

# ПРАВО КАК ФАКТ<sup>1</sup>

Карл Оливекрона

*Посвящается моей жене*

ПРЕДИСЛОВИЕ .....	2
ВВЕДЕНИЕ .....	3
<i>Обязывающая сила права</i> .....	3
I. Природа нормы права.....	14
<i>Содержание нормы права</i> .....	14
<i>Форма нормы права</i> .....	16
<i>Приказ – это не провозглашение воли</i> .....	17
<i>Норма права – это не приказ в собственном смысле</i> .....	18
<i>Право – это не творение государства</i> .....	22
<i>Нормы права как «независимые императивы»</i> .....	23
II. Установление норм права.....	27
<i>Обычное законодательство</i> .....	28
<i>Неформальные методы установления норм права</i> .....	34
<i>Первоначальное установление конституции</i> .....	37
<i>Поиск «конечного» объяснения права</i> .....	41
III. Идея субъективных прав .....	42
<i>Идея права, сопоставленная с фактами</i> .....	44
<i>Каков смысл идеи права?</i> .....	51
<i>Для каких целей используется понятие права?</i> .....	55
<i>Понятие фиктивной власти в том виде, в каком оно заложено в праве</i> .....	58
<i>Понятие права в технике закона, данное со специальным обращением к природе судебных решений в гражданских делах</i> .....	61
<i>Связь между воображаемыми представлениями в праве и в магии</i> .....	66
IV. Право и сила .....	72
<i>Действительное применение силы в государственной структуре</i> .....	73
<i>Противопоставление «право-сила»</i> .....	74
<i>Обеспечивается ли право силой?</i> .....	76
<i>Различие между первичными и вторичными нормами</i> .....	77
<i>Право в основном состоит из норм о принуждении</i> .....	79
<i>Необходимость организованной силы.</i> .....	81
<i>Влияние силы – преимущественно косвенное</i> .....	83
<i>Роль страха</i> .....	85
<i>Наши моральные стандарты и право</i> .....	90
<i>Влияние моральных представлений на право</i> .....	97
<i>Резюме вышеизложенного</i> .....	101
<i>Монополизация силы</i> .....	103
<i>Направление и использование силы</i> .....	106
<i>Значение «верховенства права»</i> .....	109
<i>Марксистская теория государства</i> .....	109
<i>Право и сила в международных отношениях</i> .....	117
ПРИМЕЧАНИЯ.....	128

<sup>1</sup> Перевод с англ. Е.Ю. Таранченко, под науч. ред. А. В. Полякова, М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 669-752.

## ПРЕДИСЛОВИЕ

Когда эта книга готовилась к печати, пришло известие о смерти профессора Акселя Хэгерстрёма. Он был почитаемым и любимым мной учителем. Я не могу здесь даже попытаться описать характер и размах его философского исследования, которое, несомненно, станет со временем более широко известно и ценимо, чем сейчас. С моей стороны достаточно будет сказать, что моя попытка изучить право как факт не могла бы осуществиться без базы, обеспеченной его работами.

Я также глубоко благодарен профессору Вильгельму Лундштедту как за вдохновение, подаренное мне, так и за информацию, полученную мной из его разносторонних исследований права. Я свободно пользовался доводами, взятыми из его трудов, так же как и из трудов профессора Хэгерстрёма.<sup>1</sup>

Моя жена, помимо стимулирования моей работы своим неустанным интересом, оказала неоценимую помощь советами в вопросах психологии.

Следует также поблагодарить доктора Аста Кильбома, ассистента профессора Лундского университета, и господина А. Х. Кинга, преподавателя английского языка в том же университете, за исправление рукописи и вычитку корректуры.

Лунд, Швеция, июль 1939.

*Карл Оливекрона.*

## ВВЕДЕНИЕ

### *Обязывающая сила права*

По-видимому, право в наиболее общем виде можно определить как нормы, обязывающие членов общества. Будучи достаточно туманным, это определение может быть взято за точку отсчета в нашем исследовании подлинной природы права. Оно содержит, по крайней мере, один элемент, признаваемый практически всеми, кто обращался к этому предмету. Это признание того, что право есть обязывание. На время оставляя вопрос о том, как может быть определена норма, мы прежде всего определим, что подразумевается под обязывающей силой права, и попытаемся решить, существует ли она в действительности.

Это будет средством коренного опровержения распространенных мнений о праве. Обязывающая сила права считается его абсолютно неотъемлемым свойством. Право без обязывающей силы кажется невозможным. Согласно распространенному мнению, такое право вообще не будет подлинным правом. Поэтому многие люди считают абсурдным даже просто подвергать сомнению обязывающую силу права.

Этот вопрос предстает и в другом свете. Часто полагают, что критика такого рода направлена против самого права. Рассматриваемая как попытка поощрить анархию, эта критика встречает активное сопротивление. Но такое отношение к данной критике крайне сомнительно.

Если обязывающая сила действительна, на нее не могут воздействовать теории. Право будет продолжать обязывать, чтобы о нем не писали в книгах. Исходя из этого, теория не может быть направлена против самого права – она в состоянии лишь опровергать предыдущие теории. Можно добавить, что если такие теории правильны, то нападки не представляют опасности, так как истина рано или поздно обнаружится. С другой стороны, если будет установлено, что обязывающая сила права – только иллюзия, то будет крайне важным развеять ее как можно быстрее, так как предполагается, что любая неверная концепция, претендующая на то, что-

бы определить подлинную природу права, должна быть вредной для социальной науки и образования.

Сопrotивление критике обязывающей силы права должно быть объяснено только тем, что такая критика наталкивается на сокровенную *веру*, которую считают необходимой для сохранения права. Только исходя из этой гипотезы можно понять, почему сопротивление столь сильно и почему обязывающую силу права защищают во что бы то ни стало, не заботясь об истине. Нет сомнения, что такая вера широко распространена.

Мы все же не можем из-за этой веры остановить научные поиски. Вера сама по себе, а также ее действительная роль в сохранении права, должна быть исследована с точки зрения истины и без предвзятости. Предположим, что обязывающая сила права является иллюзией. Нельзя считать самоочевидным то, что длительное существование описанной иллюзии необходимо для сохранения правопорядка. Мы очень склонны переоценивать значение собственных идей. Никакое истинное знание о положении вещей нельзя получить без исчерпывающего анализа разнообразных психологических фактов, стоящих за правом. Но такой анализ, в свою очередь, должен предполагать верное представление о самом праве. Не следует ожидать, что мы сможем понять, какие силы охраняют право, если не будем точно знать, что на самом деле охраняется.

Поэтому, в первую очередь, необходимо исследовать природу права научными методами. Но это невозможно без обращения к вопросу об обязывающей силе права. В противном случае, мы должны были бы начать с предрассудком по поводу предмета исследования.

Можно сказать, что право действительно в известном смысле обязывает членов общества. Каждый должен признавать определенные ограничения, если хочет избежать неблагоприятных последствий. Он должен отдавать долги, воздерживаться от нанесения ущерба или присвоения имущества других людей, избегать причинения им телесных повреждений и т. д. Любой, кто решается переступить через ограничения, установленные правом, подвергает себя значительному риску, так как вероятно, что он будет наказан или принужден возместить при-

чиненный ущерб. К этим санкциям добавляется также реакция окружающих, влекущая потерю репутации, сложности в добывании средств к существованию и т.п. В конце концов, полное пренебрежение нормами права почти неизбежно приведет к разрушению.

Нормы права, таким образом, прочно связывают нас. Но под обязывающей силой понимается не это. Обязывающая сила, очевидно, не может быть определена через вероятность факта наступления неблагоприятных последствий в случае противоправного поведения. Если бы под обязывающей силой подразумевалось именно это, мы могли точно так же сказать, что существует обязывающая норма, которая запрещает опускать руки в огонь. Последствия такого действия наиболее неблагоприятны. Но в этом случае мы не считаем себя обязанными воздерживаться от этого действия. Нельзя сказать, что держаться от огня на расстоянии – это долг. Поступать так – исключительно в наших интересах. Но предполагается, что право «обязывает» независимо от наших личных интересов.

В целом действительно верно, что наши интересы заставляют нас следовать праву. Но это вторичный факт. Согласно существующим теориям, санкция применяется в случае нарушения обязательного правила. Таким образом, обязывающая сила рассматривается как нечто предшествующее санкции. Поэтому природа ограничивающей силы не может быть описана при помощи того факта, что мы подвергаемся санкциям в случае нарушения. Также она не может быть определена через правила, предписывающие санкции. «Обязывающее» правило, например, гласит: «Не кради». Другое правило говорит: если ты нарушишь правило и украдешь, то будешь наказан. Значение того, что первое правило обязывает, очевидно, нельзя объяснить указанием на то, что существует другое правило (тоже обязывающее!), которое устанавливает наказание за несоблюдение.

Далее будет отмечено, что обязывающая сила права представлена как абсолютная, безусловная. Но действительные узы, которыми нас связывает право, имеют относительную природу. Применяются санкции или нет, зависит от эффективности организации общества и других обстоятельств. Всегда найдутся какие-нибудь лазейки, даже если существующая организация будет настолько эффек-

тивной, насколько это можно себе представить. Но эти несовершенства не влияют на обязывающую силу права. Предполагается, что право обязывает каждого человека, независимо от того, какую действительную власть имеет над ним. Очевидно, нельзя сказать, что право перестает ограничивать индивида только потому, что тот получает возможность нарушать его безнаказанно!

Поэтому обязывающая сила права должна представлять собой нечто отличное от того факта, что мы подвергаем себя риску наступления неблагоприятных последствий, когда переступаем определенные границы, очерченные правом. Как тогда она должна объясняться? Можно предположить, что у нас есть определенное *чувство* связанности правом, которое и устанавливает действительное препятствие нарушению права. Фактически любой нормальный человек при помощи таких сдержек ограждается от совершения многих поступков, запрещенных правом. Но было бы полностью ошибочным связывать обязывающую силу с существованием этих сдержек. Чувство связанности и вытекающая отсюда сдержанность должны резко отличаться от самой обязывающей силы. Никто не считает, что право не ограничивает тех людей, которые не чувствуют себя связанными им. Это означало бы, что право ограничивает только порядочных граждан, но не преступников!

Что же тогда такое обязывающая сила права? Очевидно, что это не факт. Она не имеет места в реальном мире, мире времени и пространства. В действительной социальной жизни, в той сфере, где должно находиться право, мы можем обнаружить множество фактов, детерминирующих действия людей, среди которых находятся и нормы права. Но их эффективность всегда зависит и в конкретной ситуации определяется другими элементами. Абсолютная обязывающая сила права исключает любую попытку отвести ей место в социальном контексте.

Это не новое положение, хотя обычно его выдвигают не столь резко. Юристы и философы хорошо осведомлены о том, что обязывающая сила права не принадлежит окружающему миру времени и пространства, миру природы. Напрашивается заключение о том, что обязывающая сила существует только в воображении. Но вера в ее реальность настолько укоренилась, что эту идею едва ли

когда-нибудь выражали. Напротив, обязывающая сила в традиционном смысле остается базовым положением любой существующей теории.

Отсюда следует, что право нужно рассматривать как стоящее над жизненными фактами. Последнее определение значит, что право не относится к миру времени и пространства. Оно должно иметь собственную сферу, вне действительного мира. Но это абсурд.

Существует одна простая причина, по которой право не может рассматриваться вне природного мира. Право с необходимостью должно быть включено в какие-либо отношения с явлениями мира. Поэтому все разговоры о праве, которое неким таинственным образом стоит над жизненными обстоятельствами, внутренне противоречивы. Это делает их бессмысленными.

Если мы отвергнем мистическую идею о том, что право исходит от Бога, станет очевидным, что любая норма права – творение человека. Нормы права всегда установлены в законодательстве или каким-либо другим путем обычными людьми. Другими словами, они проистекают из естественных источников. С другой стороны, они имеют осязаемый эффект в том смысле, что оказывают давление на членов общества. Нормы права – один из естественных источников деятельности судей в судебном разбирательстве, так же как поведения всех людей в их взаимоотношениях. Законодатели и другие индивиды, которые имеют возможность устанавливать нормы, действительно могут влиять на поведение членов общества. Но, определенно, это все, что они могут сделать.

Мы никогда не сможем отказаться от заключения, что право – это звено причинно-следственной связи. Поэтому оно имеет место среди фактов мира времени и пространства. Но оно не может в то же время относиться и к другому миру. Право не может, с одной стороны, быть фактом (что без сомнения так), имеющим источник и осязаемое действие в природе, и, с другой стороны, находиться вне причинно-следственной связи. Утверждать обратное значит совершать абсолютную мистификацию. Смысл тогда должен быть – если здесь вообще есть реальный смысл – в том, что право наделено сверхъестественной силой. Иначе

слова, использованные в обыденном значении, будут пустыми, не заключая в себе реального смысла.

Любая попытка научно определить право как обязывание не в том смысле, что оно действительно оказывает влияние на людей, с необходимостью приводит к абсурду и противоречиям. Здесь лежит граница между реализмом и метафизикой, между научным методом и мистицизмом в объяснении права. «Обязывающая сила» права реальна только как идея в мыслях человека. Во внешнем мире нет ничего, соответствующего этой идее.

Некоторые философы ясно осознали необходимость помещать право вне мира времени и пространства, когда оно рассматривается как обязывающий фактор в традиционном смысле. Наиболее последовательные и логичные усилия в этом направлении, возможно, приложил Ганс Кельзен, поставив себе задачу разработать «чистую теорию права».<sup>2</sup> Его цель в том, чтобы продемонстрировать, как следует трактовать право, не привнося элементов, чуждых его истинной природе. Отчасти это означает, что право должно резко отличаться, с одной стороны, от этики, с другой стороны, от фактов социальной жизни и природы в целом. Кельзен заслуживает доверия потому, что он наиболее бескомпромиссным путем сформулировал следствия признания обязывающей силы права. Там, где другие отступили, он имел смелость пойти вперед, не боясь парадоксов. Поэтому его теория представляет собой превосходную иллюстрацию того, что с необходимостью должно быть признано, если исходить из веры в обязывающую силу права, с целью разграничить право и явления действительного мира.

Юридическое правило, по Кельзену, имеет особое действие, поскольку предполагает два факта (например, преступление и наказание) не в рамках причинно-следственной связи. Такая связь заключается в том, что один факт *должен* следовать за другим, хотя это не обязательно имеет место в действительности. Наказание должно следовать за преступлением, хотя не всегда так происходит. Такое «долженствование» в теории Кельзена - не простое выражение права или юриспруденции. Оно означает объективную связь, которую устанавливает право.

Кельзен говорит: «Право природы (подразумевается причинность) предполагает: если есть А, тогда с необходимостью есть В. Норма закона гласит: если есть А, тогда должно быть В... Доказано, что эта не такая же связь, как между причиной и следствием. Наказание не следует за нарушением, как следствие за причиной. Законодатель соотносит два обстоятельства в форме, полностью отличной от причинности. Совершенно иная, эта связь все же оказывается такой же неизменной, как и связь причинно-следственная. Поэтому в системе права наказание всегда неизменно следует за правонарушением, даже если фактически, по той или иной причине, не удастся его применить. Даже когда применение наказания не имеет места, оно все равно относится к правонарушению не так, как следствие к причине».

Здесь мы имеем целую теорию в ее сути. Все в ней обращает нас к признанию объективного существования правовой связи вне связи причинно-следственной. Это основная причина того, что право «надо как можно более четко отличать от природы», так как оно имеет собственную сферу, «мир Должного».

Но ясно, что существует причинно-следственная связь между преступлением и наказанием. Почему убийца подвергается суду, как не по той причине, что его подозревают в совершении убийства другого человека? Почему его подозревают? Не связано ли это с тем обстоятельством, что в большинстве случаев преступник действительно совершил преступление, в котором обвиняется? Когда этот факт установлен путем, определенным процессуальным правом, судья выносит свой приговор. Очевидно, что источником приговора является совершенное действие, с одной стороны, и содержание закона, с другой стороны, поскольку при отправлении правосудия на судью влияют именно эти факты. Я специально ставлю содержание закона в один ряд с фактами. Слова, напечатанные в законодательных сборниках, - это, безусловно, факты. Также существуют идеи, вызываемые в мыслях читателя этими словами. Они составляют основные причины действий судьи при вынесении приговора. Если бы законы не имели этого эффекта, люди могли бы прекратить создание законов как бесполезную трату времени. Есть, конечно, и другие причины, определяющие действий судьи, такие как его

темперамент, образование, интересы и т. д. Но наиболее важно (и что должно быть особо подчеркнуто здесь) то, что как преступление, так и право влекут наказание.

Кельзен никак не интересовался отношениями причины и следствия в своей теории, более того, он целенаправленно отрицал, что право входит в этот контекст. Он признавал, что, действительно, существуют определенные причины для действий судьи. Но это всего лишь вопрос «определенной аналогии с природными процессами». Эти процессы не касаются права как такового, потому что право действует только в связи с отношениями долженствования.

Однако должно быть очевидным, что разговоры о мистических связях – всего лишь пустые фразы. «Законодатель соотносит два обстоятельства в форме, совершенно отличной от причинности. Полностью отличной, несмотря даже на непоколебимость такого отношения, как причинность»! Как же в таком случае удастся нашим законодателям в их прозаичных кодексах установить данные отношения? Кельзен не без труда обращается к поискам ответа на этот вопрос. Невозможно объяснить рационально, как факты действительного мира могут производить эффект в полностью отличном «мире Должного». Одно время Кельзен прямо заявлял, что это в самом деле «Великая Тайна»<sup>3</sup>. Так оно, очевидно, и есть. Это тайна, которая существует и которая будет существовать всегда.

Единственное основание для сказочных вымыслов о сверхъестественных отношениях «долженствования» - это связь данного буквального выражения с определенными эмоциями. Слово «долженствование» и ему подобные – это императивные выражения, которые используют в целях вызвать определенное поведение людей. Заявлять, что они соответствуют действительности, - очевидный нонсенс. Их единственная функция состоит в том, чтобы воздействовать на мысли людей, направляя их к совершению или воздержанию от совершения тех или иных действий, но не в том, чтобы передавать знания о положении вещей. Посредством этих выражений законодатели имеют возможность влиять на поведение государственных служащих и общественности в целом. Именно поэтому законы – это звено причинно-следственной связи.

В классической теории «естественного права», которая преобладала в течение XVII и XVIII веков, сверхъестественная основа права провозглашалась более или менее открыто. Говорили, что обязывающая сила позитивного права (законы и обычное право) берет начало от вечного и неизменного «естественного права», обычно посредством договора. Согласно этой теории, члены социальной общности оказывались связанными провозглашаемыми законодателем нормами, поскольку они были связаны общественным договором. Обязывающая сила этого договора, в свою очередь, основывалась на норме естественного права, устанавливающей, что должно следовать договорам (*pacta esse servanda*<sup>2</sup>). По Гроцию, сущность естественного права заключается в божественных заповедях. Разум, по его словам, определяет, что есть моральное зло или добро и, *соответственно*, что повелевает или запрещает Творец. Таким образом, обязанность исходит от Бога.<sup>4</sup>

В последнее столетие право чаще определяется *как воля государства*. Фактически, это попытка найти для него место в мире времени и пространства, не отвергая его обязывающей силы. Предполагается, что воля государства – это явление действительного мира. То, что право переставали рассматривать как неизменные принципы, не связанные с историческим процессом, считалось положительным сдвигом с позиций «естественного права». Теперь право предстает как воля отдельного государства. Оно существует так долго, как долго проявляется такая воля. При этом подразумевается, что данная воля определенным образом обязывает членов общества.

В этой теории писанные законы – простое выражение или внешний символ воли государства. Сущность права – *воля* и ничего больше. Важно подчеркнуть, что в этом и заключается смысл данной теории, как бы абсурдно это ни звучало. Эта теория не должна восприниматься только как обозначение того, что законы *устанавливаются* действиями законодателя, например, голосованием в парламенте. Такая постановка вопроса была бы слишком примитивной и, в дополнение, не сказала бы нам ничего о природе права. Она только показала бы, как образовыва-

---

<sup>2</sup> Договоры должны соблюдаться (лат.) – Прим. науч.ред.

ется право, но не что оно из себя представляет. Нет, смысл в том, что *содержание* права – *воля государства*.<sup>5</sup>

Действительно, необходимо достаточно прямо, в ясных выражениях установить смысл данной теории, чтобы показать ее абсурдность. В любом случае, в ее детальном опровержении здесь нет необходимости, так как оно уже сделано другими авторами. «Воля государства» - чисто воображаемая конструкция, поскольку не существует сверхчеловеческой воли, которая в сущности охватывает всех отдельных индивидов, составляющих государство. Только люди обладают волей, причем каждый – своей собственной. Этот простой факт должен быть очевидным.

С другой стороны, невозможно определить, что содержание права составляет отдельная воля одного или нескольких лиц. У властвующих (например, короли, президенты, члены правительства или парламента) есть много других занятий, помимо заботы о *волеизъявлении*, которое отражают законы. Они *знают* не более определенной ограниченной части права, часто действительно очень маленькой. Вероятно, они желают, чтобы право применялось, и совершают с этой целью определенные действия. Но связь этого желания и их действий еще не означает, что право – это их воля. Они всего лишь стараются выполнять свои функции по организации государства, и заботятся о сохранении права и порядка. Отличие их связи с правом от его связи с общественностью в целом состоит только в том, что они имеют доступ к законодательному процессу.

Было бы еще более абсурдным (если это вообще возможно) предположить, что право включает в себя волю всех людей. Конечно, каждому отдельному индивиду ничего не остается, кроме как подчинять свое поведение праву, если он хочет избежать санкций. Он может соглашаться или не соглашаться с законом: независимо от этого закон применяется к данному лицу. Общее несогласие, действительно, со временем вызывает изменения в праве, но это совершенно другое дело. Право не может быть научно описано как воля всех людей только на том основании, что их преобладающие желания, в конце концов, накладывают на него свой отпечаток.

Я не предполагаю представлять здесь исчерпывающую критику теорий о природе права. Такая попытка, даже в ограниченном смысле, заставила бы нас пройти долгий и трудный путь, прежде чем достигнуть самого предмета нашего исследования – права как факта. Я хочу перейти непосредственно к этому вопросу и целенаправленно рассмотреть факты социальной жизни. Если таким способом мы получим ясное и непротиворечивое объяснение тех явлений, которые охватывает выражение «право», наша задача будет выполнена. Тем же, кто утверждает, что право содержит в себе что-нибудь еще, нечто принципиально иного порядка, нежели «просто факты», придется самостоятельно нести бремя доказательства.

Исследование не может начинаться с определения права. Это невозможно, поскольку начинать с такого определения, значит допускать *petitio principii*<sup>3</sup>. Прежде чем, как найти определение, необходимо проанализировать факты. Метод будет заключаться просто в том, чтобы собрать те факты, которые охватывает выражение «нормы права». Не делается никаких изначальных предположений относительно природы права. Мы используем слово «право» только с целью обозначить объект исследования.

Необходимо сделать некоторые пояснения относительно этого объекта. Нельзя гарантировать, что факты, охватываемые термином «право», всегда имеют одинаковую природу. Даже без специального исследования выглядит крайне неправдоподобным, например, что международное право или право католической церкви имеют ту же природу, что и внутреннее право современного государства. Исследование ограничивается последним из перечисленных видов права, поскольку ничто не говорит против такого подхода.

Исследование будет состоять из четырех частей. (I) Сначала мы рассмотрим форму и содержание нормы права. (II) Затем мы попытаемся исследовать, как такие нормы через законодательный процесс и другими путями включаются в социальный механизм. (III) После этого специальному исследованию будет подвергнута идея прав и обязанностей в ее связи с системой законодательства. (IV) В последнюю очередь будет рассмотрена связь между правом и силой.

---

<sup>3</sup> Предвосхищение результата (лат.) – Прим. науч.ред.

Я полагаю, что нет необходимости формулировать определение права. Будет предпринята попытка только описать и проанализировать факты.

Прежде чем преступить к выполнению этой задачи, я хотел бы сделать последнюю ремарку относительно моей цели. Факты, которые будут здесь рассматриваться, открыты взору любого из нас. Все, что я хочу сделать, - это, в первую очередь, рассмотреть факты как факты. Моя задача, прежде всего, - сузить наши представления о праве, чтобы привести их в соответствие с объективно существующей реальностью, а не представить новый материал о праве. Дело первостепенной важности – поместить самые элементарные и общеизвестные правовые явления в их собственный контекст, не позволяя распространяться метафизическим концепциям. Если это удастся сделать, факты необходимо будет анализировать крайне осторожно, несмотря на то, что их содержание покажется совершенно простым и очевидным ввиду вышесказанного. Нижеследующие страницы должны рассматриваться в качестве скромного вклада на пути движения к этой цели.

## I. Природа нормы права

Конечно, любая норма права связана с поведением людей. Цель нормы всегда состоит в том, чтобы тем или иным образом влиять на поведение людей. Ничего, кроме этого, законодатель не стремится достичь. С этой точки зрения следует рассматривать содержание и форму норм.

### *Содержание нормы права*

С целью достигнуть своей цели законодатель устанавливает образцы поведения для тех, на кого он хочет воздействовать. В своем воображении он задумывает описание желаемого поведения, которое потом наиболее подходящим путем воплощают задействованные лица. Закон устанавливает, например, что убийца должен быть приговорен к смерти. Здесь показаны конечные действия судьи в

разбирательстве дела об убийстве. Образец поведения представлен непосредственно перед его глазами. Предполагаемое действие, изложенное в законе, должно служить моделью собственных действий судьи в ситуации, соответствующей той, которая предположена в законе, то есть, когда находящийся перед ним человек обвиняется в убийстве согласно нормам процессуального права, и установлено, что он совершил преступление этого рода.

Таким образом, содержание нормы права такого типа – идея предполагаемых действий судьи в предполагаемой ситуации. Однако можно одновременно добавить, что никогда не предполагается рассматривать норму права в изоляции. Она всегда связана с другими нормами и не имеет смысла до тех пор, пока эта связь не будет выявлена. Норма о вынесении смертного приговора по отношению к убийце относится не только к процессуальному праву, где описаны действия, определяющие приговор суда. В игру вступает гораздо большее количество норм. Обвиняемый должен достигнуть определенного возраста, он должен находиться в здравом рассудке во время совершения преступления и т. д. Таким образом, картина ситуации, в которой необходимо вынести приговор, оказывается чрезвычайно богатой деталями. Нужно сопоставить множество норм, чтобы получить законченную картину ситуации и желаемых действий.

С этой оговоркой содержание нормы права может быть определено как *идеи предполагаемого поведения людей* (например, судей) *в предполагаемой ситуации*. Претворение права в жизнь заключается в принятии этих предполагаемых действий за образцы действительного поведения для тех случаев, когда соответствующие ситуации возникают в реальной жизни.

В не меньшей степени действительное содержание норм затемняет законодательная техника, которая основывается на таких понятиях, как права, обязанности и на производных от них понятиях. Ввиду этого, такие нормы полностью или частично оказываются не связанными с *действиями* людей. На первый взгляд, кажется, что они связаны с *существованием* прав, обязанностей, юридических лиц и так далее. Норма права говорит, например, что имущество приобретается таким-то образом, например, в связи со смертью другого лица. Здесь ничего пря-

мо не говорится о чьих-либо действиях. Однако очевидно, что нормы, в конечном счете, всегда связаны с поведением людей. Они не могут иметь никакого другого разумного смысла. Их единственная функция – способствовать описанию *ситуаций*, в которых желаемые действия должны быть предприняты, и описанию самих этих *действий*. То, как это происходит, будет обсуждаться ниже. Исследование вопроса о технике непосредственно в этой теме затруднит общее описание.

### *Форма нормы права*

На данный момент это все о содержании норм. Сейчас мы обратим наше внимание на форму, в которой оно выражено. Конечно, законодатели не используют повествовательную форму при установлении норм. Их цель – не сообщить нам, какие идеи у них имеются, а внушить людям необходимость определенного поведения. Для ее достижения предполагаемые действия представлены людям таким образом, чтобы вызвать идею безусловной необходимости следовать данной линии поведения. Поэтому используется *императивная* форма.

Мы на время оставим сейчас вопрос об условиях, необходимых для того, чтобы императивная форма производила психологический эффект. На самом деле, эта обширная проблема будет только вскользь затронута в этой книге, которая не имеет цели исследования психологии. Рассмотреть ближе саму императивную форму и то, как она используется, - это все, что мы должны сделать.

Императивная форма норм стала причиной широко распространенной теории о том, что право составляют *приказы* государства. Эта теория смешалась с уже упоминавшейся теорией, рассматривающей право как волю государства. Предполагаемые приказы представляют как выражение или внешнее обозначение воли, через которое познается ее содержание.

Здесь скрываются две важные ошибки. Первая относится к истинной природе приказа. Вторая - к роли государства в этой связи. Эти два вопроса должны быть изучены, чтобы действительный смысл норм права стал совершенно понятным.

## *Приказ – это не провозглашение воли*

Предположение о том, что приказ – это выражение или провозглашение воли властвующего – это очень распространенная и очень старая идея. Гоббс говорит, например: «Приказ заключается в провозглашении или проявлении воли того, кто приказывает». <sup>6</sup> Эту же идею выражают современные авторы, которыми безусловно признается, что приказ адресуется интеллекту адресата. Говорят, что ему сообщается о содержании воли властвующего.

Это очень серьезное заблуждение. Здесь необходимо воздержаться от двух идей. Во-первых, - от предположения возможности сделать заключение о воле властвующего исходя из данного приказа. Но это не подразумевает, что приказ сам по себе – это провозглашение воли. Если мы видим человека, зажигающего спичку и подносящего ее к своей трубке, мы можем заключить, что он хочет закурить. Но его жест не нацелен на то, чтобы информировать нас об этом намерении.

Если бы приказ действительно был провозглашением воли, в подтверждение этого эффекта он мог бы формулироваться без всякого изменения смысла. Но это невозможно. Сравните два следующих высказывания, обращенных к ребенку: «вытри свой нос!» и «дело в том, что я хочу, чтобы ты вытер свой нос». Эффект последнего может быть таким же, как у предыдущего – ведь ребенок знает, что взрослый имеет некоторые средства для претворения в жизнь своей воли. Но смысл двух предложений неодинаков. В первом случае мы вообще не имеем заявления о факте. Вместо этого нам представлено высказывание, специфически адаптированное к цели вызвать действия со стороны адресата – цель высказывания только в этом. Оно служит не привнесению знания, а воздействию на волю. В последнем случае, напротив, мы имеем заявление о факте, прежде всего, направленное на сообщение знания. <sup>7</sup>

Итак, приказ должен четко отличаться от заявления или провозглашения воли говорящего. Приказ – это действие, при помощи которого один человек пытается повлиять на волю другого. Этого можно достигнуть при помощи слов, зна-

ков или, возможно, даже при помощи всего лишь взгляда. Данная характеристика приказа означает, что воздействие на волю оказывают не через апеллирование к тем вещам, которые представляют собой ценность для адресата приказа. Приказ может поддерживать и усиливать угроза или обещание. Но это нечто вторичное. Приказ как таковой не содержит отсылок к ценностям. Он влияет непосредственно на волю. Чтобы достигнуть этого, действие должно иметь внушающий характер. Используются ли слова или другие средства, очевидно, что цель – внушение.

Из вышесказанного становится ясным, что за признанием положений о том, что право – это воля государства или что оно заключается в приказах государства, стоит немало теоретических затруднений. На самом деле, эти два положения несовместимы. Если бы нормы действительно были провозглашением «воли государства», они не могли бы быть приказами государства, так как приказ – это не провозглашение воли.

Кажется, что такая путаница носит почти всеобщий характер. Это, безусловно, способствует поддержанию жизни двух названных теорий. Содержание обеих туманно, и поэтому они меньше подвергаются критике. Если четко установить смысл хотя бы одной из них, то критиковать будет очень легко. Действительно, обе теории становятся явно абсурдными после осознания их точного смысла. Это только что было показано на примере первой теории, которая предполагает, что право – это воля государства. Теперь мы обратимся ко второй, «императивной», теории.

*Норма права – это не приказ в собственном смысле*

Императивная теория настолько широко критиковалась ранее, что нет необходимости подробно обсуждать ее здесь. Мы только противопоставим ей очевидные социальные факты. Ее глубинный смысл состоит в том, чтобы поставить право в ряд фактов действительного мира. Поэтому данная теория имеет ту же цель, которую мы преследуем в данной работе. Но смысл фактов искажается, когда говорят, что нормы права – это приказы в собственном смысле слова.

Приказ предполагает того, кто приказывает, и того, кому адресован приказ. Придавая должное значение этому обстоятельству, императивная теория попыталась обозначить, от кого исходят приказы. В общем, это не приписывается какому-либо отдельному индивиду. С трудом можно утверждать, что огромный объем норм, содержащихся в праве современного государства – это приказы какого-то отдельного человека. Такому человеку, без сомнения, потребовались бы сверхчеловеческие качества. По этой причине приказы приписываются *государству*.

Однако невозможно утверждать, что «государство», собственно говоря, может отдавать приказы. Государство – это организация. Нельзя сказать, что организация, как таковая, может приказывать. Такое высказывание в лучшем случае приводит к признанию того, что приказы отдают индивиды, действующие внутри организации. Только в этом значении данное утверждение вообще имеет смысл.

Поэтому императивная теория сможет служить разумным объяснением права, только если можно будет показать, что нормы права – это приказы какого-либо лица, или лиц, входящих в государственную организацию. Но это очевидно невозможно. Государственный аппарат существует в виде постоянно сменяющихся многочисленных лиц, действующих в качестве монархов, президентов, глав и членов правительства, членов парламента и т. п. В общем, ни один из этих людей не имеет даже мысли о том, что право должно состоять из его приказов. Любой из них находит уже существующими нормы, которые называются правом и, в целом, применяются. Он может только привнести изменение в некоторую часть права. Основным объемом права существовал до этого индивида, и будет продолжать управлять жизнью страны после его ухода.

Более того, необходимо отметить, что законодатели занимают свои должности и используют свою власть на основе норм права. Монарх, например, занимает престол согласно нормам конституции, связанным с правом наследования престола, глава правительства назначается монархом, члены парламента законно избираются и т. д. Это делает бессмысленным заявления о том, что нормы, определяющие положение данных лиц, могут быть их собственными приказами.

Если бы нормы права были приказами какого-либо отдельного индивида или группы индивидов, это бы явно проявлялось в законодательном процессе. Возможно, ничто лучше не иллюстрирует ложность императивной теории, чем та роль, которую играют отдельные законодатели в установлении новых законов.

Например, в конституционном государстве обычный законодательный процесс, в общих чертах, выглядит следующим образом. Комиссии поручается разработать проект законодательного акта. После того, как проект готов, он рассматривается министерством, отвечающим за данный вопрос, перед непосредственным представлением парламенту. После возобновленного там рассмотрения проходит голосование. Если голосование благоприятно, последней ступенью на пути законопроекта становится акт промюльгации, который осуществляет правительство или глава государства. После этого считается, что закон вступает «в силу».

Среди людей, задействованных таким образом в законодательном процессе, нет тех, кто приказывает. Такое предположение может быть сделано только относительно членов парламента, правительства или главы государства. Кроме них, могут существовать другие лица, в руках которых находится реальная власть и которые определяют содержание права, не участвуя в законодательном процессе. Но никто не станет утверждать, что право состоит из приказов этих неизвестных лиц. Только формальные законодатели могут подразумеваться в этом контексте.

В настоящее время члены парламента определенно не приказывают. Голосование – это всего лишь формальный акт, предписанный конституцией. Депутаты выходят из разных дверей, поднимают руки и т. п., что само по себе очень отличается от отдачи приказов. Еще одна причина, по которой отдельные депутаты не отдают приказов, состоит в том, что только результат голосования решает судьбу законопроекта. Как может депутат верить в свою возможность приказывать, если он знает, что его роль состоит только в том, чтобы добавить один голос на ту или другую сторону? В конечном счете, ему не нужно даже знать содержание предполагаемых «приказов». В большинстве случаев его знание о них весьма обрывочно.

Члены правительства обычно действуют в качестве «советников» главы государства. В таком случае нельзя говорить, что они приказывают, даже если реальная власть находится у них. Они «представляют» свои предложения вышестоящему руководителю. С другой стороны, если они действуют как формальные законодатели, то их положение аналогично положению членов парламента.

Глава государства ничего никому не приказывает, когда издает новый закон. Он только ставит свою подпись в конце документа, который представляет ему премьер-министр. Более того, он не нуждается в информации о содержании новых законов, и вообще не имеет даже самого поверхностного знания о них. Все, что он делает, ограничивается простым выполнением определенного действия, предписанного конституцией, которое по определенным причинам имеет важные последствия для социальной жизни.

Таким образом, доказана невозможность определить право как приказ отдельного человека или нескольких индивидов. Даже по факту завершения законодательного процесса мы не можем говорить о каких-либо приказах. Еще меньше оснований говорить, что законодатели приказывают постоянно в соответствии с содержанием законов – нелепая идея, которую должны, тем не менее, признавать приверженцы императивной теории. Не достаточно наличия одиночного приказа. Смысл должен быть в том, что как в данный момент, так и в любое другое время существует огромная масса приказов, регулирующих нашу жизнь – что само по себе абсурдно.

Эти очевидные факты говорят сами за себя, когда право определяют как приказы государства. В этом контексте «государство» не может получить реалистичное значение. Здесь это слово обозначает не только организацию, но также и сверхчеловеческое существо. Приказы приписываются этому существу. Однако такое создание существует только в воображении. Разговоры о нем – чистая мистика, если не пустые слова. Здесь нет необходимости опровергать представления о сверхчеловеческом создании, наделенном собственной волей и способностью приказывать. И только вообразив такое существо, можно привнести какой-либо смысл в теорию, трактующую право как приказы государства.

Аргументы против императивной теории можно легко приумножить. Когда теория противоречит действительности, ее ошибочность очевидна. Никто не в состоянии воспринимать данную концепцию всерьез, если ее следствия устанавливаются совершенно ясно. Только недоразумения могут скрыть ее недостатки.

### *Право – это не творение государства*

Таким образом, мы убедились, что право не состоит из приказов государства. Но мы можем сделать еще один шаг вперед. Вся тенденция определения государства как базы права, а права как творения государства, основана на иллюзии. Государство – это не некое властное единство, существующее независимо от права. Поэтому нельзя утверждать, что право исходит от государства.

Если мы берем термин «государство» в реалистичном смысле, оно обозначает организацию. Но любая организация покоится на нормах, которые производят действительный практический эффект в социальной группе. Таким образом, должны присутствовать некоторые образцы поведения, в общем, более или менее известные в группе, которые оказывают определяющее воздействие на ее членов. Если это условие не выполняется, может существовать только анархия, но не организация. Сегодня нормы, на которых строится организация государства, и то, что мы называем нормами права, - идентичные понятия. Другими словами, государство (в реалистичном значении) предполагает наличие права. Оно не может существовать без права. Поэтому нет смысла утверждать, что право – это творение государства.

Общее заблуждение в этом вопросе вызвано в наибольшей степени тем, что государственная организация создает механизм наделения норм психологическим эффектом (через издание законов). Это заблуждение тем более естественно, что большинство новых норм в современных условиях вводятся в действие именно таким образом. Теперь нам следует обратить внимание на действительную значимость законодательства. Однако сначала оно должно быть однозначно определено.

## *Нормы права как «независимые императивы»*

Не являясь реальными приказами, нормы права, как только что было сказано, все же имеют императивную форму. Идеи об определенных действиях в определенных ситуациях, которые составляют содержание норм, не излагаются в них повествовательно. Текст закона не говорит, что законодатели или другие лица имеют те или иные предположения в своих мыслях. Это было бы абсурдом. Идеи выражены *императивно*. Какие бы слова не использовались, значение нормы всегда одинаково: это действие *должно* быть произведено при таких-то обстоятельствах, это право *должно* возникать в связи с теми или иными фактами, этот служащий *должен* иметь ту или иную компетенцию и т. д.

Итак, значит ли это, что нормы, кроме всего прочего, являются приказами? Нет, не значит. Термин «приказ» каждый может, конечно, использовать в свое удовольствие, при условии, что значение этого термина ясно. Но важен не вопрос терминологии. Чтобы действительная природа права была понятна, необходимо воздержаться от смешения различных *вещей*. Императивные заявления, которые находятся в праве, надо тщательно отличать от приказов в собственном смысле. Они представляют собой нечто другое. Императивная теория пренебрегла этим различием. По этой причине она пришла к нереалистичным построениям с целью сделать реальность права соответствующей предположению о том, что нормы – это приказы в собственном смысле.

Приказ в собственном смысле подразумевает личные взаимоотношения. Приказ, данный одним лицом другому при помощи слов или жестов, означает воздействие на волю. Но те же слова используются и в тех связях, где не существует каких-то личных отношений между лицом, отдающим приказ, и адресатом приказа. Такие слова, тем не менее, могут иметь похожий, если не идентичный эффект. Они действуют независимо от любого лица, отдающего приказы. В этом случае мы можем говорить о «независимых императивах», чтобы пользоваться удобным термином.

В качестве примера можно процитировать Десятисловие. Нельзя сказать, что Моисей приказывает нам поступать так или иначе. Он и не предполагает этого. Говорят, что данные заповеди – это повеления Бога. На самом деле, Десятисловие – это собрание императивных предложений, сформулированных тысячи лет назад и пронесенных через века в устных преданиях и в записях. Они не являются чьими-либо приказами, хотя выражены в языковой форме, характеризующейся как приказ.

Нормы права имеют аналогичный характер. Это императивные заявления о предполагаемых действиях, правах, обязанностях и т. п. Как мы только что видели, они не могут быть определены как чьи-либо приказы. Те, кто их разрабатывает или издает в качестве формальных законодателей, не выступают как лица, отдающие приказы. И для тех, на кого распространяется действие норм, законодатели по большей части абсолютно неизвестны. Адресаты норм имеют только представленные перед ними императивные установления, отделенные от законодателей, которые могли умереть сотню лет назад. Таким образом, функция этих установлений, независимых от приказывающего лица, – руководить поведением людей. По различным мотивам образцы поведения, содержащиеся в нормах, воспринимаются как модели действий в реальной жизни. Императивно выраженные идеи получают значение оснований для определенной деятельности людей.

Независимые императивы отличаются от приказов и по другому критерию. Приказ в собственном смысле адресован *лицу* и рассчитан на то, чтобы вызвать действия именно этого лица, например, «Шагом марш!» Но независимый императив может быть, так сказать, направлен и в воздух. Он не говорит индивиду: *ты* должен сделать это или то, но абстрактно предписывает: *это действие* должно быть выполнено: например, убийца должен быть приговорен к смерти. «Должен» здесь связано с идеей действия, а не прямо адресуется лицу. Совершенно невозможно, чтобы законодатели прямо обращались к настоящим и будущим судьям, которые могут попасть в ситуацию, соответствующую предполагаемой в законе. Вместо этого, действие представляется как то, что *должно* быть выполнено. Или смысл нормы может заключаться в том, что «правовое отношение» *должно* осно-

вываться на тех или иных фактах, например, узы брака *должны* существовать, если имело место бракосочетание. Здесь императивное выражение связано с установлением существования определенных отношений, квалифицируемых как брак. Но оно не адресовано определенному лицу. Похожим образом «должен» в норме права может быть связано с установлением права или обязанности. Право собственности, например, *должно* приобретаться тем или иным образом.

Можно коротко отметить и другие отличия между действительными приказами и некоторыми независимыми императивами. Действительный приказ нельзя перевести в предложение, представляющее собой суждение. Приказ: «Высморкайся!», например, нельзя преобразовать в предложение типа: «Дело в том, что ты должен высморкаться». Данное предложение, взятое буквально, выглядит абсурдно.

Независимые же императивы иногда можно перевести в предложение, которое выражает суждение. В Десятисловии есть, например, императивное установление «не укради». Тем не менее, нам не покажется абсурдным преобразование этого выражения в следующие слова: «дело в том, что ты не должен красть» или «твой долг – не красть». Формально эти предложения передают суждения. И мы верим, что суждения действительно в них заключены. По всей видимости, это и предоставляет нам возможность обучать друг друга тому, что мы должны делать, то есть нашим обязанностям. Мы полагаем, что знаем об этом и можем передать свое знание другим, даже если бы встал вопрос, связанный с фактами окружающего мира.

Здесь скрывается роковая иллюзия. Мы не передаем знания посредством таких высказываний, но мы делаем суггестивные предположения с целью повлиять на мысли и действия людей. За этими предложениями не стоят реальные суждения. Объективная природа действия не определяется высказываниями о том, что это должно, а это не должно быть предпринято. То, что стоит за данными предложениями, отличается от суждений. Действительно, в наших мыслях императивное выражение сопряжено с идеей действия. Это всего лишь психологическая связь, хотя и крайне важная в социальной жизни. Но по определенным причинам

она кажется существующей объективно. Так мы впадаем в иллюзию реальности, внешней миру природы, которую выражает слово «должен». Это основа идеи обязывающей силы права.

Наши моральные нормы – абсолютно такие же независимые императивы, происходящие из разных источников и не всегда последовательные. По определенным психологическим причинам, обсуждать которые здесь нет необходимости, они властно обращаются к нашему рассудку, в связи с чем мы чувствуем себя обязанными. Но именно по этой причине мы не согласны рассматривать их просто как игру словами, действующими на нас через суггестию. Мы ищем в них нечто более серьезное. Поэтому обычно они в той или иной степени приписываются Богу.

Эта мистика имеет двойника в правовом поле. Так же, как Бога считают основой моральных стандартов, государство считают за основу норм права. Представляется, что правовые нормы содержат в себе волю государства или приказы государства, и поэтому обязывают нас. Но действительное государство, как было показано, не может отдавать приказов. Единственно возможно полагать, что государство в метафорическом смысле, как земное божество, может предписывать или выражать свою волю в нормах права. Но это чистая мистика.

После разоблачения этой мистической основы, наше исследование *сущности* права должно претерпеть радикальное изменение. Мы смутно сознаем неизменную сущность норм права. Мы говорим о них так, как если бы они всегда существовали в качестве реальностей. Но это не совсем точно. Невозможно приписывать постоянное существование норме права или любой другой норме. Норма существует только как представление в мыслях людей. Но представления такого рода не существуют постоянно в чьих-либо мыслях. Императивы представлены в мыслях только временно. Конечно, тот факт, что императивные выражения представлены в писаной форме, не меняет положения. Письменный текст – это только знаки на бумаге, функция которых в том, чтобы вызывать определенные представления в мыслях читателя. И это все.

В действительности право состоит из огромной массы идей, относящихся к поведению людей и накопленной в течение веков несчетным количеством поколений. Эти идеи выражаются в императивной форме их авторами, особенно через формальное законодательство, и сохраняются в этой же форме в юридической литературе. Идеи вновь и вновь оживают в человеческих мыслях, сопровождаясь императивными выражениями: «*Должна* быть принята эта линия поведения», или другими, имеющими тот же эффект.

Различие между моральными и правовыми нормами не будет здесь специально обсуждаться. Я склонен полагать, что четкую черту между ними провести невозможно, так как, по-видимому, между ними не существует фундаментальных отличий. Причина, по которой норму называют моральной, вменяющей моральную обязанность, может быть найдена не в самой природе нормы, но в том отражении, которое она получает в мыслях. Другими словами, моральную норму нельзя отличить от правовой по ее объективному характеру. Различие проводится на основе чувств. Но это различие ошибочно полагается покоящимся на объективных фактах.

## II. Установление норм права

Итак, я попробовал объяснить, что такое норма права: каково ее содержание и форма. Теперь мы попытаемся понять, как эти «независимые императивы» получают свою общественную значимость через включение в социальный механизм. Основной способ достижения этого в современных условиях – законодательство, согласованное с нормами конституции. Поэтому в первую очередь мы исследуем значение такого законодательства.

Помимо обычного законодательства есть также и другие способы включения новых императивов в систему норм права. Самый важный из них – создание прецедентов судами. Можно вспомнить и влияние юриспруденции в некоторых странах. Эти вопросы будут вкратце рассмотрены ниже. В дополнение мы долж-

ны рассмотреть истинные основы конституций. Иначе ответ на первый вопрос покажется повисшим в воздухе.

### *Обычное законодательство*

С традиционной точки зрения процесс издания законов подразумевает нечто непостижимое, хотя это не всегда ясно осознается. Все же представляется необъяснимым, как законопроект, или билль, посредством обнародования в качестве закона может быть перенесен в другую область реальности. Законопроект – это всего лишь собрание вымышленных статей, представленное на рассмотрение законодателей. Обнародованный закон, с другой стороны, содержит «обязывающие» нормы, то есть сверхъестественную силу. Так законопроект претерпевает глубокое изменение в связи с актом обнародования. Сущность закона – нечто, совершенно отличное от билля. Причиной этого изменения является голосование в законодательном собрании или подписание документа лицом с соответствующими полномочиями.

Этот мистицизм и следующая за ним схоластика, очевидно, берут начало в идее обязывающей силы права. Признание этой идеи предрассудком не оставляет ничего необъяснимого в акте издания законов. Может быть, сложно дать совершенное объяснение действия закона, поскольку вопрос очень запутан. Но, по крайней мере, такое объяснение будет связано только с фактами.

Издание законов оказывает на общество *действительное* воздействие чрезвычайной важности. Законопроект не имел бы никакого значения в социальной жизни, не будучи объектом обсуждения и формального обнародования. Он не был бы частью механизма государства. Но закон является таковым. Государственные служащие воспринимают его как модель своего поведения и фактически вынуждены поступать так. Общественность в целом должна видеть в законе препятствие для одних действий и поощрение других. Закон способен оказывать действительное воздействие с момента опубликования законопроекта.

Эффект акта установления закона не имеет никакого мистического характера. Здесь скрывается всего лишь проблема свойственной естественному миру причинно-следственной связи, рассматриваемой в плоскости психологии. Цель законодателей – влиять на действия людей, но этого можно достигнуть только через воздействие на их мысли. Каким образом оказывают влияние на мысли – вопрос психологии. Для достижения целей данного исследования необходимо только обозначить общие условия, которые делают создание законов эффективным инструментом управления обществом, а также те основные элементы социальной структуры, которые являются предпосылками функционирования законодательного механизма.

При обычных обстоятельствах законодательство существует в соответствии с нормами конституции. Действие законов проистекает, прежде всего, из общего уважения к конституции и привычного повиновения ее нормам. По крайней мере, мы обнаруживаем такое отношение в любой цивилизованной стране западного мира (другие страны не будут здесь рассматриваться из соображений краткости). В каждой из них существует совокупность идей, относящихся к управлению страной, которые предполагаются «обязывающими» и которым люди подчиняются по умолчанию. В соответствии с этими идеями определенным лицам (королям, министрам, членам парламента и т. д.) полагается владеть верховной властью. Всеобщее уважение к конституции ставит их на ключевые позиции, дает им право оказывать влияние на подданных граждан и определенным образом направлять их действия.

Я не хочу исследовать здесь причины, которые привели к такому отношению и наделили отдельных лиц властью. Отвечать на эти вопросы – дело истории и социальной психологии. Здесь достаточно обратиться к действительной ситуации, которая, безусловно, существует в любой стране, где она временно не нарушена революцией. Такое отношение, конечно, не обладает внутренней самодостаточной стабильностью. Оно должно поддерживаться неослабевающим психологическим давлением на членов общества. Тем же, кто занимает ключевые позиции, для удержания своих мест необходимо использовать данную им власть в со-

ответствии с психологической обстановкой в стране, делая это с определенной решительностью.

Отношение к конституции имеет двойное значение. Во-первых, оно заставляет людей безусловно принимать должным образом обнародованные законы как «обязывание» для каждого, и брать их без размышления и сопротивления за образец своего поведения. Во-вторых, законодательная власть сосредотачивается в руках того, кто назначен конституцией в качестве законодателя. В любом другом случае мысли людей закрыты для влияния. Никто иной не может обеспечить себе внимание и повиновение в области, закрепленной конституцией за законодателем. Конкурировать с ним в этой области в большинстве случаев не имеет смысла.

Таким образом, уважение к конституции, во-первых, обеспечивает конституционным законодателям доступ к психологическому механизму, при помощи которого они могут влиять на жизнь страны; во-вторых, благодаря такому уважению только они получают доступ к этому механизму, а все остальные лишены права использовать его или устанавливать другой подобный механизм. Я намеренно использую термин «механизм», поскольку считаю его вполне подходящим в связи с тем, что реакция людей в этом отношении находится в весьма определенных границах и может быть предсказана с большой точностью. Отношение общественности в обычных условиях настолько неизменно и единообразно, что психологический эффект акта издания законов имеет место сам собой, без специальных усилий со стороны законодателей. Мы так привыкли к этой ситуации, что она выглядит частью всеобщего порядка, так же, как восход и закат солнца. Поэтому мы не задумываемся о том простом факте, что эффект законодательства обусловлен психологическим отношением, которое проявляем мы сами и миллионы других людей. Благодаря этому отношению законодатели могут играть на наших мыслях, как на музыкальных инструментах.

Помимо мысленного отношения широкой общественности, эффективность процесса издания законов требует соблюдения другого базового условия. Это организация. Должна существовать организованная совокупность лиц, готовых применить законы, если потребуются, - силой, поскольку было бы совершенно не-

возможным управлять обществом только посредством целенаправленного воздействия на мысли огромных масс через издание законов. Нам еще придется вернуться к этому вопросу позже. Обладающая силой государственная организация, в основном состоит из людей, обученных автоматически применять законы, обнародованные в конституционной форме, независимо от собственного мнения о необходимости таких законов. Поэтому организация напоминает огромную машину – так отлажено и определено она функционирует. Законодатели занимают место в центре этой машины, будто перед пультом, при помощи которого они управляют различными механизмами.

Действительное значение акта издания законов теперь очевидно. Законопроект не переходит в другую область реальности, он просто становится объектом определенных формальностей, которые производят особый психологический эффект. Формальности – существенная вещь. В этом и ни в чем другом заключается акт издания законов. Абсолютно бесполезны иные установления, аналогичные правовым, созданные теми же лицами без соблюдения конституционной формы.

Не существует ни «воли государства», ни каких-либо приказов отдельных законодателей. Имеют место только предписанные конституцией формальности, которые, будучи примененными к «независимым императивам» законопроекта, придают этим императивам особую значимость в общественной жизни, окутывая их неким сиянием или наклеивая ярлык, тем самым заставляя людей принимать их как образцы своего поведения. По этой причине они имеют практическое значение, несравнимое со значением любых других императивов.

Конечно, закон всегда создается конкретным индивидом или индивидам, а не абстрактным «государством». Для создания законов необходимо иметь доступ к механизму. Он всегда готов к использованию любым лицом, которое добилось своей ключевой позиции благодаря происхождению, или имело смелость, навыки и упорство, требующиеся для ее достижения. Такие пути различны для монархии и республики, демократии и диктатуры. Но значимость ключевых позиций – принцип, единый для всех. Самое главное – способность использовать те фор-

мальности, которые соответственно психологической обстановке в стране требуются для придания психологического эффекта независимым императивам.

Законодательный механизм можно сравнить с гидростанцией на реке. Общее отношение к конституции аналогично воде в реке. Гидростанция трансформирует энергию течения воды в электричество, которое распределяется по территории страны, чтобы давать свет, тепло и приводить в действие станки. Электрические провода – это отдельные законы, обнародованные в соответствии с конституцией. Значение акта издания закона аналогично значению подведения нового провода к гидростанции.

Посредством различных законов людям предписывается сдерживать социально опасные элементы, сохранять определенное разделение имущества, заботиться о старых и слабых, обучать молодых и т. д. Все эти действия, незаменимые в цивилизованной жизни, делают возможным общее отношение к конституции. Это отношение фактически действует в качестве важнейшего источника власти в законодательном механизме, который дает право управлять страной тем, кто находится на ключевых позициях.

Чтобы избежать непонимания, следует отметить, что данное сравнение охватывает только один аспект вопроса. Отличие заключается в том, что течению реки присуща сила, независящая от гидростанции. Река течет по руслу, независимо от того, стоит ли на ней гидростанция или нет. Отношение к конституции, с другой стороны, не может установиться, пока она действительно не применяется и власть не осуществляется на основе ее норм. По этой причине имеет место двойная связь между законодательным механизмом и отношением к конституции, которое делает этот механизм эффективным. Они обуславливают друг друга. Поэтому причинно-следственная связь здесь несравнимо более сложна, нежели в случае с рекой и гидростанцией. Сравнение, однако, применимо для иллюстрации одной из сторон отношений, стороны, которая находится здесь в центре внимания.

То, что конституция является источником силы акта издания законов, не подразумевает зависимости действительной силы закона (его действующей)

ности) от действительной силы самой конституции. Хорошо известно, что это не случайность. Часто система законодательства остается фактически незатронутой в то время как конституцию уничтожает революция. Так, например, кодекс Наполеона пережил все революции и потрясения, которые имели место во Франции после окончания правления Наполеона. Эти факты никак не противоречат предыдущему высказыванию о том, что конституция – источник силы законодательства. Дело в том, что соблюдение конституционных форм является средством включения законопроекта в механизм социума и обеспечения уважения к нему и подчинения его содержанию. После этого конституция может быть отвергнута без всякой опасности для законов, обнародованных на основе ее норм. Отношение к закону может сохраниться независимо от причин, первоначально приведших к созданию этого закона. Здесь вступают в действие другие причины, которые поддерживают такое отношение. Когда закон становится частью структуры общества, возникает множество интересов, связанных с ним. Поэтому его нельзя устранить, не вызвав недовольства. В связи с этим во время революции новые правители заинтересованы в хотя бы временном сохранении важнейшей части старых законов.

Однако для сохранения закона всегда должна существовать конституция, имеющая практическую силу. Хотя это может быть и не та конституция, которая была в силе во время обнародования данного закона. Конституция должна быть всегда, поскольку всегда должна существовать организация, способная применять постановления закона. Иначе закон, очевидно, был бы сведен к пустым словам. Но организация предполагает конституцию. Организация не может существовать без норм, и именно конституция содержит основополагающие нормы для организации общества. В этом смысле конституция не только источник силы, которую получает закон при обнародовании, но и средство поддержания его силы.

Отсюда следует, что значение издания законов не в том, что законопроект получает «обязывающую силу» при помощи обнародования в качестве закона. Главное, что постановления законопроекта становятся психологически эффективными. Этот результат достигается через использование определенных форм, ко-

торые оказывают влияние на действия людей. Поэтому форма – существенный элемент законодательства.

Эта точка зрения, однако, не должна трактоваться слишком узко. Конечно, в реальной жизни жесткое соблюдение предписанных конституцией форм – не абсолютное условие эффективности законодательства. В большинстве случаев законодатели пользуются определенной свободой. Они могут отойти в том или ином отношении от формальных требований конституции, не создавая угрозы эффективности принимаемых ими законов. Это зависит от духа, привычек и веры государственных служащих, особенно судей. Иногда они осуществляют жесткий контроль за соблюдением конституционных форм. Они могут даже, как в Соединенных Штатах, рассматривать соответствие содержания законов предполагаемому содержанию конституции. В других случаях служащие слепо принимают все, что обнародовано в качестве закона правительством государства, без исследования его источников. Это означает только то, что на практике формальные требования буквально сводятся к единственному требованию – закон должен быть обнародован надлежащими лицами. Важно то, что акт издания законов – всегда чистая формальность, ставящая определенное клеймо на законопроект в глазах тех, к кому он обращен, и таким образом включающая этот законопроект в механизм общества.

### *Неформальные методы установления норм права*

Формальное создание законов – не единственный метод установления норм права. Некоторые законодатели, такие как Юстиниан и Наполеон, действительно попытались исключить все другие методы и сделать единственным правом только формально установленные законы. Но им это не удалось. Другие нормы, которые можно в общем назвать традиционным правом (*Gewohnheitsrecht*<sup>4</sup>), по необходимости формируются вне сферы законодательства.

---

<sup>4</sup> Обычное право (нем.) – Прим. науч.ред.

Для тех философов, которые пытались представить право как волю государства, традиционное право составляло острую проблему. Здесь теория воли даже более далека от фактов, чем в отношении формального законодательства. Традиционное право в большей степени развивается более или менее неосознанно, так как новые нормы формируются без обдуманного намерения с чьей-либо стороны. Поэтому невозможно заявлять, претендуя даже на слабое подобие истины, что такие нормы – это приказы или выражение воли.

С позиций реалистической концепции проблема формирования традиционного права не более неразрешима, чем проблема формирования обычного законодательства. В обоих случаях имеет место включение новых императивов в систему императивов, которые рассматриваются как обязывающие и которые производят практический эффект. В обоих случаях это именно причинно-следственная связь на психологическом уровне.

В качестве примера традиционного права можно привести английское общее право, которое главным образом состоит из прецедентов. Хорошо известно, как развивалась эта система правовых норм. Предполагается, что судьи применяют только «существующие» нормы. В действительности они не смогли бы справиться со своей задачей, если бы строго подошли к этому требованию, так как нередко сталкивались с делами, которые не охватывали старые нормы. Часто они модифицировали эти нормы с целью приспособить их к требованиям нового времени или даже выносили решения, прямо противоречащие им. Поэтому очевидно, что многие судебные решения не основаны на предыдущих нормах. Через господствующую доктрину обязывающей силы прецедентов такие решения достигли почти такой же значимости, как если бы они вытекали из законодательного акта, поскольку считается, что судьи ограничены в будущем принципами, выраженными в прецеденте.

Общее право подвергается постоянному изменению и постоянному развитию, хотя официальная теория стремится завуалировать тот факт, что каждое судебное решение – это не что иное, как авторитетная констатация существующей нормы. Если бы судьи верили в эту официальную теорию, у них не могло бы быть

намерения создавать новые нормы. И императивы рассматривались бы не как их собственные изобретения, а как существующие заранее установления.

Силы, которые дают созданным судьями нормам практический эффект, похожи на те, которые поддерживают механизм законодательства. Уважение к конституции – доминирующий фактор. Положение судей определено конституцией, и доктрина обязывающей силы прецедента так же может быть отнесена к составляющим элементами конституции.

Но независимые императивы могут действовать в качестве права и при отсутствии прямой зависимости от конституции. Иногда новые нормы возникают на основе юридической литературы. В этой связи я не ссылаюсь на английские условия. В Англии юриспруденция, или юридическая наука, выглядит в целом как *наука о праве*. Ее цель – исследовать правовую систему с исторической, социальной и философской точек зрения. С другой стороны, учебники представляют собой не научные работы, а простые компиляции прецедентов и законов. В некоторых других странах, например, в Германии и Скандинавии, юридическая наука, в первую очередь, рассматривается как *наука права*. Ее главная цель – подвергнуть обсуждению истинное значение и содержание норм. Правоведы, конечно, не принимают на себя роль законодателей. Тем не менее, их работы часто имеют эффект установления новых норм. Предполагается, что они описывают только уже существующие правовые явления, но на самом деле они делают гораздо больше, так как пытаются заполнить пробелы в праве. Если им удастся убедить судей в своих теориях, новые нормы устанавливаются ими как результат научного поиска, проделавшего свой путь до включения в судебную практику, и иногда это установление имеет такую же юридическую силу, как нормы статутного права. Неудивительно, что некоторые философы выделяют юридическую науку среди источников права, хотя очевидно, что это не соответствует положению о том, что право – это приказы государства.

С развитием традиционного права предполагаемое знание об уже существующем праве было и в некоторой степени остается до сих пор средством включения новых норм. Но предполагаемое знание не обязательно для этой цели. Даже

если мы ясно осознаем, что судьи не ограничиваются простым применением уже существующего беспробельного права, прецеденты должны иметь значение при разрешении в будущем похожих дел. Потребность в преемственности при организации отправления правосудия столь велика, что суды просто не могут в реальности не брать прецеденты в расчет. В наши дни действительная ситуация осознается все шире и шире, хотя прежняя точка зрения не отвергается совершенно.<sup>8</sup>

Цели данной работы не требуют более широкого исследования проблем развития традиционного права. С нашей точки зрения, важно подчеркнуть, что здесь так же, как и в случае с формальным законодательством, стоит вопрос о нахождении определенных способов сообщения независимым императивам эффективности в обществе. Совершенно естественно, что с этой целью могут применяться различные способы, хотя формальное законодательство - самый важный из них сегодня.

### *Первоначальное установление конституции*

Конечно, конституцию можно изменять в соответствии с закрепленными в ней самой нормами. Иногда даже совершенно новая конституция может быть создана законным путем. Возможны и случаи, когда конституция медленно развивается в качестве традиционного права, начиная с первобытной эпохи. Однако в большинстве случаев, если не во всех, конституции цивилизованных стран первоначально установлены средствами революции или войны, то есть силой. По крайней мере, сегодняшние правители и их предшественники пришли к власти именно такими путями, даже если это не предполагало абсолютной смены конституции. Поэтому при некоторых обстоятельствах цепь правового развития прерывается актами насилия или в целом противоправными актами, которые, таким образом, можно считать конечным источником существующего порядка.

Эти факты часто относят к наиболее трудным для объяснения. «Проблема революции» широко обсуждалась в философии права. Кажется, трудно понять, как акты насилия могут дать начало «обязывающим» нормам. Создание законов

выглядит поэтому еще более мистическим, чем создание обычного законодательства. Предполагается, что у конституционных законодателей есть право на установление обязывающих норм. Но революционеры не только лишены любых полномочий в этом отношении - они действуют, нарушая существующее право. Тем не менее, новая конституция является базой для новых законов, обязывающую силу которых люди не ставят под сомнение.

Дилемма разрешается только тогда, когда отвергаются предрассудочные представления об обязывающей силе. С традиционной точки зрения, происхождение права от силы должно оставаться загадкой, вечно занимающей умы несчастных философов. В действительности, установление конституции через революционные действия не составляет большей тайны, чем обычное издание законов. В обоих случаях имеет место всего лишь совокупность независимых императивов, которые устанавливаются определенными индивидами, требующих повиновения всей страны. Разница только в причинах, которые делают нормы эффективными.

В то время как законодательство приводится в действие всеобщим уважением к конституции, действующей как *постоянный* источник власти, революционная конституция воздействует на людей другими средствами. Должна существовать *временная* концентрация силы, достаточная для перемены отношения граждан, которая подразумевает принятие новой конституции в качестве ограничителя. Обычному законодателю не требуется специальных усилий для того, чтобы сделать законы эффективными, потому что они имеют в своем распоряжении готовый механизм. Революционерам приходится создавать механизм самим, то есть они должны направить мысли людей по тем каналам, которые позволят оказывать на них психологическое воздействие.

Чтобы разорвать отношения повиновения к установленной конституции, требуются исключительные обстоятельства, так называемая «революционная ситуация». Старые императивы, связывающие правительство, обычно устраняются только под давлением безнадежных экономических условий, разрушительного действия войны, угнетения победившим врагом и т. д. в соединении с новыми идеалами и лозунгами, заражающими мысли людей ненавистью и надеждой. Вла-

ствующие теряют способность управлять населением. Однажды их ниспровергают силой или с позором выставляют за дверь. Новые люди занимают их место и громко провозглашают: это будет нашей конституцией, так необходимо управлять страной. Попытка может провалиться. Тогда запланированная конституция остается клочком бумаги, массой пустых слов. Но если революция удастся, если правительство начинает работать на основе новых императивов, с этого времени они становятся конституцией. Говоря короче, победа революции соответствует *конституционной форме* обычного законодательства. Новые нормы создаются в соответствии с новой конституцией, и с этого момента они автоматически воспринимаются как обязывающие. Весь механизм функционирует снова с большими или меньшими изменениями в зависимости от целей и средств властвующих.

Помимо «революционной ситуации», для завершения перемены необходимы еще две вещи: сила и пропаганда. Сила – чтобы вытеснить тех, кто находился на ключевых позициях, испугать их сторонников, уничтожить сопротивление. Пропаганда – чтобы подготовить мысли людей к новым императивам. Предполагаемая сила этих императивов недостаточна сама по себе. Они оказались бы бесполезными, не будь мысли людей специально подготовлены к их восприятию. Цель пропаганды – сформировать психологическую ситуацию в стране так, чтобы гарантировать себе адекватную реакцию.

Однако колесо времени не останавливается. Так же, как обычные нормы остаются эффективными, даже если конституция, на основе которой они были созданы, упраздняется, сама конституция может выжить и в отсутствие причин, изначально наделивших ее силой. Революционный энтузиазм может угаснуть. Бедность и уныние могут уменьшиться. Поражение может превратиться в победу. Тем не менее, конституция, созданная в этих условиях, сохраняет свою действенность. Вокруг нее сконцентрировалось несчетное количество интересов! Ее нормы проникли в сердца людей. Новое здание остается уверенно стоять и после того, как убирают строительные леса.

Более того, рано или поздно революционерам самим приходится работать на свою собственную систему. Психологическая эффективность конституции

подразумевает определенное отношение со стороны людей, и это отношение не может изменяться изо дня в день. Значительные усилия требуются, чтобы вызвать какие-либо фундаментальные изменения, если это вообще возможно. Власть правителей, поэтому всегда более или менее жестко ограничена, независимо от того, получили ли они ее революционными или законными средствами.

Непосредственное препятствие любым революционным действиям представляет общее лояльное отношение к существующей конституции. Когда же конституцию отменяют, укоренившаяся привычка повиноваться группе управляющих норм становится источником силы новой конституции. Отношение просто переносится с одной группы норм на другую. Это изменение иногда происходит с удивительной легкостью, особенно когда новые нормы хорошо адаптированы к экономическим условиям и господствующим идеям справедливости.

Обобщая, можно сказать, что главный источник силы конституции состоит в привычках и инстинктах людей. Это справедливо как во время господства конституции, так и при установлении новой. Революционеры могут захватить власть, только используя эту силу подходящим способом. Как ни парадоксально, успех революции зависит от тех человеческих качеств, которые заставляют подчиняться праву.

Вновь обращаясь к сравнению с рекой, можно сказать, что разнообразные конституции соответствуют различным каналам, по которым течет вода в реке в разное время. Вода – это сила, основанная на привычках и инстинктах людей. Течение будет обеспечивать энергию, только если оно следует по общему каналу. Иначе вода будет разделена на бесполезные речонки и земля превратится в болото. Так же и силы общества необходимо объединить при помощи конституции, которая будет пользоваться всеобщим уважением и придавать авторитетность законодательной власти. Без этого хаос и разрушения неизбежны.

Революция может быть определена как процесс рытья нового канала. Иногда такой процесс влечет полную катастрофу. Река выходит из берегов, наводняет плодородные поля, уничтожает леса и города, в ней тонут те несчастные, что встали на ее пути. Постепенно, однако, река создает новое русло. Течение вновь

успокаивается, и новая жизнь появляется на берегах. В других случаях требуется только заменить устаревшие шлюзы или усилить течение в том или ином направлении.

Нельзя провести четкую границу между революционным и обычным законодательством. Как уже было отмечено, конституционные законодатели имеют в действительности власть, более или менее независимую от формальных требований конституции. Более того, общеизвестным фактом является то, что конституция может быть «истолкована» в смысле, полностью отличающемся от первоначального. Конституции гораздо более подвержены различным произвольным толкованиям, нежели обычное законодательство, поскольку их применяют не независимые судьи, а политики. Часто общественное мнение – единственный способ контролировать их, но политики легко и довольно значительно манипулируют им.

#### *Поиск «конечного» объяснения права*

На данном этапе можно предъявить совершенно естественное возражение. При помощи объяснения удалось показать в общих чертах, как *новые* императивы проникают в систему законов. Далее, было предположено, что такая система уже существует. Поэтому конечного объяснения права не было дано, так же как не будет дано и в последующем. Данное объяснение относится только к изменениям и дополнениям в праве, но не к происхождению системы в целом.

Это абсолютно верно. Было отмечено, например, что именно общее уважение к конституции придает действенность новым нормам при их введении через законодательство. Конституция сама по себе берет начало в революции или войне. Но это не значит, что революция или война должны рассматриваться как *единственный* источник права в целом. Такое предположение было бы абсолютно неверным. Революция имеет место в тех обществах, где право уже действует. Это способ изменения права. Революция действует непосредственно только на определенные части законодательства, в первую очередь, на конституцию, тогда как

другие части права, особенно базовые нормы уголовного права, могут оставаться неизменными на протяжении того или иного времени.

Итак, революция – только этап в развитии права. Изменение затрагивает уже существующую систему права и имеет ограниченный характер. То же самое относится и к другим способам установления новых норм.

Но историческое объяснение возможно связать только с изменениями в праве. Мы никогда не сможем проследить за развитием права вплоть до его «единственного первоначального источника». Мы не обнаружим никакого первичного фундамента общества. Мы знаем лишь то, что человечество находится на той ступени развития, которая предполагает длительное существование организации и, следовательно, права. Даже так называемые примитивные общества, без сомнения, имели собственное право, часто весьма сложно организованное.

Колонизацию Америки или Исландии нельзя приводить в качестве примера «первоначальной» организации общества. Переселенцы в этих случаях вторглись в уже существующие общества и принесли с собой свою веру, обычаи и знания. Короче, все их духовное наследие было предпосылкой общественной жизни. Они организовали собственные новые общества средствами, заимствованными из старых.

Любое историческое исследование берет за точку отсчета ту ступень эволюции права, где правовая система существовала уже в течение долгого времени. В большинстве случаев заключения о ранних этапах делаются на основе известных фактов. Но это не приводит к «конечному» объяснению. Бесполезно задаваться вопросом о том, как первоначально зародилась система в целом. Поэтому обвинение в том, что наше объяснение не дало ответа на этот вопрос, не имеет смысла.

### III. Идея субъективных прав

Выше идея субъективных прав была оставлена без внимания с целью упростить объяснение. Теперь необходимо поднять этот вопрос, объяснить значение идеи, исследовать ее соотношение с социальными фактами и показать, какова ее действительная роль в законодательстве и в отправлении правосудия. Сначала нужно сделать несколько замечаний по поводу идеи правовых обязанностей.

Из того, что уже сказано об «обязывающей силе» права, понятно, что идея обязанностей совершенно субъективна. В связи с тем, что обязывающая сила права – иллюзия, не может быть правовой обязанности в объективном смысле. Обязанность не имеет места в действительности, она существует только в воображении людей. На самом деле есть только определенное чувство долга, с которым связана воображаемая граница. Часто делаются попытки доказать реальность правовой обязанности путем обращения к существованию правовых санкций. Однако эти попытки обречены на провал. Угроза санкций отличается от обязанности. Обязанность уважать жизни других людей очевидно не равнозначна факту повешения пойманного убийцы, виновность которого доказана. Санкции применяются в соответствии с существующими убеждениями в связи с неисполнением обязанности.

Идея обязанности и чувство долга, конечно, имеют огромное значение в социальной жизни. Но наука имеет дело только с этой идеей и с этими чувствами, а не собственно с воображаемыми ограничениями, как с чем-то объективно существующим.

Законодатели совершенно естественно извлекают пользу из идеи долга. Если они разделяют общие убеждения, их очевидная задача – навязать гражданам те обязанности, исполнения которых требуют интересы общества. То, что обязанности – только воображаемые ограничения, не нарушает этот эффект законодательства. Декларирование обязанностей в форме закона – великолепное средство влияния на действия людей.

В отношении концепции прав ситуация аналогична. Широко распространено предположение о том, что так называемые права имеют объективную сущность. Мы говорим о них почти так, как если бы они были предметами внешнего

мира. Подумав, мы, конечно, не будем утверждать, что это именно так. Мы твердо верим, что права существуют вне нашего воображения как объективная реальность, хотя они, безусловно, представляют собой нечто неосязаемое. Мы определенно не ограничиваем их существование нашим воображением. Такие предположения отвергаются всеми с насмешками и негодованием. Тем не менее, при близком рассмотрении обнаруживается, что права так же, как их обратная сторона – обязанности, существуют только в качестве концепций в человеческих мыслях.

По этому вопросу не может существовать никаких сомнений в том случае, если обязывающая сила права отвергается как абсурдная. Разоблачение этой базовой концепции должно влечь разрушение всех метафизических понятий в праве или, в оптимальном варианте, раскрытие их истинного смысла. Эти понятия существуют исключительно в воображении, не имея аналогов объективной реальности.

Я не имею в виду только так называемые естественные права. Даже позитивные, или законные, права не существуют в реальности. Действительно, есть определенные социальные факты, с которыми тесно связана идея прав. Эти факты легко спутать с идеей прав в том виде, в каком она существует согласно всеобщим понятиям. Однако ошибка будет невозможной, если прямо сопоставить факты и понятия. В этом случае будет очевидно, что понятия не соответствуют фактам.

Для иллюстрации этого тезиса мы можем использовать простой метод перечисления фактов, связанных с идеей прав, и проверить, соответствует ли ему хоть один из них. Таким образом, мы избежим трудной задачи изначального определения действительного содержания понятия права. Однако мы вернемся к этому вопросу позже. Окончив обзор социальных фактов, мы отчасти оградим себя от опасности поспешного соотнесения права с теми из данных фактов, которые только туманно предполагаются, но четко не установлены.

*Идея права, сопоставленная с фактами*

Многим ученым сопоставление права с фактами может показаться совершенно излишним, так как абсолютно очевидно, что право – нечто, совершенно отличное от фактов, стоящее над ними. Можно сказать, что для того, чтобы продемонстрировать общеизвестную истину, не требуется специального исследования, поскольку философы, занимающиеся правом, так же как и юристы, всегда понимали право в этом ключе.

Это положение, без сомнения, будет верным. Тем не менее, делаются постоянные попытки доказать наличие прав в реальном мире. Причины этого не трудно обнаружить. Ни один человек, претендующий на последовательность своей точки зрения, не может быть удовлетворен прямым утверждением о том, что права – это нечто, находящееся над фактами, относящееся к другому миру. Если установлено, что они существуют в объективной реальности, их отношение к явлениям мира времени и пространства, например, их возникновение и отмирание через события этого мира, должно быть определенным. Но при такой формулировке вопроса ответ на него может быть дан только при отождествлении права с какими-либо фактами, так как ничто не может быть приведено в отношение с явлениями времени и пространства без включения в этот мир.

Поэтому невозможно серьезно поддерживать утверждение о том, что право действительно стоит над фактами. Только два пути открыто при поиске научного объяснения вопроса. Первый заключается в том, чтобы показать, что право существует только в воображении людей, то есть, что оно включено в мир времени и пространства в качестве содержания понятий, данного в человеческих мыслях. Другой путь – доказать, что воображаемые права соответствуют фактам внешнего мира. Теперь я хочу показать, что этот последний метод неприменим.

Для примера можно взять право собственности в существующих условиях. Коротко, факты, связанные с идеей этого права, состоят в следующем. (Я обращаюсь только к наиболее простому случаю: частная собственность индивида, который никак не ограничен в дееспособности).

- 1) Собственно вещь как объект права.
- 2) Право, «независимые императивы».

- 3) Правовой механизм, существующий в стране и действующий в соответствии с нормами права.
- 4) Приоритетное положение так называемого собственника в соответствии с этим механизмом. Собственник пользуется определенными преимуществами, если механизм функционирует так, как предписано в законе. Например, он может получить возмещение ущерба, если вещь повреждена небрежным действием со стороны другого лица. Об этом можно говорить в том случае, когда он имеет деньги, чтобы возбудить дело против причинителя ущерба, когда он может представить доказательства небрежности, которые удовлетворят суд, и когда суд в соответствии с установленной в праве моделью вынесет решение о возмещении ущерба. Совершенно другой вопрос, принесет ли ему такое решение материальную выгоду. Это зависит от материального положения ответчика. Во многих случаях истцу даже не удастся возместить стоимость разбирательства. Таким образом, преимущества собственника, существующие благодаря обычному функционированию правового механизма, не всегда очевидны. Короче говоря, его положение таково, что он может привести механизм в действие в обстоятельствах, обозначенных в законе. Однако для достижения этой цели требуются определенные усилия с его стороны, многие препятствия необходимо преодолеть, прежде чем деньги окажутся в кармане. Следует добавить, что даже если собственник не предпринимает самостоятельных действий, правовой механизм часто приходит в движение с момента нарушения владения вещью. В наше время кража, например, наказывается властями в интересах всего общества. Во многих странах собственник лишен необходимости предъявлять уголовные обвинения серьезного характера. Таким образом, действие правового механизма по отношению к собственнику имеет две стороны: в некоторых случаях он приводится в движение самим собственником, в других – функционирует самостоятельно.

5) В качестве пятого факта можно упомянуть действительные санкции. Но следует принять во внимание, что применение санкций в случаях с собственностью во время ее существования – очень редкое явление.

6) Шестой факт, который необходимо упомянуть, - это гарантия свободного пользования собственником вещью. Когда вы купили машину и заплатили за нее, вы можете делать с ней все, что захотите, но при этом подразумевается, что вы не превышаете скорость и т. д. Если вы владеете домом, вы можете жить там, не опасаясь вторжений. Вы не можете себе представить, чтобы кто-нибудь на улице сорвет с вас ваше пальто и т. д.

Эта благоприятная для собственника ситуация, разумеется, обусловлена поведением его сограждан. Исключительность владения тем или иным предметом, неприкосновенность владельческих прав вытекает из того факта, что другие обычно отказываются от вмешательства.

При данных обстоятельствах безопасность относительна. Машина может быть украдена, дом подожжен, пальто порвано. Это всегда вопрос большей или меньшей степени безопасности, а не абсолютной защищенности от посягательств. Очень высокий уровень безопасности, достигнутый в западных обществах, предполагает, что отношение к невмешательству в чужие дела весьма сильно и носит общий характер. В целом, обычному человеку никогда не приходит в голову установить владение над имуществом других людей, и даже если бы такая идея случайно возникла, она была бы немедленно отвергнута. Требуется лишь легкое ослабление этих мысленных ограничений для того, чтобы безопасность была нарушена. Предположим, что при возникновении благоприятных условий для завладения желаемым, люди только в 90 % случаев отказываются от этого, или представим, что 10 % населения лишены каких бы то ни было психологических сдержек в отношении к чужому имуществу – в таких условиях безопасность действительно была бы весьма низкой.

7) Причины, которые определяют общее отношение, неизбежно очень сложны. Однако один факт остается ясным. Это наивысшая важность

права, включая правовой механизм. Огромное давление, оказываемое правом, трудно оценить, в том числе и потому, что мы чувствуем его не больше, чем воздух, которым мы дышим. Нет необходимости исследовать здесь методы такого воздействия. Достаточно отметить его существование. Это последний факт, который можно упомянуть в связи с идеей права.

Итак, где же находится само право? Очевидно, что право собственности не тождественно объекту владения. Не тождественно оно и праву, и правовому механизму, и его психологическому давлению на население, и действительным санкциям, которые время от времени применяются в отдельных случаях. Остается предположить только приоритетное положение собственника по отношению к правовому механизму и его относительную безопасность при сохранении контроля над вещью. Это единственные факты, которые с некоторым подобием истине могут соответствовать представлениям о праве собственности в нашем понимании. Поэтому эта сторона вопроса требует более внимательного рассмотрения.

Тождественно ли право собственности в том виде, в каком оно представлено в наших мыслях, относительной безопасности так называемого собственника? Конечно, нет. Право собственности не приписывается любому имеющему возможность делать все, что он хочет, с вещью. В этом случае удачливого вора можно было бы назвать законным собственником! Более того, собственник, то есть лицо, имеющее законное право на объект, не нуждается в каком-либо реальном контроле над вещью для того, чтобы быть собственником. Даже если объект собственности выбыл из его владения тем или иным путем, его право остается до тех пор, пока кто-нибудь другой не приобретет право собственности в соответствии с законом.

Поэтому очевидно, что, согласно господствующему мнению, право собственности и действительное владение – разные вещи, хотя они часто представлены как совпадающие во времени. Действительное владение определяется многими юристами как отражение права собственности в реальном мире, которое представляется относящимся к другому контексту. Они не могут всегда совпадать, по-

тому что наличие права определяет закон. Право приобретается, когда те или иные факты имеют место, например, продажа, смерть родственника и т. д. Оно теряется на основании соответствующих фактов, таких как перепродажа, дарение и т. д. Существование права абсолютным образом зависит от тех фактов, юридические последствия которых определены законом. Действительное владение, возможность пользоваться вещью, напротив, зависит от множества условий, которые не могут быть установлены при обращении только к закону. Законное право, конечно, имеет огромное значение и в этом отношении тоже, поскольку люди обычно заботятся о воздержании от вмешательства во владение того, кто наделен правом. Но вопрос действительной возможности пользования вещью не может быть окончательно решен законом. Законное право – только один фактор среди множества остальных, определяющих действительное положение собственника, и его действительность всегда имеет относительный характер.

Остается только определить, тождественно ли право собственности приоритетному положению собственника по отношению к правовому механизму, например, идентично ли право его действительной возможности привести правовой механизм в действие с целью защиты собственных интересов. Без сомнения, эта возможность тесно связана с идеей права. Но было бы большой ошибкой путать право в том виде, в каком оно содержится в наших мыслях, с действительной возможностью.

Во-первых, право рассматривается как нечто, предшествующее возможности привести в действие правовой механизм. Требование истца основывается на праве, и говорят, что судебное решение вынесено в его пользу постольку, поскольку он показал, что право принадлежит ему. Истец, например, заявляет о том, что он собственник вещи, находящейся во владении ответчика. Согласно существующему мнению, он должен далее обосновать свое право собственности, чтобы выиграть дело. Поэтому его право не тождественно тому факту, что он находится в положении, позволяющем обеспечить благоприятное решение суда. Напротив, право рассматривается как условие такого решения – как то, что должно быть установлено судом.

Во-вторых, благоприятное судебное решение выносится не всегда, даже если истец, согласно правовой теории, имеет в данном случае право. Бремя доказывания, возложенное на него, может лишить его успеха, суд может составить ложное мнение о фактах и т. д. С другой стороны, истец, который действительно не имеет никакого права, может выиграть дело. Успех в судебном разбирательстве, очевидно, зависит от многих других фактов помимо тех, которые, согласно закону, определяют существование права. Поэтому успех в судебном разбирательстве может соответствовать или не соответствовать наличию права.

В-третьих, считают, что право существует, даже если никаких действий вообще не производится. Необходимы определенные обстоятельства, чтобы побудить собственника действовать. Вещь должна, например, попасть в чужое владение, она должна быть повреждена и т. д. Между тем право собственности никуда не исчезает. Ни у какого юриста не возникнут сомнения по этому поводу. Говорят, что иск подается тогда, когда право нарушено. Поэтому право существует независимо от возможности возбудить успешное судебное разбирательство. Кроме того, «иск», которому нарушенное право собственности дает жизнь, само является видом права, а не действительной возможностью.

Можно предположить, что право собственности тождественно неопределенной возможности подавать по разным основаниям успешные иски в случае преступной небрежности, кражи и т. д. Но это предположение будет ошибочным. Если бы это соответствовало тому, что содержится в наших мыслях, когда мы говорим о праве собственности, тогда наши представления были бы крайне запутанными. Это бы фактически задействовало большую часть правовой системы и, кроме того, множество других фактов, таких как экономическое положение собственника и т. д. Однако бесспорно, что мы предполагаем нечто достаточно простое, когда говорим о праве. Право действительно влечет очень сложные правовые последствия, с которыми подробно ознакомлены только образованные юристы. Но это вторичное соображение. Право само по себе – это одно, правовые последствия – нечто другое.

То, что иногда путают право и возможность возбудить успешное судебное разбирательство, не очень трудно объяснить.<sup>9</sup> Каждый может подать иск, даже если у него вообще нет законного основания для этого. Он может даже добиться успеха без такого основания. Однако шансов на успех несоизмеримо больше у истца, имеющего законное право, чем у того, кто его не имеет. Если отправление правосудия в стране находится на удовлетворительном уровне, очень трудно добиться чего-либо судебным разбирательством, не имея реального законного основания. На самом деле, когда такого основания действительно не существует, успех, в целом, возможен, только если истец в состоянии представить ряд фактов, имеющих такое близкое сходство с теми, которые требуются по закону, что судьи могут допустить ошибку. Другими словами, факты должны находиться на грани закона. Глупо возбуждать дело, результатом которого будет только решение в пользу ответчика и судебные издержки.

С другой стороны, лицо, которое действительно имеет законное право или что-либо еще, требуемое законом, имеет хорошие шансы на благоприятное судебное решение, если необходимые доказательства налицо. Таким образом, так называемое право и благоприятное положение часто принадлежат одному и тому же лицу. Их легко спутать потому, что мы не имеем в мыслях ясного представления о том, что есть право. Перед нами не находится ничего о вещественного. Поэтому мы склонны ссылаться на то, что имеет осязаемую природу, и тогда под руку попадает благоприятное положение по отношению к правовому механизму.

### *Каков смысл идеи права?*

Обсуждение показало, что невозможно найти факты, соответствующие идее права. Право уклоняется от любой попытки сковать его и поместить среди явлений социальной жизни. Хотя и связанное с фактами – например, в момент возникновения и нарушения, – право по своей сути отличается от всех фактов.

Действительное значение в судебном разбирательстве имеет лишь правовой титул, но не право. В нашем представлении право мыслится как нечто, создаваемое

мое титулом. Оно находится между титулом и судебным решением, и формирует необходимое основание последнего. Очень трудно описать, что же действительно подразумевается под этой промежуточной вещью. Но, без сомнения, она существует только в воображении. Правовой титул в реальном мире не создает ничего. Это факт, который, являясь доказанным в судебном разбирательстве, будет оказывать решающее воздействие на судью, действующего в соответствии с законом. И ничего более.

Сущность представлений о праве заключается во *власти*. Собственник «может» делать все, что захочет с вещью; кредитор «может» потребовать сумму от должника – именно так мы выражаем наши представления о праве, когда пытаемся объяснить то, о чем мы думаем. Действительно, очень часто мы склонны говорить вместо этого, что сущность собственности в том, что собственник «защищен» законом. Но это объяснение ошибочно. Согласно общепринятой точке зрения, именно право получает защиту, а не собственник, как мы предполагаем. Предполагается, что собственник защищен, так как у него есть право собственности. Поэтому так называемая защита не должна отождествляться с правом. Право представлено как нечто предшествующее. Мы попадаем в цель, только когда определяем право как власть определенного рода.

Эта власть, однако, не существует в реальном мире. Мы убедились, что она не тождественна ни действительному контролю над вещью, в целом сохраняемому собственником, ни реальной возможности привести правовой механизм в действие. Это *фиктивная* власть, идеал, или воображаемая власть. Эта «власть», действительно, - только пустое слово. За этим словом ничего не стоит. Но идея обладания воображаемой властью способна вызвать чувство власти, то есть *чувство* действительности и силы. Это чувство придает видимость материальности данной идее и поэтому поддерживает иллюзию существования реальной власти.

Большинство современных юристов, однако, неохотно признают, что право – это только воображаемая власть, и ищут любые средства избежать этого заключения. С одной стороны, они смутно опасаются невозможности отождествить право с тем или иным кругом социальных фактов. С другой стороны, они отказы-

ваются заключить, что право – это только воображаемая конструкция. Это утверждение выглядит для них абсурдным. Не проверяют ли судьи ежедневно права спорящих сторон? Не заняты ли законодатели установлением законов, определяющих наши права? Не являются ли поэтому права реальностью? Не разрушится ли социальный порядок и не установится ли хаос, если никакие права не будут осознаваться как реально существующие? По этим и похожим причинам полагается невозможным установить, что права – это чистые иллюзии. Поэтому реальность прав должна быть доказана. Но как? Это задача не из простых.

От юристов, которые пытаются подойти к делу с научной точки зрения, слышны заявления о том, что «право» - только «метафоричное выражение правовой ситуации» или что-либо подобное этому. В данной теории признается, что так называемые права не являются реальными. С другой стороны, специально отрицается, что идея права содержит элемент предрассудков. Видимость рациональности юриспруденции сохраняется. Основной смысл в том, что ни одна концепция невещественной природы действительно не принимается во внимание. Использование метафоры вместо прямого разговора о сложной действительности – только вопрос целесообразности.

Но действительно ли выражение «право» используется в качестве метафоры как в повседневной жизни, так и в юридическом языке? Метафора – это языковой образ, средствами которого одна вещь занимает место другой, имеющей с ней некоторое сходство. Теперь уместно спросить: что заменяет что?

Эта теория никогда не объясняет, что содержит в себе эта метафора. Такое объяснение повлекло бы масштабный анализ нашей концепции права, тщательное установление того, что действительно содержится в наших мыслях, когда мы говорим о праве. Без этого теория бессмысленна. Она действительно бессмысленна, если такого объяснения не предлагается. Эту теорию, фактически, можно определить как попытку уклонения от сложного анализа наших представлений и разрешения вопроса с помощью общих слов.<sup>10</sup>

Более того, факты, заменяемые данной метафорой, могут находиться только среди тех, которые были названы выше. Общая позиция, занятая юристами этой

школы, состоит в том, что выявленные факты и есть право. Заявляют, что метафора – это «короткое выражение для сложной системы норм». То, о чем мы думаем, говоря о праве собственности, является обширным комплексом норм о продаже, наследовании, краже и т. д., но из соображений удобства выражение «право» обозначало бы комплекс этих норм. Странно, что закон сам говорит о правах. Он определяет, например, как право собственности появляется, как оно переносится, каковы последствия его нарушения и т. д. Нет смысла заявлять, что здесь выражение «право» является сокращенным выражением собственного содержания закона. Слово должно иметь независимое значение, иначе оно не сможет использоваться для выражения нормы. На самом деле законодатели извлекают пользу из представлений о праве, также как из других представлений, распространенных в обществе и имеющих общепризнанный смысл.

Необходимо признать, как было подчеркнуто здесь, что право, представленное в наших мыслях, - это воображаемая власть. Но это понятие в действительности не используется как метафора. Мы используем его так, как если бы право было объективной реальностью, говоря, что права возникают, теряются, защищаются и т. д. Замечание о том, что права содержатся только в воображении, вызывает сильное негодование. Поэтому невозможно полагать, что понятие действительно используется только для замены некоторых фактов. Если я заявляю другому лицу, что это мое имущество, я не подразумеваю только то, что мне принадлежит действительная неприкосновенность владения вещью в данном случае. В этом случае я должен признать, что мое право было бы потеряно, если бы противник оказался достаточно сильным, чтобы отнять мою вещь. Я могу думать, что имею возможность обратиться в суд и добиться благоприятного решения. Но в этом случае я подразумеваю, что это следствие моего права и что право существует, даже если следствия, скорее всего, не будут иметь места в связи с отсутствием доказательств или по другим причинам. Я могу также думать, что у меня есть титульное право на вещь. Но титульное право рассматривается как основание права, но не как нечто тождественное ему.

Все легко объяснится, если мы открыто признаем тот факт, что содержащееся в наших мыслях – это идеальная или фиктивная власть, позволяющая использовать предмет или возбудить дело против другого лица. Нет необходимости отступать от этого утверждения. Движение в противоположном направлении приведет только в метафизические дебри. Если, напротив, мы признаем факт в том виде, в каком он вытекает из нашего критического анализа, то перед нами окажется богатое поле для исследования. Задача будет состоять только в том, чтобы поместить *идею* права или обязанности среди других фактов социальной жизни, выяснить ее происхождение и функции в реальном обществе, ее психологическое основание, ее техническую пользу в законодательстве и значение в отношениях между индивидами, между государствами и т. д. Нет необходимости прерывать поиски истины постоянными экскурсиями в воображаемый мир метафизики, результаты не должны затемняться базисным положением о том, что права являются объективной реальностью.

*Для каких целей используется понятие права?*

Чтобы понять, как понятие фиктивной власти может быть всеобщим в современном законодательстве, в юриспруденции и в мыслях всех людей, нам нужно только определить для каких целей и в связи с чем используются данные понятия. Главный вопрос, конечно, в том, как они отражаются в законе.

В законе представление о праве используется как средство направления действий людей и их поведения в целом. Я подчеркивал выше, что закон направлен не на описание мира таким, как он есть, а на определение хода событий. Для этих целей нет необходимости соответствия использованных понятий объективной реальности. Но существенно то, что идея образца поведения должна возникать в мыслях тех, к кому она обращена и что она должна побуждать их следовать ему. Этого можно легко достигнуть при помощи таких понятий, как понятие права. Образцы поведения могут действительно устанавливаться через положения о том, что лицо имеет определенное право при таких-то и таких-то условиях.

Но это возможно, если правдой является то, что концепция права имеет смысл, определенный выше? Было сказано, что установленная в понятии власть не существует, что мы не можем найти ту власть, которую, по убеждению, обозначает слово. Поэтому установленная в понятии власть – пустое слово, как было отмечено выше. Теперь есть возможность утверждать, что образец поведения нельзя установить посредством пустых слов. Образец ситуации и линии поведения не может быть выражен, если нет определенного смысла, заключенного в словах. Поэтому кажется, что анализ концепции права должен быть ошибочным в определенном отношении, так как очевидно, что нормы эффективно устанавливаются средствами этой концепции.

Ответ на это возражение таков. Власть, которую обозначают как право, действительно не существует. Это пустое слово. Но считается, что любая власть – это власть *делать* что-либо. Она содержит отсылку к воображаемому действию. Если это действие ясно представляют, норма действительно устанавливается через провозглашение права. *Образец поведения* заключен в идее действия или действий, которые правообладатель, согласно сказанному, имеет право произвести. Выражение «право», с другой стороны, выполняет здесь функцию *императивного* выражения. Его значение таково: лицо в данном случае может делать то и то, в его действия нельзя вмешиваться, другие лица не могут производить те же действия с той же вещью без его согласия, его требованиям в том или ином отношении следует подчиняться и т. д.

Возможные комбинации практически бесчисленны, и образцы поведения часто очень сложны, даже если нормы на первый взгляд выглядят более простыми. Нет возможности обсуждать здесь данные вопросы, но чтобы проиллюстрировать сказанное, можно привести пару примеров.

Закон гласит, например, что собственник земли, граничащей с озером, имеет исключительное право ловить в нем рыбу. Это обозначает образец поведения для всех, кроме собственника (то есть лица, имеющего законное право на землю), воздерживаться от ловли рыбы в этом озере и от вмешательства в ловлю рыбы собственником. Образец поведения императивно выражен словами: собственник

имеет исключительное *право* на рыбную ловлю. С этой нормой связаны другие нормы, которые определяют, что должно быть сделано, если первая норма будет нарушена: нарушитель будет наказан и с него будут взысканы убытки.

Или закон гласит, что рабочий имеет право на компенсацию работодателем ущерба от производственной травмы. Здесь обозначен образец поведения для работодателя: выплатить определенную сумму рабочему, если он пострадал от производственной травмы и потребовал компенсации. А образец поведения императивно установлен словами о том, что рабочий имеет право на эту компенсацию. Здесь норма также, без сомнения, связана с другими нормами, регулирующими действия, которые должны быть предприняты, если компенсацию не выплатят добровольно.

Таким образом показано, как можно устанавливать образцы поведения при помощи провозглашения прав, несмотря на тот факт, что не существует власти, конституирующая право. Но другая функция права должна быть также отмечена в связи с этим.

Это то, что представления о праве используются как средства порождения или уничтожения чувств. Помимо всего остального, идея обладания правом на спорную вещь позволяет придать смелость собственнику и сломить силу воли другой стороны. Это происходит в случае любой войны. То же самое верно и по отношению к классовой борьбе. Эксплуатируемый класс выносит в качестве своих лозунгов *право* на свободу, на вознаграждение каждого за труд или что-нибудь в этом роде. Привилегированный класс с таким же неистовством утверждает неприкосновенность права собственности, возможно, священные права монарха, с которым он связан и т. п. Утверждения такого рода оказывают известное воздействие на население. Они помогают сплотить ряды каждой партии и стимулируют ее уверенность. С другой стороны эти утверждения достигают рядов противоположной стороны и часто способствуют подрыву их веры в собственное дело, например, когда члены класса собственников в душе приходят к осознанию права пролетариев на равенство.

Таким образом, выполнение данной функции стимулирования или подавления не требует представлений, соответствующих реальности. Простой возглас «ура!» может служить поднятию духа атакующих сил. Необходима не правдивая картина реального мира, а стимулятор чувств действенности и смелости или что-либо, имеющее подавляющий эффект.

### *Понятие фиктивной власти в том виде, в каком оно заложено в праве*

Когда мы ясно осознаем фиктивную природу власти, называемой правом, легко понять, как правовой титул (установленный силой закона) может быть представлен в воображении с целью конституировать право. Если бы право отождествлялось с действительной властью, нельзя было бы безошибочно утверждать, что оно устанавливается или возникает во всех случаях, когда имеет место обозначенное в законе событие. Можно только сказать, что если бы закон добросовестно применялся судьями и т. п., то возникали бы определенные последствия. Таких «если» множество, включая экономическое положение обладателя формального права, способностей его адвоката и т. д. Ситуация в корне меняется, когда право рассматривают как фиктивную силу. Тогда ничего не удерживает людей от мыслей о том, что право способно с абсолютной точностью определить процесс своего возникновения, поскольку право существует только в воображении. Без сомнения, то же самое верно и по отношению к передаче, изменению и прекращению прав.

Таким образом, объясняется весь юридический язык в целом. Он постоянно ссылается на воображаемую власть и ее оборотную сторону – воображаемые оковы, называемые обязанностями. В воображении они абсолютным образом определены нормами права. Право налицо, когда те или иные факты имеют место. Оно погашается, когда те или иные факты исчезают.

Фиктивная власть с легкостью приписывается детям и душевнобольным. Поскольку она фиктивна, она никак не противоречит тому факту, что дети и душевнобольные абсолютно неспособны иметь или использовать власть. Юриспруден-

денция приложила огромные усилия для объяснения этого вопроса. Казалось необходимым согласовать идею принадлежности им власти и их действительного положения в жизни. Однако такое затруднение неуместно. Нет никакого смысла пытаться научно доказать, что ребенок может обладать фиктивной властью!

Права также часто приписываются фиктивным образованиям, так называемым юридическим лицам. Говорят, что компании, муниципалитеты и другие организации имеют собственный статус юридического лица. Смысл в том, что «в глазах закона» существует отдельное лицо (не отождествляемое с членами), к которому относятся права организации и на которое возложены ее обязанности.

Множественность теорий, возникающих в юриспруденции при попытках объяснить сущность этих «юридических лиц», поразительна. Все они вызваны верой в реальность прав и обязанностей. С момента осознания того, что права и обязанности – это воображаемая власть и воображаемые оковы, вся схоластика может быть отставлена в сторону. Если власть или оковы фиктивны, они, без сомнения, могут приписываться фиктивному лицу так же, как и реальному. Именно это происходит в юриспруденции.

Таким же образом и объект права может быть воображаемым. Таков, например, случай с патентом. Нет ничего такого, что можно было бы собственно квалифицировать как объект права патентообладателя. Изобретение само по себе – это лишь демонстрация того, что законы природы могут использоваться определенным образом, например, при создании аппарата нового образца. Было бы бессмысленным определять как объект власти законы природы или представления о том, каким образом их можно применять. Точно так же не может власть иметь своим объектом созданную вещь. Эта вещь образует объект права собственности, но не патентного права. Нет, объект патентного права заключается в действиях по созданию для продажи образцов изобретенной вещи (формальная техническая сторона дела может быть здесь опущена). Действия такого рода относятся к будущему. Они только воображаются в качестве объекта патентного права. Фактически, право – это воображаемая власть исключительного выполнения этих вооб-

ражаемых действий. Если кто-нибудь производит такие действия без должного разрешения владельца патента, право считают нарушенным.

Многие читатели, без сомнения, будут склонны осмеять утверждение о том, что объект патентного права, приносящего огромные доходы, существует только в воображении. Было бы мудрее, однако, не путать между собой различные вещи. Доходы, конечно, принадлежат реальности и приносят большую пользу патентообладателю. Но доходы, очевидно, - это не то же самое, что право. Не зависят они и от того, является ли право и его объект реальными. Они зависят от функционирования правового механизма в соответствии с патентным законодательством. Действительно, говорят, что право регулируется законом. Но от этого право не становится реальностью, так же, как и его объект. Эти представления используются в законе просто для того, чтобы обозначить образцы поведения для судей или других лиц. Для патентообладателя важно только то, что человека, предпринимающего воображаемые действия по созданию защищенной патентом модели, наказывают или принуждают к возмещению ущерба.

Дело в том, что очень часто имеют место случаи, когда объектом права является нечто только воображаемое. Возьмите, например, случай иска с требованием выплаты 100 фунтов. Объект этого права, или воображаемой власти, - не та или иная банкнота. Это воображаемое действие лица, называемого должником, заключающееся в будущей выплате 100 фунтов. Право – это воображаемая власть потребовать (предполагается, что такое требование будет обладать абсолютным эффектом) выполнения этого воображаемого действия. Если в реальной жизни должник не действует в соответствии с этим требованием, может наступить ряд неблагоприятных для него последствий. Именно это важно для кредитора. В конце концов, применение санкций приводит к тому, что большинство долгов выплачивается добровольно. В отдельных случаях в распоряжение кредитора предоставляется правовой механизм для принудительной выплаты причитающегося ему из имущества должника. Для достижения этой цели неважно, является ли право и его объект реальными. Важно лишь нормальное функционирование правового механизма.

*Понятие права в технике закона, данное со специальным обращением к природе судебных решений в гражданских делах*

С целью более полно объяснить технику мы можем продолжить исследование отношений между должником и кредитором в случае займа. Когда имеет место заём, закон гласит, что обязанность должника – вернуть деньги в оговоренный срок, а у кредитора есть соответствующее право требовать уплаты долга. Непосредственное значение этого таково: должник будет связан невидимыми оковами, кредитор будет иметь воображаемую власть требовать выполнения воображаемого действия по уплате. Императивно устанавливается, что обязанность и соответствующее право создаются в соответствии с договором. Предполагается, что закон действительно имеет власть, вызывающую возникновение права и обязанности. С точки зрения действительной реальности, установление закона абсурдно. Воображаемые оковы или власть не могут создаваться никакими средствами, даже законом. Но было бы ошибочным применять критерий истинности к закону, так как его цель – не описывать реальность, а направлять действия людей. Для этой цели установления абсолютно функциональны.

В первую очередь, закон говорит кредитору, что он должен делать в связи с займом. Желаемое поведение, прямо предписанное и официально провозглашенное его обязанностью, - заявление, эквивалентное применению императивного выражения. Таким образом, психологическое давление используется для воздействия на должника.

Более того, императивное установление прав и обязанностей кредитора и должника направлено на то, чтобы давать судье руководство в случае спора. Здесь, однако, желаемое действие прямо не предписывается. Гражданское право непосредственно связано с поведением частных лиц самих по себе. Но это не исключает того, что закон в то же время может руководить и судьей тоже. Связь между гражданским правом и действиями судьи обеспечена юридической техникой и процессуальным правом. Судья обучен интерпретировать положения граж-

данского права решающим образом. То есть при некоторых обстоятельствах, определенных процессуальным законом, судья обязан выносить решения, провозглашающие обязанность должника уплатить деньги в данном случае.

В то время как процессуальное право содержит образцы поведения, необходимые для судебной процедуры, гражданское право дает судье образец судебного решения. Чтобы вынести и сформулировать судебное решение, ему необходимо копировать гражданское право. В этой отрасли права и обязанности установлены наиболее общим образом. Судья устанавливает те же права и обязанности применительно к сторонам спора. Судебное решение поэтому - повторение закона, адаптированное к индивидуальному случаю.<sup>11</sup>

Этот взгляд на природу судебного решения не общепризнан в юриспруденции. Юристы, в общем, полагают, что судебное решение связано с реально существующими правами и обязанностями. Это очевидное следствие базисного положения о том, что права и обязанности – это объективная реальность. Сделанная в судебном решении констатация о правах и обязанностях сторон последовательно интерпретируется как судебное решение об этих правах и обязанностях. Однако так как они представляют собой воображаемые образования, нет ничего такого, к чему рассматриваемое судебное решение (логически) могло быть отнесено. Оно относилось бы к несуществующим оковам и власти и поэтому повисло бы в воздухе. По этим и многим другим причинам абсурдно приписывать судье функцию определения действительно существующих прав и обязанностей. Его настоящая функция – не описание действительности, а направление действий людей. В этом отношении он находится в том же положении, что и законодатель. Поэтому он пользуется той же техникой: выдвигает императивные установления о правах и обязанностях. Судебное решение можно определить как закон для частного случая, смоделированный по образцу общего закона.

Это определение распространяется только на случаи, когда иск содержит достаточные основания для вынесения судебного решения в пользу истца.<sup>12</sup> В этой ситуации решение лишь обыгрывает положения гражданского права. Если иск отклонен, например, из-за недоказанности некоторых относящихся к делу

фактов, решение основано на процессуальном праве. В общем, процессуальное право предписывает судье отклонить иск – окончательно или временно – когда не все необходимые условия, относящиеся к судебной процедуре, соблюдены, среди них и необходимая обоснованность относящихся к делу фактов, по которым истец несет бремя доказательства. Судебная процедура – это своеобразный фильтр для исков. Гражданское право позитивно применяется (то есть воспроизводится) только в случае тех исков, которые прошли через фильтр.

Когда иск окончательно отклоняется судом, судебное разбирательство завершается. Судебное решение навсегда лишает истца права принятия его иска любым другим судом. Согласно процессуальному праву, отрицательное судебное решение всегда будет причиной отклонения требований, базирующихся на том же основании (принцип *res iudicata*<sup>5</sup>). Но если судебное решение вынесено в пользу истца, правовой механизм продолжает работать. Теперь вместо судей на передний план выступают представители исполнительной власти.

На этой стадии мы тоже сталкиваемся с вопросом практического значения императивных установлений о правах и обязанностях. В миниатюрном законе, коим является судебное решение, концепции имеют те же функции, что и в общем законе. Судебное решение – это императивное постановление о воображаемой власти и воображаемых оковах. В данном случае они конкретны, они относятся к сторонам спора. Но значение судебного решения этим не ограничивается. Оно имеет целью руководить действиями людей так же, как в случае с законом. Лица, которых это касается, – это, главным образом, ответчик и представители исполнительной власти.

По отношению к ответчику судебное решение содержит обновленный императив, касающийся уплаты оговоренной суммы, теперь уже с включенными судебными издержками. Этот новый императив имеет большое значение для сторон. До судебного решения могут существовать разумные сомнения как по поводу толкования закона, так и по поводу фактов или возможности их доказать. Любое сомнение этого рода теперь устраняется. При обычных обстоятельствах дело не

---

<sup>5</sup> Рассмотренное дело (лат.) – Прим. науч.ред.

будет возобновлено. Было ли толкование закона судом корректно или нет, оценил ли суд факты верно или нет – это не изменит самого судебного решения.

Не имеет большого значения, регулирует ли судебное решение одновременно и применение силы по отношению к ответчику с целью возвращения долга. Судебное решение – приспособление общих норм к индивидуальному случаю и в этом отношении. Если должник не заплатит добровольно, часть его имущества будет конфискована по требованию кредитора и продана, а деньги возвращены кредитору. Смысл судебного решения в предписании этих действий.

Судебное решение прямо не описывает действий представителя исполнительной власти. Этот вопрос регулирует исполнительное право. Судебное решение определяет только, какая сумма должна быть удержана из имущества должника. Если оно касается суммы в 100 фунтов, для представителя исполнительной власти это означает санкционирование действий, соответствующих исполнительному праву, по передаче 100 фунтов без учета расходов. Его положение по отношению к судебному решению аналогично положению судьи по отношению к гражданскому праву. Он должен, согласно юридической технике, интерпретировать установление о правах и обязанностях как определяющее действия с его стороны. Только действия различны. Тогда как судья должен установить новую норму, специально адаптированную для данного дела на основе общих норм, представитель исполнительной власти должен произвести действительную передачу имущества.

Таким образом, техника закона и сходная с ней техника судов легко могут быть объяснены. Императивные установления о правах и обязанностях – это формальные установления, направленные на создание воображаемых оков и власти в идеальном мире, «мире права». Однако они имеют свою практическую значимость, так как одновременно являются правилами поведения для частных лиц, судов и представителей исполнительной власти.<sup>13</sup>

Суть техники в том, что воображаемые права и обязанности располагаются между относящимися к делу фактами (например, дача займа) и действиями судьи. Законодатель добивается того, чтобы определенное действие со стороны судьи, то

есть определенное судебное решение, следовало за фактами (когда иск был законно предъявлен и достаточно обоснован). Но закон прямо не говорит этого. Вместо этого говорится, что факты дают жизнь правам и обязанностям. Далее предполагается, что судья определит, действительно ли существуют права и обязанности в конкретном случае. Единственное, что ему остается сделать, если иск достаточно обоснован, - это повторить относящиеся к делу нормы гражданского права, таким образом установив образец поведения для ответчика и санкционировав действия представителя исполнительной власти.

Взаимное уравнивание прав и обязанностей необходимо для развития техники закона. Основная причина этого в том, что множество различных фактов согласно закону вызывает одно и то же действие судьи. Такое действие, поэтому, можно определить одинаково, хотя факты, стоящие за ними, могут быть различными. Требование уплаты 100 фунтов, например, может иметь своим основанием заём, продажу, гражданское правонарушение или что-либо еще. Действие судьи, тем не менее, будет одним и тем же, и его определяют одними и теми же средствами: при помощи идеи права и соответствующей обязанности, вытекающей из фактов в отношении данного случая.

То же самое иллюстрируют нормы в отношении собственности. По закону, право собственности, то есть воображаемая власть над вещью, приобретается очень многими путями, например, посредством продажи, наследования, дарения и т. д. Право собственности порождает множество юридических последствий, которые в этих нормах связаны с идеей существования собственника вещи. Нормы о наказании за кражу, нормы о продаже имущества, об ипотеке и многие другие относятся именно к этой ситуации. В каждом случае действия судьи определены законодателями и предполагают существование группы фактов, среди которых и те, которые устанавливают «титульное право», то есть порождают право собственности.

Легко представить путаницу, которая возникла бы при игнорировании понятия собственности. Тогда нормы о краже, продаже и т. п. пришлось бы относить непосредственно к фактам, устанавливающим титульные права разного рода.

Одни и те же факты попадали бы под действие очень многих норм, делающих всю систему чрезвычайно громоздкой. Теоретически возможно создать законы на этой основе, но предложение поступить таким образом будет непрактичным. Включение идеи собственности позволяет добиться значительного упрощения. Вместо непосредственной ссылки на огромное количество фактов, имеющих одинаковое значение в отношении кражи и других преступлений, уголовное право относится только к праву собственности. Но эта идея, в свою очередь, указывает на факты. Скажем так, она используется как связующее звено, как нечто вроде телефонного коммутатора, между фактами и действиями судьи.

### *Связь между воображаемыми представлениями в праве и в магии*

Хотя понятия могут быть полезны в законодательной технике, не следует в то же время полагать, что они создаются специально для этой цели. Напротив, они унаследованы из далекого прошлого и только медленно развиваются. Они воспринимаются каждым новым поколением как часть общей массы независимых идей безотносительно к их научной значимости.

Здесь не будет предприниматься попытка объяснить, откуда проистекают фиктивные понятия в праве. Я только хочу отметить, что профессор Хэгерстрём увидел начало их развития в магии. В его выдающемся труде о римском понятии обязательства он показал, что *obligatio*<sup>6</sup> было мистическим ограничением, *iuris vinculum*<sup>7</sup>, от которого должник мог освободить себя посредством уплаты определенной суммы. Ограничение состояло в сверхъестественной власти кредитора над должником и брало начало в действиях или словах, имеющих магическое значение. Если должник не освобождал себя посредством уплаты, власть кредитора можно было трансформировать при помощи надлежащих процедур в действительную власть над телом должника. Право собственности было сверхъестественной властью над вещью. Древние формальные сделки, такие как, например, ман-

---

<sup>6</sup> Обязательство (лат.) – Прим. науч.ред.

<sup>7</sup> Правовые узы (лат.) – Прим. науч.ред.

ципация или стипуляция, явно имеющие магическую природу, были направлены на создание или перенесение сверхъестественной власти. Юриспруденция, начало которой положили священники, главным образом, была наукой об этой власти.

Конечно, магия была наиболее явной в древнем праве.<sup>14</sup> Позже значение формализма уменьшилось, и первоначальный образ мыслей был отчасти затуманен. Влияние греческой философии привнесло этический элемент, который был абсолютно неизвестен древней юриспруденции. Однако его эффект был чисто внешним. В основе классической юриспруденции первых веков нашей эры остались старые концепции и методы. Но высказывания о юриспруденции как об «искусстве добра и справедливости» в основном определили взгляд современных толкователей римского права.

Хэгерстрёмом представлены исчерпывающие доказательства в поддержку его объяснения римского права. У меня нет сомнений, что такого же рода объяснение должно быть дано первобытному праву в целом. Магические понятия сильно отличаются в разные времена и у разных народов. Но, вероятно, опосредованность образа мыслей магией - общая черта первобытного права.

Этим я не хочу сказать, что боязнь неизбежных сверхъестественных санкций была единственным, или даже главным элементом, подчинявшим первобытному праву. Профессор Малиновский в своей работе «Преступление и обычай в первобытном обществе» (1926) показал, что у жителей Тробрианских островов была иная ситуация. Очень вероятно, что это относится и к первобытному праву в целом. В этих вопросах следует опасаться чрезмерного упрощения. В первобытном обществе, так же, как и в современном, силы, подчиняющиеся закону, многочисленны и запутанны. Я только хочу предположить, что такие правовые понятия, как право собственности, имеют магическую природу. Это было определено доказано, насколько мне известно, только в отношении римского права. Однако доказательства, касающиеся первобытного права в целом, по-видимому, указывают в том же направлении.

Было бы ошибкой отождествлять современные понятия с понятиями первобытного общества. Конечно, они сильно отличаются. Покупка пачки сигарет се-

годня не сопровождается такого же рода верованиями, которые сопровождали церемонию манципации раба в Древнем Риме. Но сходство, вероятно, больше, чем обычно предполагается. Цепь развития никогда не прерывалась. Мы не можем сказать: здесь кончается магия и начинается полностью рациональный образ мыслей. Современный образ мыслей в вопросах права далек от полностью рационального. Мы действительно используем понятия прав, обязанностей и т. д., не сознавая того факта, что эти представления воображаемые.

Возможно, мы подошли бы наиболее близко к истине, если бы сказали, что оставили внешнюю магическую структуру по мере того, как постепенно исчезла специфическая вера в сверхъестественные силы. Мы говорим о том, что права и обязанности порождены договорами или другими актами, подразумевая, что таким образом созданы воображаемая власть и воображаемые оковы. Но мы не верим, насколько я понимаю, в то, что нечто сверхъестественное действительно происходит. Не следует, однако, забывать, что современный образ мыслей непоследователен. Многие его варианты должны быть приняты во внимание. При короновании английского короля используется примитивная магия, которой верят определенным образом, хотя бы и наполовину искренно. С другой стороны, кто стал бы говорить о магии при списании двумя банками серий взаимных требований? Между этими двумя крайностями существует множество различных полутонов. Этот вопрос, однако, требует особого исследования. Для целей данной работы достаточно отметить тот факт, что мы используем воображаемые понятия в праве, и объяснить, как мы используем их.

### *Почему игнорируют воображаемую природу права?*

Можно задать вопрос, как нам удастся так и в такой степени использовать воображаемые понятия, не сознавая того, что они воображаемые. Объяснение найти не трудно. В первую очередь, мы можем отметить важность привычного образа мыслей, который передавался от одного поколения к другому с древнейших времен. Хорошо известно, насколько сильно может укорениться такое при-

вычное мышление. Нам остается только обратиться к религиозной сфере для сравнения. Способность мышления игнорировать или вообще не допускать критики часто изумляют. Здесь оно к тому же подкрепляется включением в законодательную технику. По этой причине оно становится особенно косным. Мы не можем говорить о простейших юридических вопросах, не используя понятия прав и обязанностей. Не удивительно, что права и обязанности без всякого сомнения воспринимаются как реально существующие, даже если никто не может их потрогать.

Во-вторых, интерес сфокусирован на практических последствиях, которые полагаются производными от прав, но не на самих правах. На практике никто не заботится о том, чтобы выяснить, соответствуют ли наши правовые представления реальности. Имеет значение только безопасность правообладателя и его возможность привести правовой механизм в действие. Эти преимущества высоко ценят, так как они формируют основу для индивидуального благополучия, власти и богатства. Вместе с тем, действительные преимущества, вытекающие из закона, представляют собой нечто отличное от прав самих по себе. Но так как они ошибочно считаются зависящими от прав, права ценятся так же высоко, как сами данные преимущества.

Между идеями и объективной реальностью не делается никакого настоящего разграничения. Твердо верят, что действительный мир вещей тесно связан с существованием прав. Идея о том, что права существуют только в воображении, никогда не посещает людей. По-видимому, само существование правового механизма невозможно представить без прав. Никому не приходит в голову, что социальный порядок, создающий ту же безопасность, можно было установить, даже если никто не имел бы ни малейшего представления о воображаемой власти, о правах.<sup>15</sup>

Спутать идеи и социальный порядок тем более легко, что воображаемое право, в общем, сопряжено с особой безопасностью и действительной возможностью привести правовой механизм в действие в случае правонарушений. Лицо, наделенное правом по закону, имеет особое положение в этих отношениях, в от-

личие от остальных людей. Кажется, что действительные преимущества неотрывно следуют за правами.

Так привычный образ мыслей подкрепляется видимой причастностью к фактам. Но факты неверно истолковываются. Преимущественное положение правообладателя (которое он в некоторых случаях делит с людьми, не имеющими никаких прав по закону) в действительности не является юридическим следствием. Право, будучи воображаемым, не может производить никакого эффекта в реальном мире. В каждом случае преимущества зависят от работы правового механизма. Именно он поддерживает реальную безопасность и предоставляет возможность обладания силой, используемой для защиты чьих-либо интересов. Понятие права как психологического факта определенно имеет значение в связи с правовым механизмом. Оно служит обеспечению мирных условий общественной жизни и поддерживает правовой механизм. Но это не адекватно положению о том, что само право является причиной или основой этих преимуществ.

Понятия прав и обязанностей также широко используются без всякой связи с правовым механизмом. Это происходит, например, в случае с международными отношениями. Народы признают по отношению друг к другу священные права на самоопределение, равенство, компенсацию за несправедливость и т. д. Здесь права не могут быть связанными с правовым механизмом, так как такового не существует на международной арене. Внутри государства тоже часто признаются священные права, существующие без поддержки правового механизма и даже вразрез с действительно соблюдаемыми нормами – например, при классовой борьбе.

В юридической доктрине права такого рода часто называют «естественными правами» и доказывают, что это не реальные права, а выражение желаний и интересов. Однако это некорректный способ установления отличия. Упускается из виду то, что даже так называемые «позитивные права» не являются реальными. Оба вида прав являются воображаемыми полномочиями. Отличие только в том, что «позитивные права», в общем, имеют результатом действительную безопасность, а действительную власть как следствие действия правового механизма. Это сопутствующее явление заставляет даже юриспруденцию поверить в то, что пози-

тивные права реальны, и поэтому естественные права отдельно изображаются как нереальные.

Часто полагают, что естественные права так же реальны, как и позитивные. Чтобы объяснить это, мы можем опять обратиться к укоренившемуся привычному образу мыслей. Более того, важна и эмоциональная значимость понятий. Идея существования власти высшего рода дает чувство силы. Смутно верят, что рано или поздно невидимая власть трансформируется в действительную власть. Эта неизбежная идея воплощена в идее права. Поэтому человек, уверенный в наличии поддерживающего его права, чувствует, что может положиться в борьбе не только на свои собственные силы. Имеет значение и другая сила – именно эта сила должна принести победу. В любой войне, в любой борьбе против угнетения этот образ мыслей имеет исключительное значение. Сторонников борьбы стимулирует чувство силы и вера в гарантированный успех, противники подвержены психологическому давлению, которое иногда может быть очень эффективным.

Когда право делают средством борьбы, не поощряется никакая критика истинности правовых притязаний, так как она рассматривается как подрывающая силу борьбы. Генерал с тем же успехом мог бы поддержать конфискацию своего оружия! Действительно, противники могут склоняться к критике. Но их критика не направлена против идеи права как таковой. Они только утверждают, что их право истинно. Для нейтрального зрителя, желающего только разобраться в происходящем, нет места ни в том, ни в другом лагере.

Наконец, важно проследить, насколько сильно идея права ассоциирована со словом. Геометрическая фигура, например, треугольник или квадрат, может быть адекватно описана без непосредственного использования слов «треугольник» или «квадрат». Смысл будет абсолютно таким же при условии, что описание точно. Иное дело в случае с таким понятием, как право. Мы верим, что это слово обозначает нечто объективно реальное. Эта вера, как мы убедились, иллюзорна. То, о чем мы думаем, – это, в первую очередь, только слово. Воображаемая реальность даже ясно не воспринимается. Поэтому картина меняется, когда это слово отбрасывается и заменяется другими словами.

Из способа использования слова «право» явно видно, что оно обозначает власть. Наличие права представляется как возможность делать что-либо или требовать что-либо. Но эту власть невозможно захватить, и ее природа, очевидно, не может быть описана адекватно без использования слова «право». Что-то теряется, когда мы используем другие слова. Мы в точности не осознаем право, когда оно называется не правом, а чем-нибудь другим. Поэтому это слово получает особую значимость. Оно отождествляется или даже занимает место той вещи, которую право, как предполагается, обозначает.

Психологическая ситуация помогает предотвратить критику. Поскольку идея права так связана с соответствующим словом, то требуются специальные усилия, чтобы отделить идею от слова и рассмотреть ее критически. Такое разделение необходимо, если нужно осознать смысл идеи. Но отделение вообще трудно достижимо именно потому, что право не осознается как право, когда описывается другими словами. По той же причине критическое исследование понятия права часто отвергается как неубедительное. Говорят, что определять воображаемое право как идеал или сверхъестественную власть не имеет смысла. Полагают, что это не то, что мы подразумеваем под правом. Даже ясного описания фактов часто недостаточно для преодоления психологического барьера при отделении идеи от слова.

#### IV. Право и сила

Теперь обратимся к проблеме права и силы. Читатель вскоре придет к заключению, что если право не обязывает в традиционном смысле, что если это только вопрос психологического воздействия некоторых независимых императивов, что если в действительности нет никаких прав и обязанностей, тогда то, что мы называем правом, по существу, должно быть организованной силой. Фактически это так. Такое заключение неизбежно, если мы придерживаемся фактов.

Но было бы ошибкой удовлетвориться этой общей фразой. Положения такого рода случайно попадают в юридической и социологической литературе. Но такие положения не имеют большого значения, если проблема не исследуется более широко. Я приложу усилия в данном направлении, хотя могу сделать только общие наброски, и это только фрагментарный путь. Начать удобней, обратив внимание на действительное применение силы внутри государственной структуры.

### *Действительное применение силы в государственной структуре*

В любом обществе сила последовательно применяется служащими государства, в частности, в трех формах: полицейские меры против нарушений, применение наказаний и исполнение судебных решений по гражданским делам. Во всех трех случаях физическое насилие или принуждение – конечное средство. Они используются не только при необходимости разогнать опасные толпы и для поддержания мира в целом. Это также неотъемлемый инструмент регулярного применения уголовного и гражданского права. В уголовном праве действительное насилие над личностью преступника используется в форме смертной казни и тюремного заключения. Даже в гражданском праве физическое насилие иногда применяется к личности, как, например, при изгнании владельца из дома посредством силы и в случае заключения в тюрьму за долги. В общем, в гражданских делах нет необходимости в насилии против личности. Тем не менее, нельзя забывать, что физическая сила является базой исполнения и в этих случаях тоже. Так, имущество должника конфискуется силой, если он не передает его мирным путем, когда оно требуется для уплаты долга. К физической силе прибегают при необходимости и в административном праве. Поэтому все его нормы, в крайнем случае, исполняются посредством физической силы или насилия.

Действительное насилие, однако, остается в основном на заднем плане. Причина этого в спокойном и в основном беспрепятственном функционировании правового механизма. В этом отношении многие современные государства доби-

лись успеха в степени, которая, как зеркало, отражает природу человека. При благоприятных условиях использование насилия настолько редко, что оно проходит практически незамеченным.

Такое положение вещей способно породить веру в то, что насилие чуждо праву или имеет второстепенную значимость. Это, однако, роковая иллюзия. Единственное существенное условие сокращения использования насилия до такой степени состоит в предоставлении организованной силы, превосходящей силу любых возможных противников. Это, в общем, относится к любому государству, организованному по современному образцу. Поэтому известно, что сопротивление бесполезно. Действительно, невелико число тех, кто привлечен к применению силы в обычных уголовных и гражданских делах. Но они тщательно организованы и в каждом отдельном случае имеют дело только с одним или несколькими индивидами. Военная сила может быть применена против любого значительного и опасного объединения субъектов. Эти силы исполняют роль «флота поддержки», который изредка используется в открытых битвах, но никогда не господствует на море.

В последующем я предпочитаю использовать термин «сила» как включающий и действительное насилие, и воздействие, оказываемое концентрацией превосходящих сил, которые при необходимости могут обратиться действительным физическим насилием. Проблема состоит в определении той роли, которую понимаемая таким образом сила играет в праве.

### *Противопоставление «право-сила»*

Согласно старому и хорошо известному образу мыслей, право и сила соотносятся как противоположные друг другу вещи. Сила, как таковая, ставится в противовес праву. С точки зрения широкого использования силы под именем права в государственной структуре, это противопоставление явно ошибочно. Право, применяемое в жизни, включает в себя определенного рода силу. Взломщик и

убийца используют силу при совершении преступлений. Но невозможно отрицать и то, что сила также используется против них при применении наказания.

Это ошибочное противопоставление основано на метафизическом понятии права. Это понятие о праве как о том, что обладает сверхъестественной властью – властью ограничивать в смысле вменения обязанностей. Эта сверхъестественная власть противопоставляется силе, или действительной власти.

Как только осознают, что право не представляет собой ничего, кроме совокупности социальных фактов, все отличия растворяются в воздухе. Право включает в себя силу. Лучше сказать, что в любом государстве есть организованная доминирующая сила, действующая в соответствии с нормами, называемыми правом. Средствами этой организации другие силы держатся под контролем. Организованная сила права, конечно, видится в другом свете, нежели сила внеправового характера. Ее, в общем, поддерживает общественное мнение и окружает традиционное почтение, так как она является необходимым элементом организации, на которой основано наше благополучие и даже наше существование. Но это не меняет его сущностной объективной природы.

Действительно, более или менее неосознанная общая тенденция состоит в том, что организованной силе права позволяют выглядеть как нечто, отличающееся от обыкновенной силы. Ее действительный характер в большей части скрывают, и это достигается при помощи метафизических идей и выражений. Прямо не говорят, например, что функцией судов является управление использованием силы, вместо этого, говорится, что их функция – «отправление правосудия» или установление «прав» и «обязанностей». В действительности, это одно и то же. Установления судов, касающиеся прав и обязанностей, - это императивные установления, при помощи которых направляется применение силы публичными служащими. Но этот факт маскируется или ставится на задний план, поскольку судебное решение ошибочно интерпретируется как логический вывод о правах и обязанностях.

Научно исследуя право, мы должны внимательно ориентироваться в различных элементах реальной ситуации. С одной стороны, мы имеем организован-

ную силу и формальные нормы, в соответствии с которыми она используется. С другой стороны, мы имеем отражение такого применения силы в человеческих мыслях и традиционные идеи, касающиеся ее природы. Ошибка, которую необходимо избегать, состоит в принятии традиционного взгляда в качестве отражения фактов, так как это приводит к смешению идей с объективной реальностью.

### *Обеспечивается ли право силой?*

Метафизическая концепция права также предполагается и в тех случаях, когда говорят, что право *обеспечивается* силой. Что еще может стоять за «правом» в этой связи, как не право в метафизическом смысле, включающее идеал или сверхъестественную власть? Было бы невозможным полагать, что независимые императивы сами по себе обеспечиваются силой, что те выражения и образцы вообразаемых ситуаций и действий, которые они содержат, обеспечиваются, например, полицейскими мерами.

С реалистической точки зрения, очевидно, что организованная сила обеспечивает именно фактическое положение вещей в обществе: мирные условия в целом, существующее распределение власти над землей, природными богатствами и т. д. Такое фактическое положение вещей – следствие применения силы в соответствии с правом. Без последовательного применения этой силы было бы невозможно поддерживать этот порядок. В этом смысле данный порядок обеспечивается силой. Но право не идентично фактическому положению вещей. Эта система норм, которая (согласно распространенному мнению) определяет, что должно существовать определенное фактическое положение вещей. Эта система норм рассматривается как обеспеченная неопределенной властью - властью, находящейся в обязывающей силе норм, властью создавать права и обязанности. Действительная сила поддерживает эту власть – именно это подразумевают, говоря, что право обеспечивается силой.

Та же идея содержится в обычных высказываниях о том, что права *защищены* силой. Выражение «право» не относится, конечно, к обычному положению

лица, которому приписывается право. Оно обозначает – здесь, как и всегда – воображаемую власть. Полагают, что некоторым неопределенным образом эта воображаемая власть защищена санкциями. Так как власть в нашем случае не существует реально, не считая воображение, то она не может быть гарантирована никакими средствами действительности. Как следствие регулярного применения силы в соответствии с правом, имеет место только благоприятное положение, которое обычно (хотя не всегда) создается для лица, которому право принадлежит по закону. Другими словами, единственный эффект действия правового механизма заключается в создании (в большинстве случаев) отражения воображаемой власти в объективной реальности. Но это нечто отличающееся от действительной защиты несуществующей власти, заключенной в праве. Поэтому мы встречаем неверное описание функции силы в высказывании о том, что она состоит в обеспечении защиты существующих прав.

#### *Различие между первичными и вторичными нормами*

На основе идеи об обеспечении права силой гражданское и уголовное право обычно делят на два вида норм различных уровней: первичные нормы, или материальное право, и вторичные нормы. Первичными нормами являются те, которые устанавливают права и обязанности граждан, провозглашая, например, что покупатель вещи получает право собственности на нее и что такие акты, как убийство, грабеж и т. д., совершать нельзя. Вторичные нормы связаны с санкциями, которые должны применяться, когда первичные нормы нарушаются. Они предписывают судье определить санкцию, а другим служащим – применить ее.

В некоторой степени это деление соответствует формулировке законов, относящихся к гражданским делам. Они, в общем, выражены как нормы о правах и обязанностях частных лиц. Вторичные нормы в большей части вообще не формулируются в законе. Он только предписывает, например, что собственность должна приобретаться таким-то и таким-то путем, и судье остается только вывести следствие из этого установления. Посредством правил толкования и юридической

техники в целом судье приходится экстраполировать норму с целью получить правило для собственных действий в случае, рассматриваемым перед ним («судейская» норма).

Уголовное право, напротив, формулируется, в общем, как нормы для действий судьи. В большинстве случаев оно только гласит: убийство, грабеж и другие действия должны быть наказаны тем или иным путем. Предполагается излишним специально говорить, что эти действия не должны совершаться. Так называемые первичные нормы в данной сфере конструируются юриспруденцией из норм для действий судьи.

Различные формулировки в этом отношении несущественны. Они созданы для удобства и под влиянием юридической традиции. Приведение таких формулировок в качестве аргумента как за, так и против теории разделения права на первичные и вторичные нормы было бы плохим доказательством. Интересен вопрос, основывается ли это деление на реальном различии или нет. Подтверждает ли структура системы права наши рассуждения о двух системах норм на различных уровнях?

Ответ должен быть отрицательным. Гражданское и уголовное право состоят из норм, которые в одно и то же время являются правилами поведения частных лиц и действий служащих. Законодатели имеют целью вызвать определенное поведение людей в целом. Но необходимым средством для достижения этой цели является создание норм о применении силы членами государственной организации.

При установлении прав и обязанностей граждан в гражданском праве речь идет не только в том, чтобы представить образец поведения перед глазами людей. Смысл заключается и в создании норм для вынесения судебного решения по гражданским делам. Но значение судебного решения, по сути, заключается в управлении применением силы. Оно также открывает дорогу правоприменительным мерам или оставляет такие меры вне данного дела. Поэтому гражданское право – это система норм для применения силы государственными служащими, и в то же

время – это правила поведения частных лиц. Очевидно, что это верно и в отношении уголовного права.

Совершенно естественно, что правила поведения частных лиц не формулируются как правила предосторожности, вроде: если вы хотите избежать той или этой санкции, вы должны делать так-то и так-то. Законодатели не хотят, чтобы люди соблюдали законы только из боязни санкций. Желательно создать и поддерживать чувство необходимости безусловного подчинения нормам. Поэтому используется императивная форма. Но этой форме нельзя позволять затемнять тот факт, что эти нормы – только обратная сторона норм о силе.

Иллюзия самостоятельного значения первичных норм, в конечном счете, базируется на вере в то, что они действительно и объективно устанавливают те идеальные права и обязанности, о которых говорят. Поэтому они рассматриваются как имеющие особое действие, которое не зависит от применения силы. Право существует – согласно распространенному мнению – только тогда, когда действительно существуют факты, дающие ему жизнь. Наличие таких фактов предшествует применению силы в его «защиту».

Это предполагаемое действие первичных норм иллюзорно, так как никаких прав и обязанностей не возникает на их основе. Единственное действие норм – это их влияние на мысли людей, затрагиваемых ими граждан и служащих, заставляющее их действовать определенным образом. Идеи прав и обязанностей используются в качестве средства описания желаемых действий, а также воздействуют на чувства людей. Только эти идеи реальны – воображаемая власть и оковы, называемые правами и обязанностями, не существуют объективно. Поэтому невозможно обосновать научное разграничение положением о том, что некоторые нормы, в отличие от остальных, действительно дают жизнь этой власти и оковам.

### *Право в основном состоит из норм о принуждении*

Таким образом, традиционные методы определения отношений между правом и силой должны быть отброшены. Невозможно установить, что право, с ре-

листической точки зрения, обеспечивается или защищается силой. Действительное положение дел таково, что право – система норм, объединенных правом – состоит, в основном, из норм о принуждении, норм, которые содержат образцы поведения для применения силы.

Нельзя забывать, конечно, что нормы в то же время содержат образцы поведения для частных лиц. Но эти образцы, или правила, представляют собой всего лишь другой аспект норм о силе, и эти нормы – решающий фактор. Гражданам приходится приспособлять к ним свое поведение. Нормы о «правах» и «обязанностях», которые не являются правилами применения верховной силы, приносят мало пользы в реальной жизни. Мне поэтому следовало бы назвать нормы о силе первичными нормами, а правила поведения для частных лиц – вторичными нормами, вместо принятия традиционной классификации норм в качестве первичных и вторичных. Однако это было бы не совсем точным. В реальности нормы гражданского и уголовного права в одно и то же время являются правилами поведения для частных лиц и применения силы служащими. Это всего лишь вопрос разных аспектов одних и тех же норм. Но мы имеем основания определить право как нормы о силе, так как все зависит от систематического ее применения.

Вне гражданского и уголовного права, в исполнительном праве, существует огромное количество норм, прямо не связанных с применением силы (например, нормы об образовании, здоровье, корреспонденции и т.п.). Иногда сила требуется даже в этой области, хотя, в целом, нормы применяются служащими другими путями. Но все эти нормы предполагают организованную силу, стоящую за ними, и то, что сила используется согласно нормам гражданского и уголовного права. Поэтому, какими важными бы они ни были в наше время, данные нормы должны рассматриваться как дополнение к той центральной системе норм, которая состоит из норм о силе. Можно добавить, что конституция состоит из норм, которые косвенно затрагивают применение силы, в ней регулируется создание норм гражданского и уголовного права. В той степени, в которой конституция регулирует распоряжения, отдаваемые армией и полицией, она прямо касается применения силы.

### *Необходимость организованной силы.*

Без сомнения, социальная жизнь должна быть основана на праве. Но не на праве в метафизическом смысле – воображаемом праве, которое стоит над фактами с их «обязывающей силой». Нет, наша социальная жизнь основана на действительном праве – на праве, принятом как факт. Здесь право – это термин, взятый в широчайшем смысле, включающий организованную силу, которая применяется согласно нормам, называемыми правом в ограниченном смысле.

Эта организованная сила – действительное основание нашего общества, пока она существует. Она совершенно необходима для этой цели. Мы не можем представить общество – по крайней мере, в современных условиях – которое не основано на организованной силе. Без такой силы в обществе не могло бы быть реальной безопасности, даже в отношении жизни и физической целостности. Скрытые запасы ненависти, жажда мести и безграничный эгоизм прорвались бы разрушительным путем, если бы не держались под контролем при помощи давления силы, несоизмеримо большей, чем силы любого отдельного индивида или любого частного объединения. Людей необходимо усмирять, чтобы они спокойно жили вместе. Но усмирение в таком огромном масштабе, который требуется для общества, предполагает непобедимую силу.

Распределение собственности также не может проходить без помощи силы. Не нужно долго смотреть на отчаянную погоню за наживой, благосостоянием или борьбу за выживание для того, чтобы оценить необходимость силы для установления границ между своим и чужим. Существующий экономический порядок был бы неизбежно разрушен незаконным грабежом, если бы он не охранялся силой. Действительная власть, принадлежащая собственникам земли, кредиторам, директорам компаний, акционерам и т. д., зависит от применения верховной силы в соответствии с законом. Их власть существует вследствие нормального функционирования правового механизма в целом. Она была бы уничтожена, если бы этот механизм перестал работать.

Но сила для поддержания отношений собственности требуется не только в капиталистическом обществе. Даже если бы вся собственность «стала государственной», то есть попала бы под прямой контроль служащих, организованная сила все равно была бы необходима. Государственные служащие, конечно, не были бы в состоянии сохранять контроль, если бы он не подкреплялся верховной силой.

Иллюзией является также и идея о том, что равенство в распределении собственности сделало бы силу ненужной. Предположим, что разумное определение равенства было бы сформулировано, и распределение собственности действительно соответствовало бы этой модели, - сила бы все равно потребовалась. Это можно подтвердить с абсолютной уверенностью, не прибегая к экспериментам, только основываясь на психологии. Нет причин полагать, что люди приняли бы такое распределение с удовлетворением, имей они выбор, то есть если бы они не были лишены верховной властью возможности изменить порядок распределения. Желание владеть большим богатством и властью, чем другие, не выкинешь из головы людей. Фактически, было бы труднее поддерживать равное распределение собственности, чем неравное, так как это предполагало бы невиданное до сих пор ослабление эгоизма более сильных, более предприимчивых и бесстрашных членов общества.

В действительности, у нас нет необходимости что-то воображать с целью получить представление о действии «права», которое, по сути, не является системой норм о применении силы. Международная сфера обеспечивает нас картиной такого положения вещей. Так называемое международное право – право такого рода. Нормы, которые объявляются писателями и политиками «обязывающими» государства в их отношениях между собой, устанавливают их права и обязанности. Но эти нормы не соответствуют каким-либо нормам о применении силы со стороны «сверхгосударства» или международной организации. Поэтому они имеют сходство только с одной стороной гражданского права, то есть с теми нормами, которые связаны с поведением людей. Но в них отсутствует другой аспект права, на котором основана его эффективность, - нормы о силе, которая должна применяться государственными служащими.

Здесь будет излишним останавливаться на следствиях, которые вытекают из отсутствия общей организации силы в международном праве. Постоянная гонка вооружений, нескончаемые войны и скрытая угроза войны даже во времена формального мира – очевидные показатели того, насколько действительно значима такая сила. Последствия уничтожения организованной силы внутри государства должны быть аналогичными, хотя еще более разрушительными. Сейчас мы имеем, по крайней мере, внутренний мир и безопасность на территории различных государств, что обеспечивается их организационными структурами. Если их разрушить, возникнет множество непримиримых группировок, и вследствие этого будет невозможно поддерживать экономическую организацию, которая необходима для удовлетворения нужд нашего избыточного населения. Фактически, можно только смутно представить себе, что последует за окончательным уничтожением организованной силы государства. У нас вряд ли когда-нибудь появится возможность наблюдать это в реальной жизни. Положение дел никогда не заходит столь далеко, поскольку нужда в организации, которая только и может сохранить мир и безопасность, слишком сильна.

Таким образом, абсолютная потребность нашего общества в организованной силе не оставляет сомнений. Но как эта сила оказывает влияние на общественную жизнь, какими методами, через какие каналы контролирует она наши действия? Некоторые основные факты, касающиеся этого вечно запутанного вопроса, будут обсуждаться ниже. Центральная проблема заключается в отношениях между систематическим применением силы и господствующими моральными нормами. Сначала все же необходимо обратить внимание на то, что основные результаты применения силы заключаются не в прямых, а в косвенных следствиях.

### *Влияние силы – преимущественно косвенное*

Непосредственный эффект применения силы состоит только в том, что определенное число людей, заключенных в тюрьму или наказанных иным образом, или тех, у кого конфисковано имущество, ранее находившееся под их действи-

тельным контролем, заставляют терпеть эти лишения. Более того, санкции приводят к удовлетворению других лиц, утоляя их жажду мести или обеспечивая им выплату долгов и выполнение других требований. Эти следствия, конечно, важны для тех, кого они касаются. Но полагать, что социальная значимость организованной силы исчерпывается этими непосредственными результатами, - большая ошибка. Принять эту точку зрения - значит перевернуть все с ног на голову. Постоянное применение силы имеет следствия, идущие намного дальше тех, которые ощущают на себе лица, затрагиваемые непосредственно.

Если социальное значение организованной силы воспринимать как состоящее только в эффекте санкций в ряде отдельных случаев, нужно предположить, что существование силы не оказывает влияния на поведение людей в целом. Это делало бы само собой разумеющимся то, что люди мирно сосуществуют и соблюдают законы из побуждений, не связанных с применением силы. Поэтому верят, что санкции требуются только потому, что в отдельных случаях имеет место противоправное поведение, а цель санкций представляется как «восстановление справедливости» или «заглаживание обид» в этих индивидуальных случаях. Это огромное заблуждение. Чтобы оценить социальное значение организованной силы, мы должны смотреть дальше индивидуальных санкций, смотреть на их общее воздействие на социум в целом – на поведение всех членов общества.

Непосредственный эффект санкций относительно незначителен в сравнении с давлением, которое оказывает на мысли существование организованной силы. Общее осознание того факта, что непреодолимая сила систематически и сознательно применяется в соответствии с законом, оказывает огромное воздействие на все наше поведение в жизни. Она формирует один из базовых элементов, на которых основано наше существование. Каждый отдельный индивид должен брать в расчет постоянное применение силы, которая совершенно не зависит от его собственных желаний, так же как он должен брать в расчет климатические условия страны или средства к существованию, которые она предлагает. Совершенно игнорировать закон – а закон был бы только пустыми словами, если бы сила не применялась в соответствии с его нормами – было бы так же глупо, как одеваться

в районе Стокгольма в стиле народностей островов Тихого океана. Мы думаем о праве не больше, чем о необходимости адекватно одеваться. Необходимость заставляет почувствовать себя так настоятельно, что не остается пространства для выбора. Это постоянное давление на миллионы и миллионы людей, держащее их действия в определенных границах, бесконечно более важно для общества, чем непосредственный эффект от применения санкций. Лишения нескольких тысяч преступников, передача собственности в ряде случаев от должников к кредиторам малозначительны по сравнению с тем фактом, что люди, в общем, воздерживаются от действий, называемых преступлениями, уплачивают свои долги и т. д.

По нескольким причинам это опосредованное влияние организованной силы легко упускают из виду.<sup>16</sup> Особенно в юриспруденции и философии права внимание концентрируют, в основном, на индивидуальной санкции, при этом опосредованные следствия в той или иной степени полностью игнорируют. Одна из причин этого недалёковидного взгляда в том, что мы не рассматриваем боязнь санкций как существенный мотив нашего законопослушного поведения. Поэтому целесообразно сначала установить действительную роль страха в этом отношении.

### *Роль страха*

Когда мы пытаемся заглянуть внутрь и исследовать себя, мы не находим, что страх – первоочередной мотив соблюдения нами законов. Это особенно верно по отношению к основополагающим нормам уголовного и гражданского права. Мотивы, отличные от страха, предстают перед нами, по крайней мере, при первом взгляде.

Возьмем, например, такое преступление, как убийство. Если мы спросим себя, почему мы не совершаем убийства, даже если имеем серьезные основания желать убрать кого-нибудь с дороги, первый ответ будет не в том, что мы боимся наказания. Мы вообще не думаем о наказании в первую очередь. Само действие внушает нам такое отвращение, что кажется невообразимым совершить его. Мы

не чувствуем себя находящимися перед выбором. Убийство – вне вопроса. Его действительная возможность не приходит нам в голову. Я не отрицаю, конечно, что фантазии, боле или менее открыто выражающие желание убийства, - очень распространенная черта, особенно при невротическом мышлении. Но акт убийства, в общем, не рассматривается как возможный образ действий в реальной жизни, его преимущества и связанные с ним опасности не сравнивают друг с другом. Страх наказания, поэтому, не выглядит как мотив, удерживающий нас от покушения на жизнь окружающих людей.

Точно так же не из страха тюремного заключения мы не крадем у наших соседей. Мы отказываемся от кражи просто потому, что это нечестно. Это действие, в общем, исключено из наших мыслей и поэтому мы не ощущаем, что делаем выбор, отказываясь от посягательства на чужое имущество.

Психологическая ситуация варьируется по отношению к различным видам преступлений. Но то, что страх наказания не кажется, по крайней мере, на первый взгляд, главным ограничителем, - общая черта. В отношении гражданского права наша позиция аналогична. Моральные чувства не выражены так ярко, как в случае с преступлением. Но не оставляет сомнения то, что первая причина, по которой люди, в общем, уплачивают свои долги, исполняют свои договоры и т. д., не в том, что они боятся санкций, которые могут последовать. В первую очередь, соображения чести требуют держать слово. В игру также вступают и другие мотивы, не связанные с санкциями, например, заинтересованность в поддержании хороших деловых отношений и т. д.

Поэтому при рассмотрении таких вопросов, как основные виды преступлений и фундаментальные обязанности по гражданскому праву, может показаться, что поведение обычного гражданина не основано на боязни санкций. По видимому, он подчиняется закону из других побуждений и не нуждается в страхе, чтобы удержаться на правильном пути. Он был бы, фактически, очень возмущен, если бы кто-нибудь приписал его уважение к закону боязни санкций. Он нашел бы это равносильным определению его в сердце хладнокровным и безжалостным чудовищем без капли нравственности. Мы не предстаем перед собой в таком све-

те, так же как не хотим казаться такими другим. И то, что наши непосредственные основания для законопослушного поведения представляют собой нечто, отличное от простой боязни пагубных последствий, - совершенная правда.

Поэтому абсолютно естественно, что наказание часто рассматривается как касающееся только преступников и не влияющее на поведение обычных, достойных уважения граждан. Аппарат принуждения, так сказать, не затрагивает их жизнь. Применение силы выглядит как нечто касающееся не их непосредственно, а тех людей, которых нужно держать под контролем. В гражданских вопросах, возможно, применение силы не кажется столь далекой возможностью. Но ее значение до конца не осознается. Говорят, что функция силы состоит в защите или реализации «прав» отдельных лиц в случаях их нарушения. Поэтому опосредованное влияние постоянного применения силы и здесь упускается из виду. Несмотря на то, что это влияние невозможно совершенно игнорировать, оно не включается в описание общности во всей своей поражающей, всеохватывающей значимости.

Однако самоанализ, на котором основан данный взгляд, не проникает достаточно глубоко. То, что мы не находим боязнь санкций непосредственным мотивом законопослушного поведения, действительно верно. Но, в конечном счете, это не исключает вероятность того факта, что санкции, систематически применяемые в соответствии с нормами права, имеют более глубокое влияние на наше отношение к этим нормам. Было бы удивительно, если бы этого не происходило в действительности. Как можем мы избежать воздействия безжалостного механизма силы, который уже функционировал, когда мы родились, и окружает нас всю нашу жизнь? Конечно, он должен оставить глубокие следы в наших мыслях. Но его неизбежное воздействие не только во внушении страха. И даже если страх важен, нельзя считать самим собой разумеющимся тот факт, что он осознается.

Для начала, страх всегда так или иначе проникает в наши отношения с правом, даже если он и не является непосредственным мотивом законопослушного поведения. Стоит только задуматься, например, о том, как беспокоятся родители о воспитании законопослушания у своих детей! Связано ли это только с моральными

ми причинами? Не играет ли боязнь неприятных последствий неподчинения праву решающую роль? А как осторожно каждый должен вести себя, чтобы получить и сохранить достаточные средства к существованию и хорошую репутацию! Боязнь санкций определенно играет не последнюю роль в нашем поведении.

Это не подразумевает, однако, что мы живем с постоянным чувством страха правового принуждения. Психологическая ситуация обычно другая. Человеческие мысли обладают удивительной приспособляемостью. Невозможно влачить существование в постоянном страхе. Осознанно или нет, мы пытаемся избежать этого, приспособляясь к существующим условиям.

Чтобы избежать бремени страха, нам приходится не только воздерживаться от противозаконных действий, которые навели бы полицию или судебных приставов на наш след. Необходимо исключить даже *мысль* о таком действии. Это очень важный факт. Когда мы даем искушающим действиям (например, мести или обогащению), влекущим нарушение закона, проникать в наши мысли, страх возникает параллельно, так как идея санкции, применяемой непреодолимой силой, связана с идеей нарушения закона. Страх приходит сам по себе как препятствие нарушению закона. Но мы не можем лелеять противоправные идеи, и в то же время уничтожать их страхом. Это оказывало бы разрушающее воздействие на личность. Мы просто не можем долго делать так, не подвергая опасности свое психическое здоровье. Внутреннее раздвоение значило бы слишком много. Поэтому опасные желания необходимо исключить из наших мыслей. Если это не удастся нам полностью, они, в конце концов, перенесутся в наши повседневные мысли, в большей или меньшей степени окончательно отвлекая нас от обычной деятельности.

Таким образом, мы объяснили, как боязнь санкций может оказывать доминирующее влияние на наше поведение, не будучи действительно ощущаемым. Она стоит на пороге мыслей, готовая в то же время прийти в виде противозаконных желаний. Спокойствие мыслей сохраняется, только если и то и другое остается снаружи. Мы ищем мира инстинктивно и, в целом, успешно. Такова наша психологическая система. Страх эффективно исключается не только при помощи

рассчитанной вероятности остаться безнаказанным. С такими расчетами всегда связана определенная неуверенность. Поэтому безопасный образ мыслей по отношению к праву предполагает полное освобождение от тех из них, которые способны вызвать боязнь санкций.

Нет необходимости говорить, что этого результата можно достигнуть только при определенных условиях. Кроме того, должны существовать некоторые в общем признаваемые причины, по которым санкции применяются именно за определенные действия. Иначе, исключения опасных мыслей невозможно было бы добиться. Происходило бы постоянное раздвоение мыслей. С одной стороны, противоправные действия предстают в соблазнительном свете; людей могут даже подталкивать к их совершению определенные причины - ненависть, гордость или другие чувства. С другой стороны, на пути стоит действительная боязнь санкций.

Когда ситуация такова в значительной части общества, режим можно с полным правом назвать террористическим. Такой режим характеризуется тем, что боязнь санкций является непосредственным и доминирующим мотивом законопослушного поведения. Хорошо известно, насколько жестким и безжалостным должен быть террористический режим, чтобы быть эффективным. Страх – недостаточное препятствие, если его не подкрепляют сильнодействующие и постоянные угрозы. Успех в этом направлении, однако, всегда не определен и дорого куплен. Необходимая цена должна состоять не только в лишениях тех, к кому применили санкции. Она также неизбежно включает подрыв психической уравновешенности населения, что приводит в последствии к ослаблению структуры государства.

Вероятно, никогда не будет создан режим, который долгое время останется террористическим во всех отношениях. При таком положении вещей невозможно было бы существовать. Фактически, обычная ситуация, которую называют господством террора, такова, что большая часть законов, особенно основные нормы гражданского и уголовного права, воспринимаются без чувства страха как непосредственного мотива подчинения им. Только в отношении отдельных частей права, например, политических вопросов, страх выполняет эту функцию, и в этих

случаях всегда принимаются решительные меры, чтобы уменьшить его значение средствами пропаганды.

### *Наши моральные стандарты и право*

Это то, что касается боязни санкций. Мы убедились, что относительное отсутствие страха в нормальных условиях не подразумевает, что страх не имеет значения для законопослушного поведения людей в целом. Напротив, было показано, что значение страха чрезвычайно велико, хотя его влияние, в основном, опосредованно и поэтому ускользает при поверхностном исследовании.

Тем самым, мы указали на один из способов оказания давления через систематическое применение силы. Но это давление использует и другие средства, главным образом, влияя на наши моральные нормы.

Как было отмечено выше, наши непосредственные мотивы законопослушного поведения имеют моральный характер. Мы отказываемся от преступлений, в первую очередь, потому, что эти действия кажутся нам неправильными. Более того, мы чувствуем своим долгом выполнять договоры и в остальном подчиняться гражданскому праву, выражать лояльность и повиновение легитимным властям, и, что имеет не меньшее значение, следовать закону, просто потому что это закон, даже если его содержание само по себе не имеет морального значения. Так эти моральные идеи, в основном, определяются законом, то есть систематическим применением силы в соответствии с правовыми нормами.

В случаях, когда мысли о противозаконных действиях приходят в голову и кажутся привлекательными, им более эффективно противодействуют произвольные моральные побуждения, нежели холодные расчеты степени риска. Безусловное: «Ты не должен!» - звенит в наших ушах. «Это низко! Это отвратительно!» - такие независимые императивы и выражения ценностного характера побеждают тенденцию неподчинения праву. И те идеи и чувства, которые широко сопровождают их (хотя, конечно, не исключительно), являются следствием «отправления

правосудия» при помощи систематического применения наказания или взыскания убытков.

Можно предположить, что отношения между правом и моральными нормами абсолютно противоположны вышеописанному отношению. То есть, моральные представления – первичный фактор, а нормы права вдохновляются ими. Фактически, эта позиция, в общем занимаемая юриспруденцией и философией права. Главные нормы права представляют как основанные на «справедливости». Это значит или то, что они базируются на абстрактных нормах, которые существуют сами по себе *in nubibus*<sup>8</sup>, или то, что право базируется на *идеях* о справедливости. Оба эти способа постановки вопроса некорректны.

Вряд ли есть необходимость специально опровергать положение о том, что право основано на абстрактной справедливости. Этот взгляд явно основан на суеверии. Единственный вопрос, который необходимо обсудить, - являются ли *идеи* справедливости первичным фактором по отношению к праву или же право формирует их.

Обсуждая это, в первую очередь, необходимо поставить вопрос так, чтобы самого начала не превратить проблему в безнадежно запутанную. Кроме того, мы не должны забывать, что в праве не существует ничего, выходящего за границы человеческих мыслей и действий. В действительности, право – это масса «независимых императивов», управляющих деятельностью государственных служащих и других людей. Поэтому вопрос об отношениях между правом и моральными нормами нельзя научно поставить так, чтобы он касался отношений между двумя различными объектами – правом, которое существует само по себе, и совокупностью моральных идей в качестве чего-то совершенно отличающегося от права. Те идеи, на которые мы ссылаемся как на право, тесно переплетаются с так называемыми моральными идеями. Неизбежно существует запутанное взаимодействие человеческих идей, чувств и деятельности, взаимопроникающее влияние индивидов друг на друга. Поэтому необходимо разделить проблему на два отдельных вопроса. Только таким образом ее можно научно исследовать.

---

<sup>8</sup> В облаках, в подвешенном состоянии (лат.) – Прим. науч.ред.

Первый вопрос: как формируются моральные нормы каждого отдельного индивида, и каково в этом отношении влияние принуждения в соответствии с нормами права. Каждый вырастает в обществе, в котором правовой механизм существует с незапамятных времен. Вопрос касается влияния этого механизма и его норм на наши моральные идеи. Второй вопрос касается роли, которую играют моральные представления при формировании новых норм, дополняющих уже существующую систему права. Начнем с обсуждения первого вопроса.

В отношении этого вопроса кажется очевидным, что на него необходимо ответить в духе уже изложенного выше. Наше воспитание делает это неизбежным. Характер неизбежно формируется под влиянием окружения, особенно в ранние годы. Общество, в котором мы живем, накладывает штамп на наши идеи. Но среди сил, действующих внутри общества, право, без сомнения, - одна из главных. Конечно, право не может быть проекцией некоторых врожденных моральных убеждений ребенка или подростка, поскольку оно существовало задолго до его рождения. Когда человек вырастает и знакомится с условиями жизни, он попадает под влияние права. Первые неизгладимые впечатления ранней юности, касающиеся отношений к другим людям, прямо или косвенно берут начало в праве. Но их эффект не только в том, чтобы вызвать боязнь санкций и заставить индивида приспособиться так, чтобы жить без этого страха. Нормы имеют также позитивный моральный эффект, так как вкладывают моральные представления в общий строй мыслей.

Нормы права – это независимые императивы. В такой форме они обращаются к молодым и старым. «Не укради!» - нормы такого типа обращаются к нашему поведению. Итак, эти императивы (так сказать) впитываются рассудком. Мы принимаем их и делаем интегральной частью нашего умственного строя. Между идеей определенных действий и определенными императивными выражениями, запрещающими действия или предписывающими их совершение, устанавливается жесткая связь. Идея совершения, например, кражи сопряжена с идеей императива: ты не должен! Далее, мы имеем моральное требование с «обязывающей силой». Мы говорим о моральном требовании, когда независимый императив

совершенно объективирован и поэтому воспринимается как ограничивающий безотносительно к власти во внешнем мире. Так трансформируются, в основном, принципиальные правовые императивы. Только в этом случае право действительно имеет твердое основание.

Моральное влияние права для поддержания его эффективности требуется только в отношении основополагающих норм, и только в тех случаях, когда такое влияние возможно. В остальных случаях достаточно поддерживать идею моральной обязанности подчиняться закону как таковую, и не разрушать ее неоправданными законами или произвольным отправлением правосудия.

Несколько обстоятельств объясняют, как нормы права могут одинаково восприниматься всеми людьми. Предположительный эффект императивов огромен, когда за ними стоит власть – в данном случае сверхъестественная власть государства, безотказно действующая в соответствии с нормами о санкциях. Эта власть окружена величественными церемониями и внушает традиционное и глубоко укоренившееся уважение. Все это в сумме оказывает сильное влияние на мысли, заставляя нас воспринять основополагающие «требования» права в качестве объективно ограничивающих. Мы делаем это с такой большой готовностью главным образом потому, что понимаем (по крайней мере, инстинктивно) необходимость этих норм для сохранения порядка и безопасности.

Впитывание императивов не может, конечно, происходить при любых обстоятельствах. Напротив, это возможно только в специфических условиях, которые необходимо тщательно изучить. Говоря в общем, первое требование заключается в том, чтобы нормы казались обоснованными большинству людей, то есть имеющими цели, которые всеми осознаются как желаемые. Иначе нормы не будут оказывать морального воздействия или даже могут вызвать моральное неприятие. Необходимо также, чтобы применение санкций было систематическим и беспристрастным.

По-видимому, невозможно не признать, что таковы, в нескольких словах, отношения между правом и индивидуальными моральными стандартами. Право – первичный фактор. Индивид попадает под его власть с самых ранних лет жизни, и

его моральные представления развиваются под этим влиянием. Право – включая систематическое применение силы – конечно, не изолированный фактор. Никогда не существует единственного источника такого сложного явления, как моральные представления. Источники обязательно многочисленны. Более того, применение силы должно быть связано с пропагандой, подготавливающей мысли к восприятию императивов; должно существовать прямое внушение императивов родителями, учителями, начальниками и т. д. Здесь предполагается только то, что применение силы – один из главных факторов формирования наших моральных норм – ни больше, ни меньше.

Данное предположение, действительно, не нуждается ни в каком другом доказательстве, кроме ссылки на очевидные факты. Нельзя серьезно утверждать, что наши моральные «требования» являются внешними по отношению к естественному миру. Это бы подразумевало, что они имеют божественную природу. Фактически, они представляют собой абсолютно естественное явление: они являются содержанием идей в человеческих мыслях и ничем более.

Если мы не совершенно ослеплены предубеждениями и не стеснены привычным образом мыслей, невозможно не увидеть связи, которая должна существовать между моральными представлениями об убийстве, краже и т. д. и тем фактом, что санкции применялись долгое время и применяются сейчас как последствие таких действий. И природа этой связи должна быть такой, какая описана здесь.

Если это представление отвергнуть, то следует предположить, что врожденными человеку оказываются именно те моральные представления, которые соответствуют праву - например, современному праву. Такое предположение не только произвольно – оно очевидно ошибочно. Право изменяется в разных странах, в разные времена, и моральные нормы изменяются соответственно. Эти изменения были бы необъяснимыми, будь они независимы от права.

Мы также можем непосредственно наблюдать отсутствие надежных врожденных сдерживающих факторов даже по отношению к действиям, являющимся самыми тяжкими преступлениями. Не исключение, например, и случай убийства.

Без сомнения, есть некоторые естественные чувства, не зависящие от права, которые стоят на пути убийства нами других людей: любовь, дружба, сострадание, страх лишений и смерти и т. д. Но эти чувства сами по себе недостаточно сильны, чтобы установить такое препятствие побуждениям к убийству, какое необходимо для цивилизованной жизни в обществе. Всегда существует множество людей, которые не очень стеснены ими. И среди людей, в целом не отличающихся слишком безжалостным нравом, эти чувства часто побеждаются другими мотивами, особенно чувством самосохранения.

На протяжении всей истории некоторые виды убийства даже высоко ценились как акты добродетели. Главы государств никогда не испытывали серьезных трудностей в побуждении людей убивать друг друга на войне. Где же здесь естественные сдерживающие факторы? Какова их сила? Состояние войны предполагает, что те, кто занимает ключевые позиции, переключают моральное давление, оказываемое правовым механизмом, в иное направление, нежели обычное. Убийство врагов не только поощряется – воздержание солдат от убийства влечет высшую меру наказания для таких солдат. При помощи силы и пропаганды создается огромное давление, воздействующее на все население, чтобы заставить людей объединиться для достижения цели, заменяющей все остальное, - победы.

Здесь мы имеем наиболее яркий из всех возможных пример воздействия права на наши моральные стандарты. Мы можем воочию убедиться, как резко меняются понятия о справедливом и несправедливом под влиянием права. Только среди бесконечно малого числа людей существует сопротивление морали войны. Но их сопротивление основано не только на этих чувствах. Чтобы не быть уничтоженными потоками военной пропаганды, их должны поддерживать фанатичные убеждения, противоположные господствующим.

Другой пример – отношение к собственности. Имеют ли люди естественную, врожденную склонность воздерживаться от присвоения хитростью или насильем желаемых вещей? Конечно, нет. В тех случаях, когда это может быть сделано безнаказанно, люди не имеют ничего против обогащения за чужой счет, и не брезгают средствами в этом отношении. Фактически, борьба за обогащение меж-

ду индивидами и группами с огромным трудом удерживается в границах только благодаря праву. Неограниченный эгоизм привел бы к анархии, если бы не держался под контролем при помощи систематического применения силы и пропаганды, связанной с ней. Представившийся случай безжалостно используется, как только давление снимают в том или ином направлении.

Совершенно невообразимо, что доминирующее в нашем обществе отношение к собственности других людей может не зависеть от права и правового механизма. Существующее распределение собственности установлено правом. Очевидно, мы не можем допустить, что имеется некоторая, не зависящая от оказываемого правом давления, природная склонность уважать именно этот достаточно опасный порядок, который обеспечивает огромный достаток некоторым из нас и крайнюю бедность остальным. Ни у кого не может возникнуть сомнений по поводу того, что произойдет в случае снятия правового давления. Не является ли поэтому неоспоримым то, что моральные представления, которые устанавливают непосредственные препятствия к захвату чужого имущества, формируют право?

Все это делает очевидным, что принудительный механизм касается не только правонарушителей. Он нужен не только для того, чтобы держать их под контролем. Он нужен, чтобы формировать мораль обычного гражданина. Даже если он сам этого не подозревает, даже если его оскорбляет такое предположение – его нормы нравственности, которые он привык приписывать собственным достоинствам, в большей части определены тем обстоятельством, что санкции систематически применяются в обществе. Отбросьте эти санкции, уничтожьте принудительный механизм, и индивидуальная мораль претерпит глубокие изменения. Она будет адаптирована к новому положению вещей, при котором он не может положиться на защиту организованной силы. Мораль будет направлена на укрепление его в борьбе за существование, которая теперь будет проходить в условиях, совершенно отличающихся от тех, в которых была применима старая мораль. Многие действия, которые в тиши законопослушного общества он презирал и ненавидел, теперь покажутся допустимыми и позволительными действенными средствами для сохранения себя и своей семьи. Отрицать это – значит демонстрировать

ограниченность мышления, слепую уверенность в своей правоте. Любая глобальная катастрофа, такая как война или революция, предоставляет тому исчерпывающие доказательства.

### *Влияние моральных представлений на право*

Выше было отмечено, что проблему отношений между правом и нашими моральными стандартами необходимо разделить на два отдельных вопроса, которые нельзя смешивать. Сейчас я попробовал сделать набросок ответа на вопрос об отношениях между моральными стандартами индивида и фактически действующим правом. Было показано, что право здесь первичный фактор стабильности. Очевидно, что моральные представления каждого из нас сформированы под влиянием права и длящегося применения права необходимо, чтобы установить их в качестве действительных направляющих нашего поведения.

Второй вопрос касается влияния моральных представлений при установлении новых норм права. Этот вопрос нужно исследовать в свете ответа на первый. Лица, достигшие положения, дающего им право влиять на законодательство или на развитие прецедентного права, естественно, так же подвержены давлению существующего права, как и любой другой. Они опираются на систему представлений, полученных следующим путем. К совокупности моральных понятий, берущих начало в праве, на основе религиозной или социальной пропаганды добавляются другие, либо понятия спонтанно вырастают из чувств и чаяний. Вопрос, стоящий перед нами, таков: в какой степени моральные представления способствуют изменениям в действующем праве?

Конечно, моральные представления известны среди мотивов, диктующих новые законы; особенно это касается мотивов официального признания таких законов. Изменения в праве часто аргументируются тем, что их требуют соображения справедливости. Но моральные представления, очевидно, - это только один мотив среди многих. Существуют другие движущие силы, такие как личный интерес. Особенно необходимо обратить внимание на то, с какой легкостью мораль-

ные представления служат прикрытием для таких интересов. Поэтому совершенно невозможно поддержать то предположение, что содержание справедливости или, более широко, моральные представления формируют единственную, или сущностную, базу или источник нового законодательства.

Действительные причины изменений в праве нельзя установить никаким иным путем, кроме тщательного анализа различных причин, на которые открыто ссылаются законодатели, или которые стоят за их действиями. Предлагаются ли в качестве таких причин справедливость или целесообразность, можно обнаружить, что они имеют корни в таких человеческих чувствах как страх, инстинкт самосохранения, жажда мести, стремление к власти, сострадание и т.д. Требования справедливости вызваны этими чувствами и реакцией на них окружающего мира. Но объяснение такого же рода применимо и к соображениям целесообразности. Они тоже основаны на таких чувствах. В обоих случаях, должное внимание необходимо уделить господствующим материальным условиям и сумме знаний, которыми обладают законодатели и те, кто на них влияет.

Научное объяснение мотивов нового законодательства, несомненно, всегда должно иметь такой же общий характер. Требования справедливости, таким образом, сокращаются до нормальных пропорций и помещаются в свой собственный контекст. Очевидно, что то, что мы привыкли называть «справедливостью», не включает в себе ничего абсолютного. Фактически, справедливость, как мотив законодательства, в своей основе ничем не отличается от целесообразности. Апелляция к справедливости – это только особая форма выражения пожеланий и требований.

Поэтому ставить справедливость и целесообразность в противоположность друг другу в качестве отдельных мотивов законодательства – значит принимать слишком поверхностный взгляд на вещи. В действительности между ними не существует границы. При исследовании основ правовых норм перед нами предстает именно система человеческих условий, чувств, идей и действий. Идеи справедливости среди них играют важную роль. Но их нельзя изолировать от других источников.

Поэтому вряд ли есть смысл в обсуждении того, основано ли право на справедливости или на целесообразности. Вопрос оснований права (в смысле причин законодательства) следует поставить так: какого рода чувства и идеи обеспечивают мотивы того или иного законодательства? Вместо разнесения мотивов под простые рубрики – «справедливость» и «целесообразность», эти различные чувства следует проанализировать и описать. Тем самым следует выявить и подчеркнуть необходимость вернуться к чувствам, стоящим за идеями.

В этой связи интересно определить, насколько глубока печать, накладываемая на право теми чувствами, которым мы приписываем особую моральную ценность, например, любви, доброты, благодарности. Какой след от них можно обнаружить в праве? Основываются ли на них фундаментальные нормы гражданского и уголовного права? Являются ли они решающими при формировании норм о собственности, договорах или норм о наказании за убийство, кражу и другие основные преступления?

Ответ, безусловно, заключается в обратном. Чтобы ни говорилось о моральных основах этих норм, в действительности они определяются другими мотивами. Нормы христианской нравственности (которые в западном мире отождествляются, в общем, с моралью как таковой) не управляют суровым правовым механизмом. Чувство, которое действительно лежит в основе наказания за убийство, неумышленное убийство, нападение и подобные преступления, - главным образом, страх за свою личную безопасность. Мы наказываем эти преступления только из соображений самосохранения. Кто может сомневаться, что этот мотив несравнимо сильнее любых моральных оснований, которые можно предположить? Но и такие моральные основания, очевидно, связаны с инстинктом самосохранения.

В отношении кражи причиной наказания, очевидно, является необходимость сделать возможным безопасное и длительное владение имуществом, которое является условием нашего существования. Контракты обеспечены санкциями, иначе они были бы недостаточно надежными для того, чтобы функционировать как инструмент передачи собственности и совершения других действий экономического характера, которые необходимы в нашей экономике. Страх лишений,

стремление к материальному комфорту, к власти и тому подобное – это те чувства, которые стоят за нормами о собственности. Обосновать их какими-либо моральными основами, согласующимися с этикой христианства, - безнадежная задача.

Точно так же большинство базовых норм гражданского и уголовного права явно восходит к чувствам, которые, в общем, определяются как эгоистические. Нормы определяются эгоизмом, даже если он относится практически ко всему или к большей части общества. Обратившись к фактам, а не только к словам, мы увидим, что здесь не так много места для собственно моральных принципов как оснований законодательства. Мы можем убедиться в этом при помощи самих норм. А подтверждением исследования является повседневный опыт, связанный с законодательством. Те, кто приходит к власти, редко бывают филантропами. И если даже они таковы сначала, то обычно изменяют свою точку зрения после того, как оказываются наделенными властью и обремененными ответственностью. За ними стоят их последователи и сподвижники, которые ревностно следят за собственными интересами и яростно защищают их.

Роль собственно нравственных чувств в законодательстве кажется ограниченной оказанием лишь смягченного влияния на право. Чувства, без сомнения, имели значение при реформировании, например, уголовного права в течение прошлого столетия. Но мы не должны терять из виду тот факт, что эти чувства были нацелены в том же направлении, что и разумный эгоизм. Жестокое уголовное право опасно для всех. Все заинтересованы, из чисто эгоистических соображений, чтобы санкции были не более жесткими, чем это необходимо. Как только наиболее грубые предрассудки прошлого начали исчезать под влиянием критического мышления, несовместимость пытки и жестоких наказаний с личными интересами стала очевидной.

Чтобы действительно оценить влияние собственно моральных чувств на право, необходимо определить, насколько глубокий отпечаток они оставляют на нем, когда вступают в острый конфликт с личными интересами власть имущих. История дает нам ответ на этот вопрос. Личные интересы всегда доминировали.

Когда, например, из моральных побуждений богачи и властители создавали законы, направленные на более справедливое распределение собственности? Никогда. До тех пор, пока они были способны без какого-то риска удерживать свое богатство при себе, они так и поступали. Только под давлением снизу была принята другая политика. Идеалисты из высших слоев, действительно, часто брали на себя лидерство в движениях за лучшие условия. Но ощутимые результаты достигались, только когда идеалисты приводили в движение массы, в связи с чем правящий класс находил разумным пойти на некоторые уступки.

### *Резюме вышеизложенного*

Таким образом, нормы права не основаны на тех чувствах, которые оцениваются в основном с точки зрения морали в соответствии со всеобщими представлениями. Связь между нормами права и стандартами морали имеет другой характер, как отмечалось выше. Нормы права – важные средства для формирования моральных стандартов. Они служат наиболее эффективному внушению тех моральных представлений, которые требуются для того, чтобы сделать возможной мирную жизнь в обществе, поддержать существование запутанной экономической ситуации и так далее. У нас есть потребность в этих моральных представлениях. Вот почему их внушают людям при помощи законодательства. Чтобы быть более точным – интересы тех, чьи желания устанавливают содержание права, требуют определенной системы моральных представлений, то есть идей независимых императивов. Законодательный аппарат используется как средство предложения таких императивов и придания им эффективности.

Существенное условие такой эффективности законодательного аппарата заключается в том, что законодательство контролирует безусловное применение силы. Здесь мы имеем в двух словах ответ на вопрос о взаимоотношениях между правом и силой. Право, по сути, состоит из норм о силе, которые получают психологическую эффективность средствами, кратко описанными выше. Систематическое применение силы в соответствии с правовыми нормами, наряду с обучени-

ем и пропагандой, производит эффект формирования и сохранения определенных идей о истинном и ложном. Содержание права – это результат желаний самого различного рода. Но мы в состоянии четко осознавать, что главные нормы права, которые формируют основу системы, не базируются на тех чувствах, которые, в общем, называют альтруистическими. Вместо этого они определяются стремлением к самосохранению, безопасности, власти и т. п.

Этот ответ касается только отношений между действующим правом (правом в качестве факта) и силой. Это право, в чем мы убедились, является системой норм о применении силы. Но традиционную проблему права и силы не обсуждают с учетом действующего права. Данная дискуссия ведется только по вопросу отношений между силой и метафизическим правом. Она сосредотачивается на вопросе о том, каким образом обязывающая сила права, субъективное право и справедливость относятся к силе.

Решение этой «проблемы» также подразумевается в проведенном выше исследовании. Так как метафизического права не существует, оно вообще не может относиться к чему-либо. Поэтому вопрос об отношении такого права с силой не имеет смысла. Мы можем только спросить об отношениях между силой, особенно организованной силой государства, и идеями о субъективном праве, обязанности и справедливости.

Очевидно, не существует никакой жесткой взаимосвязи в этом отношении. Идеи о справедливости и им подобные могут поддерживать действительное применение силы в обществе, противостоять ему или быть нейтральными. Вероятно, в каждом обществе все три варианта можно найти среди различных групп населения и в отношении различных аспектов права. Однако легко убедиться, что обычно идеи о справедливости в очень значительной степени гармонируют с действующим правом. Эта ситуация постоянна до тех пор, пока право представляется как соответствующее основным стремлениям к безопасности, богатству и т. д. Для любого непредвзятого наблюдателя очевидна зависимость идей о справедливости от интересов. Но интересы формируются в связи с нашими знаниями о том, как и чего можно достичь. Следовательно, они подвержены отклонению от «есте-

ственного» курса по причине искажения фактов. Более того, на представления о справедливости может прямо влиять пропаганда, даже противоречащая интересам. Поэтому добившиеся властных позиций лица имеют широкие возможности для того, чтобы заставить метафизическое право выглядеть совпадающим с действительно применяемым. Фактически, метафизическое право, в целом, успешно используется властью имущими. Оно следует за действующим правом, как тень.

Дополнительный вопрос, который не будет обсуждаться здесь, - как людям удастся использовать организованную силу в качестве средства удовлетворения их желаний, как устанавливается достаточное сотрудничество и т. д. Мы должны ограничить себя здесь констатацией того, что способ достижения этих целей уже найден людьми, даже несмотря на то, что причинно-следственные связи здесь ясно не ощущаются или, по большей части, неверно истолковываются. Это удивляет не больше, чем тот факт, что пчелы и муравьи могут строить свои дома без помощи архитекторов.

### *Монополизация силы*

После этого описания необходимость организованной силы, которая подчеркивалась выше, еще более очевидна. Ничего не может быть глупее мольбы об уничтожении силы. С таким же успехом можно убеждать, что желательно отменить хлеб. При реалистическом понимании мира вопрос может заключаться только в том, как наилучшим образом использовать силу, чтобы достигнуть общих целей.

Сила так же опасна для человека, как огонь. Она так же разрушительна для него и для средств его существования, как огонь, когда ему дают волю. Но так же, как человек должен использовать огонь, если хочет оторваться от уровня животного, - так он должен использовать силу, если хочет достигнуть более высокой ступени цивилизации.

Говорят, что насилие порождает насилие, и в этом есть доля истины. Но это выражение – лишь отчасти правдиво. Оно неверно по отношению к управляемой

силе, которая используется для служения общим целям, в соответствии с жесткими нормами, без злобы и жадности со стороны тех, кто ее применяет. Сила такого рода не вызывает последующих стремлений и страстей. Напротив, она производит успокаивающий эффект, так как охлаждает человеческие стремления до приемлемого уровня и приучает людей к определенному равновесию, или гармонии. В то же время, применение такой силы приносит уверенность в том, что полученные под ее защитой преимущества будут безопасно сохраняться, поскольку все верят, что сила будет действовать точно так же и в будущем.

Чтобы сила способствовала жизни и благосостоянию человека вместо уничтожения его, необходимо соблюдать два условия. Во-первых, применение силы должно быть монополизировано организацией. Во-вторых, применение силы этой организацией должно реально направляться и использоваться посредством норм.

Организация в данном случае – это то, что мы называем государством. В философии права государство представляют организацией, стоящей над индивидами и наделенной признаками суверенности, то есть высшими правами на самоопределение по отношению к другим государствам, на создание и приведение в жизнь законов на собственной территории. Но абсурдность данной доктрины очевидна. Это значит, что право как воображаемая власть приписывается воображаемой организации.

Существующая реальность не может быть описана в таких терминах. В качестве реального факта мы находим обширную организацию, которая получила практическую монополию на силу в границах определенной территории – монополию, которая состоит не в исключительном *праве* на применение силы, а в относящейся к членам организации практической способности применять силу.

Не существует такого явления, как обособленная «власть государства».<sup>17</sup> Вместо этого, мы находим в реальной жизни ряд властных позиций, занимаемых отдельными лицами: на вершине - глава государства, члены правительства и парламента, судьи и административные служащие и т. д. Каждому из них принадлежит собственная сфера власти. Власть – это всегда власть единичного лица, действующего в одиночку или в соединении с другими. Это личная власть, даже если

она контролируется извне тем или иным образом, что на самом деле обычно имеет место. У судьи, например, есть власть подвергать людей тюремному заключению, взимать платежи и санкционировать передачу собственности. Это его собственная власть. Он занимает положение, в котором действительно может совершать такие действия. Но он может делать это только при определенных условиях и не может использовать власть произвольно, не подвергаясь риску потерять ее или подвергнуться наказанию.

То обстоятельство, что организация действует в соответствии с нормами, делает похожей на правду метафизическую идею обособленной «власти государства». В обычное время члены государственных организаций получают свои должности и оставляют их опять, как предписывают нормы. Власть автоматически приходит к ним, когда их законно назначают, никаких специальных усилий с их стороны не требуется. Поэтому кажется, что они только обладают властью, которая существует сама по себе. Более того, их работа координируется при помощи норм права таким образом, что они поддерживают друг друга и действуют не согласно своим прихотям, а согласно образцам поведения, содержащимся в нормах. Но все это не может затмить тот факт, что существует только ряд индивидуальных властных позиций.

Власть членов государственной организации может быть самых различных видов. Не любая власть включает в себя правомочие направлять силу. Но направляющие силу лица составляют ядро организации: в его распоряжении оказываются, с одной стороны, правительство с полицией и военными силами и, с другой стороны, судьи, контролирующие деятельность исполнительной власти. Применение силы в нашем обществе действительно монополизировано для этих людей. Они могут эффективно направлять применение силы, тогда как никто вне организации не способен на это хоть в сколько-нибудь значительной степени. Эта действительная монополия на силу – реальная основа метафизической идеи суверенитета.

Такая монополизация силы совершенно необходима в цивилизованной жизни. Именно это жизненно необходимое условие экономической и культурной дея-

тельности делает возможным существование миллионов людей сегодня и придает ему особую форму. Поэтому монополия с большей или меньшей завершенностью установлена везде. Так сильна потребность в ней, так непоколебимо желание обладать ею. Результатом является то, что поверхность земли сегодня разделена между некоторым количеством таких организаций, которые достигли практической монополии внутри собственных границ. Отмежевание различных государственных организаций друг от друга также производится и поддерживается в основном при помощи силы.

### *Направление и использование силы*

Монополизация силы достигается посредством тех норм, которые мы называем нормами права. Власть членов организации зависит от психологической эффективности этих норм. Но эти же средства применяются, чтобы добиться управляемости силы, действительно обуздать и направить ее.

С определенной точки зрения, это утверждение может показаться парадоксальным. Несомненно, закон может ограничить только *право* на применение силы. Если действительное ограничение, действительное обуздание силы имеют место, они кажутся следствием других причин.

Можно спросить, например, как право может удержать человека с оружием в руке от выстрела, или как оно может удержать генерала от направления подчиненной ему армии в военный поход. Единственный ответ на эти вопросы заключается в том, что право не способно ни на что, кроме деклараций: у тебя нет права стрелять из оружия в других людей, у тебя нет права использовать армию против собственного народа. Но эти правовые ограничения в действительности можно переступить. При этом мы опять возвращаемся к вечному противопоставлению права и силы.

Однако этот взгляд односторонен и поверхностен. Он базируется на метафизическом представлении о праве как о силе высшего порядка. Когда мы осознаем, что право – это не что иное, как совокупность социальных фактов, весь вопрос

предстает в другом свете, в свете приспособления к реальности социальной жизни.

Две ошибки заключаются в метафизическом представлении о том, что единственный эффект права как такового состоит в установлении прав и обязанностей. Во-первых, этот предполагаемый эффект норм не существует. Право в императивной форме дает выражение идеям прав и обязанностей, то есть идеям о правомочиях и оковах метафизического характера. Но оно не может действительно порождать такие правомочия и оковы. Во-вторых, единственный эффект права – это его действительное влияние на поведение людей. Оно оказывает такое влияние отчасти в связи с собственной суггестивной силой, отчасти по другим причинам. Поэтому при определенных обстоятельствах оно может направлять действия людей. Следовательно, применением силы в действительности можно управлять при помощи права.

Вопрос, как право может в действительности удержать человека с оружием в руке от выстрела, не является серьезным аргументом. Конечно, этого невозможно достичь. Сила не может *полностью* быть обузданной посредством права – это простой факт. Эффект права всегда относителен. Он ограничен и может быть достигнут только при определенных психологических и материальных условиях. Можно привести множество примеров, когда обуздание силы не может иметь успеха. Но это не доказывает того, что обуздание вообще невозможно. Такое заключение содержит явную логическую ошибку.

Нужно только понаблюдать за собой в обществе, чтобы понять, что нормы права действительно держат в определенных границах применение силы – не абсолютно, конечно, так как в реальной жизни не существует ничего абсолютного, но в значительной степени. Обуздание продолжается, по крайней мере, до тех пор, пока наше гарантировано существование. Оно часто оказывается поразительно эффективно, если мы берем в расчет трудности.

Использование силы наиболее эффективно в сфере, вверенной судам. Судья регулирует применение силы в делах, связанных с гражданским и уголовным правом. Нормы права держат в узких границах его власть действовать так. Говоря

языком закона, он имеет право и он обязан действовать только в соответствии с моделями поведения, представленными гражданским и уголовным правом в соединении с процессуальным правом. Если правовые императивы психологически эффективны, они наделяют судью реальной властью. Но эта власть такова, что судья может ее использовать, только если действует, подчиняясь навязанным ему моделям поведения.

Сила, находящаяся в распоряжении судьи, - это сила механизма судебных исполнителей. Этот механизм сконструирован таким образом, что работает согласно предписаниям судьи. Но данный механизм функционирует, только если предписания даются в определенной форме по окончании должной процедуры. Судья не может взять инициативу на себя. Он должен дождаться, пока дело не представит перед ним истец или прокурор. Противоположную сторону также следует выслушать. Процесс должен проходить публично и в соответствии с нормами права. И, наконец, предписание нужно давать в форме, обязательной для судебного решения. Все эти условия должны учитываться судьей, если его цель – вызвать наступление хоть каких-нибудь последствий. Более того, судей тщательно отбирают и обучают, чтобы обеспечить как можно большую точность в применении права. Каждый судья находится под постоянным давлением с разных сторон, особенно - общественного мнения и угрозы принятия правовых мер другими судьями в случае допущения данным судьей сильных отклонений от моделей поведения, закрепленных в праве. Поэтому он лично заинтересован в том, чтобы применять право с должной осторожностью.

Таким образом, власть управления силой, находящаяся в руках судей, жестко обуздывается и направляется. Возможность достижения этого результата покоится на том факте, что власть всегда зависит от материальных и психологических условий, которые имеют относительную природу и поэтому делают относительной и власть. При направлении и использовании силы не ставится реальная задача ограничения власти, которая безгранична *per se*<sup>9</sup>. Напротив, проблема состоит в концентрации ограниченной силы и подчинении ее использования опре-

---

<sup>9</sup> Сама по себе (лат.) – Прим. науч.ред.

деленным целям. Это осуществимо, поскольку условия, от которых зависит направляющая сила власти, можно сознательно приспособить к выполнению требований. Главный инструмент в этом отношении – право. Очевидно, что использование силы – гораздо более сложная проблема, нежели монополизация. Поэтому она не решена в современном мире с той же степенью определенности, что монополизация.

### *Значение «верховенства права»*

Реальность, которую мы подразумеваем, говоря о «верховенстве права» - это положение вещей, при котором действительно удалось монополизировать и обуздать силу. Необходимость такого положения вещей черпает силу в глубоко ощущаемой потребности. Большое значение, придаваемое «верховенству права», имеет свое психологическое отражение в скрытой боязни пугающих последствий освобождения силы от оков.

Оценка может быть более осознанной, только если реальность рассматривается как находящаяся вне какого-либо рода иллюзий. Поэтому метафизические идеи, касающиеся природы права («обязывающая сила», права, обязанности и т. д.), - абсолютно излишние средства поддержания уважения к праву. В этом отношении не может быть ничего эффективнее ясного взгляда на реальные факты.

Метафизическая идеализация права – вторичное явление. Она берет начало в инстинктивном понимании необходимости регулирования применения силы. Поэтому осознанная или научная оценка вопроса не может уничтожить или ослабить это уважение к праву. Напротив, реалистический подход к фактам позволяет фундаментальным источникам сохранения права действовать прямо, без посредства метафизических идей и джунглей слов, где всегда существует серьезный риск потери контакта с реальностью.

### *Марксистская теория государства*

В марксистской философии роль силы представлена в абсолютно отличающемся от традиционного ключе. Тогда как вопрос силы обычно совершенно замалчивается, марксисты, напротив, делают серьезный упор на ее применении в капиталистическом обществе. Но они предсказывают будущее положение вещей, при котором вообще не будет потребности в силе.

Марксистский взгляд на данную проблему выражен в теории государства. Согласно данной теории, государство – это аппарат принуждения. Метафизическая идея сверхчеловеческого единства полностью отбрасывается. Государство описывается как организованная сила. Но полагается, что эта организация и применение силы в ней связаны с разделением общества на антагонистические классы. Это способ одного класса держать под контролем другой. Таким образом, в капиталистическом обществе капиталисты используют принуждение с целью подавления рабочего класса и создания возможности его эксплуатации.

Основополагающая идея заключается в том, что организованная сила требуется только там, где внутри общества существует конфликт интересов. Государство используется господствующим классом с целью решить конфликт в свою пользу. Когда это разделение интересов ликвидируется и установится истинно бесклассовое общество, аппарат принуждения станет ненужным. Поэтому он постепенно исчезнет, или «отомрет».

Основные положения этой теории можно найти в Коммунистическом манифесте. Особенно его развил Энгельс в своей работе «Происхождение семьи, частной собственности и государства» и Ленин в труде «Государство и революция». На сегодняшний день в них заключена устойчивая доктрина марксизма. Последний весьма внятный обзор марксизма сделал Джон Стрэчи в своей книге «The Theory and Practice of Socialism» (1936). Некоторые выдержки из этой книги, которые совершенно соответствуют классической теории, могут служить иллюстрацией смысла доктрины.

«Государство,- говорит нам Стрэчи,- это аппарат, созданный в целях принуждения людей к совершению определенных действий и отказу от совершения других определенных действий. Это аппарат для применения силы или, как чаще

говорят, для установления правопорядка. Ибо за полицейским стоит полицейская сила. За полицейской силой – полицейский участок, тюрьма и тюремная камера. А за всем этим – вооруженные силы государства...».<sup>18</sup>

Далее Стрэчи продолжает отвечать на вопрос о том, почему государство по своей сути является аппаратом принуждения. «Это точка зрения может быть обоснована, только если проследить исторические корни государства. Человеческие общества порождают те социальные организмы, которые мы называем государствами ... только когда они раскалываются на различные социальные классы ... А причина, по которой ранние примитивные общества были безгосударственными, заключается в том, что они были бесклассовыми. Все цивилизованные общества принимают форму государства, поскольку они содержат антагонистические классы. Ибо функция государства – решение классовых конфликтов в пользу господствующего или правящего класса, когда это под силу государственному аппарату принуждения».

Полное определение государства дается следующим образом: «Государство ... это аппарат для применения силы в интересах правящего класса любого общества, разделенного на антагонистические социальные классы. Его функция состоит в решении неизбежных для таких обществ социальных конфликтов в соответствии с волей господствующего класса».

После окончания революции и передачи власти рабочим, государство, то есть организованная сила, все равно должно остаться, но оно будет использоваться в интересах рабочего класса. Теперь придет очередь капиталистов быть подавляемыми средствами государства. «Государство рабочего класса – это государство, которое находится в распоряжении подавляющего большинства населения и используется для принуждения слабого (хотя и очень могущественного вначале) и быстро сокращающегося меньшинства населения». Однако, государство рабочих – только временная структура. «Как только появляется истинное бесклассовое общество, с государством можно покончить». Центральная идея марксизма выражена Лениным так: «Наша конечная цель – уничтожить государство, то есть лю-

бую организованную и систематическую силу, любую силу, направленную против какого бы то ни было человека».<sup>19</sup>

Аргумент, касающийся условий, доминирующих в некоторых примитивных обществах, здесь невозможно исследовать. Очевидно, что проблема социального контроля, применяемого в примитивных обществах, чрезвычайно сложна, риск сделать преждевременные заключения велик отчасти потому, что для нас очень трудно достичь всеобъемлющего понимания их менталитета. Главный вопрос в том, какова функция силы на более высоких ступенях экономического развития, где существует экстенсивное разделение труда. Марксистская теория ошибается здесь – как во взгляде на капиталистическое общество, так и в прогнозах о коммунистическом обществе.

Действительно верно, как и утверждают марксисты, что право в капиталистическом обществе предполагает организованную силу. Они вывели на чистую воду то, что право – это нечто особое. Реальные условия в капиталистическом обществе внушили им такое сильное чувство несправедливости, что общепринятые метафизические идеи, которые умалчивали о применении силы, были развенчаны. Их ошибка заключается в утверждении того, что единственная функция права – защищать интересы маленькой группы капиталистов. Этот взгляд явно односторонен.

При положении дел в сегодняшнем капиталистическом обществе право и его систематическое применение являются условиями самого существования всех людей, не говоря об их безопасности и благополучии. Имея разделение труда, особенно того уровня, который достигнут в современном индустриальном обществе, население невозможно обеспечить пищей, одеждой, жильем и т. д. без экономического механизма, который чрезвычайно сложен. Но тот механизм, который мы обнаруживаем в сегодняшнем обществе, основан на праве, то есть на систематическом применении силы. Это давление права делает возможным для производителей спокойно управлять средствами производства: фермеру землей, промышленнику фабрикой и т. д. Производство, очевидно, не могло бы продолжаться, если бы их владение нарушалось. Право также необходимо для товарообмена. Нашу

интенсивную торговлю нельзя представить без права, которое наделяет контракты так называемой юридической эффективностью, то есть предписывает применение исполнительных мер в случае невыполнения. Торговля, промышленность, строительство домов и т. д., в свою очередь, зависят от кредитной системы. А кредитная система основана на праве или, другими словами, на том факте, что в распоряжение кредитора предоставлена организованная сила для принуждения к платежу в случае необходимости.

Можно утверждать, что возможно создание лучшей экономической ситуации, что следует установить экономику планирования вместо относительно свободной системы, господствующей сейчас, и т. д. Но это совершенно другой вопрос. Какие бы основания не приводились в поддержку таких предложений, они не изменят того бесспорного факта, что существующая экономическая ситуация, а, следовательно, и применение силы сейчас являются средствами удовлетворения экономических потребностей всего населения – настолько, насколько они могут быть удовлетворены. Более того, личная безопасность каждого обусловлена систематическим применением наказаний и существованием полицейской силы, способной совладать с любыми возможными вооруженными группами.

Если описание, данное в указанной книге и касающееся эффекта права, в целом правильно, то марксистская теория, очевидно, противоречит фактам. Применение силы в капиталистических обществах не является результатом классового деления. Оно может быть инструментом в руках господствующего класса – это действительно так. Но оно представляет собой нечто большее. Это инструмент, без которого все люди в целом не смогли бы жить. Классовое господство означает, что этот инструмент, помимо обеспечения основы существования всего общества, направлен на достижение особых привилегий некоторой группы или групп.

Односторонний марксистский взгляд на капиталистическое общество – часть революционной пропаганды, которая направлена на лишение права морального авторитета. Но такая пропаганда не будет достаточно эффективной, пока ситуация в некоторых важнейших секторах общества не дойдет до состояния безысходности. Только тогда люди действительно поверят, что право – только инстру-

мент подавления в руках правящего класса. Иначе, большинство людей инстинктивно чувствуют, даже если они недовольны определенными составляющими права, что оно необходимо для всех. Этот вопрос послужил причиной раскола марксистского движения на реформаторское большинство, которое отказалось от этой центральной идеи, и меньшинство, известное сейчас как коммунисты и остающееся верной этой идее.

Прогнозы относительно будущего коммунистического общества основаны исключительно на теории о том, что применение силы связано с делением на классы. При опровержении этой теории полностью исчезает и основа прогноза. Прогноз повисает в воздухе. Поэтому было бы всего лишь совпадением, если бы он когда-нибудь претворился в жизнь. Но очень легко показать, что этого никогда не произойдет. Стоит только отметить, что уничтожение организованной силы означало бы превращение общества в беспомощную добычу любой группы, которая выбрала бы для себя учреждение вооруженной организации. На это возражение марксисты, конечно, ответят, что таких людей не будет в коммунистическом обществе. Но кто может это гарантировать? Кто может гарантировать, что никогда не возникнет властных лидеров, которые будут способны связать людей своей силой и установить таким образом господство? То, что люди смогут настолько «измениться», что эта возможность будет навсегда исключена, - нелепая мечта. Таким образом, организованная сила, подчиненная нормам, которые обусловлены общими интересами, навсегда останется необходимой просто для того, чтобы защитить общество от формирования противозаконных террористических группировок.

Но организованная, регулируемая сила будет всегда требоваться и для других целей. Помимо этого, она будет нужна, чтобы обеспечить достаточной стабильностью те моральные стандарты, которые необходимы для мирной жизни в обществе. Марксисты полностью игнорируют действие права в этом направлении. Они делают общераспространенную ошибку, предполагая, что мы следуем основополагающим нормам социальной жизни по причинам, не связанным с систематическим применением силы в соответствии с правом. Они еще более слепы в

этом отношении, чем остальные, так как рассматривают применение силы в капиталистическом обществе как абсолютно аморальное. Для них идея силы в таком обществе неразрывно связана с ненавистным подавлением и эксплуатацией. Поэтому они не в состоянии увидеть, что наши моральные стандарты зависят от применения силы. Это объясняет то, как марксисты могут с удовлетворением предсказывать исчезновение организованной силы, что в действительности означало бы выпустить дремлющего в человеке зверя из клетки и вновь ввести господство закона джунглей.

Политические программы, основанные на уничтожении силы, проваливаются, как только предпринимают попытки воплотить эту идею на практике. Реалистичная политика – политика, которую возможно осуществить – может достичь только изменений в применении силы тем или иным образом, но не ее уничтожения.

То, что Ленину и его последователям, несмотря на их нереалистичные взгляды на роль силы, удалось довести до конца революцию и сохранить свою власть, объясняется тем фактом, что ее уничтожение они отнесли к далекому будущему. Их деятельность была полностью посвящена установлению строя, промежуточного между капитализмом и коммунизмом. На этом этапе сила требовалась, согласно их теории, в форме «диктатуры пролетариата». Их идея о том, что уничтожение силы является конечной целью, никоим образом не препятствовала созданию и использованию силового механизма для реализации данного промежуточного строя. Напротив, эта идея обеспечивала моральное оправдание наиболее жестоким репрессиям в отношении их оппонентов. Все совершенное должно было выглядеть как имеющее относительно небольшое значение по сравнению с великой целью – созданием будущего царства мира, где вообще не будет ни репрессий, ни силы.

Но «отмирание» государства - это *fata morgana*<sup>10</sup>. Оно всегда будет откладываться на далекие времена даже тогда, когда, согласно теории, такое отмирание должно уже было осуществиться.

---

<sup>10</sup> Мираж (лат.) – Прим. науч.ред.

Это справедливо и по отношению к марксистской идее о том, что *власть* людей над людьми может быть ликвидирована в будущем. Невозможность этого следует из того факта, что мы всегда должны считаться с необходимостью наличия организованной силы. Но такая организация постоянно будет включать в себя власть управления этой силой определенными индивидами. Нет возможности обойти этот факт. Говоря, что власть принадлежит всем людям, мы только прикрываем реальность пустыми словами. Действительное положение дел всегда таково, что некоторое число лиц находятся в ключевых позициях, дающих им право на управление использованием силы, находящейся в их распоряжении. Нет никаких оснований полагать, что они «представляют» всех людей. Идея представительства – одна из тех, которые свободно используются для маскировки фактов и придания им более привлекательного вида. Когда говорят о представительстве, единственное, что может иметь место (но очень часто не происходит) – это факт вынужденного ее использования носителем власти в интересах других.

В экономической сфере мы опять же должны считаться с необходимостью индивидуальных властных позиций. Тот лозунг, что средства производства следует передать в общую собственность, никогда не получится реализовать. Он основан на метафизической идее собственности. Ее смысл в том, что воображаемая власть, которую называют правом собственности, следует перенести с индивидов на коллектив. Безусловно, это абсурд. Данный лозунг создан в целях пропаганды старой идеи субъективных прав.

Реорганизовать экономическую жизнь, наделив властными позициями различные структуры – это все, что предположительно можно сделать в направлении, обозначенном лозунгом. Но власть нельзя ликвидировать. Чтобы организация работала эффективно, всегда должно быть несколько лиц, действительно способных с практическим эффектом управлять использованием природных ресурсов, растений, средств сообщения и т. д. И эти властные позиции в любой организации будут зависеть от определенного применения организованной силы.

Действительная проблема заключается в том, чтобы вынудить носителей власти использовать ее в общих, а не в собственных интересах или интересах ма-

ленькой группы. Было бы несерьезно претендовать на простое решение данной проблемы. Но важно знать, что она может быть решена. Опыт показывает, что может, поскольку мы имеем богатый материал, доказывающий, что власть – даже базовые ее формы, которые включают управляющую силу – в очень большой степени действительно регулируется, действительно «обуздывается». Решению этой проблемы может способствовать только четкая ее постановка в том виде, в котором она существует в действительности.

### *Право и сила в международных отношениях*

Приведенные аргументы имели целью показать, что то, что мы называем правом, в действительности является системой норм о силе, которую должны применять члены организации (в данном случае, государства), достигшей практической монополизации силы на определенной территории. Кажется целесообразным закончить объяснение несколькими словами о праве, которое управляет отношениями между государственными организациями – о международном праве.

Очевидно, как уже отмечалось выше, что это право не в том же самом смысле, что внутреннее право государства. Международное право – это не система норм о применении силы наделенной огромной властью организацией, так как никакой такой организации над государствами не существует. Вооруженные организации сосуществуют рядом друг с другом. С некоторыми исключениями, если такие вообще есть, их границы были определены войной или угрозой войны. Этот же фактор необходим и для сохранения границ. Пока агрессивные тенденции будут существовать внутри хотя бы одного государства, их можно будет, в конечном счете, контролировать только посредством военной угрозы или действительной оборонительной войны в случае вторжения.

Применение силы государствами друг против друга не определено никакими нормами. Сила здесь не монополизирована, она не направляется и не обуздывается, но применяется время от времени в зависимости от отдельных интересов, доминирующих в различных государствах.

Поэтому в международной сфере не существует ничего, соответствующего наказанию. Акты мести и покорения, которые случаются здесь, не имеют ничего общего с наказанием, кроме того факта, что они причиняют страдание. Эти меры не предписывает беспристрастный судья, они не применяются в соответствии с нормами какого-либо рода, они не следуют систематически за определенными видами действий и т. д. Ничто, кроме победы, не определяет, какая сторона будет «наказана», ничто, кроме интересов, власти и возможных запретов победителей, не устанавливает границы требований к побежденным.

Отсутствие организованной надгосударственной силы также подразумевает, что значение международных соглашений полностью отличается от значения обычных договоров. Договоры, действительные в гражданском праве, обеспечены силой. В случае его невыполнения одной стороной, другая может привести в действие правовой механизм с целью взыскать ущерб. Поэтому обе стороны действительно заинтересованы в исполнении обещанного по договору. Не поступать так неоправданно. В противном случае, это приведет к большим расходам и другим неудобствам. Таким образом, действие правового механизма создает постоянный мотив соблюдения договора для его сторон. Никакого такого постоянного мотива, обеспеченного организованной силой, не существует в отношении международных договоров. Поэтому интересы сторон варьируются согласно постоянно изменяющейся ситуации в целом. Жесткий элемент, установленный договорным правом, отсутствует.

Таким образом, очевидно, что сущностные характеристики внутреннего права, права в собственном смысле, и действительной ситуации, созданной его применением, не подходят к отношениям между государствами. Тем не менее, мы говорим о международном праве. Что же это означает?

Без сомнения, международное право существует в смысле системы норм, касающихся отношений между государствами. Эти нормы частично развиваются из традиций и обычаев, частично устанавливаются международными соглашениями или даже являются их содержанием. Здесь, как и в случае с правом в собственном смысле, нормы представляют собой идеи о человеческих действиях, вы-

раженные в императивной форме. Конечно, эта система не так гармонична, как право современного государства, но это только вопрос уровня развития.

Данные нормы вызваны самой настоятельной необходимостью. Для государств, особенно в современных условиях, было бы совершенно невозможным сосуществовать с другим государством без некоего регулирования. Их отношения должны видоизменяться бесчисленным количеством способов, чтобы уменьшить трения и открыть каналы для экономического и культурного обмена. Таким образом, следовать установленным нормам, по крайней мере, в значительной степени, лидеров государств заставляют веские причины. Действовать так совершенно необходимо, чтобы избежать абсолютного хаоса. Возьмем только один пример – международный обмен товарами в существующем объеме станет очевидно невозможным, если свобода морей не будет признаваться всеми в мирное время. Когда поднимают на смех международное право, в общем, забывают, что мы не смогли бы существовать так, как сейчас, если бы определенные основные его нормы не соблюдались всеми народами.

С чисто юридической точки зрения, кажется, что фундаментальных отличий между этим правом и правом в собственном смысле не существует. Юрист с его юридическими возможностями непосредственно стремится только к обнаружению образцов поведения, содержащихся в нормах, и дополнению этих норм в случае их недостаточности при споре. Юрист-международник связан вопросами такого же рода, когда имеет дело с международными нормами.

Запись и комментирование норм – исконная сфера юриспруденции. Очень интересным предметом научного исследования было бы выяснение мотивов подчинения таким нормам и обсуждения практического эффекта этого подчинения. Если мы решим назвать совокупность норм международного права, нам не понадобится поднимать спор, так как это всего лишь вопрос слов. Термин не лишен оснований, поскольку содержание императивов, составляющих международное право, во многих отношениях аналогично содержанию норм внутреннего права. Международные нормы, с одной стороны, похожи на внутреннее право, то есть на правила поведения граждан, хотя у них нет дополнения - норм о силе, которую

должны применять государственные служащие. Но когда международное право описывают как реальное право, подразумевают нечто иное: то, что международное право включает в себя власть, такую же ограничивающую силу, как и внутренне право. Это положение относится не к фактическому праву, а к праву в метафизическом смысле. На этом уровне признается сущностная схожесть этих форм права.

С метафизической точки зрения, суть действительности права в том, что оно создает права и обязанности. Но этот эффект (как мы знаем, полностью воображаемый) приписывают международному праву так же, как и праву в собственном смысле. Международное право представляют как идеальную власть того же рода, что и право в собственном смысле, обладающую той же «обязывающей силой», которая создает реальные права и обязанности. С метафизической точки зрения, вопрос о том, как защищают права и принуждают к исполнению обязанностей, является второстепенным. Говорят, что внутри государства этого добиваются при помощи санкций, применяемых судами. В международной сфере место санкций занимает реторсия. Каждое государство само себе судья, и поэтому берет исполнение в свои руки.

Таким образом, мы имеем право в метафизическом смысле, природа которого идентична в обоих случаях. Этот образ мыслей получил идеальное выражение, например, в классической работе Гроция о праве войны и мира, которую, как правило, принимают за точку отсчета существования науки о международном праве. Его метод заключается в перечислении оснований для судебного разбирательства в гражданском праве, и далее в применении схожих норм к отношениям между суверенами. Основной руководящий принцип заключается в том, что в этой сфере реторсия заменяет усмотрение судов. Любому справедливому основанию судебного разбирательства в гражданском праве соответствует справедливое основание войны. Поэтому война правомерна, когда она ведется для наказания, предотвращения несправедливости, возмещения ущерба или возвращения собственности. Это значит, что справедливая война поставлена на один уровень с нака-

занием и его исполнением в гражданском праве, и принуждает рассматривать войну как нечто, совершенно аналогичное.<sup>20</sup>

Система Гроция, конечно, вышла из употребления. Его наивно проведенная точная параллель между справедливой войной и санкциями внутреннего права больше никем не признается. Среди юристов, имеющих дело с международным правом, существует явное разделение мнений по поводу его природы и места войны в этой системе. Но не будет преувеличением положение о том, что базовые понятия «обязывающего» международного права, с одной стороны, и созданных законом прав и обязанностей, с другой стороны, до сих пор в основном присутствуют как в правовой науке, так и (что более важно) в общественном мнении. Мы очень далеки от состояния, в котором нации провозглашают свои явные интересы, не ссылаясь при этом на права. Однако с идеей прав связана идея о том, что сила может быть использована, чтобы доказать право, и должна так использоваться ради того, чтобы право не потеряло свое значение. Однако сила принадлежит или собственно государству, к которому относится право, или его союзникам. Поэтому идея самозащиты прав очень могущественна и является существующей реальностью международных отношений.

Не нужно больше ничего говорить, чтобы показать, что, согласно распространенному мнению, отношения между правом и силой принципиально одинаковы в международной сфере и внутри государства. Говорят, что право, понимаемое как идеальная власть, в обоих случаях поддерживается или защищается силой. Отличие только в том, что внутри государства самозащита прав запрещена, тогда как между государствами она до сих пор остается основным средством отстаивания прав.

Такова общая идеологическая точка зрения в наше время. Чтобы оценить ее значимость для отношений между людьми, кроме всего прочего, необходимо осознать, что идеи о правах и обязанностях выполняют здесь двойную функцию. С одной стороны, они создают определенные сдержки против насилия. Но, с другой стороны, они непосредственно иницируют насилие.

Сдерживающий эффект идей не следует полностью игнорировать. Я склонен думать, что тщательное исследование выявило бы большее ограничивающее влияние идей международных прав и обязанностей, чем предполагается многими. В глаза бросаются случаи исчезновения ограничивающего влияния, но не случаи его действия. Мы привыкли не замечать непосредственного влияния тех идей, которые относятся к нашему запасу самоочевидных истин и принципов поведения. Внимание привлекают случаи нарушения этих принципов, а не молчаливого им следования.

Несомненно, что сдерживание, вызванное идеями прав и обязанностей в международных отношениях, далеко не так надежно, как то, которое внушают нормы гражданского и уголовного права. Причина этого в том, что их не поддерживает единообразное и решительное применение силы, которым управляют беспристрастные и честные судьи.

По той же причине идеи не так единообразны, как те, которые связаны с внутренним правом. Наши представления о том, как приобретается право собственности, как оно обозначает долг, какие действия преступны и т. д., формируются под влиянием права. Поэтому одинаковые представления целиком господствуют в той же сфере, регулируемой тем же правом. Они внушаются всеми силами и властью аппарата государства. Путаница между реальными властными позициями и реальными ограничениями, создаваемыми систематическим применением силы, поддерживает веру в то, что идеи о правах и обязанностях действительны, то есть соответствуют реальности. Индивидуальные представления о правах, противоположные стимулируемым правом понятиям, кажутся недействительными именно потому, что они лишены поддержки государственной организации и поэтому не связаны с практическими преимуществами или ограничениями. Вот почему монополизация права влечет имеющие серьезные последствия единообразие идей, внушая определенную их совокупность и исключая остальные (сходство многих составляющих этих идей во всех цивилизованных странах объясняет тот факт, что необходимость внушения именно таких идей дала себя почувствовать везде).

В международной сфере ситуация полностью отличается. Отсутствие монополизации силы влечет разнообразие идей, касающихся прав и обязанностей. Здесь не существует центральной власти, способной создать и поддерживать единообразные идеи с соответствующим исключением других. Поэтому в различных странах на базе их различных интересов развиваются сильно отличающиеся системы представлений. Утверждаемые «права» - по сути, прикрытие для этих интересов, которое окружает их ореолом абсолютной власти, заставляет их казаться чем-то большим, что они представляют собой в действительности – простыми желаниями и требованиями правящих в данное время в стране групп. Такие идеи, действительно, часто оказываются общими для всех таких групп. Но в этом случае их интересы, без сомнения, также близки.

Когда международное право превозносят как средство сохранения мира, берут в расчет только *ограничивающее* влияние идей, касающихся международных прав и обязанностей. То, что эти идеи имеют также и противоположный эффект, не осознается. Ограничивающее влияние может быть вызвано пониманием того, что *кто-то другой* имеет право, которое следует уважать. Но идея принадлежности *кому-либо* прав служит уничтожению сдержек против насилия и даже провоцированию насилия с целью «защитить» право. Очень важно уделять внимание психологической функции идеи прав в этом отношении.

Твердая вера в то, что у нас есть право, означает, в первую очередь, что действия, на которые, как предполагается, мы имеем это право, рассматриваются как разрешенные. Никакого запрещающего «ты не должен!» не ассоциируется с идеей их совершения. Но эффект этой веры заключается также в том, что она вызывает определенные чувства. Как мы отмечали выше, идея обладания сверхъестественной властью абсолютно предсказуемо порождает чувство силы, а уверенность поддерживает идея, что эта власть, в конечном счете, *должна* в конечном итоге утвердиться в реальной жизни.

Такие же идеи и чувства связаны с применением силы для «защиты» и «отстаивания» наших прав. Они также освобождены от кандалов императива «нет!»,

ассоциирующихся с идеей насилия, и тоже сопровождаются чувствами силы и уверенности.

Применительно к гражданским субъективным правам так называемую защиту предоставляет аппарат государства. За некоторыми исключениями, самозащита прав наказывается. Это значит, что негативный императив, касающийся насилия (с упомянутыми исключениями), отсутствует только в отношении действий организованной и регулируемой официальными лицами силы. Желание отстоять права удовлетворяется через спокойно и беспрепятственно совершаемые действия. Чувство силы и уверенности ассоциируется с ними, а не с актами насилия со стороны правообладателя. Таким образом, чувства, связанные с отстаиванием прав, получают разумный выход, а также держатся под контролем.

Чувства, связанные с правами государств, напротив, лишены контроля над государственной организацией и не имеют соизмеримого выхода, связанного с применением такой организацией силы. Предполагается, что государство само отстаивает свои права. Считают, что оно наделено правом применять насилие в этих целях, по крайней мере, когда это кажется абсолютно необходимым (это демонстрирует тот факт, что каждое государство содержит военные силы). Другими словами, никакой запрещающий императив не ассоциируется с идеей насилия в этих случаях (исключение составляют крайние пацифисты, которые оказываются в совершенном меньшинстве, когда доходит до дела). А чувства силы и уверенности в победе в таких случаях ассоциируются с идеей насилия или угрозы его применения. Такие ощущения даже целенаправленно возбуждаются лидерами государств, чтобы усилить свой военный потенциал. Теперь прибавим, что идеи прав не подвержены никакому внешнему по отношению к государствам контролю, что они в основном определяются интересами, господствующими в каждом государстве, что различные системы юридических идей поэтому остро противоречат друг другу. Тем самым мы получим представление о том, что в действительности значат международное право и права государств для провокации насилия между людьми. Их эффект в этом отношении точно противоположен эффекту инструмента сохранения мира.<sup>21</sup> Фактически, идеи прав и справедливости – неотъемлемая часть

вооружения каждого государства. Ситуация совершенно прояснится, если отбросить метафизическую концепцию права и обратить внимание не на эту воображаемую власть, а на изучение психологической функции *идей*, касающихся межгосударственного права и их связи с применением силы.

Требование уничтожения силы по очевидным причинам возникло также в международных отношениях. Ведь господствующее здесь нерегулируемое применение силы таит наиболее опасную угрозу человеческой цивилизации и кладет на человечество бремя, которое становится все тяжелее. Попытка излечить этот порок была сделана посредством формирования Лиги Наций и «системы коллективного поддержания мира». Ее явной целью было положить конец войне и, следовательно, уничтожить применение военных угроз, или так называемую политику силы. Место силы должно было занять международное право, которому было предназначено регулировать отношения между людьми на основе справедливости. Поэтому цель Лиги адекватно формулируют следующие слова авторитетнейшего политика: «Коллективная система обозначает уничтожение силы и установление правления права».<sup>22</sup>

В данный момент очевидно, что право, упоминаемое в этом отношении, может быть только правом в метафизическом смысле. Эта высшая «власть» должна была установиться над действительной силой государств. Создание чего-либо наподобие централизованной всемирной организации силы было невысказанным, и таких попыток не предпринималось. Лига предполагала суверенитет входящих в нее государств. Но суверенитет принадлежал только государствам, сумевшим монополизировать силу на своей территории. Поэтому принцип состоял в том, что праву (в смысле «обязывающих» норм) вместо соответствующей силы государств нужно было управлять отношениями между ними, пока они сохраняли характер вооруженных организаций. Разоружение должно было последовать позднее, хотя и существовало разделение мнений по вопросу, должна ли безопасность (основанная на праве) предшествовать разоружению или разоружение безопасности.

На практике это могло означать только интенсивную пропаганду принципов Лиги, направленную на создание среди народов и их лидеров надежных сдержек против применения насилия. Как мы знаем, такая пропаганда проводилась в крупных масштабах. Но она не принесла ожидаемых плодов. Провал был неизбежен по той главной причине, что она была лишена централизованной и организованной силы. Необходимые сдержки невозможно было создать по единому образцу и сохранять их в безопасности без такой силовой поддержки. Наставлять сильных и властных отказаться от власти – сизифов труд. Но это именно то, к чему стремится проповедь добровольного отказа от применения силы.

Однако принципы Лиги Наций также включают другую идею, которая открыто противоречит идее уничтожения силы. Это идея санкций. Потому как санкции означают войну. В связи с этим идеологическая система Лиги Наций характеризуется внутренним расколом, который влечет огромную путаницу. Люди постоянно колеблются между двумя точками зрения, не осознавая отличий между ними. Плод их союза – принцип защиты мира путем разжигания войны.

Принцип уничтожения силы неизбежно следовало дополнить противоречащим ему принципом санкций. Без силы невозможно было бы обойтись. Даже если мы могли предположить, что пропаганда Лиги была бы в состоянии создать такое же последовательное и надежное сдерживание насилия, какое гарантирует внутреннее право, сила все равно бы потребовалась. Сдерживание, очевидно, никогда бы не смогло стать абсолютным. Случаи насилия неизбежно происходят. Отказаться от применения своей силы означало бы для государств подвергнуть себя риску быть покоренными каким-нибудь государством, сохранившим или возродившим военную силу. Опасность была бы тем более грозной, что такое сдерживание не настолько надежно, как в случае противодействия индивидуальным актам убийства или грабежа. Поэтому инстинкт самосохранения неизбежно влечет включение силы в систему, именуемую санкциями.

Результат оказался совершенно несопоставимым с «верховенством права», которое мы обнаружили внутри государства. Там у нас не было такого раскола. Наше гражданское и уголовное право построены не на принципе неиспользования

силы, а на принципе ее регулирования и применения в общих целях. Поэтому применение норм права через акты силы не противоречит основанию системы, а гармонирует с ним, и такие акты совершаются без больших усилий в индивидуальных случаях. В Лиге Наций, напротив, мы обнаруживаем в основе системы принцип уничтожения силы. Принцип санкций является надстройкой над базисом. А применение санкций требует максимальной силы, поскольку ее необходимо направлять против мощных государств.

Мы не можем сослаться ни на один пример реального применения коллективной системы в соответствии с Уставом Лиги Наций, хотя было много случаев такой необходимости (санкции, примененные против Италии во время абиссинского кризиса, совершенно не соответствовали букве и духу Устава). Причин этого провала много. В большей части, они очевидны.

Если санкции необходимо систематически применять соответственно нормам, то их применение должно быть вверено лицам, которые в связи с этим не попадают (в 90 процентах случаев) в ситуацию, подразумевающую острый конфликт интересов. Их положение, напротив, должно быть таким, чтобы они оказались лично заинтересованы в осуществлении применения санкций, в осторожном их осуществлении, как в случае с нашими судьями. Далекое от того, чтобы подвергать себя риску при осуждении преступников или вынесении решений по гражданским делам, таким образом они зарабатывают себе на жизнь своим трудом. Но государства, от которых требуется применение санкций, находятся в совершенно другом положении. Они поставлены лицом к лицу с риском понести огромнейшие жертвы, не предполагающие никакой перспективы вознаграждения. Абсолютно бессмысленно ожидать, что какая-нибудь нация возьмет на себя такое бремя, если это не будет соответствовать ее собственным интересам. Но это значит, что предусмотренные Уставом санкции никогда не будут применены, в отличие от норм Устава. Если идеология санкций когда-нибудь опять станет использоваться – а это выглядит отнюдь не исключенным на момент написания настоящей книги – это будет сделано с целью оправдать войну, которую господствующие в Лиге Наций власти посчитают необходимой по причинам, абсолютно не

связанным с содержанием Устава. Международное право, навязываемые права и вменяемые членством в Лиге Наций обязанности будут призваны уничтожить сдерживание насилия, стимулировать чувства силы и уверенности – так обеспечивая основание войны и привлекая на свою сторону союзников.

## ПРИМЕЧАНИЯ

---

1 Общая отсылка может быть сделана к следующим работам: Hägerström A. 1) *Der römische Obligationsbegriff*. I. Upsala und Leipzig, 1927; 2) *Selbstdarstellung // Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*. Leipzig, 1928; 3) несколько работ на шведском, прежде всего «Till frågan om den objektiva rättens begrepp» (1917), которая, помимо прочего, содержит интересный анализ природы приказа и понятия обязанности. Lundstedt V. 1) *Superstition and Rationality in Action for Peace ?* London, 1925 ; 2) *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*. Berlin, 1932-1936.

2 Здесь и далее цитаты приводятся по очерку Кельзена «The Pure Theory of Law», опубликованному в «Law Quarterly Review» (№№ 51, 52 / 1934, 1935). Теория Кельзена была подвергнута всесторонней критике Хэгерстрёмом в международном обозрении «Litteris» (1928).

3 Выражение «Великая Тайна» может быть найдено в работе Кельзена «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre» (S. 451).

4 В работе Гроция «De iure belli ac pacis» естественное право определяется как «dictatum rectae rationis, indicans actui alicui, ex eius convenientia aui disconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore naturae Deo talem actum uat vetari, aut praecipiri» («предписание здравого разума, коим то или иное действие, в зависимости от его соответствия самой разумной природе, признается либо морально позорным, либо морально необходимым; а следовательно, такое действие или воспрещено, или же предписано самим Богом, создателем природы» / Гроций Г. О праве войны и мира, Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. М., 1994. С. 71 – Прим. науч.ред.). См.: Hägerström, Nehrman-Ehrenstråles uppfattning etc. (Minnesskrift ägnad 1734 års lag. P. 597).

5 Вот несколько случайно выбранных цитат, касающихся определения права как воли государства: 1) Дернбург пишет в «Pandekten» (I. S. 43): «Das Recht ist der allgemeine Wille» («право – это всеобщая воля» (нем.) – Прим. науч.ред.); 2) Вах начинает свой знаменитый трактат о гражданско-процессуальном праве с определения права как: «der abstrakte, hypothetisch-normierende Wille» («абстрактной, гипотетически-нормирующей воли» (нем.) – Прим. науч.ред.); 3) Биндинг в «Die Normen» (I. S. 185) прямо говорит: «Das Gesetz ist der Wille...» («закон – это воля...» (нем.) – Прим. науч.ред.); 4) Штарк в «Die Analyse des Rechts» (1916) говорит: «Hegels Satz: das Recht ist der Wille des Staates, gilt als Axiom nahezu des grössten Teiles der heutigen Rechtswissenschaft» («данное Гегелем определение права как воли государства действует в качестве аксиомы в большей части современного правоведения» (нем.) – Прим. науч.ред.); 5) Кельзен в «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre» указывает: «Der Staat will – so ist die allgemein verbreitete Vorstellung – dass seine Untertanen nicht stehlen, betrügen, morden, dass sie empfangene Dahrlehen zurückgeben, den vereinbarten Kaufpreis zahlen, dass sie Steuer einrichten, Militärdienst leisten etc... Dieser auf das rechtmässige Verhalten seiner Untertanen gerichtete Wille des Staates begründet nach herrschender Lehre die Rechtspflichten der Subjekte» («государство желает – таково общераспространенное представление – чтобы его подданные не крали, не обманывали, на убивали, чтобы они отдавали взятое взаймы, платили оговоренную покупную цену, чтобы они уплачивали налоги, несли воинскую службу и т.п.... Эта воля государства, направляемая право-

---

мерным поведением его подданных, согласно господствующему учению, обосновывает юридические обязанности субъектов» (нем.) – Прим. науч.ред.); 6) Моррис Р. Коген указывает в «Law and the Social Order» (1933. P. 249): «Практически во всех современных юридических и политических дискуссиях, которые придают себе образ научности, право определяется как воля суверена».

6 Т. Гоббс. Левиафан. Ч. 2. Гл. 26, 8. Современным примером такой теории служит следующее утверждение Кельзена из «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre» (S. 202): «Die Erklärung des Willes seitens des Befehlenden führt nicht direkt zum Willen des Anderen. Sie ist an dessen Intellekt gerichtet, wo sie lediglich die Vorstellung des fremden Willens hervorruft» («Волеизъявление со стороны властвующих не ведет напрямую к воле других. Такое волеизъявление направлено на тот интеллект, где оно вызывает исключительно представление о чужой воле» (нем.) – Прим. науч.ред.).

7 Определение приказа, данное Остином, ошибочно. Он говорит: «Если вы выражаете желание или сообщаете о желании, согласно которому мне следует произвести или воздержаться от некоторого действия, и если вы накажете меня причинением ущерба в случае неисполнения мной вашего желания, выражение вашего желания или сообщение о нем будет приказом». Внушающий характер приказа игнорируется. Вместо этого Остин делает упор на угрозах, которые часто дополняют приказ, но их необходимо отличать от собственно приказа.

8 В американской школе права некоторые писатели, возглавляемые судьей Холмсом и деканом Роско Паундом, делают сильный акцент на том, что судьи, в противоположность старой теории, действительно «создают право». Работа Джэррома Франка «Law and the Modern Mind» (1930) принципиально стремится к цели сделать процесс судебного создания права сознательным. Согласно Франку, до сих пор преобладает прежняя точка зрения: «большинство юристов отказывают в реальности судейскому правотворчеству» (P. 33), то есть считают, что провозглашаемые судьями нормы всегда имелись в наличии до их объявления в суде.

9 Как пример смешения права и действительной возможности возбуждения успешного иска можно процитировать эссе «Conditional Rights» Артура Л. Корбина («Law Quarterly Review». 1928. № 44). Для начала автор правильно отмечает, что всеобщие представления о праве подразумевают нечто мистическое. Затем он пытается определить, что же действительно представляет собой право или, по его словам, «свести субъективные права к системе общего опыта наряду с другими фактами». Очевидно, предполагается, что права – это факты. Проблема поэтому только в определении того, что представляют собой факты. Конечное определение таково: «Правовое отношение между двумя лицами (отношение «право-обязанность» или какое-либо другое) означает, что мы можем предсказать с некоторой степенью уверенности, каково будет действие организованного общества по отношению к этим двум лицам... Как право, так и привилегия выражают юридические понятия и символизируют юридические отношения, потому что они (в случае применения в отношении двух лиц) оказываются предсказаниями (выделено мною) социального поведения в соответствии с нормами единообразия... Как определялось выше, заявление того, что у тебя есть право по отношению ко мне, означает, что на основе существующих фактов мы можем предсказать с обоснованной уверенностью, что у тебя есть возможность получить общественную помощь, чтобы контролировать мое поведение».

Отождествление субъективных прав и предсказаний – очевидная ошибка. То, что мы подразумеваем под правом, – это определенно не тоже самое, что мы подразумеваем под предсказанием. Если разные лица сделают разные предсказания по поводу одного случая, будет ли здесь столько же субъективных прав? Делают ли законодатели предсказания о действиях судей, когда они устанавливают нормы о том, как права нужно приобретать, переносить и т. д.? Конечно, нет. Они регулируют будущие действия судьи. Также не делают предсказаний судьи, «определяя субъективные права». Судебное решение не может быть предсказанием того, что собирается делать судья в данном случае! Без сомнения, под правами мы подразумеваем нечто отличное от предсказаний. Возможно, право состоит в фактах, на которых разумно основаны такого рода предсказания? Нет. Эти факты многочисленны и имеют различ-

---

ный характер. Они включают содержание закона, факты, устанавливающие титульное право, личности свидетелей и судей, полномочия адвокатов, экономическое положение сторон и т. д. То, что мы держим в мыслях, говоря о праве, не может быть массой этих разнородных фактов. В действительности мы подразумеваем, что право создают определенные факты из этой группы, то есть те факты, которые формируют титульное право.

Не трудно понять, что заставило автора принять указанную точку зрения. Факт в том, что лицо, которое, согласно содержанию закона, имеет «право», в общем, способно привести в действие правовой механизм в свою пользу при определенных обстоятельствах (когда право было «нарушено» и т. д.). Это путают с тем, что мы держим в мыслях, говоря о праве. Нам, действительно, приходится иметь дело с двумя отличающимися реальностями, с одной стороны, с идеей прав, с другой – с действительной ситуацией в обществе, созданной систематическим применением норм права.

10 Смысл данной теории в том, что нормы являются единственной реальностью в праве и что разговоры о субъективных правах и обязанностях означают только, по словам Фиттинга, «*der verbindende kurze Ausdruck für eine Anzahl nahe zusammenhangender und ineinandergreifender Rechtsvorschriften*» // *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*. 1889. 13. S. 44 («налагающее обязанности сокращение для множества взаимозависимых и взаимопересекающихся правовых предписаний» (нем.) – Прим. науч.ред.).

11 Распространенный взгляд на природу судебного решения изложен, например, у Борчарда в «*Declaratory Judgments*» (1934). Автор говорит, что судебное решение – это «окончательное объявление правового отношения существующим или не существующим... Это – конечное определение прав сторон в действии, отличающем судебное решение от любых других публичных средств придания эффекта установленным в законе правам» (С.6 и далее). Цитируются многие положения судей и писателей-правоведов о том же эффекте; особая ссылка делается на работу Гавита (*The Code Cause of Action* // *Columbia Law Review*. 1930. № 30. P. 807) для «убедительного объяснения того факта, что суды не создают и не приводят в жизнь субъективные права, но их решения удостоверяют, что эти права существовали до вынесения решения – судьи просто превращают право, до того не обладавшее признаком принудительности, в принудительное право».

Иногда полагают, что судебные решения – это приказы. Например, Моррис Р. Коген в работе «*Law and the Social Order*» (1933. P.240) говорит: «Эти приказы обычно, в первую очередь, адресуются определенным должностным лицам, судебным чиновникам, шерифу и другим, определяя, что им следует делать».

Теория приказа подходит ближе других теорий к истине в том, что она воспринимает знание об императивном элементе судебного решения. Но важно отличать приказ в собственном смысле от императивных выражений того рода, которые используются в судебных решениях и являются «независимыми императивами». Было бы неточным высказывание о том, что приказ адресуется судьей представителям исполнительной власти. Судья императивно устанавливает обязанность ответчика – это все, что действительно делает судья, вынося судебное решение, за которым может (при определенных условиях) последовать принудительное исполнение.

Коген продолжает: «Я не вижу ценности в том аргументе профессора Интема, что решение суда по своей сути – это «суждение, а не команда». Если судебное решение приводит в действие шерифа, который наложит арест на мое имущество, тогда как кто-либо, признающий эмпирический характер науки права, может заявлять, что это не приказ?» Ответ, безусловно, заключается в том, что людей могут приводит в действие и другие средства, помимо приказов. Дорожный указатель, предупреждающий о приближении к железнодорожному поезду – это не приказ водителю. Тем не менее, водитель согласовывает свои действия со знаком, потому что был обучен действовать определенным образом, если видит определенный знак. Отношение шерифа к судебному решению точно такое же.

---

12 Данное определение относится только к судебному решению, которое содержит реальное применение права, то есть, приспособлено к заложенной в законе модели. Конечно, существуют и другие судебные решения. Их характер, очевидно, таков же – они также являются императивными установлениями о правах и обязанностях. Отличается только их отношение к закону. Цель текста решения только в том, чтобы показать смысл применения норм о правах и обязанностях; и поэтому только те судебные решения, которые содержат реальное применение права, следует принимать во внимание.

13 Так называемые декларативные судебные решения содержат только декларацию прав и обязанностей сторон без какого-либо принудительного решения, то есть без предписания исполнения в случае невыполнения. Однако нет никакой существенной разницы между таким и обычным судебным решением в пользу истца. Декларативное судебное решение косвенно содержит решение о применении силы. Оно определяет будущие действия представитель исполнительной власти, если таковые понадобятся. Но сила остается в тени здесь чаще, чем обычно. Потребуется новое решение для того, чтобы осуществить исполнение ранее принятого решения. Это новое решение базируется на декларативном судебном решении. Сошлемся на профессора Борчарда: «Стоит на проигравшую сторону возложить обязанности, неоспоримость которых действительно доказана, и будет очень легкодобиться вспомогательного судебного приказа, из которого может следовать исполнение, ввиду того факта, что декларативное судебное решение представляет собой *res adjudicata*» (Borchard. *Declaratory Judgments*. 1934. P.12). В некоторых случаях, например, когда выносятся судебные решения о разводе, оно производит особое действие морального характера.

14 Небольшой вклад в исследование магического основания собственности в римском праве сделан в моем эссе «Приобретение владения в римском праве» (Lunds Universitetes Årsskrift. 1938. Lund & Leipzig, 1938).

15 Неспособность юристов представить себе право вне прав и обязанностей хорошо иллюстрирует замечание, сделанное профессором Алленом. Ссылаясь на теории Дюги и Лундштедта, профессор Аллен говорит: «В этой лекции я предполагаю коснуться двух теорий, одна из которых утверждает, что право состоит исключительно в обязанностях, а другая – что оно не состоит ни в правах, ни в обязанностях, а в ... – здесь я сделаю паузу, поскольку нелегко понять, из чего же состоит право, без обоих этих элементов» (Allen C.K. *Legal Duties*. 1931. P. 157). См. также: Pollock. *First Book of Jurisprudence* (6th ed., 1929. P. 111): «Право неизбежно имеет дело с правами и обязанностями лиц... Лица поставлены, при помощи управления действиями и событиями, в отношения с вещами и друг с другом. Иными словами – в отношения, способные породить обязанности, права и требования: для правовой науки ничто другое не имеет значения» (выделено мною).

16 Одна из причин, по которой опосредованным влиянием права так часто пренебрегают, состоит в том, что связь между правом и нашими действиями в повседневной жизни не прямая. Всегда, в общем, между ними существует одно или даже множество связующих звеньев. В обычных случаях мы не учим законы наизусть, чтобы приспособить наше поведение к их положениям, так же, как не консультируемся каждый день с юристами. Влияние права достигает нас по многим другим каналам. Один из них – обучение. Другой – пресса. Мы узнаем многое о том, что разрешено, а что нет, читая газеты. Часто проводится пропаганда системы новых норм, например, правил дорожного движения. Мы также копируем обычаи, которые были развиты на основе права. В любой отрасли торговли и промышленности может быть найдено очень много обычаев такого рода. Мы используем стандартизированные формы контрактов, векселей и т. д. Поэтому каналы правового влияния многочисленны.

17 Концепция власти намеренно не анализировалась в тексте. Это увело бы нас слишком далеко собственно от предмета исследования. Я только хочу сделать следующие замечания, чтобы избежать искаженного понимания. Мы склонны думать о власти как о принадлежащей лицу силе, которая заставляет подчиняться. Но это значит переворачивать вопрос с ног на голову. Такое понятие власти столь же абсурдно, сколь абсурдно было бы претендо-

---

вать на то, что маленькое клеймо владельца на шее слона заключает в себе силу, превосходящую силу слона, и дающую владельцу право господствовать над животным. Реальность, на которой основано обычное, несколько мистическое понятие власти, заключается в том факте, что некоторое лицо (или лица) действительно подчиняется приказам другого лица. Без действительной подчиненности не существует власти. Так власть обозначает завершенную позицию, отношение между индивидами, характеризуемые подчинением одной стороны приказам другой. По этой причине есть смысл говорить о властных позициях.

Таким образом, власть одного лица всегда обусловлена (или скорее подразумевает) соответствующее отношение других лиц. Другой вопрос в том, какие причины и основания заставляют людей выражать это отношение. Единственная причина может заключаться в том, что приказывающее лицо способно оказывать внушающее воздействие на других, в связи с чем они слепо повинуются ему. Эта ситуация более всего близка распространенному понятию власти. В реальности здесь существуют определенные реакции среди подчиняющихся лиц, вызванные отчасти действиями и качествами командующего лица, отчасти свойствами самих подчиняющихся лиц, и отчасти сопутствующими обстоятельствами. Качества находящихся у власти лиц, которые здесь важны, - это такие природные качества, как смелость, ум или специфическая направленность мыслей. Они, очевидно, полностью отличаются от мистической силы, в которой видят сущность власти. Их рассматривают как источник власти, но не как нечто идентичное самой власти.

Государственная организация состоит из сети властных позиций, обладатели которых работают, более или менее постоянно согласуясь с общей системой норм с ее центром в конституции, помогая друг другу и контролируя друг друга. Власть каждого члена организации обусловлена жестким отношением к праву и к законным решениям, принимаемым другими членами. Законодатели были бы бессильны, если судьи не действовали бы согласно законам с большой степенью надежностью и точности. Власть судьи исчезла бы, если представители исполнительной власти не действовали бы автоматически в соответствии с судебными решениями и т.д. Ключевые властные позиции, которые вместе формируют власть государства, поэтому продолжают существовать только на основе таких жестких отношений между членами организации.

Любое из отношений, которые мы обозначаем термином «власть» - это психологическое отношение. Инструмент воздействия власти - это всегда психологическое влияние одного лица на другое. Оно может показаться хрупким инструментом. В действительности, его сила огромна (при наличии необходимых условий). Это инструмент, при помощи которого страной управляют в войне и мире, поддерживают порядок и безопасность, ведут армии в бой друг против друга.

В большинстве простых властных отношений бросается в глаза личностный элемент внушения. Однако этот элемент можно ограничить или вообще обойтись без него, если образ мыслей лиц, которые должны подчиняться, достаточно подготовлен. Прототип такой подготовки - военная муштра, которая заставляет солдат почти автоматически реагировать на приказы офицеров.

В государственной организации такая подготовка применяется очень давно, хотя не всегда в военной форме. Она необходима для обеспечения работы механизма. Общая безопасность в правовых делах, например, была бы не очень значительной, если бы исполнение судебного решения зависело от личного влияния судьи на представителей исполнительной власти. Личностный элемент, поэтому, в большей части заменяет форма, а форму делает эффективной обучение служащих и их взаимный контроль друг за другом.

18 Strachey J. The Theory and Practice of Socialism. 1936. P. 172 ff.

19 Lenin V. Sämtliche Werke. XXI. 1931. S. 537.

---

20 Grotius. 2, 1.: «Nam ubi iudicia deficient, incipit bellum» (Там, где отсутствует или прекращается действие судебной власти, следует война» (Гроций Г. О праве войны и мира, Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. М., 1994. С. 196 – Прим. науч.ред.).

21 Опасную иллюзию того, что международное право – это инструмент исключительно для сохранения мира, яростно и с огромной проницательностью атаковал профессор Лундштедт в работах «Superstition and Rationality» и т. д. и «Le droit des gens, danger de mort pour les peuples» (Bruxelles, 1937).

22 Слова из речи Энтони Эдена, произнесенной в январе 1935 г. (цитата из «Manchester Guardian»).