очевидность предстает чем-то вроде подзорной трубы: от качества конструкции и чистоты линз зависит точность воспринимаемого. Но вопросов все равно оказывается куда больше, чем ответов, так как самого воспринимающего следует тоже отнести к подзорной трубе. Это сразу открывает возможность для сомнения в существовании наблюдаемого. Можно сделать вывод, что онтологически содержательный аспект очевидного на данный момент развития нашего знания недостижим, если говорить о полной мере достижимости. Найти что-либо безусловно истинное можно только в искусственно замкнутой структуре (например, в математике или логике), но не в распахнутом настежь мире. Гуссерлевский принцип всех принципов[5] скорее констатирует положение дел, чем предлагает обоснование.

---

[1] Это замечательно может проиллюстрировать гуссерлевское разделение «ноэмы» и «ноэзиса» (конкретного полного интенционального переживания), разработка различий между которыми потребовала «тщательного труда» [Гуссерль, 1999, с. 214], и вместе с тем, по его признанию, «не бывает ноэтического момента без специфически присущего ему ноэматического» [Там же, с. 208].Некоторые из феноменологов считают, что Э. Гуссерль отдавал предпочтение разработке «ноэмы», другие же обвиняют издателей «Гуссерлианы» при работе с архивом в предвзятом игнорировании разработок проблем «ноэзиса».

[2] У Э. Гуссерля и мнимая очевидность невозможна без ноэмы.

[3] И. Кант и Э. Гуссерль предприняли самые серьезные попытки такого разделения.

[4] «Очевидность в наиболее широком смысле есть опыт сущего и притом сущего так, как оно есть» [Гуссерль, 1998, с. 64]. Ср.: «Очевидность для Гуссерля есть совпадение подразумеваемого со схватываемым в себе самом» [Херрман, 2000, с. 21].

[5] «…любое дающее из самого первоисточника созерцание есть правовой источник познания, и все, что предлагается нам в “интуиции” из самого первоисточника (так сказать, в своей настоящей живой действительности), нужно принимать таким, каким оно себя дает, но только в тех рамках, в каких оно себя дает» [Гуссерль, 1999, с. 60]. Стоит отметить, что Гуссерль говорит о непосредственном опыте как *правовом* источнике познания.

Замечательный во многих отношения анализ очевидности, предложенный Гуссерлем в «Опыте и суждении»[6], мало чем может помочь. Он анализирует очевидность с точки зрения логики, через суждение, выделяет степени очевидности, но в конечном итоге первичной у него оказывается предметная очевидность, а первыми суждениями – суждения об индивидуальном[7]. С какой бы тщательностью ни воспроизводить анализ, предложенный создателем феноменологии, мы не выйдем за пределы выяснения того, из каких элементов и каких конструктивных связей сложена наличествующая очевидность, и будем по-прежнему не в состоянии ответить на вопрос, является ли она истинной[8]. Но в том случае, если бы я посредством феноменологического анализа смог решить вопрос о истинности/ложности того, что мне очевидно, я все так же был бы далек от главного вопроса: если это так, то почему это так? Ведь я могу предположить, что содержание очевидного истинно и в том случае, если оно скроено как-то неладно, если нарушены некие процедуры мышления (в логике ложная посылка иногда допускает истинный вывод)[9]. И хотя я не рассчитываю добраться до самых конечных причин, мне будет достаточно выявить их ровно в той мере, чтобы знать, «что я должен делать» и «на что я могу надеяться».

Первое методологическое отступление

Без прояснения основных элементов, составляющих данную очевидность, не обойтись. Попытка свести дело к первичным данностям или, скажем, к протокольным предложениям представляется не только безумием, но и ошибкой. Индивидуальные суждения и протокольные предложения в лучшем случае (представим, что такой идеал возможен и непротиворечив) могут представить определенный набор фактов, точнее, отношений между единичными предметами. При этом подходе я не сумею обнаружить ни общества, ни культуры, а уж тем более функционирующие в них механизмы. Я могу получить некую статистику, но в данном случае она будет не в состоянии доказать или опровергнуть что-либо.

Это вовсе не следует понимать как отрицание возможности применения методов аналитической философии или феноменологии в области социальных наук, например, этики или права (хотя такое мнение достаточно распространено). Высказывание Ницше, «что если у нас есть математическая формула для процесса, то что-то *познано*, – это иллюзия: он просто *охарактеризован, описан*, и больше ничего!»[10] представляется мне крайностью, так как существуют степени познания. Я в целом согласен с аргументами А. Шюца о полезности гуссерлевской феноменологии для социальных наук[11], и доводы Т. Нагеля о применимости аналитических методов в этике[12] кажутся мне убедительными. Я думаю,

[6] [Гуссерль, 2002, § 3–10].

[7] [Там же, § 4–6].

[8] Почти одновременно с Гуссерлем к анализу понятия очевидности обращается П.А. Флоренский в работе «Столп и утверждение истины» (1914). Он выделяет три вида очевидности: 1) очевидность чувственного опыта (объективная), 2) объективность интеллектуального опыта (субъективная), 3) очевидность мистической интуиции (объективно-субъективная) [Флоренский, 1990, ч. 1, с. 24–25]. В результате анализа (некоторые элементы которого вызывают сегодня сомнения) он приходит к еще более радикальному выводу, что ни один из перечисленных видов «не дает достоверности» [Там же, с. 30].

[9] В своей знаменитой книге «Гедель, Эшер, Бах» Д. Хофштадтер так объясняет феномен очевидности: «…У людей есть врожденное чувство очевидности. …Это происходит потому, что в человеческий мозг встроена некая аппаратура, включающая рудиментарные способности интерпретации данных» [Хофштадтер, 2001, с. 651]. Согласно его точке зрения, установить качество и характер работы этой аппаратуры не представляется возможным. Но отметим, что разным людям разные вещи представляются очевидными, а есть и такие, что изменили свой взгляд, в том числе и на очевидные для них вещи.

[10] [Ницше, т. XII, с. 96].

[11] [Шюц, 2004а; 2004б].

[12] [Nagel, 1979].

> что применение этих методов ограничено – они охватывают лишь определенную сферу и сами устанавливают границу, за пределами которой оказываются несостоятельными. Эта граница задается тем их общим свойством (присущим далеко не только им), что мир рассматривается как множество однородных объектов, связанных сложной системой разнообразных единичных отношений (при этом все равно, исходим мы из первичности объектов или отношений). Но достаточно предположить, что некая часть мира представляет собой нечто неисчисляемое, скажем, бесконечно неравномерно становящееся, а следовательно, меняющее свою идентичность, и строгие методы феноменологии или аналитической философии оказываются перед ним бессильны. Сама феноменология могла бы послужить примером: предположим, что Э. Гуссерль прожил лет пятьсот, сохраняя свойственную ему творческую активность – была ли бы это все еще феноменология? А ведь что такое 500 лет?
>
> Черную кошку трудно искать в темной комнате только в том случае, если ты действительно хочешь ее найти. Дело представляется гораздо более простым, если нужно просто показать старание или представить отчет о работе; в случае, когда нужно лишь изобразить активную деятельность, лучше, если кошки в комнате нет.

Так как пока нет ясности, что вообще могло бы служить доказательством, следует рассмотреть все возможные варианты, не пренебрегая ничем.

1. Предположение, что статистика правонарушений может что-то прояснить, – самая нелепая идея из всех. Во-первых, статистика будет говорить о фактах, а не об их восприятии (а меня интересует не само восприятие даже, а условия и механизмы его формирования, при этом надо еще разобраться – индивидуальные или коллективные). Несомненно, чтобы выявить интересующее меня отношение (к праву), факты необходимы – даже изучение ментальности, будь то история или психология, не может обойтись без них. Но сами по себе факты еще ни о чем не говорят.

Во-вторых, неясно, можно ли собрать такую статистику: необходимы данные не только о нарушениях в области уголовного права, но любых правовых норм (гражданских, административных и проч.) в повседневной жизни. Кроме того, вероятно, эти данные должны быть определенным образом ранжированы – по тяжести нарушения. Ни о чем не скажет и статистика судебных решений – они также должны стать предметом проверки на соответствие нормам. Кроме того, в ряде случаев, вообще неясно, что считать правонарушением (речь не о формальном определении, как раз именно его наличие и создает трудности). Вот два примера.

19 мая 1961 года в Московском городском суде начался процесс над валютчиками Я.Т. Рокотовым, В.П. Файбишенко (несколько позже те же стадии прошел и Д.Д. Яковлев). Они были задержаны в конце 1960 года, и им грозило наказание по статье 88-й советского уголовного кодекса (до восьми лет). Через некоторое время после их ареста, но еще до суда, Указом Президиума Верховного Совета СССР срок наказания за незаконные валютные операции был увеличен до 15 лет. Так как в дело вмешался глава советского государства Н.С. Хрущев, судьи применили «обратную силу» к закону и приговорили обвиняемых к 15-летнему сроку заключения. Но Хрущев все равно остался недоволен, и 1 июля 1961 года председатель Президиума Верховного Совета СССР Л.И. Брежнев подписал Указ «Об усилении уголовной ответственности за нарушение правил о валютных операциях». Генпрокурор Руденко моментально подал протест на «мягкость» приговора, вынесенного Мосгорсудом Рокотову и Файбышенко. На этот раз дело принял к рассмотрению Верховный суд РСФСР. Заседание длилось два дня: 18–19 июля. Я.Т. Рокотов и В.П. Файбишенко были приговорены к высшей мере наказания – расстрелу, позже этот приговор был вынесен и Д.Д. Яковлеву Кроме того, за вынесение слишком

«мягкого» первого приговора решением столичного горкома партии был снят со своей должности председатель Мосгорсуда Л.А. Громов.

В этой истории нарушают закон практически все участвующие стороны: подсудимые, судьи, правительственные органы, включая чудное решение партийного комитета о снятии с должности судьи. Это дело часто рассматривают как исключительное, но в каждом своем компоненте оно далеко не единичное. То же ужесточение наказаний привело к расстрелу в 1962 году Б. Ройфмана, а также А. Хейфица и Ю. Евгеньева за организацию производства и сбыта «левой» продукции (их судили за действия, в значительной мере происходившие до принятия нового закона). В те же годы принцип «закон обратной силы не имеет» был нарушен нормативным актом о возможности изъятия дач у граждан, живущих «не по доходам», без доказательства их вины (не говоря уже о сомнительности законодательной нормы, где наличие определенной собственности могло служить основанием для вынесения решения). И все же, несомненно, какая-то часть граждан (возможно, значительная – вплоть до большинства) считали подобные действия не только оправданными, но и правовыми: «Вор должен сидеть в тюрьме».

Существуют и обратные примеры. Здесь я буду опираться на устный рассказ, и для меня достаточно, что такая история вероятна, чтобы считать ее достоверной. Время действия – наши дни. Некий человек, назовем его Александр, подрабатывал частным извозом. Один из клиентов, молодой парень, отказался платить, вышел из машины и попытался уйти. Александр погнался за ним. Парень хотел скрыться, но его задержал стоявший на крыльце расположенного рядом офиса охранник, на глазах которого разворачивалась вся сцена. В итоге Александр получил от пассажира свои деньги и уехал. Пассажир оказался племянником прокурора, и Александр был обвинен в нападении и ограблении, при этом участие охранника позволило представить дело как групповое (бандитское) нападение. Издержки судебного процесса вынудили Александра продать все свое имущество и квартиру, в которой он жил. В конечном итоге Александр и охранник были признаны виновными и осуждены.

В этой истории формально все соответствует нормам права (а уж если изучать его по материалам дела, то и подавно). Есть некое действие, явно сомнительное с точки зрения закона, есть возбуждение дела, есть свидетельские показания, есть судебная интерпретация, есть приговор. Прямая интерпретация подобных статистических данных – укрепление законности и мер по борьбе с бандитизмом. Высокий уровень правового сознания: пострадавший обращается в суд, суд выносит решение. Тот факт, что само дело, свидетельские показания и их интерпретация – вопиюще фальшивы, еще требует доказательства. Нет смысла говорить, что это «нарушение справедливости, а не права», потому что действительность существования судебной системы никто не оспаривает.

Итак, сбор статистических данных потребует уже заранее методологии их отбора на предмет того, насколько они в состоянии выявить отношение к праву.

В-третьих, при статистическом подходе понадобятся равноценные статистические сведения для нескольких стран – для сравнения, а это на порядок усложняет задачу. Нарушения правопорядка происходят в любом обществе, даже при самом почтительном отношении к праву. И в любом обществе возможны сомнительные с точки зрения справедливости решения – ведь приговорили афиняне Сократа к смерти.

И в-четвертых, ясно, что для проведения подобного сравнения и тем самым проверки наличия негативного отношения к праву нужна методология, но совершенно неясно, возможно ли создать методологию, позволяющую не просто провести подобное сравнение: везде будут фигурировать некоторые цифры, но какова должна быть разница между ними, чтобы сделать вывод? Такая методология может быть выстроена только на основе уже выстроенной теории отношения к праву, а у нас пока в наличии только интуитивно обретенная очевидность.

2. Если статистика предполагает столь серьезные трудности, можно ли найти другие способы подтверждения/опровержения выдвинутого положения? Например, собрать мнения по

данному вопросу. Для начала можно обратиться к текстам предшественников – научным и художественным. Это будет достаточно внушительный список: А.Н. Радищев и П.И. Пестель, П.Я. Чаадаев и И.В. Киреевский, Б.Н. Чичерин и Л.Н. Толстой, Ф.М. Достоевский и В.С. Соловьев, П.И. Новгородцев и Б.А. Кистяковский, Ю.О. Домбровский и А.И. Солженицын, а также многие, еще очень многие. Но даже поверхностный анализ заставит нас вычеркивать фамилии одну за другой. Эти авторы говорят о разном – о функционировании права в России (СССР), и о том, какое оно, какие трудности оно порождает и каким ему следовало бы быть. Некоторые из них рисуют жуткие картины правовой действительности, но о своем отношении к праву пишут очень немногие (Л.Н. Толстой – редкое исключение, и о нем будет речь позже).

Например, вспоминаются знаменитые слова А.И. Герцена: «Полное неравенство перед судом убило в нем (русском народе. – *С. Ш.*) в самом зародыше уважение к законности. Русский, к какому бы классу он ни принадлежал, нарушает закон всюду, где можно сделать это безнаказанно; точно так же поступает правительство. Это тяжело и печально для настоящего времени, но для будущего тут огромное преимущество»[13]. Словам этим, написанным в 1850 году, вторит современная поговорка: «У государства сколько ни воруй – своего не вернешь». Жаль, конечно, что будущее, о котором говорит А.И. Герцен и у которого столько преимуществ, почему-то так и не настало за 160 лет.

Но в противовес первому списку можно представить не менее внушительный список тех, кто оценивает право высоко – и в нем мы будем встречать часто те же имена. Один пример: знаменитый роман Ю.О. Домбровского «Факультет ненужных вещей» (понятно, факультет юридический) разворачивает удручающую правовую картину, но можно ли сказать, что он выступает против права? Напротив, он как раз утверждает ценность права. И то же в равной степени можно сказать о А.И. Солженицыне и еще о многих. Авторы фиксируют несостоятельность или «неправость» существующего правового состояния, но это оказывается возможным только за счет противопоставления этому «внутреннего правового чувства» (как называл это Р. Иеринг). То есть неверие в позитивное право часто спаяно с верой в право идеальное, должное.

Тогда речь идет не о негативном отношении к праву вообще, а об отсутствии веры в то, что действующее право может быть справедливым. И здесь сразу возникают варианты истолкования. Во-первых, это может быть просто критика существующей системы права, в той или иной мере она присуща любому обществу, а в правовом обществе подобная критика особенно заметна за счет наличия демократических свобод. Во-вторых, здесь нужно зафиксировать признание наличия права и определенное уважение (или страх) к нему. Тогда это не негативное отношение к праву, а негативное отношение к власти, к государству и в конечном итоге к самому себе, форма сокрытия собственного бессилия изменить ситуацию (политическую или правовую). Наконец, в-третьих, это может быть действительное негативное отношение к праву вообще, но выраженное опосредованно, через отношение к действующему праву. И нельзя исключать соединение всего вместе, плюс еще что-нибудь.

Если нам мало чем может помочь литература, то в еще меньшей степени прояснит дело социологический опрос или другие подобные формы изучения общественного мнения. И дело не только в том, что аргументы П. Бурдье, согласно которому «общественного мнения не существует»[14], представляются весьма убедительными. Если даже серьезные мыслители, часть из которых была названа выше, стремившиеся к возможно полному и глубокому продумыванию своей позиции и форм ее выражения, тем не менее допускают множество различных, а иногда и противоположных, толкований, то как можно требовать точной фиксации своего внутреннего чувства у того, кто не обязан был проделать работу по очистке и обработке своей мысли, а

[13] [Герцен, 1956, с. 251].

[14] [Бурдье, 2007б].

просто согласился участвовать в опросе? В конечном итоге результаты будут зависеть всецело от того, как составить опросный лист.

3. Есть еще один путь – можно обратиться к изучению народного творчества: пословицы, поговорки, анекдоты, загадки, сказки, былины, песни, частушки открывают широкое поле для исследования ментальности. Надо сказать, что такие исследования проводились – о некоторых речь еще впереди. Но и это едва ли даст нам желаемую достоверность. Предположим, что мы исследовали все возможные источники и получили результат в высшей степени обнадеживающий: 100/1 в пользу негативной оценки права. Опять-таки надо для сравнения проделать ту же работу в отношении некоторых других народов или стран. Но и после этого результат может быть истолкован самым различным образом: случаи неправого суда более привлекательны для рассказа и распространения, чем случаи справедливого и честного решения; мошенник, плут и вор – более распространенные персонажи фольклора, чем честный судья или постовой. Отрицательный герой предоставляет множество вариантов для разворачивания сюжета, в то время как герой положительный всегда действует одинаково и достаточно скучен, поэтому его можно удерживать в центре внимания только за счет разворачивающейся вокруг него интриги, в которую он втянут, но в которой по своей воле участия бы не принимал (это отлично знают авторы сериалов – у них всегда большие трудности с положительными героями). Положительный герой – фигура эпическая, придать ему черты обычного человека очень непросто. В сказках главная фигура – дурак или простак, т. е. люди с девиантным поведением, а если героем оказывается человек вполне нормальный (Иван-Царевич, Василиса Премудрая и т. п.), то и им ради сюжета приходится идти на обман и плутовство, а иначе – о чем рассказывать?

Теперь мы можем сформулировать задачу нашего исследования: выяснить, как в культуре моего социума формировалась правовая традиция. Но такая формулировка не делает задачу более понятной. Каждый из терминов требует уточнения. Что такое «мой социум» и, соответственно, «его (социума) культура»? Что такое правовая традиция? Только ответив на эти вопросы, можно будет подобраться к термину «формирование». Термин «выяснить» кажется интуитивно понятным, но именно он представляет основную сложность, для обоснования чего и было представлено предшествующее рассуждение.

Я, ныне гражданин Украины, родился в государстве, которое называлось СССР и имело совершенно иные границы. Когда речь заходит об отношении к праву (не моем лично, а культуры, к которой я принадлежу), то искать его истоки нужно в «длительном времени» (la longue drée), как называл его Ф. Бродель. Негативное отношение к праву можно засвидетельствовать у авторов XIX века (классическим примером могут выступить славянофилы), поэтому я ограничу свое рассуждение периодом до 1917 года (так как было бы не совсем корректно исключать период после реформ 1861 года), а к моменту перехода власти в руки партии большевиков эта традиция уже сложилась (правовая история Советского Союза не могла способствовать установлению позитивного отношения к праву). Начало формирования уходит в историю, и его придется отыскивать именно там. Период до 1917 года ограничивает не только время, но и пространство: исследование помещается в пределах территории царской России. Но царская Россия включала множество культур (в том числе и правовых), а ее территория не оставалась неизменной. В силу ряда причин я ограничу свое исследование территорией расселения восточных славян: главной причиной этого выступает необходимость опираться на существующую литературу, а в ней до сих пор господствует позиция доминирования именно этой культуры. В тех случаях, где подобный государственнический подход будет представляться сомнительным, я буду оговаривать расширение или сужение поля исследования.

Проблема культуры, таким образом, распадается на две составных части: общее формирование (становление) культуры и ее правовой составляющей (формирующееся внутри нее отношение к праву). Для того чтобы рассмотреть вторую составляющую, необходимо внимательно разобраться, что представляет собою «право» и «правовая культура». Этот вопрос будет

рассмотрен в первой части исследования. И только после этого можно будет перейти ко второй – главной части, посвященной поиску решения поставленной задачи.

II. Право в теоретическом ракурсе

1. Правосознание и право

С понятием «правовая культура» все обстоит достаточно ясно: оно характеризует, с одной стороны, господствующее в том или ином обществе отношение к праву[15], а с другой – уровень развития правовой системы. Но на самом деле это скорее два основных значения термина «правовая культура». Связь между этими сторонами, безусловно, есть, но было бы преждевременно утверждать, что они представляют собой «равновеликие величины». Между значением термина и сущностью обозначаемого им феномена вовсе не обязательно наличествует тождество. В принципе возможна, скажем, заимствованная или доставшаяся «по наследству» развитая правовая система, при сдержанном или даже негативном отношении к ней. Возможно, подобный дисбаланс со временем будет устранен, но едва ли кто может сказать, как происходит подобное «выравнивание» и сколько времени оно требует – это ведь не сообщающиеся сосуды.

Замечательный анализ права как социально-культурной категории для средневекового общества северной Европы предложил А.Я. Гуревич[16]. Этот подход к праву как категории картины мира хотя и получает все большее распространение, но по-прежнему недалеко ушел от стадии своего формирования. Благодаря установкам французской школы «Анналов» и ряду в той или иной мере солидарных с ней исследователей (к числу которых с полным правом следует отнести и Гуревича) право как категория картины мира до некоторой степени получила прояснение относительно периода Средневековья и Нового времени. Правда, существующие работы по большей части касаются небольших отдельных регионов и строго ограничены хронологически. К сожалению, подобные исследования почти не затронули Античность: при избытке литературы по данному вопросу, даже сам характер права у греков и римлян остается предметом серьезных дискуссий. Это не покажется настолько уж странным, если учесть, что и само сравнительное правоведение – относительно молодая наука. А работать с социально-культурной категорией несопоставимо сложнее, чем с правом как механизмом принятия юридических решений.

Выделенный первый аспект правовой культуры (отношение к праву) далее будет обозначаться термином «правосознание». Это отчасти оправдано тем, что А.Я. Гуревич, говоря о праве как социально-культурной категории[17], понимает ее как одну из «форм человеческого самосознания»[18]. Данный термин имеет свои преимущества и свои неудобства.

Неудобства связаны с тем, что у него есть другое значение, семантически размытое и редко определяемое. Это «другое» (исторически первое) значение пришло вместе с самим термином (вероятно, во второй половине XIX века): русское «правосознание» – это калька немецкого Rechtsbewußtsein. Сам концепт (но без термина) использует Ф.К. фон Савиньи в знаменитой работе «Система современного римского права» (1840–1849) при рассмотрении толкования законов[19]. В словаре Я. и В. Гриммов значение термина Rechtsbewußtsein полу-

---

[15] «Право» – основное понятие и основная категория для всего исследования, но на данном этапе придется ограничиться тем интуитивным представлением, которое существует у каждого.

[16] [Гуревич, 1972].

[17] А.Я. Гуревич, во многом послуживший образцом для данного исследования, использует термины «социально-культурная категория» и «категория картины мира», по-видимому, как синонимы – оба термина характеризуют предмет его исследования [Гуревич, 1972, с. 141].

[18] [Там же].

[19] Ф.К. фон Савиньи часто обращается к сознанию: «…der eigentliche Gißdes Rechts das gemeinsame Bewußtsein des Volkes sein (…непосредственным местонахождением права есть общее сознание народа)» [Savigny, 1814, S. 11; Савиньи, 2011, с.

чает разъяснение как «сознание морального или законного права (bewustsein in bezung auf sittliches oder gesetzliches recht)»[20], со ссылкой на Савиньи. Ни Савиньи, ни следующая ему традиция не разрабатывали это понятие, и его значение постепенно менялось на «(о)сознание правильного и неправильного», и так оно переводится на английский (sense of right and wrong). Тем не менее термин Rechtsbewußtsein закрепился как часть концепции исторической школы. Поэтому, например, Иеринг противопоставляет свое понятие «правового чувства» (Rechtsgefühl)[21] «правосознанию»:

«Nicht der Verstand, nur das Gefühl vermag uns diese Frage zu beantworten, darum hat die Sprache mit Recht den psychologischen Urquell alles Rechts als *Rechtsgefühl* bezeichnet. Rechts*bewußtsein*, rechtliche *Ueberzeugung* sind Abstraktionen der Wissenschaft, die das Volk nicht kennt, – die Kraft des Rechts ruht im Gefühl, ganz so wie die Liebe… (Не ум, а чувство боли дает нам понимание, что такое право, поэтому психологический источник всех прав называется правовым чувством. Правовое *сознание*, правовое *убеждение* являются абстрактным знанием, которое неизвестно народу, – сила права коренится в чувстве, также как и любовь…)»[22].

В русских переводах разница между Rechtsbewußtsein и Rechtsgefühl полностью пропадает, и, при отсутствии прямого противопоставления, как выше у Иеринга, термин Rechtsgefühl переводится обычно как «правосознание» – у Р. Иеринга[23], у которого, по всей вероятности, этот термин заимствует Ф. Ницше[24], а вполне вероятно, и концепцию борьбы.

В русской традиции эти термины практически не различаются, их употребляют как синонимы, но с течением времени «правосознание» укрепляется, а «правовое чувство» исчезает. Г.Ф. Шершеневич в своей опубликованной публичной лекции использует термин «правосознание», по всей видимости, как синоним «чувства законности»[25]. Выдающийся русский юрист определяет его следующим образом: «Чувством законности называется побуждение соблюдать установленные законы, то есть общие правила поведения, не сообразуясь с конкретными условиями их применения»[26]. При таком определении можно фиксировать только частоту реализации правового чувства (правосознания) в поведении индивидов. Близким, но несколько иным образом этот термин использует Б.А. Кистяковский в своей знаменитой статье в «Вехах» (1909)[27], где «правосознание» оказывается «сознанием о праве и не-праве»[28]. Это явно неудачное определение противоречит содержанию статьи: в ней речь идет не о разумной способности отделять правое от неправого, а о тех опасностях, которые таит в себе равнодушное отношение к соблюдению/нарушению существующих правовых норм.

133]; «Den ein allgemeines Volksbewußtsein, welches die Auffassung eines einzelnen Gesetzes zum Gegenstand hätte, ist nur in den seltensten Fällen denkbar (Ибо общее народное сознание, предметом которого было бы понимание отдельного закона, мыслимо лишь в очень редких случаях)» [Savigny, 1840, S. 209; Савиньи, 2011, с. 388]. Но самого термина Rechtsbewußtsein я у него не нашел.

[20] [Grimm, Grimm, 1893, Col. 425].

[21] Понятие «правовое чувство» (Rechtsgefühl) играет особую роль в концепции Р. Иеринга. Для него «правовое чувство» – это чувство нарушенной справедливости и является основой стремления гражданина к праву [Jhering, 1889, S. 42]. Ни Кант, ни Гегель, по-видимому, этих терминов не знают.

[22] [Jhering, 1889, S. 41].

[23] «Nicht das Rechtsgefühl hat das Recht erzeugt…» [Jhering, 1884, S. XIV], рус. пер.: «Не правосознание создало право…» [Иеринг, 1881, с. VI].

[24] «Юристы спорят о том, какое право должно возобладать у такого-то народа, – то, которое лучше продумано, или то, которое легче понять. Первое, высочайшим образцом коего является римское право, кажется профанам непонятным и потому не выражающим их правосознания» [Ницше, т. II, с. 272]. В немецком тексте – Rechtsgefühl.

[25] [Шершеневич, 1897, с. 18]. Термин «чувство законности», по всей вероятности, заимствован у Р. Иеринга, несмотря на то что Габриель Феликсович был противником теории немецкого юриста.

[26] [Там же, с. 8].

[27] [Кистяковский, 1991]. Отметим, что при включении этой статьи в сборник своих работ «Социальные науки и право» (1916) автор, наряду с рядом текстуальных изменений, поменял подзаголовок «Интеллигенция и правосознание» на «Задачи нашей интеллигенции». См.: [Кистяковский, 1998].

[28] [Там же, с. 138].

Семантическая размытость термина отчасти обусловлена еще и тем, что уже в этих двух работах он обозначает единый процесс бессознательного восприятия несправедливости (чувство), одновременно «переплавку» этого чувства в правовую форму (сознательное действие), и после этого – поведенческую реакцию на осознанный факт. (Собственно говоря, оба автора сетуют именно на слабость поведенческой реакции.) Учитывая сказанное, ясно, что этот термин включает и некоторый элемент оценки: оценивается мера потребности выразить внутреннее переживание объективным языком права посредством поведения. Именно поведение, в свою очередь обусловленное осознанием важности реакции, неизбежно придает правосознанию возможность изменения уровня качества.

В немецкой юридической литературе этот термин используют редко и в современных правовых словарях его нет[29]. Чаще он используется в околоправовой литературе. В России же, а после в Советском Союзе он, напротив, получил широкое распространение, хотя единства значения так и не приобрел[30]. В работе И.А. Ильина «О сущности правосознания» (1919 год, опубликована в 1956 году), как несложно понять из названия, правосознание выступает центральным понятием в концепции автора. Ильин вкладывает в данный термин своеобразное содержание. Считая, что сущность естественного права человека – развиваться в качестве духовной личности, призванной соединить до Божественной целостности распавшиеся части того мира, в котором человек существует, автор считает правосознанием (подлинным или «естественным», которое он отличает от других форм), во-первых, полноценное осознание и познание этого права, во-вторых, осуществление его в своем земном существовании. Если «право в своем первоначальном “естественном” значении есть не что иное, как необходимая форма духовного бытия человека»[31], то «правосознание можно было бы описать как естественное чувство права и правоты или как особую духовную настроенность инстинкта по отношению к себе и другим людям»[32]. Правосознание в той или иной мере необходимо присуще всем людям, но лишь немногие оказываются в состоянии достичь его подлинной полноты. Насколько мне известно, эта трактовка своего дальнейшего развития не получила.

Активно использовали термин «правосознание» в советский и постсоветский период, но, если не считать работ историков (которые, подобно Гуревичу, не употребляли этот термин), обстоятельная разработка данного понятия превращала его в подобие симулякра – оно все больше переходило из области права и реальности в сферу идеологической псевдодействительности. Это относилось даже к лучшим работам. Вероятно, причина заключалась в том, что само право в мире исторического материализма существовало противоречивым образом: классический марксизм утверждал его только в качестве инструмента подавления и эксплуатации, а Ленин, наметив новый подход в «Государстве и революции», в полной мере его не развил[33]. То же самое в определенном смысле можно сказать о положении сознания в мире материализма диалектического. В итоге соединение права и сознания являло собой некое странное образование, по сравнению с которым даже симулякр вполне мог бы представляться реальностью. Например, С.С. Алексеев рассматривает правосознание прежде всего как одну из форм общественного сознания[34]. Поскольку он склонен понимать право в рамках позитивного подхода[35]

---

[29] Например, его нет: [Deutsches Rect-Lexicon, I–III].

[30] В 1909 году вышла из печати книга П.И. Новгородцева «Введение в философию права. Кризис современного правосознания», но в ней термин «правосознание» никак не объясняется и вообще употребляется всего несколько раз во введении и заключении.

[31] [Ильин, 1993–1999, т. IV, с. 200].

[32] [Там же, с. 231].

[33] Большая советская энциклопедия, несмотря на критическое отношение к правовому позитивизму как буржуазному учению, предлагала нормативно-позитивистское определение права: «Право, совокупность установленных или санкционированных государством общеобязательных правил поведения (норм), соблюдение которых обеспечивается мерами государственного воздействия» [Туманов, 1975, с. 475].

[34] В этом он следует И.Е. Фарберу: [Фарбер, 1963].

(в чем по понятным причинам открыто признаться не может), у него «правосознание исчерпывается тем, что в праве выступает только исходным моментом его субстанции – представлениями о праве, суждениями о необходимости юридической структуры взаимодействия людей, установками на тот или иной режим в жизни общества и плюс еще явлениями социально-психологического порядка, касающимися правовой сферы (эмоциями, настроениями и др.)»[36].

Основательная разработка функций правосознания[37] оказалась не способной ни внести ясность в значение термина, ни устранить разногласия при его толковании. Сумбурность и противоречивость значения термина «правосознание» особенно заметна при сравнении статей о нем в юридических словарях. Словарь под редакцией А.Я. Сухарева предлагает следующее определение: «Правосознание – категория теории государства и права и криминологии, означающая сферу общественного, группового и индивидуального сознания, связанную с отражением правозначимых явлений и обусловленную правозначимыми ценностями, правопониманием, представлением должного правопорядка»[38]. Иначе говоря, автор толкует правосознание как категорию двух юридических дисциплин, которая указывает на сознание (общественное, групповое и индивидуальное), толкуемое как отражение, но при этом в нем получают место только «правозначимые явления» и «правозначимые ценности». Другими словами – ценность и значимость существуют вне сознания, за которым сохраняется только функция их правильного отображения – т. е. понимания как пассивного процесса. В этом случае правосознание может быть только одно – «научное», никаких других правосознаний (например, с низким уровнем) подобное определение не допускает, так как в этом случае оно находилось бы уже за пределами научной категории.

В другом словаре: «Правосознание – совокупность взглядов, идей, установок, ценностных ориентаций, выражающих отношение отдельных людей и социальных групп к праву, к тому, что является правомерным или неправомерным»[39]. Здесь сознанию явно отведена совершенно иная роль, и правосознание – уже не категория некой научной дисциплины, а совокупность взглядов. Это явно слишком широкое определение, так как сюда можно отнести все, что угодно. И опять-таки неясно, как можно говорить при данном определении об уровне правосознания.

Украинская юридическая энциклопедия предлагает свой вариант: «Правосвідомість – форма суспільної свідомості, яка відображає ставлення суб'єктів правовідносин до чинного права та похідних від нього правових явищ. Через правосвідомість відбиваються не тільки стан правових відносин, а й тенденції їх змін»[40]. В этом определении объединены два предыдущих, несмотря на то что они по сути исключают друг друга. Форма сознания, которая отображает отношение субъектов, и при этом она также выступает рефлексией состояния («стан») правовых отношений и определяет тенденцию их изменений.

Что касается преимуществ рассматриваемого термина, то они, как часто бывает, являют собой обратную сторону недостатков. Во-первых, термин «правосознание» уже в указанных выше текстах и ряде других включает значение интересующего нас аспекта правовой культуры, т. е. «социально-культурной категории». И хотя в большинстве из них он теоретически не представлен как категория, но его использование придает работам направленность на выявление важности не только самого права, но отношения общества к нему. Например, вышеназванные статьи Г.Ф. Шершеневича и Б.А. Кистяковского утверждают конструктивную роль

---

[35] «…Институционное образование, выраженное в системе общеобязательных, формально-определенных норм» [Алексеев, 1981, т. I, с. 200].

[36] [Там же, с. 200–2001].

[37] См., например: [Бура, 1986].

[38] [БЮС, 2009, с. 575].

[39] [БЮС, 2004, с. 477].

[40] [Осипова, Тихомиров, 2003, с. 49].

именно такого отношения (и явный недостаток подобной конструктивности в современном им обществе). Еще в большей мере это относится к работе И.А. Ильина. Во всех случаях речь идет не об антропологическом, а именно о социальном аспекте правосознания. При использовании его в юридической литературе советского времени также делался упор на социальную сторону (форма общественного сознания).

Во-вторых, размытость значения этого термина открывает достаточно широкий спектр его употребления. Несомненно, для использования его в качестве социально-культурной категории потребуется дать ему определение, и это обязательно будет сделано.

В-третьих, этот термин не получил широкого распространения, не занял своей «ячейки» в системе юридических категорий, и при уточнении семемы[41] это позволяет использовать его как категорию. Наконец, в-четвертых (и это самое важное!), этот термин, несмотря на то что является калькой, распространен преимущественно в восточнославянской юридическо-философской литературе. Это связано с тем, что в западноевропейской литературе, как юридической, так и правовой, вопрос о ценности права как такового практически не ставится. Иначе обстоит дело в нашей культурной традиции, поэтому термин «правосознание» как нельзя лучше выражает суть проблемы.

Предварительно правосознание можно определить как *осознание природы, характера, роли и значения (в данном случае как возможностей) существующего позитивного права и действующих правовых механизмов членами социума*.

Данное определение – исключительно внешнее. Дать окончательную формулировку сущности правосознания можно будет лишь после того, как будет прояснено значение понятия «право». Это относится и к особенностям его форм и истории их утверждения. Стоит отметить, что «правосознание» рассматривается в данном случае как более фундаментальная категория, чем «право», так как в рамках культуры не правосознание рождается правом, а напротив, правосознание создает и развивает право.

Само же понятие «право», как ни странно, представляет собой загадку. Что такое «право», знают едва ли не все, так как оно присуще любому обществу, едва ли не каждый человек на улице может без труда привести пример права или даже сформулировать определение. Большинство юристов-практиков свободно ориентируются в своей сфере и не без основания считают, что они знают право. Единственные люди, у которых возникают с этим серьезные трудности, это теоретики права – юристы и философы. Один из крупнейших философов права XX века Г. Харт вспоминает в связи с этой ситуацией слова Августина в отношении времени: «Так что же такое время? Если меня о нем никто не спрашивает, то я знаю – что, но как объяснить вопрошающему – не знаю» [Conf., XI, 14][42].

Что же это такое – право?

---

[41] «Слово в семасиологическом аспекте – единство лексемы (звукоряда) и семемы (значения)» [Толстой, 1997б, с. 28]. Несколько иначе понимает лексему Московская семантическая школа, обозначая ее как «слово, взятое в одном из имеющихся у него значений» [Апресян и др., 2006, с. 34].

[42] [Харт, 2007, с. 22].

2. К истокам понимания права

Чтобы приблизиться к анализу права, необходимо прежде всего уяснить себе характер его онтологии, но уже здесь возникают разногласия. Право в широком смысле, т. е. объективное право, рассматривается: 1) как некое высшее положение дел, т. е. как пронизывающая весь мир или его человеческую часть система отношений (естественное право и Божественное право); 2) как система норм, установленная верховной властью в тот или иной момент в пределах конкретного государства (позитивное право в узком смысле); 3) как система нормативных отношений, выработанная и эволюционирующая в процессе развития человеческого общества; 4) как определенный порядок действий (юриспруденция). Единственное, что объединяет эти подходы, – понимание права как системы отношений, но такое определение будет слишком широким. Кроме того, во втором и четвертом случаях под «отношением» понимается нечто иное, чем в первом и в третьем. Но даже если пренебречь этим различием и исходить из родовидового типа определений, это не более чем указание на род, который включает едва ли не все сущее. Найти единое видовое отличие не удается: право пронизывает несколько измерений человеческого существования, и расхождение мнений относительно того, какое из измерений считать конституирующим, остается актуальным. Право в этом самом прямом и наиболее употребительном смысле охватывает, если говорить языком семиотики[43], одновременно семантику, синтактику и прагматику (право как концепт, право как институт, право как практика). Трудность описания и понимания при таком множестве ипостасей вынуждает сводить его к некоторым функциям, а иногда, напротив, к социальным институтам или символическим структурам.

Все сказанное касается одного только первого значения, но «право» имеет еще и другие толкования (в русском языке, например, как и в ряде европейских языков, оно еще означает право субъективное, «мое право на…»), а также синонимы (например, в русском языке определенное значение «права» можно выразить посредством слова «закон»: «действовать согласно праву» и «действовать согласно закону»). Аналогично (хотя и с рядом особенностей) дело обстоит и для других языков.

Вопрос о «видовом отличии», необходимом для определения, обусловливает расхождение между школами права, о чем речь пойдет в следующем параграфе. Но и в самом языке можно увидеть тот же поиск. Латинское *jus*, английское *law*, французское *droit*, немецкое *Recht*, испанское *derecho*, итальянское *diritto*, русское *право*, украинское *право* – выделяют разные стороны. Как выразил эту мысль Э. Бенвенист, «существует множество слов для “права”, но они являются специфическими в каждом из языков»[44].

В архаичных культурах того, что понимают под «правом» философы и юристы XIX–XX веков, не могло существовать. Поэтому выражение значений архаичных терминов средствами современного языка в большой мере оказывается условным[45]. По мнению Э. Бенвениста, в основе разнообразия языкового обозначения права в индоевропейских языках лежало понятие порядка как гармоничного соответствия всех частей некоего единого целого. Этот порядок, выражаемый ведийским *rta*, иранским *arta*, авестийским *aša*, объединял в себе не только правовые, нравственные и религиозные отношения, но и устройство мира, движение светил, смену времен года, отношения между богами и людьми[46]. Дальнейшее развитие культуры потребо-

[43] [Моррис, 1983].

[44] [Бенвенист, 1995, с. 299].

[45] Этот тезис излагается в: [Топоров, 1981, с. 139–142].

[46] [Бенвенист, 1995, с. 299]. В.Н. Топоров, следуя Э. Бенвенисту, указывает, что толкование данного корня являет собою философскую проблему, так как в нем оказываются соединены универсальный космический закон, всеобщая истина, мировой порядок и другие значения. См.: [Топоров, 1981, с. 142 и сл.].

вало выделения тех или иных сторон (в том числе и юридических) как в языке, так и в мышлении (в данном случае вопрос о первичности между ними нас интересовать не будет). В каждом отдельном случае (культуре, языке) это выделение происходило особым образом, будучи обусловлено различным соотношением, возможно, сходных факторов, и получало свое закрепление в языке. На этом этапе исследования мы ограничимся кратким обзором этимологии основных терминов. Предметом наших поисков будет не различие, а возможность исходного единства значения терминов, обозначающих право в различных языках.

В древнегреческом языке существовало несколько слов для выражения правовых отношений: θέμις (thémis), θέμιστες (thémistes), νόμος (nómos), δίκαιον (dikajon), δίκη (díke). Традиционно именно последний термин рассматривается как «право». Θέμις и νόμος переводятся обычно как «закон». Θέμις – атрибут правителя (басилея), но происхождение его божественно (кроме того, Θέμις, Темис, Фемида – имя титаниды, второй супруги Зевса, матери мойр, позднее представленной как богиня правосудия[47]). На этом согласие (и без того очень условное) между исследователями заканчивается. «Θέμιστες изначально были авторитарными решениями, принимаемыми единым главой, монархом рода или просто главой семьи. Накапливаемые из века в век, θέμιστες образовали некое подобие свода традиций в каждой семье, анонимного, таинственного, получившее абстрактное наименование θέμις»[48]. Г. Глотц полагал, что θέμις обозначает внутрисемейное право как основание всеобщего порядка и противостоит δίκη, «которое есть межсемейное родовое право»[49]. Некоторые исследователи возводят θέμις к индоевропейскому корню *d[h] eH-m(производного от *d[h]eH– ‘ставить, класть’), означавшему «относящийся к ритуально-правовому установлению» [50]. По мнению Глотца, со временем θέμιστες образовал своего рода кодекс, «унаследованный в свое время всеми семьями города и даже всеми городами»[51]. Эта точка зрения на существование единого греческого права и правовых институтов, распространенная среди континентальных историков, под влиянием англо-американских оппонентов в середине 50-х годов прошлого века была пересмотрена и в конечном итоге свелась к единству базовых правовых идей[52].

Все стороны согласны и в том, что с конца VI века уже θέμις постепенно вытесняется термином νόμος, но причины и механизм этого остаются предметом дискуссий. Буквальное значение νόμος – разделять, наделять (землей, имуществом) по закону (ср. νομός – пастбище)[53]. Но в широком смысле этот термин обозначает также закон, право и обязанность (ἄγραφοι νόμοι – неписаные законы, но законы Дракона (ок. 621 г. до Р.Х.) – θεσμός, родственное θέμις). Процесс вытеснения одним термином другого связывают также с появлением писаных законов, но и здесь мнения расходятся – ряд исследователей полагают, что писаные законы были записью существовавших неписаных норм[54], в то время как их противники настаивают на том, что записывались лишь спорные нововведения как раз с целью укрепить их и сделать постоянными[55].

Δίκη – формальное право, право по формуле, определяющей, что делать в каждом конкретном случае (в основе – корень со значением ‘класть, устанавливать’)[56]. Другие значения этого термина обозначают законность, справедливость; обычай, привычку, способ бытия;

---

[47] [Harrison, 2010, ch. XI].

[48] [Glotz, 1904, p. 21].

[49] [Ibid., p. 22]. Этому его положению следует Бенвенист: [1995, с. 301].

[50] [Гамкрелидзе, Иванов, 1984, т. II, с. 810].

[51] [Glotz, 1904, p. 21].

[52] [Gagarin, 2005, p. 29–30].

[53] Э. Бенвенист [1995, с. 72] ссылается на исследование по данному вопросу [La-Laroche, 1949, S. 1].

[54] [Rainer, 1993, S. 493].

[55] [Thomas, 2005, p. 58 ff.].

[56] [Бенвенист, 1999, с. 303; Chantraine, 1999, p. 283–284].

судебный процесс, приговор, возмездие и др.[57] Ю. Покорны возводит его к индоевропейскому корню deik(‘показывать, проявлять’)[58], Гамкрелидзе и Иванов – к индоевропейскому *t’eik[h]-, определяя его значение как ‘предначертание, указание, направление, закон’[59]. По мнению Йегера, δίκη означает ‘подобающую долю’, т. е. возмещение ущерба: потерпевшая сторона «берет дике», виновный «дает дике», судья «назначает дике», но одновременно слово означало «процесс, суд и наказание»[60]. Δίκη – это прежде всего ‘изрекаемое слово’ (тот же корень в лат. dico – ‘говорить’), но не любое слово (не болтовня), а слово судьи, слово, устраняющее произведенную несправедливость, неправость. Этическая норма права, говорит Э. Бенвенист, в том смысле, как она понимается нами сегодня, не отражается в δίκη. «Слово постепенно освободилось от обстоятельств, при которых оно изрекалось, чтобы положить конец злоупотреблениям. Эта юридическая формула со временем становится обозначением самого права, когда к δίκη прибегают, дабы пресечь βία – силу»[61].

«Настанет день, когда δίκη, пронизанное θέμις, будет править в обществе, в то время как θέμις начнет относиться к почти идеальному миру: θέμις, в противоположность δίκη, станет чем-то вроде внутреннего чувства справедливости, противопоставляемого официальной юридической деятельности снаружи, как моральное сознание, противопоставляемое действующему праву, как божественная справедливость, противопоставляемая справедливости человеческой»[62]. Это мнение Г. Глотца особенно интересно (ему следует ряд позднейших исследователей, в том числе Э. Бенвенист), если учесть, что «справедливый», как и «справедливость», происходят именно от δίκη – δίκαιος и δικαιοσύνη соответственно. Почему термин, обозначающий внешнюю формульную процедуру, порождает понятия, относящиеся к совершенно иному полю, остается загадкой. Бенвенист, например, ограничивается тем, что характеризует этот процесс как «величайшие изменения в языке и социальных институтах»[63].

Стоит отметить, что ни лингвисты, ни историки не связывают θέμις и δίκη иначе, чем противопоставлением или простым дополнением. Но гораздо более важным представляется тот факт, что δίκη предстает как инструмент восстановления нарушенного миропорядка (т. е., θέμις’а, νόμος’а в одном из их значений)[64]. «…Идеальный царь “разбирает” (глагол διακρίνω в “Теогонии” [Theog., 85]), что́ является “божественным установлением”, θέμις, а что́ нет (85) с помощью δίκη, которая тем самым служит указанием (ср. латинское indicāre “указывать”, где – dic родственно греческому δίκη), а значит, “решением”»[65]. Можно предположить, что *право* у греков не было единым понятием, как сегодня, а представляло собой целый «пучок» лексем, означающих в разных аспектах процесс соотнесения собственной жизни к космическому миропорядку и одновременно с этим – действий, необходимых для приведения этих двух планов бытия в соответствие друг с другом. И в каждом из понятий (названных здесь, а также еще некоторых неназванных) были обозначены различные стороны этого отношения. При этом космический миропорядок должен быть соотнесен не с отдельным индивидом, а с миропорядком группы – семьи, рода, полиса. Этот фундаментальный общественный характер

[57] [Дворецкий, 1958, т. I, с. 406].

[58] [Pokorny, 1949–1956, II, S. 189].

[59] [Гамкрелидзе, Иванов, 1984, т. II, с. 806].

[60] [Йегер, 2001, с. 139].

[61] [Бенвенист, 1995, с. 305].

[62] [Glotz, 1904, p. 22].

[63] [Бенвенист, 1995, с. 318].

[64] На это указывает Аристотель в «Никомаховой этике» [EN, 1137b12–29].

[65] [Надь, 2002, с. 94–95]. В этой цитате я позволил себе заменить латинский шрифт при написании греческих слов на греческий, и снял выделение их курсивом.

греческой культуры (неотъемлемой частью которого выступает право) дает основание М. Гагарину именно грекам приписать «изобретение» права[66].

При всем сходстве и близости ряда форм греческого и римского права (несомненно имеющих место) римское право носит существенно отличный от греческого характер. Это различие находит свое выражение в терминологии лишь отчасти. Так как нам еще предстоит обратиться к римскому праву, здесь мы рассмотрим только ту его сторону, которая приоткрывается через значение терминов.

В латинском языке и традиции за «правом» закреплен термин iūs (древнее написание ious), iūris[67]: ius civile – гражданское право, ius gentum – право народов, но первоначально был, вероятно, просто ius, его позже, уже в классическую эпоху[68] назвали ius Quiritium (т. е. правом квиритов – древнее название граждан Рима). Именно римляне считаются создателями права, римское право не только изучается до сих пор как образец права, оно составляет основу ряда европейских правовых систем современности.

Отметим сразу: римское право прошло долгий путь развития, в том числе терминологического. Если – как в данном случае – мы рассматриваем этимологию основных терминов, то нас будет интересовать именно их первоначальное значение. Поэтому, говоря о римском праве, мы будем говорить не о праве, как оно излагается в учебниках, не о том, что континентальные юристы до сих пор считают ratio scripta (писаным разумом)[69], не о праве классического периода, доступном нам главным образом в его византийском изложении VI века, и уж тем более не о римском праве эпохи его рецепции. Речь будет идти именно об архаическом праве, насколько это может позволить существующий уровень этимологии; но при этом его поздние преобразования нам тоже придется учитывать, так как предметом нашего поиска является не этимология сама по себе и даже не право как система норм, а его суть (при всей претенциозности подобной установки).

Основные значения ius: 1) ‘право’ (как совокупность законов); 2) ‘право’ (субъективное право, ius civitas – право гражданства); 3) ‘преимущество или привилегия’; 4) ‘власть’. Это значения уже классической латыни. Происхождение термина неясно. Несомненна связь данного слова с произнесением клятвы (ius iurandum), что предполагает буквальное повторение обязывающей формулы религиозного характера[70]. Связь данного термина с религией отмечают едва ли не все исследователи: Э.З. Вортон связывает его с авестийским yaosh ‘благополучие, достаток’[71]; А. Валь-де – со староиндийским yōh ‘благо, благополучие, счастье’[72]; М. Бреаль и А. Байи – с санскритским yaus ‘религиозные формулы’[73]; А. Эрну и А. Мейе видят эквиваленты ious в индо-иранском в следующих зафиксированных формах: ведийском yoh ‘здравствуй!’, авестийском yaox-daδaiti ‘очищает, делает ритуально чистым’; другой возможной гипотезой, по их мнению, является возведение ious к индоевропейскому корню *ye/ ous или *yowes[74]. Э. Бенвенист отдает предпочтение второму варианту, возводя ius к общеиндоевропейскому корню *yaus и отмечая различие употребления его в индийском и иранском: в одном случае он означает ‘то, что до́лжно сделать’, в другом – ‘то, что до́лжно сказать’. По его мнению, латин-

---

[66] [Gagarin, 1986, p. 144].

[67] Первоначально *j* использовался как вариант символа *i.* Окончательно эти буквы стали различать в XVI веке. Поэтому сегодня в равной мере используются написания ius и jus. Мы будем придерживаться первого написания.

[68] Классической эпохой римского права принято называть первые 250 лет новой эры. Но есть и другие позиции, например, началом полагают I век до Р.Х. См.: [VerSteeg, 2010, p. 98].

[69] [Давид, Жоффре-Спинози, 1998, с. 235].

[70] «Религиозная формула, обладающая силой закона» [Ernout, Meillet, 2001, p. 329].

[71] [Etyma Latina, p. 50].

[72] [Walde, 1910, S. 399].

[73] [Breal, Bailly, 1918, p. 143–144].

[74] [Ernout, Meillet, 2002, p. 330].

ский термин соединяет оба эти значения[75]. Этапы постепенно происходившей десакрализации не вполне ясны. Т. Моммзен этимологически связывал ius с глаголом iubere (‘приказывать’)[76]. М. Бартошек приводит другую вероятную этимологию, к сожалению, не указывая источника: от санскритского ju – ‘вязать’[77].

Вместе с тем для большинства римлян, по крайней мере до классического периода, *правом* в позитивном смысле, в качестве свода законов, были, безусловно, законы XII Таблиц (V век до Р.Х.). Они еще в школе учили их наизусть, как о том свидетельствует Цицерон [Cic. De leg., II, 4, 9], хотя к его времени язык так изменился, что мало кто понимал смысл заученного. Законы XII Таблиц обозначались термином lex. Цицерон, отвечая на вопрос о сущности права, выводит его из lex («…a lege ducendum est iuris exordium (…возникновение права следует выводить из понятия закона)») [Ibid., I, 6, 19][78].

Несомненно, ius и lex находились в тесной взаимосвязи, хотя проследить ее достаточно нелегко – она не соответствовала сегодняшнему разделению «права» и «закона». Оба термина, по всей вероятности, включали в свою семантику элемент отнесения к божественному мироустройству. М. Бартошек, правда, считает, что первоначально lex означал «всякое правило, которое римский гражданин устанавливает для себя или вместе с другим», и лишь затем стал «общим предписанием, общей клятвой государства»[79]. Ж.-П. Бо, в известной степени вольно толкуя статью Эрну-Мейе, говорит, что lex – «это то, что должно быть выбито и выставлено в городе»; по его мнению, от первоначального значения религиозного закона этот термин сохранил немногое[80]. Для других авторов связь lex с божественным началом (началами) несомненна. Бреаль и Байи возводят его к legĕre (в значении ‘читать’[81]), проводя параллель lex: legĕre так же, как rex: regĕre (‘правитель, царь’: ‘править, управлять’)[82]. Вальде возводит его к индогерманскому корню ĝ (‘религиозный предмет’, ‘религиозный обычай’), из того же корня – древнеисландский log, англосаксонский lagu, английский law[83]. На языковую близость формул законов XII Таблиц и молитв обращает внимание Э. Мейер, по ее мнению, lex соединял в себе провозглашение формулы и цель, с которой она произносилась[84]. Она в значительной мере следует А. Магделейну, кто в свое время попытался суммировать предшествующие попытки объяснить понимание римлянами leges (мн.ч. от lex). Он пришел к выводу, что римляне верили, что за самыми различными употреблениями этого термина стоит общее значение, указывающее на божественное начало миропорядка[85]. К этому можно добавить мнение Э. Бенвениста, полагавшего, вслед за Цицероном, что термин religio родственен legĕre (он его толкует как ‘собирать, возвращать к исходному виду, признавать’)[86]. Добавим еще мнение самого Цицерона, который, противопоставляя римский lex греческому νόμος’у, видел в последнем разделение, при котором каждый получает свое, а в первом – свободный выбор индивида (Цицерон выделяет значение legĕre ‘выбирать’) [Cic. De leg., I, 6, 19].

---

[75] [Бенвенист, 1995, с. 307].

[76] [Mommsen, 1888, S. 310].

[77] [Бартошек, 1989, с. 163].

[78] [Цицерон, 1966, с. 95].

[79] [Бартошек, 1989, с. 178–179].

[80] [Бо, 2011, с. 261].

[81] Глагол legĕre имел широкое поле значений: ‘собирать; сматывать’; ‘похищать, проходить’; ‘комплектовать’; ‘выбирать’; ‘видеть’; ‘читать вслух’.

[82] [Breal, Bailly, 1918, p. 159].

[83] [Walde, 1910, S. 424].

[84] [Meyer, 2004, p. 47].

[85] [Magdelain, 1978, p. 12–22].

[86] [Бенвенист, 1995, с. 397–398].

Л. Кофанов, сравнивая различные толкования значения термина lex как римскими авторами, так и позднейшими исследователями, формулирует свои выводы следующим образом: «можно определить закон в понимании античной традиции как письменно зафиксированный приказ народа, принятый народным собранием, подтвержденный клятвой, в силу которой он становится обязательным для всех римских граждан. Клятва всего гражданского коллектива обеспечивала принудительную силу закона»[87]. Можно сделать общий вывод, что закон (lex) означал для римлян некий фиксированный людьми (позже – записанный и выставленный) фрагмент миропорядка, который требовал торжественного публичного провозглашения (чтения), воспроизводя тем самым аналогичный порядок в римской общине. Ius в этом смысле значил нечто другое.

Э. Бенвенист пишет, что ius отличался от fas (особого термина, обозначавшего божественные законы)[88]. Но далее он представляет это различие как оппозицию, что верно с точки зрения лингвистики, но вовсе не обязательно с точки зрения правовой культуры и правосознания. Скорее, прав М. Бартошек, признававший отличия между этими терминами[89], но, по его мнению, fas первоначально означал «область жизненных отношений, которую боги оставили на усмотрение людей, включая ius»[90]. Существуют и средние позиции[91]. Fas, по мнению Бенвениста восходит к латинскому fari ‘говорить’, но обозначает не любую речь, а особую речь – волю богов[92]. Ius, таким образом, оказывается составной частью божественного права. Здесь на первый план выходит роль того, кто говорит волю богов в применении к данному социуму, т. е. rex. Бенвенист его характеризует так: «скорее жрец, чем царь в современном понимании, т. е. лицо, обладающее властью очертить расположение будущего города или определить черты правопорядка»[93]. Rex – ‘тот, кто прокладывает, прочерчивает прямые линии’ (но если для греков эта функция царя больше связывалась с распределением земельных участков, то для римлян на первое место выступала организация городского пространства – и для обеих культур это было связано и с пространством социума, с правом[94]). Это связывало ius с архитектурой, строительством – связь, которая неоднократно подчеркивалась исследователями[95] (особенно через понятие norma ‘строительный угольник, угломер’[96]). Право, таким образом, пишет Бенвенист, «это то, что должно быть показано, сказано, изречено» (это в равной степени, по его мнению, относится к греческой, римской и германской культурам)[97]. При этом несколькими строками выше он выдвигает мысль о том, что право воспринималось исключительно в качестве корпуса формул. «Оно не рассматривалось как наука, не допускало выдумки. Право было закреплено в кодексе, в своде изречений и предписаний, которые следовало просто знать и применять»[98].

Два последних тезиса Бенвениста исключают друг друга[99]. Если бы дело обстояло так, и ius означал бы только оглашение формулы, он ничем бы не отличался от lex. То, что «должно

---

[87] [Кофанов, 2003].

[88] [Бенвенист, 1995, с. 319].

[89] В статье Jus [Бартошек, 1989, с. 163].

[90] В статье Fas [Бартошек, 1989, с. 130].

[91] «Fas и ius четко разделены, их полное пересечение – после раннего отделения rex sacrorum (священного царя) – сфера религиозно-культурных и правовых установлений» [Fogen, 2002, S. 87].

[92] [Бенвенист, 1995, с. 323].

[93] [Там же, с. 249].

[94] Римская община в этом отношении проявляет себя как городская община в отличие от земледельческого характера греческой. Эта важная черта, и ее стоит запомнить.

[95] См., например: [Бо, 2011, с. 258–259].

[96] [Ernout, Meillet, 2002, p. 444].

[97] [Бенвенист, 1995, с. 318].

[98] [Там же].

[99] Мне не по себе, что я возражаю Э. Бенвенисту. Оправданием может служить тот факт, что он остается все же в рамках лингвистики, привлекая культуру и философию по мере необходимости. Я нахожусь в противоположной позиции.

быть показано, сказано, изречено» еще не показано, не сказано и не изречено. Как установление оно существует в миропорядке (не трансцендентном, а имманентном), но оно должно быть выделено в связи с данными обстоятельствами и сформулировано. Вот эту связь-отношение-отсылку частного случая к миропорядку и обозначает, по моему мнению, ius[100]. Поэтому и существует столько разновидностей: ius privatum, ius augurium, ius belli, ius militare, ius publicum, ius honorarium, ius humanum, ius gentum, ius civile, ius divinum и др., включая ius naturale. Подобное разнообразие никак не может быть применено ни к fas (оно одно), ни к lex (которых может быть несколько, но их перечень будет исчерпывать все позитивное право, в то время как относительно ius возможно бесконечное число образований, в том числе – включающих предыдущие, например: ius scriptum ('писаное право') – ius non scriptum ('неписаное право').

Указание на отношение к миропорядку и истолкование его объясняет множество значений этого термина – это отчасти и противопоставление как обычаю (произвольному), так и нравственности, следование ему как традиции (когда он соответствует), это отличие от религии и вместе с тем следование ей, это правомочие, субъективное право и одновременно оно может иметь объективный характер (данное мне свыше предназначение), это писаный закон и одновременно неписаный и еще многое другое. И тем не менее в своей глубине значение, по сути, остается одним и тем же: проявление божественного миропорядка здесь и сейчас. Поэтому прав Д. Макдауэлл, когда пишет, что «право – формальное выражение человеческой веры о правильном и ошибочном поведении»[101], но он все же не договаривает до конца, так как остается неясным основание для различения этих форм поведения, а значит, оказывается выпущенной из виду как раз сама онтологическая база права.

Указание на связь права с миропорядком часто используется исследователями, когда речь идет о мире средневековом[102], но крайне редко, когда речь идет об античном праве[103]. Иногда на это указывают в связи со стоиками, но никак не в связи с ранними этапами становления права, что же касается стоиков, то для них подобное утверждение требует определенного уточнения: право не непосредственно выводится из миропорядка, а через общий элемент (некое подобие «логической формы» у Витгенштейна) – разум. А это очень существенно меняет положение дел как для права, так и для миропорядка. Но представления о греческом и римском миропорядке существенно отличались от средневекового хотя бы в том, что для Средневековья устроителем порядка и права являлся христианский Бог. Для античного периода боги сами в значительной мере подчинялись праву, и можно привести немало примеров того, как боги склоняли голову перед законом. Видимо, этот закон римляне и называли fas.

При всех указанных нюансах различий между Грецией и Римом, сам факт подобной связи права с миропорядком и значение этой связи остаются общими для обеих культур. И вместе с тем эти две правовые системы носят принципиально разный характер, так как «здесь и сейчас» понимаются ими по-разному. И для греков, и для римлян на другой стороне выявляемого правом отношения находится община. Но греки понимают ее прежде всего как единство, и отсюда исходит их понимание отдельного индивида и его права – только через принадлежность к общине. А римляне общину понимают как единство индивидов, в центре их правовой системы оказывается частное лицо (persona), которого греки в такой проекции не знают вовсе.

---

[100] Ср.: «…Можно с большой долей вероятности констатировать, что право (ius) понималось в древнейшем Риме как божественная воля, которую люди должны были услышать и правильно понять. (…) Таким образом, древнейшее значение термина ius, примиряющее две представленные выше этимологические интерпретации, будет чем-то вроде "божественная воля", "предписание, приказ бога"» [Кофанов, 2003].

[101] [McDowell, 1978, p. 8]. Это определение – не что иное, как перефразированное определение права Ульриана: (jus) est ars boni et aequi (право есть искусство доброго и справедливого) [D., 1.1.1 pr. 1].

[102] См., например: [Tellenbach, 1948, p. 21–22].

[103] Мне, по сути, известен только один пример: [Weinreb, 1987], но он пользуется другими терминами.

Вот почему в Риме возникает самая совершенная часть права, самая разработанная и оказавшая наибольшее влияние на последующие правовые системы[104] – ius privatum, частное право.

В большинстве других европейских языков право представлено несколько иначе. Ограничим круг рассмотрения, но представим пары: английский law (right) – law, французский droit (droit) – loi, немецкий Recht (Recht) – Gesetz, испанский derecho (derecho) – ley, итальянский diritto (diritto) – legge, русский *право (право) – закон*, украинский *право (право) – закон* (в скобках приведен термин для обозначения субъективного права: мое право на…). Здесь заметно отличие английского языка – для двух разных значений права в нем присутствуют различные термины (law и right), а вот для права и закона, в отличие от всех остальных языков – один.

Что нам говорит этимология? Droit, derecho, diritto – из латинского directus (‘прямой, находящийся под прямым углом’; другое значение – ‘прямой, прямодушный’). Английский law (среднеанглийский lawè, староанглийский lagu) – заимствование из скандинавского, так называемого «датского языка (Gesta Danorum)», общего в раннем Средневековье для скандинавов (древнеисландский lög ‘закон’, из lag ‘уровень, порядок’), восходит к индоевропейскому *ligjan ‘класть; то, что лежит’[105]. Если пока не рассматривать славянские языки, то возникает замечательная картина двух языковых семей – романской и германской. Странно только, что ius при всей его значимости в имперские времена и при достаточной устойчивости в постимперские, при рецепции римского права по крайней мере с XII века, сохранился только в своих производных iustitia, iurisprudentia и др. Интересно, что и латинский lex сохранился только в испанском и португальском как ley[106], а итальянский legge лингвисты возводят непосредственно к латинскому ligare (‘собирать, связывать’)[107]. Это тем более удивительно, что многие из так называемых «варварских правд» именовались термином lex (leges barbarorum): Салическая правда (Lex Salica) VII века, Рипуарская правда (Lex Ripuaria) VII века, Визиготская правда (Lex Visigothorum) VII века, Алеманская правда (Lex Alamannorum) VIII века, Баварская правда (Lex Baiuvariorum) VIII века, Фризская правда (Lex Frisionum) VIII века, Саксонская правда (Lex Saxonum) IX века[108].

Этому может быть, как представляется, только одно объяснение – перечисленные народы уже имели свой, если можно так выразиться, «образ» права, не совпадавший с образом латинского ius. Поэтому они приспосабливали латинские термины к своему пониманию и заимствовали их в основном для обозначения того, что представлялось им новым. Каким был этот образ, можем ли мы получить о нем представление? Как уже отмечалось выше, французский droit, испанский derecho и итальянский diritto возводят к латинскому directus ‘прямой, расположенный под прямым углом’, т. е. также ‘вертикальный, отвесный’[109]. Сходное значение мы наблюдаем у английского right[110] и немецкого Recht[111]. Кроме того, ряд исследователей добавляют значения: ‘правильный, подходящий, справедливый’[112]. И тот же набор значений мы получаем для славянских языков. Казалось бы, вопрос можно считать исчерпанным. Но есть ряд деталей, которые настораживают и заставляют искать другое решение. Назовем пока одну такую «деталь»: во всех перечисленных языках, включая славянские, эти термины означают не только

---

[104] [VerSteeg, 2010, p. 97].

[105] [Weekley, 1921, col. 829; Skeat, 1967, p. 286–287; Burnley, 1992, p. 421].

[106] [Barcia, Echegaray, IV, p. 118; Diccionario].

[107] [Pianigiani, 1907, p. 747; Zambaldi, 1889, col. 683].

[108] Правда, нужно также учитывать, что некоторые из этих названий были даны позже, исследователями и публикаторами XIX века, например, оригинальным названием Lex Visigothorum было Liber ludiciorum [Книга приговоров].

[109] [Scheler, 1888, p. 163; Stappers, 1900, p. 254; Barcia, Echegaray, 1887, p. 669–670; Zambaldi, 1889, col. 345; Pianigiani, 1907, p. 418].

[110] [Weekley, 1921, col. 1238; Onions, 1966, p. 763; Skeat, 1967, p. 450; Chambers Dictionary, 2006, p. 929].

[111] [Kluge, 1894, S. 297; Köbler, 1995; Tischner].

[112] [Kluge, 1894; Weekley, 1921; Chambers Dictionary, 2006].

‘право’, но и ‘правую сторону’ (как противоположность левой). И в каждом словаре отмечается, что это значение – позднее, вторичное. Подобное сходство не может не вызывать удивления: каким образом и почему заселившие Европу народы, в подавляющем большинстве независимо друг от друга используют один и тот же термин для столь разных областей, как юридическая и антропологически-пространственная? Влияние практически исключено, во-первых, из-за географической широты распространения указанного значения, а во-вторых, из-за позднего времени его актуализации (возникновения). Например, для английского right, существование которого отмечено с IX века (тогда писался riht), значение правой стороны впервые зафиксировано в 1125 году[113]. Конечно, дата фиксации свидетельствует о моменте возникновения условно, но даже если оно возникло на два века раньше, это ничего не меняет: каким образом оно может совпадать у славянских народов и англосаксов? Попытка найти некий источник влияния, допустим, норманнов (викинги были и на Руси, и в Англии, о чем еще нам предстоит сказать) или ирландских монахов-миссионеров, вызывает серьезные сомнения – возможно ли предположить, что те или другие научили большую часть народов Европы связывать правую сторону с правом? Во Франции droit в значении правой руки (стороны) вытесняет прежний термин destre, dextre (от латинского dextra) в XVI веке[114].

Что касается славянского термина *право*, то здесь большинство исследователей единодушны. Русский, украинский, белорусский, древнерусский, церковнославянский, болгарский, сербскохорватский, словенский, чешский, словацкий, польский термины происходят из праславянского *pravъ ‘прямой, правильный, невиновный’[115], развившегося из первоначального значения ‘вперед направленный’[116]. Происхождение праславянского слова достоверной этимологии не имеет, что отмечал еще А. Мейе[117]. Вероятнее всего, это слово происходит от индоевропейского *prō– ‘вперед, впереди’ (Цыганенко)[118], ‘вперед выступающий, вперед выходящий, идущий’ (Покорны)[119], ‘значительный, видный; такой, какой должен быть’ (Преображенский)[120]. Из этого же корня – латинский probus ‘добрый, честный, порядочный’. Собственно существительное *право* в интересующем нас значении – результат субстантивации краткого прилагательного среднего рода единственного числа *pravъ>*правъ* ‘истинный, такой, как надо’. Здесь опять-таки можно видеть согласие исследователей. Для значения ‘правая сторона, рука’ был термин *десница, десная*, старославянский – деснъ[121]. Н.И. Толстой возводит его к индоевропейскому *decksto, *dekstvo, *deck-stero[122]. В праславянском языке этот индоевропейский корень дал *desьnъ[123].

---

[113] [Chambers Dictionary, 2006, p. 929].

[114] [Robert, 1970, p. 517].

[115] [Фасмер, т. III, с. 352; Преображенский, т. II, с. 121; Цыганенко, 1970, с. 364–365].

[116] [Цыганенко, 1970, с. 365].

[117] См.: [Преображенский, т. II, с. 121].

[118] [Цыганенко, 1970, с. 365].

[119] [Pokorny, IX, S. 815]. Ю.С. Степанов считает, что эта этимология «не вызывает сомнений» [Степанов, 2004, с. 461].

[120] [Преображенский, т. II, с. 121].

[121] [Фасмер, т. I, с. 506]. Преображенский дает вариант десьнъ [Преображенский, т. I, с. 182].

[122] См. также: [Loth, 1912, p. 255–256]. Цит. по: [Толстой, 1997, с. 151]. Интересно наблюдение Ж. Лота, что для левой стороны не существует общеиндоевропейского слова. Это понятие выражалось разными словами, и сегодня каждый из этих терминов редко распространяется больше, чем на два-три языка. Он связывает это с табуированием левой стороны. О том же: [Гамкрелидзе, Иванов, 1984, т. II, с. 807].

[123] [Толстой, 1997, с. 151].

	Древнегреческий	Латинский	Испанский	Итальянский	Французский	Английский	Немецкий	Русский, украинский
Право в объективном смысле	δίκαιον, δίκη	ius	derecho	diritto	droit	law	Recht	право
Право в субъективном смысле[110]			derecho	diritto	droit	right	Recht	право
Закон	θέμις, θέμιστες, νόμος	lex	ley	legge	loi	law	Gesetz	закон

Право в субъективном смысле[124]

Второе методологическое отступление

Этимология – соблазнительный, но сомнительный источник. Не из имен нужно изучать и исследовать вещи, – говорит Сократ в «Кратиле», – но из них самих [Платон, т. I, с. 679]. Принципы этимологии и ее применимость часто служат предметом критики самих этимологов. «Пока же этот вопрос (о критериях надежности. – *С. Ш.*) не поставлен надлежащим образом, и строгие критерии правильности (истинности) при этимологическом анализе заменяются интуицией, которая – в конечном счете – обычно зависит от уровня знаний и личного опыта того или иного этимолога»[125]. Вместе с тем этимология позволяет заглянуть туда, куда не добраться иными средствами. И в данном случае она очень важна: сама проблема вынуждает к этому. Имея дело с предметом, вокруг которого уже несколько веков ломаются копья и кипят страсти, будет излишней расточительностью пренебрегать возможностями, предоставляемые языком.

Кроме того, существуют некоторые основания для вмешательства в «святая святых» лингвистики, каковой искренне считаю этимологию. В.Н. Топоров в цитированной выше статье приводит афоризм, приписываемый А. Мейе: «Все хорошие этимологии уже найдены, а те, что не найдены, – нехороши». Этимологии конструируются по сложному составному набору принципов, в каждом отдельном случае эти принципы разнятся, но все же для лингвистов на первом месте остаются принципы чисто лингвистические. Меня же куда более интересует семантика, которая для лингвистов только один из компонентов анализа, часто – далеко не главный. Приведенные выше этимологии (и многие из тех, которые еще будут приведены) сложились давно, в начале прошлого – конце позапрошлого века, а то и раньше. Существенного изменения за 100 прошедших лет они не претерпели. Но за эти 100 лет возникли и стали стремительно развиваться некоторые новые научные дисциплины и новые направления в прежних. В данном случае меня больше интересуют культурология, сравнительное правоведение, логический анализ языка, исследование ментальности и др. Мне представляется, что анализ семантики ряда терминов без учета данных этих новых дисциплин сегодня немыслим. Топоров пишет: «В каком объеме “традиционные принципы” этимологии включают в себя экскурсы в нелингвистические области, сказать

[124] Г. Берман утверждает (и я согласен с его утверждением), что ни ius, ни δίκαιον не содержали значения субъективного права. «Римское право признавало субъективные обязанности (обязательства), но не признавало объективных прав. То же самое, между прочим, относится и к греческому, и к еврейскому праву» [Берман, 1999, с. 317]. Даже то, что мы сегодня описали бы как право гражданства, понималось греками иначе – как своего рода стратификация или статусное, а не правовое распределение. Это очень важная черта, но здесь мы просто отметим ее.

[125] [Топоров, 2005, с. 22].

трудно»[126]. Но то, что они должны быть если не включены, то учитываться, это несомненно.

Считаю нужным высказать несколько предположений, относительно семантики терминов, относящихся к праву. По моему мнению, связь между понятием «право» и правой стороной восходит к периоду куда более древнему, чем формирование национальных языков. В. Пизани формулирует одну из основных норм семантики: «…Новое значение, воспринятое словом, уже существовало как вторичное при предшествующем употреблении слова»[127].

Могло ли значение ‘правая сторона’, ‘правая рука’ быть присуще слову (словам), обозначающему «право» (*droit, diritto, derecho, right, Recht, право, правда*)? Это кажется маловероятным еще и потому, что термин для правой руки существовал – он восходил к индоевропейскому *decks-to (фр. *destre*, итал. *destro*, исп. *diestro*, др. – англ. *swiðra*, др. – верх. – нем. *zeso*, ст. – слав. *десн҃ъ*)[128]. Нет сомнения, что оппозиция правый/левый восходит к очень глубокой древности и характерна не только для индоевропейских народов[129]. С.М. Толстая характеризует ее как универсальную семантическую оппозицию, «в которой пространственные отношения получают аксиологическую интерпретацию: правый соотносится с положительным значением (счастье, удача, здоровье, плодородие и т. п.), а левый – с отрицательным (беда, неудача, болезнь, неурожай и т. п.)»[130]. Как часть системы универсальных основных признаков (бинарных оппозиций) ее толкуют Вяч. Вс. Иванов и В.Н. Топоров на обширном и разнородном материале[131]. Это противопоставление получает широкое распространение в повседневной жизни и находит свое отражение, в частности, в славянских заговорах, гаданиях, поговорках и других формах[132]. Важность этой оппозиции для индоевропейской культуры отмечают Т.В. Гамкрелидзе и Вяч. Вс. Иванов[133]. Относительно ряда действий строго предписывалось, что их можно делать только правой рукой, например, держать серп во время жатвы, совершать определенные ритуальные действия и др. Для архаической культуры это неудивительно: еще даже моих ровесников-левшей в школе в обязательном порядке переучивали писать правой рукой, в армии исключалась возможность отдавать честь левой рукой, левой рукой нельзя креститься (даже левшам), на площадях советских городов Ленин бодро указывал правой рукой путь в будущее (уверен, что идея поставить тот же памятник в зеркальном варианте рассматривалась бы как подрывающая устои общества и государства). При этом *рука* понималась как символ власти и даже как сама власть: значение индоевропейского *mHr-/n-(t[h]) не только ‘рука’, но и ‘власть, отдавать во власть, править’[134].

Итак, что мы получаем в итоге? С одной стороны, у нас есть архаическое деление на правый (сильный)/левый (слабый), при этом правый связан с хорошим, а левый с плохим (иногда наблюдаются инверсии при сохранении аксиоматической окрашенности). Есть общеевропейский корень *decks-to для правой руки и правой стороны, при наличии у них семантической связи с представлением о власти. (Мы и сегодня говорим: «править твердой, сильной рукой»). С другой стороны, мы видим индоевропейский корень *reĝ(‘прямой, проводить прямо, править, управлять, вытягивать, растягивать, поднимать, устанавливать’), из которого потом разовьются древнеисландский *rēttr*, готский *raíhts*, немецкий *Recht*, английский *right* и многие дру-

[126] [Там же, с. 23].

[127] [Пизани, 2001, с. 145].

[128] [Шайкевич, 1959, с. 61].

[129] [Шайкевич, 1959; Толстой, 1997, с. 144].

[130] [Толстая, 2009, с. 233].

[131] [Иванов, Топоров, 1974, с. 259–304].

[132] [Иванов, Топоров, 1965, с. 91–98; Толстой, 1995, с. 153–156; Толстая, 2009, с. 233–237].

[133] [Гамкрелидзе, Иванов, 1984, т. II, с. 783–784].

[134] [Гамкрелидзе, Иванов, 1984, т. II, с. 806–807].

гие, в том числе латинский *regō, rēctum*[135] *(rectus*), из которых образуются *rex* и *directus*(*m*), давшие на новом этапе *diritto, derecho, droit*. И все эти новообразованные слова, означавшие попрежнему «прямой, находящийся под прямым углом, вертикальный, отвесный, ровный, подходящий, соответствующий, правильный, справедливый», со временем, где раньше, где позже, приобретают также значение «правый (противоположность левому), правая сторона», вытесняя уже существовавший для этого значения термин. Аналогичный процесс наблюдается и в иранских языках[136].

Причины подобного параллелизма остаются неясными. Гипотеза Я. Гримма о романском влиянии[137], представляется сомнительной даже в отношении немецкого языка[138], тем более она неприменима к самим романским, и уж совсем никак – к славянским и иранским. Как представляется, это может свидетельствовать только об одном: в перечисленных значениях нет одного – может, и не главного, но сплетенного значения, которое могло бы объединять эти две стороны. Такое значение предположительно может быть сформулировано следующим образом: ‘сделанный (проложенный, прочерченный) как нужно, сделанный правой рукой, сильной рукой, рукой вождя’. Тогда оказывается оправданной отмеченная выше связь права с фигурой того, кто чертит прямые линии, будь то раздел земельных участков, закладка дома или определение линии поведения: rex и ius, и directus, и dexter, dextra (правая рука, десница).

Если это действительно так, то из этого может следовать, что некая часть семемы сохраняется на уровне бессознательного, а потом при определенных условиях оказывается «вызволена» оттуда в сферу явного, сознательного. Естественно, речь идет не об индивидуальном бессознательном (но и едва ли о коллективном в смысле Юнга); скорее, оно присутствует на уровне языка, так как, по всей видимости, передается вместе с ним – значение может оставаться скрытым, как в данном случае, для многих поколений в течение тысячелетия и лишь потом актуализироваться. Это предположение проливает совершенно иной свет на природу языка, в частности на некоторые феномены, например, утрату языковой общности при эмиграции. Но этот вопрос выходит далеко за пределы нашей темы[139].

В итоге мы можем сформулировать предположительно то первоначальное значение права, которое открывает его этимология: *право – это космический мировой порядок, озвучиваемый, провозглашаемый и прочерчиваемый здесь, в нашем социуме, тем, кто идет вперед(и)* (тем, кто ведет, вождем, сильным, знающим). Такое значение с необходимостью предполагает, что право – это хорошо, это справедливо, это так, как надо, как должно быть. А закон – это уже «застывшее» право, провозглашенное, зафиксированное. Кто такой «тот, кто идет вперед», и почему члены социума полагают (уверены), что он знает, что и как должно быть – тема особая. Мы коснемся ее позже, в главе «Индивид и социум». Здесь же ограничимся лишь напоминанием о том, что данное определение – не сущность права самого по себе как оно есть, а только предполагаемый вариант исходного понимания его (индо)европейцами, т. е. раннего европейского правосознания.

---

[135] [Pokorny, 1939–1956, IX, S. 854–856].

[136] [Шайкевич, 1959, с. 61].

[137] [Grimm, 1848, II, S. 987–988].

[138] См. аргументы против нее: [Шайкевич, 1959, с. 62].

[139] Надо отметить, что есть еще одно возможное объяснение данного феномена. Возможно, что в тот или иной период оппозиция правый/левый существенно активизировалась, скажем, в связи с развитием права в каждой из культур, что привело к независимому вытеснению старого термина новым. Но я не располагаю никакими данными на сей счет, а потому это представляется не более чем чисто логически допустимой гипотезой.

3. Школы права

Если в архаической культуре право непосредственно выводилось из миропорядка, то его связь с религией, восходившей к тому же источнику, была не только естественна, но и необходима. С течением времени эти связи постепенно ослабевали, каждая из областей обретала свои специфические черты и практики. Относительно современного состояния все еще нельзя говорить о полном разрыве этих связей не только в отношении общих представлений, но и в отношении теорий. Даже если оставить в стороне официальные концепции католицизма или протестантизма, в качестве иллюстрации такого подхода к праву можно назвать замечательные во многих отношениях работы Г.Дж. Бермана «Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition» (1983)[140] и «Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion» (1993)[141], относительно недавнюю книгу Т. Вуда «How the Catholic Church Built Western Civilization» (2005)[142] и др.[143] Берман настойчиво проводит мысль о связи правовой традиции с религией (с его точки зрения, в основании нынешних западных правовых систем лежит каноническое право) и видит причины нынешнего кризиса данной традиции именно в ее обособлении от своего источника. Т. Вуд считает своей задачей развенчать антиклерикальный миф, созданный в эпоху Просвещения, оставаясь на позициях независимого историка. Конечно, это всего лишь частные примеры, но и они могут дать подсказку, под каким углом может быть рассмотрено современное состояние теорий права.

История теории права – история его постепенного обособления. От Г. Гроция, провозгласившего, что естественное право не может быть изменено даже самим Богом, и тем самым представившего его как независимую сферу, через Х. Томмазия, принципиально разграничившего право и нравственность, до Г. Кельзена с его установкой на создание «чистой» теории права и Д. Серля, для которого право – «система вербальных взаимодействий»[144]. В определенном смысле борьба между существующими школами права – это борьба позиций соотнесения права. Естественно-правовой подход продолжает настаивать на связи права с миропорядком, с природой и моралью, историческая школа пыталась рассматривать права в перспективе своего рода эволюции национального духа, позитивный подход стремился ограничить сферу рассмотрения самим правом. Другие существующие или существовавшие школы тоже в качестве характерных черт несли в себе соотнесение права с той или иной обособленной сферой теперь уже почти безнадежно распавшегося бытия – сферой психического или ментального, сферой социального, сферой ценностного и т. д.

Казалось бы – нет ничего проще, чем объединить все подходы и отбросить все лишнее. Существует и такой подход – он получил название интегрированной юриспруденции[145]. К сожалению, он не принес мира и оказался не в состоянии решить стоящие перед правом проблемы. Еще в меньшей мере он оказался способен пролить свет на природу и происхождение права. Хотя разве тут могут возникнуть неясности?

«Право является явно инструментом (device) для социального контроля – инструментом для того, чтобы принудить человека делать то, чего он едва ли стал бы делать, если бы действовал по собственной склонности»[146], – Д. Мерфи и Ю. Колман полагают, что это едва

---

[140] [Берман, 1998].

[141] [Берман, 1999].

[142] [Вуд, 2010]. Правда, в том разделе, где говорится о влиянии церкви на право, именно Берман служит для Вуда основным источником.

[143] Например: [Rodes, 1976]. Автор утверждает, что право – своеобразная модель присутствия Бога среди людей.

[144] [Fletcher, 2003, p. 85].

[145] См.: [Берман, 1999, с. 340–363].

[146] [Murphy, Colleman, 1990, p. 6].

ли не лучшее начало ответа на одну из старейших проблем в философии права – проблему самого понятия права. Тезис этот принадлежит выдающемуся английскому теоретику права Г. Харту. Эта формула, однако, хороша только на первый взгляд. Во-первых, существуют и другие инструменты принуждения, не относящиеся к праву, но соответствующие данному определению (например, рекламные компании), а следовательно, это заведомо широкое определение, и, во-вторых, это определение вскрывает скорее характер функционирования права с точки зрения отдельного гражданина, чем его действительную сущность. В данном утверждении сразу предполагается некая внешняя сила (правительство, суверен, Бог), воздействующая на человека.

Тот факт, что право функционирует в качестве инструмента социального контроля – очевидность, но фиксация подобной очевидности ничуть не помогает приблизиться к ответам на основные вопросы, которыми задаются юристы и философы: в чьих руках находится этот инструмент и как меняются формы контроля? почему в разных культурах право играет существенно различную роль? как достичь оптимальных форм контроля? чем отличается право от «не-права» – юридических норм, установленных в тоталитарных государствах? как соотносятся между собой различные (противоречивые) нормы права?

Приведенное выше определение несет в себе отличительные черты позитивного подхода к праву. Но разве нельзя исключить возможность того, что люди сами создают эту внешнюю силу и сами ограничивают произвольность своих действий? Разве не в той же степени верно будет сказать, что право является (во всяком случае, может служить) инструментом контроля власти?

Было бы немыслимой задачей взяться излагать многообразие правовых учений и рассматривать формы борьбы между ними – это легко восполнит имеющаяся теоретико-правовая литература. Борьбе между школами права посвящены тысячи публикаций. Я хотел бы обратить внимание на другую сторону – на некоторые из методологических установок этих школ. Я ограничусь тремя самыми известными: позитивно-правовым подходом (относя к нему также нормативный подход), естественно-правовым и исторической школой права. Хотя последняя в значительной мере утратила свои позиции, сам этот факт достаточно интересен, тем более что другие школы не исключают исторического измерения для права.

Третье методологическое отступление

Сразу отмечу, что я вовсе не рассматриваю себя как находящегося вне указанного противостояния или, тем паче, «парящего над» схваткой. Указанное противостояние школ представляется мне существенным и плодотворным. Но признаю, что затруднюсь ответить на вопрос, к какой из позиций склоняюсь я сам. Долгое время я считал, что излагаемая в этой книге позиция относится к школе естественного права. Однако по ряду черт ее можно с полным правом отнести к школе позитивной. Кроме того, сама постановка проблемы требует обращения к истории, и из дальнейшего станет видно, что история – если и не единственный, то один из важнейших факторов современного отношения к праву в той культуре, к которой я себя отношу. К сожалению, методологические установки чужих подходов всегда легче вскрывать, чем свои собственные. С другой стороны, формальное отнесение к той или иной школе не может иметь никакого значения.

Различие между школами права рассматривают с нескольких сторон. «Позитивная школа понимает право главным образом как особый тип политического инструмента, свод правил, изложенный (“постулируемый”) государством, который обладает собственным независимым автономным характером и существует отдельно и отлично как от морали, так и от истории. Школа естественного права понимает право главным образом как воплощение в юридических

нормах и понятиях моральных принципов, проистекающих из разума и совести. Историческая школа права понимает право как проявление исторически развивающегося этоса, традиционных общественных представлений и взглядов народа или социума», – так видит различие между тремя школами Г.Дж. Берман[147].

Это определение различий приведено за его краткость, но оно все же требует уточнений. Во-первых, позитивная школа права не отрицает огульно ни истории, ни морали. Точнее будет сказать, что она понимает историю иначе, чем историческая школа, и отводит морали иную роль, чем естественно-правовой подход. Относительно истории будет достаточно сказать, что она включена примерно так же, как в биологии (в качестве схемы и последовательности, без конкретных исторических особенностей). Что же касается морали, то последняя выступает как неотъемлемое, но не правообразующее свойство, т. е. она может нивелировать право, но не может его создать[148]. Во-вторых, естественно-правовой подход не сводится к взгляду, что право является простым «воплощением» моральных принципов (хотя можно найти сторонников такой позиции), скорее, он рассматривает их как два разных вида, относящихся к единому роду – природе, также понимаемой иногда весьма различно. Наконец, в-третьих, историческая школа скорее рассматривает право как продукт исторического развития определенного этноса (еще точнее – этоса этноса), и проявление его национального духа, поэтому-то у двух разных народов не может быть единой правовой системы.

Если ограничиться отдельно взятыми цитатами, то можно было бы сказать, что положения Платона и Аристотеля лежат в основе большинства европейских школ права. Но пусть даже в основании того или иного правового учения лежит некий тезис, заимствованный (или просто сходный) из античного наследия, – это ни в коей мере не означает, что то или иное правовое учение не вносит ничего нового и вместе с оригинальностью лишается и всякой ценности. Отождествление правовых учений с их античными предшественниками было бы верно с точки зрения буквы, но являло бы серьезную ошибку при рассмотрении тех же цитат в полном контексте. И Платон, и Аристотель исходят из установки, согласно которой основной базовой единицей является сообщество – полис, в основании же большинства современных юридических теорий будет находиться обособленный разумный индивид. Ни для Платона, ни для Аристотеля еще не существовало понятия индивидуальных прав (точнее, права в субъективном смысле), не знает его, несмотря на все свои совершенства, и римское право, хотя оно, в отличие от греческого, содержит индивидуальность как возможность. Нам еще предстоит вернуться к этой особенности римского права. Здесь же ограничимся тем, что подчеркнем важность этой отличительной детали.

Кроме того, в Новое время и разум будет пониматься иначе: теперь это будет не универсальный разум, преломленный в отдельном человеке, а построенный на универсальных принципах индивидуальный разум. Только так, например, можно понять известную теорию «невидимой руки» А. Смита[149], воспроизводимую в XX веке Р. Нозиком[150]. И только так можно понять стремление Руссо пробудить в человеке посредством воспитания природный разум в противовес индивидуальному, организованному на категориях общественного существования. Конечно, подобное противопоставление характерно далеко не для всех мыслителей, рассматривавших проблемы права (иногда это противопоставление оказывается скрытым), но в целом именно эта позиция окажется определяющей, и стремление преодолеть подобную двойствен-

---

[147] [Берман, 1999, с. 341].

[148] «Ни один «позитивист» не может отрицать… что стабильность правовых систем частично зависит от… соответствия их морали» [Харт, 2007, с. 295].

[149] «Каждый человек преследует лишь свою собственную выгоду, причем в этом случае, как и во многих других, он невидимой рукой направляется к цели, которая совсем не входила в его намерения» [Смит, 2007, с. 443].

[150] [Нозик, 2008].

ность найдет свое отражение даже в борьбе психологистов и антипсихологистов, а также определит ряд задач и проблем феноменологии.

Это различие в понимании разума определяется в различии понимания отношения «индивид – социум». Если античные философы классической поры исходили из приоритета общества, полиса, а человек обретал свой статус в силу принадлежности к данному полису, то в этом случае разум понимался как общий для всех и был направлен прежде всего на устроение «наилучшей» полисной жизни. Разум частной жизни нужен был только для подавления телесных страстей и восхождения к подлинно сущему. Частная жизнь вообще не рассматривалась как нечто достойное, и уж тем более ценное. Даже Аристотель в своей этике выше оценивает те качества и понятия, которые связаны с отношением к другим гражданам. И процесс становления отдельного человека (его совершенствования) никоим образом не предполагал его противостояние обществу. Напротив, лучшие должны были способствовать развитию «оставшихся позади», не могло идти речи о том, чтобы освободившийся платоновский узник пещеры отдался свободному творчеству в духе романтиков и не вернулся за оставшимися. Этот принцип союзного единства пронизывает все сферы бытия и мышления античной классики – от фаланги гоплитов до полисной организации вокруг агоры и немыслимости обособленной домашней жизни. Мы можем увидеть это даже на уровне терминологии. Один из важнейших терминов аристотелевской этики[151]– βούλησις (разумное вожделение) означает способность выбирать путь к добродетели, но исключает понятие личностной воли, поэтому Максим Исповедник, а вслед за ним Иоанн Дамаскин предпочтут ему для обозначения воли θέλησις[152]. Даже в знаменитом аристотелевском «созерцании» (θεωρία), деятельности богов, подлинном счастье [EN, 1178b20–33], понятии, игнорирующем на первый взгляд всякую социальную активность, можно найти тонкий смысловой слой коммунитарности – во-первых, из-за ее связи с общественно значимой рассудительностью (φρόνησις), а во-вторых, благодаря его отчетливо читаемой парадоксальности.

Христианство переосмыслило античную коммунитарность: она сохранила ее для церкви и одновременно заменила личной ответственностью индивида перед Богом. Мы увидим далее, что и эта первоначальная христианская модель была переосмыслена в западноевропейской традиции. Эпоха Возрождения открыла для индивида пространство социального. Индивид обнаружил способность ставить цели и добиваться их в социальном пространстве, не жертвуя личным спасением, – это главное открытие европейского Ренессанса. Именно на этой платформе была построена новая модель, охватывающая все мировоззрение, в том числе и право. Поэтому модель разума, которую предлагает Новое время, не только радикально отлична от античной, но во многом прямо противоположна ей, при том, что по-прежнему использует ее формулы и категории. Разум предстал прежде всего как потребность для устроения такой формы общественной жизни, которая способствовала бы свободному существованию индивида. Подавляющее большинство западных теорий права от Гуго Гроция до наших дней будут искать в качестве главной цели гармоничное соединение индивидуальной безопасности и растущей потребности в личной свободе. С самого момента своего рождения новое европейское государство постепенно утрачивает самостоятельную ценность и все чаще выступает только как гарант безопасности каждого из своих граждан.

Г. Берман считает, что авторов до эпохи Просвещения (он относит к ним даже Д. Локка) неверно относить к какому-либо из направлений, они соединяли в своих учениях и естественно-правовой подход, и позитивистский, и исторический[153]. Далее следует разделение,

---

[151] [Канто-Спербер, 2006, с. 450].

[152] [Frede, 2002, p. 73].

[153] [Берман, 1999, с. 344]. Берман считает, что они представляли все три школы. Относительно исторической школы это явная натяжка. Она обусловлена его симпатиями к этому направлению, которое Берман толкует совершенно иначе, чем оно замысливалось представителями данной школы, например, Савиньи.

обусловленное кризисным, с его точки зрения, явлением: отрывом права от божественного источника. Мне представляется, однако, что Берман прав лишь отчасти: этот разрыв произошел ранее, но не носил категорической формы. В определенном смысле естественно-правовой подход и историческая школа права (если допустимо говорить о ее существовании сегодня), пусть и в ослабленном и превращенном виде, но сохраняют эту связь по сей день.

Верно, однако, что в XVIII веке в Европе появляется ряд учений, утверждающих высшую инстанцию в качестве источника права, но теперь эта высшая инстанция оказывается не тождественна Богу, а иногда – независима от Него. Первым, кто осуществил этот разрыв в полной мере, следовало бы назвать Канта. Хронологически он не был первым, но до него никто не создавал столь всеобъемлющей и полной правовой доктрины, исключавшей божественное влияние, – ни Монтескье, ни Дидро, хотя своими современниками и многими последователями они часто воспринимались именно так. Кант решительно переставил порядок следования: теперь не право зависело от Блага, но Благо от права. Кант, однако, сохранил его связь и зависимость от разума – разума, понимаемого уже в его, кантовском смысле. Линия разделения была проведена между трансцендентным (Благо, Бог) и трансцендентальным (Разум). Ж. Делез комментирует это так: «Это означает, что закон уже не должен и не может обосновываться в каком-то верховном принципе, от которого он получал бы свою правомочность. Это означает, что закон отныне должен оцениваться сам по себе и основываться в самом себе, что у него, следовательно, нет никакой иной опоры, кроме собственной формы»[154]. Делез прав и не прав: это дало возможность не основывать закон на Верховном Принципе, но право у Канта все же находит свое основание в разуме. Не в меньшей мере, чем у Сада – в желании либертина.

В начале XIX века рождаются две новые школы права: в Германии возникает историческая школа, основателем которой являлся Г. Гуго (1764–1844), но самое яркое и полное воплощение она нашла в работах Ф.К. фон Савиньи (1779–1861) и Г.Ф. Пухты (1798–1846), а в Англии и США под влиянием работ Д. Остина (1790–1859)[155] складывается школа позитивного права. Уже в начале второй половины XIX века между школами разворачивается борьба[156]. Позитивная школа видела начало права в приказе суверена (правителя, законодательного органа)[157], историческая школа считала таковым народный (национальный) дух – право рождается и существует подобно языку (знаменитый тезис Савиньи)[158]. Надо отметить, что даже для этих школ на раннем этапе совершенно не характерно радикальное устранение Божественного присутствия в праве[159]. Точнее будет сказать, что в отношении этого присутствия разворачивается процесс его бережного вытеснения за пределы правовой науки. Радикальность кантовской позиции еще долго не будет превзойдена.

Появление новых школ в начале XIX века выявляет предыдущую правовую традицию в качестве особой школы – школы естественного права. Ее истоки весьма проблематичны: долгое время ее родоначальником считался Гуго Гроций (1583–1645), но традиция и термин ухо-

---

[154] [Делез, 1992, с. 261].

[155] Прежде всего посмертно изданных «Лекций по юриспруденции, или философии позитивного права» (1863).

[156] [Dahn, 1864, S. 499–500].

[157] «Каждый закон (law) или правило ((взятый в широчайшем значении, которое, строго говоря, этому термину может быть дано) является командой. Или, скорее то, что в собственном смысле называют законами и правилами, является неким видом команд» [Austin, 1998, p. 13]. Ср. с изложенным в платоновском «Миносе» тезисом собеседника Сократа: «Закон – это уложение государства (νόμος δόγμα πόλεως εἶναι)» [Minos. 314c].

[158] «Как и для языка, так и для права не существует мгновения абсолютного покоя, оно находится в таком же движении и развитии, как и любое другое направление развития народа, и это развитие также подчиняется тому же закону внутренней необходимости, как и названное самое раннее проявление. Таким образом, право развивается вместе с народом, формируется вместе с ним и, наконец, умирает, как только народ утрачивает свое своеобразие» [Савиньи, 2011, с. 133].

[159] В указанном выше словаре Ф. Дан формулирует достигнутые результаты исследований права в 14 тезисах, среди которых: «3. В высшем смысле Бог сам есть право, так как Бог есть истина. 4. Бог вечен, а потому право вечно. Бог живой, а потому право живое. 5. Божественное право является для людей нравственным законом. 6. Бог есть справедливость, когда он управляет своим правом» [Dahn, 1864, S. 499].

дят куда глубже – к схоластическому учению о праве (прежде всего Фомы Аквинского), еще далее – к римским юристам[160], а иногда к естественно-правовому подходу относят и Аристотеля. Монтескье, Руссо, Кант, Гегель – сторонники естественного понимания права. Спектр течений внутри этой «школы» чрезвычайно широк[161]. Естественно-правовой подход остается и сегодня одним из авторитетнейших в правовой науке.

В основе большинства направлений естественно-правового учения (и лишь отчасти – самого права) лежит обособленный разумный индивид[162]. Это своего рода математическая модель, в основе которой установлен принцип неделимой величины[163]. Дж. Бьюкенен и Г. Таллок считают это отличительной чертой всей западной философской традиции[164], что показательно уже само по себе, хотя и явное преувеличение, в какой-то мере объяснимое для математического подхода к экономике. В основе позитивного правового учения также оказывается все тот же обособленный рациональный индивид[165], но в двух вариантах – облеченный властными полномочиями и не имеющий таковых, один (или соответствующая группа) задает нормы права, другой обязан следовать им. Достаточно характерно, что источник этих полномочий представители позитивной школы рассматривают редко, останавливаясь на процедуре наделения ими.

А исторической школе права был присущ не индивидуальный, а коммунитарный подход[166], и источником права оказывалась общность, причем общность не политическая или правовая (как «Левиафан» Т. Гоббса), а общность национальная, по сути же своей эта общность понималась как духовная и культурная. В этом смысле историческая школа радикально отличалась от двух остальных – те были построены как математические модели, эта включала ряд мистических моментов (она была своего рода «художественной» моделью). Естественная школа тоже не была лишена вовсе мистических элементов: Л. Уайнреб убедительно показал, что классическая теория естественного права содержит в своей основе либо концепцию предопределения, либо Провидения; согласно ей универсум необходимо нормативен и содержит объективный стандарт, служащий основанием для оценки позитивных законов[167]. Некоторые критики усматривали элемент мистического и в позитивном подходе, например, понятии «нормы» у Г. Кельзена, но подобного рода элементы, по сути дела, лежат за пределами правовых учений обеих школ, хотя в какой-то мере обусловливают их. Мистический элемент исторической школы носил принципиально иной характер и уже этим заметно отличал ее от других.

Полемика между школами велась не только о сущности права, но и о его начале. Уже Остин считал, что закон отличается от других приказов (или команд) своим происхождением (pedigree). Это его положение некоторые философы права рассматривали как самую оригинальную и существенную черту правового позитивизма, а именно, что легальное происходит

---

[160] [Honoré, 2010].

[161] В.А. Четвернин в своей ранней книге выделяет пять направлений: теологическое, объективистское, неокантианское, экзистенциалистское и психоиррационалистское [Четвернин, 1988, гл. 2]. Оставляя в стороне вопрос о полноте охвата (автор сосредоточивает свое внимание прежде всего на немецкоязычной правовой литературе) и критериях выделения направлений, надо сказать, что по крайней мере к этим пяти направлениям стоит отнести в качестве шестого либертарную теорию права, сторонником которой является сам В.А. Четвернин.

[162] Я пишу «большинства», так как теоретически можно допустить иную исходную установку, но мне не удалось найти ни единого примера. В любом случае необходимость связи между естественно-правовым подходом и данной установкой требует логического или методологического обоснования.

[163] См. подробное рассмотрение этого: [Шевцов, 2011б; 2012].

[164] [Бьюкенен, Таллок, 1997].

[165] В рамках позитивного подхода, тем не менее, существует иная установка, примером которой может служить правовая теория Г. Еллинека (см. ниже).

[166] Одна из причин, по которой ее так ценит Г.Дж. Берман.

[167] [Weinreb, 1987].

из нелегального[168]. Иногда спор между позитивной и правовой школами рассматривали как спор о том, что лежит в основании права – порядок или справедливость соответственно[169]. Именно в порядке или справедливости полагали сущность права (к началу XX века историческая школа и постулируемый ею «народный дух» (Volksgeist) заметно утратила влияние, а впоследствии использование ряда ее положений и терминов в идеологической доктрине фашизма еще больше способствовало утрате ею своих позиций).

И справедливость, и порядок, и даже дух народа, в общем-то, могут рассматриваться как сущность права. «Сущность» – термин трудноопределяемый, относится к области метафизики и в некотором смысле вообще фиктивный. Аристотель, как известно, писал, что «о сущности говорится если не в большем числе значений, то по крайней мере в четырех основных» [Meth., 1028b34]. Поэтому надеяться примирить подходы к праву или опровергнуть их и выделить один в качестве единственно истинного представляется неправильной постановкой задачи. Подходы к праву возникают как ответы на определенные правовые проблемы, и в этом смысле они совершенно оправданы. Историческая школа права, при всем ее достаточно экзотичном характере, очень способствовала правовому развитию Германии, и это ее бесспорная заслуга. Было бы прекрасно найти единую суть права, но скорее всего, при своем обнаружении она не вызовет ничего, кроме разочарования, так как окажется бесполезной при решении конкретных задач правовой науки. В большинстве случаев правовые учения создаются с практической целью, и даже в случае чистой теории сохраняется отпечаток исходной задачи.

Вопрос определения сущности права оказывается вопросом установления его связи (подчинения) более широкой и всеобъемлющей практике человеческого сообщества. Поэтому когда позитивный подход сводит право к управлению (отдаче команд) и урегулированию механизма управления (как у Г. Харта[170]) или к осуществлению в приказном порядке, подкрепленном санкциями, неких высших норм (как у Г. Кельзена[171]), то ясно, что такой подход предполагает прежде всего задачу совершенствования системы законодательства, точнее, совершенствование механизма осуществления правовой деятельности, но совершенно не затрагивает вопроса о ее оправданности в плане тех задач, которые стоят перед обществом и отдельным человеком.

Когда представители школы естественного права провозглашают в качестве сущности права установление справедливости (В. Кубеш), сопротивление несправедливости (А. Кауфман), осуществление коммуникации (Л. Фуллер), неизменную природу человека, полученную им от Бога (официальная доктрина католической церкви), равенство людей (В.С. Нерсесянц, В.А. Четвернин) или, наконец, признают невозможность обнаружить сущность права, так как для этого следовало бы узнать природу самого человека (А. Батифоль), нужно признать, что это опять-таки никак не может объяснить существование культур, в которых право не является главенствующим принципом существования людей в социуме.

Сформулированная выше задача данного исследования оказывается вне соприкосновения с большинством правовых учений. Как бы ни были хороши определения понятия права той или иной школы, они никак не могут пролить свет на негативное отношение к нему. Вот, например, определение сущности права, которое предлагает Л. Фуллер: «устанавливать, поддерживать и охранять целостность каналов коммуникации, посредством которых люди передают друг другу то, что они воспринимают, ощущают и желают»[172]. Оставим в стороне проблему логического и содержательного анализа подобного определения (Фуллер представляет

---

[168] См.: [Murphy, Colleman, 1990, p. 22].

[169] [Берман, 1999, с. 298].

[170] [Харт, 2007].

[171] [Кельзен, 2004, с. 47–48].

[172] [Фуллер, 2007, с. 221].

его не как определение, а как «центральный и неоспоримый принцип того, что можно было бы назвать материальным правом»). Представим на минуту, что это определение совершенно и максимально точно выражает смысл права; примем без оговорок, что коммуникация и целостность ее каналов являются жизненно важными условиями существования человеческого общества. Но и в этом случае из данного определения никак не следует, что право – единственный механизм коммуникации и единственный способ охраны целостности ее каналов. Вполне возможны культуры, в рамках которых эту роль будут осуществлять иные социальные механизмы, а право – обеспечивать иные функции. В предложенной формуле нет никакой необходимой связи между правом и каналами коммуникации – можно предположить, что эта формула относится не к праву, а к языку.

Сформулированный Л. Фуллером принцип рассматривает право с точки зрения функции, причем эта функция взята предельно широко (даже слишком широко), поэтому право представлено американским теоретиком в большей мере философски, чем юридически. При строгом юридическом подходе ситуация также не получит прояснения. Например, видный немецкий теоретик права Р. Алекси предлагает такое определение: «Право – это система норм, которая 1) содержит в себе притязание на правильность; 2) состоит из совокупности норм, которые принадлежат к в общем и целом социально действенной конституции и не являются крайне несправедливыми, а также из совокупности установленных в соответствии с этой конституцией норм, которые обладают определенным минимумом социальной действенности и не являются крайне несправедливыми; и, наконец, 3) включает в себя принципы и иные аргументы, на которых основывается и/или должна основываться процедура правоприменения, чтобы соответствовать притязанию на правильность (Korrektheit)»[173].

Структуру данного определения некоторые авторы склонны понимать как свидетельство того, что автор представляет систему правовой философии – она возникает благодаря отношениям между тремя пунктами[174]. Его громоздкость могли бы искупать его окончательность и универсальность. Логическая стройность аргументов и определений, характерная для данного автора, сама подсказывает ему, что данное определение может применяться «только в отношении развитых правовых систем, имеющих иерархическую структуру»[175]. Он предполагает, что для неразвитых правовых систем можно было бы разработать упрощенный вариант определения – это звучит достаточно странно: обычно более сложное включает более простое. Но здесь нет нужды всесторонне рассматривать данное определение. Я укажу лишь на ряд деталей. Во-первых, относительно «притязания на правильность» (аргумент правильности рассмотрен Алекси ранее[176]): это важная черта, но ее природа и механизм функционирования остаются неясными – она задана лишь как интенция. Законодательство сталинского периода в СССР несомненно обладало «притязанием на правильность», но делало ли это его более правильным (Korrektheit)? Во-вторых, даже если я признаю, что современное право Украины соответствует данному определению целиком и полностью, я все равно не вижу оснований верить в то, что сотрудники этой правовой системы будут строго действовать именно так, как предписывает система. Более того, я точно знаю, что не будут. А ведь в определении сказано лишь: «принципы и иные аргументы, на которых основывается и/или должна основываться процедура правоприменения», эта оговорка («или должна») существенно меняет картину. Я понимаю, что для некоего условного среднего европейца или американца правовая система Украины никак не может претендовать на статус «развитой правовой системы», но как провести границу? Ведь формально определение приемлемо.

---

[173] [Алекси, 2011, с. 157].

[174] [Klatt, 2012, p. 26].

[175] [Алекси, 2011, с. 158].

[176] [Там же, с. 43–48].

Мне приходилось наблюдать, как на двухрядном горном серпантине в Италии при ограничении скорости движения до 60 км/ч огромные фуры буквально «наступали на пятки» легковым автомобилям в правом ряду, и так шедшим со скоростью более 80 км/ч, вынуждая их еще увеличивать скорость. Означает ли это, что в Италии правила дорожного движения «должны применяться», но не применяются? А если реально осуществляемая система правил дорожного движения не соответствует провозглашенным и зафиксированным правилам, значит ли это, что в Италии отсутствует «развитая правовая система» вообще?

Те определения права, которые предлагают сторонники позитивного подхода, вообще не затрагивают правосознание, разве что в том смысле, что изначально полагают его нулевым или негативным – для чего и необходимы санкции, подкрепляющие команду (или приказ). Но и в тех случаях, когда позитивисты все же говорят о естественных правах и даже признают их наличие, их понимание права не может помочь нам даже приблизиться к решению проблемы.

Рассмотрим это на одном примере. Я возьму его из статьи Г. Харта «Существуют ли естественные права?». Напомню, что речь идет о субъективных правах (rights), которые автор характеризует как «ограничение свободы другого»[177]. Ряд положений относительно возникновения права, изложенных в этой статье, уже подвергались критике, в частности, Р. Нозик показал логическую и правовую несостоятельность так называемого «правила честности»[178]. Но у Г. Харта странным образом права могут возникать из разных источников, помимо уже упомянутого «правила честности», их создают обещания, согласия и т. д. Это так называемые специальные права (special rights), т. е. права, которыми обладают конкретные индивиды в отношении других. Харт выделяет три источника специальных прав: обещания (добровольный выбор той стороны, на которую падают обязательства); согласие (предоставление прав); взаимность ограничений. Критика Нозика относится к третьему источнику. Я полагаю, что первые два на самом деле представляют собой единый способ вовлечения человека в уже существующую цепочку прав, а потому они в буквальном смысле могут считаться источником права только для отдельного человека и при определенных условиях, о которых Харт ничего не говорит, и в этом смысле источником права как такового не являются вовсе. Кроме того, это рассмотрение служит подтверждением выраженного выше тезиса об индивидуальном подходе, присущем правовому позитивизму.

Харт в приведенном ниже фрагменте аргументирует свое утверждение, что «…понятие о наличии права, и понятие о получении выгоды от исполнения другим своей “обязанности” не являются тождественными». Но приводимый им пример для аргументации этого положения показывает, как он представляет себе возникновение специальных прав. «X обещает Y в обмен на некоторую услугу, что он будет присматривать за старой матерью Y в его отсутствие. Из этого взаимодействия возникают права, но, безусловно, лицом, которому было высказано обещание и которое *имеет* или *владеет* этими правами, является Y, а не его мать. Конечно, мать Y – лицо, по отношению к которому у X имеется обязательство, а также лицо, получающее выгоду из выполнения им этого обязательства, но лицом, *перед которым* у X имеется это обязательство, является Y. (…) И именно Y имеет моральное *притязание* к X, *вправе* рассчитывать на то, что за его матерью будут присматривать, именно он может *отказаться* от этого притязания и *освободить* X от этого обязательства. Другими словами, Y с моральной точки зрения может сделать выбор и определить, как будет действовать X и, таким образом, ограничить свободу выбора X; и именно этот факт, а не тот факт, что он получает от этого выгоду, позволяет сказать, что он имеет *право*»[179].

[177] [Hart, 1955, p. 188–189].

[178] [Нозик, 2007, с. 123–129].

[179] [Hart, 1955, p. 180].

Эта трактовка ситуации вызывает серьезные сомнения. Оставим в стороне вопрос о том, что не тот, кто получает выгоду, обладает правом – в этом Харт, безусловно, прав. Но согласно его анализу, право возникает впервые из договора Y с X, и правом обладает только Y. Теперь предположим, что Y по каким-то причинам нанял X, чтобы тот совершал некие действия в отношении не матери Y, а совершенно постороннего человека. Договор и его условия остаются теми же самыми, мы можем предположить также все то же согласие X, но ситуация радикально меняется. Во-первых, сразу оказывается небезразлично, для каких именно действий Y нанял X. Если Y – врач, нанимающий сиделку, то это один случай, но если это аморальный человек, нанимающий другого, чтобы тот изводил его врага или недруга-соседа (не преступая рамок существующего законодательства), то такой договор выглядит весьма сомнительным. Если же речь идет о найме человека для действий откровенно преступных, то сохранится ли в этом случае право за Y? Да, известно, что существует наем киллеров и что они несут серьезную ответственность перед своими нанимателями за выполнение договоренности, но разве это результат одного только договора? Предположим, что киллера (X) нанимает не глава мафии, а просто накопивший денег человек (Y) для убийства неприятного соседа – они заключают договор, но киллер его игнорирует и ничего не предпринимает. Насколько правомерным окажутся претензии Y по отношению к X? Имеет ли в этом случае Y *право*?

В случае, который моделирует Харт, Y изначально имеет право ухаживать за матерью, потому что это – его мать (при условии, опять-таки, что она в здравом уме и не против этого). Обладает правом и мать Y – правом требовать от сына, чтобы он за нею ухаживал. В этом случае, когда Y нанимает X, он, таким образом, передает ему свои полномочия, т. е. разделяет с ним ответственность за благополучие своей матери, а X соглашается на это ради получения тех или иных благ (материальных или моральных). Таким образом, право Y по отношению к X действительно возникает, но только в силу того, что тот входит как новое звено в уже существующую цепочку правовых отношений.

Отметим к слову, что позиция, излагаемая Хартом в данном примере, очень близка к концепции возникновения права А. Райнаха[180]. Немецкий феноменолог считал, что подобно тому, как существуют основания математики и логики (вне зависимости от восприятия их субъектом), существуют особым онтологическим образом и правовые образования (rechtlichen Gebilden); их онтология хотя и независима от субъекта, но отличается от математических и логических истин, так как они существуют темпорально или условно (создаются одними условиями и уничтожаются другими)[181]. Реализацией этих условий и одновременно путем для выявления таких правовых сущностей являются социальные акты (некое намерение субъекта, направленное на адресат)[182], к которым относится и обязательство по договору.

[180] О Райнахе и его правовой теории см.: [Burkhardt, 1986; Mulligan, 1987; Конрад-Мартиус, 2001; Шевцов, 2009б].

[181] [Райнах, 2001, с. 157].

[182] [Там же, с. 174].

4. Происхождение права

Различие между школами права в практическом отношении сводится к тем проблемам, которые оказывается способным решать тот или иной подход. В теоретическом плане ситуация сложнее. Попытки свести спор между школами к вопросу о происхождении права, о том, подразумевает ли оно справедливость или порядок (см. выше), к определению его функции выглядят неубедительными. Сторонники естественного права вовсе не отрицают порядок и регулятивные функции права, а приверженцы позитивного подхода не склонны напрочь игнорировать справедливость. Правовые школы нацелены на реорганизацию, усовершенствование существующей правовой системы (или – в более редких случаях – на утверждение ее легитимности), они неразрывно связаны с конкретной правовой практикой, что само по себе замечательно. Вместе с тем в силу этого возникает стремление отделить собственно теорию права от философии права, а иногда выделить в отдельную сферу социологию права и идею права. Такое разделение оправдано в практическом смысле: нет необходимости каждый раз для решения практических проблем залезать в самые дебри общей теории. Но так как общие теоретические проблемы остаются по-прежнему не решены, решение конкретных проблем сталкивается с серьезными трудностями. В качестве примера можно указать на тот факт, что юристы-теоретики давно пишут и обсуждают наметившийся кризис западной традиции права, но ни в вопросе о его причинах, ни в попытках найти решение для его преодоления достичь единства не могут.

Таким образом, мы можем хорошо видеть, что определения права и те варианты формул его сущности, которые предлагают представители школ естественного и позитивного права, мало чем могут помочь в поисках причин формирования (существования) негативного правосознания (и отношения к праву). Можно сделать вывод, что либо правовые школы не нашли сущности права, либо найденная ими сущность не имеет отношения к существованию права за пределами тех правовых систем, в рамках которых они были созданы. Это нисколько не обесценивает собственно философских учений о праве – ни Платона, ни Аристотеля, ни других авторов, которых нам еще предстоит рассмотреть. Предложенные определения сущности права в значительной мере базируются на философских учениях о праве, но разворачивают то или иное отдельное положение в качестве существенного, правосоздающего и единственного.

Подобное положение дел заставляет нас вернуться к проблеме сущности права. Является ли эта сущность единой для всех правовых систем? В чем специфика (сущность?) западной правовой традиции? И как она сама отвечает на этот вопрос? Если наиболее устойчивые правовые школы, взятые как целое, не в состоянии ответить на этот вопрос, возможно, мы приблизимся к решению, если рассмотрим учения о происхождении и источниках права.

4.1. Божественный источник права

В классической модели права лежит единый принцип: источником права является некая высшая инстанция. Первоначально в качестве таковой рассматривались боги или высший даже по отношению к ним космический миропорядок (греческие олимпийцы не могут изменить предустановленный порядок, не могут этого и асы скандинавской мифологии), впоследствии таким источником выступал Единый Бог. При этом тот, кто провозглашал законы (греческий тиран или жрец, римский царь или реформатор, скандинавский законоглашатай или конунг), провозглашал их в определенном смысле как «медиум»[183].

[183] [Reiner, 1993, S. 489].

Таков классический образ закона, по традиции восходящий к Платону, но в большей мере развитый Аристотелем. Созданный Платоном «образ определяет двойственный статус закона, [рассматриваемого] с точки зрения его принципа и с точки зрения его следствий. Что касается его принципа, то закон не является чем-то первичным. Закон есть лишь вторичная и делегированная власть, он зависит от высшего принципа, каковым является Благо. Если бы люди знали, что есть Благо и как с ним сообразовываться [в своих поступках], то им не нужно было бы никакого закона. Закон есть лишь представитель Блага в мире…»[184]. Это описание можно признать верным, если подразумевать не самого Платона, а следующую ему традицию, включая Аристотеля и неоплатоников.

У самого же Платона отношение к законодательству и праву было неоднозначным и менялось в течение жизни. В «Критоне» обязательство подчиняться Законам представлено Платоном как условие жизни всего государства, и Законы сами по себе выступают как подобие богов; при этом надо учесть, что подобная позиция провозглашается невиновным Сократом, приговоренным этими же Законами к смерти. В «Государстве» и в более поздних работах Платон поместит Законы в свою грандиозную картину миропорядка, но они все вторичны по отношению не только к Благу (что само собой понятно), но и к разуму: законы – определения разума (τοῦ νοῦ διανομὴν) [Legg., 714a2], они – не сам ум, но только близки ему [Ibid., 957e8]. Выбирая между правлением мудрого мужа и правлением закона, Платон отдает предпочтение мудрому мужу, так как законы носят общий характер [Polit., 294a–295a][185]. Надо также учитывать, что Платон всегда ставил устное слово выше письменного – это относится и к законам[186]. Исследователи отмечают, что для позднего Платона характерно возрастание доверия к законодательству и его силе[187], но взгляд на природу закона он не изменил: для него «закон (в подлинном смысле слова. – *С. Ш.*) устремлен к нахождению сущего (βούλεται μὲν οὐδὲν ἧττον ὁ νόμος εἶναι τοῦ ὄντος ἐξεύρεσις)» [Minos, 315a][188].

Аристотель, следуя Платону во взгляде на закон как космический порядок, где разрозненные элементы упорядочены по принципам разума[189], тем не менее в значительной мере усиливает позицию закона в отношении человеческого общества. Хотя в диалогах Платона можно было найти различные позиции (например, позицию Фрасимаха, что законы и справедливость – это то, что выгодно властям [Rp., 338e]), Аристотель формулирует свое видение права определенно и категорично: «Кто требует, чтобы властвовал закон, по-видимому, требует, чтобы властвовало божество и разум (Ὁ μὲν οὖν τὸν νόμον κελεύων ἄρχειν δοκεῖ κελεύειν ἄρχειν τὸν θεὸν και τὸν νοῦν μόνους)» [Pol., 1287a28–29], тем самым возводя право к высшему началу. Этому положению ничуть не препятствует его убеждение в том, что законы должны быть согласованы с видом государственного устройства [Ibid., 1282b12]. Если Платон отдает предпочтение власти лучшего царя перед властью закона, Аристотель безоговорочно остается

---

[184] [Делез, 1992, с. 260].

[185] Этот тезис Платона вызовет широкую дискуссию у исследователей. См.: [Klosko, 2006, p. 178 ff., 210 ff.; Saunders, 1999, p. 466].

[186] «..то, что Платон называл ἄγραφα νόμμα как δεσμοί πάσης πολιτείας – универсальная система связи всех элементов государственного устройства и основы для действия всех установленных письменно законов, да и тех, которые будут установлены [Legg., 793 B]» [Медведев, 2001, с. 31].

[187] [Канто-Спербер, 2006, с. 312; Saunders, 1999, p. 467–468].

[188] О теории права у Платона в целом см.: [Blitz, 2010; Cohen, 1995, p. 43–51; Kosman, 2007; Kraut, 1999; Laks, 2000; Letwin, 2008, p. 9–20; O'Meara, 2003; Romilly, 2002, p. 179–201; Rowe, 2000; Saunders, 1999; SchoÝ eld, 2000a; 2000c; 2006]. Исследователи расходятся в своих попытках привести в единство разрозненные, а иногда противоречивые положения относительно права в текстах Платона, но они единодушны в том, что основанное на праве государство – второе из наилучших видов устройства. При несомненно приоритетной важности для Платона политической проблематики, право для него все же вторично в сравнении с устройством согласно разуму и философии.

[189] [Letwin, 2008, p. 21].

на стороне закона[190] (потому что «закон – разум без влечений (διόπερ ἄνευ ὀρέξεως νοῦς ὁ νόμος ἐστίν)» [Ibid., 1287a34]).

Терминологически и Платон, и Аристотель различают закон (νόμος) и право (δίκαιον), но в ряде случаев, видимо, используют их как синонимы. Определение Аристотеля: «…право, служащее мерилом справедливости, является регулирующей нормой политического общения (δίκη πολιτικῆς κοινωνίας τάξις ἐστίν, ἡ δὲ δίκαιοσύνη τοῦ δικαίου κρίσις)» [Ibid., 1253a38–40] в некотором отношении согласуется с его же высказываниями: «[государственное право] основано на законе (κατὰ νόμον γὰρ ἦν)» [EN, 1134b14] или «право и добро тождественны (ταὐτὸν ἄρα δίκαιον καὶ ἐπιεικές)» [Ibid., 1137b10], но может быть истолковано и как расхождение. Понятие права по объему шире понятия закона, и в целом оба очень близки тем значениям, которые сформулированы для них в предшествующем разделе об этимологии.

Аристотель, как известно, отказывается говорить об идеальном государстве и сосредоточивает свое внимание на формах существующих государств. И хотя он констатирует многообразие существующих видов законов, это ничуть не колеблет его убеждения в том, что право (как и закон), восходит к единому высшему началу. Поэтому когда Лео Штраус предполагает, что с Аристотеля начинается политическая философия[191], он прав, но когда он считает причиной этого именно утверждение Стагирита о многообразие существующих видов законов [Ibid., 1134b24–27][192], с ним едва ли можно согласиться – Аристотель в этом фрагменте пересказывает точку зрения своих принципиальных противников – софистов.

Аристотель, указав на единый источник (в том числе и права), тем самым «вычислил» единого бога, так как при множестве богов источник права должен был стоять над богами[193]. Взгляд, утверждавший бога в качестве единственного источника всего сущего, получил мощное развитие с пришествием новой эры, именно он и определил ее как «новую, нашу эру». Мы ограничимся выделением двух относительно независимых направлений – стоицизма и раннего христианства (другие правовые учения, в частности иудейское, рассматриваются только через призму их влияния на европейское право).

Стоики, как многократно описано в литературе, застали совершенно иной мир: в нем индивид, утративший свой полис, мучительно искал основы собственного существования. Характерное для классического периода единство индивида с его социальной группой распадалось на глазах. Впервые человек оказывался с миром один на один, что вынуждало его искать новые опоры. Эпикурейцы и скептики предлагали найти основания в себе самом – это требовало от рассудка немалого мужества, подобная ответственность даже сегодня дается нелегко. Стоики требовали не меньшего мужества, но это мужество должно было быть другим – не мужеством ответственности[194], а мужеством претерпевания. Их основным требованием

---

[190] [Taylor, 1999, p. 246].

[191] [Штраус, 2007, с. 16].

[192] «Иные считают узаконенными все [виды права], ибо природное неизменно и повсюду имеет ту же силу; так, например, и здесь, и в Персии огонь жжется; однако, как меняется то, что [считается] правосудным, видят [своими глазами]» [Аристотель, т. I, с. 160]. См. также: [Канто-Спербер, 2006, с. 462].

[193] Об общей теории права у Аристотеля см.: [Bates, 2003; Burns, 2011; Hitz, 2012; Hunkinson, 1999; Letwin, 2008, p. 21–41; O'Meara, 2003; SchoÝeld, 2000b; Taylor, 1999]. Насколько я могу судить, в дошедших до нас текстах Аристотеля нет ни одного прямого указания на божественное происхождение права, тем не менее мне кажется несомненным, что через посредство разума Аристотель возводит право (как принцип, а не как позитивное право какого-либо полиса) к божеству. Только в отношении писаных законов (позитивного права) можно согласиться со словами Х. Арендт, что «ни νόμος греков, ни lex римлян не имели божественного происхождения, и ни греческая, ни римская концепция законодательства не нуждались в божественном наитии» [Арендт, 2011, с. 257]. Эти слова в большей мере можно отнести к позднейшей европейской традиции, которую она как раз противопоставляет античной.

[194] Ответственность и мужество не требовались для эпикуреизма, ставшего популярной практикой наслаждения, но они – неотъемлемая часть учения Эпикура (недаром его ценил и охотно цитировал Сенека), присущ он и Лукрецию Кару. Что касается скептицизма, то и там требовались и мужество, и ответственность, но они носили иной характер.

было «жить согласно с природой» [Diog. L., VII, 87][195], но при этом для них было характерно весьма специфическое понимание «природы», далекое от современного[196]. «Хотя все повинуется мировым законам, однако, лишь человек, вследствие своей разумности способен их познать и сознательно следовать им»[197]. Подчиняя природу и человека единому закону существования, стоики неизбежно вносили идею всемирного порядка, а тем самым – естественного права. Их «возвращение» к природе также, по-видимому, черта распада античного полиса: ведь со времен архаики общество как раз гордилось тем, что противостоит природе[198] – в первую очередь за счет закона. Например, Гомер так описывает циклопов:

> …и в землю
> Прибыли сильных, свирепых, не знающих правды (αθέμιστες) циклопов.
> Там беззаботно они, под защитой бессмертных имея
> Все, ни руками не сеют, ни плугом не пашут…
> Нет между ними ни сходбищ народных, ни общих советов;
> В темных пещерах они иль на горных вершинах высоких
> Вольно живут; над женой и детьми безотчетно там каждый
> Властвует, зная себя одного, о других не заботясь [Od., 9, 105–115].

Бенвенист следующим образом характеризует значение θέμις в этом фрагменте: «Там где нет рода génos (γένος), нет и закона thémis, нет “сходбищ народных”. Каждая семья живет по своим собственным правилам themisteúei (θεμιστεύει). Киклопы – явные дикари»[199].

Едва ли стоики могли симпатизировать подобному образу жизни, но с распадением структуры полисной жизни все устоявшиеся и выработанные десятилетиями нормы оказались бессильны[200]. Вместо вдруг одряхлевшего и бессильного полисного законодательства стоики предложили новую общность – всемирный закон.

«Величайшая заслуга стоической концепции человека состоит в том, – писал Кассирер, – что эта концепция дала человеку одновременно и глубокое чувство гармонии с природой, и чувство моральной независимости от нее»[201]. Основная проблема лежала в области морали: как доказать, что кажущиеся естественными влечения не соответствуют природе, а диктуемые разумом моральные ограничения, напротив, соответствуют?

Эти проблемы непосредственно отразились в учении стоиков о праве, согласно которому «возникновение права следует выводить из понятия закона. Ибо закон есть сила природы, он –

---

[195] [Диоген Лаэртский, 1979, с. 295].

[196] «“Закон природы”, к которому апеллируют стоики, закон моральный, а не физический. Конечно, стоики никогда не отрицали, что в физическом смысле существуют бесчисленные различия между людьми – различия по рождению, по социальному положению, по темпераменту, по интеллектуальным способностям. Но провозглашалось, что с этической точки зрения все эти различия не принимались в расчет. Они были основанием для безразличия, потому что они не воздействовали на *форму* человеческой жизни. Единственным, что служило основанием человеческой личности (personality), были не сами по себе вещи, но ее, личности, *суждения* о вещах. Эти суждения не были связаны какими-либо договорными стандартами. Они зависели от свободного действия, которое творит свой собственный мир. Стоики проводили острую грань между необходимым и привходящим (accidental) в человеческой природе»[Cassirer, 1971, p. 101].

[197] Цит. по: [Степанова, 1995, с. 191–192].

[198] К. Леви-Стросс рассматривает оппозицию «культура – природа» как основную для обществ традиционной культуры.

[199] [Бенвенист, 1995, с. 302].

[200] Гегель так выразил главную тенденцию философии этого периода: «Живые индивидуальности духов народов были подавлены и умерщвлены; чужая власть тяготела, как абстрактная всеобщность, над отдельным человеком. При таком состоянии разорванности чувствовалась потребность искать убежище в этой абстракции, как в мысли о неком существующем субъекте…» [Гегель, 2001, с. 304].

[201] [Кассирер, 1998, с. 451].

ум и сознание мудрого человека, он – мерило права и бесправия (juris atque injuriae regula). (…) Будем же при обосновании права исходить из того высшего закона, который, будучи общим для всех веков, возник раньше, чем какой бы то ни было писаный закон, вернее, раньше, чем какое-либо государство вообще было основано» [Cic. De leg., I, 6, 19][202]. Этот закон «есть заложенный в природе высший разум» [Ibid., I, 6, 18][203], и далее – «этот первый и последний закон есть мысль божества» [Ibid., II, 4, 8][204]. Цицерон в своих рассуждениях, по сути, воспроизводит слова Хрисиппа: «Нельзя найти никакого иного начала справедливости и никакого иного ее источника, кроме как от Зевса и всеобщей природы, ибо именно здесь все подобные вещи должны иметь начало…»[205]. При этом Хрисипп, утверждая божественную сущность закона, полагает закон выше воли богов – это ясно из фрагмента, приводимого Марцианом в «Институциях»: «закон – царь над всеми божественными и человеческими делами: он решает, что хорошо, а что плохо, он начальствует и повелевает, а потому и является мерилом права и бесправия (κανόνα τε εἶναι διακαίων καὶ ἀδίκων)…»[206]. Мировой закон управляет жизнью отдельных народов и государств, и закон этот – разум, различие народов обусловливает различие отдельных систем законодательства и государственного устройства, но это различия случайные, обусловленные «скудостью пропитания, неплодородностью земли, месторасположением (у моря или в глубине суши, на острове или на материке) и так далее, – но дело не в них. (…) Отдельный дом устроен как маленькое государство, и основы управления домом, – это уменьшенное государственное законодательство» [207].

Согласно концепции стоиков следовало, что, во-первых, существует естественное право, общее для человека и животных, но в целом право (так как оно основано на разуме) не распространяется на животных [Diog. L., VII, 129][208] или распространяется очень ограниченно; во-вторых, по естественному праву все люди рождаются равными и свободными[209]. Явные следы влияния этих положений стоицизма мы находим у римских юристов II–III веков – Гая и Ульпиана[210]. Об этом можно судить по фрагментам их сочинений, собранных в Юстиниановых Дигестах. Присутствие положений стоической философии в таком юридическом сборнике, как «Дигесты», и авторитет имен высказавших их юристов (помимо ценности тезисов самих по себе) обеспечили их огромное воздействие на всю последующую европейскую юридическую традицию. Приведем определение естественного права по Ульпиану: «Естественное право (ius naturale) – это то, которому природа научила все живое: ибо это право присуще не только человеческому роду, но и всем животным, которые рождаются на земле и в море, и птицам; сюда относится сочетание мужчины и женщины, которое мы называем браком, сюда же порождение детей, сюда же воспитание; мы видим, что животные, даже дикие, обладают знанием этого права»[211]. Это естественное право еще очень далеко от того, что будет носить это имя в XVII веке и пониматься как естественное христианское право. Эта трансформация может быть здесь обозначена очень поверхностно и бегло, но она заслуживает внимания.

---

[202] [Цицерон, 1994, с. 94].

[203] [Там же, с. 93].

[204] [Там же, с. 112].

[205] [SVF, III, 326]. Рус. пер. по: [Фрагменты, т. III, 326, с. 127].

[206] [Там же, 314, с. 122].

[207] [Фрагменты, т. III, 323; Там же, с. 126].

[208] [Диоген Лаэртский, 1979, с. 308].

[209] О специфике понимания стоиками права см.: [SchoÝeld, 1999, p. 69 ff].

[210] Особенно сильно это влияние заметно у Ульпиана. См.: [Honoré, 2010].

[211] [Дигесты, 1984, с. 23]. Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc ed-ucatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri [D., 1.1.1.3].

Взгляд христианства на право формируется не сразу. В его становлении основополагающими оказываются две правовые традиции – иудейская и римская, характер их влияний менялся с течением времени. Отличительной чертой иудейской традиции в глазах ранних христиан выступало выведение ею основополагающих правовых положений из Божественной воли – эту черту христианство безусловно принимает, внося соответствующие изменения. Изменения эти, по мнению христиан, обусловлены необходимостью прочтения и толкования прежней традиции (как письменной, так и устной) через учение Христа (она складывается из слов и действий Иисуса Христа, а также их толкований, изложенных в книгах Нового Завета). При этом учение Нового Завета оценивается как более весомое по отношению к Старому (при полном признании божественности последнего). Римская правовая традиция первоначально учитывается мало (как языческая, а потому лишенная божественного измерения), но с утверждением христианства в качестве официальной религии Римской империи ее идеологическое толкование переосмысливается. Новые нормы законодательства, перетолковывающие римское право, также обретут легитимность через отсылку к божественному источнику.

Для христиан много веков образом и образцом законодателя служила фигура Моисея, получившего заповеди непосредственно от Бога: «…И воззвал к нему Господь с горы, говоря: …если вы будете слушаться гласа моего и соблюдать завет Мой, то будете Моим уделом из всех народов…» [Исх., 19, 3–5]. Высшей инстанцией и высшим источником права понимались слова Бога, изложенные в Писании. Реальная правовая традиция древней Иудеи, вероятно, имела более сложную структуру: помимо норм, изложенных в священных книгах, в ней присутствовали, несомненно, элементы обычного права и царские указы, также апеллировавшие к Господу, но, по всей видимости, не всегда так воспринимавшиеся (примером последних могут служить указы царя Ирода).

По мере распространения и укрепления христианства отношение к праву претерпело серьезные изменения. Насколько выражают восприятие ранними христианами существовавших правовых норм сохранившиеся тексты – от апостольских посланий до текстов апологетов, судить трудно (имея в виду правосознание). Вероятно, отношение колебалось от внутреннего противопоставления до открытого неприятия, но в целом христианство делало акцент не на изменениях позитивного права, а на внутреннем усвоении новых норм организации жизни (т. е. больше на морали) и организации жизни общин, едва ли носивших правовой характер. Но с утверждением христианства в качестве официальной религии Римской империи и для возникших впоследствии новых христианских государств стала проблематичной ситуация, когда государственная организация и позитивное право рассматривались как противостоящие христианской религии. Государственная власть и право представали непосредственными виновниками многочисленных случаев мученичества, что укрепляло и без того устойчивое негативное отношение к верховной власти. Потребность в пересмотре отношений между позитивным правом и нормами христианской морали должна была возрастать, подобное положение дел рождало необходимость в новом обосновании легитимности правовых норм, т. е. в новой правовой идеологии.

В конечном итоге, как известно, официальное право получает свое обоснование как право, установленное по воле Бога. Уже в Кодексе Феодосия (принят в 438 году) присутствует идея о божественном происхождении законов (Книга XVI «Об универсальной или католической церкви», где едва ли не впервые законы, связанные с религией, являются предметом правотворчества); Корпус Юстиниана (VI век) включает конституцию «О составлении Дигест» (Deo auctore), в которой говорится, что законы упорядочивают дела божественные и человеческие и что эти законы со времен Ромула и основания Рима остаются в смешении, а в конституции «Об утверждении Дигест» (Dedoken) утверждается, что приведение в

порядок древнего права выполнено по Божьему дару[212]; в эдикте короля Хильперика, titulus VIII к «Салической правде» (VI век), излагающей древнее право германцев, также употребляется выражение «во имя Божье»[213]. Не будет грубой ошибкой предположить, что с какого-то момента начались попытки уже существовавшее (языческое) традиционное право представить как божественное установление в силу того простого факта, что это право упорядочивало жизнь христианского общества. И все же ситуация оставалась крайне запутанной: параллельно существовали несколько систем права, статус которых оставался не вполне ясен и отношение к которым разнилось – Законы Моисея (и вообще нормы Ветхого Завета), правовые нормы и традиции христианских общин (в основе которых лежали положения Нового Завета), меняющееся под воздействием местных обычаев и христианских норм римское право (долгое время остававшееся официальным правом на территории империи), наконец, правовые системы варварских народов. Власть также оказалась разделена между государственными и церковными структурами. Это разделение прав и властей решалось различным образом в разное время и в разных регионах, но к XI веку на Западе возникло противостояние церковной и светской властей (борьба папы и императора) в первую очередь по вопросам юрисдикции, а на Востоке к этому времени светская власть взяла верх над церковной.

Как говорилось выше, процесс осмысления права в христианском мировоззрении носил сложный и не всегда последовательный характер. На данном этапе нас больше интересует западная традиция, так как для начала нужно уяснить традиционное западное понимание права. В рамках данной работы мы можем лишь обозначить некоторые, как нам представляется, ключевые моменты формирования этого нового осознания.

Исходным пунктом и образцом нового понимания мира для христиан выступал Новый Завет; чтобы понять выраженное в нем осознание роли права, лучше всего обратиться к посланиям апостола Павла, прежде всего – Посланию к Римлянам[214]. Это Послание стало предметом многочисленных комментариев, затрагивающих самые различные области далеко за пределами теологии. Значимость Послания к Римлянам еще больше возросла с появлением протестантизма: этому тексту отводится особая роль в истории идейного становления Мартина Лютера, поэтому протестантские теологи снова и снова будут обращаться к Посланию Павла, содержащему «в сжатой форме наиболее систематическое выражение богословских взглядов апостола»[215].

Данный текст апостола исследователи относят к периоду между 57 и 59 годами[216]. В этом Послании среди других вопросов Павел рассматривает проблему соотношения закона и благодати. Традиция под «законом (νόμος)» понимает Закон Моисеев, Закон, данный Богом через Моисея; кроме того, этим термином в грекоязычной среде обозначали также все Пятикнижие Моисеево [Лк., 24:44][217], а в некоторых случаях – Десять заповедей[218]. Но у этого термина были и другие значения, в том числе «закон вообще, позитивное законодательство», «языковое явление, корпус текстов или речевых актов», «управляющий принцип или сила» и др. Павел

---

[212] «Δέδωκεν ἡμῖν ὁ θεὸς μετὰ τὴν πρὸς Πέρσας εἰρήνην, μετὰ τὸ κατὰ Βανδίλων τρόπαιον καὶ τὴν ὅλην Λιβύης κτῆσιν καὶ τὴν τῆς ὀνομαστοτάτης Καρχηδόνος ἐπανάληψιν καὶ τὸ τῆς ἐπανανεώσεως [τῶν παλαιῶν νόμων ἔργον] εἰς πέρας ἀγαγεῖν… (Дал нам бог после мира с персами, победы над вандалами и завоевания всей Африки и получения великолепного Карфагена довершить приведение в порядок древних законов…)» [CJC, I, p. XVIII].

[213] «Pertractantes in dei nomine… (Обсудив, во имя Божие…)» [Tit. VIII; Lex Salica, p. 83].

[214] Термин νόμος, vomos (Закон) в Новом Завете упоминается 195 раз, при этом не менее 74 – в Послании к Римлянам, такую частоту употребления данного термина можно сравнить только с Посланием к Галатам (более коротким – 6 глав, в то время как в Послании к Римлянам – 16), где данный термин используется 32 раза [Хаакер, 2003, с. 96].

[215] [Спрол, гл. 1].

[216] См., например: [Гатри, 2005, с. 313]. Автор оговаривает условия такой датировки.

[217] Тора – букв. «учение, закон».

[218] [Капран, 2006, с. 237].

в своем Послании задействует самые различные смыслы этого термина[219], в силу чего однозначно определить отношение к закону (праву), а также, например, отношение между законом и праведностью (как должным образом жизни) не представляется возможным[220]. Тем не менее понимание Павлом закона (Закона) заложило длительную традицию восприятия, в том числе и позитивного права, традицию, явный след которой просматривается у М. Лютера[221] и позже – до К. Барта[222] и современных теологов и христианских юристов[223].

Если мы попытаемся взглянуть на то, как Павел оценивает роль закона в жизни человека, то увидим достаточно высокую оценку[224]. Очень приблизительно отношение Павла к закону (речь о Законе) можно выразить следующим образом: прежде всего закон – благой дар Бога своему народу [Рим., 9:4], но для остальных людей (народов) он – откровение истинного и живого Бога. Но закон сам по себе (хотя в нем нет ничего плохого) оказывается слаб при соединении с человеческим естеством: он позволяет обнаружить грех [7:7][225], но не дает силы преодолеть его; это слабость не закона, а нашей природы [8:3]. Павел подчеркивает мысль о необходимости закона, но также и его недостаточности: нельзя «оправдаться делами закона»[3:20], хотя заповеди Ветхого Завета сохраняют действенность в качестве руководящего принципа христианского поведения: «итак любовь есть исполнение закона» [13:10] (та же мысль в [Гал., 5:14]). Закон понимается как указатель правильного пути для начального этапа к вере в Иисуса Христа – как наставник, «детоводитель (παιδᾱγωγός)»[226] [Гал., 3:24]. Закон свят [Рим., 7:12] и духовен [7:14], но он всецело относится к земному существованию человека.

В ряде случаев апостол противопоставляет один закон другому: «в членах моих вижу иной закон, противоборствующий закону ума моего (βλέπω δὲ ἕτερον νόμον ἐν τοῖς μέλεσιν μου ἀντιστρατευόμενον τῷ νόμῳ τοῦ νοός μου)» [7:23][227]. Некоторые исследователи даже считают эти два закона (закон духа жизни и закон греха и смерти[228]) иными, нежели святой закон – Закон Моисеев[229], но вероятнее будет предположить, что Павел в своем Послании выстраивает

---

[219] К. Хаакер выделяет семь значений термина «закон» в Послании к Римлянам [Хаакер, 2003, с. 97].

[220] Х. Ряйсянен пишет о «колеблющемся понятии закона» в богословии Павла [Raisanen, 2010, p. 16 ff.]. И в целом считает, что Павел крайне непоследователен в отношении Закона. У этой позиции есть сторонники [Хаакер, 2003, с. 96], но есть и противники [Райт, 2004]. См. также: [Сандерс, 2006].

[221] [Лютер, Лекции].

[222] [Барт, 2005; 2010].

[223] По мнению Н.Т. Райта, эта традиция возникла в силу превратного толкования (основная причина – игнорирование иудейской традиции и контекста I века после Р.Х.) [Райт, 2004, с. 110 и сл.]. Райт в этом утверждении следует Э. Сандерсу, А. Макграту и др.

[224] Правда, существует и другая оценка: Р. Бультман в своем толковании Послания к Римлянам относит закон наряду с грехом и смертью к главнейшим врагам человека, в противовес главным средствам спасения – вере, благодати и праведности. См. об этом: [Райт, 2004, с. 15]. Но это толкование выдающегося теолога сегодня оценивается большинством исследователей сдержанно.

[225] Дела закона – «разрушение, а не созидание его (человека. – *С. Ш.*) праведности»; «В законе человек становится грешником…» [Барт, 2005, с. 61, 214]. Более того – приход Христа в мир иногда тоже понимался как результат умножения греха вследствие Закона: «Ответом на умножение греха, в связи с дарованием закона, и было преизобильное излияние благодати, утверждающей жизнь вечную через Господа нашего Иисуса Христа» [Кассиан, 1996, с. 223].

[226] «Для чего же закон? Он дан после по причине преступлений, до времени пришествия семени, к которому относится обетование, и преподан чрез Ангелов, рукою посредника. (…) Итак закон противен обетованиям Божьим? Никак! Ибо, если бы дан был закон, могущий животворить, то подлинно праведность была бы от закона; Но Писание всех заключило под грехом, дабы обетование верующим дано было по вере в Иисуса Христа. А до пришествия веры мы заключены были под стражею закона, до того времени, как надлежало открыться вере. Итак закон был для нас детоводителем ко Христу, дабы нам оправдаться верою; По пришествии же веры, мы уже не под руководством детоводителя» [Гал., 3:19, 21–25].

[227] «Религия означает разрыв человека на две части: здесь – “дух” внутреннего человека, радующегося о законе Божьем (разве я идентичен “духу”, разве я лишь “внутренний”? кто отважится утверждать это?), там – “природа” моих членов, в которой абсолютно иной закон…» [Барт, 2005, с. 248].

[228] «Потому что закон духа жизни во Христе Иисусе освободил меня от закона греха и смерти (ὁ γὰρ νόμος τοῦ πνεύματος τῆς ζωῆς ἐν Χριστῷ Ἰησοῦ ἠλευθέρωσεν σε ἀπὸ τοῦ νόμου τῆς ἁμαρτίας καὶ τοῦ θανάτου)» [8:2].

[229] [Капран, 2006, с. 240].

сложное противопоставление, где на одной стороне – «закон» как принадлежность иудейской общине и (хотя, может быть, и не в равной мере) «закон» как принцип действий моего естества, а на другой – «закон» как данные Богом нормы для добровольного следования. Только последний является Законом в полной мере, хотя формально (и буквально) закон иудейской общины от него не отличается (в отличие от закона как принципа действия естества). Для Павла важно подчеркнуть, что с приходом Иисуса Христа мир изменился, и прежние нормы действуют только в той мере, в какой они утверждают новый мир – мир общности во Христе как иудеев, так и бывших язычников. Иудейская община – община избранных, получившая дар Закона, но сама по себе принадлежность этой общине (даже при условии выполнения норм), как и внешнее следование закону, не обеспечивает праведности и не гарантирует обретение Божьей милости. Гораздо ближе к ней те, кто даже будучи язычниками (в прошлом) следуют Закону по своему сердцу и уму: «Обрезание ничто и необрезание ничто, но все – в соблюдении заповедей Божиих» [1 Кор., 7:19], так как именно они в состоянии воспринять изменившийся мир через веру в Христа. «Сам моральный закон, который Бог открыл народу Израиля, всего лишь поставил перед глазами людей то, чего они не желали читать в собственной совести, куда он, тем не менее, уже был вписан»[230]: поэтому те, кто умел читать в своей совести и в своем сердце, оказались ближе к тому, чтобы воспринять Христа, чем те, кто следовал тому же закону как внешне установленной норме.

Именно в этом смысле альтернативой закону выступает благодать как основание [Рим., 3:24] и вера как условие оправдания: «человек оправдывается верою, независимо от дел закона» [3:28][231]. Это существенно меняет отношение к старому закону: он не отрицается, но предстает своего рода «подготовительным этапом»: «Не отвергайте благодати Божией. А если законом оправдание, то Христос напрасно умер» [Гал., 2:21]. В целом для последующей традиции именно такое отношение к закону оказалось преобладающим[232]. Как его выразил Э. Жильсон: «Христианин прежде всего уповает не на свои добродетели, не на свою праведность и заслуги, а на то, что благодать позволит ему их обрести»[233]. Дело иногда доходило до почти прямого противопоставления – Василий Великий (IV век) в своих «Нравственных правилах» пишет следующее: «(Невозможно удостоиться небесного царства тем, которые не показали в себе, что евангельская правда больше правды подзаконной)» [Прав., 43, гл. 3][234] («подзаконная правда» – закон, данный Израилю).

В отношении к официальному праву (римскому праву) позиция ранней Церкви оказывалась противоречивой. С одной стороны, основополагающим для отношения к государству выступала «пронзительная картина казни Иисуса Христа его чиновниками»[235]. С другой стороны, в Послании к Римлянам Павел, хотя ничего не пишет о римском праве, но отчетливо выражает, каким должно быть отношение к гражданской власти: «Всякая душа да будет покорна высшим властям; ибо нет власти не от Бога, существующие же власти от Бога установлены (Πᾶσα ψυχὴ ἐξουσίαις ὑπερεχούσαις ὑποτασσέσθω οὐ γὰρ ἔστιν ἐξουσία εἰ μὴ ὑπὸ

[230] [Жильсон, 2011, с. 429].

[231] В отношении Послания к Римлянам среди теологов прошлого века наблюдалось противостояние относительно вопроса, заданного в свое время А. Швейцером: что является сердцевиной Павлова богословия – «оправдание верой» (тезис, относящий Павла к эллинистической традиции) или «жизнь во Христе» (в этом случае преобладает иудейская традиция) [Швейцер, 1992]. Сам Швейцер делал вывод, что «жизнь во Христе».

[232] В какой мере укоренившееся в традиции восприятие Закона по отношению к Благодати соответствовало выраженному Павлом в его посланиях и вообще в тексте Нового Завета – вопрос особый. Каждая эпоха заявляла о вновь найденном подлинном отношении в противовес традиции, но традиция в определенной мере из подобных пересмотров и состоит.

[233] [Жильсон, 2011, с. 434].

[234] [Василий Великий, т. III, с. 412]. Ὅτι ἀδύνατον καταξιωθῆναι βασιλείας οὐρανῶν τοὺς μή πλείονα τῆς ἐν τῷ νόμῳ τὴν κατὰ τὸ Εὐαγγέλιον δικαιοσύνην ἐπιδεικνυμένους [PG, 31, col. 764].

[235] [Барт, 2006, с. 14].

θεοῦ αἱ δὲ οὖσαι ὑπὸ θεοῦ τεταγμέναι εἰσίν)» [Рим., 13:1][236]. Эта амбивалентность отношения христианского сообщества к официальному государственному праву не раз возникала снова в истории европейского права. Официальная власть утверждала Бога в качестве источника существующего права и положения дел, а противники власти стремились обосновать искажение или отказ того и другого от Божьих заповедей.

Более детальное толкование понятия «закон» у апостола Павла потребовало бы обстоятельного вхождения в экзегетическую традицию. Но важно зафиксировать, что почитатели Иисуса признают существующее позитивное право и достаточно индифферентны к сфере позитивного права (светской власти). Впоследствии потребовалось множество усилий, чтобы преодолеть разрыв между божественным и земным правом и толковать светские законы как «расширенный» вариант Моисеева Закона, тем самым придавая им характер богоустановленности, хотя они по-прежнему будут оставаться несопоставимыми по значимости с благодатью (в полной мере эту задачу решил только Фома Аквинский, о чем будет сказано далее). По мнению Э. Доддса, впервые попытку обосновать имперские правовые нормы божественной властью предпринял Диоклетиан – его реформы были основаны «на новом теократическом представлении об императоре как представителе Бога на земле»[237]. Двойственный характер будет сохраняться за Законом и в дальнейшем (закон поведения члена общины и официальный закон государства) – даже у Фомы Аквинского, Лютера и др. Таким образом, закон (Закон Моисеев) – Слово Божие[238], и одновременно он предстанет воплощением разума в социальном порядке, хотя сам по себе спасения он даровать не в силах.

Иная, но близкая двойственность присуща позиции Августина Блаженного, что не удивительно, если учесть, во-первых, сколь важную роль в становлении его взглядов сыграли послания Павла, а во-вторых, что Августина вопросы земного устроения жизни интересовали прежде всего через соотношение с восхождением души к Богу. С одной стороны, Бог для него – бесспорный источник правосудия: «Никакой [закон] не является справедливым, кроме того, который или исходит из божественного закона как практические выводы из практических принципов, или который соответствует божественному закону или, по крайней мере, не противоречит» [De lib. arb., I, 6, 15][239]. Закон, установленный Богом, – вечный закон (lex aeterna), но это закон, помещенный в сердце каждого человека [Рим., 2:15]. С другой стороны, Августин при этом отличает правосудный закон от всех остальных земных систем права, так что речь идет опять-таки не о человеческом законе [De civ. Dei, 1, XXI]. Политическое устройство и иерархия в земном обществе не являются естественными, они возникли в результате греха[240]; и только в этом смысле их можно считать естественными – как соответствующее наказание

---

[236] Этот тезис настолько расходился с представлениями о должном отношении ранних христиан к государству, что требовал объяснений. Например, К. Барт объяснял его тем, что в случае казни Христа государство как раз занималось «не своим делом», и что государство, каким оно должно быть, как раз нуждается в Церкви [Барт, 2006, с. 21 и сл.]. Дж. Кармайкл объясняет такое «квиетистское отношение» апостола к властям его уверенностью в близости Мессианского царства, а потому отказу от усилий преобразовывать что-либо в этом мире [Кармайкл, 2002, с. 196–197].

[237] [Доддс, 2003, с. 55]. Кармайкл, отталкиваясь от текста Посланий Павла – в том числе и приведенного выше фрагмента из Послания к Галатам – утверждает, что, по мнению Павла, закон был дан Моисею не Богом, а ангелами: «…Тора слишком хороша для иудеев и вообще для людей в целом. Она так хороша, что нельзя жить согласно ей. Именно это обстоятельство двигало ангельскими силами, стремившимися к подчинению людей…» [Кармайкл, 2002, с. 189]. На этом автор строит свое объяснение борьбы Павла (он называет его прежним именем – Савл) с Торой и противопоставление ей благодати. Этот взгляд я здесь рассматривать не буду.

[238] «Оба они есть Слово Божие; Закон (или Десять Заповедей) и Евангелие» [Лютер, Различие].

[239] Эта цитата вместе со ссылкой заимствована из текста Дунса Скота: [Скот, 2001, с. 531]. Я не нашел в тексте Августина этого фрагмента. Даже если предположить, что Дунс Скот придумал эту цитату, то это даже лучше выявляет восприятие учения Августина по данному вопросу последующей традицией, а именно она нас интересует более всего.

[240] «Дается понять, что состояние рабства по праву назначено грешнику. В Писаниях ведь мы не встречаем раба прежде, чем праведный Ной покарал этим именем грех сына [Быт., 9:25]. Не природа таким образом, а грех заслужил это имя» [De civ. Dei, 19, XV; Августин, 1994, т. IV, с. 136].

за грех[241]. Что же касается позитивного права, то он утверждает, что римские законы – не от богов, иначе римляне не заимствовали бы их у других народов [Ibid., 2, XVI].

В своем противопоставлении града земного (Рима) и Града Небесного он склонен оценивать и сам Рим, и его законодательство как искаженную и изуродованную форму существования. Если апостол Павел допускал наличие закона Моисеева в сердцах язычников, то Августин в отношении римлян желчно иронизирует по этому поводу: «…Может быть, боги не предписывали римскому народу законов потому, что у них, как говорит Саллюстий, “чувство правды и добра было больше от природы, а не благодаря законам”. Полагаю, что под влиянием именно этого чувства правды и добра были похищены сабинянки…» [Ibid., 2, XVII][242]. Согласно Августину, никакое земное государство, даже самое совершенное, не в силах удовлетворить желания человека[243]. Никакой человеческий город не мог избежать порчи управления из-за того греха, который человек причинил своей душе [Ibid., 13, XIII–XIV]. Новое понимание человеческой природы – в связи с понятием греха – принципиально изменило характер использования Августином основных понятий классической политической теории – благо, природа, разум и справедливость[244]. Все сосредоточивалось в самом человеке и его отношении к Богу, необходимым посредником при этом выступала Церковь – единственный вариант подлинного сообщества в пределах земного существования. В силу этого вопросы позитивного права (будь то его природа или способы усовершенствования) волновали Августина очень мало. «Я желаю знать Бога и душу. И больше ничего? Решительно ничего» [Sol., 1, 2][245]. В этих словах, считает Кассирер, ключ ко всей средневековой философии[246].

В противопоставлении града земного Граду Небесному Августин пишет, что первый был так организован и устроен, что там по установлению «обманутых демонами» мудрецов над каждой сферой деятельности и каждым членом государственного тела был свой бог, поэтому два града не могли иметь общих религиозных законов, Град же Небесный знал, что почитать нужно только одного Бога. Более того, Град Небесный проводит как бы «пленническую жизнь своего странствия в областях града земного». При этом «он не колеблется повиноваться законам земного града, которыми управляется то, что служит для поддержания смертной жизни» [De civ. Dei, 19, XVII][247]. Замечательно его обоснование этого: подобное повиновение нужно для того, чтобы, поскольку смертность присуща обоим градам, то и в вещах, относящихся к ней, сохранялось согласие между тем и другим градом. Град Небесный «призывает граждан из всех народов… не придавая значения тому, что есть различного в правах, законах и учреждениях, которыми мир земной устанавливается или поддерживается; ничего из последнего не отменяя и не разрушая, а напротив, сохраняя и соблюдая все, что, хотя у разных народов и различно, но направляется к одной и той же цели земного мира, если только не препятствует религии…» [Ibid.][248]. Августин признает, что Град Небесный пользуется градом земным для

---

[241] «Но по природе, с которою Бог изначала сотворил человека, нет раба человеку или греху. Впрочем, и присужденное в наказание рабство определяется в силу того же закона; который повелевает сохранять порядок естественный и запрещает его нарушать; потому что, не будь проступка против этого закона, нечего было бы наказывать принуждением к рабству. Почему Апостол увещевает и рабов подчиняться господам и служить им от души с готовностью [Еф., 4:6–7] <…> служа им не из притворного страха, а по искреннему расположению, пока прейдет неправда, упразднится всякое начальствование и власть человеческая, и будет Бог всяческая во всех» [De civ. Dei, 19, XV; Августин, 1994, т. IV, с. 137].

[242] [Августин, 1994, т. I, с. 85].

[243] Так интерпретирует мысль Августина Кассирер [Cassirer, 1971, p. 79]. Я со-Cassirer, 1971, p. 79]. Я согласен с таким пониманием, но дословно этой мысли в текстах Августина я не нашел. Есть близкая: «Vera iustitia non est nisi in ea republica, cuius conditor rectorque Christus est (Истинная справедливость существует только в таком государстве, основателем и правителем которого является Христос)» [De civ. Dei, 21, II].

[244] [Brett, 2003, p. 279].

[245] [Августин, 1998, с. 318].

[246] [Cassirer, 1971, p. 80].

[247] [Августин, 1994, т. IV, с. 139].

[248] [Там же, с. 140].

поддержания единства человеческих мыслей и желаний, чтобы направить земной мир к миру небесному.

Позиция, которую занимают Павел, а после него Августин в отношении позитивного права, позволяет последующей традиции, при сохранении незыблемости авторитета Августина и почитания его наследия[249] (о Павле и говорить нечего), постепенно перенести на ius civile часть божественной красоты и сияния lex aeterna. Это стало возможным за счет множества обстоятельств, в частности того, что ius civile во многом выступило основой и образцом канонического права (ius canonicum), а несколько позже вообще приобрело статус ratio scripta («писаного разума»).

В юридических школах уже в XII веке начинает осуществляться подмена: в поисках обоснования значимости собственной научной области (несомненно, жизненно важной и востребованной) в системе средневекового мира ценностей юристы начинают связывать, пользуясь тождественностью терминов, римское право (точнее – римский закон, lex) с Законом Моисеевым (который, например, в «Вульгате» переведен как lex), закрывая глаза на различие значений. Этому способствовало, во-первых, обоснование права в самих «Дигестах»[250] как божественного, хотя оно носило явно языческий характер[251], и во-вторых, сама задача по составлению Корпуса уже рассматривалась как совершенная по Божьей милости, о чем свидетельствует текст Конституции Юстиниана «Deo auctore» от 15 декабря 530 года, предваряющей «Дигесты»: «Так как этот материал будет собран по божественной милости, то нужно составить его в виде прекраснейшего труда и как бы освятить особый и святейший храм правосудия…»[252]. В дальнейшем тенденция обосновывать светское законодательство Божественными установлениями, как уже говорилось ранее, будет усиливаться как на Западе, так и на Востоке[253].

Тем не менее связать разные системы права воедино не удавалось (не знаю, ставили ли западные юристы XII века перед собой такую задачу), и к середине следующего, XIII века, ситуация предстала достаточно запутанной: существовал Закон Моисеев, существовало каноническое право, существовало право естественное и различные системы позитивного права (в том числе и римское). Грандиозную задачу приведения их в единство и соотнесения в строгой иерархии удалось блестяще решить Фоме Аквинскому, согласно которому позитивное человеческое право, хотя и опосредованно (через естественное право), но все же восходило (должно восходить) к Божественному закону. В общей схеме Фома представил эту связь следующим образом: выше всего – Вечный Закон, его «проекциями» людям является Божественный Закон (данный в двух вариантах – Старый и Новый), он служит основанием для естественного закона, а уже на основе последнего создается человеческий закон[254].

---

[249] Гуго Гроций ссылается на Августина в своей книге «О праве войны и мира» около 150 раз. См.: [Matthews, 2001, p. 271].

[250] «…Оратор Демосфен дает следующее определение: “Закон есть то, чему все люди должны повиноваться в силу разных оснований, но главным образом потому, что всякий закон есть мысль и дар бога…”» [Дигесты, 1984, с. 166]. …Demosthenes orator sic deÝnit: touto estin nomos, hw pantas anvrwpous prosykei peivesvai dia polla, kai malista hoti pas estin nomos ehurema men kai dwron veou… [D.1.3.2].

[251] Но определенная тенденция возводить римское законодательство к воле христианского Бога присутствовала.

[252] [Дигесты, 1984, с. 153–154]. «Cumque haec materia summa numinis liberalitate collecta fuerit, oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctis-simum templum iustitiae consecrare…»[CJC, I, p. XIII].

[253] Ср. начало «Эклоги» Льва III Исавра (VIII век), представлявшую собой выдержки (Ἐκλογή τῶν νόμων – избранное из закона) из кодификации Юстиниана: «Господь и создатель всего – Бог наш, который создал человека и удостоил его самовластием, дал ему в помощь, согласно слову пророков, закон, который определил то, что следует делать, и то, чего следует избегать, а также и то, что надлежит избирать как содействующее спасению и чего нужно остерегаться как влекущего наказание» [Эклога, 1965, с. 41]. «Эклога» не получила распространение на Западе, она приведена здесь как пример характеристики правовых норм, восходящих к язычеству, в качестве установленных Богом. Некоторые примеры подобного обоснования из западных правовых сводов были приведены выше.

[254] [ST, II–I, q. 91–95]. Стоит отметить, что Фома считает (вслед за Аристотелем и в противовес Августину), что политическая жизнь обусловлена природой человека, а не грехом, поэтому связь человеческого закона с законом естественным, а также последнего с Законом Божественным не предполагает обязательных коллизий и несоответствий.

Связующими и основополагающими моментами для права оказывались при этом разум и цель – достижение блага, причем на индивидуальном уровне эта цель понимается как достижение блаженства[255]. Эти связующие принципы Фома Аквинский, вероятнее всего, заимствовал у Августина (на которого он ссылается)[256]. В своем диалоге «О свободе воли» Августин рассматривает соотношение временного и вечного законов (при этом под «временным» он полагает римское право – всеобщее избрание магистратов, а под вечным – разумное основание):

> Августин. Теперь эти два закона оказываются противоположными, так как один из них дает людям власть распределять отличия, в то время как другой отнимает ее; и второй при этом установлен таким образом, что оба они не могут быть в силе в одном городе в одно и то же время. Заключим ли мы, что один из них является несправедливым и не должен быть установлен?
>
> Эводий. Ни в коем случае не должен.
>
> Августин. Тогда, если ты не против, позволь назвать закон «временным», если, хотя он и справедлив, он может быть справедливо изменен с течением времени. Эводий. Согласен. Августин. Тогда рассмотрим закон, который назван высшим разумом, которому следует всегда подчиняться и посредством которого порочное заслуживает страдания, а доброе заслуживает счастливой жизни, и посредством которого закон, который мы согласились назвать «временным», является справедливо установленным и справедливо измененным. Разве может кто-нибудь осмысленно отрицать, что этот закон является неизменяемым и вечным? Разве может считаться несправедливым, что порочные люди несчастны, а хорошие – счастливы, или что хорошо организованные и серьезно мыслящие люди выбирают своих собственных магистратов, в то время как у безнравственных и никчемных людей эта власть будет изъята?
>
> Эводий. Я вижу, что этот закон действительно является вечным и неизменным.
>
> Августин. Я думаю, ты также видишь, что нет ничего справедливого и законного во временном законе за исключением того, что люди извлекли из вечного закона[257]. В самом деле, если в одно время люди могут справедливо даровать отличия, а в другое время не могут делать этого справедливо, это временное изменение может быть справедливым только потому, что оно происходит из вечного закона, согласно которому всегда справедливо для серьезно мыслящих людей даровать отличия, но несправедливо для легкомысленных людей делать так. Или ты другого мнения? Эводий. Я согласен. Августин. Тогда позволь мне кратко объяснить, в меру моих способностей, понятие вечного закона, которое запечатлено в нашем разуме:

---

[255] [Ibid., q. 990]. С помощью этих категорий Фома Аквинский формулирует определение закона, позволяющее ему соединить различные виды закона в единую конструкцию: «Таким образом, из четырех изложенных выше критериев мы можем составить определение закона, который есть не что иное, как установление разума, направленное на общее благо и обнародованное тем, на чьем попечении находится общество (Et sic ex quatuor praedictis potest colligi deÝnitio legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata)» [Ibid., q. 90.4].

[256] Факт заимствования основного принципа не отменяет того, что по полноте и обстоятельности рассмотрения проблемы соотношения божественного и земного (человеческого) в праве Фома Аквинский значительно превосходит Августина. Но в данном случае нас интересует не полнота системы, а теория сущности права, поэтому следует обратиться именно к Августину.

[257] Этой мысли Августина следует Фома Аквинский [ST, II–I, Q. 93.3]: «…Om-ST, II–I, Q. 93.3]: «…Omnes leges, inquantum participant de ratione recta, intantum derivantur a lege aeterna (…Все законы – в той мере, в какой они причастны правильному суждению – происходят от вечного закона)» [Фома, 2010, с. 35].

> это закон, согласно которому, справедливо, что все вещи упорядочены наиболее совершенным образом [De lib. arb., I, 6][258].

Возможно, что Августин не сразу пришел к мнению, что Бог – основа всего (даже после принятия христианства). В диалоге «О порядке» есть эпизод, который можно толковать различным образом. Рассказчик (Августин), в качестве наставника присутствует на диспуте своих друзей-учеников: Лиценция и Тригеция. В какой-то момент он просит Лиценция дать определение порядку.

> – Хорошо, попробую: порядок есть то, посредством чего совершается все, что постановил Бог.
>
> – А не представляется ли тебе, – спрашиваю, – что и сам Бог действует на основании порядка?
>
> – Совершенно верно, – отвечал он.
>
> – Значит, – возразил Тригеций, – порядком управляется и Бог?
>
> На это Лиценций отвечал:
>
> – А разве ты отрицаешь божественность Христа, который и пришел к нам во исполнение порядка, и который говорит о Себе, что послан от Бога Отца? Если же Бог послал к нам Христа во исполнение порядка, и если мы не отрицаем, что Христос есть Бог, то Бог не только управляет всем в порядке, но и Сам управляется порядком [De ord., 1, 10][259].

В этом относительно раннем диалоге, написанным Августином накануне крещения, осенью – весной 386–387 годов, позиция самого рассказчика по данному вопросу не находит ясного выражения. Вполне возможно, что он действительно придерживался в тот момент такой позиции, восходящей еще к языческому мировоззрению[260].

Поворот к концепции благодати и предопределения, который произойдет с Августином позже – в середине 390-х годов под влиянием посланий апостола Павла (прежде всего – «К Римлянам»), принципиально изменит его позицию. Хотя в центре внимания Августина была в тот момент проблема спасения, и обозначенное изменение мировоззрения касалось в первую очередь именно ее, оно оставит следы своего влияния и на последующих правовых учениях. Согласно ранней позиции Августина, спасение возможно за счет свободной воли человека (по крайней мере, в значительной степени зависит от нее). В этой рациональной концепции ключевое значение имеют понятия свободы воли и вменения; в основе свободы воли лежит понятие свободы произвола (liberum arbitrium voluntatis)[261]. Под влиянием посланий апостола Павла (едва ли это единственная причина) Августин приходит к убеждению, что человек не в силах освободиться сам, он нуждается в благодати, а оправдание может получить не по делам, а только по милости Всевышнего[262].

Пережитый Августином поворот высветил в учении о «вечном законе» два возможных пути развития для последующей традиции: рациональное, согласно которому порядок божественного творения частично доступен человеческому разуму (в определенной мере нашло свое выражение в учении Фомы Аквинского[263]), и волюнтаристское, согласно которому вечный

---

[258] [PL, 32, col. 1229].

[259] [Августин, 1998, с. 134]. Позже Августин предложит другое определение порядка: «расположение равных и неравных частей, при котором каждая занимает свое место» [De civ. Dei, 19, XIII].

[260] Ср., к примеру, рассуждения Сократа в платоновском «Евтифроне» о том, благочестиво ли некое действие потому, что угодно богам, или оно угодно богам потому, что благочестиво [8d–10e]. Но более вероятно предположить влияние стоицизма.

[261] [Столяров, 1999, с. 137].

[262] [Там же, с. 140].

[263] Фома знает противоположную позицию, потому что в «Сумме против язычников», рассуждая о присутствии в вещах естественной справедливости, он отмечает, что это рассуждение опровергает два заблуждения, в том числе «тех, кто говорит,

закон (но не естественное право, которое имеет принципиально иную природу[264]) – это выражение чистой воли Бога (отчасти выражено у Дунса Скота, полнее – у Уильяма Оккама)[265]. Римо-католические авторы будут отдавать предпочтение первому варианту (неотомизм будет толковать естественное право как рационалистическое отражение божественного порядка)[266], протестантские авторы, вслед за Лютером и Кальвином, будут отдавать предпочтение второму[267]. Соответственно с этим разделением католические теологи и правоведы будут в качестве источника права рассматривать не только Писание, но и природу (в том числе природу человека), в силу чего они будут отстаивать принципы естественного права. Протестантские же теологи и правоведы, исходя из положения, что испорченность человеческой природы и ограниченность разумных способностей человека не позволяют ему адекватно осмыслить не только Божий замысел, но даже и природу (в том числе собственную), будут настаивать на том, что нормы права должны выводиться только из «Божественного права» – непосредственно из Писания[268], соответственно к естественному праву они будут относиться скептически или вовсе отрицать его существование.

Несмотря на захватывающий драматизм дальнейшего развития христианского учения о праве как о выражении воли Божьей, нам придется здесь остановиться. В центре нашего внимания находится проблема источника права, а после установления в качестве источника Бога – последующая традиция; ни Фома Аквинский, ни Уильям Оккам, ни Мартин Лютер, ни теологи XX века не внесли и не могли внести существенных нововведений относительно этой стороны вопроса[269]. Главным предметом их внимания оставалась проблема содержания норм божественного закона, а также их толкования и применения в современной социальной практике, плюс соответствие существующего позитивного права божественным нормам. В качестве оправдания беглости нашего изложения можно указать на тот факт, что великолепной правовой конструкции, предложенной Фомой Аквинским, посвящена огромная литература в значительной мере доступная сегодня. Естественное право именно в томистском понимании (конечно, с небольшими модификациями) по сей день остается составной частью социального учения католической церкви. Именно на учении о праве Фомы Аквинского будут основываться при толковании вопросов права и морали римо-католические теологи и философы XX века – О. фон Нелль-Бройнинг, Г. Гундлах, Э. Велти, И. Месснер, И. Конгар, Ч. Дэвис, Г. Кюнг, Ж. Маритен, Э. Жильсон и др. Подход к проблемам права Фомы Аквинского, переосмысленный и модернизированный, ляжет в основу папских энциклик 1891, 1931, 1950, 1961 и 1963 годов[270], а также решений II Ватиканского собора.

что причина всего – чистая воля и что никакого иного основания не следует ни искать в вещах, ни приписывать им» [SCG, II, 29; Фома, т. II, с. 113].

[264] [Скот, 2001, с. 512 и сл.].

[265] Здесь можно говорить только о некой тенденции. Например, Уильям Оккам [Quod., III, Q, xiii] выражает мысль, что предположение о том, что Бог мог бы предписать некое действие, противоположное любви к Нему, оказывается неизбежно противоречивым при осуществлении этого действия человеческой волей: «Если же говорят, что Бог может предписать, чтобы на некоторое время он не был любим…Я отвечаю: если бы Бог мог это предписать, а он, кажется, может это сделать без противоречия, то я утверждаю, что воля тогда не может осуществлять такой акт, ибо в силу того самого, что она осуществляла бы такой акт, она любила бы Бога превыше всего; и, следовательно, она выполняла бы божественное предписание: ведь любить Бога превыше всего – значит любить все, что Бог повелевает любить. И в силу того самого, что она любила бы так, она не выполняла бы в этом случае божественное предписание и, следовательно, любя так Бога, любила бы и не любила бы его, выполняла бы предписание Бога и не выполняла бы» [Оккам, 2002, с. 211].

[266] [Четвернин, 1984, с. 36].

[267] Опять-таки речь идет, на мой взгляд, скорее о тенденции, чем о строгой разработке подобной установки.

[268] Но даже в рамках этого направления некоторые исследователи выделяют «августино-кальвинистскую» и «августино-лютеровскую» традиции. См.: [Auer, 1961].

[269] Мне не известна ни одна попытка построить теорию права на изложенном выше тезисе, приписываемом Дж. Кармайклом апостолу Павлу – что Тора (Божественный закон) дана людям не Богом, а ангельскими силами с целью их подчинения [Кармайкл, 2002, с. 189].

[270] Перечисляю лишь некоторые из тех, что затрагивают вопросы права: 1891 – «Rerumnovarum» («В год сороковой»), 1950

Этой римо-католической традиции едва ли уступит в обстоятельности и объеме традиция протестантская. Кроме того, изучение таких фигур, как Мартин Лютер и Жан Кальвин, будет привлекать не только теологов, но и историков, философов, юристов. Здесь, по понятным причинам, не будет единства и последовательности, присущих католической традиции[271], но в обстоятельности и глубине такие авторы, как В. Паненнберг, К. Барт, П. Тиллих, братья Р. и Х.Р. Нибур, Г. Песес-Барба Мартинес, П. Зигмунд и др., возможно, даже превзойдут своих римско-католических оппонентов. Едва ли стоит напоминать, что две потрясшие в XX веке Европу войны в значительной мере оживили интерес теологов к вопросам права и тем самым усилили оппозицию конфессий в частных вопросах. Было разработано несколько замечательных учений о праве, но тезис о Боге как о первоначальном источнике права оставался неизменным – да и что в нем можно было бы изменить?

По моему мнению, тезис о божественном происхождении права логически опровергнуть нельзя. Единственным возможным способом опровержения его могло бы служить только Новое Откровение, в котором сам Бог отрицал бы свою причастность к созданию права. Но и в этом случае сохранялись бы возможности для приверженцев прежней точки зрения – можно было бы, к примеру, усомниться в подлинности этого Откровения и т. д.

Тезис о божественном происхождении права нам придется в данной работе отвергнуть. Во-первых, он ничего не сообщает о сущности права (кроме указания на источник): даже в рамках христианского мира остается неясным, является ли основой божественного права одна лишь воля Бога или оно основано на универсальном безличном разуме (т. е. в какой мере оно доступно нашему разуму, так как у Бога разум и воля нераздельно соединены). Во-вторых, неясной остается сфера его распространения – захватывает оно естественное право или нет, тем более – как оно относится к позитивному. Ведь даже самые твердые сторонники божественного источника права не считают возможным буквально соблюдать все до единого нормы и требования, выраженные в Новом Завете (и тем более в Ветхом). Наконец, в-третьих, неясно, как мы должны при принятии подобной позиции относиться к наличию права у язычников или других конфессий (культур).

Идея, что право не просто «придумано» людьми для повседневных нужд, а имеет высшее происхождение, свойственна едва ли не всем культурам. Это не может быть случайностью, и недостаточно объяснить его изначальной примитивностью народов или силой традиционной веры. Широта распространения подобного убеждения (при всех расхождениях в конкретных нормах и обстоятельствах) – фактор серьезный, и с ним следует считаться исследователю вне зависимости от наличия/отсутствия у него веры.

4.2. Право силы

Мысль о том, что источником права является сила – едва ли не такая же древняя, как и мысль о его божественном происхождении. Здесь также наличествует огромное количество вариантов, степеней и оттенков. В чистом, прямолинейном варианте мы можем найти выражение подобной позиции в словах, которые Шекспир вкладывает в уста Ричарда III:

> Conscience is but a word that cowards use,
> Devised at first to keep the strong in awe:
> Our strong arms be our conscience, swords our law [V; 3][272].

– «Humanigeneris» («Рода человеческого»), 1961 – «Materetmagi-stra» («Мать и наставница»), 1963 – «Paceminterris» («Мир на земле»).

[271] Речь идет только о единстве тенденции рассмотрения проблемы сущности права – не стоит эти слова понимать как утверждение единства всего римо-католического богословия или, тем более, сообщества.

[272] Ведь совесть – слово, созданное трусом,Чтоб сильных напугать и остеречь.Кулак нам – совесть, и закон нам – меч

Согласно Плутарху, вождь галлов Бренн сказал, что они следуют «древнейшему из законов, который отдает сильному имущество слабого и которому подчиняются все, начиная с бога и кончая диким зверем. Да, ибо даже звери от природы таковы, что сильные стремятся владеть большим, нежели слабые» [Plut. Camillus, 17.6; Плутарх, т. I, с. 177].

В философии мы опять-таки находим выражение этой позиции прежде всего у Платона. Он касается этой темы несколько раз и рассматривает ее с разных сторон. В «Горгии» софист Калликл говорит: «…По-моему законы как раз устанавливают слабосильные, а их большинство. (…) Но сама природа, я думаю, провозглашает, что это справедливо – когда лучший выше худшего и сильный выше слабого. Что это так, видно во всем и повсюду и у животных, и у людей – если взглянуть на города и народы в целом, – видно, что принцип справедливости таков: сильный повелевает слабым и стоит выше слабого. По какому праву Ксеркс двинулся походом на Грецию, а его отец – на скифов? (Таких примеров можно привести без числа!) Подобные люди, думаю я, действуют в согласии с самою природою права и – клянусь Зевсом! – в согласии с законом самой природы, хотя она может и не совпадать с законом, какой устанавливаем мы… (ἀλλ᾽ οἶμαι οἱ τιθέμενοι τοὺς νόμους οἱ ἀσθενεῖς ἄνθρωποί εἰσιν καὶ οἱ πολλοί. (…) ἡ δέ γε οἶμαι φύσις αὐτὴ ἀποφαίνει αὐτό, ὅτι δίκαιόν ἐστιν τὸν ἀμείνω τοῦ χείρονος πλέον ἔχειν καὶ τὸν δυνατώτερον τοῦ ἀδυνατωτέρου. δηλοῖ δὲ ταῦτα πολλαχοῦ ὅτι οὕτως ἔχει, καὶ ἐν τοῖς ἄλλοις ζῴοις καὶ τῶν ἀνθρώπων ἐν ὅλαις ταῖς πόλεσι καὶ τοῖς γένεσιν, ὅτι οὕτω τὸ δίκαιον κέκριται, τὸν κρείττω τοῦ ἥττονος ἄρχειν καὶ πλέον ἔχειν. ἐπεὶ ποίῳ δικαίῳ χρώμενος Ξέρξης ἐπὶ τὴν Ἑλλάδα ἐστράτευσεν ἢ ὁ πατὴρ αὐτοῦ ἐπὶ Σκύθας; ἢ ἄλλα μυρία ἄν τις ἔχοι τοιαῦτα λέγειν. ἀλλ᾽ οἶμαι οὗτοι κατὰ φύσιν τὴν τοῦ δικαίου ταῦτα πράττουσιν, καὶ ναὶ μὰ Δία κατὰ νόμον γε τὸν τῆς φύσεως, οὐ μέντοι ἴσως κατὰ τοῦτον ὃν ἡμεῖς τιθέμεθα…)» [Gor., 483b – e][273]. Как нетрудно заметить, Ричард у Шекспира воспроизводит это рассуждение Калликла. Позже общую логику его рассуждений воспроизведет петербургский студент Родион Раскольников, созданный Достоевским.

Куда большее распространение получила позиция, вложенная Платоном в уста софиста Фрасимаха в первой книге «Государства»: «Справедливость, утверждаю я, это то, что пригодно сильнейшему (φημὶ γὰρ ἐγὼ εἶναι τὸ δίκαιον οὐκ ἄλλο τι ἢ τὸ τοῦ κρείττονος συμφέρον)» [Ibid., 338c][274]. Отметим, что здесь употреблен термин δίκαιον, который означает как «справедливость», так и «право». Что речь идет о справедливости в правовом измерении, ясно из последующих слов: «Устанавливает же законы всякая власть в свою пользу: демократия – демократические законы, тирания – тиранические, так же и в остальных случаях. Установив законы, объявляют их справедливыми для подвластных – это и есть как раз то, что полезно властям, а преступающего их карают как нарушителя законов и справедливости (τίθεται δέ γε τοὺς νόμους ἑκάστη ἡ ἀρχὴ πρὸς τὸ αὑτῇ συμφέρον, δημοκρατία μὲν δημοκρατικούς, τυραννὶς δὲ τυραννικούς, καὶ αἱ ἄλλαι οὕτως: θέμεναι δὲ ἀπέφηναν τοῦτο δίκαιον τοῖς ἀρχομένοις εἶναι, τὸ σφίσι συμφέρον, καὶ τὸν τούτου ἐκβαίνοντα κολάζουσιν ὡς παρανομοῦντά τε καὶ ἀδικοῦντα)» [Ibid., 338e][275].

Фрасимах здесь отстаивает более сильную позицию, чем Калликл, так как возражения Сократа последнему строились как раз на том, что даже слабое большинство сильнее одного самого сильного, а значит, законы устанавливают сильные, а не слабые. Но таким образом можно оправдать любые правовые установления, что вполне логично утверждает Фрасимах. На этот раз Сократ в качестве возражения будет указывать на идею справедливости.

(Ричард III)[Шекспир, 1957].

[273] [Платон, т. I, с. 523].

[274] [Платон, т. III, с. 93].

[275] [Там же, с. 93–94].

В платоновском Фрасимахе (вопрос о взглядах исторического Фрасимаха достаточно спорен[276]) видели предшественника Н. Макиавелли и Ф. Ницше, если говорить о философской теории, и многих других (действительно, примеров без числа!), если говорить о тех, кто обосновывал или оправдывал свои действия подобным образом. Но так как нас интересует сущность права в этих рассуждениях, то нам следует точно различать саму теорию права и отношение к ней. Макиавелли и Ницше разделяют отношение Фрасимаха[277], но не его теорию. Они, скорее, выражают сожаление относительно того, что существующее право и положение дел не является таковым, и каждый из них по-своему ищет путь к установлению господства сильного – как подлинного права. Они предлагают своего рода пособия: как стать сильнейшим. Если говорить совсем строго, то в отношении их работ нужно различать два значения понятия «сила»: Макиавелли и Ницше признают соответствие существующего права интересам большинства, признают силу этого большинства (скорее как «засилье»), но полагают подлинную силу совершенно иной, только Макиавелли исходит из политического результата, а Ницше – из духовного.

В отношении же самой теории к Фрасимаху гораздо ближе Маркс, философы-анархисты и даже такой мыслитель, как Лев Толстой, хотя ни один из названных не разделяет позиции в отношении права, которую занимает изображенный Платоном софист. При совершенно различных исходных философских установках эти мыслители единодушны в том, что «правом в действительности называется для людей, имеющих власть, разрешение, даваемое ими самим себе, заставлять людей, над которыми они имеют власть, делать то, что им – властвующим, выгодно, для подвластных же правом называется разрешение делать все то, что им не запрещено»[278]. Совпадение мнений столь разных мыслителей, как софист Фрасимах, материалист К. Маркс, индивидуалист М. Штирнер, анархисты У. Годвин, П.Ж. Прудон, М.А. Бакунин, П.А. Кропоткин, Б.Р. Тэкер, христианин Толстой (и список без труда может быть продолжен) наводит на размышления.

Положение о том, что право включает в себя силу – банальность. Любая теория права, независимо от того, к какой школе она относится, неизменно отмечает в качестве признака права свойственный ему элемент принуждения. Позитивная теория права, как было видно выше, постоянно балансирует на грани отождествления права с применением силы (санкцией), и главная ее проблема – отделить легитимное применение санкции от нелегитимного (команду государя от команды вооруженного грабителя, если пользоваться языком Д. Остина). Позиция, которую можно условно назвать «теорией Фрасимаха», склоняется к тому, что сила всецело определяет правопорядок, и вооруженный грабитель устанавливает свое «право» до тех пор, пока не сталкивается с превосходящей силой. Именно такого рода претензии особенно часто предъявлялись позитивному подходу[279]. Позитивисты XX века приложили много усилий, чтобы найти критерий разграничения между различными проявлениями силы, тем более что одному из крупнейших представителей позитивизма – Г. Кельзену – довелось испытать на себе превратности соотношения силы и права. Тем не менее принципиального решения этой проблемы им так и не удалось найти, что зародило серьезные сомнения у теоретиков права в логической возможности самого подобного разделения.

---

[276] [Dillon, Gergel, 2003, p. 203].

[277] Здесь может идти речь только о традиции, так как отношение Фрасимаха как персонажа «Государства» к праву носит черты двойственности: он в определенной степени «бравирует» своей теорией, но считает нужным выполнять правовые предписания. Обстоятельно позиция Фрасимаха здесь не может быть рассмотрена.

[278] [Толстой, 1936, с. 54].

[279] Л.И. Петражицкий подобный подход назвал «абсолютным правовым идиотизмом». См.: [Валицкий, 2012, с. 264]. А. Валицкий ссылается на недоступное мне английское издание работ Л.И. Петражицкого 1955 года. В изданных на русском языке работах Л.И. Петражицкого я такой характеристики не нашел, но теории, выводящие права из принуждения, были постоянным предметом его критики. См.: [Петражицкий, 1900, с. 60–83]; воспроизведено в: [Петражицкий, 1907, с. 252–275].

Теория естественного права полагает несколько опосредующих звеньев между силой (коренящейся в природе) и правом: грубо говоря, право оказывается интеллектуальной (нормативной) проекцией природы, а сила – физической. Подходы других школ, так же как и теории, которые трудно однозначно отнести к той или иной школе, тоже признают силу существенным атрибутом права. Ф. Ницше говорил о том, что право создается в результате противостояния равных сил (признание невозможности одержать верх принуждает каждую из сторон к договору о разделении сфер власти)[280], Р. Иеринг писал, что право – закрепление результатов борьбы за интересы[281]. А. Меркель видел в праве компромисс противоборствующих сторон[282]. Все названные авторы отмечали наличие в праве силы как ее необходимой части.

Понятие силы, как неотъемлемого свойства права, тоже меняет свое содержание и предстает с разных сторон. Даже в отношении Фрасимаха трудно быть до конца уверенным в том, что он понимает под «сильнейшим (κρείττω)». С одной стороны, культура Древней Греции с ее отношением к роли физической силы и здоровья, с почитанием победителей Олимпийских игр, с культом Геракла может склонять нас понимать буквально: физически сильнейшего. (И Калликл в «Горгии», вероятно, склоняется именно к этому, когда соглашается признать, что «лучший (βελτίω)» и «сильнейший (κρείττω)» – это одно и то же [Gorg., 488b – d].) С другой стороны, Фрасимах возмущенно возражает Сократу, когда тот относит его слова к сильнейшему в кулачном бою Полидаманту [Rp., 368e], и употребляет «правитель (ἄρχων)» как синоним «сильнейшего» [Ibid., 341a].

Что касается более поздних употреблений термина «сила» в отношении к праву, то крайне редко речь может идти об одной физической силе. Скорее задействован достаточно широкий спектр значений, тем не менее всегда включающий физическую силу как крайнюю зону спектра. Более важным представляется вопрос об источнике данной силы.

В одном из вариантов источника силы мы можем увидеть опять-таки Бога. Он – подлинный источник всякой силы. Но возможны варианты, когда божественное присутствие скрыто за некими «посредниками»: свободой, справедливостью, долгом, интересом (выгодой) и т. д. Эти категории в ряде случаев могут трактоваться и как самостоятельные источники: они, подобно античным богам, в состоянии «вдыхать неодолимую силу» в тела простых смертных. Их можно понимать также как ментальные образования – тогда источником физической силы становится человеческая психика.

В роли физической силы позитивного права выступают государственные органы и институции: армия, полиция, суд и т. д. Источник их силы либо задается априорно, либо указывается как божественный, либо установленный договором – как сумма воль (и физических сил) составляющих общество граждан. Что касается субъективного права, то здесь источник силы рассматривается либо как внешний по отношению к индивиду, либо как внутренний: это определяется философской антропологией автора. Простота такой схемы не должна вводить в заблуждение: она оказывается чрезвычайно сложна в применении и при рассмотрении конкретных исторических обстоятельств. Достаточно отождествить «сильнейшего» с правителем, как это делает Фрасимах, а правителя – с тем, кто изрекает волю Верховного Существа, и право силы или, как его еще называют с плохо скрытым отвращением, «кулачное право», неожиданно оборачивается теорией божественного установления. Даже Р. Иеринг, которого трудно заподозрить в наивности, отстаивая тезис о том, что «все право в мире – плод борьбы» за свой интерес[283], приходит к выводу, что в своем источнике и возникновении право рождается из власти сильнейшего[284].

---

[280] «Странник»: 22, 26 [Ницше, т. II, с. 513, 517]; «Человеческое»: 446 [Там же, с. 265–266]; «Генеалогия морали»: Пред. 4 [Там же, т. V, с. 234–235].

[281] [Иеринг, 1895, с. 26 и сл.].

[282] [Меркель, 1902, с. 13].

[283] [Иеринг, 1895, с. 13].

В качестве еще более показательного примера стоит упомянуть проблему террора. Подобного рода насилие обычно характеризуют как бессилие – даже такие «неортодоксальные» авторы, как С. Жижек[285] (о большинстве и говорить нечего). Но в подобном проявлении насилия существует сложное сплетение силы и слабости: государственный террор призван свидетельствовать о силе и тем самым до определенной меры выявляет шаткость и слабость самой власти. Что же касается индивидуального террора (иногда его называют «терроризмом», чтобы отличить от предыдущего[286]), то он призван свидетельствовать о неком искажении реальности существующего порядка. Готовность террористов идти до конца, идти на смерть открывает тот факт, что они обрели некую подлинность своего существования, более значимую для них, чем собственная жизнь. В этом смысле в террор(изм)е нет слабых, это жуткий молчаливый диалог (дуэль) двух сторон, признающих силу друг друга. Слабой можно признать только ропщущую, но безвольную жертву. Когда же «безропотная жертва», подобная толстовскому Платону Каратаеву, хотя и покоряется внешней силе, но не позволяет ей проникнуть вглубь себя, то она сильна, но ее сила иная, это сила не действия, а принятия, но никак не слабость. Конечно, речь не идет о равной дуэли и равенстве сил – но кто и когда мог бы сказать о царе Леониде и его воинах, что они слабы? Разве мы называем «слабыми» партизан[287] или подпольщиков, борцов французского Сопротивления?

Цель насильственных действий всегда одна и та же – показать собственное превосходство, утвердиться в качестве сильнейшей стороны. Иногда собственное превосходство предполагается изначально – им руководствовался, например, Васко да Гама, творя чудовищные зверства в Индии[288], ведомый верой в Бога и власть католического короля плюс силой технического (интеллектуального) превосходства западной цивилизации. Но возможен и иной случай, когда террор оказывается средством самоидентификации, (само)утверждением в своей силе: таковы французские монтаньяры, русские народовольцы, эсеры, большевики и др. Конечно, есть различие между применением террора в отношении прямого противника и против «мирного населения». Но логика террора плохо принимает это различие: Сен-Жюст провозглашал, что «для установления Республики необходимо полное уничтожение того, что ей враждебно» [289], и этой же позиции придерживались большевики, когда считали необходимым уничтожение всех элементов, враждебных новому строю (в том числе, например, поголовное уничтожение казачества[290]). Робеспьер же оценивал враждебность Республике не в социальных и не в экономических терминах, а в этических: по его мнению, следовало уничтожить всех, кто недостаточно нравственен, в том числе монтаньяров-атеистов (Шометта, Клоотса), так как атеизм, считал Неподкупный, был видом дворянской развращенности[291].

По мнению Р. Жирара, насилие определенным образом присутствует в любой общине, и при отсутствии возможности удовлетворения накапливается[292], угрожая существованию всего общества (здесь Р. Жирар опирается на концепцию К. Лоренца[293]). Поэтому жертвоприношение в архаичных обществах Жирар рассматривает как перенаправление насилия; жертва была и остается невинной, но своей смертью она избавляет общину от распри[294]. Жертвоприноше-

---

[284] [Иеринг, 1881, с. 187].

[285] [Жижек, 2010, с. 67].

[286] Анализ определений террора см.: [Шевцов, 2009а, с. 90–92].

[287] Феномен партизана и партизанской войны замечательно рассмотрен К. Шмиттом: [Шмитт, 2007].

[288] О чем с удивительным хладнокровием повествует их свидетель Гаспар Кореа: [Correa, 1869].

[289] [Сен-Жюст, 1995, с. 111].

[290] [Циркулярное письмо, 1919].

[291] [Ямпольский, 2004, с. 486].

[292] [Жирар, 2000, с. 86].

[293] [Лоренц, 1998].

[294] [Жирар, 2000, с. 10].

ние – процесс выноса насилия за пределы социума, так как иначе оно воспроизводит себя (как месть) и стремительно разрастается[295]. Верньо, один из лидеров жирондистов и будущая жертва террора, указывая на королевский дворец, говорил: «Ужас и террор в прежние времена часто исходили во имя деспотизма из этого дворца, так пусть же они теперь возвратятся туда во имя закона!»[296]. Но важнейший момент теории Жирара – выявление связи насилия с трансцендентностью. Трансцендентность задает оппозицию законного/незаконного насилия[297]. При ослаблении трансцендентности происходит распад оппозиции и исчезает полнота человеческого бытия (и в большей мере – полнота бытия социума). Ответной реакцией оказывается трудный поиск новой (обновленной) трансцендентности и насилие при этом выступает и как инструмент, и как универсальный объект всех желаний[298]. Насилие оказывается осуществлением трансцендентности для социума: законность бога узнается по восстановлению мира, что всецело оправдывает его нарушение ранее (часто – им же)[299]. Жертвоприношение – приказ бога[300]: для восстановления порядка необходимо принести в жертву тех, кто прежде осуществлял насилие. Тот же Верньо выразил это знаменитой фразой: «Революция как Сатурн – она пожирает собственных детей».

Чем сильнее террор, тем крепче убежденность и сила отождествления с ним. Вожди большевиков считали главной слабостью Робеспьера его колебания в проведении террора, и колебания своих товарищей приравнивали к измене. Отчасти по этой причине действия Гитлера и Сталина не оттолкнули население, а только укрепили их власть, что с сожалением и тревогой вынуждены констатировать теоретики «гуманистической» направленности[301].

Любая агрессия привлекает к себе внимание[302], но важно, что насилие в данном случае предстает как язык: оно осуществляет целый ряд его функций – коммуникативную, когнитивную, информативную[303] и т. д. Эта особенность плюс связь с трансцендентностью позволяет насилию артикулировать нормы, со временем обретающие статус правовых. Старое право оказывается им уничтожено и им же устанавливаются нормы нового. «Кулачное право» оказывается примитивной моделью общего процесса.

В мою задачу не входит детальный анализ каждой из теорий. Цель рассмотрения остается прежней – выделить основные гипотезы о сущности права (на данном этапе – через его происхождение), чтобы найти возможность объяснения культур, в которых право хотя и существует, но не рассматривается как ценность высшего порядка. Таким образом, искомая теория позволяла бы, при постулировании единой сущности права, объяснить, почему в ряде культур право рассматривается как фундаментальное основание жизни общества, а в ряде других – как неотъемлемое, но далеко не основное. Теория основания права на силе не решает этой задачи: поскольку сила характерна для любого права, эта теория в правовом отношении неизбежно уравнивает различные культуры, дифференцируя их лишь по степени насилия, и, таким обра-

---

[295] [Там же, с. 86].

[296] [Aulard, 1906, p. 323].

[297] [Жирар, 2000, с. 34].

[298] [Там же, с. 178]. Это дает объяснение склонности к насилию в моменты кризиса – например, требования парижских секций Национальному Конвенту 5 сентября 1793 года (22 фрюктидора I года республики): Que la terreur soit à l'ordre du jour! (Да будет террор на повестке дня!)

[299] [Там же, с. 166–166].

[300] [Там же, с. 22].

[301] [Московичи, 1998, с. 219; Arend, 1973, p. 312].

[302] [Майерс, 1999, с. 499].

[303] Вопрос о функциях языка достаточно сложен. Например, К. Бюлер выделяет три функции: экспрессивную, апеллятивную и репрезентативную, см.: [Бюлер, 1993, с. 34 и сл.]. Р. Якобсон, опираясь на теорию коммуникации, дополняет их еще тремя, меняя при этом терминологию (реферативная, эмотивная, конативная, фатическая, метаязыковая, поэтическая). См.: [Якобсон, 1975, с. 198–202]. Единства во мнениях и терминологии нет до сих пор. В данном случае я хотел бы ограничиться указанием на тот факт, что некоторым видам насилия присущи общие с языком черты.

зом, не может служить ключом для нашего поиска. Но считаю нужным добавить: по моему убеждению, сущность права не сводится к насилию хотя бы потому, что у насилия кроме права есть множество других измерений и воплощений. Тем не менее теория силы далеко не так примитивна, как можно было бы предположить на первый взгляд.

4.3. Функциональное истолкование происхождения права

Четвертое методологическое отступление

Функциональное объяснение всегда обладает принципиальной неполнотой. В конечном итоге оно сводится к вопросу «ради чего?», и это предполагаемое «что», цель, явно или неявно будет присутствовать и определять всякую функциональность; кроме того, именно им определяется онтологический характер предмета рассмотрения. Когда это «что» выражено и сформулировано явно, вопрос о функции сводится к вопросам «как именно?», «почему именно так?» и «как лучше всего?», когда же оно остается скрытым или постулируется его бессмысленность, то остается только первый вопрос.

Позитивизм (в широком смысле) и возникшая под его влиянием социология (в том числе социология права) – как раз тот случай, когда сама постановка вопроса «ради чего?» оказывается устранена как метафизическая. В этом плане функциональное описание (приобретающее теперь статус научной дескрипции) оказывается последним пределом знания. Вопрос о том, являются ли функциональное описание (при неясной или условной цели) и научная дескрипция однотипными описаниями или нет, здесь рассматриваться не будет. Для их отождествления мне достаточно того факта, что они в равной мере затрагивают онтологию – онтология научной дескрипции легко может быть переведена в онтологию функционального описания при умолчании о цели.

Функциональное истолкование природы права и его происхождения предлагает достаточно широкий спектр самых различных толкований, но в силу того, что право регулирует отношения между людьми, людьми и государством, и государствами, все они могут быть сведены к двум основным ответам: ради блага человека или ради блага государства (возможен также третий вариант – соединение: ради блага и человека, и государства).

Строго функциональный подход в этом смысле мы можем найти у Аристотеля. Достаточно указать на пассаж, открывающий его «Политику». Несколько позже Аристотель пишет, что «государство – продукт естественного возникновения (πᾶσα πόλις φύσει ἔστιν)» [Pol., 1252b32] и «возникшее ради потребностей жизни, но существующее ради достижения благой жизни (γινομένη μὲν τοῦ ζῆν ἕνεκεν, οὖσα δὲ τοῦ εὖ ζῆν)» [Ibid., 1252b29][304]. Подобный подход вообще характерен для Аристотеля, так как, по его мнению, именно четвертая причина, которую он называет «целью (τέλος)» или οὗ ἕνεκα (ради чего) является главной (первой) [Part. An., 639b15–21].

Эта «телеологичность» философии Аристотеля давно осуждена и почти столь же давно «прощена» ему по сроку давности. Тем не менее в ряде своих конкретных воплощений она вовсе не так наивна, как иногда представляется. Подобную «телеологичность» в отношении права можно найти у Г. Гроция, Пуфендорфа, Гоббса, Томмазия, Спинозы, Лейбница, Локка, Руссо, Монтескье, Беккариа и др., а в несколько преображенном виде и у Канта, Фихте, Гегеля. В значительной мере, возможно, под влиянием классической парадигмы, она присуща фило-

[304] [Аристотель, т. I, с. 378].

софии права XX века. Более того, так как позитивное право понимается как «изобретение», искусственное творение человека, аристотелевский вопрос «для чего» в отношении его представляется вполне уместным.

Но есть существенное отличие: под «благой жизнью» Аристотель понимает жизнь общины (полиса) как единого целого. Именно свобода и благополучие полиса являются для Стагирита необходимым условием для «благой жизни» каждого гражданина. Индивид рассматривается Аристотелем с точки зрения его способности жить в обществе полиса. Поэтому для Аристотеля «человек есть по своей природе существо политическое, а тот, кто в силу своей природы, а не вследствие случайных обстоятельств живет вне государства, – либо недоразвитое в нравственном смысле существо, либо сверхчеловек (ὅτι ὁ ἄνθρωπος φύσει πολιτικὸν ζῷον, ὁ ἄπολις διὰ φύσιν καὶ οὐ διὰ τύχην ἤτοι φαῦλός ἐστιν, ἢ κρείττων ἢ ἄνθρωπος)» [Pol., 1253a2–4][305].

Гоббс же, напротив, исходит из единичного обособленного и разумного человека. Это естественное состояние (State of nature)[306], несущее в себе ужас «войны всех против всех», преодолевается созданным в результате общественного договора государством. Такого рода государство держится на основном законе (fundamental law), при упразднении которого оно, «подобно зданию, у которого разрушен фундамент, должно рухнуть и окончательно распасться» [Lev., XXVI][307]. Основным является закон о полной власти суверена и подчинении ему подданных. Поэтому государство, по Гоббсу, исключительно функционально и держится на праве (тем самым право в конечном итоге также оказывается функцией). Политическая и правовая философия Гоббса может быть выражена условно следующей схемой[308]: 1) право – воля суверена (в качестве суверена может выступать монарх или единство народной воли при республике); 2) суверен возникает в результате общественного договора, но не зависит от него; 3) общественный договор порожден страхом каждого перед состоянием войны всех против всех и оказывается возможен благодаря наличию разума; 4) страх и война порождены природой человека (страстями).

Надо отметить, что у Гоббса странным образом присутствуют два источника права: источником субъективного права является человек – в естественном состоянии он обладает всей полнотой прав (rights), но в собственном смысле правом (law) эти права становятся лишь в качестве воли суверена[309]. Автор «Левиафана» проводит между ними принципиальное отличие: право (jus, right) – это свобода делать что-либо или не делать, а закон (право, но в другом смысле – lex, law) это обязательство чего-либо; «следовательно, закон и право различаются между собой, так же как обязательство и свобода (as obligation and liberty), которые несовместимы (inconsistent) в отношении одной и той же вещи» [Lev., XIV][310]. Права (rights) Гоббс понимает как нечто природное, право (law) в отличие от них – искусственное образование, исходящее из воли человека. При этом он недвусмысленно говорит: сила и власть суверена

---

[305] [Аристотель, т. IV, с. 378].

[306] Следует отметить, что само сочетание *State of nature* Гоббс использует в «О гражданине», а в «Левиафане» он предпочитает употреблять выражение *mere nature* (полная, совершенная природа). В русских переводах в обоих случаях стоит «естественное состояние», что не совсем точно. Возможно, Гоббс хотел противопоставить государственное (гражданское) состояние и предшествующий ему этап полной анархии еще и терминологически. Термин *State* никак не соответствовал ситуации войны всех против всех. Это особенно вероятно, если учесть, что на период в десять лет между этими работами Гоббса пришлись годы гражданской войны и революции в Англии, страстным противником которой был Гоббс.

[307] [Гоббс, 1991, с. 224].

[308] Я разделяю мнение Скиннера [Skinner, 1964], что философия Гоббса не представ-Skinner, 1964], что философия Гоббса не представляет собой логически строгого и последовательного соединения связных идей, но для данного случая считаю вполне допустимым представить ее именно так.

[309] См.: [Ryan, 1996, p. 222–223]. Это позволяет М. Голдсмиту приравнивать позицию Гоббса к позиции Г. Харта и Д. Остина [Goldsmith, 1996, p. 275].

[310] [Гоббс, 1991, с. 98–99].

состоит в получении полномочий от отдельных граждан [Ibid., XVII] (возможность передачи полномочий (прав)[311] – критерий личности и основа учения Гоббса о легитимном государстве), но подданные оказываются перед сувереном практически бесправны, в то время как суверен обладает над ними всей полнотой власти [Ibid., XVIII].

Математической модели социума, предложенной Гоббсом, следовали Спиноза, Локк, Руссо, Пристли и многие другие, но при этом каждый вносил в нее свои коррективы. Это в равной степени касалось и рассмотрения права: как и у Гоббса, его сущность оставалась, по сути, даже не затронутой. Нозик с сожалением отметил, что Локк «не предлагает ничего даже близко похожего на удовлетворительное объяснение статуса и основы естественного права» [312].

Принципиально иная функциональная модель права была предложена Кантом, при том, что он во многом следовал парадигме Гоббса: обособленный разумный индивид как основа, естественное стояние, общественный договор (но как регулятивная идея, а не логическое моделирование). Суть кантовского преобразования в интересующем нас аспекте заключалась в том, что право у него было не столько инструментом для чего-то, сколько результатом, продуктом. Это не отменяло того факта, что в обществе правовые нормы осуществляли функцию регулирования, но это было скорее «побочное» действие, по сути же своей право являлось функционированием практического разума или своеобразной проекцией категорического императива в мир внешних отношений между людьми.

Рассматривая вопрос, что такое право, Кант выделяет три составляющих определения: 1) право касается лишь внешних практических отношений между лицами; 2) это отношение воли одного лица к воле другого; 3) цель этого отношения в расчет не принимается. В итоге «право, – говорит Кант, – это совокупность условий, при которых произвол одного [лица] совместим с произволом другого с точки зрения всеобщего закона свободы (Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann)»[313]. Это замечательное для своего времени определение, уже само по себе способное произвести на свет метод социологии, тем не менее по-прежнему не затрагивает сущности права. Эту сущность Кант находит вне предложенного определения – она коренится в отношении права и морали: человек, в силу своей наделенности разумом, должен следовать тому, что диктует ему его свободный самостоятельный (автономный) разум, разум же диктует ему ограничить свою свободу действий в той мере, чтобы она не препятствовала аналогичной свободе другого.

В отличие от Гоббса, согласно которому люди объединяются для некой цели (прекращения состояния войны), Кант полагает, что целью объединения людей должно быть само объединение и это – «безусловный и первый долг вообще во всех отношениях между людьми, которые не могут обойтись без взаимного влияния друг на друга»[314]. Эта цель, являющаяся долгом, и есть право людей, а объединение на таких условиях является гражданским состоянием[315].

Иначе говоря, в основе кантовской теории права лежит идея о том, что люди в равной степени приобщены универсальному разуму. Приобщенность универсальному разуму и отличает человека от, например, животного; и человек тем более человек, чем полнее и последовательнее он следует тому, что диктует ему разум, а потому он должен давать возможность действовать так другим людям. В том же случае, если он не делает этого, например, считая себя умнее или сильнее других, то он и сам уменьшает свою степень «человечества» или «принад-

---

[311] Скиннер отмечает, что идея представительства появляется только в «Левиафане» и не имеет аналогов в ранних работах. См: [Skinner, 2007, p. 157].

[312] [Нозик, 2008, с. 27].

[313] [Кант, т. IV, 1965, с. 139].

[314] [Там же, с. 78].

[315] [Там же].

лежности к человеческому роду» (Menschheit). Это понятие Menschheit – одно из важнейших не только в этике, но во всей философии Канта, так как им определяется связь индивида с универсальным разумом; в этом плане оно означает своего рода аналог того, что христианство полагает под «верой» (т. е. связь с Богом). Таким образом, знаменитая формула Канта практического императива – «поступай так, чтобы ты никогда не относился к человечеству, как в твоем лице, так и в лице всякого другого, только как к средству, но всегда в то же время и как к цели (Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst)»[316] является не просто диктатом, но и условием (или рекомендацией), при выполнении которого единственно возможно самому быть человеком[317].

Некоторым образом Кант здесь воспроизводит логику (диалектику) рассудочных категорий внутри каждого из классов своей трансцендентальной аналитики. Например, три категории качества: Реальность (Realität) – Отрицание (Negation) – Ограничение (Limitation)[318]. В применении к праву их можно изложить следующим образом: так как Личность – это прежде всего свобода, то для того, чтобы она (Личность) стала *реальностью*, ей следует *ограничить* свою свободу, что возможно только через *отрицание*. Индивид может стать Личностью только среди других Личностей: признав свободу за ними, т. е. отрицая всеобщность своей свободы, он обретет свободу заново через правовое отношение к нему других, т. е. осуществит (в реальности) себя как Личность. Поэтому Кант в конечном итоге формулирует в качестве цели (а следовательно, и долга) для человека *собственное совершенство* (Eigene Vollkommenheit) и *чужое счастье* (fremde Glückseligkeit)[319].

Позитивное право, существующее в обществе, – это гипотетический императив, так как оно является практической необходимостью возможного действия как средства достичь чего-то другого[320] (в данном случае – общественного порядка и возможности для каждого из граждан осуществить свою свободу на практике). Что же касается права как такового, т. е. принципа всякого позитивного законодательства (по определению Канта), то оно уже, говоря гегелевским языком, превращенная форма императива категорического, и его цель – осуществление себя ради себя самого. Хотя на самом деле – ради того, чтобы быть человеком, т. е. свободно следовать диктату автономного разума (долгу).

Можно ли считать, что Кант выявляет сущность права? Только при условии, что мы согласимся с его базовыми положениями: наличием универсального автономного разума и пониманием человека как существа, умеющего отличить диктат этого разума от всего остального, что происходит в его голове, и следующего этому диктату как долгу. При этих условиях Кант безупречен. Но как много среди живущих на нашей планете людей в этом случае можно будет назвать людьми? И как объяснить строгое следование нормам права тех, кто был весьма далек от этого кантовского критерия – например, тех же римлян? И должен ли я тогда сделать вывод о том, что народы моей культуры, чье отношение к праву и является предметом моей работы, те люди, среди которых я живу, с которыми общаюсь, дружу, ссорюсь, враждую, которых люблю, уважаю, и я сам – все мы не являемся людьми в полной мере? Кантовские термины «необходимо» и «единственно» недвусмысленно проводят черту. Конечно, это только цель и долг, регулятивный принцип, направление движения, не более того, но все же…

---

[316] [Кант, т. III, 1997, с. 169].

[317] То есть формулировкой принципа человечества (Menschheit). Его анализ в этом плане: [Rosen, 1993, p. 62–65].

[318] [Кант, т. III, 1964, с. 175].

[319] [Кант, т. IV, 1965, с. 319 и сл.].

[320] [Кант, т. III, 1997, с. 123].

Фихте вслед за Кантом понимает право прежде всего как ограничение своей свободы понятием о свободе всех остальных лиц[321]: без этого правового отношения невозможно самосознание, невозможно Я[322]. Ограничение свободы у Фихте происходит не в теоретическом аспекте (вневременном), а в аспекте деятельном, где происходит не просто мышление Я, но самоопределение Я. Хотя Фихте не считает возможным выводить правовое состояние из состояния естественного, можно сказать, что он все же рассматривает право как нечто заложенное в человеческой природе, с той оговоркой, что оно все же должно быть актуализировано в определенный момент времени. Здесь у него возникает серьезная трудность: правовое отношение возможно только между лицами, без правового отношения невозможно Я, и вместе с тем именно Я на основе своей свободы выстраивает правовые отношения, т. е. осуществляет самоограничение. Такое самоограничение Я не может осуществить само, но при условии, что подобное ограничение будет осуществлено не-Я, Я утратит свою свободу. Поэтому в философии права Фихте особую роль играет «требование (Aufforderung)»[323], направленное к Я. Обращенное к Я требование не нарушает свободы Я и в то же время побуждает его к действию. Поскольку требование может исходить только от субъекта, Я признает в качестве источника требования другое Я и, согласно требованию категорического императива, вступает с ним в правовое отношение. Таким образом, самосознание оказывается способным определить себя как свободу только за счет наличия другого субъекта (сознания), иначе говоря, согласно Фихте, человеком можно быть только в мире людей[324]. Кроме того, хотя Фихте, как известно, исходит в своей философии из самоочевидности Я = Я, ему приходится все же признать три изначальных права: свободу владения телом, собственность и самосохранение[325]. Эти три изначальных права и служат основой для правового отношения Я с другим Я. Это позволяет Фихте обосновать со значительно большей силой, чем его предшественники, взаимообратный характер процесса функционирования права.

Гегель также следует Канту, но в значительной мере модифицирует картину. В основе его модификации лежит его иное понимание человека. У Канта человек существовал в двух основных мирах – как ноумен в царстве свободы и как феномен в мире природы. У Гегеля он и как ноумен существует в двух измерениях: самосознании и социуме, при этом второе измерение важнее первого. Философия Гегеля основана на диалектике как логике развития, эта логика и есть «содержание» или сущность мирового духа. Поэтому все, что развивается в подлинном смысле, осуществляет это по общей логике – и сам дух, и отдельный индивид. Осознание собственного развития и есть полноценное бытие.

Мировой дух или разум стремится осуществить самопознание через нечто внешнее для себя (свое инобытие), в качестве чего выступает материя, природа, сознание человеческого рода, сознание отдельных индивидов. Это «сужение» (от материи вообще до отдельных индивидов) обусловлено тем, что далеко не все в материи способно к тому, чтобы воспринять требование духа и следовать ему. Конечная цель движения – закрепление сущности духа в понятии (познание). Диалектика раннего этапа самосознания мирового духа изложена Гегелем в «Феноменологии духа»; дух через свое инобытие в истории стремится познать себя как понятие. Но

---

[321] «Das deducirte Verhältniss zwischen vernünftigen Wesen, dass jedes seine Freiheit durch den Begriff der Möglichkeit der Freiheit des anderen beschränke, unter der Bedingung, dass das erste die seinige gleichfals durch die des andern beschränke, heisst das Rechtsverhältniss; und die jetzt aufgestellte Formel ist der Rechtssaz (Выведенное отношение между разумными существами, а именно, что каждый индивид ограничивает свою свободу посредством понятия возможности свободы другого, при условии, что тот точно также ограничивает свою, названо *правовым отношением*; и эта только что установленная формула есть *правовая норма*)» [Fichte, 1796, S. 49]. (Я сохраняю написание оригинала.)

[322] [Ibid., S. XII].

[323] [Ibid., S. 23].

[324] «Der Mensch (so alle endliche Wesen überhaupt) wird nur unter Menschen ein Mensch (Человек (как и все конечные существа вообще) становится человеком только среди людей)» [Ibid., S. 31].

[325] [Ibid., S. 130–138].

это уровень субъективного духа – здесь он познает себя только через антропологию, феноменологию, психологию. На более высоком уровне дух становится объективным и познает себя в понятиях; этот процесс необходимо воплощает себя в социуме. Здесь развивающийся (осознающий себя) дух предстает как объективный, а формами его воплощения и осознания оказываются право, моральность и нравственность. Каждая последующая форма – выше предыдущей. Право на раннем этапе – это правоотношения между отдельными лицами (собственность, договор, уголовное право), на уровне нравственности (сюда Гегель относит семью, гражданское общество и государство) право существует иным образом: как семейное право, как правосудие, как государственное и международное право. Право, таким образом, выступает как одна из самых фундаментальных форм самоосознания духа. И только на высшей, третьей ступени абсолютного духа праву не находится сферы реализации – там мировой дух обретает свое тождество в самопознании через искусство, религию и философию.

Соответствующий путь по обретению своего бытия (оно же познание) проходит и отдельный индивид (и отдельный народ). На втором уровне он необходимо обретает полноту своего бытия только в социальном измерении, а полноценное знание – через формы объективации абсолютного духа. Сущностью индивида, как и сущностью духа, Гегель полагает свободу – здесь он опять-таки следует Канту. Таким образом, право рассматривается Гегелем прежде всего как проекция самопознания духа (но через сознание отдельных индивидов и народов). В силу того, что человек выступает как лицо[326], он должен «дать себе внешнюю *сферу своей свободы* (muß sich eine äußere *Sphäre ihrer Freiheit* geben)», т. е. реализовать себя в обладании собственностью. Собственность нужна не для удовлетворения потребностей, а для того чтобы вывести личность из состояния чистой субъективности (как всецело сознания)[327]. Собственность – это личность вне себя (в своем инобытии).

Согласно Гегелю, правовые законы – от людей (субъективных личностей), как и сама личность (сознание), они имеют историческое измерение – развитие, прогресс. Вместе с тем человек находит подтверждение истинности правовых норм в себе самом[328], так как идеей права (как и личности) является свобода[329], «почвой права» – духовное, а исходной точкой – свободная воля[330]. Человек в своем развитии необходимо должен осуществить свою внутреннюю свободу через развитие своего сознания, через социальные формы бытия (одна из которых право) и потом – через творчество и веру. «Система права, – говорит Гегель, – есть царство осуществленной свободы (das Rechtssystem das Reich der verwirklichten Freiheit… ist)»[331]. Можно согласиться с В.С. Нерсесянцем, который писал, что в определенном смысле «Философия права» Гегеля может быть названа «Философией свободы»[332].

Так как сущностью духа является свобода, то право по своей сущности есть воплощенная в понятиях свобода (иное право просто не является правом). Как формулирует это Э. Вейль, право, согласно Гегелю, есть «эмпирическое осуществление эмпирической и природной воли человека»[333] (Вейль говорит это об изначальном праве) и одновременно эмпирическое осу-

---

[326] «Личность содержит вообще правоспособность и составляет понятие и саму абстрактную основу абстрактного и потому *формального* права. Отсюда веление права гласит: *будь лицом и уважай других в качестве лиц* (Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher *formellen* Rechtes aus. Das Rechtsgebot ist da-her: *sei eine Person und respektiere die anderen als Personen*)» [Гегель, 1990, с. 98].

[327] [Там же, с. 101].

[328] [Там же, с. 57].

[329] [Там же, с. 59].

[330] [Там же, с. 67].

[331] [Там же].

[332] [Нерсесянц, 1998, с. 52].

[333] [Вейль, 2009, с. 64].

ществление самого человека в его социальном существовании. А тем самым (не через отдельного человека, а через социум, через государство) самопознанием мирового разума.

Идея Гегеля о подлинности только социального существования человека чрезвычайно привлекла Маркса. Так как он не признавал существование мирового разума или духа, то предметом движения у него оказывалось само человеческое общество, которое порождало движение само из себя – за счет разделения труда и возникшего в результате антагонистического противостояния различных групп людей (классов). Социальное измерение человеческого бытия у Маркса в определенном смысле доведено до крайности – у него вообще практически нет независимых (абстрактных) индивидов, только представители той или иной социальной группы. Право, как и государство, – также продукт экономической формы бытия общества[334], в основе права – определенная форма собственности, хотя и государство, и право обладают определенной степенью самостоятельности. Но все же право и государство не могут быть поняты ни из самих себя, ни из развития человеческого духа, «они коренятся в материальных жизненных отношениях (in den materiellen Lebensverhältnissen wurzeln)»[335]. Такое право является инструментом подавления, механизмом эксплуатации, лживой идеологической маской для оправдания существующего неравенства и несправедливости. Согласно Марксу, право фиксирует и поддерживает моменты мира, а непосредственно в момент борьбы (классовой войны, революции) право существовать не может. Таким образом, право оказывается одним из сдерживающих механизмов истории, своего рода идеологическим покрывалом, с помощью которого победивший на данный момент класс пытается оправдать и укрепить свою победу над противником. При исчезновении классов и классовой борьбы право должно отпасть за ненадобностью, так как его незачем и не к кому будет применять. Отдельные исторические формы права, по Марксу, могут быть прогрессивными – в сравнении с предыдущими, но право как идея – просто инструмент подчинения, оружие победителей.

Трудно удержаться от того, чтобы не заметить, что когда Ленин в своей работе «Государство и революция»[336] говорит о том, что социалистическая революция должна уничтожить не государство вообще, а буржуазное государство, чтобы вместо него создать государство пролетарское, то его слова, с одной стороны, можно принимать всерьез, а с другой – причем не с меньшим основанием! – как создание новой идеологии, почти пророческое усмотрение (работа написана летом 1917 года) прихода к власти в России нового класса, но класса не наследственного, а открытого (партийной номенклатуры), зато тотально владеющего всей собственностью государства, включая людей[337].

Замечательное во многих отношениях учение о возникновении права и его сущности предложено Ф. Ницше. Как и в отношении многих других тем у Ницше, его взгляд на право можно назвать учением с определенной мерой условности – скорее, это краткие наброски основных линий, не более. Тем не менее его позиция безусловно заслуживает большего внимания, чем мы можем уделить ей здесь[338]. Согласно Ницше, право основано на договоре[339], но

---

[334] «Ваши идеи сами являются продуктом буржуазных производственных отношений собственности, точно так же как ваше право есть лишь возведенная в закон воля вашего класса… (Eure Ideen selbst sind Erzeugnisse der bürgerlichen Produktionsund Eigentumsverhältnisse, wie euer Recht nur der zum Gesetz erho-bene Wille eurer Klasse ist…)» [Маркс, Энгельс, 1955, с. 443].

[335] [Маркс, 1959, с. 6].

[336] [Ленин, 1974].

[337] Открытость свойственна всем классам в начальный период их формирования. Класс советской номенклатуры стремительно двигался к обособлению, но все же был еще достаточно далек от него. Это движение к обособлению несложно заметить на примерах нынешнего существования бывших членов высших партийных комсомольских и государственных органов, а также членов их семей.

[338] Несмотря на значительное количество публикаций, посвященных творчеству Ницше, вопрос о взглядах философа в отношении права остается весьма проблемным. В изданных в последние годы сборниках статей это выявилось лишь с большей остротой. См.: [Nietzsche, 2005; 2008]. Второй из сборников был для меня недоступен, я могу судить о нем лишь по отзывам на некоторые из помещенных в нем статей.

сам договор, а следовательно, и право, возможен только при равенстве сил сторон. При этом такое равенство должно быть осознано посредством «умного расчета (das kluge Rechnen)»[340]. Справедливость и право выступают в качестве баланса сил, равновесие же – «предпосылка всех договоров, стало быть, всякого права (Voraussetzung aller Verträge, folglich alles Rechts)»[341]. Но такое положение дел существует только до тех пор, пока у народа сохраняется «правовое чувство (Rechtsgefühl)», т. е., по сути, осознание своей силы, правосознание; когда же оно утрачивается, как в современной философу Германии, право становится волюнтаристским[342]. Таким образом, согласно немецкому философу, право формируется как признание равенства сил (видимо, в результате борьбы, войны, что можно заключить только косвенным образом), в дальнейшем же его поддерживает обычай и оно становится элементом культуры и принуждения[343], в значительной мере лишенным былой силы.

За несколько лет до Ницше подобный взгляд высказывает выдающийся немецкий юрист Р. Иеринг. Выраженные им идеи привлекли к его работам широкое внимание, со временем, впрочем, заметно ослабевшее. Иеринг, исследуя проблему формирования римского права, обратился к исследованию элементов, из которых формируется право и правовое сознание. Он пришел к выводу, что право сформировано борьбой индивидов за свои эгоистические интересы, и увидел столь же живой источник права в области коммерческой деятельности современной ему Германии. В опубликованной в 1872 году брошюре «Борьба за право» он провозгласил принцип, что в основе права находится личность, отстаивающая в борьбе с другими свои интересы[344]. «…Борьба за право, – пишет Иеринг, – есть поэзия характера»[345]. Он предположил, что личность принуждает к этому врожденное «правовое чувство (Rechtsgefühl)»[346], которое модифицируется под воздействием истории и обстоятельств социальной жизни, поэтому у различных народов это общее для всех людей правовое чувство принимает разные формы. В конечном итоге он пришел к заключению, что творческой силой всего права является цель, и что нет правового положения, которое не было бы обязано своим происхождением какой-либо цели[347]. Ни долг, считает он, ни категорический императив не могут заставить человека тратить все свои силы на борьбу, которая и создает жизнь, а тем самым и право, это в состоянии сделать только интерес и поруганное «правовое чувство»[348]. Государственная власть лишь обеспечивает те завоевания, которые в результате борьбы за свои интересы одерживают индивиды.

Эта теория подверглась жесткой критике со стороны как практических юристов, так и теоретиков права. Главные возражения сводились к тому, что в позитивном праве существует достаточное количество положений, которые нельзя представить как результаты борьбы, например, ряд положений брачного права[349]. Кроме того, юристов явно смущала ориентация Иеринга на коммерческую деятельность в качестве образца процесса жизни общества.

---

[339] «Нет права без договора (Ohne Vertrag kein Recht)» [Ницше, т. II, с. 266].

[340] [Ницше, т. II, с. 2]. Фуко говорит в связи с Гоббсом, что представленная им война происходит лишь в представлении, в ней нет крови, нет трупов, иначе подобный расчет просто невозможен, как и невозможно возникновение государства и права. См.: [Фуко, 2005, с. 196].

[341] [Ницше, т. V, с. 234–235].

[342] [Там же, т. II, с. 272].

[343] [Ницше, т. II, с. 526].

[344] [Иеринг, 1895, с. 27].

[345] [Там же, с. 45].

[346] «Не ум, а чувство боли дает нам понимание, что такое право. Правовое сознание подменить или заменить это не может» [Там же].

[347] [Иеринг, 1881, с. 11].

[348] [Там же, с. 41].

[349] См., например, критику теории Иеринга у Петражицкого: [Петражицкий, 1900, с. 111–113]; почти дословно воспроизведено в: [Петражицкий, 1907, с. 252 и сл.].

По моему мнению, Иеринг как никто близко подошел к сущности права, но ряд особенностей его мышления или мировоззрения не позволили ему сделать следующий шаг. Его теория чересчур прямолинейна, любимые им параллели с естествознанием кажутся наивными, а литературный стиль его работ вызывает сомнение в их научности. Тем не менее его логический и исторический анализ формирования правовых отношений и анализ источников римского права – замечательный пример научного разыскания в гуманитарной области и заслуживает куда большего внимания, чем ему уделяют сегодня.

Другой немецкий юрист, А. Меркель развил и модифицировал теорию Иеринга. По его мнению, право является не столько результатом вечно идущей борьбы за свои интересы, так как борьба может принимать самые различные формы, иногда весьма далекие от права, сколько фиксацией достигнутого в результате борьбы компромисса[350]. Поэтому право, по мнению немецкого юриста, включает две составляющих: теорию и силу. Наиболее полное выражение сущность права получает в судебной деятельности[351]. Но он следует Иерингу в том, что право «есть средство для достижения цели»[352], а правовые положения – выражения воли и силы, с тем только добавлением, что право одновременно ограничивает и уполномочивает. Что касается происхождения права, то тут Меркель не считал нужным вдаваться в историю: нормальный путь создания правовых норм – законодательство, в определенных случаях право может возникать из договоров[353].

Иначе рассматривает право Г. Еллинек (1851–1911). Для него право – обеспечение сохранности существующего общественного состояния[354] (объективно), субъективно же право, согласно Еллинеку, является этическим минимумом[355]. В этом смысле основа государства и основа права существенно совпадают[356]. Государство Еллинек полагает только как субъект права[357]. При этом немецкий юрист полагает, что личная нравственность является производной от нравственности социальной. Разделяя ряд положений неокантианства, а также взгляды Фихте на роль общества в воспитании и формировании нравственности отдельной личности, Еллинек склонен придавать правовым нормам преимущественно социальный характер. Он видит отличие правовых норм от норм религии, морали, нравов в том, что они обладают следующими признаками:

1) это нормы внешнего поведения людей в их отношении друг к другу;

2) они исходят от признанного внешнего авторитета; 3) их обязательность гарантируется внешними средствами[358]. Здесь Еллинек выступает уже скорее как социолог права, чем собственно юрист или философ. И все же он полагает основу правовых норм в сознании, но сознании не столько индивидуальном, сколько общественном. Положительность права, по Еллинеку, основана на убежденности в том, что данное право является действующим, и что необходимо следовать данным правовым нормам. Правопорядок держится на этом чисто психологическом элементе, но опять-таки не субъективном, а типичном, среднем убеждении всего народа[359]. Право – это функция человеческого общения, говорит Еллинек, но на чем основано это убеждение народа, он указывает достаточно размыто. Наиболее вероятным ответом, как представляется, будет преобразованное учение Фихте: основой правового сознания является трансцен-

---

[350] [Меркель, 1902, с. 13].

[351] [Там же, с. 4].

[352] [Там же, с. 7].

[353] [Там же, с. 37, 43].

[354] [Еллинек, 1910, с. 48, 61; Jellinek, 1878, S. 55].

[355] [Там же, с. 48; Ibid., S. 42].

[356] [Еллинек, 2004, с. 233].

[357] [Там же, с. 193].

[358] [Там же, с. 332].

[359] [Там же, с. 333–334].

дентальный разум, приведенный в действие посредством общения людей друг с другом. Целью же права является защита и охрана человеческих благ или интересов посредством положительных (одобрения) или отрицательных (санкции) человеческих действий[360].

О Еллинеке иногда говорят как о том, кто впервые применил в своих работах метод социологии права. Но чаще «отцом» немецкой социологии права называют его младшего современника Е. Эрлиха (1862–1922), создателя концепции «живого права», противостоящего законодательству и рождающегося из самой жизни общества. В XX веке социологический подход к праву нашел замечательное, хотя и во многом противоречивое воплощение в трудах Э. Дюркгейма (1858–1917), М. Вебера (1864–1920), Г. Зинцеймера (1875–1945), Р. Паунда (1870–1964), Т. Гайгера (1891–1952), К. Ллевеллина (1893–1962), Д. Фрэнка (1889–1957), Т. Парсонса (1902–1979), Э. Хирша (1902–1985), Р. Циппелиуса (род. 1928),

П. Бурдье (1930–2002), Х. Риффеля и других исследователей. Но мне представляется, что свою вершину (на сегодняшний день) социология права обрела в работах Н. Лумана (1927–1998), ученого невероятной эрудиции, чрезвычайной широты постановки задач и удивительной производительности. Право привлекало особое внимание немецкого социолога – юриста по образованию, проработавшего в области юриспруденции несколько лет[361].

Прежде всего, право рассматривается Луманом как специфическая подструктура общества, которое понимается им как открытая коммуникативная система. Открытость и коммуникативный характер, присущие обществу, присущи и всем его подструктурам, в частности праву. Еще одной характерной чертой общества Луман полагает аутопойесис, иначе говоря, способность живых сетей к самовоспроизводству[362]. Определяющей чертой аутопойетической системы является сохранение паутинообразной организационной модели при постоянных изменениях самой системы. Элементы аутопойетической сети при сохранении общности модели постоянно преобразуются и воспроизводятся, и происходит это двумя различными способами: самообновлением и установлением новых связей. Эти черты присущи и праву. Как и общество в целом, право эволюционирует согласно механизмам изменчивости, отбора и стабилизации.

Задаваясь вопросом о специфике функции права, Луман полагает, что она может быть обнаружена только при системной дифференциальной перспективе, для права таким дифференциальным кодом является различие «законное/незаконное»[363]. Предшествующие теории (как социологические, так и внутриправовые) делали упор на один из аспектов – интеграционный (Т. Парсонс), разрешение конфликтов (критическая социология, восходящая к идеям Маркса) и др. Но подобные функции не являются специфичными для права: их осуществляют и другие под структуры общества; кроме того, эти теории не учитывают различие между функциями и их осуществлением – в итоге их объяснительная способность невысока: с тем же успехом можно было бы в качестве основной функции права назвать обеспечение дохода для юристов[364].

В теории Лумана эти недостатки преодолены. С точки зрения Лумана, специфической функцией правовой системы является поддержание (стабилизация) ожиданий[365]. Право пред-

---

[360] [Там же, с. 332].

[361] К слову сказать, М. Вебер – тоже юрист по образованию, несколько лет занимал должность профессора кафедры факультета права Берлинского университета. Тем не менее работ, всецело посвященных праву, у Вебера нет. Наиболее полное выражение его концепция права получила в книге «Хозяйство и общество».

[362] Концепцию аутопойесиса Луман заимствует у нейробиологов У. Матураны и Ф. Варелы, чья теория получила известность как сантьягская теория познания.

[363] [Lumann, 2004, p. 185].

[364] [Lumann, 2004, p. 149].

[365] «Функция права имеет дело с ожиданиями, направленными на общество, а не на индивидов. Она имеет дело с возможностью коммуникационных ожиданий и включением их в коммуникацию. “Ожидания” таким образом, не относятся к действительному состоянию сознания данного индивидуального человеческого существа, но к временному аспекту значения

стает как своего рода формализация когнитивных или нормативных ожиданий, существующих в течение продолжительного времени[366]. Такой подход позволяет преодолеть различие между функцией и ее исполнением[367]. Право, таким образом, создается не законодателем, а ожиданиями, характерной чертой которых выступает временная связность[368]. Ожидание при этом – не психологическое событие, а коммуникативное, это настоящее, отнесенное в будущее, в праве оно предстает как правовое требование. Усложнение системы общества ведет к усложнению ожиданий, а тем самым – к усложнению правовой системы. Право как коммуникативная система ожиданий покрывает собой не только запреты (уголовное право), но и «позволения» (наделение полномочиями и свободами), такие как контракты, собственность и т. д.

Луман не утверждает, что право способно обеспечить стабильность ожиданий и их исполнение при любых обстоятельствах. Он рассматривает условия (внешние и внутренние), при которых право оказывается способно осуществлять эту функцию. Функция права, утверждает Луман, не разрешение конфликтов, а в определенной мере их производство; право стремится избежать насильственных разрешений конфликтов, а не их разрешения вообще[369], поэтому оно производит конфликты, чтобы перевести их разрешение в определенное русло. Тот факт, что правовые коммуникации обладают временной связующей природой, уподобляет их любому языку. Тем самым право, как и язык, при его употреблении оказывается способным порождать значения[370]. Право основывается не на ценностях, которые сами могут быть пересмотрены из-за своей принципиальной релятивности, а на нормативизации правовых функций, которая происходит в процессе использования права. Ценности не обладают иерархией и не способны, по мнению Лумана, сделать никаких выводов о правильном поведении, так как их наложение на те или иные обстоятельства не создают порядка. Представление права как коммуникации позволяет иначе взглянуть на основную функцию права[371]: право может быть уподоблено иммунной системе, поэтому оно как система автономно и его функция – защищать аутопойесис коммуникативной системы общества от помех, которые создает эта система[372].

При этом, утверждает Луман, описание права с точки зрения его функций не является адекватным описанием права. Куда больше может прояснить кодовое различение (законное/незаконное). «Будучи аутопойетической, оперативно закрытой системой, право должно гарантировать свою функцию само. Очевидно это не может означать, что все эмпирические условия для воспроизводства этой операции системы создаются в самой системе; это было бы тождественно включению всего мира в систему права. Тем не менее право должно остаться действующим как функционирующая система, которая определяется своей структурой, и это должно предполагать непрерывность служения ее собственной функции внутренне. “Внутренне”, однако, означает ее собственный тип действий»[373].

коммуникации» [Ibid., p. 142–143].

[366] [Луман, 2007, с. 436].

[367] Некоторые противники лумановской социологии считают, что он лишь меняет термины и не предлагает ничего нового. Например, П. Бурдье считает, что «подавая под новым именем старую теорию, согласно которой юридическая система изменяется в соответствии со своими собственными законами», системная теория смешивает в концепте «самореферентность» символические структуры (собственно право) и социальные институты, продуктами которых они являются [Бурдье, 2007а, с. 77].

[368] [Lumann, 2004, p. 145].

[369] [Луман, 2007, с. 491].

[370] [Lumann, 2004, p. 144].

[371] «Во всяком случае мы предполагаем, что право выполняет *только одну* функцию, которая, конечно, может быть детализирована по отношению к дальнейшим проблемам, а поэтому и в дальнейшие подфункции. (…) Однако если кто-либо заинтересован только в различении функциональной системы, только допущение, что система имеет одну функцию, может привести к ясным результатам. Множественность функций приводила бы к проблемам неполного покрытия и неясности в демаркации права» [Ibid., p. 148–149].

[372] [Луман, 2007, с. 492].

[373] [Lumann, 2004, p. 157].

Лумановская теория системного подхода, изложить которую здесь нет возможности даже в ее существенных блоках, с большей или меньшей полнотой описывает право современного западного общества, но сомнительно, может ли она быть применима для правовых систем в рамках иных культур. Несмотря на безусловно присущие ей достоинства, она едва ли может помочь в разрешении проблемы негативного отношения права в нашей культуре. Тем не менее постановка вопроса о различии между функцией и ее осуществлением, отнесение права к области ожиданий, создаваемых правом и создающих само право, заслуживает серьезного внимания. Еще одна отличительная черта данной концепции состоит в том, что она опирается на понимание общества как единого развивающегося сложного целого, а не на обособленного разумного индивида, который присутствует в ней достаточно условно – посредством концепции «ожиданий».

4.4. Другие истолкования

Следует отметить, что приведенная классификация теорий происхождения права (божественное, силовое, функциональное) далеко не исчерпывает всех существующих концепций. Такая задача мною и не ставилась. В заключение обзора, однако, считаю нужным напомнить о существовании еще ряда теорий, которые затрудняюсь определить единым образом.

Первой в этом списке считаю нужным назвать теорию исторической школы права – и прежде всего Ф.К. фон Савиньи (1779–1861) и Г.-Ф. Пухты (1798–1846). Согласно Савиньи, «право не существует само для себя, его сутью, напротив, является жизнь самих людей, рассматриваемая с особой стороны»[374]. Право, как и язык, живет в сознании народа, так же как и языку, ему свойственно развитие вместе с народным сознанием[375]. В своей знаменитой программной статье «О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции» Савиньи не объясняет, как исторически возникает в сознании народа такой феномен, как право, лишь настаивает на неразрывности его с другими сферами народной жизни и народного сознания.

Эти положения он развивает в работе «Система современного римского права». Согласно Савиньи, современное представление о праве – это власть отдельной личности (право лица), но при внимательном рассмотрении мы легко обнаружим, что это значение права происходит из уже установившегося правоотношения (Rechtsverhältniss). Правоотношение же имеет органическую природу, что обнаруживается, во-первых, в связи частей, а во-вторых, в продолжающемся развитии[376]. Отдельные права только извлекаются из уже установившихся правоотношений. «Судить об отдельных правах, – пишет Савиньи, – можно только путем отношения отдельных фактов к общему правилу (allgemeine Regel), которое господствует над отдельными правами. Мы называем это общее правило *Право* как таковое, или общее право»[377].

Творцом и субъектом права является народ. Из общей жизни народа, из его единства, из общности языка, на котором он говорит, рождается общность сознания и общность права[378]. То, что рождает народное право – правовой дух, это создание невидимой, но объективно существующей силы. И документальных доказательств этому нет, но есть доказательства косвенные – единообразие в принятии позитивного права (это чувство находит свое выражение в древнем убеждении божественного происхождения права), аналогичность права другим особенностям народа[379]. Право рождает невидимая внутренняя сила[380], которую следует назвать наци-

[374] [Савиньи, 2011, с. 142].

[375] [Там же, с. 133].

[376] [Там же, с. 278].

[377] [Там же, с. 279].

[378] [Там же, с. 284].

[379] [Там же, с. 282].

ональным духом. Может быть, задается вопросом Савиньи, это не отдельный народ, а общий человеческий разум? Но он не видит противоречия в таком противопоставлении. Правильнее будет сказать: «то, что действует в отдельном народе, есть лишь всеобщий человеческий разум, который выражается в нем индивидуально»[381]. Создание права возможно только как совместное деяние, и та же общность является основой его развития – право, как и язык, развивается только в применении. Нормы права получали свое выражение через повторяемость – так складывались обычаи, которые на начальном этапе придавали праву форму обычного права. Обычай – это признак позитивного права, а не основание его возникновения[382]. В конце концов и государство, эта «телесная» форма духовной общности народа, тоже является творением права[383].

Чем бы ни был вызван такой подход к праву – историческим моментом, враждебным отношением к теориям естественного права[384] или чем-либо иным, эта теория, по сути, впервые взглянула на право как на потенциально бесконечно развивающуюся систему, как на проекцию самой жизни, а не просто устремление к некоему идеальному состоянию или постепенной деградации такового.

Г.-Ф. Пухта в большей степени сохраняет ориентацию на традиционный подход к праву. Основным понятием права для него остается свобода[385], но свободу он понимает как произвольный выбор, а потому она включает возможность зла, следовательно, разум – элемент, противоположный свободе. Право – не из разума: «философы, выводящие право из разума, находятся вне своего предмета; они или вовсе не доходят до понятия права, или доходят, делая скачки»[386]. Следует начинать с духовной, а не разумной, стороны человека. Тогда откроется, что в силу наделенности свободой человек является субъектом права, и фундамент права – свобода. Как и свобода, право дано человеку от начала мира, и в своей реализации оно обнаруживает стремление к равенству[387]. Бытие права основано на сознании людьми своей юридической свободы, это сознание дано людям от Бога[388]. Как общая воля всех членов общества, право имеет своим источником народный дух, так как право рождается в человеческом сознании, а сознание это открывает себя как народное сознание[389], которое связано с землей, и земля «как бы принадлежит к его существу и сам народ через выселение изменяется»[390]. Но подлинное начало права – в Божьей воле и воле национальной (куда оно тоже вложено Богом)[391].

Подход исторической школы, в значительной мере утративший сегодня свои позиции, тем не менее представляет чрезвычайный интерес – далеко не только исторический. Можно

---

[380] [Там же, с. 297].

[381] [Там же, с. 285].

[382] [Там же, с. 293]. Поразительно, насколько близко в этом своем рассуждении Савиньи подходит к структурализму с его особым вниманием к повторениям (обычаям), внутренней логикой противопоставлений (оппозиций), даже два основных плана структурного метода – синхрония и диахрония четко представлены и разделены у Савиньи, хотя и не выделены этими терминами. Но есть общность (совпадение?) и на другом уровне. Леви-Стросс в заключении к первому тому «Мифологик» пишет: «И когда нас спрашивают, к какому предельному смысловому содержанию слова отсылают нас эти, указывающие друг на друга значения, которым необходимо, в конце концов, быть всем вместе отнесенными к чему-то одному, то единственный ответ, вытекающий из этой книги, состоит в том, что мифы указывают на дух, создающий их при содействии мира, частью которого является и он сам» [Леви-Стросс, 1999, с. 323].

[383] [Савиньи, 2011, с. 286].

[384] В этой враждебности Новгородцев видел первоначальное стремление Савиньи. См.: [Новгородцев, 2010, с. 101].

[385] [Пухта, 2010, с. 426].

[386] [Там же, с. 427].

[387] [Там же, с. 437].

[388] [Там же, с. 441].

[389] [Там же, с. 443].

[390] [Там же, с. 444]. Эта идея потом будет развита (кажется, совсем без ссылок на Пухту) К. Шмиттом в его теории Номоса Земли.

[391] [Там же, с. 446].

понять стремление ряда теоретиков[392] воскресить почти забытые принципы, конечно, с определенными изменениями. Нет сомнения: в работах юристов данной школы встречаются удивительно глубокие и точные мысли относительно права (в данном случае – его сущности и возникновения).

Идея органичности права получит интереснейшее развитие в теории О. Шпенглера (1880–1936), но, сохранив развитие, он откажется связывать право с национальным духом. Право предстанет у него элементом организма культуры.

Собственно, теории права как таковой у Шпенглера нет, хотя значительная часть второго тома его главного труда посвящена именно праву. Источники Шпенглера – вопрос особый, и круг их никак нельзя ограничить исторической школой. Нужно учитывать, что со второй половины XIX века появилось значительное количество (в большинстве своем – немецкоязычных) фундаментальных и ставших потом классическими трудов по римскому праву, среди которых кроме Ф.К. фон Савиньи и Г.-Ф. Пухты можно назвать труды Т. Моммзена, Р. Иеринга, Ю. Барона, Л. Миттайса, Р. фон Майра, Р. Хирцеля, Л. Венгера, О. Граденвитца, Т. Райнаха, Ф. Айзеле, О. Ленеля, Е. Тойблера, Д.Г. Куно, М. Цойллера, Д. Биндера, Ф. Бернхофта, К.Г. Брюнса, Д. Колера, Х. Бегли, О. Эрлиха и др. К этому надо прибавить также франко-, англои италоязычные издания. Шпенглер ссылается всего на несколько авторов (прежде всего на: *Mayr R. v.* Römische Rechtsgeschichte (Sammlung Göschen); всего вышло семь выпусков, 1912–1913), но это не значит, что он не был знаком с другими работами, а главное – он не мог не знать, какое внимание уделялось римскому праву и какие страсти кипели вокруг него.

Основная аргументация Шпенглера сосредоточена на обосновании тезиса, что каждая система права органически соответствует той или иной культуре, а ни в коей мере не является универсальной, в силу чего заимствование чужой правовой системы может иметь весьма печальные последствия. «Понятия права должны быть от чего-то отвлечены. И в этом-то и заключается злой рок: вместо того чтобы получить их из устойчивого и строгого общественного и экономического существования, они преждевременно и излишне быстро абстрагируются из латинских рукописей. Западноевропейский юрист становится филологом…»[393] И вывод: «Почему наше право в понятийном отношении бессильно перед лицом великих фактов сегодняшней экономики? Потому что оно знает личность *лишь как тело*»[394].

Кажется, Шпенглер упоминает лишь три правовые системы: античную, западноевропейскую и арабскую, при этом последняя упоминается им только с целью подчеркнуть глубину и принципиальность отличия правовых систем[395]. Античное право – право полисное, построенное на теле, даже вещное и божественное право в его рамках оперируют телами, не более[396]. Кроме того, это право практики, частных случаев, мгновения[397], в то время как западноевропейское (в качестве образца Шпенглер рассматривает английское) – система права, право вечности[398]. Современное немецкое право не может выступать образцом – оно слишком искажено влиянием римского. «Вследствие этого мы имеем частное право, построенное на призрачном основании позднеантичной экономики»[399].

«Политическая жизнь готического раннего времени с его крестьянской, феодальной и простейшей городской системой права уже очень скоро приводят к обособленному развитию трёх великих правовых областей, которые и сегодня существуют, совершенно друг с другом не

---

[392] Ярким представителем такого отношения является Г.Дж. Берман – см. выше.

[393] [Шпенглер, 1998, с. 82].

[394] [Там же, с. 85].

[395] «Первым созданием арабского права было *понятие бестелесной личности*» [Там же, с. 69].

[396] [Там же, с. 61].

[397] [Там же, с. 62–65].

[398] [Там же, с. 64].

[399] [Там же, с. 83].

соприкасаясь. Единой сравнительной истории западноевропейского права, которая проследила бы смысл этого развития до самой его глубины, пока не создано»[400], – утверждает автор «Заката Европы». Что касается собственно механизмов происхождения права или его источников, то об этом он почти не говорит, если не относить сюда беглое упоминание о том, что античное право рождается из практического опыта, а арабское – от Бога[401].

Теория Шпенглера подвергалась беспощадной критике едва ли не по всем вопросам, в том числе по вопросу о праве, но его основной тезис – о принадлежности права культуре – получил в дальнейшем широкое распространение. Здесь не место рассматривать его теорию, но многие отдельные наблюдения «Заката Европы» представляются столь же глубокими и точными, сколь афористична и отточена форма их изложения.

Я не вполне уверен, можно ли говорить о существовании особой теории права у З. Фрейда (1856–1939), но нет сомнения, во-первых, в том, что Фрейд интересовался вопросами права и выдвинул гипотезу его первоначального происхождения, а во-вторых, что ряд положений создателя психоанализа оказали существенное влияние почти на все постфрейдовские учения об обществе. Фрейд касается права как неотъемлемой составляющей культуры в своем рассмотрении общества и его проблем. Эти проблемы волновали Фрейда с ранней юности и, как он сам пишет в своей биографии, его интерес был направлен прежде всего на человеческие отношения, а потому Фрейд даже хотел изучать юриспруденцию[402]. Жизнь сложилась иначе, и к вопросам отношений людей в обществе он вернулся спустя многие годы, рассматривая их через призму психоаналитической теории. Эта теория шла вразрез практически со всеми существовавшими на тот момент учениями об обществе. Кроме того, Фрейд был критически настроен к современному ему обществу и господствовавшей в нем культуре. Вместе с тем справедливо будет сказать, что «Фрейд вообще не знал критики общества в ее современном понимании и как аналитик даже не мог ее себе позволить»[403]. Основным методом фрейдовского анализа была аналогия – весьма сомнительный с точки зрения логики метод. Отправным пунктом в изучении общества был отдельный человек, его личная судьба; Фрейд рассматривал человека во множественном числе как общество, а общество – как множество отдельных людей[404].

Непосредственно вопросов права Фрейд касается лишь в нескольких работах и письмах, но так как нас интересует прежде всего проблема происхождения права, то мы ограничимся двумя работами – «Тотем и табу» (1913) и «Неудобства культуры» (1929)[405]. Так как в более поздней работе Фрейд развивает идеи более ранней при прямых отсылках к ней, то я буду исходить из порядка, обратного хронологии.

Мысль Фрейда (рассматриваем только интересующий нас аспект) разворачивается следующим образом. Все люди стремятся к счастью, понимая его двояким образом – как отсутствие страданий и как переживание удовольствий. Культура – «совокупность достижений и институтов, отличающих нашу жизнь от жизни наших звероподобных предков и служащих двум целям: защите человека от природы и упорядочению отношений людей друг с другом»[406]. Основание культуры возникает вместе с первой попыткой регуляции отношений. Возможность совместной жизни возникает, когда складывается большинство, более сильное, чем любой отдельный индивид. Власть этого сообщества уже существует в качестве «права» и направлена она против власти отдельного человека. «Конечным итогом должно стать право, в создании которого все – по крайней мере все способные жить в сообществе – внесли свою долю ограничения влече-

[400] [Там же, с. 78].

[401] [Там же, с. 75].

[402] [Фрейд, 2006, с. 8].

[403] [Шледерер, 2001, с. 263].

[404] [Там же, с. 264–266].

[405] Работа Фрейда называется «Das Unbehageninder Kultur». Я следую опубликованному русскому переводу.

[406] [Фрейд, 1995, с. 311].

ний и которое никому – с той же оговоркой – не позволит никого сделать жертвой грубого произвола»[407].

Индивидуальная свобода – не достижение культуры. Значительная часть борьбы человечества концентрируется вокруг баланса между индивидуальными притязаниями и требованиями массы. В этом смысле становление культуры очень сходно с развитием индивидуального либидо. Существенная часть развития культуры – сублимация влечений, на ней построена вся высшая психическая деятельность человека[408]. Но человеку присуща изначально склонность к агрессии и, вступая в отношения с другим, индивид испытывает двойственное чувство – любовь как к помощнику и союзнику (а также сексуальному объекту), но и соблазн «удовлетворить с помощью его свою агрессивность, использовать бесплатно его работоспособность, без его согласия использовать его в сексуальных целях, присвоить себе его имущество, унизить его, причинить ему боль, замучить и убить»[409].

В «Тотеме и табу» показан путь от первобытной семьи, находящейся под властью отца (где нет права, есть только воля и желания главы рода), к следующей ступени общественного развития в виде братств[410]. Братья, соединив силы, убивают отца и съедают его. Из сознания их вины рождаются, считает Фрейд, два основных закона тотемизма – не убивать животное тотема (под ним на самом деле оказывается скрыт отец, прародитель рода) и избегать полового общения с товарищем другого пола по тотему[411]. Инцестуальный запрет (в том числе на бывших жен отца ради устранения соперничества) позволяет сохранить братство. Возможно, предполагает Фрейд, именно так рождается то, что И.-Я. Баховен назвал матриархальным правом[412]. Так думал Фрейд в период написания «Тотем и табу», но спустя 17 лет он говорит уверенно: «предписания табу были первым “правом”»[413]. Совместная жизнь имела два основания – принуждение к труду (Ананке) и власть любви (Эрос), эти основания и стали прародителями человеческой культуры.

Право, таким образом, предстает сложным конгломератом: в основе его – влечение (в том числе сексуальное), его осуществление и возникшее в силу этого чувство вины, а как результат – ограничение влечений. Далее Фрейд гениально раскрывает механизм укрепления моральных норм и совести (Сверх-Я), порождаемый как раз именно отказом от влечений.

Хотя этот фрейдовский анализ имеет косвенное отношение к проблемам происхождения права, тем не менее он оказывается толчком нового понимания закона, описанного Ж. Делезом (1925–1995). Классический образ закона, созданный Платоном, считает Делез, был разрушен «Критикой чистого разума» Канта. «По словам самого Канта, новизна его метода состоит в том, что у него уже не закон зависит от Блага, а, напротив – Благо от закона. Это означает, что закон уже не должен и не может обосновываться в каком-то верховном принципе, от которого он получал бы свою правомочность. Это означает, что закон отныне должен оцениваться сам по себе и основываться в самом себе, что у него, следовательно, нет никакой иной опоры, кроме собственной формы. Отныне и впервые можно и должно говорить о *Законе* безо всякой дальнейшей спецификации, без указания его объекта»[414]. Хотя Кант говорит о *нравственном* законе, термин «нравственный» применен здесь к тому, что остается совершенно неопределимым: нравственный закон – репрезентация чистой формы, не зависящей ни от содержания, ни

[407] [Там же, с. 314].
[408] [Там же, с. 315].
[409] [Там же, с. 321].
[410] [Там же, с. 316].
[411] [Фрейд, 1997, с. 52–53].
[412] [Там же, с. 166].
[413] [Фрейд, 1995, с. 316].
[414] [Делез, 1992, с. 261].

от объекта, ни от чего бы то ни было[415]. В «Критике практического разума», считает французский философ, Кант делает следующий шаг – он заставляет Благо вращаться вокруг Закона. «…Сделав *Закон* последним основанием, Кант снабдил современное мышление одним из важнейших его измерений: объект закона по сути своей есть нечто ускользающее»[416]. Становится, считает Делез, совершенно невозможно узнать, чтó такое Закон, так как он лишен всех черт и о нем ничего неизвестно – осталась только чистая форма. Но он действует, и перед его лицом человек оказывается изначально виновен: он уже преступил его, не зная, что это, – здесь загадка Эдипа оборачивается другой стороной (человек – это тот, кто преступил закон, герой «Процесса» Кафки оказывается Эдипом в нашу эпоху, он осознает себя человеком только перед лицом неведомого безликого и бессодержательного Закона)[417]. Отсюда и выявленный Фрейдом парадокс: совесть мучает человека тем сильнее, чем неукоснительнее он подчиняется Закону, те кто в своей праведности заходят дальше всего, именно они обвиняют себя во всех смертных грехах[418].

Фрейд объясняет этот парадокс логикой развития нравственного сознания – не оно порождает отказ от влечений, а само рождается этим отказом: «воздействие отказа от влечения на совесть происходит так, что любая часть агрессии, от удовлетворения которой мы отказались, перехватывается Сверх-Я и повышает его агрессивность (в отношении Я)»[419]. Этот анализ Фрейда дает разъяснение фундаментальной неопределенности Закона. Лакан говорит, что закон есть то же самое, что и вытесненное желание (он следует Фрейду)[420]. Поэтому закон не в состоянии определить свой объект или содержание без противоречия – это можно сделать, только сняв вытеснение, являющееся его основой. Определяя себя, он тем самым себя разрушает, так как объект желания и объект закона – один и тот же. «Показывая, что тождество объекта отсылает к матери, а тождество как желания, так и закона, – к отцу, Фрейд вовсе не хочет возвратить закону некое содержание: наоборот, он хочет, скорее, показать, как закон, в силу своего эдиповского происхождения, может лишь с необходимостью утаивать свое содержание, чтобы цениться в качестве чистой формы, порожденной двойным отказом как от объекта, так и от субъекта (матери и отца)»[421]. Платоновские ирония и юмор[422], определявшие характер мышления законов, оказываются ниспровергнутыми. Что происходит, когда нет высшего принципа – Блага? «Об этом мы узнаем от Сада. (…) Во всех отношениях закон есть мистификация; это власть не делигированная, но узурпированная под прикрытием отвратительного сообщества рабов и господ. Примечательно, как далеко заходит Сад, изобличая режим закона как режим, притесняющий одновременно тиранизирующих и тиранствующих. Тиранить в действительности может только закон»[423]. Суть садовского мышления в том, что именно закон делает тирана возможным.

Замечательную во многих отношениях теорию предложил выдающийся нидерландский культуролог Й. Хейзинга (1872–1945) в своей работе «Homo ludens» (1938). В ней он рассматривает право через феномен культуры, одним из оснований которого является игра. «Игра

---

[415] [Там же, с. 262].

[416] [Делез, 1992, с. 262].

[417] Делез не говорит этого, но может быть, именно в этом сущность нового Закона – обнаружить в человеке пока еще живого человека.

[418] [Фрейд, 1995, с. 328; Делез, 1992, с. 263–264].

[419] [Фрейд, 1995, с. 329].

[420] Делез ссылается на статью Лакана «Kant avec Sade».

[421] [Делез, 1992, с. 264].

[422] «Иронией мы всегда называем движение, состоящее в выходе за пределы закона к какому-то высшему принципу, чтобы признать за законом лишь вторичную власть» [Там же, с. 265]. «Юмором мы называем движение, которое уже не восходит от закона к какому-то высшему принципу, но нисходит от закона к следствиям» [Там же, с. 266].

[423] [Там же, с. 265–266].

старше культуры», так начинает он свою книгу, игра присуща даже животным, не ведающим культуры[424]. Он идет дальше и принимает положение, что игра – функция живого существа, «которая в равно малой степени может быть детерминирована только биологически, только логически или только этически»[425]. Это важное положение, так как право обычно понимается как нечто, принципиально не существующее в природе. Нидерландский ученый выделяет еще несколько важных для нас черт игры: игра – свободная деятельность, даже просто свобода, она создает пространство игры, внутри которого самой же игрой устанавливается порядок, потому что правила игры – обязательны[426]. Тезис о том, что именно свободная деятельность создает обязательный порядок, заслуживает, может быть, даже большего внимания, чем ему обычно уделяют. Здесь Хейзинга опередил тезис бельгийского физика И. Пригожи-на о том, что порядок создается из хаоса[427]. Надо признать, однако, что Хейзинга в отличие от Пригожина не стремится раскрыть механизмы создания порядка, он ограничивается тем, что констатирует необходимость строгого соблюдения правил для игры – в противном случае игра разрушается.

В четвертой главе своей книги Хейзинга рассматривает игровые компоненты правосудия. По сути, он не предлагает их анализ, указывая лишь мимоходом, что подобная свободная игра народного духа находит верное объяснение «в агональных (от греческого ἀγών – борьба, спор, состязание, судебный процесс. – *С. Ш.*) первоистоках правосознания»[428]. «Судопроизводство и «промысел божий», – пишет Хейзинга, – коренятся вместе в практике агонального решения споров вообще, будь то жребий или испытание силы»[429]. Это, конечно, еще не право, но как мы знаем, судопроизводство возникает раньше права, судопроизводство осуществляется на ранних этапах вождем, жрецом или просто третейским судьей по неписаным нормам, которые как раз вырабатываются в подобной практике и после фиксируются в качестве права. На ранних этапах, считает нидерландский культуролог, функция культуры, которую мы называем правосудием, еще не высвободилась из игровой сферы и природы игры.

Хейзинга выделяет три игровые формы судопроизводства: 1) азартная игра; 2) состязание или спор об заклад, пари; 3) словесный поединок[430]. Главное внимание автора – распознание в формах древнего и современного правосудия игровых рудиментов, с этой целью он приводит множество примеров из разных культур и эпох. Было бы несправедливо не упомянуть о том, что книга написана замечательным стилем, отличается строгостью и изяществом композиции, автор проявляет удивительную эрудицию и убедительность доводов.

Совершенно иначе рассматривает право в своих работах К. Леви-Стросс (1908–2009). Хотя его внимание касается права только косвенно, в «Мифологиках» можно найти его концепцию возникновения права на основе анализа мифов индейцев Южной и Северной Америки. Право – неотъемлемый элемент той картины мира, которую раскрывает французский философ и антрополог. Фундаментом этой картины мира выступает оппозиция земля/небо (она же в другом прочтении природа/культура), выражаемая в первую очередь посредством образа домашнего очага – посредника между противоположными полюсами[431]. Соответственно с этим возникает противоположность сырой пищи (природа) и приготовленной (культура). Первый элемент оценивается как этически негативный, второй – позитивный. Женщина рассматривается при этом как в большей степени природный элемент: женская несостоятель-

[424] [Хейзинга, 1992, с. 9].

[425] [Там же, с. 17].

[426] [Там же, с. 18–22].

[427] [Пригожин, 1986].

[428] Отметим, что так переведено «in… agonale oorsprongen der rechtsbepaling zijn». Сознание по-нидерландски «bewustzijn».

[429] [Хейзинга, 1992, с. 99].

[430] [Там же, с. 101–102].

[431] [Леви-Строс, 1999, т. I, с. 284].

ность и мужская прерогатива проведения ритуалов – базовый аспект мифов [432]. Соответственно с этим женщина должна получить определенное воспитание (культурное преображение), что является одной из функций мифов[433]. Брак знаменует появление первых правил, обязанность женщины – готовить еду (культурное действие), и соответственно с этим вся сфера культуры строится вокруг очага (приготовления пищи). Поведение за столом оказывается второй степенью культурной переработки. «…Герой-человек должен есть беззвучно; таким образом он может рассчитывать на посредническую роль в оппозиции природы и культуры». А героиня того же мифа индейцев Тукуна (Северная Америка) должна есть перед Солнцем громко, «чтобы доказать Солнцу, хранителю жизненных ресурсов, что человек, несмотря на свое происхождение из недр земли и зависимость от воды, без которой он не может выжить, тем не менее способен войти в союз с небом…»[434]. Родственные связи, возникающие в результате обмена женщинами – свойство́ – аналогично кухне выражают то же существенное различие между природой и культурой[435]. Поэтому нарушение правового состояния всегда рассматривается как патология свойства́[436], само же свойство́ соответственно – как установление правового порядка.

Глубокую и оригинальную концепцию права предлагает в своей последней монографии немецкий юрист и философ К. Шмитт (1888–1985). Уже в произведениях 1920-х годов он заявил о себе как принципиальном противнике правового позитивизма, доктрину которого до конца жизни считал искажающей суть права. «Положение, что право может исходить лишь от верховной власти, оборачивается… против теории [ставящей во главу угла] власть [как силу] и получает [другое] содержание: высшая власть может быть лишь тем, что исходит от права. Не право есть в государстве, но государство в праве» [437]. В работе «Номос Земли», изданной в 1950 году, Шмитт отстаивает идею, что изначальным процессом, конституирующим право, является захват земли[438]. Свою аргументацию этого тезиса немецкий (к тому времени отстраненный от преподавания и практики) юрист аргументирует в своей манере – развернуто, широко, глубоко с погружением в историю и теорию проблемы. Его аргументацию можно разделить на несколько аспектов. Во-первых, земля (как это отражено в языке мифа) – мать права в силу того, что:

1) земля обладает внутренней мерой как источник плодовитости; 2) земля несет на себе линии раздела – борозды пашни, межи нив, границы луга и леса; 3) земля являет собой основание всякого порядка, так как несет на себе ограды, изгороди, межевые столбы и камни, наконец, дома и другие строения. Зримые черты семьи, рода, общины, сословия, виды собственности и соседства – все обусловлено землею[439].

Во-вторых, он противопоставляет землю морю, которое изначально вторично в человеческом освоении мира. Морем нужно овладеть, оно не несет на себе естественных следов раздела, оно принципиально нейтрально, оно «принадлежит всем».

В-третьих, Шмитт предлагает теоретический анализ, состоящий из двух основных частей. В первой он опирается на предшественников (среди которых каноническое право, Локк, Вико, Кант), видевших, по его мнению, начало права в собственности на землю[440]. Во

---

[432] [Леви-Строс, 2000, т. II, с. 243].

[433] [Там же, с. 242].

[434] [Там же, т. III, с. 246].

[435] [Там же, т. II, с. 257].

[436] [Там же, с. 256].

[437] Цит. по: [Филиппов, 2000, с. 304]. Ср. также в «Диктатуре» (1921): «Чисто технической концепции государства остается недоступна безусловная, не зависящая от целесообразности собственная ценность права» [Шмитт, 2005, с. 30].

[438] [Шмитт, 2008, с. 13].

[439] [Там же, с. 8–9].

[440] [Там же, с. 11–17]. Шмитт в этой аргументации достаточно корректен и осторожен. О Локке, например, он говорит,

второй же части он совершает экскурс в Античность, чтобы вернуть слову Nomos «его изначальную силу и величие» и утраченный смысл[441]. Этот первоначальный смысл – в захвате земли, наделении землей (см. выше – 4.1)[442].

И Шмитт приводит примеры именно такого употребления данного термина у ряда античных авторов – от Гомера до Аристотеля.

И наконец, в-четвертых (и это составляет основной объем достаточно весомой книги), Шмит обстоятельно и глубоко рассматривает процесс захвата земель в Новом Свете – свободных земель. Этот процесс, по его мнению, и является фундаментальным для возникновения современного европейского права, на котором строится новое понятие государства – с XVI века.

что тот еще связан с традицией средневекового феодального земельного права, а в отношении Канта он цитирует фрагменты § 49 его «Учения о праве», где Кант писал о собственности на землю, как высшем условии возможности собственности и всего права – как публичного, так и частного. Здесь, как мне представляется, Шмитт несколько расширительно трактует этот тезис Канта.

[441] «…Хотя с течением времени и даже в самой в античности оно утратило свой первоначальный смысл и, в конце концов, превратилось в бессодержательное всеобщее обозначение любых каким-либо образом установленных или изданных нормативных правил и предписаний» [Там же, с. 46].

[442] Стоит отметить, что в своем докладе 1935 года «Кризис европейского человечества и философия» Э. Гуссерль видел одну из причин кризиса европейской науки в ее объективизме – отрыве от первоначальной тесной связи с практическим (жизненным) миром, полным устранением субъекта. См.: [Гуссерль, 1986].

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, купив полную легальную версию на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.