

**АНТОЛОГИЯ ТЕОРИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА**

**Г.Д.Гурвич**

**ФИЛОСОФИЯ  
И СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА**

**ИЗБРАННЫЕ СОЧИНЕНИЯ**





Г. Д. Гурвич

**ФИЛОСОФИЯ  
И СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА  
ИЗБРАННЫЕ СОЧИНЕНИЯ**

Перевод с французского М. В. Антонова  
Перевод с английского М. В. Антонова, А. В. Ворониной



**2004**

УДК 340.12  
ББК 67.0 и 60.56  
Г95

Составитель и автор вступ. статьи  
*М. В. Антонов*

Научный редактор  
доктор юридических наук, профессор *А. В. Поляков*

Гурвич Г. Д.  
Г95 **Философия и социология права: Избранные сочинения / Пер. М. В. Антонова, Л. В. Ворониной. — СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. — 848 с. ISBN 5-9645-0008-0**

В книге впервые на русском языке публикуются наиболее важные труды по социологии и философии права русско-французского мыслителя Г. Д. Гурвича (1894—1965). Эти труды уже давно стали классикой зарубежной социологии, и российскому читателю, несомненно, будет интересно познакомиться с идеями одного из основоположников социологии права как научной дисциплины.

Книга предназначена для всех, кто интересуется проблемами философии и социологии права.

УДК 340.12  
ББК 67.0 и 60.56

© М. В. Антонов, составление,  
вступительная статья, 2004  
© А. В. Поляков, предисловие, 2004  
© Издательство юридического факультета  
С.-Петербургского государственного  
университета, 2004

ISBN 5-9645-0008-0

**Георгий Давидович Гурвич**

**ФИЛОСОФИЯ И СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА:  
ИЗБРАННЫЕ СОЧИНЕНИЯ**

Редакторы: *М. А. Логинова, Н. С. Лосев, Г. А. Янковская*  
Компьютерная верстка: *Е. Е. Кузьмина*  
Дизайн обложки: *Ф. Р. Ручкин*

Подписано в печать 16.06.2004. Формат 60×90 1/16  
Печать офсетная. Гарнитура «Таймс». Бумага офсетная.

Уч.-изд. л. 72,5. Усл. печ. л. 53,0.

Заказ № 781.

Издательский Дом СПбГУ  
Издательство юридического факультета СПбГУ  
199106, Россия, Санкт-Петербург, В. О., 23-я линия, д. 26  
Тел./факс (812) 321 5462. Тел. (812) 329 2823  
[www.nucleuspress.ru](http://www.nucleuspress.ru)

E-mail: [law\\_uni\\_press@pochta.ru](mailto:law_uni_press@pochta.ru)

Отпечатано в ОАО «Издательско-полиграфическое  
предприятие «Искусство России»

198099, Санкт-Петербург, Промышленная ул., д. 38.

## СОДЕРЖАНИЕ

<i>Поляков А. В.</i> От научного редактора .....	9
<i>Антонов М. В.</i> Мир права Г. Д. Гурвича .....	10
<b>ИДЕЯ СОЦИАЛЬНОГО ПРАВА</b>	
<i>(пер. с фр., комм. — М. В. Антонов)</i> .....	41
<b>Часть I. Общетеоретическое введение</b>	
<b>(Понятие социального права, его определение, виды социального права, системные предпосылки научного исследования)</b> .....	43
<b>Глава I. Цель работы</b> .....	—
<b>Глава II. Определение понятия «социальное право»</b> .....	55
§ 1. Понятие «социальное право» и семь его существенных признаков .....	—
§ 2. Применение данного определения для уточнения некоторых тенденций в правовой действительности наших дней .....	72
<b>Глава III. Виды социального права. Проблемы, которые призвано разрешить понятие «социальное право»</b> .....	82
§ 1. Объективное и субъективное социальное право .....	—
§ 2. Неорганизованное и организованное социальное право .....	84
§ 3. Партикулярное и общее социальное право .....	86
§ 4. Чистое и независимое социальное право. Чистое, но подчиненное опеке государственного права социальное право. Аннексированное государством, но остающееся автономным социальное право. Конденсированное в государственный правовой порядок социальное право .....	88
А. <i>Чистое и независимое социальное право</i> .....	—
Б. <i>Чистое, но подчиненное опеке со стороны государства социальное право</i> .....	96
В. <i>Аннексированное государствам, но остающееся автономным социальное право</i> .....	102
Г. <i>Конденсированное в государственный правовой порядок социальное право</i> .....	115
<b>Глава IV. Системные предпосылки понятия «социальное право»</b> .....	126
§ 1. Общее понятие права (отношение между моральным идеалом и справедливостью; сущностные признаки права; право и мораль) .....	—
§ 2. Методологические предпосылки понятия «нормативный факт». Правовой «идеал-реализм». За пределами противопоставления «социологизма» и «нормативизма» .....	142

§ 3. «Нормативные факты» и проблема источников позитивного права («первичные источники» [«нормативные факты»] и вторичные, или формальные, источники права. Их разграничение в связи с противопоставлением социального права и права индивидуального. Позитивное право государства) .....	158
<b>Глава V. Доводы против возражений и заблуждений, связанных с самим термином «социальное право» .....</b>	<b>177</b>
<b>Глава VI. Обоснование отправной точки в историческом исследовании идеи социального права. Применяемая методология .....</b>	<b>187</b>
<b>КОММЕНТАРИИ .....</b>	<b>193</b>
<b>ЮРИДИЧЕСКИЙ ОПЫТ И ПЛЮРАЛИСТИЧЕСКАЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА</b> <i>(пер. с фр., комм. — М. В. Антонов) .....</i>	<b>213</b>
<b>Предисловие .....</b>	<b>215</b>
<b>Часть I. МЕТОДОЛОГИЯ. ЮРИДИЧЕСКИЙ ОПЫТ .....</b>	<b>217</b>
<b>Глава I. Предварительные замечания: постановка проблемы .....</b>	<b>—</b>
<b>Глава II. За пределами эмпиризма и догматизма: интегральный опыт непосредственно данного и его разновидности .....</b>	<b>223</b>
§ 1. Ошибки, в равной степени присущие эмпиризму, критицизму и рационализму .....	—
§ 2. Интегральный опыт по Джеймсу .....	226
§ 3. «Метафизический опыт» по Бергсону .....	229
§ 4. «Нравственный опыт» по Фредерику Рай .....	235
§ 5. Феноменологический опыт по Гуссерлю и Шелеру .....	244
§ 6. Выводы из изложенного .....	250
<b>Глава III. Специфика «юридического опыта» .....</b>	<b>252</b>
§ 1. Теоретические предшественники .....	—
§ 2. Систематическое описание структуры юридического опыта .....	261
<b>Глава IV. Философия права, социология права и теория права — их связь с непосредственным юридическим опытом .....</b>	<b>278</b>
§ 1. Философия права .....	—
§ 2. Социология права .....	280
§ 3. Догма права .....	281
<b>Часть II .....</b>	<b>284</b>
<b>Глава I. Идея справедливости .....</b>	<b>—</b>
§ 1. Общие положения .....	284
§ 2. История идеи справедливости .....	—
§ 3. Общие выводы .....	291

<b>Глава II. Естественное право или интуитивное позитивное право</b> .....	295
§ 1. Введение .....	—
§ 2. Исторический обзор доктрин естественного права .....	298
§ 3. Систематические рассуждения: логическая невозможность естественного права .....	307
§ 4. Выводы относительно справедливости, позитивного права и проблемы естественного права .....	—
§ 5. Интуитивное позитивное право .....	319
<b>Глава III. Плюралистическая теория источников позитивного права</b> .....	326
<b>Глава IV. Интуитивистская философия права:</b> <b>Лев Иосифович Петражицкий</b> .....	339
<b>Глава V. Основания и эволюция права: Эммануэль Леви</b> .....	353
§ 1. Методология .....	—
§ 2. Коллективные правовые верования .....	354
§ 3. Вера как основа собственности и ответственности. Коллективные обязательства и договор .....	358
§ 4. Эволюция права .....	361
§ 5. Обоснование коллективного трудового права .....	365
§ 6. Критические замечания .....	369
<b>Глава VI. Антиномичная философия права:</b> <b>Густав Радбрух</b> .....	379
§ 1. Изложение доктрины .....	—
§ 2. Критические замечания .....	394
<b>Часть III</b> .....	407
<b>Глава I. Демократический принцип и будущая демократия.</b> <b>Предупреждение 1934 г.</b> .....	—
§ 1. Пересечение трех направлений в идеологии демократии .....	411
§ 2. Являются ли принципы свободы, равенства и народного суверенитета обязательными для индивидуализма? .....	413
§ 3. Демократический принцип и идея права .....	421
§ 4. Демократия унитарная и демократия плюралистическая .....	423
§ 5. Политическая демократия и профессиональное представительство .....	426
§ 6. Должна ли демократия быть централистской? .....	428
§ 7. Демократия и социальное право .....	429
<b>Глава II. Социализм и собственность</b> .....	434
§ 1. Безусловное принуждение и собственность .....	435
§ 2. Трансформация внутренней природы собственности и субъекты собственности .....	436
§ 3. Федералистическая собственность и государство .....	440
§ 4. Противоречия децентрализующего коллективизма .....	444
§ 5. Порочный круг экстремистского синдикализма .....	447
§ 6. Конструктивные сложности гильдейского социализма .....	451
<b>КОММЕНТАРИИ</b> .....	460

<b>МАГИЯ И ПРАВО</b>	
<i>(пер. с фр., комм. — М. В. Антонов)</i> .....	471
<b>Введение</b> .....	473
<b>Глава I. Предварительный анализ. Магия и религия</b> .....	475
§ 1. Снятие предварительных возражений против концепции несводимости друг к другу магии и религии .....	—
§ 2. Концепция Джеймса Фрэзера .....	478
§ 3. Различные определения «мань» в их применении к определению магии .....	484
А. <i>Открытие Кодрингтона</i> .....	—
Б. <i>Интерпретации Мосса и Юбера</i> .....	485
В. <i>Теория «тотемной мань» у Дюркгейма</i> .....	488
Г. <i>Теория магии по Бергсону</i> .....	491
Д. <i>Описания мань у Лемана и Малиновского</i> .....	495
§ 4. Общие выводы о природе мань и магии .....	498
А. <i>Различие между маной и сакральным</i> .....	—
Б. <i>Определение магии и религии</i> .....	500
В. <i>Магия как один из источников развития техники и морали</i> .....	502
<b>Глава II. Юридическое значение магии</b> .....	505
<b>Предварительные размышления. Постановка проблемы</b> .....	—
§ 1. Юридические следствия магии по Джеймсу Фрэзеру .....	509
А. <i>Магия и частная собственность, брак и защита       человеческой жизни по Фрэзеру</i> .....	510
Б. <i>Магия и царская власть по Фрэзеру</i> .....	518
§ 2. Магия и индивидуальное право по Ювелену .....	525
§ 3. Магия и первобытные формы обменов .....	532
§ 4. Общие выводы о роли магии в жизни права .....	541
А. <i>Магия и индивидуальное право</i> .....	—
Б. <i>Магия и социальное право</i> .....	549
<b>КОММЕНТАРИИ</b> .....	557
<b>СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА</b>	
<i>(пер. с англ. — М. В. Антонов, Л. В. Воронина,       комм. — М. В. Антонов, Л. В. Воронина)</i> .....	565
<b>Введение. Предмет и проблемы социологии права</b> .....	567
§ 1. Предварительное обсуждение вопроса .....	—
§ 2. Тенденции в юриспруденции и их отношение к социологии .....	569
§ 3. Тенденции в социологии и их отношение к праву .....	576
§ 4. Социология человеческого духа и структура социальной действительности .....	596
§ 5. Определение права .....	601
§ 6. Определение социологии права .....	609

<b>Глава I. Предшественники и основатели социологии права.</b>	
<b>Современные направления</b> .....	614
<b>Раздел I. Предшественники</b> .....	—
§ 1. Аристотель, Гоббс, Спиноза, Монтескье .....	—
§ 2. Доктрины, рассматривающие правопорядок «общества», противопоставляемого государству .....	622
§ 3. Всеобщая история права. Сравнительное правоведение. Правовая этнология. Криминалогия .....	632
<b>Раздел II. Основатели социологии права</b> .....	640
<b>А. Европа</b> .....	—
§ 1. Дюркгейм .....	—
§ 2. Дюги, Леви и Ориу. Три французских основателя социологии права .....	651
§ 3. Макс Вебер и Евгений Эрлих .....	668
<b>В. Америка</b> .....	674
§ 1. Оливер Холмс .....	—
§ 2. Роско Паунд .....	675
§ 3. Бенджамин Кардозо .....	680
§ 4. Правовой реализм и иные направления: К. Н. Ллевеллин и Т. Арнольд ...	684
<b>Раздел III. Некоторые другие современные направления</b> .....	696
<b>Глава II. Систематическая социология права</b>	
<b>(микросоциология права)</b> .....	703
§ 1. Формы социальности и виды права .....	706
А. <i>Классификация форм социальности</i> .....	—
В. <i>Виды права, соответствующие формам социальности</i> .....	712
§ 2. Юридическая социология как описание глубинных уровней права .....	719
<b>Глава III. Дифференциальная социология права.</b>	
<b>Правовая типология отдельных социальных групп</b> .....	726
§ 1. Классификация социальных групп .....	—
§ 2. Разграничение систем правового регулирования как производное от типологии социальных групп .....	733
§ 3. «Суверенитет» и соотношение различных типов правопорядков с правопорядком государства .....	740
<b>Глава IV. Дифференциальная социология права (продолжение).</b>	
<b>Правовая типология комплексного общества</b> .....	745
§ 1. Правовые системы полисегментарных обществ, имеющих магически-религиозную основу .....	747
§ 2. Правовые системы обществ, гомогенизированных по теократическо-харизматическому принципу .....	750
§ 3. Правовые системы обществ, однородность которых обеспечивается за счет внутренней политической группы (относительно рационализированные системы) .....	752
§ 4. Системы права феодального общества с наполовину рациональным и наполовину мистическим базисом .....	754

§ 5. Системы права обществ, объединяемых превосходством города и империи (наиболее рациональные системы) .....	758
§ 6. Полностью отделенные от церкви и рационализованные правовые системы обществ, объединенных под превосходством территориального государства и автономией индивидуальной воли (приоритет государственного и договорного права) .....	761
§ 7. Переходная система права современного общества .....	762
<b>Глава V. Генетическая социология права</b> .....	766
§ 1. Регулярность как тенденция к изменению .....	—
§ 2. Внутренние и внешние факторы .....	769
<b>Заключение. Социология права и философия права</b> .....	777
<b>КОММЕНТАРИИ</b> .....	781
<b>ПРИЛОЖЕНИЕ</b> .....	803
<i>Трижо Ж. М.</i> «Идея социального права» Жоржа Гурвича (пер. с фр. — М. В. Антонов) .....	805
<i>Тимашиев Н. С.</i> Сущность права: По поводу новой книги профессора Г. Д. Гурвича .....	810
<i>Терре Ф.</i> Магия и право (пер. с фр. — М. В. Антонов) .....	819
<i>Паунд Р.</i> Социология права (пер. с англ. — М. В. Антонов) .....	829
<i>Гурвич Г. Д.</i> Мой интеллектуальный дневник (пер. с фр. — М. В. Антонов) .....	835
Схема интеллектуального пути Г. Д. Гурвича (пер. с англ. — М. В. Антонов) .....	841
<i>Антонов М. В.</i> Библиографический указатель работ Г. Д. Гурвича .....	842
<i>Антонов М. В.</i> Именной указатель .....	846

---

## От научного редактора

В настоящем издании собраны наиболее значимые труды по теоретическому правоведению Георгия Давидовича Гурвича — выдающегося мыслителя, классика французской социологической мысли. Эти работы были написаны на разных языках, но ни одна из них в силу определенных жизненных обстоятельств не была издана в России, не была написана по-русски. Они практически неизвестны нашему читателю. Парадокс заключается в том, что весь этот огромный корпус философско-правовых исследований органично входит в тот особый мир, который именуется *Петербуржской школой философии права* или, если быть более точным, *теоретико-правовой школой юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета*. И дело не только в том, что Г. Д. Гурвич именно здесь формировался как ученый в переломные для страны годы (1916–1919), а в том, что книги Гурвича, его идеи составляют неотъемлемую часть научной традиции, которая совместными усилиями создавалась в стенах юридического факультета такими замечательными учеными, как Николай Михайлович Коркунов, Лев Иосифович Петражицкий и Питирим Александрович Сорокин. Двое последних разделили судьбу Гурвича и после прихода к власти большевиков были вынуждены покинуть Россию. Как известно, Л. И. Петражицкий продолжил свои научные изыскания в Польше, а П. А. Сорокин долгие годы трудился в США и является одним из корифеев американской социологической мысли. Значение трудов Г. Д. Гурвича, как и трудов его коллег по Петербургскому/Петроградскому университету, как раз и заключается в том, что развиваемые ими идеи *интегральной юриспруденции, правового плюрализма, ценностной, психологической, когнитивной, социокультурной и интерсубъективной обусловленности права* получили мировое признание и распространение. Именно они предвосхитили постепенный переход к коммуникативной стратегии в неклассической и постнеклассической гуманитаристике. Поэтому сегодня, когда наше теоретическое правоведение ищет свое место в системе глобализирующегося социально-гуманитарного знания, обращение к трудам Г. Д. Гурвича нельзя не назвать своевременным. Сохраняется надежда и на то, что традиции правопонимания, заложенные факультетской школой философии права и в какой-то мере сохраненные благодаря усилиям некоторых ученых даже в советский период ее развития, не прервутся и возрожденные в новой форме внесут свой вклад в развитие российской и мировой правовой науки.

Доктор юридических наук, профессор  
А. В. Поляков

## Мир права Г. Д. Гурвича

Процесс реинтеграции научного наследия «русского зарубежья» в отечественную научную традицию стал привычным для нас, и многое в этом направлении уже сделано: работы П. А. Сорокина, И. А. Ильина, С. Л. Франка и других замечательных российских ученых, волею судьбы оказавшихся за пределами Советской России, давно доступны и известны в современной России. Однако остается еще много имен, получивших широкую известность за рубежом, но практически забытых на Родине. К их числу относится и имя Георгия Давидовича Гурвича (в международной научной традиции принята французская транскрипция имени: Georges Gurvitch — Жорж Гурвич), российского социолога, философа, правоведа, чьи труды стали классикой мировой социологии, а философско-правовые взгляды — одной из важнейших составляющих неклассической правовой мысли. Работы Гурвича получили широкое признание как во Франции, где он преимущественно жил и работал, так и за ее пределами. Его идеи и методологические разработки оказали сильное влияние на последующее развитие французской социологии (например, на известных французских социологов наших дней Алена Турена, Жана Дювиньо, Жоржа Баландье). Гурвич стал одним из основоположников плюралистической школы социологии во Франции, а предлагаемый им диалектический подход стал предметом дискуссий в 1950–1970-е годы в философской литературе Франции и других стран. Несмотря на то, что Гурвич родился и вырос в России, здесь получил базовое образование и сформировался в целом как ученый, его творчество до настоящего времени не получило должного освещения в российской науке. Его книги переведены более чем на 10 языков мира, однако ни одна из работ этого выдающегося воспитанника Санкт-Петербургского университета (Гурвич писал преимущественно на французском языке, ряд книг написан на английском, испанском и немецком языках) на русский язык до настоящего времени не переводилась. Единственной полной научной работой о творчестве Гурвича на русском языке является монография болгарского ученого П. Н. Попова.<sup>1</sup> Данная работа все же не может претендовать на полноту и объективность со стороны автора, который считал своей задачей «описать мытарства Жоржа Гурвича по дебрям буржуазной философии» и вскрыть «эксплуататорскую сущность и социальную роль демагогической философско-социологической и политико-правовой школы Гурвича».<sup>2</sup> Восполнить этот пробел — основная цель настоящего издания.

Г. Д. Гурвич родился в 1894 г. в Новороссийске в семье преуспевающего банковского служащего — директора крупного «Трансазиатского коммерческого

<sup>1</sup> Попов П. Н. Критика «диалектического гиперэмпиризма»: микросоциология школы Жоржа Гурвича — философские основы, концепции, классовая сущность (пер. с болг.). М., 1981.

<sup>2</sup> Там же. С. 5.

банка». Получив образование в элитных гимназиях Ростова-на-Дону и Риги, он поступает на юридический факультет Дерптского (Тартуского) университета, проходит длительную стажировку в университетах Германии, в том числе и под руководством известного представителя неокантианства Эмиля Ласка в Гейдельбергском университете. По возвращении из Германии Гурвич под руководством Л. И. Петражицкого заканчивает обучение на юридическом факультете Петроградского университета и в 1917 г. становится приват-доцентом кафедры философии права. В годы учебы Гурвич знакомится с другими блестящими воспитанниками Санкт-Петербургского университета и учениками Л. И. Петражицкого — Н. С. Тимашевым, П. А. Сорокиным, С. И. Гессеном, дружба с которыми он поддерживал всю оставшуюся жизнь.

Гурвич принял «более чем активное»<sup>3</sup> участие в революционных событиях 1917 г. в России. Вначале его политическая позиция была несколько неопределенной: он симпатизировал меньшевикам, эсерам; был лично знаком с В. И. Лениным, Л. И. Троцким, И. В. Сталиным.<sup>4</sup> Однако после прихода к власти большевиков Гурвич занял критическую позицию по отношению к проводимым в стране преобразованиям, и в 1920 г., после резкой критики Брест-Литовского мира, «с набросками будущих книг о социальном праве и идеями о новых подходах к социальной действительности»<sup>5</sup> мыслитель был вынужден эмигрировать из Советской России. С 1921 по 1925 г. он работает на юридическом факультете Русского института в Праге вместе с такими выдающимися российскими правоведами, как П. И. Новгородцев, П. Н. Алексеев, Б. П. Вышеславцев, издает ряд научных работ и статей. Основное внимание Гурвич уделяет немецкой философии («Философия права Отто фон Гирке» (1922), «Конкретная этика у Фихте» (1924)), публикует интересную работу на русском языке «Введение в теорию международного права» (1923).

Пережитый опыт двух мировых войн, двух российских и немецкой революций сыграл огромную роль в формировании научных взглядов Гурвича и во многом определил направленность его социальной философии.<sup>6</sup> События 1917 г. в России и наблюдение за спонтанным образованием новых форм социальной действительности в ходе революций привели Гурвича к построению собственной социологической теории, призванной объяснить происходящие перемены, и заставили его сделать ряд выводов, которые он изложил в своем дневнике: существуют глубинные уровни социальной действительности, имеющие собственную иерархию и находящиеся в диалектическом взаимодействии; первичным элементом социологического анализа является не только индивид, но и социальная группа как микрокосм общества; социальные классы и глобальные общества реально существуют и оказывают непосредственное воздействие на

<sup>3</sup> Из личного письма Г. Д. Гурвича к Жану Дювилью, приведенного в работе: *Duvignaud J. Georges Gurvitch. Symbolique social et Sociologie dynamique. Paris, 1969. P. 113.*

<sup>4</sup> Описание этого знакомства Гурвич дает в работе «L'effondrement d'un mythe politique: Joseph Staline» (1962) (см. цитированную работу Ж. Дювилью: *Duvignaud J. Georges Gurvitch. Symbolique social et Sociologie dynamique. P. 165–182.*)

<sup>5</sup> *Ibid.* P. 83.

<sup>6</sup> См.: *Bosserman Ph. Dialectical sociology: an analysis of the sociology of G. Gurvitch. New York, 1966. P. 105.*

развитие социальных групп; социальное право рождается спонтанно и независимо от государства и его юридических конструкций; существует возможность общественного устройства на основе коллективного планирования экономики и федералистской концепции собственности.<sup>7</sup>

После переезда в 1925 г. в Германию Гурвич детально изучает современную ему немецкую философию, особенно феноменологию, знакомится и общается с М. Шелером, Э. Гуссерлем, Н. Гартманом и иными выдающимися немецкими философами того времени, читает лекции по современной немецкой философии в ведущих университетах Франции.<sup>8</sup> Лекции Гурвича имели большой успех, и благодаря этому он получает приглашение работать на кафедре социологии университета Бордо, которое принимает в 1929 г. и до 1935 г. читает в этом университете лекции по социологии права. В 1932 г. в Сорбоннском университете Гурвич блестяще защищает докторскую диссертацию «Идея социального права»,<sup>9</sup> которая получает широкую известность в научных кругах Франции того времени. В 1935 г. ученый занимает освободившуюся после Марселя Мосса кафедру социологии Страсбургского университета, где ведет научно-преподавательскую деятельность до 1949 г., исключая период вынужденной эмиграции в США в годы Второй мировой войны. В послевоенный период Гурвич продолжает активную научную деятельность,<sup>10</sup> основывает Центр социологических исследований (Centre des recherches sociologiques), Ассоциацию франкоязычных социологов, руководит журналами «Cahiers internationaux de Sociologie» и «Archives de Sociologie Juridique». В 1949 г. получает приглашение занять основанную Дюркгеймом кафедру социологии ведущего во Франции Сорбоннского университета, которую занимает в том же году. В годы распада французской колониальной системы Гурвич, как и большинство французских интеллектуалов, выступает в поддержку стремления колоний к независимости. Такая активная политическая позиция спровоцировала со стороны правых радикалов в 1962 г. террористический акт против мыслителя, в результате которого после трехлетней болезни в 1965 г. он скончался.

Во французской научной традиции творческое наследие ученого воспринимается неоднозначно: с одной стороны, Гурвич — это представитель теоретизирующей академической социологии, противостоящей эмпирической концепции социологии как прикладной дисциплины; с другой — непримиримый борец против догматизма научных теорий, выступающий за постоянную опытную верификацию социологических концепций, что зачастую вызывало неприятие в академических кругах.<sup>11</sup> Один из его лучших

<sup>7</sup> *Gurvitch G. Mon itineraire intellectuelle // Duvignaud J. Georges Gurvitch. Symbolique social et Sociologie dynamique. P. 84–85.*

<sup>8</sup> См. замечательную работу Гурвича о немецкой философии того периода: *Gurvitch G. Les tendances actuelles de la philosophie allemande. Paris, 1930.*

<sup>9</sup> *Gurvitch G. L'idée du droit social. Paris, 1932; —* и как ответ на критику высказанной им точки зрения: *Gurvitch G. Le temps present et l'idée du droit social. Paris, 1932.*

<sup>10</sup> О роли Гурвича в послевоенной французской социологии см. фундаментальное исследование Франсиза Фарружи: *Farrugia F. La reconstruction de la sociologie française, 1945–1965. Paris, 2000.*

<sup>11</sup> Сам Гурвич характеризует себя как «исключенного из стада социологов и философов» (*Gurvitch G. Mon itineraire intellectuelle ou l'exclu de la horde. P. 88.*)

учеников, Жорж Баландые, вспоминает: «Это был человек среднего роста, всегда в движении, с пронизательным взглядом; он внушал уважение и даже страх, поскольку был беспощадным обличителем посредственности, приспособленчества и лени. Он любил срывать маски, поскольку считал демистификацию своим долгом — это могло приводить к перегибам и ошибкам, но Гурвич знал об этом. Его дружба, избирательная, строгая и вместе с тем не лишенная нежности, никогда не оскудевала. Она определяла основы его мировоззрения и оправдывала данную им самому себе характеристику как бойца революции, дающей движение человеческой свободе».<sup>12</sup>

Социолого-правовые воззрения Гурвича, которые и составляют предмет настоящего сборника, тесно связаны с его социальной философией и не могут быть поняты в отрыве от нее, ведь именно в ней заложены основы всей используемой Гурвичем терминологии. Поскольку социология права мыслителя практически полностью представлена в публикуемых в этом сборнике работах, в предисловии акцент будет сделан на характеристике общесоциологических взглядов Гурвича.

Социальная философия Гурвича представляет собой весьма любопытную попытку соединения различных методологических установок (начиная от субъективного идеализма И. Фихте, феноменологии Э. Гуссерля и кончая историческим материализмом К. Маркса, витализмом А. Бергсона, реализмом С. Л. Франка, Н. О. Лосского, Н. Гартмана, психологизмом Л. И. Петражицкого, не говоря уже о влиянии на Гурвича его друзей — Л. Бруншвига, Л. Леви-Брюля, М. Мосса, Ж. Валя, М. Хальбвакса и др.). Трудно сказать, насколько удачен был этот синтез, но в истории социологической мысли XX в. найдется немного подобных попыток построить целостную методологическую концепцию, применимую к анализу всех сторон социальной действительности и в то же время свободную от сведения такого анализа к какому-либо одному монистическому принципу.<sup>13</sup> Можно провести некоторую параллель между творчеством Гурвича и Гегеля; недостатки и противоречивые стороны их теоретических построений объясняются отнюдь не поверхностным мышлением этих ученых, но скорее сложностью и, в некотором смысле, необъятностью поставленных задач. Но, в отличие от Гегеля, с «империалистической» диалектикой которого Гурвич боролся на протяжении всей своей научной карьеры, он никогда не претендовал на создание единственно верной научной концепции объяснения окружающей действительности.

Лежащая в основе философско-социологических воззрений Гурвича «гиперэмпирическая» диалектическая концепция может быть отнесена к неклассическому типу научной рациональности. По признанию автора, она обязана своему возникновению развитию научной мысли XX в., новым открытиям в области естественных наук, равно как и «беспримерному» догматизму современной Гурвичу социально-философской мысли.<sup>14</sup> Так, открытия датского физика Нильса Бора в области теории света (взаимодополняемость

<sup>12</sup> Balandier G. Georges Gurvitch. Sa vie, son oeuvre. Paris, 1972. P. 5.

<sup>13</sup> См. интересный сборник, изданный в память о Г. Д. Гурвиче: La relativité culturelle: hommage à Georges Gurvitch / Sous la dir. de J. Roumequere-Eberhardt. Paris, 1995.

<sup>14</sup> Gurvitch G. Dialectique et Sociologie. Paris, 1962. P. 6-9.

корпускулярной и волновой концепций), французского физика Луи Брожеля в области атомной физики обуславливали возможность сосуществования и взаимодополняемости в рамках точных наук разнообразных способов объяснения окружающей действительности и не оставляли современной науке возможности использования «привычных методологических схем, упорствующих в своем монизме и не допускавших альтернатив». <sup>15</sup> Поставленные развитием научного знания вопросы и возникшие в связи с новейшими открытиями естественнонаучные концепции Эйнштейна, Бора, Пуанкаре и других мыслителей не могли остаться незамеченными для общественных наук и не вызвать коренных преобразований в их методологии. Такие преобразования, по мысли Гурвича, должны были последовать с тем большей неизбежностью, насколько общественные науки, по сравнению с естественными, были «диалектизированы» за счет «человеческого» элемента. <sup>16</sup> И для того чтобы постичь социальную действительность, не нужно отрицать ее многообразие (ошибка, которая была допущена многими социологами и философами: Э. Дюркгейм, К. Маркс, О. Конт и др.), но, наоборот, нужно «углубиться» в эту действительность и «найти спрятанное в ней» (используя терминологию Гастона Башляра). <sup>17</sup>

Основным способом познания и объяснения социальной действительности для Гурвича явилось изучение типологии социальных структур на основе своеобразной эмпирико-реалистической диалектики в соединении с интуитивизмом и феноменологией (вслед за Фихте Гурвич характеризует свою концепцию как идеал-реалистическую). Принципами социологии Гурвича являются сверхрелятивизм (*sur-relativisme*), гиперэмпиризм (*hyper-empirisme*), дисконтинуальность (*discontinualité*) социальной действительности. <sup>18</sup> Если попытаться одним словом определить сущность научного мировоззрения Гурвича, то термин «гиперэмпирический реализм» (или гиперэмпирическая диалектика), введенный самим Гурвичем для характеристики своей теории, <sup>19</sup>

<sup>15</sup> Ibid. P. 11.

<sup>16</sup> Ibid. P. 19–20.

<sup>17</sup> *Gurvitch G. Traité de sociologie*. Paris, 1963. Vol. 1. P. 13. — Разработанная Гурвичем диалектическая методология, по его мнению, была призвана избавить социологическую мысль от свойственной ей односторонности — абсолютизации антиномизма, хотя ряд исследователей подвергают сомнению научную ценность разработанной Гурвичем диалектики, не отрицая ее оригинальности. Так, ученик Гурвича Рене Тульмон считает, что его учитель своей диалектикой не создал ни полностью адекватной социальной действительности методологии, ни чисто абстрактной схемы, «но остановился где-то на полпути между абстрактным и конкретным» (*Toulemon R. Sociologie et pluralisme dialectique*. Paris, 1955. P. 246). Пьер Бурдьё ставит под сомнение научность социологии Гурвича с ее полемической направленностью и полагает, что ничто так не противостоит и не угрожает архитектонике социологических теорий, как «доктринальный релятивизм» Гурвича (*Bourdieu P. Le métier de sociologue*. Paris, 1976. P. 45). Ж. П. Сартр также считал диалектику Гурвича антинаучной из-за ее антирационалистической, неопозитивистской направленности (*Sartre J. P. Critique de la raison dialectique*. Vol. 1. Paris, 1960. P. 117), а П. А. Сорокин критиковал диалектику Гурвича за ее «мнимые оригинальность и научную новизну» и указывал на то, что Гурвич невольно повторяет ту самую ошибку, которую пытался преодолеть своей диалектикой, — отождествление формально-логических конструкций, используемых для описания и объяснения социальной действительности, с самой действительностью и принципами ее существования (*Sorokin P. Dialectique empirico-réaliste de G. Gurvitch // Les perspectives de la sociologie contemporaine: Hommage à Georges Gurvitch*. Paris, 1966. P. 436–442).

<sup>18</sup> *Gurvitch G. Traité de sociologie*. P. 171.

<sup>19</sup> Ibid. P. 19.

здесь будет наиболее подходящим.<sup>20</sup> При этом Гурвич придает указанным понятиям особый смысл.

Реализм для Гурвича означает отказ от попыток поиска абсолютного в философской рефлексии: все явления, доступные человеческому познанию, укоренены в бытии (Гурвич обозначает это свойство явлений имманентной тотальностью), имеющем различные измерения: биологическое, социальное, идеальное, мистическое и т. п., что, разумеется, не означает материалистического понимания окружающего мира. Здесь Гурвич пытается переосмыслить и дополнить усвоенные еще в юности идеи Фихте об абсолютной реальности, не зависимой от субъекта и проявляющейся в общезначимых нормах и в подчинении человека этим нормам, велениям долга. Эти общезначимые нормы в теоретическом аспекте образуют идеальный слой социальной действительности и включаются в структуру общественной жизни в качестве не зависящей от эмпирической сферы надстройки (*superstructure*), но фактически этот иррациональный разрыв (*hiatus irrationel*) преодолевается, благодаря переходной сфере, в которую включаются коллективное сознание, социальное творчество, нормативные факты и иные «тотальные социальные явления».

Отсюда Гурвич развивает критику тех направлений в общественных науках, которые он называет индивидуалистическими (интеракционизм, структурно-функциональная теория и т. п.). Недостатком подобных концепций является сведение общества к ряду статических предпосылок и условий, в которых разворачивается жизнедеятельность индивидуумов, и отсюда — разделение общества и личности. По Гурвичу, общество представляет собою не что-то внешнее по отношению к индивидуумам и их деятельности, но существует и проявляется в жизнедеятельности вовлеченных в общение лиц. Социальная группа и индивидуум настолько неразрывно взаимосвязаны друг с другом через общность предмета деятельности, что их разделение невозможно даже теоретически. Французский исследователь Рене Тульмон отмечает, что, по теории Гурвича, «социальная группа не может существовать вне конкретной социальной системы, которая состоит из индивидуумов; при этом часть такой системы не является частью как таковой, это — лишь функционирующий динамический элемент структуры».<sup>21</sup>

Социальная интеграция и, в широкой перспективе, социальное творчество находят свое объяснение как попытка реализации на эмпирическом уровне абсолютных («трансперсональных») ценностей.<sup>22</sup> Каждая из сфер социальной действительности как организационное единство структурируется и функционирует на основе существующего в ее рамках «ансамбля» нормативных фактов, который в свою очередь образуется из системы ценностей, объединенной связью с некоей общей абсолютной ценностью (для права такой

<sup>20</sup> *Bosserman Ph. De la dialectique comme méthodologie // Les perspectives de la sociologie contemporaine: Hommage à Georges Gurvitch. Paris, 1966. P. 358–369.* — Отечественный исследователь А. Б. Гофман указывает на «неоправданное удвоение понятий» в этом термине.

<sup>21</sup> *Toulemon R. Sociologie et pluralisme dialectique. P. 86–87.* — См. также: *Simon M. Classes sociales: dialectique de groupements. Sociologie en profondeur // Les perspectives de la sociologie contemporaine: Hommage à Georges Gurvitch. P. 108.*

<sup>22</sup> *Gurvitch G. L'idée du droit social. P. 17.*

ценностью является справедливость). Такая диалектическая перспектива (во многом схожая с концепцией Дюркгейма) позволяет Гурвичу создать модель социума, где возможным становится «единство многого без отрицания множественности как таковой».<sup>23</sup> Девизом такого социологического подхода мог бы, по мнению Гурвича, стать принцип Ж. Жореса (одного из лидеров социалистического движения во Франции второй половины XIX в.): «Двигаясь к идеальному, постигать реальное».<sup>24</sup>

Единственным источником знания Гурвич считал опыт и утверждал, что наука об обществе прежде всего должна быть эмпирической<sup>25</sup> (основанной на данных опыта), и в принципе иной быть не может. В само понятие «опыт» Гурвич вкладывал очень широкое значение и говорил о многоплановости (*pluri-dimensionnalitii*) опыта (интеллектуальный, религиозно-мистический, психологический и иной).<sup>26</sup> По Гурвичу, существует различие опытного познания в разных сферах социального, каждая сфера имеет собственную действительность, восприятие которой несводимо к какому-либо «монистическому» принципу, будь это чувство — в сенсуализме, сознание, интуиция — в идеализме и т. п. В свою очередь различие в восприятии социальных явлений создает различные типы коллективной ментальности, которые являются основными методологическими инструментами познания и объяснения социального.<sup>27</sup> Эмпиризм, по Гурвичу, должен не только обобщать, но и понимать; а для того чтобы понимать, наука не должна ограничиваться какой-либо из сторон опыта. Эмпиризм, в понимании Гурвича, противопоставит «квантофрении» прикладных социологических исследований, к которым иногда сводят всю социологию в целом.

Оригинальность эмпиризма в интерпретации Гурвича заключается в выделении двух уровней опыта: поверхностного и глубинного. Первый заключается в сознательном конструировании понятий на основе опытных данных, второй задан человеческому сознанию априорно до всякого познания — это непосредственный и спонтанный опыт, воспринимаемый через интуицию: то, что Гурвич называет «непосредственным интегральным опытом». Опыт и его данные, по Гурвичу, не ограничены сферой чувственного, но простираются и в сферу идеального, в мир «духовных значений». Сам опыт и формы, в которых он осуществляется, не могут восприниматься как нечто

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Gurvitch G. La vocation actuelle de la sociologie. Paris, 1963. Vol. 1. P. 7.

<sup>25</sup> Вместе с тем, говоря об эмпиризме своего научного метода, Гурвич критикует тот «абстрактный» эмпиризм (характерный, например, для Чикагской школы американской социологии) в социологии, который ограничивается тем, что собирает опытные данные и делает из них обобщения.

<sup>26</sup> Гурвич сравнивает опыт с легендарным древнегреческим чудовищем Протеем, который исчезал при попытке схватить его: «он (опыт) ускользает от нас, когда мы думаем, что поймали его, мы глупцы, если думаем, что проникли в его секреты, мы его пленники, если считаем, что свободны от него хотя бы на миг» (Gurvitch G. Dialectique et sociologie. P. 8), — и вместе с тем говорит о том, что только опыт может создать устойчивую связь всех уровней социальной действительности (Gurvitch G. Traité de sociologie. Vol. 1. P. 157).

<sup>27</sup> Наряду с глубокой сосредоточенностью на фактическом материале Гурвич видел кризис современной ему методологии общественных наук также и в избытке либо недостатке адекватного объяснения и в неправильной интерпретации эмпирического материала (Ibid. P. 171).

застывшее и статичное, они несут исключительно динамический характер и никогда не находят в социальной практике своего полного выражения. Отсюда задачей социологической науки является не открытие неких априорных форм и первопричин, не формулирование закономерностей, а лишь восприятие, описание, изучение социальных фактов и обнаружение непосредственных причин таких фактов: «обнаружение спрятанного» в опыте. Не отрицая значимости исторических исследований и исследования тенденций будущего развития, Гурвич отмечает, что первостепенное значение имеет изучение настоящего, сиюминутного, опыта: именно в исследовании настоящего социология проникает в социальную действительность и обретает способность эффективно реализовывать в этой действительности практические знания.<sup>28</sup> Предметом научного анализа при изучении общества является не «кодекс» законов или закономерностей общественной жизни (в общепринятом значении данного термина), не идеальные сущности, не откровения, а каждая конкретно взятая социальная целостность в процессе ее развития<sup>29</sup> и соответствующие социальные факты, образующие первичные элементы общественной жизни.

Поэтому в социологии недопустим какой-либо редукционизм (в смысле сведения многообразия опыта к какой-либо из его сторон), деформирующий опыт, уничтожающий его непредсказуемость и бесконечное многообразие. Такой редукционизм в социологии Гурвич анализирует через проблему «предоминирующего фактора»<sup>30</sup> и критикует ошибочную, по его мнению, тенденцию в общественных науках — тенденцию к формированию определенной системы ценностей в рамках научной теории и поиску на основании такой системы основополагающего фактора в образовании и развитии общества (т. е. установление такого фактора фактически путем ценностного суждения).<sup>31</sup> таковы экономика у Маркса, преобладающая роль коллективного сознания у Прудона и Дюркгейма, спонтанность, жизненный порыв у Бергсона и т. д.<sup>32</sup> Так, Гурвич подходит к еще одному принципу своей социологической теории — принципу релятивизма как принципу научной скромности и беспристрастности (но отнюдь не способу мировоззрения).

Такая разнородная смесь различных научных подходов в рамках одной теории должна с точки зрения классической науки казаться эклектизмом, внешне эффективным, но сомнительным с точки зрения научной эффективности. Как отмечает Ф. Боссерман, если доводить до логического конца концепцию Гурвича, то источником знания может быть только опыт, но не теория; но

<sup>28</sup> *Gurvitch G. La vocation actuelle de la sociologie. Vol. 1. P. 7.*

<sup>29</sup> «*Totalité sociale réelle en marche*» (*Gurvitch G. Traité de sociologie. P. 17, 158*).

<sup>30</sup> *Gurvitch G. La vocation actuelle de la sociologie. Vol. 1. P. 50–57.*

<sup>31</sup> Наряду с проблемой предоминирующего фактора, современные общественные науки сталкиваются с проблемами исторической перспективы (переоценки либо недооценки того или иного исторического периода, стремление измерять исторический опыт через призму современности), надуманным вопросом о приоритете либо индивидуума, либо общества по отношению друг к другу, ложного противоречия между статическими и динамическими тенденциями общественной жизни (например, между неизменной сущностью явления и разнообразием, несводимостью конкретного социального явления к абстрактной формуле), поиска принципа развития социальных явлений через категорию закономерности (*Ibid. P. 30–65*).

<sup>32</sup> *Gurvitch G. La vocation actuelle de la sociologie. Vol. 1. P. 55–65.*

многообразие опыта не дает возможности говорить о каких-либо иных критериях истинности, кроме критерия соответствия субъективной действительности.<sup>33</sup> Гурвич обходит стороной и вопрос о том, что же представляет собою сама действительность (есть ли это нечто объективно существующее, априорно обладающее собственной структурой и независимое от познающего субъекта, либо это лишь интеллектуальная модель окружающего мира, конструируемая самим субъектом).<sup>34</sup> По мнению Гурвича, задачей науки является не открытие неких априорных форм и структур, первоначин и закономерностей социального бытия, а лишь восприятие, описание, изучение конкретных социальных фактов и нахождение непосредственных причин таких фактов. Социальная интеграция, взаимодействие участников общественных отношений, взаимоучастие в социальном творчестве не находят объяснения в самом социуме — исследователь вынужден искать объяснения за пределами эмпирического, утверждая наличие более высокой идеальной сферы социального бытия, в которой имеют свое основание системы ценностей, идеалов — духовных устоев общественной жизни.

Эта позиция во многом напоминает феноменологическую концепцию, но по некоторым пунктам с ней расходится.<sup>35</sup> И хотя в своем дневнике Гурвич отмечает, что он всегда отдавал предпочтение реализму перед феноменологией,<sup>36</sup> но только в своих поздних работах он уже поставил под сомнение методологическую ценность таких методов, как феноменологическая редукция Гуссерля и инверсия Бергсона, которые он широко использовал в своих ранних работах. В написанной в 1950 г. книге «*La vocation actuelle de la sociologie*» и в других более поздних своих работах Гурвич уже говорит об ошибочности такого метода анализа социальной действительности, когда исследование начинается с верхних (т. е. поверхностных) слоев и доходит до чистого опыта непосредственного восприятия.<sup>37</sup> Однако критики творчества Гурвича указывают на то, что Гурвич и в своих поздних работах фактически продолжал придерживаться редукционистского подхода к социальной действительности.<sup>38</sup>

В рамках настоящей статьи не ставится цели критического анализа концепции Гурвича, а лишь излагаются основополагающие моменты данной концепции. Довольно удачную критику концепции Гурвича на русском языке можно найти в работе И. А. Голосенко и Р. Е. Гергилова «Георгий (Жорж) Гурвич как социолог» (Журнал социологии и антропологии. 2000. № 1). Авторы, ссылаясь на критические замечания П. А. Сорокина и Н. С. Тимашева, указывают на следующие недостатки социологической концепции

<sup>33</sup> *Bosserman Ph.* Dialectical sociology: an analysis of the sociology of G. Gurvitch. P. 226.

<sup>34</sup> *Gurvitch G.* La vocation actuelle de la sociologie. P. 65.

<sup>35</sup> Основным отличием своей концепции от теории Гуссерля Гурвич считал принцип «открытости сознания». О влиянии феноменологии Гуссерля на социологию Гурвича см. работу одного из его учеников: *Toulemont R.* L'Essence de la société selon Husserl. Paris, 1962.

<sup>36</sup> *Gurvitch G.* Mon itineraire intellectuelle. P. 88.

<sup>37</sup> *Gurvitch G.* 1) La vocation actuelle de la sociologie. Vol. 1. P. 65; 2) L'Experience juridique et philosophie pluraliste du droit. Paris, 1935. P. 63; 3) Essais de sociologie. Paris, 1938. P. 20–21; 4) *Sociology of Law.* New York, 1942. P. 42.

<sup>38</sup> *Bosserman Ph.* Dialectical sociology: an analysis of the sociology of G. Gurvitch. P. 107; *Sorokin P.* Dialectique empirico-realiste de G. Gurvitch. P. 439.

Гурвича: 1) чрезмерное внимание к разного рода классификациям, которые, по их мнению, заменили у Гурвича саму диалектику; громоздкость и искусственный характер некоторых из его классификаций и их малодоступность для эмпирической верификации, недостаток полученных в обычных эмпирических исследованиях данных; 2) наличие в работах Гурвича неопределенных «концептов», «обыденное» понимание некоторых слов (таких, как «ансамбли», «глубинные уровни», «организации», «структуры», «манифестации», «социальные кадры»<sup>39</sup>); 3) трудность для восприятия и эмпирическая недостоверность выделяемых Гурвичем глубинных уровней социальной действительности; 4) искусственность, недостаточная последовательность и поверхностность дифференциации «глобальных обществ».

Можно отчасти согласиться с такой критикой, особенно с первым пунктом. Однако, поставив задачу синтезировать в единую познавательную модель положения различных общественных наук и в то же время не превращать свою методологию в эклектику, Гурвич сознательно пошел на некоторое усложнение своей теории и терминологии. Как замечает Жорж Баландье, «Гурвичу, который был идущим против течения мыслителем, не приходилось ждать пощады от тех, кто лениво следовал по течению. Поэтому отвергалась сложность его научной терминологии, подвергались насмешкам его многочисленные и запутанные типологии, ставилась под сомнение возможность использования его теории для целей эмпирического исследования и критиковались материалы, использованные им для научных обобщений, подчеркивалась незавершенность определенных разработок... Но в тот момент, когда происходит подведение итогов великим социальным преобразованиям современности, социология Гурвича обретает свое оправдание в самой окружающей действительности».<sup>40</sup>

В самом деле, при знакомстве с работами Гурвича возникает ряд вопросов: в состоянии ли строгая наука учитывать в научном анализе и личностные особенности индивидов, и разнообразие опыта в разных плоскостях социальной действительности (тогда как отсутствуют научные критерии его ограничения, и в данном случае Гурвич строит свои предположения по принципам интуитивизма) в рамках абстрактных теоретических концепций, релятивизм и эмпиризм как основы такого анализа с постулированием мира «абсолютных ценностей»? Каковы в таком случае критерии истинности научного знания, познавательной ценности той или иной теории? Предвидя подобные возражения и последовательно развивая свою концепцию, Гурвич

<sup>39</sup> С этим замечанием стоит согласиться с оговоркой, что любая терминология всегда в той или иной степени «обыденна», до конца не определена. Отсюда возникает целый комплекс лингвистических, семантических проблем, в том числе и проблем перевода с одного языка на другой. Исследователь формулирует свои концепции, идеи на языке того или иного научного сообщества, где те или иные термины воспринимаются как само собою разумеющееся, и потому при переводе на другой язык неизбежно утрачивается часть содержания терминов, а в ряде случаев дословный перевод невозможен. Это относится и к критическим замечаниям цинрусских авторов: те термины, которые представляются «обыденными», «неопределенными» (*ensembles, cadres sociaux, manifestations*), во французском языке имеют множество значений и дословно как «ансамбли», «кадры», «манифестации» и в рамках научной работы переводиться могут не всегда. Поэтому в приводимых ниже работах Гурвича эти и другие термины и понятия переводятся не дословно, а исходя из конкретного значения в том или ином контексте.

<sup>40</sup> *Balandier G. Georges Gurvitch. Sa vie, son oeuvre.* P. 49–50.

утверждает, что невозможен какой-либо «единственно верный научный метод», и любая теория, в том числе и теория самого автора, является лишь инструментом, более или менее подходящим для изучения социальной действительности.<sup>41</sup> В написанной им для «*Traité de sociologie*» главе по социологии знания Гурвич подчеркивает, что «никакое суждение не может претендовать на абсолютную значимость, поскольку оно непосредственно обусловлено сопутствующей сферой действительности, а само познание есть не что иное, как часть, один из аспектов тотального социального явления».<sup>42</sup>

Любое социальное образование существует как определенная действительность, и социология призвана познавать составляющие эти действительности (*realités*) элементы и связи между ними. Основной методологический прием познания социальной действительности — разделение всех тотальных социальных явлений на типы, а самой социальной действительности — на уровни. Такие типы и уровни являются не продуктами «чистого разума» и не априорными формами познания социальной действительности, а лишь принципами такого познания и представляют собой определенные «динамичные концептуальные рамки».<sup>43</sup> Наиболее полноценно такие структуры и явления могут быть изучены на основании их разделения на определенные типы. Поэтому для Гурвича типология социальных явлений и структур является одной из основ социологического объяснения (иногда Гурвич говорит о социологии<sup>44</sup> как исключительно о типологии тотальных социальных явлений).<sup>45</sup> При этом типология обществ и социальных групп не является абстрактной познавательной моделью, но представляет собой принцип научного анализа общественных феноменов в их конкретности. Все употребляемые Гурвичем категории (уровни, типы и т. п.), с помощью которых социальная действительность делится на определенные участки, ни в коем случае не нарушают ее целостности и не претендуют на абсолютную значимость, а являются лишь методологическими предпосылками, отправными точками (*points de repère*), сформулированными по чисто прагматическим критериям.<sup>46</sup>

Такая познавательная модель позволяет Гурвичу создать грандиозную сложно структурированную концепцию общества как динамичного, постоянно изменяющегося единства исторической, культурной, правовой, психологической и иных видов действительности. Переходя к сжатой характеристике принципов этой концепции, мы последуем за Ф. Броделем, который считал, что «громоздкое социальное здание Гурвича построено на основе пяти основных принципов архитектуры»: скрытые, глубинные уровни социальной жизни, типы социального взаимодействия, социальные группы, глобальные сообщества, совокупность различных понятий о времени.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> Gurvitch G. La vocation actuelle de la sociologie. Vol. 1. P. 67.

<sup>42</sup> Gurvitch G. Traité de sociologie. Vol. 2. P. 121.

<sup>43</sup> Gurvitch G. The spectrum of Social Time. P. 13.

<sup>44</sup> Гурвич определяет социологию как науку «изучения тотальных социальных явлений во взаимосвязи всех их аспектов и изменений посредством их классификации на подвижные диалектические типы на микросоциологическом, групповом или глобальном уровнях» (Gurvitch G. La vocation actuelle de la sociologie. Vol. 1. P. 10).

<sup>45</sup> Gurvitch G. Traité de sociologie. Vol. 1. P. 19, 242.

<sup>46</sup> Ibid. P. 157.

<sup>47</sup> Бродель Ф. История и общественные науки. Историческая длительность // Философия и методология истории / Под ред. И. С. Кона. М., 2000. С. 139.

Как отмечалось выше, макросоциологический анализ общества у Гурвича основывается на делении социальной действительности на ряд взаимосвязанных уровней, различающихся между собой глубиной обнаружения действительности, разными временными перспективами (здесь Гурвич совершенствует предложенную Э. Дюркгеймом систему разделения социальной действительности на пять автономных уровней), уровнем организации и функциональной ролью в жизнедеятельности общественного целого. Эти уровни являются всего лишь моделями, символами для объяснения общества. То или иное социальное явление не может быть однозначно отнесено к определенному уровню — это вопрос факта, но не теории.<sup>48</sup> Такое структурное видение социума подверглось суровой критике со стороны многих социологов: в частности, Р. Паунд отмечает слишком абстрактный характер классификации уровней социальной действительности у Гурвича, критикует его схему уровней социальной действительности и указывает на то, что убедительность этой схемы исключительно логического плана; это «скорее схема того, что логически должно произойти, чем того, что существует в действительности».<sup>49</sup> К критике классификаций Гурвича присоединяются П. А. Сорокин<sup>50</sup> и Н. С. Тимашев.<sup>51</sup>

Всего Гурвич выделяет 10 глубинных макросоциологических уровней (*paliers en profondeur*) социальной действительности:<sup>52</sup> 1) поверхностный слой морфологии и экологии, или уровень спонтанной организации; 2) уровень организованной социальности; 3) уровень социальных моделей, под которыми Гурвич понимал разнообразные традиционные клише, лозунги, увлечения, привязанности; 4) уровень относительно регулярного, но неорганизованного коллективного поведения: сюда относятся различные ритуалы, нравы, обычаи, привычки, веяния моды, неконформистские движения и иные регулярные проявления жизнедеятельности вне пределов социальных организаций; 5) уровень социальных ролей, которые содержат образцы возможного поведения в рамках той или иной социальной общности; 6) уровень коллективных предрасположений охватывает собою сферу индивидуальной и коллективной психологии, где зарождаются и развиваются определенные типы поведения, образуются символы, знаки, нормы; 7) находящиеся на следующем уровне социальные символы выражают знаковую информацию, содержащую «призыв» к участию в общественной жизни; 8) на уровне коллективного творческого, новаторского, созидательного поведения находит свое выражение свобода как основной принцип социального развития; 9) расположенные на следующем уровне коллективные идеи и ценности лежат в основании всех вышеназванных уровней социальной действительности; 10) уровень коллективного сознания и коллективной психологии в классификации Гурвича является последним из уровней социальной действительности, без которого другие уровни не могли бы существовать,

<sup>48</sup> *Gurvitch G. La vocation actuelle de la sociologie. Vol. 1. P. 68.*

<sup>49</sup> *Pound R. Sociology of Law. P. 319.*

<sup>50</sup> *Sorokin P. A. Gurvitch's Empirico-Realist Dialectic Sociology. P. 481–483.*

<sup>51</sup> *Тимашев Н. С. Развитие социологии права и ее сфера // Беккер Г., Босков А. Современная социологическая теория в ее преемственности и изменении. М., 1961. С. 487.*

<sup>52</sup> *Gurvitch G. La vocation actuelle de la sociologie. Vol. 1. P. 66–119.*

(Э. Дюркгейм, Г. Тард), дополняя ее феноменологической концепцией интенциональности сознания (Э. Гуссерль).

Уже из этого видно, что Гурвич во многом следует за Эмилем Дюркгеймом, для которого были характерны акцент на исследованиях коллективных психических явлений социальной жизни и некоторый недостаток внимания к проявлениям индивидуальности в социуме. Для Гурвича социальная действительность есть действительность коллективная *par excellence*. Целостное, или тотальное,<sup>53</sup> для Гурвича онтологически и методологически априорно и всегда составляет нечто большее, чем структура, организация, индивид — в тотальности непосредственно проявляется коллективное сознание, которое и является основой всех социальных процессов.<sup>54</sup> Используя категорию «тотальность», Гурвич говорит о единстве общества и индивида, единого и многого в социальной жизни как о духовной, творческой целостности: «Имманентной деятельности, где единое и многое создает себя в длящемся процессе взаимодействия лиц и ценностей».<sup>55</sup> Здесь социология, философия, аксиология соприкасаются друг с другом, а общество предстает как духовная целостность. Проснявая значение данного термина, Гурвич подчеркивает, что речь идет не об «универсальности», а об «интеграции в единое Целое, о целостной социальной среде, о наиболее действенном, всеобъемлющем и богатом по содержанию социальном феномене».<sup>56</sup> Социальную тотальность Гурвич определяет как «мобильную, динамичную и конкретную систему равновесия, основанную на взаимодополняемости перспектив, в которой несводимые друг к другу элементы единства и множества, индивидуальности и общности имеют тенденцию к интеграции».<sup>57</sup> В правоведении «идея целостности конкретного социального универсума оказывается необходимой для определения сущности права и делает возможным преодоление предрассудков о необходимо индивидуалистическом и абстрактном характере права».<sup>58</sup>

Только при наличии таких методологических предпосылок Гурвич считает возможным познание социальных процессов и социума в целом. В само понятие «познание» мыслитель вкладывает исключительно психологическое значение: это «процесс интуитивного или рассудочного обоснования истинности того или иного положения».<sup>59</sup> Само познание есть не что иное, как часть, один из аспектов тотального социального явления, интегрированная часть социальной действительности.<sup>60</sup> Критикуя теорию К. Мангейма, Гурвич указывает на то, что отношения между видами познания и социальными явлениями и институтами не носят характера причинно-следственной связи:

<sup>53</sup> С учетом уже устоявшейся традиции перевода работ Марселя Мосса, у которого Гурвич и заимствовал данный термин, он переводится дословно как «тотальность».

<sup>54</sup> Гурвич подчеркивает первостепенность именно коллективного сознания и критикует, например, «индивидуалистический номинализм», сведение действительности и ее восприятия к индивидуальным переживаниям у Клода Леви-Строса (*Gurwitch G. Traité de sociologie*. Vol. 1. P. 211–212; Vol. 2. P. 132–135).

<sup>55</sup> *Gurwitch G. L'idée du droit social*. Paris, 1932. P. 17.

<sup>56</sup> *Gurwitch G. Determinismes sociaux et liberté humaine*. Paris, 1955. P. 214–215.

<sup>57</sup> *Gurwitch G. L'idée du droit social*. P. 17.

<sup>58</sup> *Ibid.* P. 113.

<sup>59</sup> *Gurwitch G. Die Wissenssoziologie // Gurwitch G., Eisermann G. Der Lehre von der Gesellschaft*. Stuttgart, 1958. S. 431.

<sup>60</sup> *Gurwitch G. Traité de sociologie*. Vol. 2. P. 121.

здесь можно констатировать лишь некоторый «параллелизм» в развитии, но никак не их взаимообусловленность. Наиболее близкой аналогией для объяснения взаимосвязи познания и социального явления может быть отношение между символом и символизированным.<sup>61</sup> В своих работах ученый разрабатывает своеобразную плюралистическую теорию познания, где в зависимости от сферы действительности выделяет: 1) ряд систем знания (*systemes du savoir*): непосредственное интуитивное знание о мире; знание об окружающих людях; знание на основе здравого смысла; техническое, политическое, научное, философское знание, и 2) ряд форм знания: мистическое и рациональное; эмпирическое и концептуальное; позитивное и спекулятивное; интуитивное и рефлексивное; символическое и непосредственное; коллективное и индивидуальное.<sup>62</sup>

Социальные факты и, в более широком плане, тотальные социальные явления образуются и развиваются под воздействием настолько непредсказуемых неравнодействующих («глубинных») сил, что в рамках научного знания их адекватное познание невозможно. Эти глубинные силы являются тем таинственным рычагом истории, принцип действия которого с древнейших времен многократно и, по мнению Гурвича, безрезультатно пытались открыть и сформулировать историки и философы. Ученый полагал, что наука скромно должна остановиться перед этим вопросом и не включать в сферу научного анализа исследование первопричин социальной жизни: задача науки — с помощью познавательных моделей изучать события социальной жизни и сопутствующие им обстоятельства и находить более или менее адекватное их объяснение. Гурвич считает, что познание общества и его элементов возможно в трех видах: системной, аналитической теории (например, правоведение, экономическая теория); индивидуализирующей<sup>63</sup> теории (например, история, этнология) и собственно социологической теории, подразумевающей тотальное видение социального, качественную типологию социальных явлений и диалектические эмпиризм, релятивизм и плюрализм.<sup>64</sup> Социологическая теория основывается на четырех принципах: системного подхода к социальной действительности и ее уровням; типологического подхода к изучению социальных явлений; диалектики как способа познания социального; взаимодополняемости истории и социологии как наук о непрерывности (континуальности) и прерывности (дисконтинуальности) в развитии общества.<sup>65</sup>

Наиболее адекватно познание социального целого возможно на основе такой научной теории, которая могла бы сочетать в себе дифференцированный подход к разнообразным социальным фактам, несводимым друг к другу явлениям, и в то же время формулировать общезначимые методологические принципы и единый понятийный аппарат. Здесь Гурвич предлагает свою, разработанную специально для социологического анализа, гносеологическую теорию, состоящую из диалектики и теории объяснения.

<sup>61</sup> *Gurvitch G. Die Wissensoziologie. S. 423–432.*

<sup>62</sup> *Gurvitch G. Traité de sociologie. Vol. 2. P. 122–127.*

<sup>63</sup> Гурвич часто ссылается на деление Генрихом Риккертотом социальных наук на генерализирующие и индивидуализирующие, хотя и говорит о социологии как о некоем среднем между этими двумя типами.

<sup>64</sup> *Gurvitch G. Traité de sociologie. Vol. 1. P. 21–26.*

<sup>65</sup> *Gurvitch G. La vocation actuelle de la sociologie. Vol. 1. P. 8–10.*

«Гиперэмпирическая», «сверхрелятивистская» диалектика Гурвича была разработана им специально для «глубинного» анализа социальной действительности и основывается на тезисе о бесконечном многообразии (плюрализме социального бытия), обусловленном спонтанностью и противоречивостью социальных процессов. Такая диалектика включает в себе не только методологию, но и интеграцию и дезинтеграцию человеческих сообществ, методы и способы «схватывания», познания и понимания социальной действительности, интеграцию в единую теоретическую модель различных подходов к познанию действительности и способов ее объяснения.<sup>66</sup>

Ученый придавал своей диалектике не столько научно-познавательный, сколько критический характер, и говорил о задаче диалектики как о «разрушении застывших концепций во имя постоянно обновляющегося опыта»,<sup>67</sup> считая, что философия и социология не должны иметь ничего общего, кроме общности усилий, направленных на дедогматизацию науки, предварительное ее очищение, освобождающее познание от «мумифицированных» концепций, застывших схем и неподвижного опыта.<sup>68</sup> Диалектика у Гурвича предстает в трех аспектах. Первый ее аспект — онтологический. В нем диалектика рассматривается как реальное движение человеческих общностей в процессе самосозидания и саморазрушения. Вторым аспектом диалектики является аспект методологический. Диалектика в этом аспекте — это способ схватывания, познания и объяснения социальных процессов. Третий аспект — собственно диалектическая корреляция между реальными социальными явлениями и «схватывающими» их операциональными научными конструкциями.

Таким образом, диалектика Гурвича включает в себя способ видения и описания тотальных социальных явлений в процессе их образования, структуризации, реструктуризации и дезинтеграции. Такие процессы мыслятся в контексте социального движения как спонтанные, неравномерные, несопоставимые друг с другом. Это, однако, не исключает единого диалектического подхода к их описанию, основанного на ряде методологических принципов (*procédés opératoires*), к которым, собственно говоря, и сводится диалектика Гурвича,<sup>69</sup> — это принципы комплементарности (*complimentarité*), взаимной импликации (*implication mutuelle*), двусмысленности (*ambiguïté*), поляризации (*polarisation*), взаимодополняемости перспектив (*reciprocité de perspectives*), которые в конечном итоге являются разными степенями антиномичности социального Целого.

Мыслитель не считал свою диалектику законченной системой и указывал на то, что диалектическое уяснение связи вещей или понимание (*compréhension*) является лишь одной из ступеней познания, которое органически дополняется объяснением (*explication*). Если диалектика Гурвича в принципе сводится к описательной функции, то объяснение дает возможность найти причинно-следственную связь между феноменами, их взаимозависимость и закономерности функционирования в социальном Целом.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Gurvitch G. *Dialectique et Sociologie*. P. 179–184.

<sup>67</sup> Gurvitch G. *Traité de sociologie*. Vol. 1. P. 19.

<sup>68</sup> *Ibid.* P. 155–156.

<sup>69</sup> *Ibid.* P. 169–170.

<sup>70</sup> Gurvitch G. *La vocation actuelle de la sociologie*. Vol. 1. P. 5 et suiv.

Возможность такого объяснения зависит от наличия в распоряжении исследователя адекватной научной теории, принципы которой Гурвич формулирует следующим образом.<sup>71</sup>

Если принципом диалектики у Гурвича является движение от частного к общему: индивидуумы организуются в группы, группы — в социальные классы, группы и классы — в глобальные общества и т. п., то принцип объяснения — это движение от общего к частному. Общее, тотальное доминирует над частным, т. е. над подчиненными ему в методологическом плане элементами, и только такое тотальное видение социального делает возможным объяснение в социологии. Поэтому первым принципом объяснения в социологии Гурвич считает интеграцию элементов общества в тотальность, и при этом необходимо учитывать, что тотальность, глобальность социального может иметь различные степени.

Изучение структуры социальных феноменов является одним из важнейших направлений социологического анализа, но значение структурно-функциональной проблематики не должно преувеличиваться в объяснении. Структура тотальных социальных явлений имеет диалектический характер и изменяется под влиянием окружающей среды и развития самих социальных явлений. Поэтому изучение социальных структур не может быть положено в основу социологического объяснения и представляет собой лишь посредствующее звено в процессе познания. Этим принципом Гурвич подчеркивает, что единственной основой для социального анализа могут быть сами тотальные социальные явления, которые нельзя смешивать с типами их структур — абстрактными познавательными моделями.<sup>72</sup>

Как отмечено выше, изучение общества не может сводиться ни к изучению абстрактных понятий, характеризующих социальное Целое, ни к вычленению из процесса развития тотальных социальных явлений неких общих принципов существования общества: научный анализ должен строиться на изучении каждого социального явления в его своеобразии и конкретно взятой культурно-исторической обстановке. Из признания неоднородности социальных явлений, наличия у каждого из них особых, свойственных только такому явлению, характерных черт следует и признание неизбежности конфликта как встречи и столкновения разного. Социальные конфликты находят свое объяснение в противоречиях между структурой общества и тотальными социальными феноменами как основными элементами социальной жизни. Наиболее полноценно такие структуры и явления могут быть изучены на основании их разделения на типы. Поэтому для Гурвича типология социальных явлений и структур является одной из основ социологического объяснения (иногда он говорит о социологии как исключительно о типологии тотальных социальных явлений).<sup>73</sup>

Наряду с изучением каждого отдельно взятого социального явления необходимо и самостоятельное изучение каждого уровня социальной действительности. Взятый сам по себе каждый социальный феномен неповторим,

<sup>71</sup> Gurvitch G. *Traité de sociologie*. Vol. 1. P. 241–245.

<sup>72</sup> *Ibid.* P. 241.

<sup>73</sup> *Ibid.* P. 19, 242.

но его можно объяснить только через общество в целом и его структуру. Гурвич постулирует различие исторического и социологического подходов к обществу. Если для исторического подхода все социальные явления строго индивидуализированы, неповторимы и несводимы друг к другу, то для социологии свойственны стремление к типизации, разделению социальных явлений на определенные категории и поиск взаимосвязи между ними. Ни история, ни социология не могут претендовать на полноту научного знания об обществе, но в процессе социологического объяснения могут и должны дополнять друг друга.

Мыслитель настаивает на необходимости разграничения между понятием «социальные закономерности» (*determinismes sociaux*), характеризующим абстрактные принципы и концептуальные рамки исследования процессов развития социума, вычленяемые исследователем при анализе социальных феноменов, и понятием «социальный детерминизм» (*determinisme social*) — сущностного качества социальной действительности, позволяющего ей интегрировать в себя разнородные явления. Под детерминизмом здесь понимается собственно объяснение таких явлений через неизбежность и закономерность самого процесса их интеграции.<sup>74</sup> Гурвич определяет социальную закономерность как «интеграцию частных фактов в ту или иную сферу социальной действительности (переживаемого, познаваемого, конструируемого), которая при этом сохраняет свою непредсказуемость; такая закономерность располагает социальные факты, т. е. объясняет их путем интерпретативного понимания той или иной сферы».<sup>75</sup> Собственно законы причинно-следственной связи в социологии могут применяться в очень узких пределах из-за присущих каждому социальному явлению прерывности, случайности и неповторяемости. Пытаясь избежать методологических трудностей неокантианской трактовки исторического и социального как индивидуального и неповторимого и следующего отсюда разделения наук на генерализирующие и индивидуализирующие (Г. Риккерт), Гурвич говорит о возможности нахождения некоего компромисса, при котором индивидуализация социальных явлений не создавала бы препятствий для их научного анализа с помощью концепции «социальных закономерностей», не имеющих ничего общего с закономерностями в точных науках.<sup>76</sup> Социальные закономерности характеризуются крайней относительностью и плюрализмом, отсутствием общезначимости, функциональным различием тех сфер, на которые распространяется действие таких закономерностей, скудостью методологических приемов их исследования,<sup>77</sup> что в свою очередь объясняется свойствами самой социальной действительности и отнюдь не препятствует ее научному анализу.

Исследуя проблему единства общественной жизни, ученый, исходя из формы психологического единства, проводит различие между типами социального единства (спонтанными и организованными — в терминологии Гурвича): между формами социальности (способами связи с Целым и посредством

<sup>74</sup> *Gurvitch G. Determinismes sociaux et liberté humaine. P. 40 et suiv.*

<sup>75</sup> *Gurvitch G. Traité de sociologie. Vol. 1. P. 237.*

<sup>76</sup> *Ibid. P. 40.*

<sup>77</sup> *Ibid. P. 236–237; Vol. 2. P. 288.*

Целого) и, соответственно, между социальным и индивидуальным правом. Согласно этой концепции, коллективное сознание состоит из взаимосвязанной системы отношений между многочисленными «Я», «Ты» и образует самостоятельную сферу социальной действительности; поэтому «нет никаких научных оснований приписывать индивидам или их взаимоотношениям друг с другом исключительную способность к таким психологическим переживаниям, которые не могли бы приписываться социальным группам».<sup>78</sup> Индивидуальная, межличностная и коллективная ментальность являются не чем иным, как тремя составляющими единства духовной жизни общества.<sup>79</sup> Разные степени взаимопроникновения сознаний индивидов и коллективов создают разные типы социальных структур: масса (*masse*), общность (*communauté*), всеединство (*communion*). Чем больше степень слияния индивидуальных сознаний, тем меньше становится воздействие коллективной психологии на индивидов, и наоборот. При наибольшей степени слияния и взаимопритяжения в ощущении единства «Мы» (всеединство) индивид вообще исключается из сферы коллективного или индивидуального принуждения.

Степень подобного слияния зависит от множества переменных: так, слияние на уровне всеединства возникает при глубочайшем единении индивидов под влиянием общей опасности, эйфории и т. п., по миновании которых всеединство обычно переходит в общину или массу. Решающую роль при этом играет спонтанное единство «Мы» — неразложимое на составные элементы внутреннее единство состояний сознания, интуитивное осознание группой своей целостности. В области организованной социальности доминируют «отношения с Другими» — единство, достигаемое за счет конвергенции и взаимозависимости автономных частей социальной группы (индивидов, микрогрупп). Здесь участники социального взаимодействия посредством координации своих действий и состояний сознания выстраивают новую действительность. Такое взаимодействие ограничивается исключительно внешними границами, каждый индивид и каждая группа сохраняют свою автономию и как таковые противопоставляются социальной целостности. Вместо «растворения» открытых сознаний на уровне «Мы» здесь индивиды отделяются и «закрываются» друг от друга и находятся поэтому в постоянном конфликте. Интуитивное ощущение общности и взаимопритяжения, осознание реальности другого в данном случае воспринимается субъектами социального действия скорее как препятствие для осуществления своих целей. Поэтому единство на уровне организованной социальности в форме «отношений с Другими» достигается не за счет такой интуиции, как это происходит на спонтанном уровне, но посредством связующих социальное взаимодействие знаков и символов.<sup>80</sup>

Глобальные общества<sup>81</sup> Гурвич определяет как наиболее обширные, наиболее значимые и богатые содержанием тотальные социальные явления. Они превосходят по полноте выражения и влиянию не только отдельно взятые

<sup>78</sup> Ibid. Vol. 1. P. 169.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Gurvitch G. Die Grundzüge der Soziologie des Rechts. Neuvied, 1959. S. 132–134.

<sup>81</sup> Gesamtgesellschaft (нем.), société globale (фр.), all-inclusive society (англ.).

социальные группы, но и государства, народы, нации; они обладают абсолютным юридическим суверенитетом, которому подчиняются все входящие в глобальные общества социальные структуры, в том числе и государство, чей правовой суверенитет всегда относителен и ограничен, несмотря на видимость верховенства.<sup>82</sup> В общей сложности Гурвич выделяет 14 типов глобальных обществ, и при этом проводит различие между так называемыми неисторическими («архаическими») и историческими глобальными обществами. Критериями такого деления являются: 1) дисконтинуальность архаических и континуальность исторических обществ; 2) сегментированность первых и относительная целостность вторых; 3) осознание свободы только на уровне подсознания в архаических (Гурвич также использует термин Прудона — «непрометеевских») обществах и осознание на уровне коллективной и индивидуальной психологии возможности своими действиями изменять окружающую среду во втором («прометеевском») разряде обществ.<sup>83</sup> В работе «*Determinismes sociaux et liberté humaine*» Гурвич выделяет следующие четыре типа архаических обществ:<sup>84</sup> 1) племена, где доминирующая клановая структура борется за превосходство с семейными группами; 2) племена, где интегрируются разнообразие слабоструктурированные группы; 3) племена, где социальное управление основано на разделении власти между военными, семейными и клановыми группами; 4) племена, где сохраняется клановая организация, но такая организация находит свою фиксацию в основанном на космогонической и теогонической мифологии монархическом протогосударстве, где доминируют территориальные группы. Архаические общества Гурвич отличает от 10 «исторических» типов глобального общества: 1) харизматические теократии; 2) патриархальные общества; 3) феодальные общества; 4) общества, где преобладает полис или империя; 5) общества зарождающегося капитализма и просвещенного абсолютизма; 6) либерально-демократические общества, соответствующие экономической системе конкуренции; 7) общества, где преобладает государственное регулирование (*sociétés dirigistes*), соответствующие полноте развития капиталистической системы хозяйства; 8) образующиеся на основе технократии и бюрократизации фашистские общества; 9) плановые общества, регулируемые по принципам этаизма и коллективизма; 10) плановые общества, регулируемые по принципам плюралистического коллективизма (идеальный тип, для которого характерно децентрализованное планирование экономики, федералистская концепция собственности, самоуправление на всех уровнях социальной жизни).<sup>85</sup>

Вслед за М. Моссом Гурвич разрабатывает также и структурную концепцию социального времени как одну из основ научного изучения социальной действительности. Социальная действительность в самом процессе своего существования порождает временные иерархические порядки (временные перспективы), без которых социальное бытие невысказимо. Гурвич социальное время определяет как «схождение и расхождение тотальных социальных

<sup>82</sup> *Gurwitch G. Traité de sociologie. Vol. 1. P. 216.*

<sup>83</sup> *Gurwitch G. Determinismes sociaux et liberté humaine. P. 220–221.*

<sup>84</sup> *Ibid. P. 221–244.*

<sup>85</sup> *Gurwitch G. Traité de sociologie. Vol. 2. P. 220 et suiv.*

явлений, дающее начало времяисчислению и существующее в рамках такого времяисчисления». Социальное время характеризуется «максимально возможной концентрацией значений и крайней сложностью». <sup>86</sup> Всего Гурвич выделяет 10 видов социального времени. <sup>87</sup>

Разумеется, далеко не все положения подобной концепции бесспорны, однако нельзя не выделить и положительные моменты — особенно заметными преимуществами интеграционного подхода Гурвича оказываются при анализе сверхсложной социальной действительности в ее целостности. Свою глубинную социологию Гурвич противопоставил классическим взглядам на социальную действительность, свою трактовку общества как тотального социального явления — попыткам разорвать целостность общества ради простоты классической «научной картины мира». Известный российский социолог А. Б. Гофман так характеризует социологическую концепцию Гурвича: «Повсеместно распространенному эмпирическому изучению микрообъектов социального мира он противопоставил философское теоретизирование относительно социальной реальности в целом. В ответ на принципиальный антиисторизм и отсутствие внимания к истории, связанное с критикой старого эволюционизма, он проповедовал тесную связь с исторической наукой. В противовес структурному функционализму, который был объявлен некоторыми его представителями синонимом социологического метода вообще и который акцентировал, явно или неявно, роль статичности и согласия в социальной жизни, Гурвич постоянно подчеркивал динамические и конфликтные аспекты социальной жизни. Наконец, абстрактным теориям, покоящимся на формально-логических основаниях, он стремился противопоставить социологию, основанную на специфически трактуемой диалектике». <sup>88</sup> Очень образный пример значения диалектического подхода Гурвича был приведен в работе его ученика Ф. Боссермана. Глядя на Собор Парижской Богоматери с улицы, мы можем заметить и просчитать все количественные параметры Собора — его высоту, дизайн, архитектурный стиль, но, заходя внутрь, мы понимаем, что Собор есть нечто неизмеримо более загадочное и непостижимое, чем это казалось снаружи. Значимость социологии права Гурвича как раз и состоит в демонстрации и объяснении социальной действительности в ее глубинных, противоречивых, спонтанных и динамических проявлениях. <sup>89</sup>

Социологии права Гурвич уделял особое внимание, а правовая проблематика всегда занимала центральное место в научных исследованиях Гурвича. Как пишет К. Леви-Строс, «основным мотивом социологии Гурвича является именно юридический ее аспект». <sup>90</sup> Если говорить о значении социологии

<sup>86</sup> *Gurvitch G.* The spectrum of Social Time. P. 26–27.

<sup>87</sup> *Gurvitch G.* 1) *Determinismes sociaux et liberté humaine.* P. 44–48; 2) *The spectrum of Social Time.* P. 28–33.

<sup>88</sup> *Гофман А. Б.* «Диалектическая» социология Ж. Гурвича. Вместе с тем Клод Леви-Строс упрекает Гурвича за «идолопоклонство» перед конкретным: «превознося его богатство, сложность, неуловимость, его вечную невыразимость и созидательную стихийность; он остается преисполнен к нему столь священного благоговения, что никогда не осмеливался взяться за описание или анализ хотя бы одного конкретного общества» (*Леви-Строс К.* Структурная антропология. М. 2001. С. 338).

<sup>89</sup> *Bosserman Ph.* Dialectical sociology: an analysis of the sociology of G. Gurvitch. P. 303–304.

<sup>90</sup> *Levi-Stross C.* French sociology // *Twentieth century sociology.* P. 532. — См. также предисловие Ж. Баландье к работе «*Les perspectives de la sociologie contemporaine, Hommage à Georges Gurvitch*» (Р. III).

права в исследовании правовой проблематики, то именно социология права, а не теория права, не философия права, не иные научные дисциплины, по мнению Гурвича, может объяснить правовую действительность. Он дает следующее определение социологии права: социология права — это «научная дисциплина, изучающая полноту социальной действительности права; исследующая функциональную взаимосвязь между видами, отраслями, системами права и соответствующими сферами общественной жизни; анализирующая изменения роли права в обществе и соответствующих юридических методов регулирования, места и значения юридического сообщества; изучающая тенденции и факторы возникновения и развития права».<sup>91</sup>

По мнению Гурвича, существует различие между социологией права как самостоятельной научной дисциплиной и социологической теорией права (Р. Иеринг, Л. Дюги, С. И. Муромцев, Н. М. Коркунов и др.) — позитивистским направлением в философии права.<sup>92</sup> Гурвич проводит различие также между теорией права (наукой социального регулирования, создающей специальные приемы юридической техники),<sup>93</sup> философией права («созерцательное» изучение целей и ценностей, лежащих в основе юридической техники) и социологией права (научного изучения полноты социальной действительности права),<sup>94</sup> но утверждает, что изучение права должно вестись в рамках этих трех дисциплин параллельно. Мнимый конфликт между этими дисциплинами основывается на неправильной трактовке их объекта и метода:<sup>95</sup> единство объекта изучения (правовая действительность) и различие задач и методов обуславливают принципы взаимоотношений и сотрудничества между данными отраслями научного знания.<sup>96</sup> Вслед за Штаммлером и Муромцевым Гурвич обосновывает существование также и «политики права» — совокупности правовых ценностей, идеалов, приемов юридической техники, наиболее подходящей для конкретной системы права в конкретную историческую эпоху и являющейся эталоном развития такой системы.<sup>97</sup> Политика права является техникой совершенствования правовой действительности и призвана обеспечить наиболее полную реализацию в правовой жизни тех объективных ценностей, которые присутствуют в

<sup>91</sup> *Gurvitch G. Traité de sociologie. Vol. 2. P. 191.*

<sup>92</sup> *Gurvitch G. Sociology of Law. P. 66.*

<sup>93</sup> Задачами теории права является построение взаимосвязанной системы норм поведения и значимых для той или иной группы символов, которые необходимы для урегулирования социальных конфликтов и судебного разрешения споров (*Ibid. P. 61*).

<sup>94</sup> *Gurvitch G. 1) Ibid. P. 60–61, 303–309; 2) Die Grundzüge der Soziologie des Rechts. S. 220–221.* — Во второй работе Гурвич объясняет, что поскольку общей задачей философии и социологии является изучение идей и ценностей (для социологии — в ракурсе связи ценностей с социальной действительностью; для философии — во взаимосвязи с другими сферами духовной жизни), то в отличие от социологии права философия права призвана: 1) связать выражаемый в логических конструкциях и символах юридический опыт с глубинными слоями социальной действительности; 2) изучать юридический опыт во взаимосвязи с другими сферами «интегрального» социального опыта (морального, религиозного, эстетического и т. п.); 3) вырабатывать критерии различения между ценностями, имеющими действительное внутреннее содержание, и ценностями, существующими только в воображении и фантазиях людей.

<sup>95</sup> *Gurvitch G. L'idée du droit social. P. 213–233.*

<sup>96</sup> Критику такого подхода у Роско Паунда см.: *Pound R. Sociology of Law // Twentieth century sociology. New York, 1946. P. 301.*

<sup>97</sup> *Gurvitch G. Sociology of Law. P. 309.*

действующих правовых нормах. Такой цели правовая политика может достичь путем сравнения соответствующих ценностных установок с правовой действительностью.<sup>98</sup>

Для Гурвича, так же как и для многих правоведов рубежа XIX–XX вв., центральной проблемой являлась проблема императивности правовых предписаний: почему люди и социальные коллективы подчиняются правовым нормам, откуда у этих норм берется такая принудительная сила, которая заставляет субъекта повиноваться ей даже помимо своей воли? Гурвич безжалостно критикует нормативистскую концепцию права, понимаемого как организованная сила, как механизм государственного принуждения, — за любой принудительной силой и ее организованным выражением всегда стоит некая более глубинная сила. Правовые предписания заимствуют свой авторитет, свою общеобязательность не от произвола индивидов или социальных групп, а непосредственно из социального Целого, поскольку право и социальная действительность неразрывно связаны и не могут мыслиться порознь — это основная идея социологии права Гурвича. Степень такой связи даже более интенсивна и прочна, чем связь с социальной действительностью других регулятивных механизмов общества, — право более нуждается в коллективном признании, ведь без такого признания невозможно его функционирование через систему корреляции взаимосвязанных прав и обязанностей.<sup>99</sup>

Поэтому правовая действительность по существу своему коллективна, и если сравнивать право с моралью и религией (двумя другими основополагающими социальными регуляторами), то оказывается, что последние приобщают коллективный характер лишь в процессе своего осуществления. Сами по себе моральные и религиозные предписания обращены непосредственно к индивиду и в своем действии опираются преимущественно на внутренние мотивы и, следовательно, могут реализовываться и без вмешательства внешних социальных институтов и организаций (такое вмешательство хотя и не исключается, но не составляет существа этих видов регулирования). Право же всегда основывается именно на коллективном признании, без которого немислима императивно-атрибутивная структура права, а реализация права в большей степени, чем реализация моральных и религиозных предписаний, оказывается связана с функционированием специальных правоприменительных органов (это обусловлено тем, что основное призвание права — урегулирование социальных конфликтов).<sup>100</sup> Отсюда и первостепенная роль социологии для изучения права. При этом Гурвич, в отличие от Дюркгейма, не считает право важнейшим из социальных явлений и не абсолютизирует значения социологии в системе общественных наук.<sup>101</sup>

Исследование правовой проблематики Гурвич начинает с выделения первичных элементов правовой действительности. Возражая на предпосылки

<sup>98</sup> *Gurvitch G. Die Grundzüge der Soziologie des Rechts. S. 220–221.*

<sup>99</sup> *Gurvitch G. Traité de sociologie. Vol. 2. P. 173.*

<sup>100</sup> *Bouvier M. Georges Gurvitch et l'idée du droit social // Études en l'honneur de Georges Dupuis: droit public / Préf. de Georges Vedel. Paris, 1997. P. 19–22.*

<sup>101</sup> См. об этом: *Leygues R. Sociologie de la connaissance juridique chez Georges Gurvitch. Tours, 1980.*

преобладающего в западноевропейской правовой традиции методологического индивидуализма, Гурвич считает, что первичными элементами права являются не индивиды, а формы социальности, через которые и проявляется плюрализм права. Мыслитель не дает определения самого термина «социальность» (или «социальность» в английских текстах), одного из основных в его терминологии; в работах Гурвича этот термин употребляется в наиболее широком смысле — как существование человека в обществе,<sup>102</sup> как тождественный понятиям «общение», «коммуникация», столь значимых и для современной правовой мысли. Именно общение, по Гурвичу, и служит побудительным мотивом, причиной, фактором и целью всей человеческой деятельности и ведет в том числе и к возникновению и развитию права.

С этой точки зрения очевидно, что стремление использовать технические приемы работы с нормативным материалом для изучения правовой действительности и формулировать на основе такой техники неизменное смысловое ядро самого права приводит юристов к глубочайшим заблуждениям.<sup>103</sup> Это связано с тем, что правовая действительность не исчерпывается собственно нормативным материалом, но бесконечно его превосходит. Гурвич указывает на следующие ошибки позитивизма этатистского толка: порочный круг между государством и правом, когда они являются источниками и условиями существования друг друга; внутреннее противоречие между утверждениями о неизменном характере долженствования правовых норм и констатацией изменчивости, эмпиричности этих норм; наличие правового регулирования в тех сферах общественной жизни, где не осуществляется государственное регулирование; существование коллизий правовых норм, противоречивость правоприменительной практики и наличие в писаном праве формально действующих, но «неработающих» норм.<sup>104</sup> Собственно нормативно-правовая система государственного права (*droit d'Etat*) представляет собой лишь систему взаимосвязанных моделей поведения, санкций за их нарушения, способов разрешения социальных и межиндивидуальных конфликтов, символов и социальных ценностей, значимых для определенной социальной группы или групп в определенный исторический период; для использования этой системы вырабатывается определенная юридическая техника. Такая техника не может полностью соответствовать реалиям общественной жизни, зачастую от них отстает и сама изменяется под воздействием спонтанного развития правовой действительности — задача юридической техники состоит исключительно в «обнаружении правовых элементов (нормативных фактов) в социальной действительности, их формулировании и систематизации».<sup>105</sup>

Право существует и помимо государства и его структуры, и ошибкой механистического мировоззрения Нового времени является перенесение видимых условий существования права в современном обществе на иные исторические эпохи. Гурвич соглашается, что применительно к современным

<sup>102</sup> Gurvitch G. *Sociology of Law*. P. 199.

<sup>103</sup> Gurvitch G. 1) *Traité de sociologie*. Vol. 2. P. 173; 2) *Sociology of Law*. P. 200.

<sup>104</sup> Gurvitch G. *Sociology of Law*. P. 7–9.

<sup>105</sup> Gurvitch G. *L'idée du droit social*. P. 133.

условиям трудно отрицать доминирующую роль государства в формировании правопорядка — это результат своеобразной «эволюции» регулятивных механизмов общества от недифференцированных, синкретичных регуляторов к формально определенным механизмам регулирования. Но «не должно обманываться видимостью “социальных вещей”, как бы удобно юристам ни было переносить сухую юридическую терминологию на “живую” правовую действительность».<sup>106</sup> Утверждение о том, что условием существования права является наличие организованного аппарата государства, по мнению Гурвича, основывается на ложной логической посылке: из необходимости единства и иерархичности системы права отнюдь не следует, что должен существовать и единственный источник права: будь то государство в этатистском позитивизме, природа, разум в юснатурализме и т. д. Каждая из таких «философских» концепций права имеет свой *raison d'être*, свое эмпирическое и теоретическое обоснование, но не одна из них не в состоянии дать всеобъемлющего объяснения феномена права. Само многообразие этих концепций, по мнению ученого, указывает на их неполноту и необходимость не только абстрактно-философского, но и конкретно-социологического, плюралистического подхода к праву.

Гурвич приходит к следующему определению права: *«Право представляет собой попытку осуществить в данных социальных условиях идею справедливости (т. е. предварительного и по своей сущности многообразного примирения противоречивых духовных ценностей, воплощенных в данной социальной структуре) путем многостороннего императивно-атрибутивного регулирования, основанного на неразрывной связи между правопритязаниями и обязанностями; это регулирование обретает действенность через нормативные факты, которые придают регулированию социальную гарантию эффективности, и может в некоторых случаях обеспечивать выполнение своих требований посредством заранее установленного внешнего принуждения, что не предполагается как обязательное»*.<sup>107</sup> Это определение в сжатом содержании содержит в себе квинтэссенцию всего социолого-правового учения Гурвича, в рамках которого можно выделить такие основополагающие концепты, как правовой плюрализм, учение о юридическом опыте и нормативных фактах, утверждение разнородности, своеобразной структуры и аксиологической основы права.

Правовой плюрализм предполагает, что в обществе существует не один, а несколько «центров юридического опыта», и поэтому все попытки изучать право с монистических позиций заранее обречены на неудачу. Право не есть ни воля законодателя, ни естественный закон, ни идеальная норма, ни социальный факт, ни психологический феномен — право включает в себя все эти многообразные аспекты и всегда представляет собой нечто большее, чем их совокупность. Гурвич предлагает иной взгляд на правовую жизнь, где каждая социальная группа автономно создает свое право, а социальная жизнь с ее противоречиями и антагонизмами приводит к созданию определенного

<sup>106</sup> Gurvitch G. Traité de sociologie. Vol. 2. P. 175.

<sup>107</sup> Ibid. P. 43.

баланса сил, который и характеризует систему права отдельно взятого общества.<sup>108</sup> Поэтому право для Гурвича существует не только на уровне государственной нормативно-правовой системы, но и на более глубоких уровнях социальной действительности и доступно познанию в рамках непосредственного «юридического опыта». Взаимодействие на индивидуальном или групповом уровнях приводит к возникновению определенных поведенческих стереотипов для каждой из социальных групп. Некоторые из этих стереотипов закрепляются общественной практикой и становятся «правопорядками»<sup>109</sup> для соответствующих групп («естественный» процесс правогенеза, по Гурвичу). Образованное таким образом социальное право в той или иной степени находит свое закрепление в нормах государственного права.<sup>110</sup> Для иллюстрации концепции правового плюрализма Гурвича, в рамках которой признается наличие множества конкурирующих правопорядков, Р. Паунд приводит пример незаконной забастовки, которая является недопустимой с точки зрения официально существующего права государства, но участие в которой вполне допустимо и даже обязательно для работников с точки зрения профессиональной солидарности (профсоюзного права), которая сама по себе способна порождать общеобязательные предписания, имеющие все признаки предписаний правовых. Показательна также практика королевских судов в Англии, которые в определенных случаях дают правовую защиту таким правилам поведения, которые официального значения не имели, никогда юридически не закреплялись, но спонтанно зарождались в общественной жизни (например, нормы домашнего обихода).<sup>111</sup>

Именно через разнообразие юридического опыта<sup>112</sup> и выражается многообразие и динамичность справедливости как смыслообразующего начала права. Ученый принимает за аксиому положение, впервые введенное в социологию Дюркгеймом, о том, что основой права, морали, религии являются системы ценностей, проистекающие из коллективных идей. Ценности воспринимаются коллективным сознанием через опыт, который дифференцируется в каждой сфере социального бытия. В сфере правовой действительности ценности реализуются через юридический опыт. По Гурвичу, юридический опыт состоит в коллективном признании нормативных фактов, через которые в определенной социальной среде осуществляется тот или иной аспект справедливости.<sup>113</sup> Поэтому нормативные факты и доминирующая над ними идея справедливости непосредственно воплощают в себе юридический опыт.<sup>114</sup>

<sup>108</sup> См. характеристику правового плюрализма Гурвича у К. Лсви-Строса: *Levy-Stross C. French sociology*. P. 533.

<sup>109</sup> Данный термин у Гурвича передается различными словосочетаниями: «*Rahmenwerk des Rechts*», «*Rechtsordnung*» (нем.), «*ordonnement du droit*», «*l'ordre du droit*» (фр.), «*jural framework*», «*order of law*» (англ.), которые, несмотря на определенные лексические различия, в работах Гурвича выступают как взаимозаменяемые и в тексте переводятся единообразно — как «правопорядок». Иногда для более адекватного перевода употребляется термин «система правового регулирования», смысл которого совершенно не совпадает с принятым в отечественной правовой традиции значением.

<sup>110</sup> *Gurvitch G. L'idée du droit social*. P. 14.

<sup>111</sup> *Pound R. Sociology of law*. P. 317–318.

<sup>112</sup> *Gurvitch G. Traité de sociologie*. Vol. 2. P. 189.

<sup>113</sup> *Ibid.* P. 189.

<sup>114</sup> *Gurvitch G. Sociology of Law*. P. 53.

Юридический опыт служит посредующим звеном между эмоционально-волевым восприятием ценностей и интеллектуально-логическим восприятием логических принципов, и только через такой опыт становится возможным постижение правовой действительности. Сущность права с этой точки зрения заключается в примирении коллективных ценностей и индивидуальных интересов, и для этого в процессе своей жизнедеятельности социальное Целое спонтанно вырабатывает регулятивные механизмы, которые Гурвич называет нормативными фактами.<sup>115</sup>

«Нормативный факт» — это одно из важнейших понятий социологии права Гурвича, введенное им для обоснования плюралистического подхода к праву. Нормативными фактами являются собственно те социальные группы, «организация которых знаменует зарождение самого права»,<sup>116</sup> точнее, где «доминирует активная социальность и которые реализуют некие положительные ценности, порождая тем самым правовое регулирование».<sup>117</sup> При этом понятие «нормативный факт» отнюдь не подразумевает признания «нормативности» права в смысле, характерном для классической правовой науки. Право для Гурвича — это не обязательно норма (смотри определение права, данное выше); скорее это особое состояние социальной группы, при котором отношения между входящими в нее подгруппами и индивидами оказываются связанными с ценностью — справедливостью — и возможны только в рамках императивно-атрибутивных отношений. И не так важно, формулируется ли алгоритм таких отношений в форме «нормы» писаного или неписаного права; право здесь предстает одновременно и как должное, и как сущее — отсюда и название «нормативный факт».

Специфично понимание Гурвичем и правовой нормы как таковой. Для него норма не есть элемент, конституирующий право, не есть неразложимое единство, первичный регулятор человеческого поведения. Резко критикуя атомизм в учении о праве, Гурвич возражает так называемому нормативистскому подходу Кельзена и Остина и говорит о норме права лишь как о ценностно-логическом суждении, немыслимом вне императивно-атрибутивной структуры правоотношения. Именно последнее в его абсолютном выражении — в нормативном факте (см. выше) — и является конститутивной основой права.

Взаимосвязь нормативных фактов и социального Целого носит сложный, диалектический характер: с одной стороны, такие факты являются продуктом развития социального Целого, но, с другой — они сами направляют, организуют, изменяют процессы социального развития и служат праву в качестве «первичных материальных источников».<sup>118</sup> Гурвич не дает определения термина «источник права» и в своих трудах использует этот термин в четырех различных смыслах. По мнению автора, понятие «источники права»

<sup>115</sup> О нормативных фактах в юридической социологии Гурвича см. интересные диссертационные исследования: *Lambert F. La Théorie des faits normatifs de Georges Gurvitch: Mémoire DEA: Philosophie du droit / Paris II; 1977; Uran C. Le Fait normatif dans la pensée de Georges Gurvitch. Mémoire DEA: Philosophie du droit. Paris II; 1978.*

<sup>116</sup> *Gurvitch G. L'idée du droit social. P. 119.*

<sup>117</sup> *Gurvitch G. Sociology of Law. P. 241–242.*

<sup>118</sup> *Gurvitch G. Die Grundzüge der Soziologie des Rechts. S. 130.*

может означать: а) источники исторического возникновения права, причинные факторы его развития и упадка; б) источники знания о праве как «органы» такого знания, например: «разум», «правовое чувство», «правосознание»; в) источники знания о праве как внешние объекты, из которых можно получить такое знание, например: все виды письменного права, древние и современные кодексы и т. п. Юридическое же значение имеет только четвертый смысл данного термина, который является единственно адекватным по отношению к проблеме позитивности права и который обозначает: г) *основание обязывающей силы действующего права и гарантию его действительной эффе́ктивности*.<sup>119</sup> Источники права в собственно юридическом смысле делятся на: нормативные факты, проистекающие из них обычаи, соглашения, традиции и, собственно, правовые установления (законы и т. п.). Гурвич указывает на недостаточность ограничительной трактовки источников права, сводящую данный термин исключительно к двум последним уровням, и говорит о необходимости «поиска источников этих источников», которыми и являются социальные группы в форме нормативных фактов.<sup>120</sup> При этом он выстраивает своеобразную иерархию нормативных фактов: нормативные факты, образованные глобальными обществами, социальными группами и, наконец, возникшие непосредственно из форм социальности, которые осуществляют правовое регулирование на соответствующем уровне. Сами же нормативные факты имеют свою конститутивную основу в справедливости как доминирующей правовой ценности.

Справедливость расположена на границе двух систем ценностей: трансперсональной и эмпирической, и двух сфер действительности: моральной и правовой. Из трансперсональной системы ценностей справедливость черпает безусловность, императивность своих требований; из эмпирической — свою действенность и значимость и, таким образом, становится способной оказывать действенное влияние на общественную жизнь и человеческое поведение. Сущность права с этой точки зрения заключается в примирении коллективных ценностей и индивидуальных интересов в аспекте справедливости. Поэтому проблематика правовых ценностей сводится у Гурвича исключительно к анализу концепции справедливости — конститутивной ценности правовой жизни. Система правового регулирования и справедливость настолько неразрывно взаимосвязаны, что, как считает Гурвич, социальный порядок, не имеющий своей целью справедливость, уже не является и не может быть правом,<sup>121</sup> и в то же время справедливость не может воплощаться в том праве, которое не обладает позитивностью, поскольку основным требованием справедливости является установление мира и безопасности.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> *Gurvitch G. L'idée du droit social. P. 117–119.*

<sup>120</sup> *Ibid. P. 120.*

<sup>121</sup> *Ibid. P. 96.*

<sup>122</sup> *Gurvitch G. L'Expérience juridique et liberté humaine. P. 116.* — Ф. Боссерман отмечает, что в сущностной трактовке справедливости Гурвич близок к психологическому субъективизму Л. И. Петражицкого с его концепцией справедливости как любви («агапе») и к аналогичной концепции Р. Нибура (*Bosserman Ph. Dialectical sociology. P. 26.*)

При таком подходе возникает опасность отождествления права и морали как связанных одной общей ценностью — справедливостью. В работе «L'idée du droit social» Гурвич определял справедливость как «логизацию морального идеала»,<sup>123</sup> тем самым превращая право в орудие реализации моральной ценности. Однако в более поздних работах он уже указывал на то, что справедливость не является ни правовым идеалом, ни неизменной субстанцией права: она есть конститутивный элемент любого правопорядка, даже наиболее неприглядного с моральной точки зрения, и в своем существовании неотделима от правового регулирования.<sup>124</sup>

Справедливость в сфере юридического опыта не является неизменным элементом и меняется вместе с правовой действительностью. Наиболее отчетливо характерные черты справедливости как правовой ценности проявляются в сопоставлении с моральным идеалом справедливости. Безграничности требований морального идеала противопоставляется строгая определенности требований юридической справедливости в рамках каждого конкретного правопорядка. Такая справедливость, с одной стороны, сдерживает креативное творчество и свободу (условия достижения морального идеала), но с другой — сама является гарантией (обеспечивающей безопасность и социальный порядок) и необходимым условием для реализации моральных идеалов,<sup>125</sup> «логизацией» таких идеалов.

В зависимости от вида и уровня регулирования Гурвич выделяет три правовых подсистемы: социальное (интегративное) право, индивидуальное (координирующее) право и субординирующее право.<sup>126</sup> По аналогии с социальной действительностью (которая, по Гурвичу, состоит из двух слоев (*strates*) — поверхностного и глубинного), и в сфере правовой действительности существуют два слоя. Как и применительно к социальной действительности, эти слои различаются в зависимости от способа их восприятия. Та сфера правовой действительности, где доминирует интеллектуальное восприятие, состоит из формальных юридических конструкций, необходимых для разрешения конфликтов различных интересов, образует поверхностный слой позитивного права. Глубинный слой правовой действительности образует сфера непосредственного, интуитивного распознавания ценностей, или сфера «естественного» права, в трактовке которого Гурвич очень близок Л. И. Петражицкому. Далее Гурвич различает два глубинных уровня (*niveau*) права — спонтанный и организационный. В любой социальной организации существует спонтанно рождающееся и развивающееся право. Это спонтанное еще не формализованное право «схватывается» акторами в рамках конкретных правоотношений и находит свое закрепление в «нормах» той или иной социальной организации (семьи, племени, клана, государства и т. п.).

<sup>123</sup> Gurvitch G. L'idée du droit social. P. 101.

<sup>124</sup> Gurvitch G. Sociology of Law. P. 54.

<sup>125</sup> Ibid. P. 55–56.

<sup>126</sup> Gurvitch G. Experience juridique et liberté humaine. P. 75 et suiv.

\* \* \*

Для публикации в настоящем сборнике были выбраны четыре основные работы Г. Д. Гурвича по социолого-правовой тематике, которые последовательно раскрывают взгляды автора и на русском языке публикуются впервые. Первая работа — «Идея социального права» (1932) — является докторской диссертацией ученого, принесшей ему мировую известность. В этой работе он впервые сформулировал основы своей теории социального права, к которым возвращался на протяжении всей научной деятельности и которые, наряду с концепциями правового плюрализма и юридического опыта, представляют собой наиболее важные элементы его социологии права.

Социальное право для Гурвича — это то понятие, которое способно аккумулировать в себе все конструктивные и ценные элементы предшествующих доктрин. В рамках социального права раскрывается сущность естественно-правовых концепций, теорий правового позитивизма, доктрин юридического солидаризма и институционализма, социалистических и анархических учений о праве. Более близкое знакомство с этим социальным феноменом заставляет распрощаться со многими иллюзиями, сформировавшимися в рамках классической научной рациональности: о единстве права, о самодовлеющей воле государства как об источнике права, о естественных законах, которые определяют ход эволюции права, о том или ином преобладающем факторе в образовании и развитии права (экономике, психологии, религии и т. п.).

Право — это то, что фактически дано в социальной жизни в качестве двусторонней связи притязаний и обязанностей участников социального взаимодействия (Гурвич, в отличие от своего учителя Л. И. Петражицкого, не сводит эту связь к связи чисто психологической). Право предстает не как «видимый символ социальной солидарности» (Э. Дюркгейм), а как постоянно изменяющаяся система равновесия различных правопорядков множества социальных групп.<sup>127</sup> Исходя из соображений редакционного характера, в сборнике публикуется только первая наиболее интересная часть данного труда, в которой Гурвич обосновывает методологию своего исследования.

В исследовании «Идея социального права» автор, по собственному признанию, «упустил из виду четкое объяснение использованных им методологических приемов и их достаточное обоснование»,<sup>128</sup> и потому в вышедшей в свет в 1935 г. работе «Юридический опыт и плюралистическая философия права» Гурвич заостряет внимание именно на конкретизации методологических основ своей правовой концепции. Эта работа приводится в сборнике целиком. Излагаемые здесь методологические идеи (о плюрализме правовой действительности, о юридическом опыте как основе познания права, о многообразии источников права и т. п.) являются наиболее значимым вкладом Гурвича в развитие постклассической теории социологии права XX в.

<sup>127</sup> Эти фундаментальные положения в той или иной мере разделяются многими представителями постклассической правовой мысли (см., напр.: *Поляков А. В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004; *Честнов И. Л.* Правопонимание в эпоху постмодерна. СПб., 2003).

<sup>128</sup> *Gurvitch G.* L'Experience juridique et liberté humaine (Préface).

Включенный в настоящий сборник очерк о магии и праве является одним из разделов вышедшей в 1938 г. книги Гурвича «Социологические очерки». Этот очерк последовательно продолжает цикл работ по социолого-правовой тематике: уже определив методологический аппарат своих исследований, ученый исследует процессы правогеиза в архаичных обществах, соотношение в этих обществах права и других социальных регуляторов: морали, религии, магии, подвергая критическому анализу взгляды Дж. Фрззера, Л. Леви-Брюля, Б. Малиновского и других этнологов на образование права.

Четвертой работой Гурвича по социолого-правовой тематике является написанная в 1940 г. книга «Элементы юридической социологии», в которой автор попытался дать стройную и законченную картину социального бытия права на микро- и макросоциологическом уровнях. Он методично и последовательно (хотя, может быть, и не всегда обоснованно) разделяет правовую действительность на слои, уровни, типы и иные структурные единицы и, таким образом, пытается встроить представления о праве в формулируемую им в те годы общесоциологическую концепцию. Написанные Гурвичем на английском, немецком, итальянском и испанском языках работы под названием «Социология права» (на немецком языке — «Основы социологии права») представляют собой адаптированный для соответствующих научных сообществ перевод работы «Элементы юридической социологии». Для публикации в настоящем сборнике был избран англоязычный вариант работы, который был подготовлен к печати самим автором в 1942 г. во время его пребывания в США. Этот вариант более информативен, по сравнению с другими версиями работы, и представляет особый интерес, благодаря подробному критическому изложению доктрин ведущих американских правоведов (Р. Паунд, Б. Кардозо и др.). В данной работе изложены все основные положения социологии права автора, которые относятся к зрелому периоду его творчества. Рассматриваемая работа является последним крупным трудом Гурвича в области социологии права; в дальнейшем Гурвич возвращается к данной проблематике только в контексте своих общесоциологических работ («Современное призвание социологии», «Социологический трактат» и т. д.).

Таким образом, в настоящем издании российский читатель сможет познакомиться со всем циклом социолого-правовых работ Г. Д. Гурвича. Эти работы публикуются на русском языке впервые, сопровождаются небольшими критическими очерками известных социологов: Н. С. Тимашева, Р. Паунда, Ж. М. Трижо, Ф. Терре. Статья г-на Трижо опубликована с его любезного согласия, а г-н Терре подготовил свою статью специально для настоящего издания. Издание снабжено научным комментарием с информацией о малоизвестных в России авторах и пояснениями отдельных трудных для понимания положений. Переводчики, научный редактор и литературные редакторы сделали все возможное для облегчения сложных и громоздких лингвистических конструкций Гурвича,<sup>129</sup> стараясь обеспечить

<sup>129</sup> На сложность восприятия мысли Гурвича указывают практически все исследователи творчества этого социолога. Так, Жан Карбонье отмечает, что «Гурвич мыслит сложно, его многословная манера изложения часто останавливала юристов, что в свою очередь мешало пониманию социологии права» (Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 86).

адекватность перевода и сохранить авторские стилистику и способы оформления содержания текста. Издание снабжено научным комментарием с информацией о малоизвестных в России авторах и пояснениями отдельных трудных для понимания положений. Труды Гурвича, на которые он ссылается в последующих работах, приведены на русском языке; читатель сможет найти точные выходные данные каждой из работ в библиографическом справочнике. Научный редактор и авторы перевода выражают искреннюю благодарность за оказанную помощь профессору Сорбоннского университета, президенту Французского общества философии права Франсуа Терре, профессору и вице-президенту университета Франш-Конте Франсизу Фарружи и особенно профессору университета Бордо IV, директору Французского центра философии права Жан-Марку Трижо, а также госпоже Элеоноре Леру и всем сотрудникам Французского университетского колледжа в Санкт-Петербурге.

*М. В. Антонов*

A decorative Art Nouveau style frame with a double-line border. The top features a symmetrical, interlocking geometric design. The bottom is adorned with stylized floral motifs, including two fan-like flowers on the left and right, and a central leaf-like element. The text is centered within the frame.

ИДЕЯ  
СОЦИАЛЬНОГО  
ПРАВА

# Часть I

## ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКОЕ ВВЕДЕНИЕ

*Понятие социального права, его определение,  
виды социального права,  
системные предпосылки научного исследования*

### Глава I

#### ЦЕЛЬ РАБОТЫ

Мы живем в эпоху глубоких изменений правовой жизни. Закрепленные Декларацией прав и свобод 1789 г. и Кодексом Наполеона и оставшиеся более или менее стабильными во второй половине XIX в. устаревшие правовые механизмы застопорились и продолжают разлагаться изо дня в день, а новые правовые механизмы лишь намечаются — сегодня же мы видим только их первые признаки. Недоступные для традиционного правопонимания новые правовые институты, непредвиденные и неоформленные, возникают повсюду с неприкрытой и в то же время поразительной спонтанностью.

Несогласованность, или, как я бы рискнул сказать, пропасть между освященными временем юридическими концепциями и действительностью современной правовой жизни<sup>1</sup> все с большей силой проявляет себя и грозит перерасти в трагедию. «В поте лица своего мы ищем новые правовые категории с тем, чтобы изыскать возможность направить в новые русла бурные потоки правовой жизни наших дней»,<sup>2</sup> — воскликнул недавно один весьма сдержанный ученый, и он высказался так от имени всей правовой науки в целом.

Из-за глубокого конфликта между традиционными концепциями и современной правовой действительностью невозможно не только создание новой научной системы, не только рациональное и осознанное использование новых формаций правовой жизни, но даже сам процесс подобных преобразований, наличие которого в настоящее время уже никто не оспаривает, оказывается недоступным для познания.

И действительно, современная научная литература изобилует зачастую весьма значимыми работами, посвященными «трансформациям частного и публичного права»,<sup>3</sup> «связям между правом и современностью»,<sup>4</sup> «растворению

---

© М. В. Антонов, пер. с фр., 2004

<sup>1</sup> См. также интересную статью Гастона Морена: *Morin G. L'abus du Droit et les relations du Réel et des Concepts dans le domaine juridique // Revue métaphysique. 1929. P. 267 et suiv.*

<sup>2</sup> *Hedemann W. Das bürgerliche Recht und die neue Zeit. 1920. S. 19.*

<sup>3</sup> *Duguít L. Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. 1912; Charmont J. Les transformations du droit civil. 1912; Leroy M. 1) La transformation de la puissance publique. 1907 // Cahiers de la Nouvelle journée. № 4; 2) La Cité moderne et les transformations du droit. 1925 (коллективная работа).*

<sup>4</sup> *Hedemann W. Das bürgerliche Recht und die neue Zeit. 1920.*

принципа автономии индивида в праве»,<sup>5</sup> «социализации права»,<sup>6</sup> «кризису современного правосознания»,<sup>7</sup> «революции фактов против кодекса», «упадку суверенитета закона и договора»,<sup>8</sup> «конфликту между правом и действительностью»,<sup>9</sup> «новым тенденциям в праве», особенно «в трудовом и международном праве».<sup>10</sup> Кажется, эти вопросы стали излюбленными темами исследований выдающихся правоведов современности. Вместе с тем становится все очевиднее, что попытки описать изменения в образе права не могут принести ощутимого результата без замены обветшалых категорий правовой мысли на новые общепринятые позитивные категории.

Без усилий научного сообщества, способных обозначить новую систему правовых принципов, не могут получить адекватного отображения охарактеризованные выше разрывы и изменения и тем более не могут быть объективно определены смысл и направление означенного движения.

Большинство современных авторов заняли очень сильную позицию в области критики и отрицания: само по себе описание происходящих в правовой жизни изменений представляет собой полное разрушение освященных традицией юридических категорий. Но для того чтобы стать эффективным, в сфере идей всякое разрушение должно дополняться позитивной созидательной работой: разрушить здесь означает заменить. Без новых позитивных принципов оказывается закрытым сам доступ к видению современной правовой действительности. Если, по большому счету, вся окружающая действительность оказывается сконструированной и проникнутой категориями мышления, то этот вывод оказывается вдвойне оправданным в отношении правовой действительности, поскольку для того чтобы стать, по меньшей мере, заметной и доступной для наблюдения, она, в отличие от действительности материальной или социальной, требует опоры на предварительное признание определенных моральных и правовых ценностей,<sup>1</sup> выступающих здесь в качестве точки отсчета.<sup>11</sup>

Итак, за редким исключением, новые позитивные принципы и категории практически полностью неизвестны современным правоведам, хотя они и озабочены тем, чтобы быть в курсе происходящих в правовой жизни изменений. Удивительно наблюдать, насколько в глазах и мыслях теоретиков оказывается незначительным теоретический и созидательный потенциал даже

<sup>5</sup> Gounot G. Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique. 1912.

<sup>6</sup> Levy E. La vision socialiste du droit. 1926; Charmont J. La socialisation du droit // Revue de métaphysique et de morale. 1903.

<sup>7</sup> Ноагородцев П. И. Кризис современного правосознания. 1909. — В моем изложении на немецком языке см.: Gurvitch G. Philosophie und Recht. 1921–1923.

<sup>8</sup> Morin G. 1) La révolte des faits contre le Code. 1920; 2) La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté. 1927; Leroy M. La loi, essai sur la théorie de l'autorité dans la Démocratie. 1909; Cruet J. La vie du droit et l'impuissance des lois. 1914.

<sup>9</sup> Fehr G. Recht und Wirklichkeit, и Renner R. Die soziale Funktion der Institute des bürgerlichen Rechts. 1929. — См. также практически необъемную научную литературу о «живом праве», о наиболее значимых представителях которой мы повествуем в появляющейся одновременно с настоящим трудом книге «Идея социального права и современность», глава III части первой.

<sup>10</sup> Politis N. Les nouvelles tendances du droit international. 1926; Sinzheimer H. Grundzüge des Arbeitsrechts. 2-te Aufl., 1927; Kaskel G. Das neue Arbeitsrecht. 1920.

<sup>11</sup> См. ниже, в главе IV данного Введения.

тех научных дисциплин, чей объект исследования испытывает наибольшее воздействие происходящих перемен, таких, как, например, доктрины трудового или международного права, теория источников позитивного права. Наряду с критической работой, направленной на самоосвобождение от формул и предрассудков, которые лишь загромождают видение нового положения вещей в правовой действительности, здесь уже можно встретить по большей части робкие и не проработанные теоретические построения, но в означенной сфере нет и следа действительно новаторских научных систем, порывающих с традицией.<sup>12</sup> Это обстоятельство имеет вполне конкретные причины, которые требуют пояснения.

Процесс «постоянного обновления мышления», «понуждаемого возвращаться к аксиомам, которые оно считало вечными», в течение длительного времени имеющий место, вольно или невольно, в иных научных дисциплинах и таким образом ставший органически присущим этим наукам, этот процесс обновления научных категорий, который так прекрасно был освещен Л. Бруншвигом применительно к математическим и физическим наукам,<sup>13</sup> в правоведении наткнулся на определенные препятствия. Ведь нигде, как в правоведении, «логический аппарат научного знания не принимался в такой мере за само научное знание».<sup>14</sup> И никакая философская дисциплина в такой мере, как философия права, традиционно ориентированная на науку римского права, так не запоздала в том, чтобы «пересмотреть заранее предопределенное положение науки, легитимированное ею же, которое рано или поздно должно быть превзойдено».<sup>15</sup>

С трудом можно поверить, насколько официальная «логика» правоведения (особенно в странах, рецептировавших римское право) осталась неизменной со времен Дигест Юстиниана до наших дней. И хуже всего то, что эта пресловутая неизменная «логика» правоведения без труда дает себя распознать как просто «технику», введенную юристами определенной исторической эпохи (императорского Рима) в практических целях и возведенную впоследствии в непререкаемую догму. Покойный австрийский ученый Е. Эрлих<sup>16</sup> в своей замечательной работе «Юридическая логика» (1918)<sup>16</sup> неопровержимо продемонстрировал, что три постулата этой логики: «1) статистический характер позитивного права; 2) догма о единстве права под верховенством закона; 3) неукоснительное подчинение судьи заранее сформулированным правовым установлениям», — являются не чем иным, как методами, сознательно примененными в эпоху централизации и императорского абсолютизма, и что эти постулаты не были известны даже в самом Риме в эпоху республики.

<sup>12</sup> По этому вопросу см. нашу книгу «Идея социального права и современность» (часть первая).

<sup>13</sup> *Brunschvicg L.* 1) Les étapes de la philosophie mathématique. 1912, éd. 1929; 2) L'expérience humaine et la causalité physique. 1923; 3) Le progrès de la conscience dans la philosophie occidentale. Vol. 1–2, 1927.

<sup>14</sup> *Bergson H.* Introduction à la métaphysique // *Revue de la métaphysique*. 1903. P. 23.

<sup>15</sup> *Brunschvicg L.* Les étapes de la philosophie mathématique. P. 303.

<sup>16</sup> *Ehrlich E.* Die juristische Logik. 1918. — Об Эрлихе см. в нашей книге «Идея социального права и современность» (глава III части первой).

Фундаментальное различие, введенное почтенным деканом университета Нанси Франсуа Жени<sup>17</sup> в его превосходном труде «Science et technique du droit privé positif» между «данным» и искусственно «сконструированным», между «наукой» и «техникой» в праве, не имеет иной цели (хотя автору и не удалось полностью ее достичь), кроме как наконец освободить правоведение от его ложной неизменной «логики», разоблачая сущность этой логики как релятивной юридической техники, полностью противоположной истинным науке и логике.<sup>17</sup>

Непревзойденный консерватизм официального правоведения, мумифицированные догмы которого только в наши дни стали смягчаться и под воздействием стремительных изменений уступать спонтанному давлению правовой жизни, проявляется уже утонченнее и глубже: в толковании основных правовых принципов (ценностей права), этических предпосылок права и, по большому счету, толковании «справедливости», которая образует истинный «Логос» феномена права. Подобное толкование остается исключительно индивидуалистическим даже у тех мыслителей, которые считают себя наиболее удаленными от принципов индивидуализма.

Наверное, ничто не могло повредить позитивному обновлению правового мышления и, несомненно, ничто не истощало в такой мере творческую силу правоведения, ничто настолько сильно не способствовало образованию пропасти между концепциями правоведов и действительной жизнью права, как глубоко укоренившийся предрассудок о неизменно индивидуалистическом характере права. Суверенный и автономный индивид (усредненный представитель человеческого рода в целом) как высшая цель права; негативное ограничение сферы внешней свободы индивидов как единственная функция права; распорядительная воля индивида в узком измерении (человек) или в измерении широком (централизованное государство, поглощающее своих членов в безличное Целое), рассматриваемая как единственное основание обязывающей силы права; подчинение множества изолированных и нивелированных индивидов определяемому родовыми признаками правилу поведения как единственное возможное проявление сферы юридического общения, полностью лишенной признаков конкретизированной связи между своими членами и качественного признака «тотальности», которое заменяется абстрактной всеохватываемостью закона; и, наконец, урезание сферы действия права регламентацией исключительно внешнего поведения индивида, которое рассматривается как единственный способ проведения различия между правом и моралью, ограничиваемой исключительно внутренним миром субъекта, *Gesinnung* (нем. — осмысление. — *Прим. пер.*), — все эти тезисы юридического индивидуализма бесконечно повторяются в большинстве юридических дефиниций и концепций современности если и не в их совокупности, то, по меньшей мере, применительно к тому или иному из вышеназванных аспектов.

Такая трактовка феномена права настолько укоренилась в умонастроениях, что даже самые решительные и уважаемые противники индивидуализма в социальной философии и моралистике XIX в., уступая воздействию

<sup>17</sup> См. о творчестве Ф. Жени в нашей вышеуказанной книге (глава III части второй).

этого предрассудка, считали своей обязанностью бороться, наряду с принципом индивидуализма, также и с самой идеей права, отданной на откуп индивидуализму. Французские авторы времен Реставрации и немецкие романтики, такие, как Сен-Симон и Карл Маркс, Огюст Конт и Шеллинг, и даже Фурье и Луи Блан, не говоря уже о некоторых современных мыслителях, единодушно выражали свое пренебрежение самой идее права и противопоставляли этой идее принцип «тотальности», как «метаюридический» по своей сущности, способный найти свое выражение лишь в гетерогенных праву терминах: любви, благе, экономической стратегии. Независимо от того, идет ли речь о борьбе против права как проявления человеческой активности и автономии (авторы эпохи Реставрации), воплощения абстрактного и дискурсивного (романтики и Шеллинг), «обманывающего слабых миража» (Сен-Симон, Фурье, Луи Блан), буржуазного предрассудка, «не способного преодолеть узости своего горизонта» и неизбежно пропитанного тенденциями антигегелитаризма, что проявляется в притязаниях права установить (ни много ни мало) «формальное равенство» (Карл Маркс), «метафизического пережитка... абсурдного столь же, сколь и аморального» (О. Конт),<sup>18</sup> упрек, брошенный праву, всегда один и тот же: «Право, — по Контю, — остается основным на индивидуальности», оно индивидуалистично и не может быть иным. Вместо того чтобы пытаться ввести в глубь самой сферы права элемент «тотальности», «конкретного универсума», большинство противников индивидуализма в XIX в. предпочли полностью отказаться от идеи права и от действительности юридической сферы, рассматриваемой как продукт ложного воображения, внушенного философией индивидуализма.

Самому Гегелю, великому диалектику идеи «конкретного универсума», не удалось выбраться из этого порочного круга. Желая объединить концепции романтизма и рационализма XVIII в. в превосходящем их синтезе классицизма и романтизма, Гегель в том, что касается философии права, фактически лишь сформулировал в индивидуалистических терминах римского права предрассудки романтизма. Противопоставление у Гегеля абстрактного права (тезис) и «конкретной морали» (синтез), осуществляющихся во всемогущем государстве, по существу есть не что иное, как повторение традиционной для римского права альтернативы: *dominium* — *imperium*,<sup>19</sup> принадлежащей изолированному индивиду в узком смысле (координация) и индивиду — в широком смысле (государство, субординация) власти навязывать свою волю. По Гегелю, эта воля навязывает себя как иным индивидам, так и «гражданскому обществу», понимаемому как простой агрегат множества воль, функционирующий по механистическому принципу, но не как действительная конкретная тотальность, автономная и спонтанная. Здесь Гегель продемонстрировал полную неспособность сформулировать в правовой терминологии идею «конкретного универсума», остался законченным индивидуалистом в своей правовой доктрине, положил основу для юридического сверхиндивидуализма иерархического характера.<sup>19</sup> То же самое относится и к

<sup>18</sup> Обо всех названных авторах см. часть третья настоящей книги (глава I), часть четвертую (глава I подраздел 2) и нашу книгу «Идея социального права и современность» (глава I части второй).

<sup>19</sup> См. обоснование этой, на первый взгляд, парадоксальной концепции в части четвертой данной книги (глава I).

плеяде немецких правоведов гегелевской ориентации, начиная с Гербера<sup>V</sup> и Лабанда<sup>VI</sup> и кончая австрийским мыслителем Гансом Кельзенем;<sup>VII</sup> а сам «юридический формализм» оказывается лишь скрытой формой сверхиндивидуализма, по сути акцентированного на *impregium* римской правовой традиции.

Антииндивидуалистическая реакция на протяжении XIX в. была в основном связана с отрицанием права, а зародившееся в последней четверти XIX в. движение за философскую реабилитацию права на основе идеализма в большинстве случаев принимало чисто индивидуалистический оттенок. «Юридический идеализм», начиная с Шарля Бедана вплоть до Жана Бонказе, неокритицизм в духе Ренувье<sup>VIII</sup> у Анри Мишеля и возрожденное естественное право у Шармона (хотя и не так четко выраженное) так же, как и юридическое неокантианство Рудольфа Штаммлера,<sup>IX</sup> Нельсона и многих других правоведов в Германии, а в России — П. И. Новгородцева<sup>X</sup> и Б. А. Кистяковского;<sup>XI</sup> все это направление идей под предлогом защиты безукоризненно обоснованной автономии сферы права и идеального содержания права содействовало реанимированию принципов юридического индивидуализма.<sup>XII</sup>

Столь спорное и неудачное отождествление идеи права и индивидуализма вплоть до наших дней продолжает играть свою роль, одинаковую как у противников права, выступающих за идею Целого (где право обречено на забвение), так и у верных слуг той идеи права, которая грозит быть уничтоженной любой иной, кроме как индивидуализм, концепцией.

В этом и заключается основная причина отсутствия творческой силы в современной правовой мысли — силы, способной заменить юридические категории, превзойденные и разрушенные новыми позитивными категориями. В этом деле нельзя добиться успеха, кроме как утверждая следующее: 1) автономия идеи права совершенно не связана принципами индивидуализма, которые представляют собой всего лишь одну из деформаций сущности права; деформацию, неприемлемую в своей абсолютной односторонности; 2) всякое социальное Целое может найти юридическое выражение, не трансформируясь при этом в индивида в широком смысле, который требует подчинения всех остальных индивидов своей распорядительной воле; для того чтобы суметь адекватно уловить саму идею права, это Целое должно быть введено во внутреннюю структуру права и ни для какой действительной и активной тотальности не может быть исключена необходимость основывать свое существование на праве; 3) таким образом, антииндивидуализм и уважение к праву не исключают друг друга, но являются стремящимися к синтезу элементами.

К сожалению, один из тех редких мыслителей современности, который рискнул создать новую систему, действительно порывающую с традициями систему правовой науки, — покойный декан университета Бордо Леон Дюги<sup>XIII</sup> — связал свой реформаторский труд с философскими предпосылками сенсуализма и эмпиризма, безосновательными и опасными для разрабатываемых им правовых идей. Этим Дюги дал противникам его новаторских тенденций лишний аргумент для утверждений о том, что всякая социализация права грозит уничтожить право, и о том, что всякое универсалистское воззрение в правоведении равнозначно отрицанию самих основ права.<sup>20</sup> Пример

<sup>20</sup> См. главу I части пятой настоящей книги.

двух других великих реформаторов правовой мысли современности, последовательных спиритуалистов — Мориса Ориу<sup>xiv</sup> и Реймона Салейля<sup>xv</sup> (можно отметить их более скромные и, наверное, более неоднозначные концепции, при этом намного более глубокие, чем концепции Дюги, хотя и развивавшиеся в одном и том же направлении), должен был насторожить против любых упрощенных и поверхностных попыток отрицания в данной сфере.

Однако история правовой мысли приготовила еще более убедительный и объективный ответ. Одна из целей нашей книги заключается именно в том, чтобы привлечь внимание ко всему направлению идей, полностью проигнорированному в своей преемственности и этапах его диалектического развития и очень плохо изученному в истинной глубинной сущности доктрин его представителей: у Гроция, Лейбница, Вольфа и их учеников, у Фихте последнего периода и у Краузе, у физиократов так же, как у Прудона<sup>xvi</sup> и его немецкой «тени» — Марло,<sup>xvii</sup> в исторической школе юристов — у Моля,<sup>xviii</sup> Аренса,<sup>xix</sup> Л. фон Штейна вплоть до Гирке — это направление никогда не переставало объединять последовательный юридический антииндивидуализм со спиритуализмом, возводя идею права на вершину почета; представители этого течения всегда пытались выразить идею «конкретной тотальности» в юридических терминах. Доктрины Ориу и Салейля и в значительной степени Дюги, равно как и концепции некоторых теоретиков конструктивного синдикализма (особенно Максима Леруа), гильдейского социализма (Коль) и кооперативизма, являются для нас высшей точкой всего данного процесса развития непризнанных в свое время идей. Здесь, по нашему убеждению, находит свои корни история идеи «индустриальной демократии», которая, по признанию ее современных адептов, «до сих пор не понята»;<sup>21</sup> то же самое относится и к истории идеи о примате международного права по отношению к национальному праву.<sup>22</sup>

Почему же все это направление идей, важность которого мы пытаемся здесь обосновать, имело такой незначительный успех и в своей преемственности оставалось незамеченным историками политико-правовых идей? Почему же те из перечисленных мыслителей, которые снискали действительную славу и уважение у своих современников, никогда не были оценены за те элементы своей мысли, которые мы рассматриваем как наиболее значимые? Ответ нам кажется простым. В тот момент, когда эти доктрины впервые были сформулированы, отсутствовали сферы правовой действительности, на которые эти идеи могли опереться и которые позволили бы их верифицировать. Школа Лейбница–Вольфа указывала скорее на реалии прошлого, чем современности, в то время полностью благосклонной к юридическому индивидуализму. Направление мысли Фихте, Краузе, Прудона указывало на правовую действительность отдаленного будущего, которую эти мыслители предугадывали за завесой веков. Другие мыслители того же самого

<sup>21</sup> См. коллективный труд «Die Wirtschaftsdemokratie», опубликованный под редакцией Нафали (Берлин, 1928. S. 1–2).

<sup>22</sup> По этому вопросу см. нашу книгу «Идея социального права и современность» (§ 2 главы II и главу III части первой).

направления — такие, как представители исторической школы вплоть до Гирке — колебались в своей ориентации по отношению к прошлому и будущему. Современность не была благосклонна к большинству из этих доктрин. Лишь одна широко известная история правового индивидуализма и его естественных антиподов: традиционалистского универсализма и механического коллективизма, которые всегда были враждебны самой идее права и, по своей сути, являлись не чем иным, как одной из разновидностей сверхиндивидуализма, привлекала внимание современников и скрывала истинные перспективы идеального развития. Развитие юридического трансперсонализма<sup>23</sup> было скрыто успехом других направлений: находя свое применение скорее в тени и забвении, в отличие от своего питательного источника, в наши дни данное направление, отвечающее наиболее глубоким потребностям и наиболее сложным проблемам современности, требует *воссоздания*.

Здесь еще раз констатируем, что изучение истории идей невозможно без опоры на определенные принципы системного видения проблемы. Те идеи, которые были сформулированы вышеназванными мыслителями, походят на звезды, появляющиеся на небосклоне лишь в определенные исторические эпохи с тем, чтобы исчезнуть в другие эпохи. Эти идеи оказываются значимыми и влиятельными только для тех поколений, которые нуждаются в них и ищут их. *Нам обожется, что сегодня пробил час воссоздания истории правовых доктрин, объединяющих в себе как уважение к идее права, так и социальные, антииндивидуалистические концепции*. Для того чтобы быть понятой, современная правовая жизнь требует применения провозглашенных этими доктринами идей — идей, так мало оцененных ранее. Как мы пытаемся доказать в другой нашей работе («Идея социального права и современность»), выходящей в свет одновременно с настоящим изданием, подобные идеи появляются в рамках наименее доктринерских современных правовых воззрений.

В этом смысле в рамках правоведения, и особенно в науках трудового и международного права, в последнее время имел место настоящий «сход лавины» фактических данных. Поэтому теоретики наших дней, по привычке игнорирующие длительную историю правового трансперсонализма, начинают свой научный

<sup>23</sup> Мы рискуем использовать малоизвестный во Франции термин «трансперсонализм» (часто встречающийся в немецком и русском философском дискурсе) для того, чтобы обозначить особую этическую концепцию, синтезирующую в себе противопоставление индивидуализма и универсализма в идее сверхсознательного потока чистого созидания (Дух), содержание которого формируется бесконечностью незаменных индивидуальных сознаний, которые участвуют в процессе созидания. В рамках данной концепции Целое отлично от суммы своих членов, но им не трансцендентно и, таким образом, не противопоставляет им себя ни как внешний объект, ни как Высшая личность (иерархический персонализм); превосходящий «Я» элемент не является ни объектом, ни личностью, но сверхсознательной деятельностью («Мы»), по отношению к которой посредством действия имманентными оказываются все лица; в свою очередь такая деятельность имманентна этим лицам и проникает в них. В смысле обоюдного взаимопроникновения сверхсознательной деятельности и сознательного действия в рамках трансперсонального Целого, символизируемого в феномене «Мы», такое взаимопроникновение может быть охарактеризовано как имманентная тотальность (см. наши уточнения по вопросу концепции трансперсонализма ниже: в § 1 главы II части четвертой; в § 1 главы I части третьей (изложение этической теории Прудона); в главе I части четвертой (изложение этики Краузе в сравнении с гегелевской этикой); в главе II (этическая концепция Краузе); переходные замечания между четвертой и пятой частями (изложение идей Секретана); см. также мою книгу «Fichtes System der konkreten Ethik» (Tübingen, 1924), особенно с. 177–214.

анализ на ощупь и приходят в результате чаще всего к примитивным научным конструкциям, вместо того чтобы опереться на уже сделанные в данном направлении достижения предыдущих поколений и продолжить их труд. Сколько ошибок, нелепостей, колебаний и противоречий, уже пройденных в ходе предшествующего развития, вновь повторяются в последних исследовательских работах единственно по причине отсутствия исторических данных об уже проделанной в этом направлении работе.

Вот те соображения, которые заставили нас предпринять настоящее исследование: мы убеждены в том, что всякое систематическое движение к новым правовым принципам и категориям, имеющее целью нахождение позитивной замены все стремительнее и стремительнее обрушивающейся обветшалой системе юридического индивидуализма, для достижения данной цели должно опираться на изучение истории правовых доктрин, воссоздающей уже выполненные в этом направлении исследования, и должно уметь использовать результаты подобных исследований. Как нас авторитетно убеждает Леон Бруншвиц, «современная философия есть философия рефлексии, находящей свое естественное содержание в истории человеческой мысли. Сегодня мы научились искать витальность знания, даже знания позитивного, в альтернативах движений мысли». Эта точка зрения вдохновляла нас при написании данной книги. Однако в нашем исследовании мы оказались ограниченными в применении данной точки зрения только к единственной проблеме философии права и правоведения: к проблеме «социального права». <sup>24</sup> Подчеркнем, что наша книга является не историей юридического антииндивидуализма во всей ее полноте, но лишь историей одной единственной категории правовой мысли, которая не познаваема, исходя из иных исследовательских предпосылок: историей идеи социального права, что и будет составлять объект нашего исследования; мы будем рассуждать исключительно о том виде антииндивидуализма («синтетическом трансперсонализме»), который с необходимостью приводит к упомянутой идее.

Следующие главы настоящего Введения нацелены на попытку детального определения понятия социального права, на его уточнение в различных аспектах и особенно на попытку очертить рамки наших исторических изысканий. На настоящий момент достаточно сказать, что «социальное право», по нашему мнению, является автономным правом всеединства, <sup>xx</sup> с помощью которого происходит самоинтеграция всякой активной тотальности, конкретной и действительной, воплощающей позитивную ценность; оно является правом интеграции <sup>25</sup> (или, если будет угодно, инординации —

<sup>24</sup> *Brunschvicg L. Le progrès de la conscience dans la philosophie occidentale. 1927. Vol. 1. P. 18.*

<sup>25</sup> Точное значение термина «право интеграции» будет приведено в дальнейшем систематическом развитии нашей мысли. Определение этого термина предполагает теорию имманентной тотальности («Мы»), не сводимой к сумме своих членов, но и не накладывающейся на них, антииерархической тотальности всеединства и равноправного сотрудничества, где единство и множественность так же, как и все участвующие в тотальности члены, утверждают себя как равнозначные. Мы можем сослаться на немецкие термины «товарищество» (противопоставляемое господству) и «право товарищества» (Гирке), равно как и на французские термины «солидарность» (понимаемая как «правовая солидарность», «идеальная солидарность» (Секретан, Буржуа)) и «мутуальность», обозначающие феномены, в значительной степени аналогичные тем, которые мы охватываем термином «право интеграции», намного более широким и, как мы надеемся доказать, намного более точным. После того как мы уже обозначили

*inordination* (фр.)), отличным как от *права координации* (правопорядок индивидуального права<sup>26</sup>), так и от *права субординации*, признаваемого только системами юридического индивидуализма и одностороннего универсализма.

Все право субординации в целом представляет собой не что иное, как деформацию и искажение права социальной интеграции — права, где преобладает всеединство, сотрудничество и кооперация; искажение, порожденное неестественным раболепием этого права и проистекающей из него социальной власти перед индивидуалистическим правовым порядком, основанным на гетерогенной системе координации. Например, право, устанавливающее подчинение (субординацию) распорядительной воле работодателя и регулирующее внутреннюю организацию капиталистической фабрики или завода, является всего лишь искажением права социальной интеграции (права всеединства, образующегося непосредственно в механизме общественной практики, в рамках имманентной «целостности» этой фабрики) при помощи гетерогенного порядка индивидуального права собственности, основанного на координирующих отношениях хозяина и других собственников. Субординирующее право, характерное для конституционного строя антидемократического государства (автократия, аристократия, диктатура и т. п.), является лишь деформацией права социальной интеграции политического сообщества, интегративного права сотрудничества и всеединства, искаженного раболепием этого права перед индивидуалистическим правовым порядком, что и приводит к власти монарха или некую привилегированную группу.

Противопоставление социального и индивидуального права, права интеграции и права координации для нас является единственно допустимой и логически верной логической оппозицией; замена такого противопоставления

---

этот термин и завершили большую часть настоящего труда, этот термин был введен в оборот немецким профессором Р. Смендом в книге «*Verfassung und Verfassungsrecht*» (1928) в значении, весьма отличном от нашего; для Сменда «право интеграции» не отличается от «права субординации» и отграничивается от государственного права как витальное явление действительной политической тотальности, отличаемое от системы абстрактных правил. Не считая необходимым отказываться от использования данного выражения, еще раз подчеркнем, что смысл, придаваемый нами этому выражению, имеет мало общего со смыслом, который в него вкладывает Сменд.

<sup>26</sup> Мы используем термин «индивидуальное право» отнюдь не в смысле «субъективного права», как это было общепринято во французской юридической терминологии XIX в. и от чего уже начали понемногу отказываться, но в намного более широком смысле — в смысле специфической структуры правовой действительности, имеющей как объективный, так и субъективный аспекты в силу того, что существуют объективный порядок индивидуального права и, наоборот, система субъективных социальных прав. Отрадно, что мы можем опираться на эту терминологию, общепринятую в других странах под влиянием огромного авторитета выдающегося французского правоведа Мориса Ориу, который, основываясь на собственно объективном аспекте индивидуального права, подчеркивает: «Индивидуальные права являются в одно и то же время объективными правовыми институтами и субъективными правами» (*Hauriou M. Précis de droit constitutionnel*. 2-е éd. 1929. P. 612–613, 618–622; ср.: *Hauriou M. Principes de droit public*. 1916. 22-е éd. P. 19 et suiv.; см. также наше изложение доктрины М. Ориу ниже, в § 2 главы III части пятой настоящей работы). По вопросу полного и взаимодополняющего совпадения классификации, противопоставляющей социальное и индивидуальное право, и совершенно иной классификации, где противопоставляются объективное и субъективное право, см. наши критические замечания в § 1 главы III настоящего Введения.

на модную альтернативу субординации и координации, ассоциации и доминирования или «отношений с Другими» (юридические поступки) является не чем иным, как проявлением бессилия юридического индивидуализма в адекватном познании важнейших сфер правовой действительности.

Традиционное противопоставление «публичного» и «частного» права, не имеющее под собой никакого материального критерия<sup>27</sup> и зависимое от постоянно меняющегося направления волеизъявления государства, которое в те или иные исторические эпохи распространяется на различные сектора права, не соответствует ни одному из ранее названных критериев, но пересекается с ними: так, частное право может наряду с индивидуальным правом включать в себя множество слоев интегрирующего права (социального права), а субординирующее право, «публичное право», может включать в себя, и действительно зачастую включает, значительные участки индивидуалистического правопорядка, что приводит к превращению социального права в право субординирующее.

В любом случае чисто формальное противопоставление публичного и частного права применимо лишь к тем проявлениям правовой действительности, которые находятся под опекой государства: такое противопоставление теряет всякий смысл и всякую эффективность по отношению к многочисленным проявлениям правовой жизни, которые полностью исключены из-под такой опеки (международное, церковное право, право зарождающегося экономического сообщества, особенно здесь можно отметить коллективные трудовые соглашения и т. д.), т. е. к таким правовым явлениям, к которым безусловно подходит противопоставление по материальному критерию между правом интеграции, субординации и координации.

Для нашего исследования истории правовых доктрин мы берем лишь один из узких материальных участков широкой сферы права, а именно право интеграции, или «социальное право», которое играет особо важную роль в современной правовой действительности, а связанные с этим видом права

<sup>27</sup> Невозможность сформулировать материальный критерий для разграничения публичного и частного права, признаваемая в настоящее время все большим числом правоведов, может найти свое подтверждение в самом факте существования более десятка различных определений этих двух видов права, причем ни одно из них не сумело стать хоть в какой-то степени общезначимым (см. по данному вопросу весьма характерный труд И. Холлигера (*Holliger J. Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht. 1904*), где этот автор излагает 104 различные теории о критериях разграничения публичного и частного права с тем, чтобы в заключение сделать вывод о неудовлетворительности всех этих теорий). Чрезвычайно важно отметить, что, как доказывают последние исторические исследования, римские юристы, которые обычно считаются основателями разграничения между публичным и частным правом по материальному критерию, придавали данному разграничению значение, совершенно отличное от того, которое им приписывается. Австрийский правовед Е. Эрлих очень обстоятельно показал, что противопоставление *jus publicum* и *jus civile*, или в более широком смысле — *jus privatum*, у римлян означало противопоставление видов права по их источникам (зигждущимся в государстве или вне государства), а не по их внутренней структуре: *jus privatum* означало систему права не зависящего от государства общества и право юристов, а *jus publicum* — навязываемое государством право (ср.: *Ehrlich E. Zur Theorie des Rechtsquellen. 1902. S. 5, 9 usw., 47, 64, 159, 183 usw., 199 usw.*, где данная концепция обосновывается на анализе многочисленных текстов, заимствованных у римских юристов; у этого же автора см. также: *Ehrlich E. Juristische Logik. 1918. S. 83 usw.*).

проблемы формулируются все настойчивее, несмотря на то что юридический индивидуализм и односторонний универсализм оказываются полностью неспособными уловить эти проблемы. Правовая структура ряда новых правовых институтов или отраслей, таких, как коллективные трудовые соглашения, индустриальная демократия, экономический федерализм, социальный парламентаризм, примат международного права по отношению к национальному праву, Лига Наций или Международная организация труда, «социализация без этатизации», кооперативная и, в более широком смысле, «федеративная» собственность, — в общем, все более четко вырисовывающиеся перспективы плюрализма различных правовых порядков, которые взаимоограничивают друг друга в своей самостоятельности и на равных сотрудничают между собой в жизни нации, равно как и в жизни международного сообщества; рискнем сказать, что этот плюрализм и все подготавливающие его институты не могут даже быть выявлены, не говоря уже об их конструировании в рамках права, без обращения к идее социального права.

Даже наиболее решительные противники данной идеи вынуждены признать ее актуальность и ее притягательность для нашей эпохи: «Выражение "социальное право" является, — читаем у Бонказ в его работе, специально посвященной борьбе против этой идеи, — модным термином, который у всех на устах... и на настоящий момент именно социальное право пользуется наибольшей благосклонностью».<sup>28</sup> И Бонказ добавляет: «Социальным правом восхищаются, не зная толком, в чем оно заключается... и никто не претендует на познание его тайны». «Социальное право... нет ничего более сложного, чем его определение». «Единственно ясно, что ему придают бесспорную значимость... и вокруг него все больше и больше развивается мистицизм».<sup>29</sup>

В последующих главах мы попытаемся сформулировать то определение социального права, которое Бонказ объявляет невозможным, и вся наша книга представляет собой не что иное, как длительное, историческое и систематическое обличение во лжи утверждений упомянутого автора.

Ни в коем случае не предвосхищая наши выводы, вероятно, будет позволительным отметить, насколько велика возможность для столь актуальной теории социального права суметь использовать для своих исследований опыт длительной интеллектуальной традиции, откуда означенная теория могла бы позаимствовать более четкие контуры; забвение этой истории недопустимо как для тех, кто пытается углубить и привести к победе идею социального права, так и для тех, кто желает бороться с этой идеей и преградить ей путь. Воссоздание в общих чертах данной истории доктрин идеи социального права и уточнение принципиальных этапов ее развития и составляет замысел настоящей работы.

<sup>28</sup> *Bonnetcase J. Le Romantisme Juridique. 1928. Préface. P. 52, 174.*

<sup>29</sup> *Ibid. — См. у того же автора: La notion du droit en France au XIX-e siècle. 1919. № 1. P. 178–180.*

## Глава II

# ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПОНЯТИЯ «СОЦИАЛЬНОЕ ПРАВО»

### § 1. Понятие «социальное право» и семь его существенных признаков

*Социальное право является автономным правом всеединства, объективно интегрирующим в себя всякую действительную активную тотальность, которая воплощает вневременную позитивную ценность. Это право образуется непосредственно из социального Целого с тем, чтобы регулировать его внутреннюю жизнь независимо от того, является ли это «Целое» организованным или неорганизованным. Право всеединства заставляет Целое непосредственно участвовать в образующемся из него правоотношении, при этом не преобразуя Целое в один из разобитенных субъектов права — частей данного Целого. «Право интеграции» образует «социальную власть», по сути своей не связанную с безусловным принуждением и в большинстве случаев способную реализоваться посредством относительного принуждения, которому может противостоять субъект; при определенных условиях эта социальная власть функционирует даже и без принуждения.<sup>xxi</sup> В своей первичной основе социальное право предшествует всякой организованной форме социальной группы и способно обрести организованное выражение только в том случае, если социальное единство зиждется на праве лежащей в его основе объективной общности и проникнуто им, т. е. если оно представляет собой равноправную организацию, основанную на сотрудничестве, а не основанную на доминировании иерархическую организацию. В своей организованной форме социальное право обращено к специфическим субъектам права — сложным коллективным личностям, квази-индифферентным как по отношению к изолированным индивидуальным субъектам, так и по отношению к юридическим лицам — простым структурным единицам, которые растворяют в единстве воли корпорации или учреждения множественность своих членов.*

Наше описательное определение социального права предполагает семь безусловно взаимоувязанных между собой существенных признаков: 1) общую функцию социального права — объективную интеграцию некоей тотальности посредством устроения единства общения его членов; 2) основу его принудительной силы: социальное право непосредственно порождается той самой тотальностью, которую оно интегрирует; 3) объект: регламентацию внутренней жизни данной тотальности; 4) внутреннюю структуру соответствующего правоотношения: непосредственное участие в правоотношении не разобитенной на элементы тотальности; 5) внешнее проявление: «социальную власть», как правило, не связанную с безусловным принуждением; 6) осуществление примата неорганизованного права по отношению к организованному, делающее недопустимыми любые иные формы выражения, кроме основанных на равноправном сотрудничестве ассоциаций;

7) субъект, к которому обращено организованное социальное право: сложную коллективную личность. Все эти признаки должны быть прояснены и уточнены, а их единство, основной признак которого сводится к интеграции, должно быть доказано.

1. Объективная интеграция тотальности, которую (интеграцию) мы противопоставляем в качестве общей функции социального права (права всеединства) координации, присущей индивидуальному праву и субординации, характеризующей искажение социального права путем его порабощения правом индивидуальным, не может быть понята без обращения к соответствующей идее «тотальности». Социальное Целое по своей сути представляет собой подвижную и конкретную систему равновесия, основанную на слиянии «взаимодополняющих перспектив»;<sup>30</sup> динамичную систему, где не сводимые друг к другу элементы единства и множества, индивидуального и универсального стремятся к синтезу разнообразнейшими способами. Такая концепция станет понятной только тогда, когда будут окончательно преодолены все те представления о Целом,<sup>31</sup> которые основаны на его пространственном и внешнем по отношению к субъекту восприятию, а видение Целого как некоего неподвижного феномена — оставлено в стороне.

Невозможно понять смысл процесса интеграции, не учитывая, что для того, чтобы быть не сводимым к сумме своих членов, социальное бытие вообще не должно занимать положение внешнего и вышестоящего по отношению к своим членам объекта, не должно быть неподвижной сущностью, трансцендентным и высшим единством. Необходимо также учитывать, что наиболее полное проявление «социального» состоит в постоянном движении взаимодействия Многого в Едином и Единого во Многом — нераздельной корреляции Целого и его частей, взаимопорождающих друг друга. Невозможно понять разницу между интеграцией и процессами координации и субординации, не отдавая отчета в том, что каждая социальная группа в своем идеале является имманентной тотальностью, конкретной и динамичной, не допускающей ни сведения себя к простому единству, ни своего растворения в сумме разрозненных индивидов, между которыми не существует иной связи, кроме подчинения некоему единому абстрактному закону.

Несомненно, что в полном смысле слова синтез Единого и Многого, индивидуального и универсального в рамках имманентной тотальности

<sup>30</sup> «Взаимодополняемость перспектив» была введена в качестве основы «феноменологического» описания социального бытия Т. Литтом (*Litt Th. Individuum und Gemeinschaft*. 1-te Aufl. 1919; 2-te Aufl. 1924. S. 35, 39, 100, 193 usw.).

<sup>31</sup> В цитированной выше работе Т. Литт справедливо упрекает не только односторонне универсалистскую социологию, например социологию Шпанна (*Spann O. Gesellschaftslehre*. 2-te Aufl.) и индивидуалистическую социологию с ее механическим атомизмом, но также и теории («взаимодополняющей причинности») Зиммеля, Фиркандта и фон Визе (*Litt Th. Ibid*. S. 153 usw., 106 usw.) в том, что эти направления впадают в такое пространственное восприятие. Л. Бруншвиц в своей глубокой критике социологической школы Дюркгейма приходит к тому же выводу, возражая против имеющей место у Дюркгейма экстерниоризации социального объекта при помощи аристотелевской логики (см.: *Brunschvicg L. Le progrès de la conscience dans la philosophie occidentale*. Vol. 2. P. 575, 563–557). Впрочем, в процессе поэтапной спиритуализации социология дюркгеймовской школы все более подходит к полному откату от пространственного видения социального бытия (см., в частности: *Bouglé C. Leçons de sociologie sur l'évolution des valeurs*. 1922. P. 33–36).

осуществим лишь в моральном идеале, в созидающем Духе, состоящем из лиц и ценностей в себе, принимающих участие в деятельности этого Духа.<sup>32</sup>

Именно этот «трансперсональный Дух» является воплощением социального в его абсолютной сущности, и, наоборот, все то, что является социальным, несет на себе неустранимый отпечаток духовного. Эмпирическое социальное бытие полно неустранимых и неразрешимых конфликтов, действительных или воображаемых искажений и деформаций, и от идеала его отделяет непреодолимая пропасть; но это бытие утверждает себя как специфически «социальное» только в той степени, в которой оно оказывается связанным с Духом там, где имеется в той или иной мере одухотворенная<sup>33</sup> сфера действительности. И наоборот, Дух не может действовать, не проявляясь в эмпирической социальности. В этом смысле идея «имманентной тотальности», где Единое и Многое обоюдно дают начало своему существованию в движущемся движении взаимоучастия, является не только моральным идеалом, но также и сущностной тенденцией всякого действительного социального бытия, независимо от того, насколько такая действительность удалена от идеала. Как мы увидим далее,<sup>34</sup> данная тенденция находит наиболее действенную поддержку в правовой сфере, играющей роль посредника между идеальной социальностью и социальностью эмпирической.

В таком процессе социальной интеграции встречаются и соединяются два различных движения: Целое самоинтегрируется посредством интеграции в нем его членов.

«Интегрировать» элемент в Целое означает заставить его участвовать в этом Целом в качестве одного из элементов, порождающих его тотальность согласно тем принципам, которые обуславливают единство Целого; при этом интегрированный элемент не подчинен одностороннему властному воздействию Целого. Можно сказать, что интеграция означает *инординацию* (*inordination*), введение в такой порядок, который предполагает активное участие и возлагает обязательства, не подчиняя при этом Целому членов этого Целого как разрозненные и статичные элементы. Интегрированные в тотальность и участвующие в своем подвижном единстве (движении, в котором тотальность самоинтегрируется) члены Целого вступают между собой в отношения всеединства, частичного слияния всех («Мы»<sup>xxii</sup>), а не в отношения противопоставления («Мне», «Тебе», «Ему»), характерные для координации.

Интеграция, или инординация, является *объективной*, поскольку она не зависит от чьей-либо распорядительной воли, от факта персонификации тотальности в некоей организации. Самоинтегрирующееся посредством социального права «Целое» всегда является *активной* общностью, имеющей общую задачу для

<sup>32</sup> Неслучайно концепция имманентной тотальности впервые была разработана И. Г. Фихте для того, чтобы конкретизировать его теорию морального идеала, в частности в работах Фихте позднего периода (см. мою книгу «Fichtes System der konkreten Ethik» (1924. S. 299 usw., 176 usw.), а также настоящую работу — § 1 главы I части четвертой). Все работающие в данном направлении исследователи сознательно или бессознательно следуют путем, проложенным Фихте.

<sup>33</sup> О специфическом и одухотворенном характере социальной действительности наши замечания см. ниже — глава IV данного Введения.

<sup>34</sup> Там же (§ 1).

осуществления, поскольку общности (пассивные состояния) оказывают сопротивление всякой юридической регламентации.<sup>35</sup>

Процесс объективной интеграции тотальности является наиболее ярким выражением центристских тенденций в этой тотальности, наиболее непосредственным их юридическим выражением. В рамках процессов координации и субординации Целое не проявляется непосредственно; оно предстает как последнее основание или, скорее, как перспектива, горизонт, перед которым разворачиваются отношения элементов, отделенных от непосредственной связи с Целым. Здесь доминирует ориентация на множественность и центробежные тенденции доминируют даже в тех случаях, когда какой-либо из отдельных элементов претендует на то, чтобы представлять Целое и подчинять себе остальные элементы. Борьба между интеграцией и координацией бесконечна: она составляет саму жизнь любой социальной группы, которая в действительности функционирует как конкретная система подвижных противовесов, основанная на такой борьбе.

Для того чтобы понять сущность права интеграции, необходимо не только сформулировать адекватную идею имманентной тотальности как идеала социального бытия, но и отказаться от индивидуалистических предрассудков, связанных с общепринятой интерпретацией понятия «право». Необходимо осознать, что право является не только сдерживающим и ограничивающим порядком, который лишь запрещает. Следует отдавать отчет в том, что право есть также порядок позитивного сотрудничества, поддержки, помощи, согласования. Необходимо научиться видеть в праве как порядок мира, союза, взаимной работы, социального обеспечения, так и порядок войны, разобщающего деления, распределения. Нужно уметь различать право и мораль, не разделяя их полностью по индивидуалистической методе, где ложно противопоставляется сфера внешнего мира, которую должно выражать право, и сфера исключительно внутреннего мира, которую должна воплощать мораль. Более подробно мы вернемся к этим вопросам в главе IV (§ 1) настоящего Введения и последовательно изучим их в ходе наших исторических изысканий.

2. Право объективной интеграции, право всеединства не может быть не чем иным, как правом, образующимся непосредственно из той тотальности, в которой оно осуществляет регулятивные функции. И поэтому для того, чтобы в действительности осуществить свою функцию, право должно заимствовать свою обязывающую силу из той тотальности, в которую оно интегрировано. Внешний порядок, который навязывается группе расположенным над ней Целым, является правом не интеграции, а субординации. Следовательно, социальное право всегда заимствует свою обязывающую силу из непосредственного правотворящего авторитета Целого, внутреннюю жизнедеятельность которого оно регулирует, и является автономным правом социальной группы (активной и воплощающей позитивную и рациональную ценность), образующимся непосредственно из нее. В принципе, любая социальная целостность, любая социальная группа способны породить не только свое собственное социальное право — право интеграции, но и собственный порядок индивидуального права — право координации. Например,

<sup>35</sup> Подробнее по этому вопросу см. ниже, § 3 главы IV данного Введения.

некоторые негосударственные организации (Католическая церковь в Средневековье, международные тресты и картели и т. д. в наши дни)<sup>36</sup> создают не только свое статутное, дисциплинарное и процессуальное право, но также и собственное договорное и обязательственное право для того, чтобы регламентировать разрозненные отношения своих членов.

Важно уточнить, почему социальное право может образовываться из Целого более беспрепятственно, чем индивидуальное право. Это обстоятельство может быть доказано тем, что каждая социальная группа (соответствующая вышеназванным критериям) всегда обладает своим социальным порядком, тогда как большинство социальных групп не заботятся о создании собственного индивидуалистического правопорядка, а прибегают к единообразному индивидуальному праву.

Если договориться называть «*нормативными фактами*»<sup>37</sup> определенные действительные факты социальной жизни, которые, благодаря своей специфической структуре (которая реализует априорные идеи и материализует вневременные ценности),<sup>38</sup> способны служить основанием, т. е. персонифицированным правотворящим авторитетом, для обязывающей силы права, то лежащие в основании социального права «нормативные факты» оказываются фактами *союза, социабельности путем частичного слияния или всеединства (Мы)*; такого рода нормативные факты в силу собственного существования воплощают вневременные позитивные ценности трансперсонального характера. Для того чтобы приобрести нормативный характер, эти объединяющие факты не обязательно должны быть организованы либо персонифицированы; основа их нормативного воздействия исключительно объективна (основополагающая неорганизованная общность), а в целом «нормативный факт» не персонифицируем.

Совершенно иными являются нормативные факты, на которых основывается обязывающая сила индивидуального права: это действительные факты «отношений к Другим», «отношений одного с Другим», «социабельности посредством взаимного противостояния», которые в своем существовании воплощают все особые позитивные ценности, ценности личности. Право координации или индивидуальное право черпают свою обязывающую силу не напрямую из порождающего их Целого, а из отношений своих разрозненных членов, из факта их взаимодействия между собой. Эти нормативные факты «отношений к Другим» не могут существовать без опоры на нормативные факты социального союза. Поэтому и правопорядок индивидуального права косвенно основывается на Целом, но непосредственная связь с Целым характерна только для социального права.

В главе IV, посвященной систематическому изложению предпосылок понятия «социальное право», мы возвратимся к проблеме «нормативных

<sup>36</sup> См. § 4 главы III данного Введения.

<sup>37</sup> Там же.

<sup>38</sup> Мы заимствуем этот термин у великого русского правоведа Л. И. Петражицкого (изложение его теории см. в § 3 главы III моей книги «Идея социального права и современность»), но используем его в ином смысле, очень близком к смыслу, который вкладывает М. Ориу в термин «институт» (в широком значении), и уточняем этот термин в § 2–3 главы IV настоящего Введения.

фактов» в ее взаимосвязи с позитивным характером права. Здесь мы ограничимся констатацией того, что социальное и индивидуальное право так или иначе основаны на *различных* нормативных фактах; более того, как мы увидим далее, сами «формальные источники», технические способы констатации этих разнообразных нормативных фактов нетождественны для этих двух сфер права.<sup>39</sup>

3. Социальное право, или право интеграции тотальности, не только основывает свою обязывающую силу на нормативных фактах этой тотальности, но и имеет во внутренней жизнедеятельности социальной группы единственный предмет своего регулирования. Действие социального права не распространяется далее границ интегрируемой этим правом социальной группы, и поэтому в обращенной вовне форме отношений с «*третьими лицами*» (независимо от того, являются ли такие третьи лица индивидами или социальными группами) социальная группа уже не подчиняется действию своего социального права. В сфере выраженных вовне отношений социальная группа может подчиняться правопорядку индивидуального права и выступать в рамках такого правопорядка либо как индивид в широком смысле этого слова, простое юридическое лицо (*universitas* римского права), либо как сумма независимых волей (римское *societas*); в качестве примеров для первого случая можно указать имеющее собственность негласное товарищество, а для второго — хозяйственное общество, не приобретшее статуса юридического лица для своей внешней деятельности. В сфере обращенных вовне отношений группа также может быть интегрирована в более обширную целостность и может стать, таким образом, субъектом иного социального права (например, профсоюзы — члены Всеобщей Конфедерации Труда или государства — участники Лиги Наций). Социальное право, свойственное отдельной группе, интегрирующее ее и черпающее свою обязывающую силу непосредственно из «нормативного факта» существования такой группы, всегда будет отличаться от превалирующего по отношению к нему социального права. Предметом регулирования такого автономного социального права является внутренняя жизнедеятельность самой этой группы.

4. Социальное право основывает свою обязывающую силу на нормативном факте той социальной целостности, которую оно интегрирует и в рамках которой оно побуждает к коммуникации членов этой тотальности (путем регламентации исключительно внутренней жизнедеятельности социальной группы) и довольно своеобразным способом устанавливает соответствующие правоотношения: это право заставляет непосредственно участвовать Целое, из которого оно проистекает и которое составляет предмет регулирования этого социального права, в отношениях между членами тотальности, не противопоставляя себя как изолированный субъект. И именно в таком непосредственном участии Целого в основанном на социальном праве правоотношении проявляется специфическая взаимосвязь субъектов данного права, т. е. *взаимное проникновение* и частичное слияние их притязаний и соответствующих обязанностей. При констатации того, что Целое непосредственно предписывает своим членам обязанности, и того, что даже общности, не имеющие организованной формы, такие, как международное сообщество

<sup>39</sup> См. ниже, в § 3 главы IV.

в целом, или какая-либо отрасль промышленности, или некая профессиональная общность (охватывающая как членов профсоюза, так и не входящих в профсоюз лиц), способны юридически задействовать в правоотношении заинтересованных лиц помимо их воли, обнаруживается сам феномен непосредственного участия тотальности в правоотношении, устанавливаемом социальным правом.

Такое непосредственное участие тотальности в правоотношении наиболее четко проявляется в тех случаях, когда основообразующая социальная общность создает на своей поверхности социальную организацию. Речь здесь идет о «сложных коллективных личностях», где права распределены между социальным союзом и множеством его членов таким образом, что они не могут быть реализованы иначе, как при общем согласии и сотрудничестве между отдельными личностями и «центральной личностью» коллектива. Лишь их единство формирует «субъект права», для которого характерна чрезвычайная сложность (взамен всех остальных примеров можно привести сравнительный анализ структуры Всеобщей Конфедерации Труда, Лиги Наций, любого кооператива, режим собственности которого (сособственность) отличен от режима собственности простого юридического лица (коллективная собственность)).<sup>40</sup> Так мы сразу же возвращаемся к сложным коллективным личностям, которые выступают в качестве особых субъектов организованного социального права. Здесь достаточно будет указать на то, что устанавливаемое социальным правом правоотношение характеризуется непосредственным участием в нем тотальности, независимо от наличия у нее организованной формы.

Но возникает вопрос, возможно ли непосредственное участие Целого в правоотношениях со своими членами? Как установить, что Целое в состоянии вступить в отношения со своими частями, не будучи отделено от них? Прежде чем ответить, хотелось бы напомнить, что речь идет о введении в юридическую мысль новых категорий, противопоставляемых чисто дискурсивным и механическим концепциям римского права. Это категория «конкретной системы», где часть не есть часть в собственном смысле слова, а функциональный и динамичный элемент и где Единое и Многое взаимно порождают друг друга в рамках отношений взаимодополняющей функциональности;<sup>41</sup> данная категория должна быть применена к созданию других юридических конструкций. Правоотношение между Целым и его членами, которые не отделены от этого Целого, становится вполне объяснимым при признании категории «конкретная система». И довольно просто понять, что любое отделение Целого от его членов и их противопоставление равнозначны замене соответствующего правоотношения, устанавливаемого социальным правом, на правоотношение из сферы индивидуального права.

<sup>40</sup> См. ниже, в § 4 главы 3.

<sup>41</sup> Категория «конкретная система», равно как и идея о ее динамическом и функциональном характере, была впервые освещена Германом Когеном в его работе «Logik des reinen Wissens» (1902. S. 280–338); критический анализ данной категории см. в моем исследовании «Gierke als Rechtsphilosophie» (Tübingen, 1922. S. 103; частично изданный выпуск «Логоса»), где я пытаюсь применить категорию «конкретная система» к проблемам права и для объяснения некоторых теоретических построений Гирке.

5. Непосредственное участие тотальности в правоотношениях, основанных на порождаемом этой тотальностью социальном праве, наиболее полно проявляется в *социальной власти*, которую Целое осуществляет по отношению к своим членам. Учреждаемый социальным правом правотворящий авторитет, который является одним из существенных признаков этого права, должен быть четко отграничен от иных элементов права. Данный авторитет, служащий способом выражения социального права, является исключительно объективным властным воздействием в целях интеграции в Целое. В правотворящем авторитете находит свое воплощение элемент единства тотальности; единства, порождаемого в рамках функциональной связи с множественностью, но ни в коем случае не сводимого к такой множественности. Устанавливаемый социальным правом авторитет является, по сути, *функцией Целого*, которая состоит в «общественном служении» по отношению к тотальности как таковой. Социальная власть не предполагает обязательного существования социальной организации, и поэтому неорганизованные общности (а общности вообще никогда не могут быть полностью персонифицированы в рамках организации) с тем же успехом осуществляют социальную власть по отношению к своим членам.

Этот правотворящий авторитет, устанавливаемый неорганизованным социальным правом, проявляется не только в принципе мажоритарности, к которому прибегает любая неорганизованная группа в случае возможности для ее членов действовать совместно, но также и в более часто встречающихся случаях непосредственного действия какой-либо части или одного из членов тотальности (если в ней не сформированы органы власти) от имени всей общности с целью реализации властных полномочий этой общности. Так, например, Лига Наций или Международная организация труда действуют от имени всего международного сообщества в целом, хотя многие члены такого сообщества не входят в вышеперечисленные организации. И когда согласно своим уставам эти организации в определенных случаях даже могут принуждать «третьи» страны,<sup>42</sup> они управомочены на это только в случае обращения к правотворящему общественному авторитету неорганизованного международного сообщества, которое первично к своим членам как тотальность и круг полномочий которого эти организации защищают. Равным образом, и когда профсоюз, к которому не принадлежат все представители определенной профессии, а может быть, не принадлежит большинство, притязает действовать от имени всего профессионального сообщества в целом (заклучая, например, обязательное для всех рабочих определенной профессии коллективное соглашение, либо в случае забастовки) и пытается осуществлять принуждение по отношению к иным лицам<sup>43</sup> (не входящим в данный профсоюз или членам других профсоюзов), то найти юридическое оправдание этому явлению невозможно, не признавая существования исключительно объективного правотворящего авторитета, принадлежащего неорганизованной общности; авторитета, с которым вынуждена считаться и социальная организация.

<sup>42</sup> См. мою книгу «Идея социального права и современность», § 1, 2 части первой.

<sup>43</sup> Там же.

Когда речь идет об организованной социальной власти, то такая власть проявляется и как социальная функция, и как субъективное право. Власть действовать в интересах всего общества принадлежит самой сложной коллективной личности, т. е. полномочия этой власти, совместно осуществляемой отдельными лицами и «центральной личностью», не могут быть реализованы без согласия всех составляющих ее элементов. Поэтому если социальная власть утверждается в рамках субъективного права, то она проявляется в особой форме «субъективного социального права»,<sup>44</sup> полностью противоположного «индивидуальному социальному праву» и являющегося комплексом взаимосвязанных и частично совпадающих правомочий. Лишь в качестве субъективного социального права сложной коллективной личности организованная власть сохраняет свою сущность как функции Целого и действует в интересах всего общества.

Для того чтобы данная власть незамедлительно утратила характер социальной функции применительно к тотальности, достаточно всего лишь воспринимать ее как субъективное право простой социальной единицы (либо поглощающего своих членов юридического лица, либо отдельного индивида). Она трансформируется в изолированную власть доминирования, осуществляемую в *эгоистических интересах* ее обладателя и обнаруживающую себя как право субординации: более не интегрируя рассматриваемую тотальность и представляя собой для общности устанавливаемую свыше властную прерогативу, эта власть является не чем иным, как порабощением социального права правом индивидуальным.

Сам по себе правопорядок индивидуального права обычно не может учредить какую-либо власть: вся власть, по существу, исходит из социального права. В случаях, когда правопорядок индивидуального права все-таки образует некую властную структуру (например, рабовладелец и раб, слуга и господин, хозяин и рабочий), речь идет о власти, берущей свое начало от права интеграции той или иной социальной ячейки (общества, домохозяйства, предприятия и т. п.); власти, утратившей свою сущность и узурпированной индивидуальным правом.

Для объяснения с юридической точки зрения рассматриваемого нами властного элемента, который по сути своей всегда является функцией Целого, безусловно необходимым оказывается обращение к идее социального права. Именно поэтому многие правоведы, воспитанные в традициях исключительного уважения к юридическому индивидуализму, в той или иной степени проявляют стремление помещать власть над правом, объявлять власть «метаюридической» и, таким образом, формулировать ложную альтернативу: или растворение права во всевластии расположенного над правом государства, или отрицание всякой власти ради индивидуалистического анархизма. Лишь теория социального права, которая находит для власти точное место в системе права и конструирует эту власть как имманентную структуру «права интеграции», оказывается здесь хозяйкой положения. Обычно социальная власть обретает внешнее выражение в принуждении,<sup>45</sup> будь оно репрессивным или

<sup>44</sup> О понятии «субъективное социальное право» см. ниже, в § 1 главы III.

<sup>45</sup> Необходимо уметь четко отличать принуждение как санкцию от правовой нормы и ее принудительной сущности (значимость). Правовая норма обязательна, т. е. значима, независимо

только реститутивным.<sup>46</sup> В тех случаях, когда речь идет о социальной власти неорганизованной общности, в его рамках принуждение также остается неорганизованным. Социальной власти, осуществляемой организацией, соответствует организованное принуждение. Однако независимо от того, является ли организованным или неорганизованным, репрессивным или реститутивным принуждение, посредством которого реализуется социальная власть, оно не обязательно должно быть безусловным, т. е. не допускающим юридической возможности неподчинения ему. В большинстве тех случаев, когда проявляется социальная власть, выход из социальной группы остается открытым и, соответственно, открытой остается и возможность избежать действия принуждения.

В принципе, сам по себе условный характер принуждения никак не связан с силой применяемого принуждения и различием между репрессивным и реститутивным принуждением. Для осуществляемой государственной властью реститутивной санкции (например, в гражданском процессе) характерно безусловное принуждение, а для репрессивной санкции, осуществляемой негосударственными органами, — принуждение условное. Так, Устав Лиги Наций, который в силу возможности любого государства-участника при определенных условиях выйти из этой Лиги устанавливает только условное принуждение, в то же время предусматривает такую репрессивную меру, как военные действия, которые могут дойти и до карательной военной операции. Уставы немецких университетов также предусматривают в качестве одной из санкций по отношению к студентам помещение в университетский карцер — наказание, которого можно избежать, выйдя из числа студентов и покинув образовательное учреждение. Аналогичным образом, некоторые средневековые корпорации использовали телесные наказания в качестве репрессивного принуждения, которого члены корпорации могли избежать путем отказа от своего статуса.

Условное принуждение, посредством которого обычно реализуется социальная власть, может быть весьма эффективным; в частности, такое принуждение может быть усилено за счет определенных условий, предусмотренных на случай свободного выхода, — например, предварительное уведомление, более или менее длительная отсрочка выхода, выполнение всех обязательств и т. п. Однако решающим фактором остается гарантируемая заинтересованному лицу возможность выйти из тотальности без получения

---

от того, имеет ли она санкцию или нет. Поэтому правовая норма всегда обязательна для тех субъектов, для которых она значима, и она никогда не может быть «конвенциональной» нормой (Штаммлер). Такая обязательность не имеет ничего общего с условной или безусловной сущностью принуждения: значимость и принуждение являются совершенно разнородными элементами, и в случае утраты правом условного принуждения оно не утрачивает своей обязывающей сущности и даже безо всякого принуждения остается значимым (ср. ниже, в § 1 главы IV).

<sup>46</sup> Э. Дюркгейм особенно настаивал на разграничении репрессивных и реститутивных санкций, связывая это различие с противопоставлением «механической» и «органической солидарности» (*Durkheim E. De la division du travail social. 6-e éd. 1922. P. 33–35 et suiv., 78 et suiv., 103 et suiv.; Fauconnet P. La Responsabilité. 1920. P. 12–15.* — Он уточнил данную классификацию, выделяя в ней множество вариаций). Скоро мы увидим, что противопоставление у нас условного и безусловного принуждения (для нас оно является фундаментальным ввиду разграничения различных видов социального права) имеет смысл, совершенно отличный от противопоставления репрессивных и реститутивных санкций, и что эти четыре термина совершенно не совпадают между собой.

ее согласия на это и таким образом избавиться от принуждения. Устанавливаемые социальным правом санкции обычно не выходят за эти пределы: такое право вполне может выполнять свою интегрирующую функцию, не прибегая к безусловному принуждению.

Здесь встает другой вопрос: может ли социальное право в определенных случаях сопровождаться безусловным принуждением и не деформирует ли такая связь социальное право в право субординации? Санкционируемый безусловным, не терпящим неподчинения принуждением правопорядок является государственным правопорядком, а *государство юридически может быть определено как обладатель монополии на безусловное принуждение*.<sup>47</sup> Таким образом, поставленный выше вопрос сводится к выяснению того, является ли правопорядок государственного права особым видом социального права, либо он противостоит как социальному праву как правопорядок субординирующего права.

Как свидетельствует история идеи социального права, с этим утверждением согласны далеко не все теоретики социального права. Одни из них рассматривают всякое проявление государственного права как относящееся к чисто субординирующему праву и исключают такие проявления из сферы социального права, которое отождествляется с правом общества, противопоставляемого государству (Прудон, историческая школа юристов, фон Моль, крайние синдикалисты, многие современные теоретики, в частности Эрлих); другие, напротив, стараются включить порядок государственного права в социальное право, либо настаивая на том, что социальное право может допустить некоторые проявления субординации (школа естественного права Гроция, Лейбница, Вольфа, германистов, и особенно Гирке, Ориу позднего периода), либо пытаясь стереть грань между государством и другими общественными союзами, основанными на социальном праве (Краузе, Дюги, большинство конструктивных синдикалистов и гильдейских социалистов).

Со своей стороны, мы полагаем, что в данном вопросе необходимо четко различать обладающий демократической структурой государственный правопорядок от государственного правопорядка, обладающего иной структурой. В демократическом государстве власть осуществляется не как доминирование, а как интеграция в основополагающее политическое сообщество; эта власть основана на проистекающем из рассматриваемого сообщества социальном праве, а не на праве субординирующем.<sup>XXIII</sup> То, что право политической интеграции санкционировано безусловным принуждением, не трансформирует его в право субординации, а лишь сводит (*condence*) такое

<sup>47</sup> Такая монополия составляет действительный смысл относительного суверенитета государства, т. е. его независимость от другого государства и примат по отношению к любому иному органу на своей территории, притязающему на осуществление государственной власти. Эти монополия и суверенитет вполне совместимы с зависимостью государства от иных государственных организаций или с равноправием государства по отношению к таким организациям внутри самого государства, поскольку эти организации располагают лишь условным принуждением. Относительный суверенитет государства является политическим, не имеющим ничего общего с «юридическим суверенитетом», «суверенитетом права», который в конечном счете принадлежит международному сообществу (примат международного права). Об этих существенных различиях см. ниже: § 4 (Д) главы III; § 4 (изложение теорий Ориу) главы III части шестой, и в работе «Идея социального права и современность», глава II части второй.

право к особому виду социального права — *конденсированному социальному праву* (*droit social condensé*), противопоставляемому *чистому социальному праву*. Мы еще не раз вернемся к этому разграничению. Здесь достаточно лишь подчеркнуть, что правопорядок антидемократического государства, наоборот, не имеет ничего общего с социальным правом, поскольку такой правопорядок принадлежит субординирующему праву; несомненным является и то, что безусловное принуждение особо усиливает элементы доминирования или субординации, приписываемые по ошибке любому государству, независимо от его структуры.

Итак, мы не можем присоединиться ни к тем, кто включает государственное право в право социальное, ни к тем, кто его из сферы социального права исключает. Строго противопоставляя структуры демократического и недемократического государств, мы исключаем это последнее из сферы социального права и признаем демократическое государство в качестве особого вида такого права: конденсированного социального права, связанного с безусловным принуждением; такое право четко отграничивается от чистого социального права, которое располагает только условным принуждением.

6. То, что право социальной интеграции в своей первичной основе предшествует всякому организованному выражению социальной группы, регулируемой таким правом, мы предвосхищали, констатируя, что речь в данном случае идет об исключительно объективной интеграции; подчеркивая, что первичный «нормативный факт» социального союза, на котором основывается обязывающая сила социального права, является персонифицируемым и абсолютно не зависящим от наличия или отсутствия социальной организации правотворящим авторитетом; и, наконец, обращая внимание на то, что организованная форма социального властвования основывается на абсолютно объективной форме социального властвования, осуществляемой лежащей в основе такой организации неорганизованной общностью. Далее необходимо четко указать на первичность неорганизованного социального права по отношению к организованному и исследовать те условия, при которых право интеграции может найти свое выражение в рамках рационально устроенной организации.

Во всякой действительной социальной целостности и во всякой социальной группе необходимо различать инфраструктуру объективно заданной неорганизованной общности и надстройку расположенной над ней социальной организации. Это различие (особенно акцентированное Ориу и Колем)<sup>48</sup> имеет не только хронологический и генетический характер — оно может системно применяться и для изучения организованных социальных групп в той степени, в которой эти группы соответствуют своей идеальной сущности. В качестве рациональной, рассудочной схемы организованная форма социальной группы никогда не может полностью выразить лежащую в ее основе объективно заданную общность, которая более иррациональна, богата по содержанию и более персонифицируема в своей основе, чем организация.

<sup>48</sup> См. ниже, глава III части пятой настоящей книги, и в моей работе «Идея социального права и современность», глава II части второй.

Позитивные ценности, которые воплощает социальная группа и которые она в состоянии выразить, по сути своей, связаны с лежащей в основе объективно заданной общностью, из которой организованная социальная группа привлекает свою цель — конечные результаты, которые она предполагает реализовать. Такая рациональная цель социальной организации всегда беднее по содержанию, чем те ценности,<sup>49</sup> к которым стремится и которые реализует лежащая в основе общность; само по себе устройство социальной организации не в состоянии разрушить инфраструктуру первичной тотальности, на которой эта организация основывается. Первичность объективно заданной неорганизованной общности по отношению к расположенной над ней социальной организации здесь проявляется со всей очевидностью.

Не персонифицируемый полностью уровень общности и уровень организации в недрах одной и той же социальной группы представляют собой два реальных и четко разграниченных (вплоть до противоположности) элемента. Между этими двумя сферами действительности, присущими одному и тому же социальному бытию, может иметь место как гармония, так и конфликт. Каждый из уровней одной и той же социальной группы порождает свое собственное право социальной интеграции. Каковы же отношения между этими двумя порядками социального права: организованного и неорганизованного социального права?

Легко доказать, что соответствующее организованному уровню социального бытия право действительно становится правом интеграции только в той степени, в которой оно основано и проникнуто неорганизованным социальным правом, проистекающим из объективной действительности. И только при условии, что расположенная над такой общностью социальная организация находит свое обоснование в ее соответствии неорганизованному социальному праву, влиянию которого такая организация остается полностью открытой и к которому она прививает уважение у своих членов, эта форма социального общежития оказывается способной сама сформулировать новое организованное социальное право, действие которого не ограничено во времени и которое «венчает» собой дело интеграции в социальное Целое.

Оторванное от этого фундамента и освободившееся от зависимости от лежащего в его основе социального права, выполняющего регулирующие функции в рамках неорганизованной общности, организованное социальное право немедленно утрачивает свою сущностную характеристику как права интеграции в Целое. Организованное социальное право в таком случае противопоставляет себя социальной тотальности и как навязанное сверху право, и как навязанная сверху организация; это право неизбежно трансформируется в субординирующее право, устанавливая тем самым ассоциацию доминирования.

---

<sup>49</sup> См. превосходный анализ вопроса отношения между ценностями и целями в работе Макса Шелера (*Scheler M. Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik. 2-te Aufl. 1921. S. 25 usw.*) и изложение на французском языке взглядов Шелера в моей работе «Современные тенденции немецкой философии» (1930. С. 85 и сл.); ср. также выдвинутую Морисом Ориу теорию о противоположности между идеей творения и целью; см. ниже наше изложение в § 3 главы III части пятой.

Если организация социальной группы закрывается от воздействия лежащей в ее основе общности, а право такой организации оказывается оторванным от своих корней, то претензии такой организации и ее права представлять собой Целое и действовать от его имени не находят под собой никакого основания. Если связь между социальной организацией и объективно заданной общностью оказывается разорванной, то не остается ничего, кроме властвующих правителей и подчиняющихся подданных: тот, кто обладает достаточной силой и оказывается в благоприятной для захвата власти ситуации, может претендовать на осуществление властных полномочий. Что касается ассоциаций доминирования и субординирующей формы властвования,<sup>xxiv</sup> о примерах которых мы говорили выше (капиталистическая фабрика, недемократическое государство), то в них мы могли разглядеть их сущностную черту, заключающуюся в разрыве между насаждаемой сверху социальной организацией и объективно заданной основополагающей общностью с ее правом интеграции. Для того чтобы социальное право лежащей в основе общности начало проникать в расположенную над ней социальную организацию, достаточным оказывается ввести на заводах производственные советы с рабочим представительством либо перейти от абсолютной монархии к монархии конституционной; найдя связь со своей объективной основой, такая организация начинает постепенно утрачивать свой доминирующий характер.

Следовательно, для того чтобы социальное право могло найти выражение в организованной форме, его неорганизованный и основополагающий уровень должен обладать приматом по отношению к праву организации; такой необходимый примат неорганизованного социального права можно сформулировать следующим образом: неорганизованное социальное право может обрести свое организованное выражение только в ассоциациях сотрудничества и кооперации, но никак не в ассоциациях доминирования. Иными словами социальное право выражает строго эгалитарную тенденцию и противопоставляет себя всякой иерархической структуре общества. Оно оказывается связанным с идеей тотальности и неиерархизированного порядка.

История идеи социального права демонстрирует, что его сущность была познана только в долгом и трудоемком процессе развития доктрины этой идеи. У большинства теоретиков социального права, чье творчество будет исследовано ниже, мы практически не находим разграничения непersonифицируемой общности и расположенной над ней организации так же, как не находим и концепции конкретной, нравственной и социальной тотальности как эгалитарного и антииерархического порядка. И в тех концепциях, где не формулируются подобные отличия, идея социального права неизбежно оказывается на второстепенных позициях и не постигается полностью. Особенно это относится к доктринам социального права, сформулированным перед Великой французской революцией с ее эгалитарной идеологией (особенно у Руссо и Канта), расчистившей путь для адекватной концепции антииерархических тенденций социального права, но в силу своего деструктивного индивидуализма отрицавшей саму возможность социального права.

Даже в XIX в. большинство немецких доктрин социального права, нашедших наиболее полное выражение в теории Гирке, не смогли окончательно

превзойти иерархическое искажение идеи социального права; это выразилось в чрезмерной акцентуации организованного права в ущерб праву неорганизованному и в признании действительными выражениями такого права, наряду с ассоциациями кооперирования, также и ассоциаций доминирования. Подготовленная в XIX в. глубокими прозрениями Прудона во Франции и Христиана Краузе в Германии последовательно антииерархическая концепция социального права смогла добиться окончательного триумфа только благодаря французской школе «юридического объективизма»; работы столь разных и зачастую даже противопоставляемых друг другу авторов, как недавно скончавшиеся Л. Дюги, Р. Салейль и М. Ориу (чье творческое наследие нуждается в синтезе для того, чтобы стать действительно полезным), привнесли все элементы, необходимые для осознания примата неорганизованного социального права по отношению к социальному организованному праву, и тем самым позволили понять по сути своей эгалитарный характер права интеграции. Именно с тех пор, как пропагандируемая правовыми концепциями конструктивного синдикализма и английского гильдейского социализма идея социального права стала применяться для объяснения ряда новых правовых институтов, она вышла на историческую сцену как действительная «*idée-force*», выполняя свою миссию в наиболее злободневных конфликтах современной жизни.

7. Для того чтобы закончить этот несколько затянувшийся комментарий сущностных аспектов понятия «социальное право», нам остается только внести уточнения по поводу «сложных коллективных личностей» как специфических субъектов организованного социального правопорядка.

Порядок индивидуального права и порядок социального права адресованы к субъектам совершенно различных структур. Субъектами индивидуального правопорядка являются либо отдельные индивиды, либо юридические лица, понимаемые как простые структурные единицы, полностью поглощающие своих членов; поэтому право координации является межличностным или межгрупповым (постольку, поскольку социальные группы в своих внешних отношениях функционируют как индивиды в широком смысле) правом. Все остальные лица являются субъектами социального правопорядка: они представляют собой не простые структурные единицы, а сложные системы; субъективное социальное право оказывается проникнутым различными субъективными социальными правами и может быть понято лишь как отдельный элемент комплекса таких прав; лишь в своей целостности, в своей конкретной тотальности они представляют собой действительное, не искаженное «субъективное социальное право».

Особенно очевидно это проявляется в тех случаях, когда речь идет о субъектах, к которым адресовано организованное социальное право, — о сложных коллективных личностях. Сложные коллективные личности в качестве синтеза правоотношения и отдельно взятого субъекта права противопоставляют себя юридическим лицам — простым структурным единицам (субъектам индивидуального правопорядка); структура таких личностей состоит в организации внешнего единства некоей множественности, члены которой сохраняют свои личностные черты в рамках единства. Данные сложные личности представляют собой юридически регламентированную систему

равновесия между Целым и его частями, сохраняющими за собой правомочия, которые не могут быть реализованы без наличия согласия между отдельными личностями и «центральной» личностью.<sup>50</sup> Как политические, так и экономические конфедерации и федерации, кооперативы и акционерные общества могут рассматриваться в качестве наиболее ярких и показательных примеров сложных коллективных личностей.

Сложные коллективные личности как специфические субъекты права социальной интеграции в рамках юридически значимой деятельности затрагивают и сферу своей внутренней жизни; при осуществлении своих функций вовне, т. е. в своих отношениях с другими группами или индивидами, не являющимися членами социальных групп, они могут либо выступать как простые структурные единицы, либо вообще не быть признанными в качестве лица, отличного от суммы своих членов.<sup>51</sup>

Поскольку сложные коллективные личности устанавливают юридически урегулированные системы равновесия между частными лицами, воплощающими в своем лице множественность, и «центральной» личностью, воплощающей единство, то здесь можно выделить несколько видов таких систем равновесия по критерию преобладания в них элемента множества или единства. Те различия, на которые мы собираемся указать, являются полностью независимыми от классификации юридических лиц (простых структурных единиц, субъектов индивидуального правопорядка) на «корпорации» и «учреждения»; эти правовые формы являются только двумя разными способами организации волеизъявления юридических лиц — простых структурных единиц и устанавливаются в целях облегчения выражения таких волеизъявлений вовне. К сожалению, широко распространенная, доходящая чуть ли не до общепринятой привычка рассматривать сложные коллективные личности (субъекты социального правопорядка) как «корпорации» лишь способствует искажению истинного положения дел.<sup>52</sup>

Не совсем верным представляется также разделение сложных коллективных личностей по критерию рассмотренного выше противопоставления ассоциаций сотрудничества и доминирования. Нам уже известно, что ассоциации доминирования основаны на субординирующем праве — искажении социального права, которое образуется путем порабощения последнего правом индивидуальным; в конечном счете ассоциации доминирования представляют собой лишь деформации сложных коллективных личностей, образованных из социального права. Подобные деформации образуются путем применения к таким личностям организационной формы «учреждения» (одного из видов простого юридического лица), происходящего из индивидуального права.

Хотя борьба между принципами доминирования и сотрудничества разворачивается на всем горизонте социального права, лишь ассоциации сотрудничества

---

<sup>50</sup> Знаменитый немецкий юрист Отто фон Гирке способствовал прояснению понятия «сложной коллективной личности»; ср. наше изложение теории данного автора в части четвертой настоящей книги (глава V), а также в нашем цитированном выше исследовании (С. 11–151).

<sup>51</sup> Там же. С. 125 и сл.

<sup>52</sup> Это можно наблюдать даже у родоначальника теории сложных коллективных личностей — О. фон Гирке. По этому вопросу см. главу V части второй данной работы и в нашем цитированном выше исследовании (С. 126 и сл.).

в состоянии создать настоящие сложные коллективные личности; а поскольку данные понятия («сложной коллективной личности» и «ассоциации сотрудничества») оказываются идентичными, то классификация сложных коллективных личностей совпадает с классификацией различных типов ассоциации сотрудничества. Мы можем выделить три таких типа,<sup>53</sup> или вида.

А. Там, где устанавливаемая сложной коллективной личностью система равновесия дает преимущество множеству отдельных лиц по отношению к единству «центральной» личности, речь идет об ассоциации сотрудничества конфедеративного типа. Выход из такого типа ассоциации остается свободным, и каждый член ассоциации в любой момент может выйти из-под действия принуждения путем немедленного выхода из состава группы. Именно поэтому в тех случаях, когда речь идет о созданной из нескольких групп конфедерации, при принятии важных решений обычно добиваются единогласия с тем, чтобы не подвергать конфедерацию риску распада.

Б. Там, где устанавливаемая сложной коллективной личностью система равновесия учреждает баланс между множеством отдельных лиц и объединяющим началом «центральной» личности, речь идет об ассоциации сотрудничества федеративного типа. Такой баланс может быть выражен по-разному. В наиболее чистых типах федераций (экономических и международных) баланс между «центральной» личностью и отдельными индивидами выражается в подчинении права свободного выхода определенным условиям: либо обязательство предварительного оповещения с соответствующей временной отсрочкой, либо полное исполнение всех обязательств и т. д. В данном случае за субъектами остается абсолютная гарантия свободного выхода, однако для членов такой ассоциации немедленно выйти из-под действия уже обозначенной санкции становится намного сложнее. Остающееся условным принуждение здесь становится значительно эффективнее. Деятельность федераций регулируется исключительно по мажоритарному принципу.

Когда речь идет о собственно политической федерации, т. е. федеративном государстве,<sup>54</sup> то присущее любому государству безусловное принуждение делает необходимой другую форму баланса: такой баланс заключается в конституционном запрете федеральному центру ограничивать государственность входящих в федерацию государств без согласия на это каждого заинтересованного субъекта федерации; здесь как федеральный центр, так и государства — члены федерации участвуют в суверенитете федеративного государства на принципах равноправия.<sup>55</sup> Такое равновесие, функционирующее с меньшей эффективностью, чем равновесие в чистом виде федерации, все же остается равновесием.

<sup>53</sup> По вопросу данной классификации см. мою книгу на русском языке «Введение в общую теорию международного права» (Прага, 1923. С. 112 и сл.).

<sup>54</sup> Поскольку в силу самой своей структуры федеративное государство соответствует демократической республике, то отнюдь не случайно оно было создано в странах классической демократии — Швейцарии и Северо-Американских Штатах. Поэтому, по нашему мнению, правопорядок федеративного государства входит в сферу социального права (см. ниже, § 3 и 4 главы II). Такие монархические федерации, как предвоенная Германская империя, являются лишь гибридными формами федерации; и для того чтобы сконструировать в подобных случаях федерацию, такие теоретики, как Пауль Лабанд, были вынуждены утверждать, что существует республиканская идея между входящими в федерацию монархиями!

<sup>55</sup> См. ниже, раздел Д § 3 главы III.

В. Наконец, если устанавливаемая сложной коллективной личностью система равновесия дает преимущество «центральной» личности по отношению к множеству отдельных лиц, речь идет о простом демократическом государстве. Недемократическое государство уже не является сложной коллективной личностью. Такое государство в теоретических конструкциях обычно предстает либо как объект доминирования, либо как простое юридическое лицо (наиболее распространенная концепция). Лишь в демократическом государстве государственный механизм не поглощает полностью индивидуальности своих органов и членов, не поглощает «нацию» как реальность, как лежащую в основе этого государства национальную общность.<sup>56</sup> И поэтому теоретики демократического государства зачастую рассматривают это государство как «систему множества правоотношений», как «обеспечивающий равновесие порядок», как «соисполнение публичных функций», но не как отдельно взятый субъект. Истинной формулой данной концепции, делающей ее адекватной реалиям демократического государства, является характеристика последнего как сложной коллективной личности, синтеза единства и множественности, правоотношения и его субъекта. Однако в рамках этой сложной коллективной личности единство превалирует над множественностью, что проявляется в монополии на безусловное принуждение, которая не находит себе противовеса внутри унитарного государства, существующего в государстве федеративном.<sup>57</sup>

Данная характеристика демократического государства как сложной коллективной личности с очевидностью предполагает трактовку права социальной интеграции как особого вида социального права: конденсированного социального права.

Комментарий семи отличительных признаков, с помощью которых мы определили понятие «социальное право», завершен. Мы можем констатировать, насколько велика сфера правовой действительности, описанная данным понятием; большая часть этой действительности остается недоступной или даже невидимой для тех, кто работает исключительно с категориями права координации или субординации.

## **§ 2. Применение данного определения для уточнения некоторых тенденций в правовой действительности наших дней**

Идея социального права была обнаружена и сформулирована нами как объект чисто теоретического исследования, лишенного какой-либо практической значимости.

Именно путем дескриптивного анализа правовой структуры, свойственной праву интеграции, мы пришли к противопоставлению этого вида права двум другим, имеющим иную внутреннюю структуру.

---

<sup>56</sup> Морис Орну в своей замечательной работе «La souveraineté nationale» (1912) очень удачно применил идею народного суверенитета к данной сфере действительности (см. ниже, § 4 главы 3).

<sup>57</sup> Там же.

Для того чтобы оценить всю значимость идеи социального права в наши дни и продемонстрировать, что именно данная категория призвана заполнить собой все более углубляющуюся пропасть между правовой жизнью и возведенными в ранг святыни правовыми концепциями, нам необходимо уточнить ту особую роль, которую настоящее социальное право играет сегодня. Наш анализ останется исключительно теоретическим, однако мы учтем возможность применения идеи социального права для объяснения некоторых тенденций правовой эволюции в наши дни.

В ходе наших рассуждений мы противопоставляли чистое социальное право, выполняющее функцию объективной интеграции в тотальность без опоры на безусловное принуждение, социальному праву, конденсированному в государственное устройство, которое обладает монополией на такого рода принуждение. В следующей главе, посвященной анализу видов социального права, мы вернемся к данному разграничению. Здесь же мы считаем достаточным отметить только то, что чистое социальное право может принять две разные формы: либо быть полностью не зависимым от государственного правопорядка, либо оставаться «чистым», но подчиненным опеке этого правопорядка.

Чистое социальное право является абсолютно не зависимым от государственного правопорядка, поскольку в случае коллизии с ним чистое социальное право оказывается полностью равнозначным государственному праву (в наши дни тенденции к такой равнозначности наблюдаются в эволюции правовых норм, регулирующих национальное экономическое сообщество путем предоставления автономии заинтересованным лицам).<sup>58</sup> То же самое можно сказать о случаях, когда такое право обретает приоритет по отношению к государственному правопорядку, — факт, получающий сегодня все большее признание, если речь идет о социальном праве международного сообщества и о приоритете международного права по отношению к национальному. Во всяком случае традиционное разделение на частное и публичное право уже не может применяться к социальному праву, поскольку оно утверждает свою независимость или, иными словами, свою равнозначность, либо верховенство по отношению к государственному правопорядку. Такое разделение, отдающее предпочтение одним правовым явлениям в ущерб другим, исходя из интересов и постоянно меняющейся воли государства, оказывается эффективным только в отношении тех правопорядков, которые либо подчинены опеке государственного права, либо непосредственно входят в его рамки. Подчиненные опеке государственного права уровни *чистого* социального права относятся к сфере частного права, поскольку в тех случаях, когда эти уровни возводятся в ранг публичного права, они теряют свою «чистоту» и трансформируются в *аннексированное* государством социальное право, которое прямо или косвенно связано с безусловным подчинением.

Чистое и независимое социальное право, примеры которого мы все чаще видим в наши дни, полностью выходит за рамки разделения на сферы частного и публичного права, утверждается в качестве наиболее эффективного и реального ограничения государства и выступает по отношению к последнему

<sup>58</sup> См. ниже, в секции А § 3 главы III, и в моей работе «Идея социального права и современность», главы I–III части первой.

как юридический противовес. Далее мы увидим, что неорганизованное социальное право, проистекающее из сверхфункциональных общностей (основополагающих по отношению к любой организации и к любой общности с ограниченными функциями, включая политическое сообщество и его организованную надстройку — государство), всегда остается чистым и независимым социальным правом, регулирующим коллизии, возникающие между входящими в ту или иную общность правопорядками. Это право всегда по-разному решает вопрос о приоритете либо равнозначности таких правопорядков.

Даже в тех секторах правовой действительности, которые не обрели полной автономии и не освободились в полной мере от опеки государственного права, чистое социальное право может довольно-таки ощутимо ограничивать и сдерживать государственный правопорядок. Отнесенное в силу волеизъявления государства в сферу частного права, чистое социальное право может весьма энергично противостоять государственному праву и даже заставить последнее отступить на важных участках. Именно это и наблюдается применительно к профсоюзному праву, в *трудовом обычае*, как его называл Максим Леруа,<sup>59</sup> вступающем в борьбу с официальным трудовым законодательством и побеждающем его. То же самое можно сказать и о «коллективных трудовых соглашениях», и обо всех видах «договоров присоединения», и о многочисленных статутах и обыкновениях социальных групп и отдельного круга лиц, которые регламентируют правовую жизнь иным и зачастую противоположным предусмотренному официальным правом способом. Таким образом, не только чистое и независимое социальное право, но и чистое социальное право, подчиненное государственной опеке, заставляет принимать в расчет существование «общества», которое противостоит государству и ограничивает его.

Поэтому идея чистого социального права во всех своих проявлениях всегда была взаимосвязана с идеей противостояния и равновесия между «обществом» и «государством». Далее мы увидим, что не только те доктрины, которые полностью исключают государственное право из сферы права социального, но и те, которые рассматривают государственно-публичный порядок как особый вид права интеграции, неизменно соотносят социальное право во всех его важнейших и глубочайших проявлениях с «обществом», противопоставляемым «государству». По нашей классификации, противопоставляемое «государству» «общество» является чистым социальным правом, полностью противоположным социальному праву, интегрированному в государственно-публичный порядок и зачастую трансформирующемуся в субординирующий порядок. В случае такой трансформации противоположность «общества» и «государства» предстает как частный случай противоположности ассоциаций сотрудничества и ассоциаций доминирования. Если речь идет о демократическом государстве, то такая противоположность предстает как общее разграничение различных по своей сути видов социального права. Здесь значение имеет глубокая взаимосвязь между понятием «общество» (которое, выступая в качестве конкретной тотальности, ограничивает государство) и понятием «социальное право». Эти два понятия представляют собой две стороны одного и того же явления. «Общество» может утвердить себя в качестве

<sup>59</sup> Leroy M. La coutume ouvrière. Vol. 2. 1913. — См. наше изложение концепции Леруа в нашей работе «Идея социального права и современность» (§ 3 главы III части второй).

реального противовеса государству только в той степени, в которой оно порождает свое собственное право объективной интеграции, свое собственное чистое социальное право, обеспечивающее порядок и мир в тотальном феномене «общества». А чистое социальное право в свою очередь в силу одного лишь факта взаимосвязи с «обществом», противопоставляемым государству, проявляет все свои скрытые силы, аккумулирует всю свою творческую энергию и заставляет принимать во внимание ту историческую роль, которую оно способно играть.

Так долго занимающее умы противопоставление «общества» и «государства» может быть уточнено и сконструировано в правовых категориях только с помощью идеи социального права. Поэтому те правоведы, которые в силу своих индивидуалистических, формалистских и этатистских предрассудков не смогли сформулировать понятие социального права, оказались способными лишь на формулирование противоположности «государства» и «общества».<sup>60</sup> В тех случаях, когда есть возможность отказаться (как, например, это делают некоторые современные мыслители) от противопоставления «общества» и «государства» под тем предлогом, что такое противопоставление основано лишь на этических и политических постулатах и является не теоретическим, а «теологическим», а общество в данном случае является не чем иным, как «системой ценностей», противопоставляемых уже нашедшим свое воплощение ценностям, и т. п.<sup>61</sup> — здесь проявляется лишь абсолютная невосприимчивость к реально существующим структурам права, которые не могут быть познаны без помощи идеи социального права. Такое чисто теоретическое понятие, проявляющееся на основе противопоставления «общества» государству и описания «общества» в правовых категориях при помощи понятия социального права, кладет конец всем возможным недоразумениям, конструируя «общество» в точных научных категориях и вводя его в рамки теории права.

Чистое социальное право в силу своей природы имеет тенденцию освободиться полностью во всех своих частях от опеки со стороны государства; восстать против насильственного включения в частное право и утвердить себя в целом как абсолютно независимый порядок. Чистое социальное право способно обрести полную независимость и получить признание своей равнозначности в случае коллизии с государственным правопорядком, утверждая себя не в качестве партикулярного социального права, но в качестве общего социального права, служащего не интересам отдельных эгоистично настроенных группировок, а общему интересу, в рамках которого вступают в конфликт и находят примирение множество противоположных интересов. Однако возникает вопрос: способно ли чистое социальное право принять не партикуляризованную форму и утвердить себя в качестве общего права?

Юридический индивидуализм и его тень — этатизм положили начало глубочайшему предрассудку, согласно которому лишь государство способно представлять общий интерес и лишь государство сохраняет за собой монополию на такое представительство. Нет ничего более ложного, чем этот предрассудок, основанный на ряде логических ошибок и тысячи раз опровергнутый

<sup>60</sup> Как это было в случае с Еллинеком, неверным учеником Лоренца фон Штейпа (см. ниже, в § 3 главы IV части пятой).

<sup>61</sup> *Kelsen H. Allgemeine Staatslehre.* 1925. S. 15–16; *Sandler F. Staat und Recht.* 1922. 2-те Bd. S. 961, и статья того же автора: *Gesellschaft und Staat // Archiv für Sozialwissenschaft.* 1926. S. 339–416.

на практике. Эти ошибки начинаются с произвольного отождествления представления общего интереса со «сверхфункциональным» характером той или иной организации. Утверждается, что только государство способно представлять общий интерес, поскольку оно единственное является организацией, реализующей общезначимую цель, и только оно не ограничено набором специфических функций. Ошибка сразу в трех пунктах!

А. Ни одна организация не может быть сверхфункциональной, так как всякая организация представляет собой рациональную и заранее продуманную, обусловленную конечными целями схему: лишь лежащая в основе организаций объективно заданная общность может быть сверхфункциональной; такая неорганизованная общность может обрести сверхфункциональность только в качестве иррационального, непersonифицируемого и не заданного заранее элемента. Как цель не в состоянии полностью выразить лежащую в ее основе ценность, так и никакая организация не может воплотить в себе сверхфункциональный характер общности: любая организация, государственная или иная, может быть только функциональной, т. е. должна иметь определенные цели; такая организация будет однофункциональной, если она имеет одну цель, либо многофункциональной при наличии нескольких целей, но организация никогда не является сверхфункциональной.

Б. Впрочем, лежащие в основе организаций общности не обладают сверхфункциональным характером: большинство из них функциональны как таковые. Даже лежащие в основе многофункциональных и глобальных организаций общности, такие, как, например, экономическое сообщество либо политическое сообщество национального или международного масштаба, реализуют четко определенные функции. Они-то и конституируют данные общности, которые никоим образом не являются сверхфункциональными. Только объективные общности особого вида обладают способностью стать сверхфункциональными: это общности, которые по сути своей не допускают наличия над ними какой-либо единой организационной надстройки и могут найти свое выражение только во множестве независимых организаций, таких, как национальное или международное сообщества, первичные общности, лежащие в основе всех иных организаций и общностей и являющиеся наиболее иррациональными из всех общностей.

В. «Общий интерес» не находится в необходимой взаимосвязи со «сверхфункциональностью». Если бы было иначе, ни одна из социальных организаций государственно-публичного или иного характера не могла бы представлять общий интерес. Последний же может иметь различные аспекты. В принципе, его образы столь же многообразны, сколь многочисленны действительные функции организации, но именно в многофункциональных организациях тот или иной из различных аспектов общего интереса оказывается представленным наиболее полно. Общий интерес является таким интересом, который превосходит и объединяет в себе противоположные интересы. Следовательно, любая организация, одно- или многофункциональная, может служить тому или иному аспекту общего интереса, если ей удастся объединить в себе представителей совершенно различных интересов и заставить их служить одной и той же тотальности глобального масштаба. Очевидно, что объединение противоположных интересов в рамках одного узкого круга лиц в ущерб

другому кругу (например, союз противоположных интересов менеджеров и работников в ущерб интересам потребителей) не представляет общего интереса; для этих целей необходимо, чтобы объединение противоположных интересов осуществлялось на основе наиболее всеобъемлющей тотальности ввиду тех интересов, которые следует примирить: этого результата обычно можно достичь посредством многофункциональных организаций, направленных на осуществление сразу нескольких схожих функций. Если, например, организации удастся на паритетной основе (с тем, чтобы с общего согласия регулировать национальную экономику) объединить ассоциации производителей и потребителей, чьи функции различны, а интересы противоположны, то такая организация, несомненно, будет представлять общий интерес в экономическом аспекте, хотя ее цели и пределы ее полномочий, очевидно, будут четко ограничены, а сама эта организация будет чисто функциональной.

Представление общего интереса связано со сверхфункциональностью лишь постольку, поскольку речь идет не об одном из аспектов общего интереса, но о целостной системе таких аспектов. Однако общий интерес в целостной системе этих аспектов не может быть представлен никакой организацией; интерес так же неперсонифицируем, как и объективные сверхфункциональные общности, которые только и способны воплотить этот интерес, неизбежно оставаясь неорганизованными. Претензия государственно-публичной организации на всемогущество (либо на верховную власть) не может иметь под собой никакого разумного основания: такая претензия является не чем иным, как результатом ложного отождествления отдельной организации, по необходимости такой же функциональной, как и все остальные, с лежащей в основе любой организации объективной общностью, а отождествления последней (которая сама по себе является функциональной, т. е. политическим сообществом) — со сверхфункциональным национальным сообществом, которое не допускает существования над собой единой организованной надстройки. Такое ложное отождествление еще более усугубляется смешением множества различных аспектов «общего интереса» с одним из этих аспектов — политическим аспектом, гипостазируемым до уровня воплощения общего интереса во всем многообразии его образов.

Предрассудок, согласно которому служение общему интересу связано со сверхфункциональным и всемогущим характером организации (по общему правилу, отождествляемой с государством), своим происхождением обязан, хотя бы частично, неопределенности прилагательного «всеобщий» (*général*) в той степени, в которой термин «всеобщее» понимается как «абстрактно-родовое». Предполагается, что речь идет об интересе, одинаковом для всех индивидов, которые в свою очередь понимаются как особи одного и того же вида (в этом также заключается и смысл «общей воли» у Ж. -Ж. Руссо); отсюда проложена дорога к выводу о том, что этот одинаковый для всех интерес должен быть представлен и осуществлен через некую единую и всемогущую организацию, воплощающую данную абстрактную идентичность. В случае трактовки термина «всеобщее» не только как абстрактного вида, но и как «конкретного всеединства», социального Целого, как системы элементов равновесия (которые в качестве неотъемлемых частей Целого находят в нем свое специфическое и незаменимое место) перспектива меняется полностью. Понятие «всеобщего интереса» получает совершенно иной смысл, который

мы считаем единственно адекватным: это уже не одинаковый интерес, но противоположные интересы, объединенные и уравновешенные в рамках Целого, которые и образуют понятие «всеобщего интереса», способного иметь столько же разнообразных аспектов, сколько существует различных «конкретных тотальностей», в рамках которых эффективно реализуется подобное примирение конфликтующих между собой интересов. Для того чтобы избежать всякой неясности в трактовке термина «общий интерес», мы отдаем предпочтение термину «общий (*commun* (фр.)) интерес» перед более распространенным термином «всеобщий (*général* (фр.)) интерес» и утверждаем, что никакая логическая аргументация не способна доказать, что представление общего интереса является монополией государственного правопорядка.

Нам кажется, что вышеизложенным доказана возможность трансформации чистого и независимого социального права в общее социальное право, представляющее всеобщий интерес. Развитие в последнее время международных организаций и спонтанных экономических образований, основанных на принципе паритета и автономии заинтересованных лиц, в силу самого умножения подобных явлений демонстрирует, что связанные с чистым и независимым социальным правом ассоциации не только в теории, но и на практике оказываются вполне способными представлять общий интерес и весьма успешно конкурировать с государством в данной задаче. Национальное «экономическое сообщество» и «международное сообщество» все более явно устраняют государство от его воображаемой монополии на представление общего интереса. Их возрастающая юридическая активность все убедительнее демонстрирует, что государство призвано представлять лишь один из многочисленных аспектов общего интереса; в противном случае само государство все сильнее демонстрирует свою неспособность к реализации общего интереса в глобальных масштабах и его претензия на представление сразу всех аспектов такого интереса напрямую противоречит «всеобщему интересу».

Чистое социальное право все более проявляет тенденцию к генерализации, к объединению проявлений партикулярного социального права в обширные системы общего социального права, служащего «всеобщему интересу» в каком-либо из его многочисленных аспектов. Перспективы для плюрализма многочисленных порядков общего социального права, которые взаимоограничены в их независимости и сотрудничают на принципе равенства как в национальной, так и в международной жизни в целях представления множества различных аспектов общего интереса, становятся, как мы отметили выше, все более и более явными. Данная перспектива *юридического плюрализма*, который составляет, по нашему мнению, действительный смысл трансформаций правовой жизни в наши дни, не может быть ни понята, ни оценена во всей ее значимости без обращения к идее социального права. Данная идея абсолютно необходима для самой возможности описания эволюции права в современности, для самой возможности заметить такую эволюцию во всей ее реальности. Вот причина огромной актуальности идеи социального права в том виде, в каком мы попытались определить эту идею.

В частности, перспектива плюрализма множества равнозначных интегративных порядков, взаимоограничивающих друг друга в целях совместной деятельности, ставит проблему социального права в новом аспекте; данный

аспект присоединяется к тем, которые мы уже успели затронуть. Встает вопрос о том, как юридически возможен подобный плюрализм: где находится правовая норма, регламентирующая отношения между самостоятельными порядками, разрешающая возможные между ними коллизии и указывающая на те порядки, которые должны иметь преимущество, равно как и те условия, при которых тот или иной порядок может иметь преимущество.

Идея социального права равным образом отвечает и на данный принципиальный вопрос. Мы уже знаем, что существенным признаком социального права является примат порождаемого объективной неорганизованной общностью права по отношению к праву, регулирующему функционирование расположенной над этой общностью организации. Только что мы констатировали, что лишь лежащие в основе организаций неорганизованные общности способны обладать сверхфункциональным характером, поскольку они не могут найти своего внешнего выражения иначе, как во множестве независимых организаций, каждая из которых представляет один из аспектов общего интереса. Таким образом, именно право интеграции этих первичных неорганизованных общностей, формирующих наиболее глубокий слой социального бытия, призвано разрешить конфликт между различными порядками социального права, расположенными на поверхности.

Существует целая иерархия основополагающих объективных общностей: общности, служащие основой для отдельных организаций, основываются на более всеобъемлющих и менее специализированных общностях (например, профессиональное сообщество основано на сообществе производителей в целом); более значимые и универсальные функциональные общности (такие, как экономическое, политическое, религиозное и иные сообщества) опираются на первичные сверхфункциональные общности, такие, как нация и международное сообщество, лежащие в основе всех сообществ и организаций в целом.

Очевидно, что только праву, образуемому непосредственно из этих первичных неорганизованных тотальностей, предопределено регламентировать отношения между независимыми порядками социального права, которые образуются на поверхности таких тотальностей. Только неорганизованное социальное право основополагающих сверхфункциональных общностей, которые не могут быть полностью выражены какой-либо организацией, обладает компетенцией разрешать конфликты между различными порядками и определять их равнозначность или их место в иерархии.

И именно социальное право интеграции первичных национальных и международных общностей призвано дать формулу разрешения конфликтов между входящими в такие общности порядками; данная формула, как и всякое юридическое правило поведения, представляет собой чрезвычайно изменчивую норму, варьирующуюся в зависимости от конкретной исторической эпохи. В некоторые периоды истории такая правовая норма может признавать преимущество одного порядка над другим (например, преимущество государства), а в другие периоды — допускать равнозначность тех же порядков либо же полностью изменить их соотношение. Эта гибкая норма изменяет, исходя из необходимости интеграции в Целое, действительно

работающие и независимые правопорядки первичных общностей нации и международного сообщества. Данная норма в качестве неорганизованного социального права может быть сформулирована только с помощью технических приемов, применяемых лишь к спонтанному слою правовой действительности: в первую очередь, посредством обычая, затем с помощью прецедента, «социальной декларации» и «признания».<sup>62</sup>

Плюрализм множества независимых и сотрудничающих между собой правопорядков возможен лишь на основе неорганизованного социального права, соответствующего первичным и абсолютно неперсонифицируемым общностям, охватывающим собой все остальные правопорядки. Речь опять идет о том виде общего социального права, которое превосходит все другие виды. Никакая организация, никакая совокупность организаций не могут претендовать на исключительную способность формулировать данное первичное общее социальное право. Но при этом в национальной и международной правовой жизни могут быть учреждены юрисдикционные органы, связывающие между собой множество независимых организаций с тем, чтобы выносить судебные постановления согласно общему социальному праву, которое по сути оставалось бы неорганизованным и принимало бы преимущественно форму обычая. Но здесь мы переходим грань нашего теоретического описания феномена социального права и должны остановиться в своих рассуждениях.

Для нас достаточно того, что идея социального права проявляет себя как единственная позитивная основа всякой системы правового плюрализма, к которому и тяготеет развитие правовой жизни наших дней. Идея социального права проявляется перед нами как ключевой пункт, где сходятся наиболее актуальные проблемы, поставленные перед современной правовой мыслью новыми правовыми институтами; некоторые из них мы уже перечислили: индустриальная демократия и национальные экономические советы, коллективные трудовые договоры, Лига Наций, Международная организация труда, Международная Палата правосудия, институты третейских судов в национальной экономической жизни, профсоюзное право, «социализация без этатизации», право «федералистской», и особенно кооперативной, собственности, посреднические организации между работниками и работодателями, между производителями и потребителями, «примат международного права» и «ограничение государственного суверенитета», проблема «живого» и «неофициального права», проблема увеличения источников позитивного права — все эти явления, по нашему мнению, приводят непосредственно к идее социального права. Эта идея находится в сердцевине новой позитивной системы правовых категорий, в которой так нуждается наша эпоха. Мы убеждены в том, что как раз идею социального права и ищут повсюду «в поте лица» (Гедеман).

Именно в направлении данной идеи устремлены все чаяния, надежды и стремления современности. Для того чтобы суметь их понять и установить над ними контроль, необходимо разработать теорию социального права, определение которого мы попытались дать и чью историю мы постараемся описать в нашей работе.

<sup>62</sup> По поводу формальных источников права см. ниже, в главе IV.

\* \* \*

Мы можем считать выполненной задачу точного определения понятия «социальное право» и описания сегментов соответствующей ему правовой действительности. Вместе с тем рамки наших историко-правовых исследований окажутся определены недостаточно четко, если мы не завершим рассуждения в определенных направлениях.

1. Для того чтобы оценить всю важность идеи социального права и определить тот круг зачастую весьма сложных проблем, которые с помощью этой идеи можно разрешить, нам необходимо подробно изучить виды социального права в их существенных признаках и в их действительных проявлениях.

2. Предвидя ряд возражений против самой логической возможности существования понятия «социальное право» в том виде, в котором мы его сформулировали, мы должны рассмотреть системные предпосылки данного понятия с точки зрения общей теории права.

На самом деле нас могут спросить, что же мы вообще понимаем под термином «право», как мы ограничиваем его от морали; это свидетельство бы о сомнениях в юридичности нашего социального права, подозреваемого в том, что оно есть не что иное, как один из видов морали.

Далее, нас могут спросить, каким образом мы формулируем понятие «позитивное право» без опоры на государство и даже, по большому счету, на какое-либо иное организованное единство («неорганизованное социальное право»), поставив, таким образом, под сомнение существование «социального права» в нашем понимании как настоящего позитивного права (но не как права естественного, на чем мы очень настаиваем).

Наконец, нас могут упрекнуть в «методологическом синкретизме» и возразить нам, что в наших представлениях о социальном праве мы смешиваем социологический анализ с юридическими конструкциями. Смысл всего нашего исторического исследования идеи социального права будет серьезно скомпрометирован, если мы не дадим (в специально отведенной для этого главе настоящего Введения) краткого очерка системных предпосылок нашей работы, где будут содержаться ответы на все возражения и теоретическое обоснование нашей позиции и нашей методологии.

3. Воспользовавшись результатами этих изысканий, которые имеют собственный источник в общей теории права, мы сможем устранить и множество недоразумений, искажений смысла и массу возражений против самого термина «социальное право», на самом деле весьма распространенных в науке.

4. Наконец, после уточнения в ходе этих системных изысканий рамок наших исторических исследований данное Введение закончится обоснованием точки отсчета наших исследований — XVII в. и нашего метода изучения истории идей по интересующей нас проблематике.

### Глава III

## ВИДЫ СОЦИАЛЬНОГО ПРАВА. ПРОБЛЕМЫ, КОТОРЫЕ ПРИЗВАНО РАЗРЕШИТЬ ПОНЯТИЕ «СОЦИАЛЬНОЕ ПРАВО»

Виды социального права можно классифицировать, исходя из четырех различных точек зрения: 1) в первую очередь возможно применить к социальному праву значимое для всей сферы права различие между объективным и субъективным правом и, таким образом, противопоставлять *объективное социальное право* и *субъективное социальное право*; 2) далее, возможно установить различие между соответствующим неорганизованным тотальностям (объективным общностям) социальным правом и социальным правом, соответствующим расположенным поверх таких тотальностей организациям, — это приводит к уже обозначенному выше разграничению *неорганизованного социального права* и *организованного социального права*; 3) затем возможно разграничивать два вида социального права (что мы и сделали выше) в зависимости от того, служит ли оно эгоистическому интересу отдельной группы или общему интересу в каком-либо из его многочисленных аспектов: *партикулярное социальное право* и *общее социальное право*; 4) наконец, как мы видели выше, возможно разграничивать виды социального права, исходя из их отношений с государством, — это приводит к фундаментальному противопоставлению *чистого социального права*, интегрирующего социальные тотальности и учреждающего социальную власть с помощью одного лишь условного принуждения и *конденсированного* в правопорядок демократического государства *социального права* (права, гарантированного безусловным принуждением). Но и чистое социальное право в свою очередь делится на два типа: а) *чистое и независимое социальное право* и б) *чистое, но подчиненное опеке государственного права социальное право*; более того, между чистым социальным правом и конденсированным социальным правом возникает промежуточный вид — *социальное право, аннексированное государством, но сохраняющее свою автономию*.

В итоге мы приходим к четырем типам: а) *чистое и независимое социальное право*; б) *чистое, но подчиненное опеке государственного права социальное право* (социальное право, низведенное на уровень частного права); в) *социальное право, аннексированное государством, но сохраняющее свою автономию* (автономное социальное право, возведенное в ранг публичного права); г) *конденсированное в правопорядок демократического государства социальное право*.

Далее необходимо уточнить признаки этих различных типов и видов социального права.

### § 1. Объективное и субъективное социальное право

Объективное право (т. е. совокупность институтов и норм, формирующих правопорядок) и субъективное право (т. е. совокупность правомочий, которые данные нормы предоставляют тем субъектам, на которых они распространяются)

в этом смысле оказываются настолько нераздельно связанными друг с другом, что может показаться совершенно излишним особо настаивать на том, что социальное право так же, как и всякая другая сфера права, обладает и субъективной стороной. Поэтому достаточным будет установить различие между субъективным правом в сфере индивидуального права и субъективным правом в сфере социального права, что мы уже сделали по ходу дела, поясняя наше определение социального права (см. четвертый признак этого понятия — непосредственное участие Целого в правоотношениях со своими членами, находящимися в разобленном состоянии, и седьмой признак — сложные коллективные личности).

Необходимость более подробно остановиться на данном вопросе вызвана только весьма распространившимся в последние годы предрассудком, берущим начало в полном отрицании субъективного права Леоном Дюги — одним из наиболее значимых представителей идеи социального права в наши дни. Данный предрассудок является результатом ошибочных философских предпосылок покойного декана Университета Бордо, но никак не результатом его научных конструкций в теории социального права (впрочем, указанное отрицание субъективного права имеет относительный характер у самого Дюги, который заменяет понятие «субъективное право» на обозначающее примерно то же самое понятие «юридическая ситуация»).<sup>63</sup>

Подобное отрицание сильно способствовало распространению (особенно у противников идеи социального права) предрассудка, заключающегося в утверждении, что социальное право может быть выражено только в сфере объективного права, и в отрицании всякой возможности такого выражения в рамках субъективного права. И поскольку тенденция к отрицанию субъективного права имела место как реакция против досадной, практически уже укоренившейся привычки понимать под субъективным правом лишь правомочия, предоставленные исключительно индивидуальным правом порядком (т. е. отождествлять субъективное право с индивидуальным субъективным правом), то легко понять, что все печальные недоразумения имели следующий результат: абсолютно ошибочное отождествление понятия социального права с понятием субъективного права; отождествление, которое, к сожалению, несмотря на очевидную неправдоподобность, кажется, уже стало общепринятым.<sup>64</sup>

Для того чтобы развеять подобные досадные недоразумения, нам необходимо со всей возможной ясностью подчеркнуть взаимное пересечение и взаимодополняемость терминов: с одной стороны — социального и индивидуального права, а с другой — субъективного и объективного права. Иными словами, социальное право не может быть понято без учета того, что его объективный порядок предоставляет субъективные социальные права тем субъектам, которым адресовано его действие, а индивидуальное право не

<sup>63</sup> Ср. анализ доктрин Дюги в главе I части пятой данной книги.

<sup>64</sup> Даже такой осторожный и предусмотрительный автор, как Леви-Ульман, в своем замечательном «Introduction générale à l'étude du droit» (Vol. 1. 1917) поддается этому искушению (Р. 114, 126, 163–164), хотя он сам сформулировал ряд оговорок применительно к данному отождествлению, разграничивая («материальный» и «формальный» смысл терминов «субъективное право» и «объективное право» (Р. 49–50, 79).

может утвердиться без того, чтобы субъективные индивидуальные права не основывались на объективном порядке того же индивидуального права, который является фундаментом для формулирования правопритязаний. И возможно ли иное, если объективное и субъективное право относятся друг к другу как внешняя и внутренняя поверхность одного и того же тела?

Субъективных социальных прав становится больше и они проявляются сильнее в зависимости от того, идет ли речь об организованном слое социального права, либо о слое неорганизованном. Всякая социальная организация, не обратившаяся в ассоциацию доминирования, с юридической точки зрения является всего лишь сложной и многоэлементной системой субъективных социальных прав, взаимно проникающих друг в друга. Реализация властных полномочий, распределение правомочий в рамках социальной группы, распределение категорий и функций органов власти и т. д. — что же представляют собой эти феномены, как не презюмирование наличия множества взаимосвязанных субъективных социальных прав? А феномен сложной коллективной личности — этого специфического субъекта социального права с его правомочиями, которые осуществляются совместно отдельными лицами и «центральной» личностью и которые не могут осуществиться без их взаимного согласия, — только подтверждает, что субъективные социальные права играют главенствующую роль на уровне организованного слоя социального права.

Но даже когда речь идет о неорганизованном социальном праве, соответствующем основополагающим объективным общностям, нетрудно усмотреть и те юридические последствия в субъективном смысле, которые сопровождают процессы интеграции тотальностей. Объективный социальный правопорядок любой неорганизованной общности обязательно предоставляет ряд субъективных прав своим членам: право на участие в делах общности, право присоединения к общности и право свободного или ограниченного выхода из нее, право в случае крайней необходимости действовать от имени неорганизованного социального Целого и заставить уважать власть такой целостности и т. д. — все это образует сферу проявления субъективных социальных прав, которые полностью не зависимы от существования социальной организации. Не существует такого объективного социального правопорядка, равно как и объективного индивидуального правопорядка, которые не предоставляли бы субъективных прав.

## **§ 2. Неорганизованное и организованное социальное право**

Все существенное по поводу примата неорганизованного социального права по отношению к организованному социальному праву мы уже сказали выше. Теперь необходимо лишь дополнительно прояснить вопрос о противопоставлении данного разграничения разграничению между объективным и субъективным социальным правом, которое мы разбирали выше. При анализе этого вопроса необходимо помнить, что на уровне организованного социального права субъективные социальные права проявляются с максимальной полнотой, тогда как на уровне неорганизованного социального права их проявление минимально. Существует бесспорное преобладание субъективного

социального права в сфере организованного социального права и столь же бесспорное преобладание объективного права в сфере неорганизованного социального права. Этот вывод не должен нас смущать, поскольку мы знаем, что организованное социальное право неразрывно связано с неорганизованным социальным правом, на котором оно и зиждется, а в случае освобождения от подобной зависимости внутреннее право социальной группы не является более правом социальной интеграции, но представляет собой право субординации.

В любом случае ошибочно полагать, что в сфере социального права противоположность субъективного и объективного права идентична противоположности организованного и неорганизованного права. Мы уже видели, что объективное социальное право любой неорганизованной общности сопровождается рядом субъективных социальных прав. В рамках любой организации — этого сплетения субъективных социальных прав царит не только правопорядок социального права, порожденный основополагающей неорганизованной общностью, но и объективное право, сформулированное самой социальной организацией и выражающееся в уставах, правоприменительной практике, прецедентах и т. п. Различие между объективным и субъективным социальным правом не совпадает полностью с различием между организованным и неорганизованным правом, хотя последнее различие частично пересекается с первым. Таким образом, можно говорить лишь о более объективирующей тенденции неорганизованного слоя социального права и о более субъективирующей тенденции организованного слоя этого же права.

Констатация таких тенденций имеет определенную важность, поскольку в силу абсолютно неизбежного примата неорганизованного социального права по отношению к организованному социальному праву появляется повод для того, чтобы по этим тенденциям сделать вывод в пользу «юридического субъективизма», неразрывно связанного с идеей социального права. Такой «юридический субъективизм» не имеет ничего общего с отрицанием субъективного права (которое в полной мере признается в рамках подобного субъективизма) и сводится к положению о том, что обязывающая сила всякого права основывается на персонифицируемых и объективных правоустанавливающих авторитетах, не допускающих для себя никакого организованного выражения, но никак не на воле, распоряжении какой-либо организации (на самом деле для того, чтобы определить социальное право, организация должна быть поставлена в полную зависимость от общности, на которой она и основывается). Теория первичных «нормативных фактов» (которую мы излагаем в следующей главе, посвященной формулированию системных предпосылок понятия «социальное право») призвана уточнить принцип «юридического объективизма» — принцип, особенно далекий от тенденции к вытеснению на вторичные позиции необходимого и здравого элемента субъективного права.

### § 3. Партикулярное и общее социальное право

Мы не собираемся добавлять что-либо еще к уже обозначенному различию между партикулярным и общим социальным правом. Отметим, однако, что общее социальное право, которое ставит процесс интеграции на службу всеобщему интересу, юридически превалирует над партикулярным социальным правом: необходимость подобного превалирования аналогична той необходимости, с которой неорганизованное социальное право превалирует над организованным социальным правом. Так, если, например, социальное право профсоюза той или иной профессиональной группы и даже Всеобщей конфедерации труда в целом (выражающее практически полностью партикулярное социальное право всех объединившихся производителей) вступает в конфликт с общим социальным правом, которое соответствует национальному экономическому сообществу в целом (включающему в себя не только производителей, но и потребителей и т. д.), то не должно оставаться никакого сомнения в том, что профсоюзное социальное право обязано подчиниться общему социальному праву национальной экономики. Социальное право мирового сообщества, если оно воплощает один из аспектов общего интереса, сравнимый с частным интересом, представляемым какой-либо частью такого сообщества, в случае конфликта с рассматриваемым партикулярным социальным правом всегда проявляет свое преимущество.

В данном случае право интеграции мирового сообщества регулирует отношения между порядками партикулярного социального права; их точные функции, круг полномочий зависят от постоянно изменяющейся ночки общего социального правопорядка, в который они включены. С этой точки зрения «примат международного права» по отношению к национальному праву, о котором сегодня столько говорят и который уже начинает превращаться в *communis opinio doctorum* (лат. — общее мнение научного сообщества. — *Прим. пер.*) (Политис,<sup>xxv</sup> Лефюр, Лапрадель, Сцелль во Франции, Краббе,<sup>xxvi</sup> Итта, Костерс в Нидерландах, Фердросс и Кельзен в Австрии и многие другие<sup>65</sup>), является всего лишь частным случаем общего правила, касающегося примата общего социального права по отношению к партикулярному социальному праву. Производное от сверхгосударственной общности международное право является только общим социальным правом, чистым и независимым, регламентирующим процесс интеграции международной тотальности; внутренне национальные системы права, и особенно правопорядки государственного права, для международного права представляют собой всего лишь порядки партикулярного социального права, которые необходимо интегрировать в целое.

Сопоставляя эти две иерархии — примат неорганизованного социального права по отношению к организованному социальному праву и примат

---

<sup>65</sup> Вместо того чтобы продолжить цитирование (которое мы просим читателя найти в главах I–II части первой нашей книги «Идея социального права и современность»), мы воспроизведем здесь характерное признание Лефюра: «На сегодняшний день общепринятой является концепция, согласно которой внутреннее право должно подчиняться международному праву» (*Le Fur L. Cours de l'Academie de la Haye. 1927. P. 412*).

общего социального права по отношению к партикулярному социальному праву — можно установить единую иерархию позитивного превалирования одних социальных правопорядков по отношению к другим, причем все случаи превалирования совершенно не зависят от государства и его воли. В этой иерархии «единство права» оказывается имманентно данным без всякого искусственного вмешательства извне и реализуется через сам плюрализм независимых правопорядков.

Тем же самым образом, например, партикулярное социальное право, проистекающее из общности, служащей основой для всякой отдельной организации, превалирует над соответствующим организованным социальным правом. Сформулированное некоей организацией, выражающей один из аспектов общего интереса, организованным социальное право превалирует по отношению к организованному праву социальной группы, представляющей свой частный интерес. Неорганизованное социальное право, интегрирующее некое сообщество, функционально ориентированное на реализацию общего интереса (например, национальное или международное экономическое сообщество, национальное политическое сообщество и т. п.), превалирует не только над всеми своими проявлениями в рамках организованного социального права, но также и над неорганизованным социальным правом всех отдельно взятых партикулярных общностей, включенных в вышеназванное сообщество (например, право интеграции национального экономического сообщества превалирует над социальным правом неорганизованной общности той или иной отрасли промышленности либо социальным правом сообщества отделенных друг от друга производителей и потребителей). Общее и неорганизованное социальное право, проистекающее из первичных сверхфункциональных общностей, которые могут найти свое выражение только в рамках множества независимых и функциональных сообществ и организаций, каждое из которых представляет какой-либо один из различных аспектов общего интереса (таковы международное сообщество и нация), — это первичное, неорганизованное общее право превалирует над иными проявлениями социального права. И наконец, общее и неорганизованное право сверхфункционального международного сообщества превалирует над общим и неорганизованным правом сверхфункционального национального сообщества, и в рамках подобного превалирования находит свое завершение вся иерархия необходимого примата одних правопорядков над другими. Этот верховный примат является не только триумфом чистого и независимого социального права (в силу его включения в сферу надгосударственного международного права) над всеми остальными проявлениями социального права. Такой ход размышлений приводит нас непосредственно к четвертому и последнему направлению нашей классификации разнообразных проявлений социального права.

**§ 4. Чистое и независимое социальное право. Чистос, но подчиненное опеке государственного права социальное право. Аннексированное государством, но остающееся автономным социальное право. Конденсированное в государственный правопорядок социальное право**

Необходимо остановиться подробнее на анализе этих четырех видов социального права, чем всех иных, рассмотренных выше. Это объясняется прежде всего тем, что на пути нашего исследования мы встречаем разновидность социального права, рассмотреть которую мы пока еще не имели возможности, а именно аннексированное государством, но остающееся автономным социальное право. Далее возникают еще более актуальные, более сложные и спорные вопросы по поводу юридической терминологии применительно к отношениям между этими четырьмя видами социального права; постоянно изменяющиеся в рамках данных разновидностей характеристики социальных явлений также позволяют оценить весь круг проблем, на которые идея социального права способна дать ответ. Наконец, история доктрин социального права ясно демонстрирует, что большинство оплошностей, неясностей, противоречий в концепции социального права возникали именно вокруг этих четырех видов социального права или скорее всего из-за недостатка последовательности в той классификации, которую здесь обычно дают.

*А. Чистое и независимое социальное право*

Социальное право является чистым постольку, поскольку оно выполняет функцию интеграции отдельных членов в Целое, не опираясь при этом на безусловное принуждение. Чистое социальное право является независимым постольку, поскольку в случае конфликта с государственным правопорядком оно демонстрирует свою равнозначность или даже превосходство. Мы видели, что, для того чтобы стать независимым, чистое социальное право должно принять форму общего социального права. Речь идет здесь об уточнении тех разнообразных проявлений чистого и независимого социального права, которые наблюдаются в современной правовой действительности.

1. *Международное право.* Наиболее бесспорным и четким проявлением чистого и независимого социального права является международное право. С тех пор как стали признавать, что обязывающая сила международного права независима от волеизъявлений государств, которые связаны этим правом и которые не могут выйти из-под его действия, все больше и больше правоведов признают в международном праве «внутреннее право некоего обширного социального объединения», «статутное право международного сообщества» (Лефюр), «институциональное право» (Делос), «международное конституционное право» (Фердросс,<sup>xxvii</sup> Сцелль<sup>xxviii</sup>) и т. д.<sup>66</sup> — концепция,

<sup>66</sup> См. по этому поводу главы I–II части первой нашей книги «Идея социального права и современность».

которая уже была заложена основателями науки международного права, и особенно Гуго Гроцием. Право интеграции в Целое, черпающее свою обязывающую силу непосредственно из той тотальности, которую оно интегрирует, — это право, бесспорно, является *чистым* социальным правом, поскольку при реализации социальной власти оно не имеет в своем распоряжении средств безусловного принуждения. Еще более бесспорно, что это право является *независимым*, так как в случае конфликта оно не оказывается подчиненным государственным правовым порядкам, но, напротив, превалирует над ними и заставляет их поступиться своими позициями, регламентируя взаимоотношения таких правовых порядков и очерчивая пределы их компетенции («примат международного права»). Без идеи социального права, и особенно без идеи чистого и независимого социального права, проблемы международного права остаются неприступными и не могут найти адекватного разрешения.

Те исследователи, которые ограничиваются альтернативой между правом координации и правом субординации, вынуждены конструировать международное право либо как индивидуальный правовой порядок (что в случае отсутствия высшего по отношению к такому праву критерия в международной жизни приводит к утверждению индивидуалистической анархии), либо как правовой порядок некоего единого универсального государства, подчиняющего себе множество национальных систем права; в обоих случаях дело не доходит до познания особой сущности международного права и вместо конструирования этого права происходит его разрушение. Согласно приведенной нами выше классификации возможно выделение следующих форм международного права, которые выступают в качестве чистого и независимого социального права: 1) неорганизованное социальное право первичного международного сообщества, служащего основой всем функциональным общностям и организациям в международной сфере; 2) неорганизованное социальное право функциональных международных общностей, например, право «международного экономического сообщества», «международного политического сообщества» и т. д.; 3) организованное социальное право, регламентирующее деятельность Лиги Наций, Международной организации труда, Международной Палаты правосудия как руководящих структур функциональных международных политических и экономических общностей, действующих от имени данных социальных тотальностей и в силу этого юридически связывающих третьих лиц, иными словами, те нации, которые хотя и не входят в названные организации, но являются частями указанных общностей; 4) социальное право международных административных организаций, функции которых более специализированы.

Так, в частности, оказывается абсолютно невозможным представить организационно-правовую форму Лиги Наций или Международной организации труда в той части, в которой они юридически связывают не входящие в их структуру государства, без опоры на социальное право,<sup>67</sup> которое здесь, бесспорно, выступает в качестве чистого и независимого социального права.

<sup>67</sup> См. по данному вопросу главу IV части первой книги «Идея социального права и современность».

2. *Право интеграции сверхфункционального и неорганизованного национального сообщества.* Другим отчетливым проявлением чистого и независимого социального права является, по нашему мнению, неорганизованное право интеграции первичной национальной общности, лежащей в основе всех задействованных в национальной жизни организаций и функциональных сообществ. Это социальное право, интегрирующее соответствующие сообщества и организации в абсолютно персонифицируемую и объективную, не допускающую никакого единого организованного выражения вовне «тотальность» той или иной нации, несет, как мы указали выше, норму разрешения конфликтов между входящими в эту тотальность правопорядками, которая дает ответ на вопрос об их превалировании либо об их равнозначности. Большинство правоведов — неисправимых догматиков, которые выдвигали претензии на априорное и окончательное установление необходимого примата государственного правопорядка в национальной правовой жизни, всего лишь гипостазировали изменчивое правило разрешения коллизий, сформулированное социальным правом первичной национальной общности определенной исторической эпохи. В настоящее время данное правило начинает изменяться в пользу равнозначности государственного правопорядка со всеми остальными.

Неорганизованное социальное право первичной национальной общности, безусловно, является чистым социальным правом, поскольку оно выполняет интеграционную функцию без опоры на безусловное принуждение и, более того, в силу отсутствия у данного вида права какого-либо организованного выражения вовне оно вообще не опирается ни на какое принуждение. Данный вид социального права является независимым, поскольку он подчиняет себе право политического сообщества и его организованной надстройки — государства так же, как и право экономического сообщества. Он регламентирует функции и правомочия названных видов права, и именно от данного вида социального права зависит расширение или сокращение таких функций и правомочий. Указанные правопорядки представляют для неорганизованного социального права первичной национальной общности всего лишь отдельные порядки, которые должны быть интегрированы в тотальность сверхфункциональной национальной общности.

Многие правоведы в своих исследованиях затронули данный глубинный слой социального права, но не смогли четко его обозначить; частично это относится к «исторической школе юристов», и особенно к Пухте<sup>xxix</sup> с его теорией обычного права национального сообщества, обладающего верховенством над государственным правом; из более современных Л. Дюги ориентировался в том же направлении со своей теорией примата права неорганизованной социальной среды над государственным правом; наконец, уже в наше время ряд авторов занимались разработками в данной сфере: особенно это относится к сторонникам противопоставления «спонтанного права» общества и «рассудочного, жесткого права» государства, причем это последнее оказывалось бессильно бороться с бунтом «живого права». По нашему мнению, только основываясь на идее *чистого и независимого социального права*, возможно адекватно сформулировать описанный выше бесспорный факт, что неорганизованное право первичной национальной общности верховенствует над включенным в него правопорядком, и особенно над государственным правопорядком.

3. *Порядок «экономического права».* Третье и еще более полное проявление чистого и независимого социального права реализуется, по нашему убеждению, в рамках права интеграции национального экономического сообщества и его организованной надстройки. Этот порядок «экономического права» независим и равнозначен «политическому праву» (государственному праву) и может служить основой для «конституции общества», выступающей в качестве противовеса конституции государства; предвиденный гениальными прозрениями Прудона,<sup>68</sup> данный правопорядок изо дня в день все более становится правовой действительностью.

Уже в условиях развитого капитализма, где единая система производства в своем поверхностном слое оказывается расколотой на два враждебных и постоянно конфликтующих лагеря — владельцев средств производства и наемных рабочих, в более глубоком слое проявляется существование национального экономического сообщества, имеющего свое собственное право интеграции. Это сообщество все более и более четко выражается в ряде новых институтов и организаций. С юридической точки зрения борьба рабочих и капиталистов, которая в наши дни ведется с учетом существования подобных институтов, является борьбой во имя и ради чистого и независимого социального права уже зародившегося национального экономического сообщества; данное сообщество и его право интеграции существуют еще до наличия какого-либо согласия между враждующими лагерями, воплощая собой общий экономический интерес нации, и почти всегда оказываются представленными стороной рабочих, а не капиталистов...

Особо четкие проявления этого общего национального экономического права, не зависящего от государственного права, можно было наблюдать в послевоенный период: «Национальный производственный совет» в Англии (1916); создание в первые дни германской революции посредством добровольного согласия работников и работодателей «рабочих общин» (*Arbeitsgemeinschaft* (нем.), существовавших с 1918 по 1923 год), которые спасли немецкую экономику через установление регулятивного механизма, полностью не зависящего от государства; учреждение во Франции с 1920 по 1923 год «экономических трудовых советов», представляющих обе экономические власти — производителей и потребителей, которые объединились и действовали в качестве проводников общего интереса; наконец, насущная необходимость в «экономической конституции» в качестве противовеса «политической конституции», которая была столь популярна в Веймарском конституционном собрании и особенно четко была сформулирована Зинцхаймером<sup>xxx</sup> — докладчиком по данному вопросу,<sup>69</sup> — вот наиболее четкие и наименее спорные факты подобного правопорядка, которые предвещают скорое становление и реализацию на практике независимого национального экономического сообщества.

<sup>68</sup> См. наше изложение доктрины Прудона ниже, в части третьей настоящей работы и в нашей статье «Прудон и современность» (Proudhon und die Gegenwart // Archiv für Rechts-philosophie. 1928. S. 537–562).

<sup>69</sup> О Зинцхаймере см. главы II–III части первой нашей работы «Идея социального права и современность».

«Экономический совет Рейха» и «Французский национальный экономический совет» (подобные институты существуют и в других странах), несомненно, опираются на ту же реальность зарождающегося экономического сообщества и свойственного ему права интеграции, однако предвещают его появление более завуалированно — здесь государственное право владеет инициативой; а поскольку усилия направляются на придание жизненности тем паритарным институтам, которые сформированы из представителей неравных экономических сил (рабочие, капиталисты), то государство вводит в эти институты своих представителей, которые играют там решающую роль.<sup>70</sup>

Подчинение государственному праву организованной юридической надстройки соответствующего национального экономического сообщества имеет смысл лишь в условиях капиталистического режима, где паритарное представительство владельцев средств производства имеет больший вес, чем представительство наемных работников. Поэтому реализуемые конструктивным синдикализмом и английским гильдейским социализмом социалистические программы влекут за собой все юридические последствия становления независимого экономического сообщества с его собственным чистым и независимым социальным правом. Эти программы развивают идею *организованного экономического порядка*, который в случае конфликта с государственным порядком был бы ему равнозначен и служил бы для него юридическим противовесом, идею организации, реализующей «социализацию без огосударствления» на основе чистого и независимого экономического социального права.<sup>71</sup> Это право (принимаящее организованную форму и утверждающее себя в качестве общего права в силу того, что оно интегрирует в некую всеобъемлющую тотальность организованные социальные институты противостоящих друг другу из-за расхождения интересов федерализированных (*federalisés*) производителей и потребителей) служит непосредственным выражением для неорганизованного социального права основополагающей экономической общности, которая все с большей силой утверждает себя в качестве социальной действительности.

Мобильная норма разрешения конфликтов между различными правопорядками, проистекающая из первичной национальной общности, все более изменяется в направлении равнозначности общего экономического социального права и государственного права. К тому же данный правопорядок становится все более *независимым* и, несомненно, является *чистым* социальным правом. Он интегрирует в Целое членов этой целостности и учреждает социальную власть (высшей точкой развития которой является независимый хозяйственный орган, регламентирующий весь производственный процесс) без опоры на безусловное принуждение и в то же время позволяет каждому из членов Целого свободно выйти из данной организации.

Реальность национального экономического сообщества и его чистого и независимого социального правопорядка проявляется не только в организованной надстройке глобального масштаба, все еще находящейся в процессе становления, но также и в некоторых отдельных институтах современного

<sup>70</sup> См. главу III в цитированной выше книге.

<sup>71</sup> См. изложение подобных программ в цитируемой работе: главы III–IV части второй.

трудового права, и особенно в институте коллективных трудовых отношений. В главе нашей работы «Идея социального права и современность», специально посвященной анализу современных доктрин коллективных соглашений, мы продемонстрируем,<sup>72</sup> что в конечном счете все эти доктрины приходят к констатации невозможности юридического конструирования института коллективных соглашений без предположения о существовании некоей заранее данной индустриальной общности, интегрированной посредством собственного неорганизованного социального права. При таких обстоятельствах коллективные соглашения лишь формулируют заранее существующее право, а вступающие в соглашение стороны действуют только в качестве представителей основополагающего социального Целого. Социальное право коллективных трудовых соглашений, несомненно, является чистым социальным правом, поскольку оно интегрирует в социальную тотальность ее членов и учреждает обладающую только условным принуждением социальную власть. Более того, это право утверждает себя в качестве полностью *независимого* социального права, поскольку в большинстве случаев его возникновению не предшествуют нормы государственного права и данное право вступает в конфликт с полностью договорным правом гражданского законодательства. Таким образом, право коллективных трудовых соглашений не только проявляется как равнозначное по отношению к официальному праву, но иногда и дает толчок к возникновению данного права. В таких условиях по отношению к праву коллективных трудовых соглашений оказывается неприменимым и разграничение права на частное и публичное, поскольку подобное разграничение зависит от воли государства.

Аналогичные тенденции к независимости можно наблюдать и в тех секторах чистого социального права, которые относятся к заводским советам, рабочим профсоюзам, кооперативам, Всеобщей конфедерации труда и т. д. Все эти институты являются составными частями грядущей глобальной экономической организации, выражая собой чистое и независимое социальное право основополагающей экономической общности; их правовые нормы становятся полностью не зависимыми от какого-либо подчинения государственному праву с момента интеграции данных институтов в такую экономическую организацию, которая представляет общий хозяйственный интерес всей нации. И оказывается совершенно невозможным постичь структуру этих правовых реалий без опоры на понятие «чистое и независимое социальное право».

4. *Церковное право.* Наконец, мы должны отметить еще одно, последнее, проявление чистого и независимого социального права — это церковное (религиозное) право как право интеграции в общность верующих (в определенные религиозные догмы); это право составляет лишь часть «канонического права», имеющего более широкое значение и регламентирующего не только внутрицерковную жизнь, но и определенные отношения с внешним по отношению к Церкви миром.

Церковное право, право Церкви как независимой социальной тотальности, в истории множество раз входило в конфликт с государственным правом и

<sup>72</sup> Там же, глава II части первой.

утверждало себя по отношению к этому праву не только как равнозначное, но и как превосходящее его. Большинство современных теоретиков (не говоря уже о тех, кто специализируется в истории Средневековья)<sup>73</sup> — как протестантских, так и католических — также признавали, что разграничение частного и публичного права неприменимо к праву церковному, поскольку оно практически не подчинено опеке со стороны государства.<sup>74</sup> Кажется, что не подвергается сомнению и то, что по своей сущности церковное право является чистым социальным правом, т. е. располагающим лишь средствами условного принуждения; наиболее строгой санкцией здесь является исключение из церковного общения, а все налагаемые санкции оказываются ограниченными возможностью свободного выхода из Церкви.

Однако характер церковного права как чистого социального права может найти свое полное выражение в исторической действительности лишь после отделения Церкви от государства; именно такое отделение гарантирует возможность свободного выхода из Церкви и препятствует превращению условного принуждения (единственного логически возможного в религиозной сфере) в принуждение безусловное. Нет никакой необходимости настаивать на том, что в условиях отсутствия такого разделения исключение из церковного общения означало в эпоху Средневековья смерть на костре, а само наказание приводилось в исполнение представителями светской власти, поставившей себя на службу инквизиции; и на том, что здесь не имелось никакой возможности свободного выхода из Церкви. Кроме того, на протяжении длительного периода истории Католическая церковь оказывалась трансформированной в теократическое государство, которое боролось за власть со светскими, построенными по территориальному признаку государствами и претендовало на мировое господство; в этот исторический период церковное право утратило характер чистого социального права с тем, чтобы быть конденсированным в государственный правопорядок социальным правом, и чуть было не превратилось в субординирующее право всемирного автократического государства.

Протестантизм Лютера испытывал такой ужас перед социальной властью, осуществляемой Церковью и ее слугами, что ни в коем случае не хотел доверять им правовую регламентацию жизни общины верующих. Но поскольку такая регламентация была неизбежна, лютеранство призвало на помощь светское государство и доверило ему данную власть в отношении Церкви. Таким образом, протестуя против превращения Католической церкви во всемирное государство, лютеране способствовали превращению их собственной церкви в одну из подчиненных светскому государству структуру, в орган государства; так, в качестве противовеса «папо-цезаризму» они создали не менее устрашающий «цезарепапизм».

Только в реформаторской церкви Кальвина, и особенно в тех формах, которые эта церковь приняла в XVII в. у ее английских приверженцев (наиболее четко — в их самой радикальной секте — секте «индепендентов»), концепция

<sup>73</sup> Выражение «*doctor utriusque juris*» (лат. — доктор двух видов права. — *Прим. пер.*) четко указывает на направление мысли таких теоретиков.

<sup>74</sup> Вместо дальнейшего цитирования мы отсылаем читателя к опубликованной в Энциклопедии Хольцендорфа (т. 5) работе Штутца (*Stutz H. Kirchenrecht. 1914. S. 391 usw.*).

церковного права как чистого и независимого социального права впервые нашла свое полное воплощение. По мнению кальвинистов, правовая регламентация внутрицерковного порядка должна осуществляться общиной самих верующих.<sup>75</sup> Всякий налагаемый на такую общину извне правопорядок (например, навязываемый государством правопорядок) разрушает религиозную общину, секуляризует ее и заставляет служить нерелигиозным целям; Церковь не есть государство, не есть порядок безусловного принуждения, и поэтому возможен свободный выход из Церкви. Английские индепенденты во главе с такими мыслителями, как Браун и Роджер Уильямс, из этих тезисов сделали четкий вывод о необходимости отделения Церкви от государства.<sup>76</sup> С не меньшей энергией они настаивали, что для того, чтобы не превратиться в «дьяволическое правление одного человека над другим во имя Божие», церковная организация должна обладать характером эгалитарной ассоциации сотрудничества и базироваться на лежащей в ее основе общности верующих. Таким образом, кальвинисты впервые в истории вознесли на вершину триумфа идею чистого и независимого социального права со всеми ее последствиями применительно к церковному праву.

Говоря о требуемой английскими индепендентами демократизации церковного права, мы приходим к одному из пунктов, где право Католической и Лютеранской церкви приняло те формы, которые удаляют это право от того, что мы понимаем под «социальным правом». Формы организации этих церквей заимствовали характер ассоциаций доминирования, а их право стало развиваться как субординирующее право, оторванное от основополагающей общины верующих. Нам трудно судить, является ли такой субординирующий характер организации вышеназванных церквей непосредственным и необходимым результатом их позитивной догматики либо речь здесь идет только о некоторых интерпретациях данной догматики; интерпретациях, которые могут быть изменены и превзойдены. Ведь лишь после этого право названных церковных союзов приобрело бы черты совершенного типа социального права, каким оно является в нашем понимании.

При этом отметим, что в эпоху Великих Соборов Католической церкви (с XIV по XVI в.), в которых принимало участие не только духовенство, но также теологи и другие светские особы, концепция демократической организации Церкви была распространена практически повсюду; свое начало эта концепция ведет от Марсилия Падуанского<sup>77</sup> — в те далекие времена преподавателя Университета Сорбонны, пламенного теоретика, который был вынужден прибегнуть к покровительству Людовика Баварского, и от второго величайшего философа той эпохи — Николая Кузанского (причем оба они были верными сынами Католической церкви).

Развитие организации Православной церкви в России — Церкви, после революции заимствовавшей фактически демократические формы церковных Соборов, в которых участвовали все верующие, демонстрирует, что церковное право способно изменяться в своих глубинах без замены позитивных

<sup>75</sup> См. у самого Кальвина: 1) *Institutio religionis christianae*. 1536. Cap. VI. P. 205 et suiv., 229 et suiv. (Opera. Vol. 1. Ed. de 1863); 2) *Ordonnances ecclésiastiques de Genève*. Inst. 4, 2.

<sup>76</sup> *Weingarten H. Die reformatorische Kirchen Englands*. 1863.

<sup>77</sup> Автора «*Defencor pacis*» («Защитника мира»). 1325).

религиозных догматов. Можно сделать такое же замечание и в отношении Лютеранской церкви, которая после провозглашенного в ходе германской революции 1919 г. отделения от государства приняла организационные формы, весьма схожие с теми, которых всегда требовали кальвинисты, и особенно английские индипенденты.

Мы можем сказать следующее: несмотря на то что автономное право Церкви в своих исторических выражениях зачастую было весьма отдалено от такого типа права, как чистое и независимое социальное право, в своей внутренней структуре это право всегда проявляло огромное сходство с данным типом права. Полностью укладываться в рамки этого типа права церковное право может лишь при условии отделения Церкви от государства и действия в Церкви такой организационной формы, как ассоциация равноправного сотрудничества.

Несмотря на многочисленные тонкости, которые характеризуют исторические формы церковного права, оказывается невозможным познать его истинную сущность и даже сконструировать все его возможные деформации без опоры на идею чистого и независимого социального права. В современных дебатах о наличии действительной возможности для существования плюрализма равнозначных правопорядков не следует также забывать ссылаться на такой показательный пример, как автономное право Церкви. Оно существует многие тысячелетия, и этот факт не может никем оспариваться.

*Б. Чистое, но подчиненное опеке  
со стороны государства социальное право*

Мы рассматриваем чистое социальное право (право, интегрирующее в социальную тотальность ее членов без опоры на безусловное принуждение) как подчиненное опеке государственного права в том случае, если в ходе конфликта с этим правом чистое социальное право оказывается вынужденным уступить и преклониться перед ним. Вовне такое подчинение выражается во включении чистого социального права в рамки частного права, что предполагает применение к этой сфере правовой действительности характерного для государственного правопорядка противопоставления частного и публичного права. Подобное возникшее в ходе конфликта подчинение и подобное включение социального права в рамки частного права не только не наносят ущерба автономии этого вида социального права (не делают законотворчество источником его обязывающей силы), но даже совершенно ничего не меняют в характерной для него «чистоте». Социальное право не служит целям государственного права в силу одной лишь подчиненности опеке данного права, как это происходит в случае аннексированного социального права, а учреждаемая им социальная власть функционирует по принципам социального права, но не по принципам государства. Вот почему чистое социальное право, включенное в рамки частного права, все же остается «правом общества», противопоставляемого государству; оно сотрудничает с чистым и независимым социальным правом в деле сдерживания государственного порядка и формирования юридических противовесов для последнего.

1. *Право интеграции отдельных социальных групп.* Существует бесчисленное количество проявлений чистого, но подчиненного опеке государственного

права социального права; будь это компания игроков, спортивная команда, оркестр, танцевальный класс, круг знакомых или клуб, место для проведения вечеринки или семья, политическая партия, культурная богема, акционерное общество, банк, завод, контора и т. п. — сам по себе факт наличия социального союза, активно реализующего позитивные ценности, каждый раз дает начало существованию некоего нового права интеграции, чистого социального права с элементами партикуляризма. В такой форме чистое социальное право не может обладать признаками независимого социального права, поскольку оно с необходимостью оказывается подчиненным общему социальному праву. Единственное, в чем нет никакой необходимости, так это в постоянном подчинении данного права во всех его проявлениях государству, что имеет место в современности.

Если, например, национальное экономическое сообщество обретает организованную надстройку глобального характера и дает начало общему и независимому экономическому социальному праву, то весьма вероятно, что указанные выше определенные проявления партикулярного социального права окажутся под опекой общего экономического права, а не права государственного. Здесь мы не говорим о профессиональных союзах, кооперативах, заводских советах и учрежденных в силу коллективных трудовых соглашений сообществах, поскольку эти институты являются не чем иным, как имманентными элементами грядущей глобальной экономической организации. В наши дни они проявляют тенденцию к освобождению от опеки государства и пытаются стать правопорядками чистого независимого социального права. Но сегодня мы видим и случаи, когда хозяйственные предприятия и промышленные, профессиональные и иные группы не примыкают к подобным организациям общего характера либо выходят из них для того, чтобы с ними конкурировать. Чистое, но партикулярное социальное право таких социальных групп могло бы попасть под опеку как государственного права, так и глобальной экономической организации и в случае коллизии оказаться вынужденным склониться к чистому и независимому социальному праву этой организации.

Однако если и принять вышесказанное в качестве гипотезы, то партикулярное социальное право любой не обладающей экономическим характером социальной группы (т. е. большей части социальных групп) по необходимости окажется подчиненным государственному правопорядку. И в большинстве случаев только посредством подобного подчинения индивидуальная свобода и безопасность могут получить гарантию против злоупотреблений социальной властью в рамках тех социальных групп, где такая власть проявляется наиболее интенсивно. Особенно это относится к семейному праву — к социальному праву семьи; близость родственных уз позволила бы поработить членов семьи, если бы семейное право не было подчинено опеке со стороны государства. То же самое происходит и в большинстве других случаев. Вследствие этого в условиях любого социального строя существенная часть социального права должна оставаться включенной в частное право в силу волевого решения государственного права, которое и осуществляет указанную опеку.

2. *Право, регламентирующее управление федералистской собственностью.* Особый, нуждающийся в отдельном исследовании вид чистого, но

подчиненного опеке государственного права и включенного в сферу частного права социального права представляет собой процесс управления собственностью, который основывается на социальном праве, проистекающем из сформированной сособственниками некоего имущества организации: например, собственность коммандитных товариществ, открытых акционерных обществ, обществ взаимного кредитования, потребительских и производственных кооперативов, участвующих в акционерном обществе работников, и т. д. Мы уже характеризовали<sup>78</sup> эту форму собственности как «федералистскую собственность»<sup>79</sup> с учетом того, что право собственности здесь принадлежит и самой тотальности, и каждому из ее членов, который в случае выхода вправе требовать выплаты денежного эквивалента своей доли в собственности, но лишен возможности требовать раздела имущества. Итак, в данной форме собственности социальное право расположенной на поверхности организации собственников непосредственно проникает в отношение лица к вещи, а такого рода отношение относится к сфере индивидуального права. Необходимость использования теории сложной коллективной личности для конструирования данной формы собственности (необходимость, впервые нашедшая освещение в работах О. фон Гирке) четко указывает на то, что здесь речь идет о социальном праве; но для того чтобы эффективно координировать режим этой собственности, данное социальное право должно поставить себе на службу индивидуальный правопорядок, который учреждает и контролирует отношения по поводу вещных благ.

Здесь речь идет о некоем сплаве социального и индивидуального права; сплаве, который осуществляется не в пользу порабащивающего социальное право права индивидуального (как в ассоциациях доминирования), а в пользу ограничивающего индивидуальное право собственности и возвышающего его до уровня социальной функции права социального. Этот проявляющийся в режиме «федералистской собственности» сплав, по нашему убеждению,<sup>80</sup> является единственным средством для гуманизации собственности в ее имманентной структуре и для ограничения эгоизма и произвола собственника. Данная цель совершенно не достигается путем передачи правомочий собственника юридическому лицу как единоличному собственнику (корпоративная собственность государства или любой иной ассоциации), поскольку в данном случае все пороки индивидуальной собственности (особенно превращение власти над вещами во власть над людьми) не только усиливаются, но и становятся еще более устрашающими. И не напрасно Прудон говорил о «постоянном плагиате» между индивидуалистическим либерализмом и коммунизмом (по большому счету можно сказать — коллективизмом),<sup>81</sup> который заключался именно в невозможности для двух этих соперников осознать существование института «федералистской собственности», принадлежащей

<sup>78</sup> См. мою статью «Социализм и собственность» (*Revue de métaphysique*. 1930. № 1).

<sup>79</sup> Данный термин представляет собой не только перевод, но и уточнение смысла немецкого выражения «*Gesamteigentum*» (нем. — общая собственность. — *Прим. пер.*) у О. Гирке.

<sup>80</sup> См. мою статью, цитируемую выше.

<sup>81</sup> *Proudhon P. Système des contradictions économiques*. Vol. 1. 1923. P. 283. — См. также мою статью «Прудон и современность» (1928. P. 537).

сложным коллективным субъектам (формируемым общими собственниками имущества) и основывающейся на связанности индивидуального права собственности социальным правом Целого.

Хотя собственность не всегда становится более гуманной в силу одного лишь факта принадлежности имущества «федералистскому» субъекту, однако из-за проникновения социального права организации непосредственно внутрь сферы собственности вся федералистская собственность *теоретически* оказывается ограниченной собственностью, а само это право становится зависимым от социального права, регламентирующего режим указанной собственности и делающего ее эффективной. Возможность свободной продажи принадлежащей отдельному лицу части, аккумуляирования нескольких таких частей в руках одного лица, возможность входа и выхода из организации без контроля с ее стороны (что стало обычным явлением для открытых акционерных обществ) в наши дни сводят указанную теоретическую связь до минимума. Обязанность личного трудового участия в соответствии с положениями устава, выдача работникам акций пропорционально отработанным ими на предприятии годам (и, следовательно, невозможность отчуждать или аккумуляировать в своих руках такие акции), внедрение в структуру сложного субъекта федералистской собственности представителей противоположных интересов (например, представителей потребителей и производителей и т. д.), наконец, запрет нормами устава на отчуждение объекта федералистской собственности без единогласного одобрения всех членов (индивидов и групп) данной организации — все эти положения так же, как и многие другие, в своей сущности несут возможность поведения до максимума интенсивности отношений собственности и ее внутренних ограничений. Подобные положения могут предусматриваться социальным правом, которое вытекает из основанной на федералистской собственности организации. В конечном счете современные формы кооперативной собственности (такие, которые можно наблюдать в потребительских кооперативах, созданных Рошдалем) представляют собой весьма наглядные примеры ограниченного характера федералистской собственности.

Нам кажется бесспорным, что имеющее место в рамках института федералистской собственности подчинение индивидуального права собственности социальному праву представляет собой не изменение к худшему (что имеет место в противоположном случае с ассоциациями доминирования), а усовершенствование оказавшегося в подчинении права, поскольку здесь режим собственности становится более гуманистичным и более проникнутым правом.

Регламентирующее отношения федералистской собственности чистое социальное право, используя право индивидуальное, в наши дни утверждает себя, как правило, в качестве социального права, подчиненного опеке государственного права и включенного в сферу частного права, особенно права коммерческого. Иначе и быть не могло, так как речь здесь идет о партикулярном социальном праве, служащем эгоистическим интересам рассмотренных выше групп собственников. Более чем понятным становится то, что проистекающее из обычая правило разрешения конфликта, сформулированное неорганизованным социальным правом первичной национальной общности,

в случае коллизии вместе с государственным правопорядком имеет решающее преимущество по отношению к чистому социальному праву, служащему для регламентирования крупных капиталистических производств, поскольку последние (преимущественно выступающие в форме открытых акционерных обществ) способны нанести наибольший ущерб общему интересу.

Однако ситуация кардинально меняется в том случае, если федералистская собственность и регулирующее ее социальное право оказываются связанными с глобальными экономическими организациями, выступающими в качестве действительной надстройки экономического сообщества в целом, которое в свою очередь представляет всеобщий национальный интерес во всех его необходимых аспектах. Поэтому лежащее в основе федералистской собственности социальное право должно было бы объединиться с общим и независимым экономическим социальным правом (охарактеризованным нами выше), которое интегрирует национальную экономическую организацию. Такое право было бы социальным правом *социалистического режима* федералистской собственности — режима, который является предпосылкой для утверждения организованного экономического социального права, выступающего в качестве независимого правопорядка, свободно входящего в коллизию с правопорядком государственным. Легко продемонстрировать, как два этих процесса — социализация путем организации национального экономического сообщества в независимый институт и социализация путем федерализации собственности — взаимно поддерживают друг друга и в плане юридическом совпадают в одном и том же режиме чистого и независимого социального права, примененного к экономической сфере.

Если бы федералистская собственность была применена к системе национальной экономической жизни, то сложный коллективный субъект<sup>82</sup> права собственности на средства производства был бы составлен из входящих в него на равноправных началах федераций производителей и потребителей, из всех профессий и отдельных потребительских союзов, из всех профсоюзов, региональных и местных кооперативов, из всех видов промышленного производства, из всех центральных и местных органов всех отраслей промышленности и т. д., наконец, из всех входящих в вышеназванные группы индивидов, каждый из которых был бы владельцем идеальных долей собственности и имел бы право на денежную компенсацию этой доли в случае выхода из соответствующей организации. Лишь взятая в своих крайних выражениях, лишь примененная к экономическому сообществу в целом, федералистская собственность была бы способна проявить всю силу, заложенную в теоретически возможном внутреннем преобразовании такой собственности. Это и было бы *социализацией*, поднявшей служащее основой для федералистской собственности чистое социальное право до уровня общего социального права, освободив его от подчинения опеке государственного права и включения в рамки частного права и приведя его к самоутверждению в качестве чистого и *независимого* социального права.

Чтобы суметь реализовать свои скрытые силы, не только федералистская собственность и соответствующее ей социальное право нуждаются в

<sup>82</sup> Гурвич Ж. Социализм и собственность // Revue de métaphysique. 1930. № 1.

наличии связи с представляющей собой противовес государству национальной экономической организацией, но и наоборот, сама эта экономическая организация нуждается в поддержке со стороны федералистской собственности с тем, чтобы быть в состоянии реально утвердить себя как порядок чистого и независимого права. Безусловное принуждение, которым располагает государство, реализуется с помощью столь мощной силы, чтобы один лишь организованный порядок социального права в национальной жизни смог бы эффективно заставить принимать во внимание свою независимость и равнозначность без опоры на не менее эффективную форму права. Таковую силу независимое социальное право Церкви находит в религиозной вере, служащей поддержкой этому праву. Социальное право экономической организации должно обретать поддержку своей независимости в федералистской собственности. Само право в целом оказывается бессильным без тех элементарных питательных сил, которые поддерживают его и способны направлять и гуманизировать право, при этом не уничтожая его. Плюрализм множества равнозначных правопорядков, которые взаимно ограничивают и формируют противовесы друг для друга, оказывается возможным, только если в его основе заложена система равновесия соответствующих социальных сил, таких, как сила безусловного принуждения, сила федералистской собственности и т. д. Чистое социальное право глобального экономического механизма может стать способным к организации системы национального производства и утвердить свою независимость по отношению к государству только в союзе с правом, регламентирующим режим федералистской собственности. Союз этих двух проявлений социального права придаст бы действительности чистого и независимого социального права организованного экономического сообщества особую интенсивность.

Изучение положения, которое занимает в правовой действительности чистое социальное право, регламентирующее режим федералистской собственности, привело нас к выводу о том, что в наши дни такое право самоутверждается в качестве права, подчиненного опеке государственного права и включенного в сферу частного права, тогда как в условиях социалистического режима это же право могло бы принять форму чистого и независимого права. Нас интересует в данном перечислении видов социального права как раз констатация того, что для познания и конструирования такого типа собственности, как «федералистская собственность», в своей партикулярной форме ставшей соответственно основой режима собственности современного капитализма (который вошел в стадию организованного капитализма), необходимо прибегнуть к идее социального права. *Юридический индивидуализм демонстрирует свою полную неспособность* не только понять юридический смысл проблемы социализма, но даже *просто уловить современные формы капиталистической собственности как таковой*. И необходимо было вмешательство такого выдающегося теоретика социального права, как Отто фон Гирке, для того чтобы впервые суметь объяснить правовую структуру краеугольных камней современного капиталистического режима — таких как открытые акционерные общества или командитные товарищества; причем все направления современного коммерческого права явно или в скрытой

форме используют теоретические конструкции Гирке. Здесь в новом аспекте проявляется важность идеи социального права для осознания современной правовой действительности не только в ее реформаторских тенденциях, но и в тех сферах, которые являются наименее подверженными изменениям.

*В. Аннексированное государством,  
но остающееся автономным  
социальное право*

Аннексированное государством, но остающееся автономным социальное право занимает промежуточное положение между чистым социальным правом и социальным правом, конденсированным в государственный правовой порядок. Аннексированное социальное право является автономным правом интеграции социальных групп, которое поставлено на службу государственному правопорядку (в сферу которого аннексированное социальное право инкорпорировано в силу своего назначения). Такая инкорпорация аннексированного социального права в государственное право отнюдь не идентична ни растворению данного права в указанном правовом порядке, ни трансформации соответствующей социальной группы непосредственно в орган государства. Аннексированное социальное право сохраняет определенную автономию, а его обязывающая сила отнюдь не основывается на делегированной государством власти; та социальная группа, отношения в рамках которой регулирует названное право, утверждает себя как субъект права, отличный от государственного аппарата. Процесс аннексирования автономного социального права государственным правовым порядком полностью отличен от простого подчинения государственному праву в случае коллизии норм, как это имеет место в случае с чистым социальным правом, включенным в сферу частного права.

Аннексирование социального права лишает это право такого его качества, как чистота. Оно ставит социальную власть аннексированной группы на службу принудительной власти государства и находящегося в распоряжении государства безусловного принуждения. Поэтому автономное социальное право, аннексированное государством, более не является правом общества: в конфликте государства и общества оно оказывается по ту сторону барьера — вместе с государством, а не с обществом. Это не мешает аннексированному социальному праву отстаивать в рамках государственного правового порядка определенные тенденции к децентрализации и, таким образом, изнутри формирует систему равновесия такого правового порядка.

Аннексирование автономного права интеграции государственным правовым порядком с внешней стороны проявляется во включении этого права в сферу публичного права — права, наделенного привилегиями со стороны государства. Возвышение до ранга публичного права распространяется как на аннексированное социальное право, так и на регулируемую этим правом социальную группу, которая отныне признается в качестве «юридического лица в рамках публичного права» или, согласно французской юридической терминологии, — «публичным учреждением» (в некоторых конкретных случаях — «учреждением публичного интереса»); мы считаем, что такое привилегированное положение является настоящим «троянским даром» для автономии права.

Как очень удачно отметил немецкий правовед Х. Розин, посвятивший специальное исследование этой проблематике,<sup>83</sup> сущность публичных учреждений заключается в налагаемой публичным правом государства обязанности для этих учреждений осуществлять свою автономию в интересах государства; «публичный» характер подобных ассоциаций произведен не от преследуемой ими цели, а от существующей для них обязанности реализовать данную цель в интересах государства.<sup>84</sup> Весьма эффективный контроль со стороны государства над реализацией такими юридическими лицами своей автономии является непосредственным следствием тех обязательств по отношению к государству, которые данные юридические лица принимают в силу их создания в рамках публичного права.

Тогда как для сферы частного права и для действующего в его рамках чистого социального права контроль со стороны государства сводится к воспрещению неправомерных действий, такой же контроль в отношении юридических лиц публичного права и учреждающего их аннексированного социального права заходит значительно дальше: он вмешивается в сам процесс осуществления автономии и вторгается в действия соответствующей социальной власти. Здесь государство всегда обладает правом приостановить или аннулировать решения рассматриваемых публичных учреждений (например, путем лишения властных полномочий), отстранить от должности их руководителей, контролировать использование бюджета и т. д. К этим возможностям зачастую добавляются право государства утверждать результаты выборов руководителей этих учреждений либо избирать их из представленного в определенный государственный орган списка и, более того, право действовать за такое публичное учреждение в случае его неудовлетворительного функционирования.<sup>85</sup> Режим строгого контроля, которому подчинены институты местного самоуправления (коммуны, муниципалитеты, окружные советы и т. п.), проявляет тенденцию к распространению на все ассоциации публичного права.

Автономия аннексированного государством социального права в силу своей природы всегда очень ограничена и несравненно менее эффективна по сравнению с социальным правом, включенным в сферу частного права (режим автономии чистого и независимого социального права, безусловно, еще намного более эффективен). Степени подобной автономии аннексированного государством социального права могут существенно дифференцироваться в зависимости от интенсивности самого аннексирования; различия в интенсивности порождают иерархию видов социального права, которую мы и будем рассматривать далее. Эффективность режима автономии аннексированного социального права зависит также и от государственного режима, в правопорядок которого инкорпорирован рассматриваемый нами вид права. Имеющая совершенно фиктивный характер в условиях диктаторского режима (например, в фашистской Италии или в большевистской России, где злоупотребляют юридическими свойствами аннексированного социального права; возведенные в ранг публичного права организации такого права оказываются

<sup>83</sup> *Rosin H. Das Recht der öffentlichen Genossenschaften. 1886.*

<sup>84</sup> *Ibid. S. 19 et suiv. — См. также: Hauriou M. Précis de droit administrative. 10-e éd. 1921. P. 27–28, 304 et suiv., 770 et suiv.*

<sup>85</sup> *Rosin H. Das Recht der öffentlichen Genossenschaften. S. 103–117.*

здесь полностью лишены автономии), такая автономия может бережно сохраняться в условиях действительно последовательного демократического режима. При этом не следует забывать, что вследствие налагаемого на юридическое лицо публичного права в силу самого его существования обязательства осуществлять свою автономию в интересах государства аннексированное социальное право (даже если оно аннексировано совершеннейшим демократическим государством) во всех случаях остается пленником безусловного принуждения государства, которое оно вынуждено использовать.

Однако аннексированное социальное право ни в коем случае не может рассматриваться как противовес этатизму, используемому взамен чистого социального права и особенно взамен чистого и независимого социального права. Подобное положение вещей упускалось из вида рядом теоретиков социального права ранее, упускается и в наше время. В частности, это произошло со всеми слишком яркими сторонниками обязательного и принудительного вступления в профсоюзы, пропагандистами трансформации промышленных объединений в автономные и децентрализованные публичные институты, теоретиками «профессионального государства» или государства, федерализированного по функциональному признаку, и т. п. В основе всех этих проектов заложена идея (как правило, неосознанная) инкорпорации всего социального права в государственный правопорядок. Сторонники такой идеи непроизвольно уходят от наиболее глубоких проблем, поставленных идеей социального права, и не замечают наиболее эффективных таинственных сил этого права, его наиболее ценных и заманчивых предпосылок, которые обнаруживают тенденцию развития к плюрализму взаимоограничивающих друг друга правопорядков.

Правовая структура аннексированного государством социального права, возведенного в ранг публичного права, демонстрирует, в частности, полную неспособность к разрешению проблемы «социализации без этатизации», поскольку само это право поставлено на службу государству и контролирует переход права собственности на средства производства. Еще хуже то, что при применении к институтам спонтанных общностей (таких, как профессиональные союзы, коллективные трудовые соглашения и т. п.) аннексированное социальное право несет непосредственную угрозу свободе и независимости этих институтов (например, праву на забастовку) так же, как и индивидуальной свободе (например, праву на выбор профсоюза либо на отказ от вступления в какой-либо профсоюз) и может принять более устрашающий облик, чем простой этатизм.<sup>86</sup>

Чтобы понять сущность аннексированного, но остающегося автономным социального права, необходимо прибегнуть к идее чистого социального права, всего лишь один из секторов которого и представляет аннексированное право. Без помощи данной идеи было бы невозможно отличить автономное публичное учреждение от располагающего лишь делегированной властью государственного

---

<sup>86</sup> См. критику, которую мы адресуем «децентралистскому коллективизму» и «экстремистскому синдикализму» в работе «Идея социального права и современность», главы I–II части второй и в цитированной выше статье «Социализм и собственность» (*Revue de métaphysique*. 1930).

органа. Вот почему проблемы местного самоуправления, децентрализации управления, равно как и федерализма в политическом устройстве, всегда являлись непреодолимой трудностью для юридического индивидуализма и его тени — этатизма. Многочисленные виды аннексированного государством социального права, которые мы перечислим чуть ниже, представляют собой, по нашему мнению, новое подтверждение важности идеи социального права так же, как и адекватной концепции правовой действительности.

Перед тем как начать такое перечисление, мы полагаем необходимым сделать еще одно замечание.

Не существует абсолютно необходимой связи между аннексией автономного социального права со стороны государства и санкционированием такого права путем безусловного принуждения, недобровольным и принудительным характером соответствующей организации. Даже в тех не столь частых случаях, когда закрепляется право свободного выхода из организации, а само формирование этой организации не является обязательным, инкорпорация аннексированного социального права в государственный правопорядок все равно имеет место быть, как показывает пример сберегательных касс и обществ взаимопомощи, за которыми признается некоторая общественная значимость, свободных объединений владельцев земельных участков на берегах рек, объединений коммун во Франции и Германии и т. д. Подобные объединения свободных социальных групп пользуются определенными привилегиями (например, осуществление финансовых операций с иными организациями и их членами с помощью административных органов государства), а их автономия оказывается подчиненной такому же строгому контролю со стороны государства, как и в отношении других юридических лиц публичного права.

В большинстве случаев аннексия социального права заходит еще далее и проявляется в недобровольном характере той организации, вхождение в которую является обязательным и из которой невозможно выйти по своему усмотрению. Подобный обязывающий характер автономных публичных образований может проявляться двумя различными способами: либо включением в непосредственно принудительной форме всех заинтересованных лиц в такое образование по критериям, установленным законом, решением административного органа или требованием одного из заинтересованных лиц (местное самоуправление, организации социального страхования в Германии, а по новейшему законодательству — для некоторых категорий работников также и во Франции, созданные в целях выполнения общественных работ определенные разновидности объединений собственников, профессиональные союзы в Советской России и т. д.), либо формированием подобного образования по инициативе большинства заинтересованных лиц при обязанности меньшинства принимать участие в деятельности данной организации (социальное страхование во Франции, объединения владельцев путей речного сообщения в Пруссии, существующие проекты создания единых и обязательных профсоюзов и монополии гильдейских промышленных организаций и т. д.).<sup>87</sup> В обоих случаях

---

<sup>87</sup> Существующая в фашистской Италии разновидность обязательного профсоюза, навязываемого большинству представителей определенной профессии по требованию заинтересованного

уже отсутствует возможность свободного выхода из организации, а социальное право, аннексированное государством, оказывается санкционированным безусловным принуждением последнего. Подобное положение вещей со всей очевидностью указывает на полную этатизацию аннексированного социального права, несмотря на его автономию.

В современной правовой действительности можно наблюдать все большее число проявлений аннексированного социального права. В частности, это объясняется тем, что становящееся неизбежным с экономической точки зрения вмешательство государства в защиту интересов слабых и обездоленных за счет давления все возрастающей активности спонтанных объединений работодателей и работников вынуждено принимать форму обязательной «синдикализации» заинтересованных лиц. Единственное, чего нельзя здесь упускать из виду, — то, что указанная форма является лишь новой формой государственного вмешательства.

Государство, борясь с рядом равноправных по отношению к нему правопорядков (которые пытаются лишить государство его пресловутой правовой монополии и понемногу преуспевают в этом), там, где есть возможность, прибегает к крайней мере — аннексии некоторых из конкурирующих с ним правопорядков с тем, чтобы перевести их в разряд союзников и заставить служить делу государства. Как только посредством указанных процессов государству удастся уничтожить конкурирующие правопорядки (что имеет место в современных диктаторских режимах, в частности в фашистской Италии), то в большинстве случаев государство таким способом сразу переходит к созданию в своей собственной структуре ряда посреднических образований, способных служить буфером для предотвращения слишком серьезных столкновений между ним и независимыми, отделенными от государства организациями, которые находятся в стадии формирования и все более утверждаются в качестве юридического противовеса по отношению к государству.

Подвергнем по возможности наиболее краткому анализу основные проявления аннексированного социального права.

1. *Право местного самоуправления.* Наиболее распространенной формой аннексированного социального права, игравшей на протяжении длительного времени значительную роль в функционировании современных государственных правопорядков, является право местного самоуправления — органов децентрализованной локальной системы управления. Представляя собой социальные группы, местные органы власти, коммуны, муниципалитеты, окружные советы и департаменты и т. д. в той степени, в которой они сами осуществляют властные функции в режиме административной децентрализации, бесспорно, они являются действительными социальными тотальностями, которые регулируются собственным правом интеграции, порождаемым непосредственно локальными группами. Всякая попытка понять юридическую сущность органов децентрализованной местной администрации без опоры

---

меньшинства (1/10 части), является промежуточной между двумя упомянутыми видами публичных образований (см. ст. 2 Закона от 3 апреля 1926 г. «О правовом режиме коллективных трудовых отношений» и весьма четкую и удачную характеристику общей ситуации в корпоративной и профсоюзной сферах в условиях фашистского режима в работе Герхарда Лейбхольца (*Leibholz G. Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts.* 1928. S. 19 usw.)).

на идею их собственного автономного права, устанавливающего режим осуществляемой этими органами социальной власти (сравнимой с властью государства), также обречена на провал.

Поскольку так называемые юридические теории местного самоуправления, в действительности являющиеся этатистскими, пытались обосновать властные полномочия децентрализованных органов управления через делегацию прав со стороны государства (особенно теории немецких ученых Лабанда, Еллинека,<sup>xxxI</sup> Отто Майера и др.), то им никогда не удавалось объяснить, чем же этот вид «юридических лиц публичного права», реализующих государственно-властные правомочия, отличается от бюрократических органов государства. Эти теории никогда не могли указать на отличительные черты структуры децентрализованных органов власти, а именно на такую их характерную особенность, как открытость населению, наличие выборной организации и относительную независимость этих органов от государства, которое хоть и осуществляет контроль, но не действует непосредственно через них. Так называемые политические или телеологические теории местного самоуправления, которые как раз и делают акцент на вышеназванных отличительных чертах, обычно не могли закрепить эти черты в юридических конструкциях и дать им правовое обоснование. Подобное конструирование и подобное обоснование возможны только посредством идеи аннексированного социального права.

Образующееся непосредственно из локальной социальной группы автономное право интеграции, как и все социальное право в целом, прежде всего представляет собой неорганизованное право основополагающей объективной общности; оно может обрести адекватное выражение только в рамках равноправной ассоциации сотрудничества, основанной на данной общности, а не в рамках ассоциации доминирования, навязываемой извне. Юридическая автономия локальных социальных групп, которые порождают свое собственное социальное право, не может не иметь более или менее демократической формы — эта форма и является неотъемлемой чертой всей системы самоуправления. И не напрасно первая глубокая научная теория местной административной децентрализации была сформулирована Кондорсе,<sup>xxxII</sup> теоретиком демократии, который помимо всего прочего играл определенную роль в истории идеи социального права.<sup>88</sup> Кроме того, все относительно удовлетворительные научные конструкции местного самоуправления, по общему правилу, были сформулированы представителями доктрины социального права (особенно Р. Молем, Л. фон Штейном, О Гирке, М. Ориу).

Разумеется, автономное социальное право, порожденное непосредственно локальными группами и господствующее в органах местного децентрализованного управления, является не чистым социальным правом, а аннексированным государством социальным правом. Государственный правопорядок возводит органы местной власти в ранг учреждений публичного права, навязывает им обязанность служить своей автономной властью интересам государства и подчиняет право интеграции этих образований весьма интенсивному контролю, хорошо знакомому нам из приведенного выше описания.

<sup>88</sup> См. ниже: «Промежуточные заметки» между частями второй и третьей настоящей книги.

Подобная аннексия автономного социального права *локальных групп* государственным правом абсолютно нормальна. В силу того что государство является преимущественно *территориальной* организацией, осуществляющей прежде всего охрану порядка и регламентацию социального общежития, оно не может сосуществовать на одной и той же территории с автономными *локальными* группами, не инкорпорируя их в структуру своего правапорядка путем аннексирования.

Совершенно по-другому данная проблема ставится применительно к автономному социальному праву *нетерриториальных* групп: профессиональных или иных. Как нам известно, здесь аннексия отнюдь не является необходимостью. Вместе с тем она осуществляется в большинстве случаев, которые мы собираемся перечислить.

2. *Автономное право профессиональных объединений, участие в которых является обязательным, и привилегированных «сословий».* История дает нам два весьма характерных примера аннексии государственным правом автономного социального права не территориальных групп: а) в первую очередь это получившие организованную форму независимо от государства и давшие начало возникновению чистого социального права как в Риме республиканской эпохи и эпохи Цицерона, так и в средневековой Европе с XI по XIV в. (в особо интенсивной форме) профессиональные объединения, ремесленные союзы и мастерские, цеха и гильдии и т. п., которые впоследствии были аннексированы императорским Римом и консолидированным (начиная с XV в.) территориальным государством. Ставшие постепенно обеспеченными принудительной силой и закрытыми организациями, трансформировавшиеся в звенья государственного порядка, эти группы и их автономное социальное право незаметно угасали; они едва-едва существовали в период распада Римской империи и в Европе XVIII в., когда революция нанесла им последний удар.<sup>89</sup> Подобный урок истории во всяком случае должен быть принят во внимание в связи с известным экспериментом фашизма и большевизма: аннексия государством профессиональных объединений в обоих случаях (при довольно различных условиях) рано или поздно приводит к разрушению самого этого института. Вероятно, подобные примеры послужат предупреждением для слишком рьяных сторонников обязательного членства в профсоюзах и профессионального государства...

Хотя некоторые из оставшихся аннексированных государством обязательных профессиональных объединений можно было наблюдать в ремесленных организациях Германии, Австрии и России перед революцией, их автономное существование всегда было эфемерным. Более реальной была корпоративная жизнь некоторых обязательных организаций, навязанных государством определенным свободным профессиям, в частности членам коллегий адвокатов и т. д., однако их положение имеет свою специфику.

Другой пример аннексированного государством социального права дает история привилегированных «сословий», в частности дворянства, которое не только в эпоху «Генеральных Штатов» во Франции, но и в таких странах,

<sup>89</sup> *Saint-Léon M.* Histoire des corporations de métiers. 3-e éd. 1922. P. 14–15, 373 et suiv., 517 et suiv., 615 et suiv.

как, например, Россия, Пруссия, Австрия, вплоть до революции осуществляло корпоративное самоуправление, хотя и поставленное на службу государству и под его контроль.

3. *Право ассоциаций профсоюзов в рамках публичного права, учрежденных в общественно полезных целях.* Другой пример аннексированного государством автономного социального права нетерриториальных групп представляют многочисленные отраслевые ассоциации собственников, учрежденные «для выполнения общественно значимых работ» (в частности, синдикаты собственников водоемов, лесов, шахт и т. п., в большинстве случаев носящие обязательный характер), «кассы взаимопомощи и кредита, признаваемые в публичном интересе», особенно «организации социального страхования» от болезней, производственных травм, безработицы, и, наконец, новый институт «государственного кооперативного предприятия» — кооперативов, навязываемых сверху волей государства.<sup>90</sup> Все эти группы регулируются собственным автономным социальным правом и осуществляют самоуправление; например, в организациях социального страхования застрахованные служащие, работодатели так же, как и рабочие, которые обязаны вносить страховые взносы, участвуют на паритарной основе в выборах и в представлении своей социальной группы в органах управления данной организации. Большинство подобных организаций носят принудительный характер, а их аннексированное социальное право во всех случаях оказывается подчиненным жесткому контролю со стороны государства, которое может отменять решения данного органа социальной власти и действовать вместо него.

То, что характеризует весь этот ряд аннексированных государством автономных образований, — это их связь с режимом частной собственности на землю или основные средства производства; сами по себе они представляют собой определенный способ использования частного права в целях права публичного. Данный вид аннексии автономного социального права весьма рационален и играет немаловажную роль в условиях капиталистического режима. Однако в условиях иного экономического режима, например социалистического, реализуемого независимой экономической организацией, утверждающей себя как владелец средств производства на титуле федералистской собственности, большинство аннексированных государством групп утратили бы сам смысл своего существования<sup>91</sup> и должны были бы войти в качестве составных частей в чистый и независимый социальный правопорядок организованного экономического сообщества.

С тем чтобы избежать неправильного понимания наших тезисов, отметим, что в качестве примеров аннексии государственным правом чистого социального права ни в коем случае нельзя рассматривать все более частые случаи (в Германии, Австрии, Чехословакии и т. д.), когда законодательный акт государства в обязательном порядке учреждает заводские советы на частных предприятиях и таким образом организует участие работников в

<sup>90</sup> По поводу данного института см.: *Lavergne B. Les régies coopératives. 1927.*

<sup>91</sup> Здесь должно быть сделано исключение для «государственных кооперативных предприятий» как организационной формы, специально адаптированной для осуществления децентрализованных публичных функций государства.

управлении предприятием.<sup>92</sup> Государственное вмешательство происходит здесь исключительно для того, чтобы воспрепятствовать индивидуальному праву (на котором и зиждется режим собственности владельцев предприятия) поработить и уничтожить проявление чистого социального права рассматриваемого предприятия. Подобное вмешательство лишь освобождает социальное право от искажения индивидуальным правопорядком, но в силу такого вмешательства аннексии этого права государством не происходит. Автономное право некоего завода, реализуемое посредством обязательного участия работников, все же остается свободным — это чистое социальное право, проявляющее тенденцию к независимости в силу того, что заводы отвергают себя как будущие ячейки организованного экономического сообщества, чей правопорядок по своей значимости равносителен государственному правопорядку, по отношению к которому правопорядок данного сообщества выступает в качестве правопреемника и для которого этот правопорядок может служить противовесом. Однако невозможность определить данные частные предприятия (чей правовой режим смягчен обязательными заводскими советами) как учреждения публичного права ясно указывает на то, что здесь не ставится вопрос об аннексии их автономного права, которое остается чистым социальным правом.

4. *Право, регламентирующее деятельность органов, осуществляющих децентрализованные публичные функции.* Четвертый тип аннексированного государством автономного социального права представлен внутренним правом «органов, осуществляющих децентрализованные публичные функции» (Л. Дюги), или, в другой терминологии, правом «осуществления специальных децентрализованных управленческих функций автономными публичными образованиями» (М. Ориу). К органам, осуществляющим децентрализованные публичные функции, относятся государственные органы, выполняющие чисто технические функции (например, почтовые или телеграфные учреждения, образовательные учреждения, библиотеки, больницы и т. д.), которые наделены только правомочиями на управление собственной деятельностью, но не на административно-властное воздействие. Децентрализация таких органов состоит в том, что они признаются в качестве отделенных от государства юридических лиц, а их внутриорганизационная сфера регламентируется согласно принципам самоуправления, осуществляемого членами этих учреждений, а иногда и пользователями услуг данных учреждений. В данном правовом режиме оказываются децентрализованными следующие органы, осуществляющие публичные функции: больницы и хосписы, службы поддержки и благотворительности, коммерческие и промышленные палаты, университеты.<sup>93</sup> Участие в профсоюзной деятельности государственных служащих и злоупотребления вследствие слишком прямолинейной административной централизации поставили общую проблему децентрализации системы органов, осуществляющих публичные функции, и заставили некоторых правоведов сделать вывод о том, что демократическое государство все

<sup>92</sup> См. изложение данной проблемы в нашей работе «Идея социального права и современность», глава III части первой.

<sup>93</sup> По данному вопросу см.: *Hauriou M. Précis de droit administratif*. 10-e éd. P. 312 et suiv.

более и более становится «кооперацией децентрализованных публичных функций, организованных и контролируемых представителями власти».<sup>94</sup>

Нет никакого сомнения в том, что внутреннее право органов, осуществляющих публичные функции, является автономным социальным правом, интегрирующим всю совокупность публичных функций и образующимся непосредственно из данной целостности. Процесс демократизации публичных функций является триумфом социального права, соответствующего лежащей в основе указанной целостности объективной общности; такой процесс трансформирует данное социальное право в ассоциацию равноправного сотрудничества, связанную со своей инфраструктурой и проникнутую своим правом. Невозможно сформулировать в юридических конструкциях и постичь истинный смысл такого важного и неотъемлемого института социальной жизнедеятельности, как институт децентрализованных публичных функций, не прибегнув при этом к идее социального права.

Однако в силу того, что автономное социальное право служит основой для подобной функциональной децентрализации, оно, разумеется, является аннексированным государством социальным правом, а поскольку речь идет об исполняющих технические функции государственных органах, то такая аннексия протекает здесь более интенсивно, чем во всех проанализированных выше случаях. Так как органы, осуществляющие публичные функции, являются «винтиками» машины государственной власти, то в силу этого они участвуют в процессе осуществления данной власти;<sup>95</sup> причем автономное социальное право таких органов не только аннексируется государственным правопорядком, но и напрямую вводится в конституционное право соответствующего государства. Непосредственным результатом этого является бо́льшая, по сравнению с местным самоуправлением, степень интенсивности контроля со стороны государства. Поэтому автономное социальное право децентрализованных органов, осуществляющих публичные функции, является в высшей степени *этатизированным* социальным правом. Следовательно, нет ничего более ошибочного, чем взгляд на социальное право как на ограничение *этатизма*, — оно делает этатизм более гибким и более адаптированным к конкретным обстоятельствам, но неспособно бороться с гипертрофией этатизма.

Децентрализованные органы, осуществляющие публичные функции, образуют в рамках государственно-властной организации ряд очень ценных систем равновесия, особенно в том случае, когда *государство в одно и то же время имеет противовес* в лице негосударственных организаций и порядков, которые конкурируют с государством и оказываются равноправными с ним в их юридической значимости; однако сами эти органы всего лишь вносят свой вклад в консолидацию этатизма и никоим образом не выходят за его пределы.<sup>96</sup> К сожалению, именно это зачастую и забывали многие из современных мыслителей, и в частности теоретики «децентрализованного коллективизма»,

<sup>94</sup> *Duguit L. Traité de droit constitutionnel. 2-e éd. Vol. 2. P. 54.*

<sup>95</sup> *Hauriou M. Précis de droit administratif. P. 304, 27.*

<sup>96</sup> См. очень ценные замечания М. Ориу по поводу противоречий в концепции публичных функций Дюги и Жезе в предисловии к последнему изданию его труда «*Précis de droit administratif*» (1927. P. VII–XV).

которые думают победить этатизм путем создания промышленных предприятий в режиме автономных органов, исполняющих публичные функции, но приходят лишь к возведению этатизма на вершину триумфа в обновленной форме.

5. *Дисциплинарное право.* Дисциплинарное право также должно рассматриваться как проявление аннексированного государством автономного социального права. Это право, которому подчинены государственные служащие, так же, как и выработанное внутренними регламентами коллегиальных государственных органов право (особенно регламенты палат парламента), очень сильно приближено к описываемому нами типу права.

Дисциплинарные санкции, которым подвергаются служащие на протяжении службы и которым они могут воспротивиться путем ухода со службы, немного походят как на карательные санкции уголовного права, так и на простые проявления дискреционной власти администрации предприятия. Дисциплинарный проступок по своей природе отличается от уголовно наказуемого деяния — не всегда уточняется, в чем же такой проступок заключается, и он остается проступком только при условии, что служащий остается на своей должности. Речь здесь идет не о метаюридической и дискреционной оценке поступка со стороны руководителя, а о нарушении правовой нормы, предписанной и сформулированной в ходе процедуры дисциплинарного производства, которое чаще всего поручается специальным комиссиям, а они и осуществляют такое производство.<sup>97</sup>

Итак, единственный способ понять юридическую природу дисциплинарного права — это предположить, что речь здесь идет о нарушении правовой нормы автономного права, проистекающего непосредственно из Целого, которое концентрируется в органе, осуществляющем публичные функции, или, более общими словами, — в государственном органе, регулирующем внутреннюю жизнь социальной группы и интегрирующем в рамках группы ее членов. Французский ученый Рожер Боннар в опубликованной в 1930 г. работе продвигался в данном направлении и охарактеризовал дисциплинарное право как автономное уголовное право латентных функциональных группировок в структуре государственных органов.<sup>98</sup> Позднее Морис Ориу, расширяя данную проблематику, признал дисциплинарное право одним из конститутивных элементов правовой структуры любого «института» в целом.<sup>99</sup> Наконец, ряд правозащитных различными путями пришли к тому же выводу.<sup>100</sup>

Так как дисциплинарное право связывается с автономным социальным правом, возникающим в недрах государственных органов, становится понятным,

<sup>97</sup> Ср. общую характеристику дисциплинарного взыскания у Р. Боннара (*Bonnard R. De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics. 1903. P. 28 et suiv., 50 et suiv., 78 et suiv.*) и у Гастона Жезе (*Jeze G. Les principes fondamentaux du droit administratif. 3-e éd. Vol. 2. 1926. P. 87 et suiv.*).

<sup>98</sup> *Bonnard R. De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics. P. 15 et suiv., 107 et suiv., 152 et suiv.*

<sup>99</sup> *Hauriou M. L'institution et le droit statutaire. 1906* (отрывок из «Recueil législatif de Toulouse»).

<sup>100</sup> Ср.: *Duguit L. Les transformations du droit public. 1912. 2-e éd. 1921. P. 117–121; Preger H. Die Disziplinarstrafe // Archiv für öffentliches Recht. Bd. 2; Lehmann L. Disziplinarstrafe // Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft. Bd. 22; Таль Л. С. Трудовой договор. Т. 2. 1918. С. 163–184.*

что обеспечивающая достаточную гарантию прав работников и поистине демократизированная организация процедуры наложения дисциплинарного взыскания есть не что иное, как триумф социального права, соответствующего лежащей в основе данной организации объективной общности, проникнутой названным правом.

Не менее ясно и то, что служащее основой для дисциплинарного права, распространяющего свое действие на служащих публичных органов, автономное социальное право является правом, весьма интенсивно аннексированным государственным правопорядком и сильно этицизированным в силу того, что данное право интегрирует те тотальности, которые относятся к непосредственным органам государства.

Аналогичные выводы применимы и к праву, выработанному автономными регламентами, определяющими внутреннюю жизнь государственных коллегиальных органов, особенно палат парламента. Известна та большая роль, которую регламенты палат парламента играют в конституционной жизни того или иного государства, не вторгаясь напрямую в рамки законодательного процесса и будучи способными на изменение в силу одного лишь голосования данного законодательного корпуса без какой-либо дополнительной процедуры. Нам кажется бесспорным, что речь здесь идет об автономном социальном праве, проистекающем непосредственно из той или иной тотальности для регулирования ее внутренней жизнедеятельности. Данное автономное право интеграции аннексируется государственным правопорядком, поскольку оно регламентирует деятельность органов государства.

6. *Регламентирующее «профессиональное представительство» право, понимаемое как способ формирования государственных органов.* «Профессиональное представительство», или в более широком смысле — «социальные образования» (в той степени, в какой речь идет о процессах формирования государственных органов), представляет собой особый тип аннексии автономного социального права социальных групп государственным правопорядком. На описании различных видов профессионального представительства и демонстрации того факта, что это представительство может рассматриваться как выражение чистого социального права исключительно в силу того, что оно служит основой для формирования полностью не зависимых от государства образований, являющихся для него противовесами, мы остановимся более детально в другой книге, являющейся продолжением данной работы.<sup>101</sup>

Здесь же нам достаточно только запомнить, что определенная профессиональная или иная группа, ставшая по указанию государственного правопорядка электоральным корпусом для формирования государственных органов, в силу этого также становится «винтиком» механизма организации государства и его безусловного принуждения: в противостоянии государства и общества она становится на сторону государства, а не общества. Таким образом, автономное право интеграции профессиональной группы, превращенной в электоральный корпус государства, для нас бесспорно является правом, в высшей степени аннексированным и этицизированным. И не только интегрируемая им группа ставится на службу интересам государства и

<sup>101</sup> Гурвич Ж. Идея социального права и современность (глава III части первой (Париж, 1931)).

подчиняется его жесткому контролю, но также принадлежащее этим группам право выбора, оценки взаимодополняющих ценностей этих групп, право выбора способа формирования, количественных пределов членства в группах и т. д. — все это зависит от властного решения государства и его закона.

Все это слишком часто забывали и забывают некоторые теоретики социального права, верящие в возможность найти решение всех проблем в организации представительства социальных образований в рамках системы государства. Они не замечают того, что разговор здесь идет лишь о совсем незначительном секторе социального права: аннексированном государством социальном праве. Такое право способно (как в случае децентрализации посредством создания осуществляющих публичные функции органов и посредством местного самоуправления) служить устройству внутри государственного правопорядка определенных систем равновесия, но оно ни в коем случае не может служить пределом и противовесом для этатизма. Весь комплекс проблем чистого и независимого социального права и юридического плюрализма остается полностью за пределами умственного горизонта этих теоретиков.

7. *Право национальных меньшинств.* Необходимо указать на совершенно новый тип автономного социального права, аннексированного государственным правопорядком, — на право национальных меньшинств, защищенных мирными договорами и подчиненных режиму этих договоров государственное законодательством. В случае волеизъявления со стороны достаточного числа членов таких национальных меньшинств они конституируются в организованные группы, которые самостоятельно осуществляют самоуправление в том, что касается их национальной культуры. Речь здесь, несомненно, идет о проявлении автономного права интеграции, проистекающего из «целостности» не доминирующей национальности и обретающего организованное выражение. Но это право аннексируется государственным правопорядком, которое возвышает организации национальных меньшинств в ранг публичных учреждений и посредством данной привилегии навязывает им обязательство служить интересам государства и подчиняться его жесткому контролю. Однако результаты такой аннексии оказываются ослабленными в силу тех гарантий, которые международное право предоставляет этим меньшинствам, не только навязывая заинтересованным государствам обязанность издавать специальные законы, защищающие меньшинства и облегчающие организацию их самоуправления, но и рассматривая национальные меньшинства как субъектов международной «опеки», которая может возыметь действительность посредством запроса другого государства — члена Совета Лиги Наций, адресованного Совету.<sup>102</sup>

Здесь, однако, встает вопрос о частичной международной правосубъектности организованных национальных меньшинств, что позволяет видеть в данном институте (хотя и остающемся вплоть до наших дней скорее в состоянии теории, чем эффективной реализации на практике) путь к функциональной дифференциации государства, в котором национальные меньшинства формировались бы как государства-члены.

<sup>102</sup> Ср.: *Mandelstam A.* La protection des minorités (Лекции, прочитанные в Гаагской академии). 1923. P. 366–515; *Вишняк М. В.* Защита прав меньшинств (применительно к международным договорам 1919–1920).

В данном месте исследования для нас важно констатировать абсолютную невозможность постижения правовой структуры института самоуправляющихся и защищенных международным сообществом национальных меньшинств без опоры на идею социального права — автономного, хотя и аннексированного государственным правопорядком социального права.

Наконец, в качестве отдельного проявления автономного социального права, инкорпорированного государством в рамки своей организации, необходимо указать конституционное право федеративного государства, независимо от того, осуществляется ли федерализация по территориальному или функциональному признаку. Но поскольку в данном случае аннексируемые правопорядки сами образуют государства, т. е. формируют порядок конденсированного в государстве социального права (только тогда, когда речь идет о демократических государствах), мы обсудим названный вид взаимной аннексии путем анализа последнего типа социального права.

### *Г. Конденсированное в государственный правопорядок социальное право*

Сущностным признаком государственного правопорядка является не верховенство над иными правопорядками (юридический суверенитет или даже «верховная компетенция» (вид «абсолютного суверенитета»)), а исключительно монополия на безусловное принуждение в пределах собственной компетенции государства<sup>xxxiii</sup> (относительный «политический суверенитет»).<sup>103</sup>

Пределы государственно-властных полномочий, в которых государство может осуществлять свою монополию на безусловное принуждение, определяются иными негосударственными правопорядками, в случае коллизии имеющими приоритет над правопорядком государства: с одной стороны, это международный правопорядок, определяющий те условия, которым должно соответствовать государство для того, чтобы быть признанным в качестве такового, разграничивающий «собственную сферу» государства и ту сферу, которая подпадает под компетенцию вышестоящих международных организаций; с другой стороны, это чистое и независимое социальное право, притекающее из первичного и сверхфункционального международного сообщества и определяющее пределы компетенции политического национального

<sup>103</sup> См. подробное изложение современных доктрин по поводу проблемы «относительного суверенитета» и его пределов в нашей работе «Идея социального права и современность», глава I (§ 2) части первой. Ср. также наши критические замечания в главе, посвященной анализу доктрин М. Ориу в настоящем труде: § 4 главы III части пятой. Один из наиболее значимых основоположников идеи относительного суверенитета — Луи Лефюр (см. его важную работу: *Le Fur L. L'Etat fédéral et la Confédération d'Etats*. 1896. P. 425 et suiv., 484 et suiv. — и его недавно вышедшую книгу «*Le Saint-Siege et le droit des gens*» (1930; особенно P. 89–104, 108 et suiv., 145 et suiv., 153)) весьма интересным образом углубил данную концепцию вплоть до признания возможности внешнего ограничения относительного суверенитета государства за счет не обладающих территориальным характером «многочисленных суверенитетов», представляющих собой только лишь автономные компетенции с различным содержанием (например: «духовный суверенитет Святейшего папского престола» и «международный суверенитет сообщества наций»). Нам кажется, что данная концепция приводит напрямую к необходимости разграничения «политического суверенитета» и «суверенитета юридического» в том смысле, в каком мы используем подобную классификацию.

сообщества (и его организованной надстройки — государства) в отношениях с национальным экономическим сообществом (и соответствующими организациями такого сообщества), равно как и с иными порядками и сообществами (религиозными, культурными и т. п.). Обладающие юридическим верховенством правопорядки не имеют в своем распоряжении возможности безусловного принуждения и не обязательно имеют организованную форму: их верховенство есть то, что называется чисто «правовым суверенитетом» (Г. Краббе).<sup>104</sup> И наоборот, государство, подчиненное правовому суверенитету подавляющих его негосударственных правопорядков, обладает лишь монополией на безусловное принуждение в целях осуществления предоставленных ему полномочий.

Монополия означает исключительность: государство не может допустить того, чтобы какой-либо иной обладатель монополии на безусловное принуждение превосходил бы государство извне либо был бы равнозначен ему в пределах такого государства. Являясь зависимым от негосударственных правопорядков либо равнозначным им, государство оказывается независимым от любого другого государства и превосходит любую организацию, претендующую на осуществление в пределах государства безусловного принуждения (т. е. на то, чтобы собственно стать «государством»). Характеризующая государственный правопорядок монополия на безусловное принуждение приводит к «относительному политическому суверенитету», не только сопоставимому с принадлежащим определенным негосударственным правопорядкам (которым государство необходимым образом подчинено) «правовым суверенитетом», но и напрямую обусловленному таким суверенитетом.<sup>105</sup>

Как мы уже указали выше, государственный правопорядок лишь в единственном случае представляет собой образец права социальной интеграции, а именно если речь идет о чисто демократическом государстве. В том случае, если «конституционное право» государственно-властной организации оказывается проникнутым социальным правом, проистекающим из лежащей в основе такой организации политической общности, то здесь мы уже имеем дело с социальным правом, конденсированным в государственный правопорядок в силу связанности такого права с применением безусловного принуждения. В случае же если такой проникнутости социальным правом не имеется, если государственно-властная организация оказывается более или менее независимой от инфраструктуры лежащей в ее основе политической общности, то речь идет о субординирующем правопорядке, но никак не о правопорядке социального права. Короче говоря, если государство является равноправной ассоциацией сотрудничества, то принадлежащая ему монополия на безусловное принуждение не препятствует государственному правопорядку утверждать себя как особый вид социального права. И наоборот, если государство является иерархической ассоциацией доминирования, то

<sup>104</sup> См. наше изложение замечательных теоретических построений знаменитого нидерландского правоведа Г. Краббе в работе «Идея социального права и современность», глава II части первой; см. также наше изложение доктрины Л. Дюги, бывшего в этом отношении предшественником Краббе, в настоящем труде — глава I части пятой.

<sup>105</sup> См. ниже наши замечания по поводу разнообразия понятия «суверенитет» в разделе, посвященном изложению идеи Ориу (§ 4 главы III части пятой).

его связь с безусловным принуждением особенно подчеркивает субординирующий характер государственного правопорядка.

Даже если речь идет о наиболее приближенном к демократическому идеалу государственном правопорядке, то в силу своей связанности с безусловным принуждением последний образует особый вид права интеграции, который мы обозначаем как *конденсированное в государственный правопорядок социальное право*: в тяготеющей и «конденсированной» атмосфере такого права формируются тенденции к централизации и унитаризму, прямо противоположные тенденциям к конфедерализму и либерализации чистого и независимого социального права. Тот факт, что принявшее демократическую форму государственное право относится к социальному правопорядку, ни в коем случае не освобождает государство от его статистических тенденций.

Действительно, в силу того, что государственный правопорядок встроен в куда более широкую сферу права, по отношению к которой он играет как бы роль маленького глубокого озера посреди океана, для того чтобы быть понятой адекватно, правовая структура демократического государства нуждается в изучении с позиций общей теории социального права, по отношению к которому такая структура представляет собой лишь одно из возможных проявлений. Лишь принимая во внимание наличие противоположных и взаимно ограничивающих друг друга тенденций *чистого социального права* и *конденсированного в государственный правопорядок социального права*, лишь опираясь на столь важное противопоставление общества и государства, оказывается возможным понять все существующие в действительности юридические ограничения государственного права.

Все первостепенные проблемы конституционного права демократического государства не могут получить настоящего ответа без помощи идеи социального права, проявляющейся здесь в своей «конденсированной» форме. И даже если речь идет об имеющем недемократический характер государственном правопорядке, чья субординирующая и командная сущность является следствием порабощения социального права правом индивидуальным, то правовая природа такого правопорядка не может быть раскрыта без помощи идеи социального права.

Мы последовательно переходим к четырем сущностным проблемам конституционного права демократического государства, которые всегда вызвали непреодолимые трудности для юридического индивидуализма и которые, по нашему убеждению, могут получить достойный ответ лишь благодаря идее конденсированного в государственный правопорядок социального права. К таким проблемам относятся: 1) проблема народного суверенитета; 2) проблема частичной правосубъектности государственных органов; 3) проблема субъективных публичных прав, наиболее явными выражениями которых являются права человека, провозглашенные Декларацией прав и свобод; 4) проблема федеративного государства.

1. *Принцип народного суверенитета и идея социального права.* Что бы там ни говорили многие современные критики, принцип народного суверенитета является абсолютно необходимым для того, чтобы суметь провести различие между демократическими избирательными органами и органами представительной власти, открытыми для воздействия со стороны лежащей

в их основе народной общности и закрытыми для подобного воздействия избирательными органами и органами представительной власти, насаждаемыми сверху. В любом случае данный принцип всегда вызывал наиболее значительные затруднения для традиционной доктрины конституционного права.

Разумеется, если под влиянием юридического индивидуализма понимать народный суверенитет как суверенитет народной воли, то сталкиваешься с неразрешимыми противоречиями. У Руссо суверенная народная воля противоречит режиму народного представительства: поскольку такая воля может быть представлена лишь посредством ограниченного и строгого мандата, который в любой момент может быть отозван,<sup>106</sup> то ни одно из условий выражения народной воли не реализуется путем парламентского представительства. У Сийеса, Барнава и Мабли теория «делегации суверенитета»,<sup>107</sup> призванная разрешить подобную трудность и провозглашающая отсутствие у народа заранее фиксированной воли и возможность осуществления народного суверенитета только через народных представителей, предоставляя последним общий мандат на представительство, впадает в двойное противоречие: она приписывает народу способность давать «мандат», не имея при этом воли, и прибегает к идее «мандата» применительно к такой форме представительства, которая не имеет четких границ.

Более поздняя теория представительства народного суверенитета на основе закона ставит народ-суверен в роль душевнобольного или несовершеннолетнего и никоим образом не объясняет, почему избирательные коллегии должны быть открыты влиянию народа. Наконец, попытки немецкой школы «юридического формализма» заменить суверенную волю народа суверенной волей государства (единого лица, для которого народ представляет лишь один из его органов) являются не чем иным, как плохо замаскированной атакой на демократическую концепцию государства со стороны консервативного и иерархического сверхиндивидуализма. Пагубность такой попытки лишь усугубляется смешением совершенно различных проблем (юридического, политического, народного суверенитета) и отождествлением «народа» с одним из организованных институтов, имеющих единую волю.

Здесь не остается ничего иного, как полностью отказаться от трактовки народного суверенитета как проявления некоей воли и по большому счету — воли некоей организации; и лишь отдавая отчет в том, что применительно к этому принципу речь идет о связи организованной надстройки института государства и лежащей в его основании инфраструктуры — политического сообщества, объективного и неорганизованного, можно увидеть, как проблема народного суверенитета освещается в совершенно новом свете.

Как это убедительно продемонстрировал М. Ориу в своем чрезвычайно важном сочинении «Principes de droit public» (1910) и в своем исследовании «Souveraineté nationale» (1912), принцип народного суверенитета сводится к необходимости такой организации государства (где избирательные органы

<sup>106</sup> Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Кн. III. Гл. XII и XV.

<sup>107</sup> См. Конституцию 3 сентября 1791 г., раздел 3, ст. 2–5. — См.: Речь Сийеса от 7 сентября 1789 // Archives parlementaires. 1-re série. Vol. 8. P. 594 et suiv.; Речь Барнава от 17 августа. Vol. 29. P. 323 et suiv. — Критику см. в работах: Hauriou M. De la souveraineté nationale. 1912. P. 90–97; Pujol E. Essai critique sur l'idée de la délégation de la souveraineté. 1912.

являются лишь одним из видов государственно-властных органов), которая была бы полностью открыта влиянию и чувствительна к любым колебаниям лежащей в ее основе национальной общности.<sup>108</sup> Если дойти до логического конца подобных рассуждений,<sup>109</sup> то оказывается, что именно неорганизованная и неперсонифицируемая общность должна быть провозглашена сувереном, а принцип народного суверенитета есть не что иное, как необходимость основывать рационализированную и организованную надстройку государства на его объективной и неорганизованной инфраструктуре, питающей его корни. В частности, избирательные органы (которые ошибочно путают с национальной общностью и которые являются не чем иным, как «органами власти»<sup>110</sup>) для того, чтобы соответствовать принципу народного суверенитета, должны быть устроены таким образом, чтобы быть реально открытыми влиянию данной общности.

Следовательно, мы можем сказать, что принцип народного суверенитета означает суверенитет социального права основополагающей политической общности по отношению к вышерасположенной организации, т. е. государству.<sup>111</sup>

Речь идет не о суверенитете некоей воли или некоей организации, а о суверенитете права, о примате неорганизованного социального права по отношению к организованному социальному праву в рамках института демократического государства, которое при таких обстоятельствах обретает характер равноправной ассоциации сотрудничества. Очевидным образом отличный от «политического суверенитета» государства (монополии на безусловное принуждение) народный суверенитет предстает в качестве особого вида «юридического суверенитета». Такой суверенитет определяет не отношения между различными правопорядками, а отношения между двумя уровнями одного и того же государственного правопорядка.

Очевидно, что принцип народного суверенитета как суверенитет социального права основополагающей политической общности по отношению к своей собственной организации никоим образом не предопределяет технические параметры устройства избирательных органов и органов представительной власти и что он оказывается совместимым с любой формой выборов и представительства.<sup>112</sup> Но обязательно требуется, чтобы все такие технические

<sup>108</sup> Hauriou M. 1) Principes de droit public. 1-e éd. 1910. P. 244–263, 468 et suiv., 109 et suiv., 229; 2) La souveraineté nationale. 1912. P. 7 et suiv., 25–40, 45 et suiv., 109.

<sup>109</sup> Сам Ориу этого не сделал, поскольку он приписывал волю национальной общности — «волю на присоединение» (Hauriou M. La souveraineté nationale. P. 38 et suiv.), понимаемую в конечном счете как организованный институт (Ibid. P. 129 et suiv.); в то же время Ориу чрезмерно акцентировал автономию и инициаторский характер «распорядительного властвования» органов представительной власти (Ibid. P. 40 et suiv., 87 et suiv.). В последних работах М. Ориу центр его исследований переместился в этом направлении (см. ниже, § 3 главы II части пятой). Следуя здесь за М. Ориу, мы полностью изменяем акценты, сделанные им применительно к своим научным конструкциям.

<sup>110</sup> Ibid. P. 29 et suiv., 53 et suiv., 92–96.

<sup>111</sup> См. мою статью «Демократический принцип и будущая демократия» (Revue de métaphysique. 1929. P. 428 и сл., 407 и сл.).

<sup>112</sup> См. критические замечания Ориу в отношении Эсмана, который желал предписать профессиональное представительство и даже пропорциональное представительство на основе произвольного отожествления избирательных органов с неорганизованной национальной общностью, обладающей суверенитетом (Hauriou M. 1) La souveraineté nationale. P. 31–33; 2) Principes de droit public. 1-e éd. P. 465–467).

параметры были ориентированы на единую цель: открыть государственные органы наиболее глубокому проникновению со стороны права и духа лежащей в основе политической общности; связать настолько тесно и надежно, насколько это возможно, государственно-властную организацию с данной объективной инфраструктурой, которая и является опорой для народного суверенитета.

2. *Проблема статуса юридического лица для органов государства и идея социального права.* В свою очередь проблема государственных органов и их организационно-правовой формы всегда вызывала значительные трудности для традиционного конституционного права. В рамках демократического режима и даже просто конституционного режима, где полномочия таких органов заранее ограничены и гарантированы, любой из органов обладает определенной правосубъектностью и вступает в правоотношения с другими органами. Таким образом, могут возникать конфликты между различными государственными органами, и эти «конфликты правомочий» путем развития административного судопроизводства трансформируются в настоящий судебный спор между двумя государственными органами, где каждый из этих органов безусловным образом утверждает свою правосубъектность. Непосредственные правоотношения между избирательными органами и законодательными собраниями, равно как и между двумя палатами парламента, представляют собой реалии правовой действительности, и эти реалии столь мало оспоримы, что даже наиболее решительные противники правосубъектности государственных органов (такие, как Еллинек) не могли не признать их.<sup>113</sup>

Встает вопрос о том, как же понимать правосубъектность государственных органов? Если рассматривать государство как юридическое лицо (простую структурную единицу), то государственные органы не могут иметь никакой собственной правосубъектности: правоотношения между ними так же, как и судебный спор, оказываются невозможными, поскольку их права и их воля всегда являются правами и волей самого государства. Если, наоборот, рассматривать государство не как юридическое лицо, а как систему правоотношений между его органами и гражданами такого государства, то государственные органы становятся настоящими субъектами права, но они уже более не являются органами государства, поскольку исчезает то единство, которое они должны были бы представлять.<sup>114</sup>

Остается лишь один путь к пониманию правосубъектности государственных органов: видеть в них *отдельных субъектов, интегрированных в тотальность государства как сложной коллективной личности* (синтеза между субъектом и правоотношением), т. е. как специфического субъекта социального права. Именно данная концепция, единственно адекватная для понимания того положения, которое занимают государственные органы, была замечена

<sup>113</sup> Ellinek G. 1) Allgemeine Staatslehre. 11-te Aufl. S. 671; 2) System der subjektiven öffentlichen Rechte. S. 235 usw.; по поводу противоречий в концепции Еллинека см.: Duguit L. Traité de droit constitutionnel. 1-e éd. Vol. I. P. 345–346.

<sup>114</sup> Как раз это и произошло с научными конструкциями Л. Дюги и его теорией «правителей и агентов» (Duguit L. 1) L'Etat, les gouvernants et les agents. 1903; 2) Traité de droit constitutionnel. 1-e éd. Vol. I. P. 85, 293 et suiv.). См. наше изложение доктрины Дюги ниже в главе I части пятой.

двумя наиболее значимыми теоретиками идеи социального права: Отто фон Гирке с его теорией *органической правосубъектности* в рамках *целостной правосубъектности*<sup>115</sup> и Морисом Ориу с его теорией «инвестируры» со стороны органов того или иного «института» и теорией «юридических лиц, для которых характерны в одно и то же время и множественность, и единство и которые противопоставляются простым юридическим лицам».<sup>116</sup>

*Конденсированный* характер рассматриваемого вида социального права и следующее из него преобладание единства над множественностью в сложной коллективной личности государства объясняет полностью статичный характер частичной правосубъектности государственных органов, которая весьма жестко подавляет тотальную правосубъектность самого государства.

3. *Проблема субъективных публичных прав и идея социального права.* Третьей, весьма деликатной для традиционной правовой доктрины проблемой является проблема основных прав гражданина и в более широком смысле — проблема субъективных публичных прав. После того, как Декларация прав и свобод человека и гражданина 1789 г. провозгласила гарантии указанных прав, которые по своей юридической силе превосходили даже конституционные законы, и особенно после того, как развитие административного судопроизводства — а в некоторых странах и развитие процедуры судебной проверки конституционности законов — значительно расширили возможность защиты таких прав через судебное разбирательство, стало уже практически невозможным отрицать существование этих субъективных публичных прав. Единодушно признается, что граждане обладают правом требовать от публично-властной организации определенного поведения, благоприятного для свободы граждан, и того, чтобы этому праву соответствовали определенные позитивные правовые обязанности со стороны государственной власти. Американская и французская декларации прав и свобод и их идейные вдохновители — религиозный либерализм английских индипендентов и политический либерализм школы индивидуалистического естественного права<sup>117</sup> — ограничились тем, что провозгласили эти права как моральные постулаты, но не сформировали никакой правовой конструкции этих прав как элементов позитивного правопорядка. И можно наблюдать, как для данного направления мысли возникают те же трудности, что и для правовых конструкций правосубъектности органов власти.

Если предположить существование у государства статуса юридического лица (простой структурной единицы), поглощающего множественность составных членов государства, то только само государство может быть провозглашено носителем субъективных публичных прав, тождественных режиму его власти. Если же, наоборот, рассматривать государство как систему правоотношений между гражданами, то все граждане становятся носителями

<sup>115</sup> См. мое исследование «Гирке как философ права» (на нем. яз.) (1922, S. 143 usw.), а также ниже, в настоящей работе: глава V части четвертой.

<sup>116</sup> *Hauriou M.* 1) *Principes de droit public.* 1-e éd. 1910. P. 434 et suiv.; 2) *La souveraineté nationale.* 1912. P. 109 et suiv.; 3) *Précis de droit constitutionnel.* 11-e éd. 1929. P. 202 et suiv., 209 et suiv.; см. ниже, в § 3 главы III части пятой.

<sup>117</sup> По очень спорному вопросу философских источников Декларации 1789 г. см. мою статью «Идея неотчуждаемых прав человека в политической доктрине 17–18 вв.» (*Работы русских ученых Зарубежья.* Берлин, 1921. Т. I).

названных прав, но эти права уже более не обладают характером субъективных публичных прав, т. е. прав, которым корреспондируют обязанности государства, утратившего свое единство.<sup>118</sup>

Здесь остается единственный выход: конструировать субъективные публичные права как *субъективные социальные права, права на участие в социальном Целом*, которое само напрямую принимает участие в происходящих из его сферы правоотношениях, не противопоставляя себя входящим в него членам как полностью отделенный от них субъект; такого рода субъективные права взаимно пересекаются между собой и образуют системное единство в рамках Целого. В качестве социальных прав членов политического сообщества такие субъективные публичные права увеличиваются в количестве и разнообразии в сфере, принимающей форму государства организованной надстройки, которая является особым видом сложных коллективных личностей.

4. *Проблема федеративного государства и идея социального права.* Из всех сложностей, с которыми когда-либо сталкивалась доктрина конституционного права, самой сложной для решения является проблема федеративного государства. Не зная иных правовых категорий, кроме тех, которые принимает во внимание юридический индивидуализм и его тень — механистический универсализм (сверхиндивидуализм), нельзя найти никакого выхода из данной проблемы; приходится приписывать государству либо режим «*societas*» римского права (простая сумма разрозненных членов), либо режим «*universitas*» (простая поглощающая свои элементы структурная единица) и таким образом утверждать, что федеративное государство является либо простым координирующим правопорядком между государствами-членами (Калхун, Зейдель),<sup>119</sup> либо субординирующим правопорядком, подчиняющим входящие в федерацию государства-члены федеральному центру, который может подавлять их посредством использования своей односторонней власти, таким образом, преобразуя в силу собственного решения федеративное государство в государство унитарное (Борель, Комботекра, Лабанд, Еллинек и даже наиболее глубокий и независимый аналитик проблемы федеративного государства — Луи Лефюр).<sup>120</sup>

<sup>118</sup> В том, что касается проблемы субъективных публичных прав, см. мои размышления в указанном выше исследовании о творчестве Гирке (С. 140 и сл.).

<sup>119</sup> Подобная характеристика оказывается совершенно ложной даже в отношении конфедераций, которые также представляют собой разновидность *интеграции тотальности* и единства составляющих ее членов (образуя при этом социальную власть); однако эта разновидность отличается от той формы единства, на которой основывается федералистский тип, и особенно федеративное государство.

<sup>120</sup> В своей замечательной работе «*L'Etat fédéral et la Confédération d'Etats*» (1896) Луи Лефюр первым пошел на разрыв со всеми традиционными концепциями, понимая «суверенитет» государства как «относительный суверенитет», ограниченный правом (Р. 425–443, 484 et suiv.), и сделал глубокий вывод о том, что «логически суверенитет уже более не является ни неделимым, ни неограниченным» (Р. 487–493). Лефюр высказался в пользу «участия (входящих в федерацию государств) в самом существовании федеративного суверенитета» (Р. 679). Если Лефюр и пришел к централистской концепции федеративного государства и предположил возможность подчинения отдельных государств центральной власти без их на то согласия (Р. 708–714), то исключительно благодаря своей концепции юридического статуса государства как простой, поглощающей входящие в нее элементы структурной единицы (при этом никакая иная форма единства не представлялась бы подходящей для государства).

Сущность федеративного государства и, по большому счету, всякой федерации и даже конфедерации не может быть сведена ни к чисто координационной функции, ни к поглощению в единстве составных элементов, но представляет собой *интеграцию* составных элементов в тотальность; интеграцию, которая применительно к *федерации* основывается на установлении совершенной системы равновесия между интегрированными элементами и Целым. Подобное равновесие в рамках федеративного государства, на возможность предугадать которое мы указали выше и которое устанавливается в конституциях стран с классической федеративной системой — Швейцарии и США, находит свое выражение в принципе недопустимости лишения входящего в федерацию государства его государственного характера без его на то согласия. Здесь было бы недостаточно даже непосредственного участия в принятии такого решения большинства обладающих соответствующим статусом государств — членов федерации, что обычно устанавливается как неперемное условие пересмотра конституции для трансформации федеративного государства в государство унитарное: здесь требуется *единогласное одобрение всех государств — членов федерации*.<sup>121</sup> В то же время ни одно из государств — членов федерации не может беспрепятственно выйти из федерации: это является следствием этактического характера последней, связывающей своих членов посредством безусловного принуждения; речь здесь идет об ином аспекте установленной системы равновесия.

Мы уже имели возможность сказать о том, что применительно к федеративному государству встает вопрос об особой разновидности сложной коллективной личности, устанавливающей равновесие между единством и множественностью на основе их равнозначности. Этот вид сложной коллективной личности в рамках федеративного государства обретает особую форму *обоюдной аннексии* равнозначных правопорядков, представленных федеральным центром и государствами — членами федерации, а поскольку все эти правопорядки являются государственными, то подобная обоюдная аннексия имеет своим следствием отсутствие возможности сецессии; названная невозможность уравнивается невозможностью уничтожения государственного характера каждого из данных аннексированных правопорядков без их собственного согласия.<sup>122</sup>

Обязательное участие государств — членов федерации в формировании воли федерального центра является лишь внешним выражением положения, возникающего вследствие обоюдной аннексии равнозначных и неразрывно связанных между собой правопорядков. В более широком смысле монополия на безусловное принуждение, или, иными словами, — «относительный

<sup>121</sup> Там, где в действительности такого согласия не требуется (например, Веймарская конституция 1919 г., ст. 76 и 74 которой предоставляют право решающего голоса прямому голосованию немецкого народа в целом), речь идет не о действительно федеративном государстве, а о некоей переходной форме между федеративным и унитарным государством.

<sup>122</sup> Различие между автономным образованием (например, английскими доминионами) и государством — членом федерации состоит в именно в том, что в первом случае речь идет об *односторонней аннексии* государственно-властным центром названного образования, тогда как во втором случае — об *обоюдной аннексии*. Автономное образование отличается от органов местного самоуправления только по объему принадлежащих ему правомочий, но не по своей правовой природе.

политический суверенитет», характеризующий как федеративное, так и любое другое государство, оказывается *осуществляемым совместно* и в идеальных долях и федеральным центром, и государствами — членами федерации, которые в своей совокупности формируют федеративное государство как сложную коллективную личность. Единство этой последней отчетливо показывает, что речь в данном случае уже не идет о разделе названной монополии или суверенитета (подобный раздел предусматривается Конституцией США и предчувствовался Токвиллем<sup>xxxiv</sup> и Вайтцем<sup>xxxv</sup>), а именно о совместном обладании суверенитетом путем обоюдной аннексии; такое «индивидуализированное» обладание оказывается унифицированным через сложную коллективную личность.<sup>123</sup>

В заключение отметим, что федерализация государства (не только по территориальному, но и по функциональному, профессиональному или любому иному принципу), о которой так много говорят в наши дни, нисколько не меняет «конденсированный» и этатический характер социального права, на котором основывается федеративное государство. «Функциональное» федеративное государство в любом случае останется обоюдной аннексией равнозначных государственных правопорядков; аннексией, санкционированной безусловным принуждением, характерным как для федерации в целом, так и для каждого из государств — членов федерации. Если некое профессиональное или любое иное функциональное сообщество путем возведения в ранг государства — члена федерации приобретает достаточную гарантию для своей неотчуждаемой автономии, оно само трансформируется в осуществляющей безусловное принуждение порядок и приносит этатизму триумф в новых сферах: например, в экономической сфере, где монополия на безусловное принуждение объединилась бы с монополией на трудовые ресурсы в рамках некоей особой производственной отрасли, и т. д. Функциональная федерализация государства, будь она желанной или нет, все же не смогла бы разрешить проблемы, поставленные независимым социальным правом и чистым социальным правом...

Впрочем, единственное, что имеет здесь смысл, — продемонстрировать, насколько необходимой оказывается опора на идею социального права для того, чтобы суметь понять и сформулировать в юридических конструкциях природу федеративного государства.

\* \* \*

Если мы так долго задержались на анализе проявлений социального права, *аннексированного* государственным правопорядком и *конденсированного* в последний, то только потому, что в ходе изложения истории доктрины социального права будем вынуждены практически полностью *устранить* все связанные с данными видами социального права теоретические конструкции; по общему правилу, подобные конструкции никогда не поднимались на высоту

<sup>123</sup> Федералистская теория Гирке, освобожденная от тех несообразностей, которые она представляет сама себе в силу недостаточной ясности, приближается к данной концепции (см. мое исследование о Гирке. Р. 147–151). К той же концепции прокладывают путь направленные против догмы об абсолютной неделимости суверенитета глубокомысленные рассуждения Лефюра (см.: *Le Fur L. L'Etat fédéral et la Confédération d'Etats*. P. 487 et suiv., 679).

общей идеи социального права. Идея чистого и независимого социального права с теоретической точки зрения утверждает себя как первостепенная и узловая идея для понимания всей сложности рассматриваемой здесь проблематики.

Итак, столь широкий круг разрешаемых идей социального права проблем и столь значительное количество проявлений такого права, по нашему мнению, делают невозможным исследование всей истории данной идеи во всех ее разнообразных качествах; *поэтому мы решили сконцентрировать наше внимание на истории доктрины чистого и независимого социального права, которое мы считаем основой для всех иных видов социального права* и которое в то же самое время представляет насущный интерес для современности. Поэтому именно социальное право, связанное с противопоставляемым государству обществом, является центром наших доктринальных исследований. Но в силу того, что чистое и независимое социальное право — наиболее дискутируемая и наименее признанная форма социального права, мы сочли своим долгом рассмотреть в Введении все остальные виды социального права, проявляющиеся в аспекте тех сфер правовой действительности, которые общепризнанны и их роль в правовой жизни совершенно не подвергается сомнению. Таким путем мы надеялись продемонстрировать *реальность* социального права читателям, наиболее скептически настроенным в отношении социального права, заставив их заметить всю конкретную плодотворность той идеи, наиболее радикальные и чистые проявления которой мы намерены исследовать в исторической перспективе.

---

## Глава IV

# СИСТЕМНЫЕ ПРЕДПОСЫЛКИ ПОНЯТИЯ «СОЦИАЛЬНОЕ ПРАВО»

### § 1. Общее понятие права (отношение между моральным идеалом и справедливостью; сущностные признаки права; право и мораль)

До сих пор мы говорили о социальном праве, не определяя, что же, по большому счету, мы подразумеваем под понятием «право». Сформулированное нами определение социального права уже предполагало наличие понятия «право». Выше мы уже выдвинули тезис о невозможности постичь идею социального права без отказа от индивидуалистических предпосылок в общем понимании феномена права. В настоящий момент мы должны сформулировать в общих чертах, что же представляет собой сфера права с точки зрения трансперсонализма, и уточнить, как на данной методологической основе право может быть отграничено от морали.

По нашему убеждению (которое в этом смысле не отличается от традиционной концепции права), понятие права по своей сути связано с идеей справедливости.<sup>124</sup> *Право всегда представляет собой попытку реализовать справедливость.*<sup>124</sup> Подобная попытка, в своих конкретных формах определяемая постоянно изменяющимися условиями времени и места, может быть более или менее удачной. В социальной действительности право может принимать в той или иной степени совершенные формы; оно может быть более или менее отдалено от своей сущности либо, наоборот, оказаться особо приспособленным к своим функциям. Но оно уже больше не является правом, если не может рассматриваться как попытка реализовать справедливость. И всякая попытка определить понятие социального права без опоры на идею справедливости (независимо от того, осуществляется ли она в «формальном», «психологическом», «социологическом» либо в ином аспекте) заранее обречена на провал. Для нас расхождение между индивидуалистической и трансперсоналистической концепциями начинается не с различия в оценке отношений между правом и справедливостью, а с различий в понимании самой справедливости.

Для того чтобы дать определение понятия права, сначала необходимо правильно определить сущность идеи справедливости. Если определить сущность такой идеи невозможно, то нелогично и предполагать возможность определения права. Поскольку право является не чем иным, как рассматриваемой нами выше попыткой реализовать справедливость, то все характеристики права должны вытекать из самого характера справедливости: в противном случае такие характеристики не являются существенными и необходимыми признаками права; как удачно заметил Л. Бруншвиц, «во всяком суждении о праве полностью присутствует в целом вся справедливость».<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup> См. в том же духе: Renard G. Le Droit, la Justice et la volonté. 1924. P. 7, 18, 180.

<sup>125</sup> Brunschvicg L. La modalité du jugement. 1897. P. 215.

Но не существует иных способов для определения цели идеи справедливости, кроме поиска ее места в системе ценностей. Несомненно, что идея справедливости является аксиологическим элементом и лишь путем противопоставления ее иным ценностям оказывается возможным постичь ее сущность. Бесспорным является то, что наиболее близки справедливости нравственные ценности и их высшая ступень — *моральный идеал*, служащий критерием иерархии ценностей, а в рамках данной иерархии, наоборот, для проведения различия между позитивными и негативными ценностями.<sup>126</sup> Следовательно, предназначение идеи справедливости состоит в *уточнении отношений между справедливостью и моральным идеалом*.

Нетрудно продемонстрировать, что вопрос об отношениях между справедливостью и моральным идеалом зависит от общих этических и метафизических предпосылок. В индивидуалистических научных системах, связывающих все моральные ценности с отдельным индивидуом, справедливость как принцип, предполагающий наличие сообщества связанных между собой лиц, оказывается полностью выведенной за пределы морального идеала и рассматривается как абсолютно независимый элемент. Справедливость, понимаемая только в «коммуникативном» аспекте нивелирующего эгалитаризма и основанная на арифметической пропорциональности, становится неким сдерживающим механизмом, навязываемым исключительно извне множеству различных волей одной превосходящей их волей. И именно государству поручается задача реализации подобной справедливости, рассматриваемой практически в качестве некоей механической силы, предназначенной для уравнивания по отношению друг к другу индивидуальных правомочий.<sup>127</sup>

Если индивидуализм в силу логической необходимости выталкивает справедливость за пределы этики, то односторонний универсализм, наоборот, полностью смешивает справедливость с моральным идеалом, полностью отождествляя эти два элемента и трансформируя этику в философию права, как делали Платон и Гегель. С таких позиций справедливость рассматривается как идеальная мораль гармонично устроенной тотальности; единственное, что здесь допускается, — дистрибутивный аспект справедливости; именно справедливости как «геометрической пропорции» принадлежит право учитывать ролевые различия членов тотальности в социальном Целом. Справедливость становится «универсальной добродетелью» (Аристотель), принципом порядка и иерархичности в космосе.

Отсюда отнюдь не следует, что справедливость в действительности поднимается на высоту морального идеала. В рамках универсалистских философских систем именно этот последний низводился на более низкий уровень, и ему приписывался интегральный абсолютизм моральных императивов. Поскольку

<sup>126</sup> По данному вопросу см. мою книгу «Fichtes System der konkreten Ethik» (1924. S. 277 usw.).

<sup>127</sup> Именно таким образом Кант пришел к своим весьма рискованным и близким к гоббсовской трактовке формулам, например: «Право по своей сущности привязано к механизму полиции», к «непреодолимому принуждению как природному процессу», распространяющему свое действие как на людей, так и на нечистую силу (*Кант И.* 1) Критика практического разума. Ч. 2; 2) Метафизика нравов // Учение о праве. § 99; 3) К вечному миру. 1795; 4) О поговорке: «Это может быть верным в теории, но неверным на практике». 1793, Приложения).

справедливость должна выполнять свои функции, которые выходят за ее пределы, то Платон и Гегель как раз и обращаются к безусловному принуждению со стороны государства для того, чтобы наделить справедливость абсолютизмом императивов морального идеала, которым она сама в действительности не обладает. Поскольку государство помещается над справедливостью, которая становится его служанкой и чья функция сводится к тому, чтобы быть не более как инструментом фактической власти государства, то такая справедливость еще раз оказывается под угрозой быть спутанной с силой...

Но если и индивидуализм, и универсализм демонстрируют свою неспособность непротиворечивым образом разрешить проблему соотношения справедливости и морального идеала и дать адекватное определение справедливости, то где же искать выход, как не в синтезе индивидуализма и универсализма? Таким образом, утверждается равнозначность презюмируемых за Целым и его индивидуальными членами ценностей; они образуются и взаимно утверждаются по отношению друг к другу в качестве элементов, одновременно неразрывно связанных между собой и несводимых друг к другу. Говоря о тенденции социального Целого стать «конкретной системой», функциональной и динамичной, «слиянием взаимодополняющих перспектив» между Единством и Множеством, мы уже затронули проблему синтеза индивидуализма и универсализма и продемонстрировали, что только в собственно этическом аспекте, в сфере морального идеала, в сфере Духа, понимаемого как «конкретная целостность» незаменимых *личностей* (ценностей в себе), такой синтез становится действительно эффективным. Весь вопрос в том, что же можно извлечь из данной концепции для решения проблемы соотношения справедливости и морального идеала.

Прежде всего представляется очевидным, что в рамках такой концепции, которая признает за трансперсональным Целым и за каждым составляющим его элементом равную моральную ценность, не может ставиться вопрос ни о полном отделении справедливости от морального идеала, ни об их отождествлении.

*Сама проблема справедливости возникает лишь при условии возможности конфликта между равнозначными моральными ценностями.* В силу своей природы справедливость предполагает существование конфликтов: она призвана гармонизировать антиномии;<sup>128</sup> так, в гармонизированном заранее порядке общности ангелов или святых справедливость оказывается неприменимой и бесполезной. Простого конфликта враждующих сил оказывается недостаточно для постановки проблемы справедливости: для этого необходимы конфликты между *антиномичными, позитивными и вневременными ценностями.* Только принцип синтеза универсализма и индивидуализма, исключаящую всякую попытку свести друг к другу априорные ценности «Целого» и «Личности», но признающий их равнозначными, может позволить понять действительную сущность этих конфликтов во всей их глубине и объеме и благодаря этому оценить всю важность идеи справедливости.

<sup>128</sup> См. о том же: *Richard G. Essai sur l'origine de l'idée du droit.* 1892. P. 15, 41 et suiv., 71, 239, 248, а до Г. Ришара в весьма ясной форме у Прудона (см., например: *Proudhon P. La Justice dans la Révolution et l'Eglise.* éd. Dantu. Vol. 4. P. 345: «...антиномия является фактом правосознания»).

Именно в рамках морального идеала синтез индивидуализма и универсализма предполагает совершенную гармонию персональных (личностных) и трансперсональных ценностей, но не их воплощение в реальной жизни, где они отчаянно сражаются друг с другом. И именно глубокое и неизбежное расхождение между гармонией морального идеала и дисгармонией действительной жизни ставит проблему справедливости. Справедливость призвана *предварительно примирить* между собой действительные конфликты трансперсональных и персональных ценностей, признаваемых в качестве равнозначных. Справедливость предполагает человеческое несовершенство, разрыв между моральным идеалом и эмпирической действительностью, для которых справедливость служит посредником, готовя почву для осуществления нравственности. Поэтому было бы ошибочным смешивать справедливость с идеалом.

Справедливость по отношению к моральному идеалу не является ни полностью гетерогенной, ни тождественной ему. Она является важным средством, абсолютно необходимым и априорно заданным условием для осуществления морального идеала. Как определил справедливость в своих последних работах Фихте, она является насущно необходимым этапом (*Stufe* (нем. — ступенью. — *Прим. пер.*)) становления морального идеала.<sup>129</sup>

Справедливость следует за моральным идеалом; она является его необходимым ореолом; она сверкает в лучах данного идеала, как его вербальное выражение; она обволакивает его, как некая априорная оболочка, чья защита единственно позволяет моральному идеалу развернуть богатые и сложные разветвления всех элементов конкретной индивидуальности.

*Будучи неразрывно связанной с моральным идеалом, справедливость глубоко отличается от этого идеала через свою внутреннюю структуру, и именно благодаря такому структурному различию справедливость может выполнять свою роль.*

Как впервые указал Фихте, справедливость представляет собой стадию рационализации морального идеала и сведение его к некому количественному аспекту,<sup>130</sup> причем сам этот идеал является иррациональным (алогичным). Моральный идеал оказывается доступен только через действие, через волящую интуицию, состоящую в участии в трансперсональном потоке чистой креативной деятельности. Моральный идеал требует от каждого индивида, от каждой социальной группы, от каждой реальной социальной тотальности, чтобы они действовали отличным от всех остальных способом как абсолютно незаменимые и уникальные элементы потока креативной деятельности; вытекающие из такого идеала моральные предписания являются строго конкретными и индивидуализированными для каждого из этих элементов.<sup>131</sup>

<sup>129</sup> *Fichte I. G.* 1) *Rechtslehre*. 1812 // *Nachgelassene Werke*. 2-е Bd. S. 516–518, 535–536, 539–542, 600 usw.; 2) *Staatslehre*. 1813. S. 387–398, 423 usw.; см. по данному вопросу: *Вышеславцев Б. П.* *Recht und Sittlichkeit* // *Philosophische Abhandlungen* zu H. Cohens 70 Geburtstag. 1912. S. 190 usw.; *Salomon M.* *Grundlegung der Rechtsphilosophie*. 1918. S. 193–200. — Наше изложение социальной философии Фихте см. ниже, глава I части четвертой. Луи Лефюр в своей важной статье «*Essai d'une définition synthétique du droit*» (*Bulletin de législation comparée*. 1930. P. 14–18) и Ж. Пенар в своей работе «*Le Droit, l'Ordre et la Raison*» (1927. P. 28) приходят к схожей концепции.

<sup>130</sup> *Fichte I. G.* *Rechtslehre*. S. 501, 497.

<sup>131</sup> См. мое изложение проблемы в работе «*Фихтевская система конкретной этики*» (1924, С. 299 и сл.).

Справедливость «охлаждает жар» морального идеала, заставляя его принять логическую форму. Справедливость останавливает интуицию-акцию и формулирует ее в форме суждения. Справедливость находится где-то на полпути между моралью и логикой. Действием, посредством которого проявляется справедливость, является не непосредственное участие в деятельности, не интуиция-акция, а *признание* ценности справедливости.

Акт признания некоей ценности далеко не совпадает с непосредственным видением такой ценности.<sup>132</sup> Можно, например, не иметь достаточных способностей для понимания эстетической ценности какой-либо музыкальной симфонии, но это отнюдь не препятствует проявлению негодования против того, кто решится нарушить спокойствие «слушателей» такой симфонии, и подобное негодование предполагает «признание» ценностей музыки, при том что эти ценности и не были фактически прочувствованы. Справедливость проявляется именно в акте «признания» «морального идеала», а зависящие от нее ценности являются *производными* от моральных ценностей. Посредством подобного акта «признания», в котором в довольно-таки значительном объеме присутствуют интеллектуальные элементы и который представляет собой сплав суждения и действия, происходят логизация и обобщение иррациональных качеств морального идеала.

В рамках справедливости на место полностью индивидуализированных предписаний морального идеала становится общее правило: для не сравнимых друг с другом лиц — общая типология; для творческой деятельности — определенная стабильность, выраженная в схематичной форме; для системы чистых качеств — некий элемент количества. И именно под «покровом» тех форм общезначимости, стабильности, количественности, которые справедливость ставит на службу моральному идеалу, этот последний реализует все свои творческие силы.

Вплощаемая идеей справедливости логизация морального идеала не представляет собой (особо подчеркнем это обстоятельство) возврата к «абстрактному» и к полностью «дискурсивному». Если логические категории оказываются способными к созданию «конкретных универсалий», то, само собой разумеется, посредующая между логикой и моральным идеалом сфера *тем более* может обладать подобной способностью. Идея справедливости представляет собой «конкретную универсалию», являющуюся *более конкретной*, чем универсалии логические, и *более универсальной*, чем моральный идеал.

Справедливость, понимаемая на основе синтеза универсализма и индивидуализма как неотъемлемая и *априорно* заданная гарантия реализации морального идеала (для которого справедливость представляет рационализацию и редукцию к количественному признаку), может обрести адекватное выражение не в уравнивающем и не в распределяющем равенствах, рассматриваемых в отрыве друг от друга, а только в некоей подвижной системе равновесия между этими двумя взаимопроникающими друг друга принципами. Подобная целостная справедливость, от которой недопустимо отделять какие-либо частные аспекты, является синтезом равенства как на основе арифметической

<sup>132</sup> См. по данному вопросу: *Алексеев Н. Н.* Основы философии права. Прага, 1924. С. 71 и сл.

пропорции, так и на основе пропорции геометрической: она одновременно является и уравнивающей, и распределяющей.

Предшествующие рассуждения по поводу сущности справедливости как посредующей между моральным идеалом и логическими категориями сферы, основанной на общезначимости и стабильности сферы предварительного примирения действительных конфликтов между моральными идеалами, дали нам возможность в четкой форме обозначить отношение между *справедливостью* и *правом*. Такое отношение существенно отличается от отношения, имеющего место между моральным идеалом и эмпирической нравственностью, и скорее напоминает отношение между логической категорией и характеризующим с помощью этой категории объектом. *Справедливость играет роль скорее Логоса права, чем его идеала.*

В силу такого своего сущностного признака, как невозможность полной реализации, моральный идеал противостоит сфере эмпирической нравственности и не может найти свое воплощение в рамках последней; по своей природе такой идеал может осуществлять только «регулятивную» функцию по отношению к моральной жизни. И наоборот, «справедливость» в силу того, что она характеризуется преимущественно интеллектуальными элементами, обладает способностью непосредственно создавать право: справедливость не противопоставляет себя праву в такой степени, как моральный идеал, поскольку она и создает право.

Справедливость не может служить критерием для критики или для оценки процесса правоприменения, так как она является одним из составных элементов права. Если и имеют место попытки использовать справедливость для такой критики и оценки, то только по причине того весьма неоднозначного положения, которое справедливость занимает как посредующее звено между логическими категориями и моральным идеалом. Можно различать *понятие* права и *понятие идеи* права (справедливости),<sup>133</sup> но подобное разделение имеет смысл только в том случае, если понятие права, данное как описание тех существенных критериев, которым должна отвечать каждая эмпирическая попытка реализации справедливости, позволяет вывести себя из *идеи* права, т. е. из самой справедливости.

«Логический» элемент справедливости, который сообщает ей конститутивную функцию по отношению к праву, наглядно разоблачает грубую ошибку некоторых современных теоретиков, которые отождествляют «справедливость» с «естественным правом».<sup>134</sup> Подобное отождествление, которое не принималось даже большинством более ранних теоретиков естественного права, допускает тройную ошибку: возводя справедливость в тот же ранг, что и моральный идеал; полагая возможным вывести право из морального идеала; отождествляя «правовую действительность» с принципом ее оценки. Если бы и можно было, по большому счету, допустить существование некоего

<sup>133</sup> Особенно настаивал на подобном разграничении Рудольф Штаммлер (см. особенно: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. 1923. S. 2 usw., 94 usw., 194 usw., где Штаммлер желает полностью разграничить *идею* и *понятие права*; см. критику этих положений Штаммлера: *Radbruch G. Grundzüge der Rechtsphilosophie*. 1914. S. 39–40; *Binder J. Rechtsbegriff und Rechtsidee*. 1915).

<sup>134</sup> Как это делает, например, Ж. Ренар (*Renard G.* 1) *Le Droit, l'Ordre et la Raison*. 1927. P. 39, 132–133; 2) *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*. P. 10 et suiv., 140).

естественного права (далее мы попытаемся продемонстрировать, что логическая *недопустимость* естественного права и необходимость для всякого права быть правом позитивным проистекают непосредственно из самой идеи справедливости), то такое право так же, как и право позитивное, в любом случае должно было бы представлять *попытку* осуществить справедливость и вследствие этого быть отделенным от самой справедливости. Выводить из идеи справедливости *право*, в сущности, так же недопустимо, как и выводить из логической категории объект, который она обозначает. Впрочем, если даже возвести справедливость в ранг критерия для оценки права (т. е. в ту роль, которую справедливость не может играть в действительности), то с трудом можно понять, как одна из составляющих частей подлежащего оценке объекта («соответствующего» справедливости естественного права) может отождествляться с самим принципом оценки.<sup>135</sup>

Для нас справедливость всегда будет отличаться от «права», будь это позитивное право или проблематика «естественного права»; она будет отличаться от права точно так же или, может быть, даже глубже в той степени, в какой Логос отличен от тех сфер действительности, которые он формирует.

Здесь можно отметить одну из недавних попыток доказать, что право образуется из двух гетерогенных, враждующих друг с другом элементов: идеи «социального порядка» (или «безопасности») и идеи «справедливости»,<sup>136</sup> тогда как, наоборот, необходимо настаивать на том, что единственным конститутивным принципом права является справедливость. Элемент «стабильности», «социального порядка», «мира», «безопасности», который вполне обоснованно обнаруживается в сфере права, отнюдь не противопоставляется справедливости в том виде, в каком мы ее сформулировали, — *он оказывается имманентным элементом самой справедливости*. Справедливость как переходное звено между чистыми качествами и определенной степенью количественности, как замещение абсолютной индивидуализированности морального идеала всеобщими правилами и общей типологией, как стабилизация креативного движения морального идеала, вкратце — как логизация морального идеала — как раз и учреждает «безопасность» и «социальный порядок» и выступает в качестве способа гарантирования реализации такого идеала.

Нам кажется ошибочным говорить о том, что «отношения социального порядка и идеала справедливости весьма похожи на отношения, которые

<sup>135</sup> Критику отождествления справедливости и естественного права, но с иной аргументацией, см. в опубликованной в «Revue trimestrielle de droit civil» (1927. P. 800 et suiv., 824) статье М. Ору. Как утверждает Ору, естественное право уже представляет собой определенное осуществление справедливости. Сформулированные уже Ульпианом принципы естественного права, такие, как *alterum non laedere, suum cuique tribuere* (лат. — не причинять вреда другому, воздавать каждому свое. — *Прим. пер.*), уже предполагают существование определенного действительного социального порядка с индивидуалистическим характером: существование частной собственности, системы договорных отношений и т. д. Естественное право, следовательно, является приспособлением справедливости к данному в действительности социальному порядку (см. также: *Hauriou M. Précis de droit constitutionnel*. 2-e éd. 1929. P. 58–60).

<sup>136</sup> См. превосходную статью М. Ору (*Hauriou M. L'Ordre social, la Justice et le Droit // Revue trimestrielle de droit civil*. 1927. P. 795 et suiv., особенно P. 820: «Право является определенным видом поведения, имеющего целью реализовать одновременно и социальный порядок, и справедливость, но социальный порядок на практике оказывается более важным»).

поддерживают между собой макет некоей статуи и идеал красоты в скульптуре». <sup>137</sup> Необходимо учитывать, что именно справедливость сама по себе является не идеалом, а производным элементом, оболочкой, гарантирующей моральному идеалу возможность частичной реализации, и скорее всего саму идею справедливости нужно было бы сравнить с макетом статуи в отношении этой идеи с моральным идеалом, тогда как безопасность стабилизированного социального порядка является лишь одним из требований самой справедливости.

Исходя из изложенного, мы считаем возможным защищать нашу концепцию права как попытку осуществить справедливость, из которой и должно быть выведено понятие права во всех его существенных признаках. Оказавшись перед четким определением справедливости в ее отношениях с нравственностью, мы, как представляется, в настоящий момент в состоянии вывести из данного определения общее определение права с его пятью существенными признаками.

1. Поскольку справедливость представляет собой основанную на принципах всеобщности, стабильности и типичности логизацию морального идеала, то очевидно, что и всякая попытка реализовать справедливость должна иметь те же черты. Правовая норма отличается от нормы морали прежде всего своим строго определенным характером, поскольку сформулированные правовой нормой требования обладают четким и окончательным характером. Нравственные предписания в их индивидуальной конкретности и чистой качественности формулируют не поддающиеся определению и бесконечные требования; их смысл варьируется в зависимости от бесконечного и иррационального множества обстоятельств и временных условий, их ценность может быть определена только путем автономной саморефлексии. Правовая норма в ее общезначимом и количественном аспекте четко определяет те пределы поведения, которых она требует. Такая норма является жесткой: она уточняет свои требования логическим путем; она одновременно является и нормой, и суждением (или, в иной терминологии, одновременно и ценностным суждением, и суждением о сущем).

Нетрудно доказать наличие подобного различия между правовой нормой и нормой нравственности путем анализа различных значений, которые получает одно и то же материальное предписание в зависимости от того, воспринимается ли оно с правовой или с моральной точки зрения. Например, если норма «не убий» или «не укради» понимается с моральной точки зрения, то содержание данной нормы становится намного богаче, но также и намного менее доступным для познания и неизмеримо более подвижным, чем в том случае, когда она воспринимается с юридической точки зрения. Такая норма нравственности распространяется не только на все те случаи, когда право позволяет убивать (состояние необходимой обороны, крайняя необходимость, война, подавление бунта, смертная казнь и т. п.), но и, в более широком смысле, на все действия, которые могут стать косвенной причиной смерти: начиная от отказа помочь в сложных обстоятельствах и кончая оскорбительными словами, способными укоротить жизнь ближнего...

<sup>137</sup> Ibid. P. 803.

Моральная норма «не укради» указывает не только на все те действия, которые используются для получения прибыли в сложившихся обстоятельствах (сокрытие денежных сумм, биржевая спекуляция и т. п.), но она может быть применена также к любому действию по эксплуатации человека человеком, тогда как та же самая правовая норма определяет только конкретные случаи, в которых запрещено красть.

2. Из строго определенного и жестко сформулированного характера правовой нормы (в отличие ее от нормы нравственности) для права проистекает и возможность установить совершенное соответствие между обязанностями одних и притязаниями других. Структура правовой нормы по своей сущности является двусторонней, или, в более точной терминологии, *многосторонней*, тогда как структура нормы нравственности является односторонней. Правовая норма путем формулирования конечных требований, которые необходимо соблюдать в бесспорном порядке, связывает налагаемые на одних обязанности с предоставляемыми другим соответствующими притязаниями так, что у обладающего притязаниями лица возникает возможность требовать исполнения обязанности от другого лица. Поэтому российский правовед Л. И. Петражицкий<sup>xxxvii</sup> очень удачно характеризовал правовые нормы как *императивно-атрибутивные* нормы.<sup>138</sup>

И напротив, моральные нормы являются исключительно императивными, их иррациональный и бесконечный характер исключает всякую возможность взаимосвязи между обязанностями и притязаниями и наличие какой-либо обшей меры для охватываемых ею действий. Поэтому, например, применительно к сформулированной в Евангелии моральной норме, требующей любить своего врага как своего ближнего или подставлять левую щеку после удара по правой, безусловным является отсутствие у такого врага или обидчика возможности требования, соответствующего названным обязанностям. Правовая норма «не убий», наоборот, не только возлагает обязанность не убивать, но предоставляет всем остальным субъектам права (как индивидам, так и группам, и неорганизованной общности в целом) возможность требовать от любого лица не убивать.

Именно посредством своей *многосторонней* и *императивно-атрибутивной* структуры право, пытаясь реализовать справедливость, устанавливает «безопасность», «мир», «стабильный социальный порядок», т. е. предварительное примирение персональных и трансперсональных ценностей. Обоюдная взаимозависимость между обязанностями и притязаниями в своей системной связи порождает социальный порядок. И именно подобная системная связь правовых предписаний, предполагающая *«действительность других Я»*<sup>139</sup>

<sup>138</sup> Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. 1. 1909. С. 49 и далее, 135 и далее, 171 и далее. — О Петражицком см. наш очерк в работе «Идея социального права и современность» (глава III части первой). — В своей цитированной выше статье «Essai d'une définition synthétique du droit» Л. Лефюр на странице 16 приходит к аналогичной характеристике права, указывая, что «в рамках права... правопритязание одного создает обязанность для другого, и наоборот. Нет никакой необходимости ставить так долго существовавший вопрос о том, что же оказывается первичным по отношению к другому: право или обязанность».

<sup>139</sup> Проблема действительности других «Я» впервые была поставлена Фихте, который исследовал ее исключительно в сфере этики. В своей замечательной теории симпатической «интенциональности» и любви (см. особенно: *Fichte I. G. Wesen und Formen der Sympathie*. 2-те Aufl. 1923 и нашу работу «Современные тенденции немецкой философии». 1930. С. 113 и далее, 105 и далее) Макс Шелер предпринял исследование данной проблематики в более широком аспекте.

как центров взаимосвязанных притязаний и обязанностей, и предоставляет праву в целом характер такого явления, которое в силу своей природы связано с социальной жизнью.

Взаимозависимость правопритязаний и обязанностей может проявляться по-разному: она может оказаться *координирующей* (взаимно обусловленные правопритязания и обязанности разрозненных лиц и групп), *субординирующей* (соответствующие правопритязания обладающих властными полномочиями лиц и подчиняющейся общности) или *интегративной* (правопритязания и обязанности социального Целого и всех входящих в него членов, взаимопроникающие друг в друга и утверждающиеся в рамках всеединства, поскольку взаимозависимость усиливается вплоть до частичного слияния сознаний). Но во всех этих случаях в качестве основы права устанавливается именно *система, порядок* императивно-атрибутивных норм.

3. Многосторонний и императивно-атрибутивный характер правовой нормы, понимаемый во всей его полноте, таким образом, приводит непосредственно к третьему существенному признаку права — его характеристике как некоего *порядка*. Любая норма права всегда является элементом определенной системы, некоего социального Целого, некоего комплексного порядка. Изолированная и оторванная от системы императивно-атрибутивная норма, являющаяся лишь одним из отблесков такой системы, оказывается не в состоянии полностью реализовать свою многостороннюю структуру. Корреляция правопритязаний и обязанностей, которую и призвана установить норма права, возможна лишь при условии наличия действительной связи между субъектами, сознающими факт своей включенности в один и тот же *порядок*. Именно благодаря такому «правопорядку» устанавливаются «безопасность» и «мир». Поэтому тенденция к унификации в «правовой порядок»; в порядок, который подчиняет каждую взятую в отдельности норму и интенсифицирует свое действие вплоть до утверждения в качестве правовой действительности, более объективной, чем система этих норм; такая тенденция оказывается имманентной всякому проявлению права в силу самой его внутренней структуры.

4. Самой по себе унификации императивно-атрибутивных норм в определенный порядок еще недостаточно для того, чтобы сделать действительно эффективной структуру взаимной зависимости обязанностей и правопритязаний. Их корреляция не может по-настоящему состояться, если они не обретают своей обязывающей силы в самих «*нормативных фактах*», иными словами, если они не являются частью одного и того же позитивного правопорядка.

В понятии *нормативного факта* сходятся два существенных признака «*позитивности*» права:<sup>xxxviii</sup> а) его *установление* некоей *властью*, не тождественной самой норме; б) его *эффективность* в *данной социальной среде*, его способность реально подчинять своим требованиям. Мы уже ссылались на «нормативные факты», на соответствующие им материализованные в конкретных сферах социальной действительности идеи и вневременные ценности, когда давали определение понятию социального права, а в скором времени мы рассмотрим данную проблематику детальнее.<sup>140</sup> В этом месте нашего

<sup>140</sup> См. ниже, в § 2 и 3 данной главы.

исследования мы стремимся не столько объяснить, в чем же состоит «позитивность» права, сколько констатировать необходимость подобной позитивности, которая, бесспорно, проистекает непосредственно из имманентной структуры права в целом.

Взаимозависимость обусловленных друг другом обязанностей и правопритязаний может осуществиться только в том случае, если заинтересованные лица в подавляющем большинстве будут подчиняться одним и тем же правовым нормам: иными словами, если такие нормы будут эффективными в определенной социальной среде.

Сама же корреляция императивных и атрибутивных норм оказывается возможной, как мы уже отметили, только в том случае, если их обязывающая сила находит опору в одних и тех же источниках властных предписаний, а не в автономном правосознании каждого заинтересованного лица, которое по своей природе изменчиво и разнообразно.

В силу своей многосторонней и императивно-атрибутивной структуры правовая норма *не может быть исключительно автономной нормой* (т. е. извлекать свою обязывающую силу из себя самой) и *не может быть* (из-за той взаимообусловленности, которую она предполагает) *неким полностью императивным правилом*, поскольку в качестве предпосылки такая взаимообусловленность имеет реальную эффективность правовой нормы. Право, не утверждая себя в качестве нормативного, не может способствовать реализации справедливости, требующей установления безопасности и предвзвешенного общественного умиротворения. Именно справедливость как конститутивный элемент права требует от последнего быть позитивным. Следовательно, *всякое право в силу своей сущности является правом позитивным*. В этом смысле понятие *естественного права* как полностью автономного права представляет собой внутреннее противоречие терминов.

Совершенно по-иному стоит вопрос о том, возможно ли в рамках самого позитивного права выделять две разновидности в зависимости от метода констатации «нормативных фактов», из которых позитивное право черпает свою обязывающую силу. Если в целях подобной констатации прибегают к формальным техническим процедурам, то приходят к *формальному позитивному праву*; если же такая констатация происходит посредством прямого и непосредственного видения соответствующего «нормативного факта», то речь идет об *интуитивном позитивном праве*.<sup>141</sup> Большинство теорий естественного права (если только они не смешивают право и справедливость) говорят, по существу, об «интуитивном праве», противостоящем «формальному праву» в границах самого позитивного права.

Провозглашая, что в силу своей природы право не может быть полностью «автономным» и полностью «нормативным», что свойственно нормам нравственности, мы по мере возможности отдаляемся (для того чтобы избежать возможных недоразумений, скажем, что только с этого места) от утверждений о том, что право является полностью гетерономным или лишенным

<sup>141</sup> Мы занимаем термин «интуитивное право» у российского правоведа Л. И. Петражицкого (см.: *Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности*. Т. 2. С. 472–516), но мы используем данный термин в смысле, весьма отличающемся от того, который придавал ему Петражицкий.

всякого элемента нормативности. Если что и отличает право как особенно сложное социальное явление, так это его характер посредника между противоположными терминами гетерономности и автономности, нормативности и действительности. Право выступает в роли посредника между этими терминами так же, как и справедливость опосредует отношения между моральным идеалом и Логосом. Именно в определении «нормативного факта» как основы для необходимой позитивности права сложность феномена права находит свой кульминационный пункт, а сам феномен права становится доступным для понимания.

Мы не считаем своей обязанностью настаивать на том, что необходимая позитивность права никоим образом не связана с вмешательством государства в правовую жизнь, поскольку власть «нормативных фактов» объективна и неперсонифицируема («нормативный факт» — элемент еще более объективный, чем сама правовая норма), а их существование никоим образом не проявляется в зависимости от существования государства и организованных социальных институтов в целом.<sup>142</sup>

5. Из строго определенного и логизированного характера права, предписаниям которого можно следовать посредством юридически значимых действий, равно как и из многосторонней и императивно-атрибутивной структуры правовой нормы, вытекает и иной существенный признак сферы права, а именно то, что право способно в определенных случаях сопровождаться санкциями, что оно допускает возможность осуществления своих предписаний путем принуждения. Напротив, нормы нравственности в силу неопределенного и иррационального характера и в силу бесконечности своих предписаний и их односторонней структуры не допускают никакой связи с принуждением как способом реализации этих норм.

Подчеркнем, что возможность реализации путем принуждения никоим образом не равнозначна необходимости принуждения. Позитивное право обладает полноценной значимостью и безо всякого институционализованного принуждения; существует множество случаев, когда право функционирует и не будучи санкционированным принуждением. Например, нормы конституционного права, регламентирующие отношения между двумя палатами парламента или между парламентом и главой государства, так же не санкционированы принуждением, как и определенные нормы международного права, и правовые нормы любой неорганизованной общности в целом (например, нормы первичных международных и национальных сообществ, служащие для разрешения конфликтов между входящими в общность правопорядками, и т. п.). Можно пойти дальше и отнюдь не без оснований сказать, что вся сфера санкционированного принуждением права обретает свое последнее основание в том слое права, который принуждением не санкционирован, так же, как все организованное право имеет опору в праве неорганизованном.

Подобная ситуация становится особенно очевидной, если отдавать себе отчет в наличии того порочного круга, в котором вращаются те теоретики, которые считают необходимым определять право путем приписывания ему принуждения

<sup>142</sup> См. ниже, в главах II и III.

в качестве сущностного признака.<sup>143</sup> Российский правовед Л. И. Петражицкий блестяще сформулировал, в чем состоит подобный порочный круг, и здесь нам не остается ничего иного, как воспроизвести его критику, которую мы вполне можем считать и своей: «Дело в том, что с точки зрения теории принуждения, — читаем мы у Петражицкого, — нормой права ( $x$ ) является лишь такая норма, на случай отсутствия добровольного исполнения которой другая норма права ( $x^1$ ) предусматривает применение принудительных мер, например предписывает известным лицам (судебному приставу, полицейским служителям...) применить принудительное исполнение. Но эта норма ( $x$ ), в свою очередь, лишь в том случае может быть, по теории принуждения, правовой нормой, если существует дальнейшая норма ( $x^2$ ), которая на случай отсутствия добровольного исполнения этой нормы ( $x^1$ ) предусматривает, в свою очередь, принудительные меры (например, на случай нежелания судебного пристава, чинов полиции и т. п. добровольно исполнить свою обязанность, предписывает известным лицам принять принудительные меры против этих ослушников). Норма  $x^2$  точно так же должна иметь дальнейшую санкцию соответствующего содержания —  $x^3$ , за нормой  $x^3$  должна следовать санкция  $x^4$  и т. д. — до бесконечности». Теория принуждения как сущностного признака права приводит к проекции в бесконечность тех норм, которые устанавливают принуждение.

«Отсюда далее (в виде *reductio ad absurdum* (лат. — сведения к абсурду. — *Прим. пер.*)) получаются, например, следующие выводы. Если предположить, что у какого-либо народа существует хоть одна норма, подходящая под определение теории принуждения, то отсюда следует, что у этого народа есть бесконечное число норм права... Само собой разумеется, что проверить и доказать, что какая-либо норма соответствует такому определению и поэтому должна быть признана нормой права, невозможно, ибо это требовало бы бесконечного доказательства, а всякий конец доказательства и проверки, за отсутствием дальнейшей санкции, был бы доказательством того, что все предыдущие нормы не суть нормы права (например, если бы дошли

<sup>143</sup> Такие определения весьма распространены среди правоведов, которые чаще всего все же сочетают данный признак с указанием на какие-либо иные признаки права. См., например, недавнюю работу Леви-Ульмана: *Levy-Ullmann W. Ibid. P. 165 et suiv.* Немало настаивал на том, что принуждение является неотъемлемым признаком права, и Иеринг (*Ihering R. Zweck im Recht. I Bd. 3-te Aufl. S. 320 usw., 329 usw.*); однако Иеринг, как и большинство других авторов, спутал принуждение в целом с безусловным принуждением, принадлежащим исключительно государству. Из недавней немецкой литературы можно вспомнить И. Биндера (*Binder J. Rechtsphilosophie. 1925. S. 351 usw., 389 usw., 801 usw.*) и Фр. Кауфмана (*Kaufmann Fr. 1) Die Kriterien des Rechts. 1924. S. 55 usw., 69 usw.; 2) Logik der Rechtswissenschaft. 1922, S. 91 usw.*). Эти авторы претендуют на то, чтобы возвысить принуждение до роли единственного и исчерпывающего признака права. То же самое, по существу, и у Ганса Кельзена (*Kelsen H. 1) Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. 1920. S. 70–74; 2) Allgemeine Staatslehre. 1925. S. 47–55*), который отождествляет право с государством, а эти два элемента — с санкционированным принуждением порядком (*Zwangsordnung* (нем. — принудительный порядок. — *Прим. пер.*)), причем такой порядок Кельзен так же, как Иеринг, путает с безусловным принуждением (см. также: *Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. 1911. S. 212 usw.* (см. наше критическое изложение теории Кельзена в работе «Идея социального права и современность», глава II части первой)). Во всех этих упрощающих феномен права концепциях тот порочный круг, о котором мы говорим в основном тексте, очень бросается в глаза.

до нормы  $x^{20}$ , но такой нормы ( $x^{21}$ ), которая на случай нарушения нормы  $x^{20}$  как “непринудительная” норма права есть неправовая норма, поэтому и норма  $x^{19}$ , как лишенная правовой санкции — санкции в виде нормы права, предписывающей принуждение, — оказалась бы неправовой нормой и т. д.). Другими словами, если попробовать применить на деле критерий теории принуждения, то весьма легко было бы относительно любой нормы убедиться, что она с точки зрения теории принуждения не есть норма права. Но и без такой конкретной проверки очевидно, что нет и не может быть никакой такой нормы, которая бы соответствовала требованиям теории принуждения». <sup>144</sup>

Представляется, что мы можем извлечь из этой критической ремарки вывод не только о том, что принуждение не является неотъемлемым признаком права, но и о том, что все санкционированное принуждением право должно по необходимости опираться на несанкционированное право.

Говоря о необходимой связи права и принуждения, зачастую допускают и другую весьма грубую ошибку: отождествление всякого принуждения с безусловным принуждением со стороны государства. Настаивая на неизбежном характере принуждения, приходят к этатистской теории права — если и не всего права, то по меньшей степени «права позитивного». <sup>145</sup> В качестве критики такой основанной на двойной ошибке концепции вспомним, что не только принуждение не в состоянии сопровождать все проявления права, но и ряд довольно-таки важных и эффективных видов принуждения обладают условным характером и осуществляются негосударственными организациями (международными организациями, церковными союзами, глобальными экономическими организациями, профсоюзами, различными специализированными ассоциациями). Говоря о чистом социальном праве и об устанавливаемой таким правом форме власти, мы уже привели широкую аргументацию в пользу той роли, которую играет условное принуждение, и поэтому здесь нам лишь остается отослать читателя к тому, что было сказано выше.

Несмотря на все оговорки, остается бесспорным, что право для своей реализации допускает возможность принуждения: либо условного, либо безусловного, тогда как в сфере нравственности возможность такого принуждения полностью отвергается. Поскольку подобная возможность принуждения вытекает из самой структуры правовой нормы, то ее необходимо принимать во внимание при определении права.

Собрав, таким образом, все существенные признаки права, которые один за другим были конкретизированы выше, мы приходим к следующему общему определению права.

*Право есть позитивный порядок, представляющий собой попытку реализации справедливости (как предварительного примирения трансперсональных и персональных ценностей на основе логизации морального идеала, для которого такая логизация выступает в качестве неотъемлемого и априорного средства) в определенной социальной среде посредством системы обладающих императивно-атрибутивным характером многосторонних правил, которые*

<sup>144</sup> *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. 1. СПб., 1909. С. 273 и далее (цит. по: *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 221–222. — *Прим. пер.*).

<sup>145</sup> См. ниже, в § 2 и 3.

устанавливают строго определенную взаимозависимость между коррелирующими обязанностями и притязаниями, обретают свою обязывающую силу в «нормативных фактах» и которые в определенных случаях допускают возможность своей реализации путем принуждения, не требуя такого принуждения как необходимого условия.

То общее определение права, которое нам удалось сформулировать, приводит, по нашему мнению, к четкому разграничению права и нравственности без опоры на какой-либо из традиционных терминов юридического индивидуализма. Эти термины сознательно исключены из нашего определения, которое не основывается ни на принципе *воли*, ни на принципе *свободы*, ни на идее *ограничения*, ни на идее *запрета*, ни на исключительно функции *отрицания*, ни на противопоставлении *внешнего* и *внутреннего*, *действия* и *мотива*.

С точки зрения синтеза универсализма и индивидуализма (синтетического трансперсонализма), в сфере которого находится наше исследование, оказывается также невозможным отделять внешнее от внутреннего, действие от мотива, как невозможно понимать лицо в отрыве от той социальной тотальности, которой порождено такое лицо, а моральное или социальное Целое — в отрыве от образующих такое Целое личностей. Внешнее и внутреннее, действие и мотив понимаются как находящиеся в состоянии *продолжительного перехода* как в рамках права, так и в рамках морали, и без такого неразрывно связывающего их и взаимно обуславливающего перехода они теряют всякий смысл. И право, как и нравственность, обладает не только негативными, но и *позитивными функциями*: оно не только препятствует, но и *помогает*; оно играет не только превентивную, но и познавательную роль; действие права не имеет своим единственным результатом то, что социальная жизнь не превращается в ад, но такое действие права приводит к тому, что социальная жизнь улучшается в плане большей позитивности и эффективности.

Отсюда становится более понятным, почему характеристика социального права как порядка мира, а не войны, сотрудничества, а не разделения, совместной работы и взаимной помощи, а не просто регламентации пределов действия отнюдь не выходит за общие рамки феномена права. Речь же шла только об одном из неотъемлемых аспектов сферы права — аспекте, полностью соответствующем общему назначению права.

Однако мы ни в коем случае не смешиваем право с нравственностью. Право отличается от нравственности: а) по своему логицизированному характеру, по строгой определенности его ограниченных и окончательных требований, чему противостоят алогичность, неопределенный, бесконечный и подвижный характер нравственных предписаний; б) по определенной степени общезначимости и типичности, которые свойственны правовым нормам, тогда как моральные нормы имеют строго индивидуализированный и абсолютно конкретный характер; в) по многосторонней и императивно-атрибутивной структуре правовой нормы, которой противостоят односторонняя и исключительно императивная структура нормы морали; г) по необходимости позитивному характеру нормы права, который делает такую норму неким средним между автономной и гетерогенной нормами, тогда как моральная норма всегда есть норма исключительно автономная; д) по тому признаку, что право оказывается способным к реализации путем принуждения —

что абсолютно невозможно для моральной нормы. Так же, как и моральная норма, служа моральному идеалу и получая от него свое оправдание, право в силу своей внутренней структуры отличается от нравственности настолько, насколько возможно.

Вот почему мы не можем допустить такую характеристику права, как «минимум нравственности»,<sup>146</sup> тогда как именно с ней и думают отождествить нашу концепцию. Самостоятельное по своей природе и в силу своего посредующего положения между логикой и моралью право никоим образом не может рассматриваться как разновидность «минимальной нравственности». Право столь же мало является разновидностью нравственности, как и ее «минимумом». В целях выполнения своей позитивной функции право так же, как и нравственность, обладает своим «максимумом». Право неразрывно связано с нравственностью, но по природе своей отлично от нее; их отношение аналогично отношению между справедливостью и моральным идеалом.

Нет необходимости говорить, что в нашем общем определении права идея тотальности вводится в сами недра правовой сферы. Связанная с синтезом индивидуализма и универсализма идея справедливости; принцип порядка, понимаемого как центр, из которого исходят лучи отдельных правовых норм; предполагающая реальность «других Я» многосторонняя структура правовых предписаний; взаимозависимость связанных между собой притязаний и обязанностей; наконец, приписываемые праву позитивные функции взаимопомощи и передачи знаний — вот проявления элемента «целостности» применительно к сфере права. А предрассудок о необходимо индивидуалистическом и чисто абстрактном характере права должен быть отброшен уже при вступлении в правовую сферу. Идея Целого, «конкретного универсума» демонстрирует свою необходимость в целях формулирования общего понятия права без какой-либо его деформации. Исходя из этого, оказывается открытым и путь к идее «социального права».

В таком специфическом секторе общественной жизни, как правовой, идея Целого обретает особенно яркое выражение. Это является следствием того, что социальное право получает свою обязывающую силу от «нормативных фактов» социального «союза», которые противопоставляются «нормативным фактам» «отношений с Другими». Поэтому так важно обратиться далее к анализу понятия «нормативный факт» в его различных проявлениях. Мы должны начать этот анализ, необходимость которого представляла перед нами в различных аспектах, с методологических рассуждений, которые расчистили бы путь к пониманию столь сложного и столь важного феномена, как «нормативные факты».

---

<sup>146</sup> Эта характеристика права была дана Г. Еллинеком в работе «Sozial-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe» (1-te Aufl. 1908. S. 51 usw.); и совершенно независимо от Еллинека, в намного более глубоком плане, — русским философом Владимиром Сергеевичем Соловьевым в его работе «Право и нравственность» (1899). — См. мою статью (на нем. яз.): «Два наиболее выдающихся философа права в России: Борис Чичерин и Владимир Соловьев» (Philosophie und Recht. 2-te Jahrh. 2-te Heft. 1922. S. 92 usw., 94 usw.).

## § 2. Методологические предпосылки понятия «нормативный факт». Правовой «идеал-реализм». За пределами противопоставления «социологизма» и «нормативизма»

В проблеме «нормативных фактов», утверждающихся в качестве основь обязывающей силы и эффективности правовой нормы, заключается вся сложность феномена права.

Существует настоящая диалектика противоположных терминов, препятствующих адекватному пониманию феномена права, и с такой диалектикой можно «справиться» только при помощи идеи «нормативного факта». Противопоставление автономии и гетерономии, должного (нормативного) и сущего (фактического), «права» и «силы», идеализма и реализма, права как необходимой предпосылки или формы общественной жизни и того же самого права как второстепенного продукта общественной жизни — все подобные противопоставления в сфере права имеют исключительно относительное и диалектическое значение, а не «справившись» с такими противоположностями, невозможно приступить к познанию правовой действительности.

Если понимать право как нечто абсолютно гетерономное, т. е. навязываемое властью, полностью гетерогенной по отношению к праву, будь это коллективная власть некоей метаюридической тотальности либо повеление более могущественного или более сильного и т. п., то под интенсивностью правоприменения уже не разглядеть самой идеи права. Если же понимать право как нечто абсолютно автономное от власти, то оно растворяется в нравственности. Остается лишь признать, что право не является ни абсолютно гетерогенным, ни абсолютно автономным, но оказывается выше такого противопоставления, заимствуя свою обязывающую силу из объективных фактов, воплощающих самим своим существованием существенные позитивные ценности (правового или морального характера) и тем самым призванные выступать в роли неперсонифицируемых источников власти при формировании правовой нормы. Это приводит нас к идее «нормативного факта».

При понимании права как чистого «долженствования», как исключительно «нормативного» элемента<sup>147</sup> забывается, что не имеющее действия в определенной социальной среде право, предписаниям которого никто не следует, уже не есть право в точном значении этого слова, а просто некий постулат; еще пагубнее игнорирование того, что чистое «долженствование может обладать только априорным содержанием», тогда как правовая норма, безусловно, имеет эмпирическое содержание, которое никак нельзя облечь в форму «категорического императива». Если же, наоборот, понимать право как «сущее», как действительный социальный факт и ничто, кроме факта, то упускается из вида, что правовая норма по своей природе является критерием оценки, а такой критерий совершенно невозможно обнаружить в фактической действительности. Единственное, что остается теперь, — допустить, что право не принадлежит в целом ни сфере «должного», ни сфере «сущего»,

<sup>147</sup> Недавно ставшая популярной точка зрения австрийского правоведа Г. Кельзена (см., в частности: *Kelsen H.* 1) *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre.* 1911; 2) *Juristischer und Soziologischer Staatsbegriff.* 1922; 3) *Allgemeine Staatslehre.* 1925).

а относится к некоему среднему, которое выходит за рамки такого противопоставления: к сфере *нормативных значений*, относящихся к «*о духотворенной действительности*» культуры (*Kulturwirklichkeit* (нем.) — культурная действительность. — *Прим. пер.*). Это обстоятельство еще раз приводит нас к идее «нормативного факта».

Классическое противопоставление «права» и «силы» приводит нас к тому же самому выводу. Признавать «право сильного», утверждать, что сила (физическая, психическая или социальная) в состоянии создать право, — это означает полное уничтожение права и дает повод для знаменитой критики Руссо: «Если необходимо подчиниться силе, то уже нет необходимости в подчинении долгу; и если кого-то более не принуждают к послушанию, то он становится свободным от обязательств... Ведь при условии, что сила создает право, следствие изменяется вместе со своей причиной; всякая превосходящая другую сила образует собственное право... Согласимся же с тем, что сила не создает право».<sup>148</sup> Вместе с тем полное разделение силы и права сослужило бы плохую службу самому праву. Беспомощное, не имеющее опоры в определенной реальной силе право — есть ли это право? Борьба за право всегда проходит с применением силы. Попытка реализовать справедливость, чем и является право, не может (в силу природы самой справедливости) быть предпринята, если право не опирается на реальную силу. Всякое право имеет необходимость в сопутствующей ему силе; цель права — повести правомерные силы против сил неправомερных и самому стать силой.

Полное противопоставление права силе так же ошибочно, как и их отождествление.<sup>149</sup> Следовательно, остается допустить необходимость разграничения различных видов силы, поскольку само право, борющееся с грубой силой, представляет собой проникнутую ценностями и служащую идее справедливости силу. Это еще раз приводит нас к «нормативному факту», который необходимо четко отличать от нормативной силы фактического, для которого характерна определенная длительность (*normative Kraft des Faktischen* (нем. — нормативная сила фактического. — *Прим. пер.*)); силы, о которой, вдохновляясь признанием «права сильного», говорил Еллинек. Какой бы ни была продолжительность повторения «факта», по нашему мнению, он может стать «нормативным фактом», если только с начала своего существования был проникнут вневременными правовыми и моральными ценностями; если по своей сути он представляет материализацию духовного, т. е. ставшие социальными фактами объективные идеи; если же такие признаки у данного «факта» присутствуют, то нет никакой необходимости в повторении этого факта в целях обретения им нормативной силы.<sup>150</sup>

<sup>148</sup> Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Кн. 5, гл. 3.

<sup>149</sup> В связи с таким выводом см. очень удачный анализ Ионаса Кона (*Cohn J. Theorie der Dialektik*. 1923).

<sup>150</sup> Это не означает, что длительность того или иного «нормативного факта» не может оказывать влияния на соответствующую этому факту ценность. С учетом того, что идея справедливости и производные от нее ценности (что мы и продемонстрируем в ближайшем) являются идеями-акциями, творческими ценностями и что их воплощение в эмпирических фактах и состоит в их активном участии в самореализации, длительность «нормативного факта» представляет собой «творческую длительность», активное поступательное движение к цели выполняемой работы (т. е. «совершенствование фактического» (М. Ориу) посредством последовательной адаптации такого фактического материала к определенным идеям).

Есть ли право идеальный или реальный элемент и что является истинным: «правовой идеализм» или «правовой реализм»? Утверждать, что право является исключительно идеальным элементом, означает забывать о том, что справедливость как наиболее идеалистический элемент в праве связана именно с реальными условиями воплощения морального идеала и оказывается лишенной всякого смысла без существования несовершенной действительности, по отношению к которой она играет промежуточную роль. Более того, настаивать на исключительно идеалистическом характере права означает закрывать глаза на то, что в силу своей имманентной структуры право, необходимо являющееся «*позитивным*», всегда представляет собой элемент действительности. Промежуточное положение, которое справедливость занимает между идеалом и действительностью, так же, как и основополагающая проблема «позитивности» права, заранее обрекает весь «правовой идеализм» на неудачу. Вместе с тем и «правовой реализм» оказывается не менее бессмысленным.

Предполагать, что право представляет собой действительность, которая может быть обнаружена в окружающем мире, так же, как и любая иная материальная или социальная действительность без приложения дополнительного усилия к узрению ценностей; желать постижения феномена права, отвергая при этом идею справедливости, — не означает ли это быть заранее обреченным на утрату объекта исследования и из-за любви к «действительности» закрыть глаза на специфическую правовую действительность? «Полностью эмпирическая правовая доктрина, — говорил Кант, — как деревянная голова в басне Федра, может быть и красива, но, к сожалению, безмозгла»,<sup>151</sup> и мы считаем, что вправе рассматривать данное суждение как противостоящее всему отстаиваемому с односторонних позиций «правовому реализму».

Но если ни идеалистический, ни реалистический методы не позволяют прийти к адекватному видению правовой проблематики и если право никогда не позволяет полностью поместить себя ни в идеальную, ни в эмпирическую сферы<sup>152</sup> (поскольку во всех своих проявлениях право одновременно принадлежит к обеим этим сферам), то единственное, что остается предположить, — это то, что только *идеал-реалистический* метод может быть достаточным для понимания правовой действительности. Такой «правовой идеал-реализм» искал бы феномен права между теми одухотворенными сферами действительности, которые в силу самого своего существования воплощают вневременные позитивные ценности и которые, таким образом, отличаются по своей внутренней структуре от всех остальных сфер действительности. Идеал-реалистический метод в правоведении имеет свое основание в специфическом характере идеи справедливости и производных от нее ценностей.

<sup>151</sup> Кант И. Метафизические элементы учения о праве.

<sup>152</sup> Со свойственной для него глубиной Леон Бруншвиц четко обозначил эту очень сложную характеристику права: «Приписывать суждению о праве полную и непосредственную реальность так же невозможно, как и атрибуировать ему полную и непосредственную необходимость... Право не оправдывает свое существование участием в идеальной необходимости и тем более таким участием полностью не объясняется. Отсюда и сложный характер правовой модальности. И следует настаивать на подобной сложности права» (*Brunschvicg L. La modalité du jugement. 1897. P. 220, 218*).

Мы продемонстрировали, что данные ценности являются производными от ценностей моральных, чью сущность составляет перенесенная в саму сферу объективных идей креативная деятельность. Неразрывно связанные со сферой нравственности и выступающие в качестве необходимого этапа в осуществлении нравственности идея справедливости и правовые ценности сохраняют свою сущностную характеристику активности и креативности, несмотря на их логицизированную и интеллектуализированную структуру. Они являются идеями-действиями, творческими ценностями, помещенными в живую вечность, и в силу этого воплощаются в эмпирической действительности более легко, чем собственно логические идеи, оторванные от длительности. Эмпирическое действие некоей реальной общности и вечное действие правовых и моральных ценностей могут вступить во взаимосвязь путем растянутого во времени процесса; в таком случае они взаимно участвуют друг в друге и представляют собой не что иное, как одну и ту же деятельность, рассматриваемую в двух различных аспектах. Следовательно, указанные выше эмпирические общность и целенаправленное действие вносят свой вклад в обогащение содержания идей-действий, которые в силу именно этого обстоятельства воплощаются в сферах социальной действительности, материализуются в эмпирических фактах. Имеющие место в сфере справедливости и права «охлаждение пыла» исключительно нравственной креативной деятельности и замедление творческого порыва оказываются особенно благоприятными для определенной стабилизации и униформизации воплощающих творческие ценности эмпирических социальных ценностей.<sup>153</sup> И это обстоятельство еще раз приводит нас к нормативным фактам как первичному источнику права.

И, наконец, какое иное, кроме идеал-реалистической теории «нормативных фактов», разрешение может обрести эта с первого взгляда запутанная и потому столь непростая дилемма: право как необходимая форма или предпосылка социальной жизни или право как продукт, как второстепенное проявление той же самой социальной жизни?

Социальное бытие, как утверждает Рудольф Штаммлер (а до и после него также и ряд других авторов), возможно только на основе права, которое является неотъемлемой «формой», конституирующей социальную жизнь. Бесспорно, они правы... в некоторой степени. Прежде всего эти авторы полностью правы в том, что касается организованной надстройки социальной жизни: всякая организация уже заранее предполагает существование права и, как нам известно, по общему правилу, такое право представляет собой социальное право основополагающей неорганизованной общности. Но основываются ли эти неорганизованные общности на заранее существующем праве, которое конституирует их? Положение становится весьма затруднительным, а ответ на данный вопрос требует уточнения ряда подробностей.

Безусловно, существуют некие общности, которые не опираются на право и которые, более того (сразу отметим это обстоятельство), не способны породить

---

<sup>153</sup> См. более подробное исследование философских предпосылок «идеал-реалистического» метода в правоведении ниже в настоящей работе при изложении идей Мориса Ориу (§ 1 и 2 главы III части пятой).

право: таковы общности, основанные на любви, дружбе, обожании и т. п. Это те общности (пассивные состояния), которые отвергают возможность существования какой-либо организованной надстройки. Подобно тому, как справедливость и производные от нее правовые ценности являются идеями-действиями и творческими ценностями, то и для того, чтобы породить право, общность должна быть *активной*, имеющей «задачу для осуществления», общностью «в действии»; а поскольку подобная креативная деятельность в правовой сфере логицизирована, то и имеющие отношение к феномену права объективные общности оказываются способны стать основополагающими инфраструктурами для расположенных над ними организаций (причем любая организация предполагает рационализацию). Это правило распространяется на большинство общностей, независимо от того, основаны ли они на принципе родства, территории, профессиональной принадлежности или на каком-либо ином особом роде занятий. Но основывают ли эти активные общности свое существование на феномене права либо они являются лишь некими правообразующими центрами, по отношению к которым право оказывается в полной зависимости?

Для того чтобы ответить на данный вопрос, мы должны обратиться к анализу противоположного тезиса, а именно тезиса о том, что право является лишь вторичным проявлением социальной жизни, первичной в своей реальности. Можно привести множество доводов (в некоторой мере справедливых) в поддержку такой концепции: социальная связь не сводится полностью к связи юридической, но включает в себя и иные, «более интенсивные, более «страстные и душевные» типы связи; социальное бытие в целом имеет свое собственное право, адаптированное к специфическому характеру такого бытия и изменяющееся сообразно историческим вариациям социальных форм; наконец, для того чтобы обрести действительность, любое право должно опираться на какую-либо власть, эффективную в данной социальной среде, и т. п. Достаточно предположить, что такие правообразующие центры являются вышестоящими по отношению к феномену права и образуют собой метаюридические тотальности, которым подчиняется право как некая обслуживающая эти тотальности *техника*; иначе говоря, достаточно рассматривать право как выражение определенного реального интереса или мощи социального бытия для того, чтобы право сразу же утратило свою специфику и прекратило свое существование в качестве оценочного принципа. А поскольку право прекратило свое существование в качестве особого социального явления, то уже не может идти речи о создании права социальным бытием...

Итак, с одной стороны, для того чтобы быть способным к созданию права, любая активная общность, равно как и любая организация, должна уже нести на себе «печать» права; а с другой — для того чтобы быть собственно правом и быть в состоянии регулировать соответствующую общность, право должно быть порождено непосредственно данной общностью и обрести в ней свою эффективность.

Как выйти из этого затруднения, не предположив, что существуют такие общности, которые *одним и тем же действием и порождают право, и основывают на нем свое существование, которые творят свое бытие путем*

создания феномена права, служащего им в качестве основания? Нельзя говорить ни о том, что право в этом случае первично по отношению к общности, ни о том, что общность первична по отношению к праву: они зарождаются и утверждают свое существование совместно и оказываются нераздельными в своем существовании и в своем действии. *Те общности, в рамках которых процессы конституирования посредством права и создания права совпадают, являются нормативными фактами в точном значении этого термина.*

Если можно было рискнуть расчленив единство того действия, посредством которого получается охарактеризованное выше совпадение, то можно было бы сказать, что «нормативные факты» создаются именно через идею справедливости (получая отпечаток соответствующих ценностей: например, ценностей безопасности, стабильного порядка и т. д.) и что их порождает именно право. Однако право так же, как и справедливость и проистекающие из нее ценности, менее всего должно рассматриваться в качестве «конституирующей категории» для «нормативных фактов»; право представляет собой лишь продукт этих фактов. Для того чтобы во всяком случае избежать ошибки гипостазирования идеи справедливости в «естественное право», принимая во внимание сущностное единство действия, которым «нормативные факты» порождают право и основывают на таком праве свое бытие, при характеристике «нормативных фактов» представляется более предпочтительным просто придерживаться констатации рассмотренного выше единства.

Сами по себе «нормативные факты» являются элементами правовой жизни, составными частями феномена права. Право не сводится к комплексу абстрактных правил поведения. В сфере права существуют такие элементы, которые одновременно и более конкретны, и более объективны, чем такие правила; к этим элементам относятся «нормативные факты». Противопоставляя в сфере правовой действительности объективизм правового института объективизму правил поведения, Морис Ориу уже предвосхищал данное понятие. Более объективный, чем само правило поведения, «институт» как раз и является «нормативным фактом».

Начавшее обрисовываться в ряду тех диалектических трудностей, которые оно позволяет разрешить, понятие «нормативного факта» представляет собой вызов — настолько очевидный, насколько это возможно, — упрощающему положению вещей противопоставлению «нормативного» и «социологического» методов. Противопоставление «нормативизма» и «социологизма» стало обычным явлением в рамках правоведения в конце XIX — начале XX в. благодаря как ряду критических работ (апогеем которых были работы австрийца Ганса Кельзена), так и скрупулезности позитивистски настроенных социологов, озабоченных по поводу чистоты их детерминистического метода. Такое противопоставление показало свою полную бесплодность для познания феномена права. Те, кто желал побороть опасный методологический синкретизм, который не без основания обнаруживали у правоведов второй половины XIX в., для достижения этой цели считали необходимым свести все возможные способы изучения права к альтернативе: «причинности» (социологический метод) и «долженствованию» (юридически-нормативный метод).

Поскольку в пределах терминов подобного противопоставления (одинаково ошибочного также и с точки зрения чистой социологии<sup>154</sup>) правовая действительность оставалась практически непознаваемой, то в привычку вошло исключение из юридического анализа наиболее важных из поднимаемых феноменов права проблем.<sup>155</sup> В конце концов правовая теория вместе с Кельзеном пришла к отождествлению «очищенного правоведения» (*reine Rechtslehre* (нем.) — чистое учение о праве. — *Прим. пер.*) и формальной логики, перед лицом которой юридический метод утратил всю свою специфику.<sup>156</sup> Вместе с таким малоутешительным результатом новая методологическая школа «юридического нормативизма», по очень рассудительно замечанию одного из современных авторов, *сознательно достигла нулевого уровня*.<sup>157</sup>

Можно констатировать тот парадоксальный факт, что наименее озабоченные чистотой используемой методологии исследователи в наибольшей степени продемонстрировали свою проницательность применительно к действительным проблемам правовой жизни<sup>158</sup> и что наиболее ценные замечания таких социологов, как Дюги, и таких «нормативистов», как Еллинек,<sup>159</sup> были сделаны ими, несмотря на используемую ими методологию и в прямом противоречии с этой методологией. Это объясняется крайней сложностью феномена права, которую мы и пытались здесь продемонстрировать и которая для выработки методологии требует «синтезирующего усилия на едином дыхании». Лучше использовать синкретизм и быть наивным, чем жертвовать правовой действительностью ради упрощенческих и абстрактных схем, которые только делают невозможным подход к видению права.

Со своей стороны мы убеждены в том, что единственное средство познания правовой действительности заключается именно в преодолении противопоставления нормативного и социологического методов благодаря «идеалистскому методу». Прийти к адекватному видению феномена права возможно только в том случае, если сознательно выйти за пределы противопоставления нормативизма и социологизма, если попытаться понять и сконструировать все социальные «задатки» и «функции» права в рамках самого правоведения; и наоборот, если попытаться обрести идеальный и нормативный элемент права в самой социальной действительности.

<sup>154</sup> См. ниже.

<sup>155</sup> См., например, «Общую теорию государства» Георга Еллинека, который отбрасывает все те проблемы, которые он не может разрешить с помощью слишком узких юридических категорий и которые он адаптировал к «социальной науке» о государстве, изолированной от правовой теории государства; в силу этого обстоятельства Еллинек нарочито отказывается от изучения в общем плане столь важного вопроса об отношениях между государством и обществом, между тем как исследование этого вопроса привело самого учителя Еллинека — Лоренца фон Штейна (см. ниже: глава IV части четвертой) — к весьма глубокому и плодотворным размышлениям (ср.: *Ellinek G. Allgemeine Staatslehre. 2-te Aufl. 1905. S. 88, 96, 147*).

<sup>156</sup> См. по этому поводу мои критические замечания против Кельзена в моей работе «Гирке как философ права» (1922. С. 92 и далее (на нем. яз.)).

<sup>157</sup> *Smend R. Verfassung und Verfassungsrecht. S. 4 usw.* — Этот уровень был превзойден некоторыми из молодых учеников Кельзена, такими, как Фр. Кауфман и Ф. Шрэйер.

<sup>158</sup> См. об этом в указанной работе Сменда.

<sup>159</sup> Здесь я делаю намеренно на наименее детерминистскую и позитивистскую теорию «правового суверенитета» Л. Дюги и на наименее «нормативистскую» концепцию изменений в конституции вне рамок ее официального пересмотра и даже без законодательной деятельности, принадлежащую Г. Еллинеку (по данному вопросу см. нашу оценку роли Еллинека в движении «свободного права» в работе «Идея социального права и современность», глава II части первой).

Для такого метода, единственно способного сделать видимой изучаемую правовую действительность без ее догматизации, понятие «нормативного факта» столь же необходимо и очевидно, как абсурдно и противоречиво это понятие представляется с точки зрения бесплодного и поверхностного противопоставления нормативного и социолого-детерминистического методов.

Во Франции стремление к созданию юридического метода, расширенного и реанимированного с помощью социологических рассуждений, ставших уже имманентными для научных конструкций в правоведении, очень удачно представлено устойчивой тенденцией таких наиболее профессиональных правоведов современности, как Ларнод, Салейль, Жени, Ламбер, по сути и Дюги, а более вдумчиво, чем у других, — М. Ориу; все эти правоведы более или менее энергично ориентируются в одном и том же направлении.<sup>160</sup> Но никому не удалось постичь смысл этого обновления правовой методологии с большим пониманием и четкостью, чем недавно скончавшемуся декану университета Тулузы, который интерпретировал это обновление как идеал-реалистический синтез, превосходящий противопоставление нормативизма и социологизма.

М. Ориу, один из наиболее выдающихся правоведов-философов нашей эпохи, так до конца и не оцененный во всей его значимости из-за особой глубины и сложности мысли, основываясь на «реалистическом спиритуализме», сумел обнаружить в определенных проявлениях социальной действительности воплощения корреспондирующих правовому феномену «объективных идей». Ориу ввел в рамки системы права такие институты, как социологические элементы «равновесия», поставленные на службу «идеи реализуемой цели», «объективная индивидуальность» социальной группы, «сосредоточенность на фактическом», и воспользовался этими институтами для рассмотрения под новым углом зрения конструктивной проблемы правосубъектности и субъективного элемента в нравственности. В столь важной разработанной им теории «института» в самом широком значении данного термина, который необходимо отличать от понятия «институт» в самом узком смысле — института как формы организации,<sup>161</sup> М. Ориу через последовательное применение своего идеал-реалистического метода оказался перед лицом идеи «нормативных фактов»; он в немалой степени расчистил дорогу излагаемой нами здесь теории.

Особенно интересно отметить, что на протяжении нескольких последних лет в немецкой правовой науке имеет место все более усиливающаяся реакция против злоупотреблений формализмом и нормативизмом в праве, а новейшие методологические исследования (особенно вдохновляемые «феноменологическим описанием правовой действительности») ориентируются в уже давно

<sup>160</sup> *Larnaude C.* Le droit public, sa conception, sa méthode // *Les méthodes juridiques.* 1911. P. 1–61. — Об иных указанных здесь авторах см. соответствующие разделы нашей книги; по этому же вопросу см.: *Aillet G.* Le droit et la Sociologie // *Revue de métaphysique.* 1923. P. 97–119, 451–476; *Dany G.* Le droit, l'idéalisme et l'expérience. 1920; *Le Fur L.* Предисловие к книге Ж. Делоса // *Delos J.* La société du droit international et les principes du droit public. 1929. P. 5–18.

<sup>161</sup> Наше подробное изложение идей М. Ориу по данному вопросу см. ниже в главе III части пятой.

защищаемом М. Ориу<sup>162</sup> направлении,<sup>163</sup> которое предчувствовалось, хотя и не так явно, наиболее близким Ориу немецким мыслителем Отто фон Гирке.<sup>164</sup> И именно Ориу принадлежит та пророческая фраза, которая находит все большее подтверждение в развитии социологической науки в последнее время: «Неполнота социологии удаляет от права, а ее полнота — приводит назад».<sup>165</sup>

Итак, социологи, с конца XIX в. все последовательнее отказываясь от догматического синтезирования и установления универсальных законов социальной жизни, учась ограничивать себя критическим анализом и обособливать объект своих исследований, приходят ко все более четкому осознанию пределов причинно-следственного объяснения в социологии. Уже в школе «аналитической и формальной социологии» (с таким успехом представленной во Франции Э. Дюркгеймом и его учениками, а в Германии — Зиммелем,<sup>xxxix</sup>

<sup>162</sup> Может быть, будет небезынтесным отметить, что Ориу весьма благосклонно относился к феноменологической философии. В личном письме автору этих строк (датированном 24 ноября 1928 г.), которое я позволил себе процитировать, Ориу говорил: «Феноменология — вот та философия, которой не хватало для того, чтобы социальные науки основывались бы на методе наблюдения, поскольку она доводит объективность идей вплоть до внешних границ сознания человека. 20 лет назад я уже защищал подобную объективность идей и последовательно продвигаюсь к ней...».

<sup>163</sup> В этом антиформалистском движении в пользу реабилитации «правовой действительности» (*Rechtswirklichkeit*) см. различные точки зрения: *Kaufmann Fr.* Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie. 1921; *Binder J.* Rechtsphilosophie. 1925. P. 212 usw., 686 usw.; *Sauer W.* 1) Die Wirklichkeit des Rechts // Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie. 1928. P. 1–41 («Право должно позволить себе стать социолого-идеалистическим. Историческое развитие идет к идеалистической философии права и общества» (S. 3); 2) Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 1929. S. 212 usw.; *Metzger E.* Recht und Erfahrung // Revue internationale de la théorie du droit. 1927–1928. S. 11 usw.; *Walz L.* 1) Gedanken zu einer Sozialmorphologie // Archiv für Rechtsphilosophie. 1927. S. 349 usw.; 2) Die Staatsidee des Rationalismus und der Romantik. 1928. S. 1–156; *Darmstätter L.* Rechtslogismus und Rechtssoziologie, und ihre Stellung zum Problem der Rechtsgeltung // Archiv für Rechtsphilosophie. 1926–1927. S. 103–135; *Fehr H.* Recht und Wirklichkeit. 1928. S. 83 usw.; *Heller G.* Die Krisis der Staatslehre // Archiv für Sozialwissenschaft. 1926. S. 289 usw., 285 usw.; *Larenz K.* Die Wirklichkeit des Rechts // Logos. 1927. S. 204 usw. — С последовательно «феноменологической» точки зрения в направлении социальной действительности права и против формалистского нормативизма продвинулись Герхард Гуссерль — сын знаменитого философа (*Husserl G.* 1) Rechtskraft und Rechtsgeltung. 1925. S. 39 usw.; 2) Recht und Welt // Festschrift für E. Husserl. 1929. S. 111–158, 129 usw.) и особенно опирающийся на Теодора Литта Рудольф Сменд в своей значительной работе «Verfassung und Verfassungsrecht» (1928. P. 175). Сменд с симпатией цитирует Ориу (S. 69, 72) и Гирке (P. 4). Методу Сменда следует Лейбхольц (*Leibholz G.* Verfassungsrecht. 1929). Даже один из первых учеников Кельзена Фриц Зандлер полностью дистанцировался от нормативистского формализма своего учителя для того, чтобы искать феномен права в социальной действительности (*Sandler F.* 1) Zum Problem der Soziologie des Rechts // Archiv für Sozialwissenschaft. 1926. P. 800 usw.; 2) Kelsens Rechtslehre. 1927). — Если мы и отмечаем с такой подробностью данное направление идей в Германии, то только потому, что в силу малопонятного парадокса «метод» Кельзена именно в тот момент, когда он полностью утратил свое влияние в Германии, привлек в наши дни к себе такое внимание во Франции, где праведы могли бы гордиться своей собственной национальной правовой методологией (которая намного более продвинута, чем методология праведения в Германии), особенно методологией М. Ориу.

<sup>164</sup> Сегодня в Германии говорят о «возрождении интереса к Гирке» как с методологической точки зрения, так и с позиций сущности его идей (см., напр.: *Jerusalem F. W.* Soziologie des Rechts. 1925; *Walz G.* Die Staatsidee des Rationalismus und der Romantik. 1928. S. 16 usw.; *Fehr G.* Recht und Wirklichkeit. 1927. S. 96 usw.; *Heller G.* Die Krisis dre Staatslehre // Archiv für Sozialwissenschaft. 1926. S. 295–296).

<sup>165</sup> *Hauriou M.* Les facultés de droit et la sociologie. 1893. P. 4.

Теннисом,<sup>XL</sup> Фиркандтом,<sup>XLI</sup> фон Визе<sup>XLII</sup>) озабоченность автономией социологии от иных наук (биологии, антропологии, психологии, экономики и т. п.), признание специфического характера социального явления,<sup>166</sup> отказ «от объяснения сложного через простое, высшего через низшее, целого через его части»,<sup>167</sup> утверждение гетерогенности форм социальной жизни,<sup>168</sup> требование «объяснять происходящие в рамках целого явления через собственные характеристики целого, сложное через сложное, социальные факты через общество»,<sup>169</sup> — все это мировоззрение привело к концентрации внимания социологической науки на *дескриптивной интерпретации смысла* социальных явлений, на их *понимании* (*Verstehen*, — как говорят сегодня в Германии), а не на причинно-следственном объяснении этих явлений.

Особенно в школе Дюркгейма, которая (в работах основателя, равно как и в работах наиболее значимых представителей этой школы: Бугле,<sup>XLIII</sup> Мосса,<sup>XLIV</sup> Дави) сосредоточилась на анализе проявлений в социальной действительности наиболее возвышенных элементов духовной жизни (религии, морали, права и т. п.), интерпретативный и смыслообразующий элемент постоянно доминировал над элементом причинно-следственным.<sup>170</sup> И недаром в недавнем прошлом один из наиболее значительных представителей школы Дюркгейма — Марсель Мосс рекомендовал своим научным собратьям ориентироваться на «лингвистический метод»,<sup>171</sup> являющийся собственно интерпретативным методом, методом описания смысла, либо, как в Германии его называет Вильгельм Дильтей,<sup>XLV</sup> — «герменевтикой».

Как известно, дюркгеймовская социология все более и более спиритуализировалась<sup>172</sup> после того, как стала понимать общество «в первую очередь как ансамбль идей»,<sup>173</sup> реинтегрировать в своем эмпиризме «все существенные принципы априоризма» и видеть в «коллективном сознании всеобъемлющий синтез сознаний», или «сознание сознаний», которое, если его рассматривать «свысока и издалека», образуется из новых «творческих сил» и подготавливает «рамки для духа»,<sup>174</sup> более того, Дюркгейм дошел до провозглашения того, что «основные социальные явления: религия, мораль, право, экономика являются не чем иным, как системами ценностей, исходящими из идеалов», и что «социология... сразу встраивается в идеал. Идеал является

<sup>166</sup> Дюркгейм Э. Элементарные формы религиозной жизни. 1912.

<sup>167</sup> Durkheim E. Representations individuelles et collectives. 1898 // «Sociologie et Philosophie» 1924. P. 41.

<sup>168</sup> Дюркгейм Э. О социологическом методе.

<sup>169</sup> Durkheim E. Representations individuelles et collectives. P. 41.

<sup>170</sup> См., например, заявление Дюркгейма: «Для того чтобы суметь отыскать самую примитивную и самую простую религию, которые нам представляет наше наблюдение, необходимо прежде всего определить, что же все-таки понимается под религией» (Дюркгейм Э. Элементарные формы религиозной жизни. С. 54).

<sup>171</sup> М. Мосс писал в «Психологическом журнале» (Le Journal de psychologie. 1924. P. 907): «Неосомненно, что социология станет более прогрессивной, если сумеет подражать лингвистике».

<sup>172</sup> Durkheim E. Les formes élémentaires de la vie religieuse. P. 603–637; Bouglé C. 1) Préface à «Sociologie et Philosophie». P. 5–15; 2) Leçons de sociologie sur l'évolution des valeurs. 1922. P. 32–36; Davy G. Introduction au choix de textes de Durkheim. P. 44–45.

<sup>173</sup> Durkheim E. Détermination du fait moral // Sociologie et Philosophie. P. 85.

<sup>174</sup> Дюркгейм Э. Элементарные формы религиозной жизни.

собственной сферой социологии.<sup>175</sup> Общество не может воссоздавать себя, не создавая идеала... который приходит... из сферы реальности... хотя и превосходя ее».<sup>176</sup>

Поэтому удивительно, что в качестве доминирующего элемента в социологическом анализе дюркгеймовской школы все больше утверждается интерпретирующее понимание воплощенных ценностей и их взаимоотношений. Действительно, ортодоксы дюркгеймовского направления вынуждены рассматривать ценности как простые проявления «коллективных верований», но в силу признания того, что «через создание ценностей действительность превосходит саму себя», и в силу того, что «коллективное сознание» постепенно приближается к понятию Духа у спиритуалистов, ценности «все больше и больше выходят за временные пределы и идеализируются».

Вследствие этого у Бугле, который всегда был наиболее последовательным идеалистом в школе Дюркгейма и который в своих замечательных «*Leçons de sociologie sur l'évolution des valeurs*» (1922) весьма удачно перенес систему идей этой школы в терминологию аксиологии, можно прочесть следующие многозначительные слова: «Являясь инструментами социального общежития, ценности в то же самое время остаются принципами *непрерывного регенерирования духовной жизни...*»; общество является *«гигантским пламенем, поднимающимся к небу и соединяющим родственные души»*.<sup>177</sup> При таком допущении социологический анализ практически полностью становится понимающей интерпретацией идеальных значений действительных социальных структур (причем такая интерпретация основывается на описании воплощенных в социальных фактах вневременных ценностей) и также по большей части присоединяется к основанной на понимании (*Verstehen*) идеал-реалистической философии, которая становится все популярнее в Германии.

Но даже в том направлении французской социологии, которое проявляет наиболее последовательную тенденцию к позитивизму и эмпиризму и которое оказалось выраженным в столь ценных и многозначных работах Л. Леви-Брюля<sup>xLVI</sup> о «первобытном мышлении»,<sup>178</sup> метод критического анализа (намного более выдержанный и осторожный, чем у Дюркгейма) и отчаянное усилие избежать догматизма любого рода приводят к отказу от всякого причинно-следственного объяснения и к отставанию метода чистого описания данных коллективной психологии. Разве не относится к интерпретативному пониманию тот метод, к которому Леви-Брюль<sup>xLVII</sup> пришел в своей концепции «предлогики» и тезисе об «участии» как ее сущностном элементе?

Как мы уже отметили, в современной немецкой социологии концентрация научного анализа на дескриптивной интерпретации, понимаемой как интуитивное понимание реализованных в действительности идеальных структур,

<sup>175</sup> Durkheim E. Jugements de valeur et jugement de réalité // Sociologie et Philosophie. P. 141, 136.

<sup>176</sup> Durkheim E. 1) Ibid; 2) *Leçons de sociologie sur l'évolution des valeurs*. 1923.

<sup>177</sup> См. у К. Бугле: *Bouglé C. Préface à «Sociologie et Philosophie»*: «Понимаемую таким образом социологию Дюркгейма вполне можно отнести к новой попытке обоснования и оправдания спиритуалистических тенденций».

<sup>178</sup> *Леви-Брюль Л.* 1) *Ментальные функции в первобытных обществах*. 1910; 2) *Первобытное мышление*. 1922; 3) *Первобытная душа*. 1927.

в последние годы была признана в качестве единственно допустимого метода в социологии, что не только препятствует применению, но и полностью устраняет из социологических исследований рассуждения о причинно-следственной связи. Это особенно проявляется в феноменологическом методе с его призывом к описанию, исключительно к описанию непознаваемых сущностей,<sup>179</sup> объединенного с рядом идей В. Дильтея о «понимании» (*Verstehen*), в которых новое течение в немецкой социологии<sup>180</sup> (отмеченное работами М. Шелера,<sup>XLVIII</sup> Т. Литта, Е. Шпранглера, частично у Шпанна<sup>XLIX</sup> и совершенно независимо от этого течения, более приближенно к заложенным Г. Риккертом<sup>L</sup> традициям — у М. Вебера<sup>LI</sup> и Трельча<sup>LI1</sup>) обрело свою философско-софскую основу.<sup>181</sup>

Согласно учению всех названных социологов, невозможно познать социальное явление, не поняв его смысла (*deutendes Verstehen* (нем. — интерпретирующее понимание. — *Прим. пер.*)) и не будучи при этом возвышенным до одухотворенной действительности, проявления которого соотносятся между собой как отдельные элементы «гештальта», истинной «иерархии ценностей» (*Wertzusammenhang* (нем.)), но не как причина и следствие. Социологическое изучение воплощения в действительности вневременных сущностей и ценностей; изучение, весьма важное с точки зрения доказательства нестабильности и постоянного обновления разума (причем бесконечное множество априорных элементов оказывается доступным взору только в рамках постоянно меняющихся секторов действительности), никоим образом не наносит ущерба априорному характеру названных элементов и не препятствует их изучению одновременно и с независимой социологической точки зрения. Так, Шелер, поставивший проблему «социологии знания» и занимавшийся преимущественно и с большим успехом «социологией нравственности» (демонстрируя изменчивость типов «этоса», актов принятия и отторжения и иерархии ценностей),<sup>182</sup> никогда не думал отрицать автономию гносеологии или моралистики перед лицом социологии; причем последняя, расширяя перспективы этих научных дисциплин и снабжая их новыми материалами, предполагает их и действует здесь в качестве прикладной социологии, которая изучает действительные воплощения тех структур, которые могут быть обретены и обоснованы в своей действительной значимости лишь с помощью иных научных методов.

Тогда как большинство принадлежащих данной тенденции социологов полностью отвергают возможность применения метода причинно-следственной связи в социологии, Макс Вебер не без основания настаивает на том, что этот метод (при условии, что он будет поставлен на службу интерпретативного понимания реализованных в действительности ценностей) необходим

<sup>179</sup> См. мои замечания в работе «Современные тенденции в немецкой философии» (1930).

<sup>180</sup> Шелер М. 1) О формализме в этике. 1922; 2) Формы познания и общество. 1926; *Litt Th. Gemeinschaft und Individuum*. 1924; *Sprangler E. Die Lebensformen*. 3-те Aufl. 1925; *Spann O. Gesellschaftslehre*. 1923.

<sup>181</sup> *Weber M.* 1) *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. 1922; 2) *Wirtschaft und Gesellschaft*. 1922; *Трельч Е.* Проблема историзма. 1924.

<sup>182</sup> См. мое изложение концепции Шелера в работе «Современные тенденции в немецкой философии» (С. 129 и далее).

для социологических исследований и ради них должен быть сохранен. Вебер также определял социологию как «науку, познающую социальные действия (*soziales Handeln* (нем.)), толкующую смысл таких действий (*deutendes Verstehen* (нем.)) и посредством этого обретающую основу для их причинно-следственного объяснения».<sup>183</sup> И уже другой вопрос, может ли таким образом понимаемая причинно-следственная связь в социологии также рассматриваться и как причинность, образующая общие научные законы, либо она является только *индивидуализированной причинностью*, не допускающей повторения и обобщения.<sup>184</sup>

Разделяя эту концепцию, мы считаем, что в ее рамках возможно выделить три разные научные дисциплины: 1) *чистая и системная социология*: дескриптивное понимание социального бытия и его сущностных форм, представляющая собой интерпретацию смысла социальных фактов и действий, рассматриваемых как реализация ценностей; 2) *генетическая социология*: исследование причинно-следственных факторов, обуславливающих проявление данных форм; 3) *прикладная социология*: исследование реальных воплощений априорных структур, которые не могут обрести основание и обоснование в своей полной значимости через собственно социологические методы и которые заимствуются социологией из других научных дисциплин (социология знания, религии, права). Подобная прикладная социология действует как через интерпретативное понимание, так и через метод причинно-следственной связи.

Мы позволили себе сделать такое длинное отступление по вопросу методологии новейшей социологической науки только для того, чтобы продемонстрировать, что столь нужная для правоведения идея «нормативных фактов» полностью укладывается в социологическую проблематику; и, что еще более важно, таким образом мы можем дать полное определение отношения между расширенным и реанимированным на основе идеал-реализма юридическим методом и методом социологическим, в своей основе представляющим как интерпретативное понимание смысла социальных фактов.

Можно поддаться искушению полного отождествления этих двух методов и предположить, что с того момента, как социология стала брать во внимание идеальные смысловые содержания и ценности, отодвигая применение метода причинно-следственной связи на второй план, ничто не препятствует рассматривать теорию права как одну из отраслей «понимающей социологии» (*verstehende Soziologie* (нем.)) и растворить ее в «социологии права».<sup>185</sup>

<sup>183</sup> Weber M. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. 1922. S. 403 usw., 503 usw.

<sup>184</sup> См. по этому вопросу: *Гессен С. И.* Об индивидуальной причинности. 1909; и мои замечания в работе «Фихтеанская система конкретной этики» (1924. С. 342 и сл.).

<sup>185</sup> Именно в пользу такого разрешения проблемы высказываются многие исследователи в Германии, например: *Канторович Х. У., Вебер М.* Хозяйство и общество. 1922. Глава VII: «Социология права»; *Frank S.* Zur Phänomenologie der sozialen Erscheinung // *Archiv für Sozialwissenschaft*. 1928. S. 89 usw.; *Sander F.* 1) Der Gegenstand der reinen Gesellschaftslehre // *Archiv für Sozialwissenschaft*. 1925. S. 366 usw.; 2) Zum Problem der Soziologie des Rechts // *Archiv für Sozialwissenschaft*. 1926. S. 801 usw.; *Jerusalem F. W.* Soziologie des Rechts. 1925; *Walz G. A.* Die Staatsidee des Rationalismus und der Romantik. 1928. S. 128 usw. — Так же, в сущности, и Рудольф Сменд: *Smend R.* Verfassung und Verfassungsrecht. 1928. S. 17 usw., 56 usw., 98 usw. — Проблема «социологии права» в Германии была поставлена в замечательных работах Евгения Эрлиха (см. особенно: *Ehrlich E.* Die Grundzüge der Soziologie des Rechts. 1913. 2-te Aufl. 1929).

Мы не придерживаемся такого мнения и считаем, что теория, или, точнее, философия права занимает самостоятельное положение рядом с общей социологией, как это делают и этика, и гносеология, и философия религии. Действительно, ни одна из данных научных дисциплин, включая и этику (которая, благодаря значительным усилиям Фридриха Рау<sup>186</sup> во Франции и Макса Шелера в Германии, была довольно существенно приближена к социологии именно для того, чтобы лучше подчеркнуть независимость самой этики<sup>186</sup>), не имеет столько точек соприкосновения с социологией, как право, поскольку оно оказывается неотделимым от «нормативных фактов», из которых и черпает свою обязывающую силу. Даже если и допустить, что посредством «нормативных фактов» происходит взаимопересечение теории права и собственно социологии, то вся сфера изучения идеи справедливости в ее отношении к моральному идеалу и в ее конституирующей функции по отношению к понятию права остается неопределенной. Даже специфическая сфера «правовых конструкций», имеющая дело не с самими социальными фактами, а лишь исключительно с «нормативным смыслом» этих фактов, останется вне сферы исследования. Даже при таком предположении теория права в своей основной части не будет совпадать с социологией, но останется полностью «понижающей» и дескриптивной. Но теория права этим не исчерпывается.

Мы отнюдь не думаем, что возможно простое отождествление «нормативных фактов» и тех сфер социальной действительности, которые имеют отношение к ценностям, составляющим объект научного исследования в социологии. Для того чтобы «нормативный факт» мог рассматриваться как *нормативный*, ему нужно *обосновать* себя в качестве такового: воплощаемые им ценности должны найти свое обоснование как позитивные ценности, утвердиться как связанные со справедливостью и как служащие моральному идеалу. При этом чисто дескриптивная и интерпретативная социология так же, как и любой иной вид социологии, не занимается и не может заниматься проблемами подобного обоснования: сближающиеся с ценностями факты интересуют такую социологию именно как факты и исключительно как факты. Социология прибегает к интерпретации ценностей не для того, чтобы заимствовать из них критерии оценки, но исключительно для того, чтобы суметь уловить запечатленные в ценностях факты и оказаться в состоянии изучать сами ценности (как отрицательные, так и положительные) в качестве фактов действительности. Социология классифицирует эти факты с совершенно иной, чем аксиология, точки зрения; поэтому она сама по себе не в состоянии ограничить изучаемые в правоведении «нормативные факты» от иных социальных фактов, в той или иной степени схожих с фактами нормативными. Следовательно, подобное исследование должно остаться заботой исключительно автономной теории права, которая, наряду с идеей справедливости

<sup>186</sup> *Rauh F.* 1) *L'Experience morale*. 1903. 3-е éd. 1928; 2) *Etudes morales*. 1911; Переписка Ф. Рау с Французским философским обществом, 29 октября 1903 г. // *Bulletin de la Société*. 1904. P. 1–21. — См. замечательную статью Л. Бруншвига: *Brunschvicg L.* *L'Experience morale selon Rauh* // *Revue philosophique*. 1928. P. 132. — О Максе Шелере и о сходстве его теории с теорией Рау см. мою книгу «Современные тенденции в немецкой философии» (1930. С. 67–152, 68 и сл., 129 и сл., 25 и сл.).

и понятием права, посредством специфической «юридической рефлексии» занимается и отграничением «нормативных фактов» (воплощающих позитивные ценности и обретающих свое обоснование в самом факте своего существования, оказывающегося благотворным для справедливости) от всех иных социальных фактов.

После того как установлена автономия теории права по отношению к общей социологии, уже, безусловно, как для правоведения, так и для социологии представляется полезным поиск факторов, которые являются причиной проявления в действительности и развития правовых институтов, в рамках социологии права, рассматриваемой как одна из отраслей прикладной социологии. Однако для того чтобы эти исследования принесли свои плоды, те правовые институты, которые здесь будут изучаться с социологических позиций, для начала должны быть конкретизированы посредством автономного философско-правового исследования.

Интересно отметить, что в наиболее значимых работах этого направления исследований (как, напр.: в «*Les idées égalitaires*» (1899) и «*Le régime des castes*» (1908) Бугле, в «*La responsabilité*» (1920), Фоконне и Дави в «*La foi jurée*» (1921)) значительное место занимают ясно выраженные элементы чисто «идеологического» и юридического анализа.<sup>187</sup> С одной стороны, не напрасно Фоконне посредством чисто социологического анализа пришел к выводу о том, что ответственность зависит не столько от положения субъекта права, на которого возлагается ответственность, сколько от объективного воздействия правовой санкции, которая требует своего применения. С другой стороны, такие нормативисты, как Биндер и Кельзен,<sup>188</sup> совершенно независимо от социологических исследований пришли к той же концепции, убедившись, что всякий субъект права «представляет собой лишь точку юридического применения правовой нормы, которая сама определяет субъекта, к которому она обращена».

Иногда согласие в выводах между учеными, пользующимися различными и даже противоположными методами, может быть гарантией истинности этих выводов, но, по нашему мнению, подобное согласие свидетельствует также о том, что используемые методы не являются взаимоисключающими и взаимно переходят друг в друга. В частности, если социология права, которая логически должна опираться на автономную теорию права, претендует на то, чтобы заменить собой последнюю, то в данном случае социология права в действительности лишь выполняет специфическую работу теории права.

Изучение находимых посредством автономной юридической рефлексии «нормативных фактов» через их связь с другими социальными явлениями и через исследование их становления было бы особенно важной задачей для

---

<sup>187</sup> Среди этих авторов только Бугле с достаточной ясностью отграничивает априорное и идеологическое исследование «конечных целей» и идеальных структур от прикладного социологического исследования реальных средств и условий реализации таких «конечных целей» и идеальных структур (*Bougle C. Les idées égalitaires. 1899. P. 11 et suiv., 22 et suiv., 28 et suiv., 65 et suiv.*).

<sup>188</sup> *Kelsen G. Hauptprobleme der Staatslehre. 1911. S. 181–187; Binder J. Das Problem der juristischen Persönlichkeit. 1907. S. 44 usw.*

социологии права. Вместе с тем такое изучение уже предполагало бы наличие выводов общей теории права.<sup>189</sup>

В следующем параграфе мы уточним, какие виды «нормативных фактов» существуют и каковы способы констатации таких фактов, а также попытаемся установить их роль в противостоянии «социального права» и «права индивидуального». С тем, чтобы завершить наши рассуждения по вопросу методологии, отметим лишь, что правовой идеал-реализм (выходящий за рамки противостояния нормативизма и социологизма) оказывается необходимой предпосылкой не только для понятия «нормативного факта», но и для самой идеи «социального права» в целом. Теория социального права как раз и задается задачей юридического конструирования тех социальных фактов, которые, как правило, игнорируются в рамках догмы права: таких, как отношения между организованным и неорганизованным слоями социальной жизни, между государством и обществом, зарождение права в каждой отдельно взятой ячейке общества, борьба между принципами доминирования и сотрудничества, конфликт между различными правопорядками и изменения в иерархической структуре этих правопорядков, спонтанная жизнь права на грани существующих правовых конструкций и т. д. Более того, сама противоположность между порядками интеграции, координации и субординации основывается на правовом конструировании *социальных функций*, реализуемых каждым из этих видов правопорядка.

«Социальная функция» права (которую некоторые исследователи считают необходимым противопоставлять «юридической структуре» этой функции как некое «внешнее» по отношению к ней явление, требующее специального изучения в рамках «социологии»<sup>190</sup>) для нас является имманентной внутренней структуре каждого из выделенных в нашем исследовании видов права. Именно поэтому мы и не надеемся на помощь социологии права в изучении социальных функций права, а вводим данные функции непосредственно в правовую структуру (право интеграции, координации, субординации), основывая на такой структуре всю систему права.

Мы никоим образом не считаем обоснованным брошенный нам упрек в том, что теория социального права становится разновидностью «социологизма». Мы можем сразу же решительно отвергнуть такое обвинение, основывая нашу позицию на методе правового идеал-реализма, выходящего за грани противостояния социологизма и нормативизма и таким образом открывающего путь для адекватного видения феномена права в целом. Современная социология с ее методом интерпретирующего и дескриптивного понимания «смысла» социальных фактов сама по себе готовит почву для подобной концепции правовой методологии.

<sup>189</sup> См. об этом: *Aillet G. Le droit et la Sociologie // Revue de métaphysique. 1923. P. 465 et suiv., 472 et suiv., 476.*

<sup>190</sup> Особо см.: *Renner K. Die Rechtsinstitute des Privatrecht und ihre soziale Funktion. 1929.* — О Реннере см. ниже: глава V части первой.

**§ 3. «Нормативные факты» и проблема источников позитивного права («первичные источники» [«нормативные факты»] и вторичные, или формальные, источники права. Их разграничение в связи с противопоставлением социального права и права индивидуального. Позитивное право государства)**

Более короткой дорогой, приводящей правовую мысль к понятию «нормативных фактов», является анализ чрезвычайно сложной и спорной проблемы «источников позитивного права» — проблемы, которая занимает центральное место в науке права и в недавних дискуссиях по вопросу теоретических предпосылок правоповедения.

К сожалению, само выражение «источники права» весьма двусмысленно, и для того чтобы еще более не запутывать дискуссию, необходимо разделить это понятие на ряд различных смысловых значений.

Прежде всего речь идет об исключении из данного понятия определенных смысловых значений, которые не имеют прямого отношения к проблеме *позитивности права*. Таким образом, понятие «источники права» может означать: а) источники исторического возникновения права, причинные факторы его развития и упадка; б) источники знания о праве как «органы» такого знания, например: «разум», «правовое чувство», «правосознание»; в) источники знания о праве как внешние объекты, из которых можно получить такое знание, например: все виды письменного права, древние и современные кодексы и т. п. так же, как и факт соответствия многочисленных национальных законов между собой как внешние признаки существования международно-правового обычая.

Необходимо тщательно отделять все эти значения термина «источники права» от юридического смысла данного термина, который является единственно адекватным по отношению к проблеме позитивности права и который обозначает: г) *источник как основание обязывающей силы действующего права и как гарантию его действительной эффективности*.

Обращение к историческим факторам возникновения права, к предпосылкам его познания, к используемым для такого познания внешним объектам не дает никакого ответа на вопрос об основании обязывающей силы действующего права, а отсутствие различия между вышеназванными смысловыми значениями термина «источники» (что можно зачастую поставить в вину даже наиболее вдумчивым правоведам) как раз и является причиной наибольшего ущерба для ясности данной дискуссии. Но даже после допущения необходимости строгого ограничения смысла понятия «источники права» остается показать еще ряд очень важных и даже решающих различий.

Как мы указали выше, позитивность права характеризуется двумя существенными признаками: его установлением неким квалифицированным «властным» органом, чей авторитет не тождествен авторитету самой нормы, и действительной эффективностью такого правила в конкретно данной социальной среде. Следовательно, каждый «источник» права должен доказать, что он отвечает такому двойному требованию, т. е. то, что он и представляет собой некую власть, гарантирует эффективность такой власти и самим своим существованием объединяет в единое целое эти два признака. Источником

позитивного права также обозначают власть, на которую опирается обязывающая сила правовой нормы и которая в силу самого своего существования предоставляет гарантию действительной эффективности такой нормы.

При таких допущениях легко увидеть, что «властные приказы», которые обычно указываются в качестве источников позитивного права: закон, обычай, юридическая практика, нормативный договор, устав и т. п., не предоставляют никакой гарантии действительной эффективности рассматриваемой нами нормы; законы, уставы, договоры могут оставаться только на бумаге и быть абсолютно бессильными; обычай может выйти из употребления; речь может также идти и об «источниках» правовой жизни иной исторической эпохи. Для того чтобы суметь обрести гарантию действительной эффективности права и убедиться в том, что в данном случае речь действительно идет о праве позитивном, необходимо углубиться в поиски основания обязывающей силы и действительной эффективности позитивного права и попытаться найти основу самих вышеуказанных «властных сил»; необходимо найти «источники источников», т. е. *первичные источники*, на которых и основывается власть и эффективность *вторичных источников*.

Такие рассуждения непосредственно приводят к новому разграничению в сфере источников права: разграничению *нормативных фактов, или первичных источников и технических приемов, для формальной констатации этих фактов, или вторичных источников*. Закон, статут, договор, обычай сами по себе являются причиной позитивности в праве только в той мере, в какой они представляют собой выражения или, точнее говоря, констатацию первично существующих «нормативных фактов». Вся властная сила этих вторичных источников представляет собой лишь отражение властной силы «нормативных фактов», которые как создающие самое себя через образование ими права воплощают позитивные правовые ценности и гарантируют самим своим существованием «эффективность правовых норм».

Такие «нормативные факты» находят свое обоснование в факте своего существования, поскольку подобный факт сам по себе является позитивной правовой ценностью<sup>191</sup> и служит осуществлению справедливости. Теория «нормативных фактов» как «первичных источников» позитивности права (т. е. тех точек, где происходит объединение властной силы и эффективности) лишает «вторичные» или «формальные» источники права того чрезмерного значения, которое им приписывается, и уменьшает их роль в жизни позитивного права. Рассматриваемая нами теория разоблачает эти вторичные источники как технические приемы констатации существования «нормативных фактов».

Всякая попытка гипостазировать до абсолютного статус «формальных источников» права (например, «фетишизация закона», издаваемого государством) терпит полную неудачу, когда в поиске основания обязывающей силы позитивного права исследование доходит до обнаружения «нормативных фактов». Так, в недавних спорах по поводу источников позитивного права

<sup>191</sup> Макс Шелер очень упорно настаивал на том, что осуществление позитивной ценности само по себе создает новую ценность (*Scheler M. Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik. 1922. S. 79 usw.*).

(которые мы анализируем в работе «Идея социального права и современность»<sup>192</sup>) целый ряд правоведов (в первую очередь Ф. Жени, а наряду с ним в несколько ином контексте нужно назвать Л. Дюги,<sup>193</sup> не говоря уже об институциональной концепции М. Ориу) приблизились к данной идее. Столь вдумчиво проведенное Жени разграничение между «данным» и «сконструированным» (более точно — «техникой») в праве обнаруживает прежде всего противостояние «первичного и вторичного, или формального, источников права», и именно из этого противостояния почтенный декан университета Нанси делает вывод о том, что все «формальные источники права» как «технические приемы» констатации «заранее существующих данных» имеют лишь относительное значение и что абсолютизация издаваемого государством закона как источника права не имеет под собой никакого обоснования.<sup>194</sup>

Совершенно по-иному, чем Ф. Жени, рассматривая понятие «данного» в праве, сужая его границы и отождествляя это понятие с нашей концепцией «нормативных фактов» со всеми вытекающими из этого последствиями<sup>195</sup> в смысле снижения роли формальных источников права до уровня простых технических приемов констатации, мы приходим к следующим выводам о роли «нормативных фактов» (первичных источников) и «формальных источников» (вторичных источников — технических приемов) в сфере их сотрудничества в формировании позитивности права.

А. В принципе, может существовать неограниченное число формальных источников права, поскольку существуют различные технические приемы констатации «нормативных фактов» и могут изобретаться новые приемы. Ограничение количества таких приемов определенными, взятыми в их исключительности аспектами (например, только издаваемый государством закон, только закон и обычай и т. п.) не имеет никакой научной ценности и представляет собой не что иное, как чистый догматизм.

Б. Невозможно установление некоей априорной иерархии между различными видами «формальных источников» права: являясь всего лишь способами констатации уже существующих «нормативных фактов», эти источники заимствуют всю свою властную силу из данной технической функции и не имеют иной опоры. Утверждение о необходимом преобладании одного формального источника права по отношению к другому (например, преобладание закона по отношению к обычаю или договору и т. п.) не имеет под собой совершенно никакого основания.

В. Коль скоро «формальные источники» права обретают свою значимость только на основе тех «нормативных фактов», которые эти источники констатируют, то встает вопрос о том, уменьшается ли позитивность права отсутствием подобных технических приемов. Действительно, с учетом того, что подобная позитивность права гарантируется благодаря опоре на нормативные факты, трудно понять, почему же правовая норма должна была бы утрачивать позитивность в тех случаях, когда она основывает свою обязывающую силу

<sup>192</sup> См. главы I–III части первой.

<sup>193</sup> См. ниже: глава I части пятой.

<sup>194</sup> Gely F. Science et technique en droit privé positif. 1921. Vol. 2. P. 83–85, 17 et suiv.

<sup>195</sup> Ф. Жени остановился на полпути перед такими последствиями.

непосредственно на нормативном факте, минуя формальные процедуры констатации. Для позитивности той или иной правовой нормы оказывается достаточно того, чтобы был констатирован тот нормативный факт, на котором основывается данная правовая норма. Однако подобная констатация может иметь место как через *непосредственное видение* нормативного факта, так и посредством формальных и рационализированных технических приемов.

Так мы приходим к разграничению *формального позитивного права* и *интуитивного позитивного права*. Оба этих вида права обретают свою обязывающую силу из констатированных ими нормативных фактов, но подобная констатация происходит в первом случае с помощью заранее предусмотренных технических приемов, а во втором случае — благодаря непосредственной интуиции соответствующих нормативных фактов. Вся так оживленно дискутируемая в наши дни проблема свободы оценочного суждения судьи, свободного и живого права является всего лишь проблемой *позитивного интуитивного права*. Речь здесь идет не об обращении к автономному сознанию судьи или, как выражаются приверженцы данного направления мысли, к произволу судьи, а о видении «нормативных фактов» — полностью конкретизированных и объективных правоустанавливающих авторитетов, на которых основывается вся позитивность права; лишь подобное видение происходит без посредства технических приемов.

Тем же самым образом и все направление «возрожденного естественно-го права», все указания на ту роль, которую играет такое право в правовой жизни, по существу, свидетельствуют не о чем ином, как об интуитивном позитивном праве, основывающем свою обязывающую силу на непосредственно констатируемых «нормативных фактах». Если «естественное право» для нас представляет собой лишь противоречие в терминах, то действительность интуитивного позитивного права бесспорна и не составляет никакого труда показать, что любой ученый или обыватель, утверждающий о существовании некоего «естественного права», коль скоро речь идет о некоем существующем в действительности праве, выводит его значимость из непосредственного видения реального «нормативного факта»: из действительности той или иной нации, из действительности того или иного социального порядка, из существования *данного* профсоюза, *данной* семьи, *данного* отношения между множеством лиц, из международного сообщества в том виде, в каком такое сообщество существует, и т. п. Если же предположить, что эти сферы действительности не существуют, то исчерпывает себя и утверждение о существовании пресловутого «естественного права». Именно действительность «нормативных фактов» образует основу обязывающей силы права, характеризуемого как «естественное», и во всех этих случаях речь идет о позитивном интуитивном праве.<sup>LIV</sup>

Принципы безопасности, порядка и социального мира, вытекающие непосредственно из идеи справедливости, которой и служит право, необходимым образом вызывают преобладание в правовой жизни формального позитивного права над интуитивным позитивным правом. Последнее в свою очередь является неотъемлемым элементом правопорядка, так как оно придает жизненность, динамизм такому правопорядку, приспособливает его к подвижной действительности «нормативных фактов», смягчая жесткость

формального позитивного права. Подвижная система равновесия между этими двумя разновидностями позитивного права всегда является необходимым условием для нормального развития права. Если же подобная система равновесия между интуитивным и формальным позитивным правом оказывается разрушенной, то происходят революции, представляющие собой временное торжество интуитивного права над правом формальным, но не имеющие в действительности никакой иной цели, кроме установления новой системы формального права, которая лучше, чем предыдущая система (призванная более адекватно выражать «нормативные факты»), но начавшая от них отступать), приспособлена к «нормативным фактам».

Для того чтобы избежать возможного недопонимания, отметим, что противоположность интуитивного и формального позитивного права никоим образом не корреспондирует противоположности неорганизованного и организованного права. Обретая организованную форму, «нормативные факты» позволяют констатировать себя и без посредства технических приемов тем же самым образом, что и абсолютно объективные «нормативные факты», оставаясь при этом полностью непсонифицированными. И наоборот, существует ряд технических приемов, приспособленных для формальной констатации неорганизованных «нормативных фактов», и число таких приемов оказывается отнюдь не меньшим, чем число приемов, служащих констатации «нормативных фактов» организации. Поэтому зачастую неорганизованное право обретает характер формального позитивного права, а организованное право — интуитивного позитивного права. И совершенно ясно, что преобладание неорганизованного социального права над организованным социальным правом никак не противоречит преобладанию формального позитивного права над интуитивным позитивным правом.

Отсюда видна ошибка, которую делают те, кто, отождествив без достаточных на то оснований «позитивное право» в целом с одной из разновидностей этого права — формальным правом (констатированным посредством технических приемов), настаивают (не менее безосновательно) на том, что любой из формальных приемов констатации права предполагает существование некоей социальной организации или даже государства; сторонники такой точки зрения возвращаются, таким образом, к традиционной концепции позитивного права как права, навязываемого распорядительной волей государства.<sup>196</sup>

Но почему же для того, чтобы констатировать существование «нормативного факта», определенная техническая процедура должна была бы предполагать существование некоей организации, которая осуществляла бы данную процедуру? Не составляет никакого труда доказать обратное. Для этого достаточно перечислить известные на сегодняшний день технические приемы констатации (или формальные источники права) и проанализировать их. Поскольку мы настаиваем на том, что число таких приемов не может быть ограничено, то вполне понятно, что предлагаемый нами примерный список формальных источников права оказывается намного шире, чем обычно

<sup>196</sup> См., напр.: *Vischer Ch. La codification du droit international // Cours de l'Academie de droit international de la Haye. Vol. 2. 1923. P. 344, 348, 359 et suiv.*

признаваемый список. Впрочем, в плане расширения числа источников права мы следуем результатам исследований целого ряда выдающихся правоведов современности, таких, как Ламбер, Эрлих, Юнг и особенно Петражицкий.<sup>197</sup>

Таким образом, мы приходим к следующему списку формальных источников права: 1) обычай; 2) статут (устав); 3) издаваемый государством закон; 4) судебная практика; 5) практика иных правоприменительных органов; 6) доктрина; 7) соглашения, нормативные договоры (играющие весьма значимую роль в международном и трудовом праве); 8) социальные декларации (обещания, программы, публичные заявления), формулируемые от имени всей социальной тотальности в целом одним из ее членов или группой членов данной тотальности; 9) прецеденты; 10) признание нового положения вещей со стороны определенной части той или иной социальной тотальности, которая поддерживает данную презумпцию. Все эти технические приемы (и особенно три последних, впервые указанные Л. И. Петражицким<sup>198</sup>) могут служить основой формального позитивного права только в той мере, в какой они выражают действительность «нормативных фактов»; они служат исключительно для констатации существования этих фактов и оказываются совершенно равнозначны по отношению друг к другу.

Некоторые из этих формальных источников права предполагают существование осуществляющей вышеописанное констатирование социальной организации; к таким случаям относятся: а) статут (устав); б) судебная практика (третейских и корпоративных судов в той же мере, как и судов государства); в) практика несудебных органов; г) отчасти соглашения (нормативные договоры), которые, как правило, осуществляются посредством вступления в соглашение нескольких организаций (например, коллективные трудовые соглашения между профсоюзами и работодателями; Впрочем, соглашение может иметь место и между неорганизованными социальными массами, но эти случаи наблюдаются реже); д) наконец, издаваемый государством закон, который предполагает существование не только какой-либо социальной организации, как во всех вышеперечисленных случаях, а более конкретно — организации государственного типа.

И напротив, существуют некоторые другие технические процедуры констатирования, или «формальные источники права», которые ни в коей мере не связаны с существованием какой-либо организации. К ним относятся: а) обычай — констатация «нормативного факта», которая реализуется в массовом поведении, имеющем постоянную форму выражения; этот прием не только не предполагает существование некоей организации, но и, напротив, осуществляется (за редкими исключениями) за пределами организованных форм социального общежития; б) прецедент — здесь речь идет о констатации «нормативного факта» посредством одного конкретного случая, признаваемого в качестве типичного; данный технический прием констатации действует в пределах как неорганизованной социальной среды (например, в

<sup>197</sup> См. наше изложение теорий этих авторов в части первой моей работы «Идея социального права и современность».

<sup>198</sup> В его работе «Теория права и государства в связи с теорией нравственности».

первичном международном сообществе, в основополагающем экономическом национальном сообществе и т. д.), так и в пределах организованных форм общежития (например, создаваемые английским парламентаризмом прецеденты, наблюдаемые во всех регулярных собраниях любой социальной группы прецеденты и т. д.); в) социальные декларации (обещания, программы, публичные заявления) — констатация «нормативного факта» со стороны отдельного лица, пользующегося особым уважением (например, «лидер», руководитель политической партии, генеральный секретарь Всеобщей конфедерации труда и т. д.), либо со стороны элиты, принимающей на себя инициативу выступать от имени некоей социальной тотальности. Данный формальный источник права особенно заметен в тех случаях, когда отсутствует социальная организация: он играет важную роль в международном праве и особенно в социальном праве зарождающегося экономического сообщества; г) признание нового положения вещей частью социальной тотальности, которая и поддерживает существование этой презумпции, — здесь «нормативный факт» констатируется посредством уступки со стороны одной из частей социальной тотальности, находящейся в состоянии борьбы с другими частями тотальности (это, например, работодатели, идущие на уступки работникам после забастовки, равно как в Средневековье отречение от престола одной династии в пользу другой или подтверждение «свобод» и привилегий городов или «сословий» со стороны сюзерена), — этот технический прием применим как для организованной, так и для неорганизованной социальной среды; д) и наконец, в некоторых случаях — это соглашения (нормативные договоры); наиболее часто такой источник проявляется, когда одна из договаривающихся сторон является неорганизованной массой.

Если, как мы видим, нет никакого основания увязывать технические приемы или формальные источники права, служащие для констатации нормативных фактов, с существованием социальной организации, то еще более ошибочно увязывать эти источники с существованием государства. Из десяти перечисленных нами выше источников права только один закон (как предписание, санкционированное не допускающим сопротивления принуждением) предполагает существование государства. Ни один из других источников права, включая те, которые могут быть реализованы посредством организаций, и те, которые преимущественно реализуются вне организаций, ни в коей мере не зависит от государства; они утверждают себя в рамках любой общности и любой организации.

Тот, кто делает акцент на принуждении и связывает все формальное позитивное право и даже все позитивное право в целом с деятельностью государства, допускает *негласную предпосылку*, никогда с полной откровенностью не высказывающуюся. Эта предпосылка заключается в допущении того, что формальная констатация с помощью технического приема тождественна с предписанием некоей волящей силы, превосходящей иные волящие силы. Это предпосылка всего правового этатизма; предпосылка, с необходимостью вытекающая из индивидуалистической концепции права как внешнего выражения некоей волящей силы. В рамках данной концепции единственно логичным признается видеть в безусловном подчинении отдельных волей исключительной доминирующей волящей силе индивида в широком смысле

(государства) единственную гарантию эффективности права, а в предписании такой волящей силы — единственный возможный способ констатации «нормативного факта». Но будь эти индивидуалистические и этатистские предрассудки исключены из правоведения, а право, таким образом, освобождено от всякой необходимой связи с волящей силой, то рассматриваемая нами концепция рухнула бы с первого удара.

Акт констатации нормативного факта не обязательно является актом волеизъявления, приказом или, более того, безусловным приказом. Акт такой констатации, характеризуемый определенными техническими приемами, по своей внутренней структуре является актом *объективного признания*:<sup>199</sup> в этом акте происходит рациональное признание чисто объективного существования некоего «нормативного факта». Скорее даже этот прием является актом познания, чем актом волеизъявления; и исключительно в силу того, что речь здесь идет о факте, воплощающем ценности и рассматриваемом как нормообразующий авторитет, к акту констатации-познания прибавляется признание рассматриваемых нами ценностей. Императивный элемент правовой нормы как источник ее обязывающей силы проистекает непосредственно из «нормативных фактов», а не из технических приемов констатации таких фактов.

Утверждение о том, что государство является единственным и исключительным «нормативным фактом», который необходимо констатировать, означает отрицание существования любых иных «нормативных фактов»; это и является единственным аргументом теории, настаивающей на необходимой связи позитивности права и государства. Неслыханность, если даже не сказать смехотворность, подобного утверждения (основанного на слепом непризнании иных неисчислимых организаций, общностей, «отношений с Другим», которые в силу самого своего существования воплощают позитивные правовые ценности и утверждают себя в качестве центров, созидающих новое право и как правотворящие авторитеты, на которых основывается обязывающая сила права) настолько очевидна (особенно в наши дни перед лицом плюралистических тенденций современной правовой жизни), что с трудом можно найти в достаточном количестве правоведа, «соблазняющихся» подобной концепцией. После всего сказанного нами выше по поводу множественности организованных и неорганизованных «нормативных фактов» в их разнообразнейших проявлениях (причем эти «нормативные факты» дают начало и чистому и независимому социальному праву, и чистому, но подчиненному опеке государственного права социальному праву, и автономному, хотя и аннексированному, социальному праву) мы уже не усматриваем никакой необходимости задерживаться для утверждения абсурдности попытки отождествления понятия «нормативный факт» с понятием «государство».

Как нам уже известно, «нормативные факты», рассматриваемые в качестве идей-акций и в качестве ставших социальными фактами и обретших воплощение в эмпирической действительности вневременных креативных ценностей, получают свое обоснование в силу самого факта их существования. Эти нормативные факты как социальные реалии, существование которых

<sup>199</sup> По поводу акта «признания» см. выше: § 1.

основывается на порождающем их праве и которые представляют собой точку соприкосновения правотворящего авторитета и эффективности права. Эти социальные реалии разделяются на два вида: 1) «нормативные факты» «*союза*» или скорее «нормативные факты» «*единства*» (социальности через слияние и взаимопроникновение сознаний) и 2) «нормативные факты» «*отношения к Другому*» (юридически значимые сделки).<sup>200</sup> Можно было бы добавить к ним еще и третий вид «нормативных фактов»: «нормативные факты» доминирования; но поскольку подобные «нормативные факты» представляют собой лишь формы «единства», поставленные на службу «отношения к Другому», и не воплощают никакой отдельной позитивной ценности, отличной от тех, которые оказываются воплощенными посредством двух составляющих этот вид форм «нормативных фактов», постольку в целях настоящего изложения мы можем оставить эти нормативные факты в стороне. Здесь же мы сконцентрируем наше внимание на «нормативных фактах» единства, дающих начало социальному праву, и на «нормативных фактах» «отношения к Другому», дающих начало индивидуальному праву.

Эти два вида «нормативных фактов» глубоко различаются между собой и в некоторой степени даже противоположны друг другу, несмотря на то что они представляют собой специфические сферы одной и той же социальной жизни и в чем-то аналогичны солидарности через различие (органическая солидарность) и солидарности через сходство (механическая солидарность) у Э. Дюркгейма или с «общинной» и «обществом» у Ф. Тенниса — все эти противоположности по своей сути затрагивают лишь сосуществующие в рамках каждого общества, каждой без исключения группы социальные структуры.<sup>201</sup> «Нормативные факты» «единства» и «нормативные факты» «отношения к Другому» различаются между собой по следующим критериям.

1. Применительно к «нормативным фактам» союза речь идет о социальной взаимосвязи, в рамках которой члены союза вступают в отношения друг с другом посредством их совместного участия в социальном Целом. Данное Целое оказывается имманентным, а не трансцендентным к отношениям между членами этого Целого, и именно поэтому подобное участие может быть выражено через местоимение «мы». Применительно к «отношению с Другим» речь идет о социальной связи между двумя лицами, каждое из которых утверждается как трансцендентное по отношению к себе подобным — это может быть выражено с помощью таких местоимений, как «я» — «ты» — «он» (или даже «вы» — «они»). В рамках нормативных фактов союза социальная связь реализуется благодаря определенной степени *слияния*: социальность посредством всеединства и взаимного проникновения. В рамках же отношения к Другому та же самая социальная связь реализуется через *свою противоположность*: социальность посредством ограничения и уравнивания.

2. Обретая отпечаток одних и тех же ценностей справедливости (причем уравнивающая и распределяющая справедливость не могут быть отделены

<sup>200</sup> Мы заимствуем эти два термина — «единство» и «отношение к Другому» — у Мориса Ориу (см. наше изложение доктрины Ориу ниже, в главе III части пятой), но далее мы постараемся более конкретизировать содержание этих терминов.

<sup>201</sup> См. ниже: глава V части первой.

друг от друга), «нормативные факты» союза и отношения к Другому в то же время воплощают совершенно различные нравственные ценности: «нормативные факты» союза воплощают трансперсональные ценности, а «нормативные факты» отношения к Другому — «персональные ценности».

3. Эти два вида «нормативных фактов» имеют различное значение в том, что касается возможности созерцания и реализации новых ценностей. Тогда как в рамках «отношения к Другому» речь может идти только о видении персональных ценностей, взаимообуславливающих друг друга, в рамках союза за пределами трансперсональных ценностей открывается еще ряд ценностей, не имеющих непосредственного отношения к социальной тотальности и к этической сфере в целом, но становящихся доступными созерцанию только через совместное усилие (например, новые интеллектуальные, религиозные, экономические и т. п. ценности).<sup>202</sup> Поэтому «нормативные факты» союза оказываются намного содержательнее благодаря тем разнообразным ценностям, которые накладывают свой отпечаток на данные факты, чем «нормативные факты» отношения к Другому.

4. «Нормативные факты» единства разделяются на ряд разновидностей, число которых намного больше, чем в сфере «нормативных фактов» отношения к Другому. Так, применительно к «нормативным фактам» союза можно выделить следующие разновидности таких фактов: а) неорганизованная (объективная общность) и организованная (расположенная на поверхности организации), уточнив, что первая является основным, а вторая — производным нормативным фактом; б) коллективистская и партикулярная; в) глобальная сверхфункциональная (международное сообщество, нация) и функциональная; г) разновидности, относящиеся к государству, противопоставленному обществу: аннексированные государством и относящиеся к демократическому государству. И наоборот, ни один из этих критериев внутривидового деления не применим к «нормативным фактам» отношения к Другому, за исключением следующих: а) возможность разграничения партикулярных и коллективистских «нормативных фактов» отношения к Другому, поскольку эти отношения распространяются и на отдельную группу, и на несколько групп, отношения между членами которых регулируются одной и той же системой индивидуального права; б) можно провести также различие между «отношениями к Другому» по поводу вещных благ (реальные отношения) и «отношениями к Другому» по поводу обязательств (особенно договорные отношения).

5. «Нормативные факты» единства и «нормативные факты» отношения к Другому различаются также в зависимости от технических приемов, которые используются для их констатации. Эти технические приемы, или «формальные источники» права, отнюдь не являются идентичными применительно к «союзу», или к «отношению к Другому».

<sup>202</sup> Эта черта «единства», с одной стороны, весьма убедительно была продемонстрирована Максом Шелером, который говорил об «интенциональных актах, совершаемых сообща» (см. мое изложение теории Шелера в работе «Современные тенденции немецкой философии» (1930. С. 105 и сл., 117 и сл.)); с другой — М. Ориу рассматривал в очень близком к используемому Шелером смысле «единство в идее» как основу интуиции (см. особенно его замечательное исследование: *Scheler M. Théorie de l'institution et de la fondation // La Cité moderne et les transformations du droit.* 1925. P. 10–11, 19–21).

Из десяти перечисленных нами выше технических приемов констатации нормативных фактов только четыре бесспорно могут служить для констатации нормативных фактов в рамках «отношений к Другому»: а) обычай; б) судебная практика; в) доктрина; в) издаваемый государством закон. Что же касается шести оставшихся формальных источников права, то можно сомневаться лишь по поводу отнесения к рассматриваемой нами категории «уставов» негосударственных организаций; нельзя сказать, что для них в принципе оказывается невозможным служить данной цели, но в действительности это случается крайне редко (в качестве примеров можно указать каноническое право в Средневековье, затрагивающее отношения к Другому, и уставы международных корпораций торговцев шелком, которые образуют договорное право для своих членов).<sup>203</sup>

В рамках пяти остальных источников (а именно: а) соглашения, нормативные договоры; б) практика несудебных органов; в) прецеденты; г) социальные декларации) признание оказывается *совершенно непригодным для констатации «нормативных фактов» гражданско-правового оборота, но пригодным исключительно для констатации «нормативных фактов» союза*. Соглашения, декларации, признание в сфере отношений к Другому имеют значение правовых актов, которые лишь указывают на новое распределение ранее существовавших субъективных прав, и им совершенно не присуще значение актов, констатирующих новые объективные права, что имеет место в сфере «единства», где эти приемы утверждают себя в качестве проявлений существовавшей до этого тотальности.

Вот почему традиционное правоведение, ориентирующееся исключительно на «отношения к Другому» и на правопорядок индивидуального права, не знало, как правило, иных формальных источников права, кроме закона, обычая, доктрины, судебной практики, и игнорировало шесть остальных источников, особенно характерных для «нормативных фактов» союза и для порождаемого им социального права. Следовательно, мы можем сделать вывод о том, что «нормативные факты» союза имеют в два раза больше технических приемов констатации, чем «нормативные факты» отношения к Другому.

Заметим, что дающее начало интуитивному праву прямое видение «нормативного факта» без посредства технических процедур осуществляется несравненно легче в том случае, когда речь идет о «единстве», а не об «отношении к Другому». Если лицо участвует в «отношении к Другому», то оно утверждает себя как имеющее интересы, противоположные интересам другого лица. Если же лицо участвует в союзе, то оно, как правило, имеет те же самые интересы, что и остальные члены всей этой тотальности. В силу этого непосредственное видение «нормативного факта» намного более доступно для каждого входящего в определенный союз лица, чем для лица, участвующего в «отношении к Другому». Именно поэтому интуитивное позитивное право в сфере социального права играет несравненно более значимую роль, чем в сфере права индивидуального. В этой последней сфере интуитивное право практически полностью ограничено видением «нормативных фактов» судьей;

<sup>203</sup> *Ishizaki M. Le droit corporatif de la vente de la soie. 1928. Vol. 2.*

для остальных участников правоотношений в данной сфере подобное видение презюмируется невозможным.

Отсюда мы видим, насколько более значительным богатством средств констатации и выражения располагает сфера «нормативных фактов» союза и порождаемого этими фактами социального права по сравнению со сферой «нормативных фактов» «отношения к Другому» и соответствующего индивидуального права.

6. Наконец, последним критерием разграничения двух видов «нормативных фактов» является то, что «нормативные факты» «отношения к Другому» не могут существовать без опоры на «нормативные факты» «союза», тогда как последние не имеют иной опоры, кроме самих себя. И именно в рамках союза упомянутое «отношение к Другому» в свою очередь способно создавать право. Нет нормативных фактов «гражданско-правового оборота», не имеющих в качестве своего основания «нормативный факт» союза. И наоборот, существует, как мы уже отметили, бесконечное число групп, которые порождают свое собственное социальное право, не давая при этом начала правопорядку специфического индивидуального права.

Отсюда следует, что существует приоритет «нормативных фактов» союза по отношению к «нормативным фактам» отношения к Другому, причем первые образуют ту основу, на которой возникают и развиваются вторые. Такой приоритет проявляется двумя разными способами. С одной стороны, гарантия эффективности правотворящего авторитета «нормативного факта» «гражданско-правового оборота» может быть найдена только в реальном существовании соответствующей группы, в сфере которой данный «факт» утверждает себя. Иными словами, гарантия здесь оказывается тождественной эффективности нормативного факта соответствующего союза. С другой стороны, «отношение к Другому» может служить основой формальной констатации своего нормотворящего авторитета только в том случае, если оно подвергнуто обобщению и возведено в ранг определенного элемента типологии. Являясь конкретным и жизненным, «отношение к Другому» столь мобильно и изменчиво, что оно может быть воспринято в качестве «нормативного факта» только при помощи непосредственного видения (в данном случае — только интуиции судьи) и, таким образом, способно к созданию лишь интуитивного позитивного права.

«Нормативный факт» союза во всей своей конкретике, наоборот, всегда обладает постоянностью и стабильностью и не нуждается в обобщении для своей констатации через какой-либо из технических приемов: такой факт порождает формальное позитивное право путем непосредственного действия в своей конкретной индивидуальности. Разделение «нормативных фактов» отношения к Другому на типы происходит при опоре на критерии социального права той группы, в рамках которой и утверждаются такие факты.

Поэтому вмешательство социального права оказывается необходимым для того, чтобы «гражданский оборот» смог дать начало формальному позитивному праву координирующего характера. Без такого содействия и в той степени, в которой оно не является объектом непосредственной интуиции судьи, конкретное и абстрагированное «отношение к Другому» играет лишь роль взаимного сплетения субъективных индивидуальных прав. Социальное

право, критерии которого служат основой для разделения «отношений к Другому» на типы, позволяет последним утвердиться в присущем им аспекте «нормативных фактов». Именно поэтому необходимо признавать существование приоритета правопорядка социального права по отношению к правопорядку права индивидуального; такой приоритет оказывается схожим с приоритетом нормативных фактов союза по отношению к нормативным фактам «отношения к Другому».

После такого разграничения и противопоставления друг другу этих двух видов нормативных фактов, дающих начало социальному и индивидуальному праву, мы полагаем своим долгом (с тем, чтобы извлечь из настоящего изложения пользу для теории социального права) еще раз воссоздать в памяти их общие черты. Ценности справедливости в их качестве идей-действий и креативных ценностей могут найти свое воплощение только в рамках социальных действий (совместных или же только находящихся во взаимозависимости). Все «союзы» и все «отношения к Другому», в которых воплощены вневременные позитивные ценности, оказываются не в состоянии стать «нормативными фактами» и породить новое право в том случае, если они представляют собой лишь пассивные состояния социальности, независимо от того, идет ли речь о сфере «социальности через союз» или сфере «социальности через отграничение». Именно элемент активной социальности является необходимой предпосылкой для утверждения социальной действительности в качестве воплощающего креативные ценности справедливости «нормативного факта». *Имеющий общую задачу для осуществления «союз» и «отношение к Другому», которое может быть реализовано только через взаимную деятельность, — вот те единственные разновидности союза и отношения к Другому, о которых здесь идет речь.*

Другой общей для этих двух видов нормативных фактов чертой является их полностью *объективный и безличный* характер. Теория «нормативных фактов» как основы обязывающей силы и эффективности позитивного права оказывается диаметрально противоположной всем субъективистским, волюнтаристским, императивистским и иным теориям. Правотворящий авторитет, на котором основывается позитивность права, в данном случае предстает полностью *деперсонализированным* и абсолютно объективным. Здесь идет речь не об отрицании «социального авторитета», а об «обретении такой точки зрения, с которой правотворящий авторитет не казался бы персонифицированным»,<sup>204</sup> как заметил с обыкновенной для него глубиной мысли Морис Ориу, который, к сожалению, на последнем этапе своей карьеры уже не следовал своему мудрому высказыванию.<sup>205</sup> Все же в том, что касается нашей концепции «нормативного факта», мы считаем, что полностью следуем этому высказыванию Ориу.

Как мы попытались показать, мы видим в понятии «нормативных фактов» логический предел «правового объективизма», который ни в коей мере не отказывается ни от насущно необходимой идеи субъективного права, ни

<sup>204</sup> Hauriou M. Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre // Recueil de législation de Toulouse. 1909. P. 83.

<sup>205</sup> Изложение идей Мориса Ориу см. ниже: глава III часть пятая (особенно § 3 и 4).

от идей авторитета и позитивности права. Особым проявлением подобного всеохватывающего правового объективизма является первичность объективных и неорганизованных общностей по отношению к тем организациям, которые формируют надстройку для этих общностей.

В преобладании нормативных фактов неорганизованного союза и в производном характере «нормативных фактов» как тех организаций, которые представляют собой лишь отражение неперсонифицируемого правотворящего авторитета основополагающих общностей, равно как и в преобладании сверхфункциональных общностей (не допускающих никакого иного способа самовыражения, кроме ряда независимых и конкурирующих друг с другом организаций) по отношению ко всем остальным видам общностей, и находит свое окончательное подтверждение всеохватывающий правовой объективизм. А вместе с ним находит свое полное обоснование и идея социального права (позитивность такого права во всех его разновидностях должна рассматриваться как доказанная), после чего позитивное право оказывается полностью освобожденным от всякой связи с понятиями государства и организации в целом.

Та особая интенсивность, с которой в сфере социального права выражается идея тотальности и которая вызывается зависимостью от этого права «нормативных фактов» «союза», может быть конкретизирована следующим образом.

1. Обязывающая сила социального права основывается непосредственно на «нормативном факте» существующей в действительности тотальности (эмпирически данное единение в идее), тогда как обязывающая сила индивидуального права основывается на том же самом факте, но только опосредованно, через «нормативные факты» отношения к Другому.

2. Выражаемая социальным правом социабельность является *социабельностью через единение* (частичное слияние) и *взаимное проникновение*, тогда как социабельность, выражаемая индивидуальным правом, является *социабельностью через взаимное ограничение и уравнивание*.

3. Реализуя одну и ту же ценность справедливости, социальное право и право индивидуальное воплощают различные нравственные ценности: социальное право воплощает *трансперсональные нравственные ценности*, а индивидуальное право — *нравственные ценности личности*.

4. Приоритет социального права по отношению к праву индивидуальному, которое заимствует у социального права критерии регламентации и генерализации, является следствием приоритета нормативных фактов «единства» по отношению к нормативным фактам «отношения к Другому», и то, что выражение идеи «социального Целого» становится более интенсивным в сфере социального права, есть лишь один из частных аспектов данного обстоятельства.

5. Наконец, остальные значимые проявления тотальности в правопорядке социального права (на наличии подобных проявлений мы уже достаточно останавливались при определении данного понятия), такие, как интеграция в тотальность, непосредственное участие Целого в правоотношении, установление социальной власти, типаж «сложной коллективной личности» и т. п.,

в равной степени вытекают из того, что обязывающая сила социального права основывается на «нормативных фактах» «единства».

Является ли чистое и независимое социальное право (не располагающее санкциями, установленными безусловным принуждением, но равнозначное или же превосходящее государственный правопорядок) позитивным правом, и в частности формальным позитивным правом? Для ответа достаточно понять, на каких видах общности этот правопорядок основывается и какими техническими приемами констатации он располагает. Могут ли выступать в качестве «нормативных фактов» национальное и международное экономические сообщества, международное политическое сообщество, нация и сверхфункциональное международное сообщество, которым преимущественно и коррелирует чистое и независимое социальное право? Мы отвечаем «да», поскольку все они являются активными общностями, имеющими общую задачу для осуществления, и никто не станет спорить, что они воплощают позитивные ценности.

Экономические сообщества являются по сути своей активными и могут быть четко сведены в целом к определенным действиям. Поэтому уже давно не без основания указывается на то, что экономика является материей, которая с необходимостью предполагает конституирующие ее правовые формы.<sup>206</sup> Следовательно, ничто не препятствует тому, чтобы экономические сообщества могли стать «нормативными фактами», порождающими свое собственное право и основывающимися на таком праве свое существование.

Поскольку сверхфункциональные национальные общности лежат в основе всех национальных организаций и общностей, то оказывается бесспорным, что эти общности не сводятся исключительно к общим сферам деятельности и предполагают пассивные состояния социальности (метаюридические формы социальности), такие, как любовь, понимание, восхищение, уважение и т. п. Но нация уже не является нацией, если она не обладает сознанием общности выполняемой задачи, множества осуществляемых идей-действий, без наличия сложного переплетения совместно осуществляемых видов деятельности. Поэтому ничто не препятствует тому, чтобы за нацией (в свойственном ей абсолютно объективном аспекте неперсонифицируемой и неорганизованной общности) была признана способность воплощать ценности справедливости и утверждать себя в качестве «нормативного факта». Эти соображения применимы и к международному сообществу, где активная социальность преобладает над пассивной. Последняя в рамках международного сообщества оказывается крайне слабо выражена, в отличие от социальности в рамках национального сообщества. Впрочем, все эти виды сообществ допускают теоретическую возможность существования организованной надстройки (единой или раздробленной на множество самостоятельных структур), имеющей тенденцию к дальнейшему саморазвитию, что и является внешним признаком активного характера рассматриваемых основополагающих сообществ и их способности к самоутверждению в качестве «нормативных фактов».

Может ли при таких обстоятельствах оставаться сомнение в том, что обретающее свою обязывающую силу в этих «нормативных фактах» чистое

<sup>206</sup> Bougle C. Leçons de sociologie sur l'évolution des valeurs. 1922. P. 102 et suiv.; Штаммлер Р. Хозяйство и право. 1-е изд. 1896.

и независимое социальное право является *правом позитивным*, т. е., согласно нашей концепции, действительным правом?

Но может ли оно быть формальным позитивным правом или же только интуитивным позитивным правом? Разумеется, оно может быть как формальным, так и интуитивным позитивным правом в силу того, что располагает множеством технических приемов для своей формальной констатации. Из десяти предварительно (поскольку в принципе число таких источников остается неограниченным) перечисленных нами выше формальных источников права только издаваемый государством закон не может быть отнесен к данной категории. Остается *девять формальных источников права*, применимых для констатации чистого и независимого социального права; чистого, но подчиненного государству социального права; аннексированного государством, но остающегося автономным социального права: 1) обычай (общий и частный); 2) соглашение (нормативный договор); 3) автономный статут; 4) практика негосударственных судебных органов (третейских, профсоюзных и т. п.); 5) практика внесудебных органов; 6) доктрина; 7) прецедент; 8) социальная декларация; 9) признание. Неужели всех этих технических приемов недостаточно для того, чтобы гарантировать возможность формальной констатации социального права: причем не только социального права, игнорируемого законодательством государства и утверждающегося вне его пределов, но и того социального права, которое напрямую конкурирует с законодательством государства?

В равной ли степени эти девять формальных источников права оказываются пригодными для констатации и неорганизованного, и организованного социального права? Очевидно, что нет: они различаются в зависимости от того, идет ли речь о констатации организованного или неорганизованного слоя «нормативных фактов» социального союза. В первом случае могут применяться только следующие технические приемы: а) обычай, б) прецедент, в) социальная декларация, г) признание, а изредка также и соглашение (нормативный договор), и судебная практика. Применительно к неорганизованному слою это: а) статут, б) соглашение (нормативный договор), в) судебная практика, г) практика внесудебных органов, а изредка также и прецедент, и социальная декларация. Наконец, доктрина, *communis opinio doctorum* (лат. — общее мнение научного сообщества. — *Прим. пер.*) в равной степени применяется для констатации и неорганизованного, и организованного социального права. Отсюда мы видим, что неорганизованное социальное право располагает тем же количеством технических приемов констатации, что и организованное социальное право. Какое же еще сомнение может оставаться в способности неорганизованного социального права утверждать себя в качестве формального позитивного права в той же степени, что и в качестве интуитивного позитивного права?

Таким образом, мы можем считать закрытым спор по поводу позитивного характера социального права во всех его разновидностях (и особенно чистого и независимого социального права и неорганизованного социального права).

\* \* \*

В завершение данной главы нам остается подвести итог всем тем ошибкам, которые допустили сторонники необходимой взаимосвязи между понятием позитивного права и понятием государства, что приведет нас к окончательному уяснению отношений между государством и правовой действительностью.

Тот, кто утверждает, что для позитивности права необходимо вмешательство государства, делает либо сразу, либо по отдельности следующие ошибочные допущения:

а) что все позитивное право должно прямо или косвенно быть санкционировано безусловным принуждением, что подразумевает как отсутствие различия между условным и безусловным принуждением, так и смешение теоретической возможности для правовой нормы быть санкционированной и существование реально установленного принуждения, и, наконец, неудачное отождествление четко различающихся между собой терминов «значимость» права и «санкция», которая может сопровождать право;

б) что все позитивное право должно воплощать приказ некоей воли, высшей по отношению к подчиненным ей волям; такое предположение вытекает из индивидуалистического предрассудка в правоведении, но отнюдь не из анализа существа самой позитивности в праве;

в) что государство является единственным «нормативным фактом» в силу своей мнимой способности эксклюзивно представлять всеобщий интерес; такое предположение трижды ошибочно, ибо всеобщий интерес имеет различные аспекты, а государство, как и всякая иная организация (неизбежно являющаяся функциональной), может представлять лишь какой-либо один из этих аспектов; поскольку не только воплощающие общий интерес «нормативные факты», но и те «нормативные факты», которые являются партикулярными, обладают способностью порождать собственное право; ибо вся в целом живая правовая действительность, являющая такое множество внесударственных «нормативных фактов», абсолютно противоречит подобному допущению;

г) аналогичную ошибку делает концепция государственного «суверенитета», который путают с нормативным характером государства,<sup>207</sup> что в свою очередь влечет тройную ошибку: 1) смешение независимости одного государства по отношению к другому (относительный суверенитет) с независимостью государства по отношению ко всему тому праву, которое не основано на собственной воле этого государства (абсолютный суверенитет); 2) смешение «политического суверенитета» государства, т. е. монополии на безусловное принуждение, с «правовым суверенитетом», иначе говоря, с приоритетом одного правопорядка в случае коллизии с другим правопорядком: негосударственный правопорядок может обладать преимуществом и ограничивать компетенцию государства, ни в коей мере не затрагивая при этом монополию государства на осуществление принуждения в определенных границах; 3) и наконец, ошибка, состоящая в игнорировании того, что окончательный «правовой суверенитет», неизменный приоритет определенного правопорядка, дающий разрешение конфликтам между всеми остальными правопорядками, может принадлежать только неорганизованному социальному праву, интегрирующему сверхфункциональные общности и в конечном счете международное сообщество.

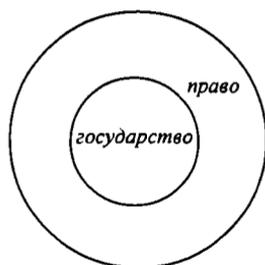
<sup>207</sup> В этом, по существу, и заключается смысл утверждения Г. Кельзена о том, что позитивность права тождественна суверенитету государства (*Kelsen G. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. 1920. S. 76 usw.*); хотя, отождествляя государство и право и двигаясь по направлению к пониманию международного сообщества как универсального государства, Г. Кельзен делает акцент в основном на сведении суверенитета к позитивному праву (о Кельзене см. наше изложение в «Идеи социального права и современность», глава II части первой).

Смешение «нормативных фактов» и используемых для их констатации технических приемов происходит на основе предположения мнимой взаимосвязи государства и позитивного права, на основе утверждения о том, что издаваемый государством закон делегирует свой правотворящий авторитет всем остальным формальным источникам права. Здесь происходит ошибочное толкование смысла «формальной констатации нормативного факта» путем переноса утверждения о верховенстве закона по отношению ко всем остальным источникам права. Тому, кто, основываясь на данной концепции, соблазнился бы возможностью настаивать, в частности, на прогрессивном и инициативном характере закона и на скорее традиционалистском и ретроградном характере обычая, достаточно будет напомнить, что автономные статуты, коллективные соглашения, социальные декларации, акты признания, практика судебных и иных органов, наконец, прецеденты могут успешно играть ту же прогрессивную и инициативную роль, что и закон государства. Следование такой концепции приводит к смешению *гарантии* действительной эффективности правовой нормы, насущно необходимой для позитивности этой нормы с принуждением, особенно с безусловным принуждением государства. Итак, подобная эффективность оказывается гарантированной благодаря самому существованию различных «нормативных фактов», на которых основывается все право, а гарантия оказывается полностью отличной от процесса применения санкций, особенно предполагающих существование безусловных санкций, независимых от государства.

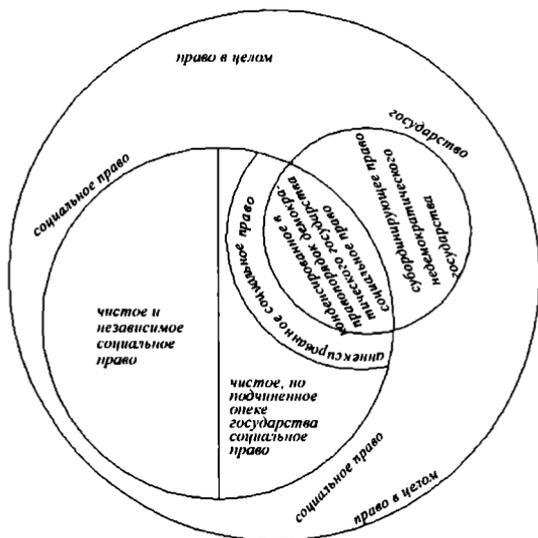
*Утверждение о насущно необходимой взаимосвязи понятия позитивного права и понятия государства теряет всякий смысл без допущения подобных ошибок.* Дав характеристику этим последним, мы считаем, что вправе окончательно отбросить такую концепцию, не имеющую под собой никакого иного основания, кроме глубоко укоренившихся предрассудков и ошибок.

Полностью освободив, таким образом, понятие позитивного права от всякой зависимости от государства, мы обретаем возможность определить в общих чертах взаимоотношение государства и права. Учитывая, что все право есть право позитивное, а интуитивное позитивное право, наряду с правом формальным, играет значительную роль в правовой жизни государства, мы можем, оставив в стороне все вышеописанные классификации, сопоставить право и государство. Как уже говорилось выше, государство не может: 1) быть поставлено над правом (империалистская теория); 2) не быть отождествлено с правом (Кельзен); 3) не расцениваться как независимый от права элемент (Гирке<sup>LV</sup>); 4) не рассматриваться в качестве внешнего по отношению к праву элемента (большинство теоретиков естественного права; Дюги); 5) наконец, не пониматься как частично пересекающееся с правом, поскольку даже авторитарное государство основано на праве. Следовательно, данная проблема допускает единственное, логичное и адекватное правовой действительности решение: *рассматривать государство как правовую сферу, вписанную в рамки несравненно более широкой сферы внегосударственного права. В правовой жизни государство подобно маленькому, но глубокому озерцу, затерянному посреди безбрежного моря права, окружающего это озерцо со всех сторон.*<sup>208</sup> Можно изобразить взаимоотношения государства и права следующим образом.

<sup>208</sup> Сравнение государства и права как «озерца» и «моря» дословно воспроизводит авторский текст. — Прим. пер.



Если же более тщательно сопоставить государство с тем сектором права, который мы называем социальным правом, можно легко убедиться в том, что хоть государственный правопорядок является всего лишь правопорядком, включенным в несравнимо более широкий правопорядок права в целом, то же самое уже нельзя сказать об отношениях государственного правопорядка с социальным правом. С одной стороны, существует множество проявлений социального права, не имеющих непосредственной связи с государством, — чистое и независимое социальное право, чистое социальное право; с другой стороны, недемократические формы государственного устройства основываются не на социальном праве, а на праве субординирующем. Сферы социального права и права государственного пересекаются только частично с тем, чтобы полностью разойтись в других пунктах; отношения между этими двумя видами права могут быть изображены следующим образом.



Этими схемами мы завершаем наши рассуждения по поводу системных предпосылок понятия социального права, а теоретическое обоснование данного понятия кажется нам доказанным.

---

## Глава V

# ДОВОДЫ ПРОТИВ ВОЗРАЖЕНИЙ И ЗАБЛУЖДЕНИЙ, СВЯЗАННЫХ С САМИМ ТЕРМИНОМ «СОЦИАЛЬНОЕ ПРАВО»

Используя добытые в предыдущих главах результаты, мы сможем без особого труда и, насколько это возможно, кратко исключить ряд возражений, заблуждений и неуверенность в смысле самого термина «социальное право», избранного в качестве заголовка нашей работы.

1. Существует очень широко распространенное возражение против данного термина: «Социальное право! С первого взгляда эти два соединенных между собой термина кажутся бессмыслицей или по меньшей мере плеоназмом... Право, которое регулирует отношения между людьми в обществе, которое предъявляет к общественной деятельности свои требования, является... не чем иным, как синтетическим разрешением социальных вопросов. В этом смысле все проблемы правоправедения являются социальными вопросами, а разрешающее эти вопросы право заслуживает названия социального права...».<sup>209</sup> А вот как выглядит наш ответ. Никем не может быть оспорено, что право есть явление общественной жизни. И это правда, хоть и довольно-таки тривиальная. Более того, мы видели, что для того чтобы прийти к пониманию феномена права в целом, необходимо выйти за пределы индивидуалистических и односторонне-универсалистских трактовок социального бытия; нужно подняться до синтеза универсализма и индивидуализма и внедрить в саму структуру права принцип конкретной тотальности. Основываясь именно на этой методологической базе, мы могли наблюдать, что «социабельность» — связь в рамках тотальности — выражается разными способами, среди которых мы выделили два основных типа, указывающих на два противоположных направления в рамках одной и той же синтетической тотальности: *социабельность через единство (частичное слияние)* и *взаимное проникновение и социабельность через взаимное ограничение и уравнивание*.

Принадлежащие к различным направлениям социологи всегда выделяли различные проявления социабельности: например, Дюркгейм противопоставлял солидарность на основе сходства (или механическую солидарность) солидарности на основе различия (или органической солидарности); Теннис противопоставлял «общину» и «общество», отождествляя первую с «органической тотальностью», а второе — с «договорным отношением» или механической суммой членов.<sup>210</sup>

---

<sup>209</sup> *Bonnecase J.* 1) La notion de droit en France au 19-e siècle. P. 178–179; 2) Romantisme juridique. P. 694, 650.

<sup>210</sup> Это предложенное Теннисом противопоставление не следует путать с различием неорганизованной инфраструктуры и организованной надстройки в сфере социальной жизни (основополагающая общность и организация в употребляемом нами значении), поскольку оба употребляемых Теннисом термина указывают на тотальности, а сама рационализация отнюдь не тождественна, как это предполагал Теннис, договорному отношению.

Другие социологи (например, М. Шелер и фон Визе) пытались выделить большее количество форм социальности.<sup>211</sup> К сожалению, зачастую разнообразные проявления социальности рассматриваются как последовательные фазы исторического развития,<sup>212</sup> тогда как в действительности они есть не что иное, как *одномоментно существующие в каждой социальной группе элементы, которые в своей совокупности и конституируют данную группу.*<sup>213</sup> Во всяком случае никто никогда не объясняет, почему социологам позволяется противопоставлять друг другу различные проявления социальности и запрещать правоведом устанавливать схожее противопоставление между видами права, которое соответствует этим видам и их классифицирует.

Противопоставление социального и индивидуального права является лишь юридическим выражением противопоставления двух выделяемых нами необходимых видов социальности. Общая характеристика права как явления социальной жизни («социальности в целом») совершенно не проливает света на поставленную идеей социального права проблему. А поскольку кажется бесспорным, что социальность через взаимное проникновение и слияние сознаний является более интенсивной, чем социальность через взаимное ограничение и уравнивание, то естественно, что соответствующее этой более интенсивной форме социальности право заимствует прилагательное «социальное».

2. Те, кто отказываются мыслить иначе, чем в категориях правового индивидуализма, иногда заменяют неприемлемое для них понятие социального права на понятие субъективного индивидуального права, которое принадлежит социальной группе, выступающей вовне в качестве простой структурной единицы. «Социальное право» здесь понимается просто как сфера свободы, закрепляемая за юридическим лицом в его «отношениях с Другими»: с другим юридическим лицом или индивидом. Если в то же время отождествлять коллективность как явление с государством (рассматриваемым в качестве индивида в широком смысле, поглощающего множество своих членов), то это приводит к смешению подобного «квазисоциального права» со всемогущей властью. Тревожась по поводу развития такого «социального права», отождествляемого с централистским коллективизмом, защитники этой точки зрения

<sup>211</sup> Макс Шелер предложил различать четыре формы социальности: а) масса, б) витальная общность, в) общество и г) коллективные личности (*Scheler M. Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik. 2-te Aufl. 1922. S. 547–556*). Л. фон Визе пытается выделить три формы: а) масса, б) группа, в) абстрактные коллективы (*Wiese L. Allgemeine Soziologie. 2 Bd. 1929. S. 85–223*). Нельзя рассматривать эти попытки как удавшиеся, так как они смешивают два различных принципа классификации: противопоставление организованного и неорганизованного слоев социального бытия и разграничение между различными типами социальных связей, не зависящих от первого противопоставления. Критику данной концепции Шелера см. в моей книге «Современные тенденции немецкой философии» (1930. С. 120 и сл.).

<sup>212</sup> Такова точка зрения Тенниса, который утверждал, что «общество» приходит на смену «общине»; аналогичной была и концепция Дюркгейма, согласно которой «органическая солидарность» (солидарность через разделение труда) все более заменяет собой «механическую солидарность» (солидарность через сходство).

<sup>213</sup> Об этом же см.: *Geiger Th. Die Gruppe und die Kategorien «Gemeinschaft» und «Gesellschaft» // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1927. S. 338 usw., 359 usw, 343* («Община и общество не являются... историческими стадиями... или типами групп, но представляют собой элементы единства. Обе эти формы применимы для любой социальной группы»). — См. также: *Scheler M. Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik. 2-te Aufl. S. 549, 552.*

в действительности отказываются только от ошибок правового индивидуализма, взятого в своих империалистском и этатистском аспектах.<sup>214</sup> Следует ли после всего сказанного по данному предмету настаивать на том, что критикуемая нами терминология является источником наибольших заблуждений и что подобное «социальное право» не имеет ничего общего с обозначаемой этим термином проблемой, так как в указанном аспекте «социальное право» есть лишь иное название для субординирующего права?

3. Другой ряд заблуждений обязан своим происхождением трактовке понятия социального права в русле философии позитивизма или даже утилитаризма. Предполагается, что «социальное» по необходимости означает «эмпирическое» или даже «чувственно воспринимаемая материя», а под «социальным правом» здесь понимается право, которое не имеет никакой иной задачи, кроме обслуживания разнообразных потребностей реальных обществ, служения «социальному интересу», «групповой пользе»<sup>215</sup> и т. п.; короче говоря, этим термином обозначается право, полностью оторванное от справедливости. Нет ничего более далекого от «социального права» в том смысле, в каком мы понимаем данный термин, чем подобная концепция! Прежде всего она основывается на совершенно ошибочном понимании социальности. Духовное, идеальное, рациональное может обладать характером «социального» так же, как и эмпирического. В частности, высший принцип нравственности, трансперсональный поток креативной деятельности в ее оживотворенной вечности имеет по сути социальный характер, поскольку такой поток является сверхсознательным и включает в себя все индивидуальные и коллективные сознания в качестве входящих в него моментов и его сущностного содержания. Собственно социальный характер свойствен в равной степени и выражению данного потока в моральном идеале, и справедливости, которая «социальна» вдвойне и по своему социальному содержанию, и по выполняемой ею роли посредника между идеальной нравственной социальностью и реальной социальностью. Характеристика права как «социального» никоим образом не связана с противоположностью позитивизма и идеализма. Как нам уже известно, в данном случае применительно к «социальному праву» речь идет об особом виде «социальности» в силу того, что социальное право для нас представляет собой лишь один из секторов сферы права в целом. Следовательно, если в процессе познания не опираться на принципы спиритуализма, социальность через взаимное проникновение и слияние сознаний (которой и соответствует социальное право) оказывается недоступной для познания в большей, чем все остальные формы социальности, степени. Поэтому не напрасно судьба теории социального права (в том виде, в каком мы должны будем описать это в нашей истории доктрин социального права) всегда, по существу, была связана с метафизическими и идеалистическими системами (Лейбниц, Фихте, Краузе, Прудон, историческая школа, Аренс, Гирке, Ориу).

<sup>214</sup> *Jacquelin R.* Le droit social et la réparation des dommages en régions envahies. 1917. P. 4 et suiv., 44 et suiv., 92 et suiv., 98, 141 et suiv., 144.

<sup>215</sup> См., напр.: *Bonnetcase J.* La notion de droit en France au 19-e siècle. P. 118 et suiv.

Мы уже имели возможность опровергнуть заблуждение, состоящее в отождествлении (под влиянием идей Л. Дюги) «социального права» с «объективным правом» и в отрицании «субъективного права» как метафизического предрассудка.<sup>216</sup>

4. Четвертый разряд заблуждений вызван одним из многочисленных значений термина «социальное», связанного с неблагоприятной ситуацией, в которой в обществе находятся более экономически слабые классы, или, иными словами, с «социальным вопросом». В этом смысле некоторые авторы понимают под термином «социальное право» комплекс правовых норм и особенно издаваемых государством законов, которые защищают слабые и обездоленные слои общества. Легко увидеть, что подобное понятие социального права не имеет никакого четкого юридического содержания, так как оно представляет собой лишь агломерат совершенно различных структур и относится к разным отраслям права (государственное право и автономное право в различных проявлениях, с одной стороны, и гражданское, административное, трудовое, уголовное, конституционное право, с другой стороны); данный агломерат оказывается созданным исключительно исходя из той цели, которой служат соответствующие предписания.

Легко заметить, что подобная телеологическая концепция «социального права», сформированная специально с точки зрения государственной «социальной политики», совершенно не должна смешиваться с чисто теоретической идеей права социальной интеграции, которое в силу своей внутренней правовой структуры противопоставляется всем иным видам права.<sup>217</sup>

Современный немецкий правовед В. Каскель<sup>LV1</sup> попытался в специальном исследовании<sup>218</sup> углубить теологическую и политическую интерпретацию термина «социальное право», объединяя данное понятие с концепцией этого права как особого порядка в определенных группах. Как пишет Каскель, при определении социального права необходимо учитывать два момента: с одной стороны, это особое право (*Sonderrecht* (нем.)), распространяющееся на определенные социальные классы и на наемных рабочих; с другой стороны, это право, нацеленное на улучшение экономической и социальной ситуации, особенно осложняемой индустриальным развитием на протяжении последнего столетия.<sup>219</sup> Таким образом, «социальное право», по Каскелю, состоит из четырех частей: право социального обеспечения, право охраны труда, право трудового договора и корпоративное, или профсоюзное, право.<sup>220</sup> Сам Каскель не скрывает того, что подобное понятие социального права должно рассматриваться как «реализация через законодательное

<sup>216</sup> См. выше: § 1 главы III и глава I.

<sup>217</sup> Впрочем, важно отметить, что политико-телеологическая концепция социального права является не чем иным, как деформацией некоторых весьма глубоких идей Лоренца фон Штейна, у которого данная концепция представляла собой только один из моментов его чисто теоретической концепции понятия социального права (см. ниже: § 3 главы IV части четвертой «Диалектика идеи социального права у Лоренца фон Штейна»).

<sup>218</sup> *Kaskel W. Begriff und Gegenstand des Sozialrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach // Deutsche Juristenzeitung. 1918. S. 541 usw.* — См. также: *Pothhoff H. Sozialrecht als Lehrfach // Jahrbuch für Arbeitsrecht. 1919. S. 116 usw.*; *Lederer M. Grundriss des österreichischen Sozialrechts. 1929. S. 1 usw.*

<sup>219</sup> *Kaskel W. Begriff und Gegenstand des Sozialrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach. S. 542–543.*

<sup>220</sup> *Ibid. S. 544.*

право государства определенных приоритетов социальной политики».<sup>221</sup> Этого признания со стороны Каскеля оказывается достаточно для констатации того, что речь в данном случае идет не о теоретическом понятии социального права, для которого характерен анализ имманентной правовой структуры данного права.

Особое право социальных групп у Каскеля обозначает либо (в большинстве случаев) особые привилегии, предоставленные наемным работникам законодательством государства (без разделения разных форм государства), либо автономное право аннексированных государством групп, либо «чистое социальное право» в употребляемом нами смысле. Совершенно различные правовые положения собраны здесь вместе в силу теологических соображений и без какого-либо усилия для их уточнения в юридическом плане.

С тем большей энергией мы должны настаивать на исключении из идеи социального права всякого теологизма, поскольку, как нам известно, имманентная структура права может служить основой для плодотворного разрешения практических проблем только после своего теоретического определения и освещения под углом зрения своей чисто интегративной функции.

5. Пятая группа заблуждений связана с пониманием социального права как одного из видов естественного права. Так, например, декан университета Нанси Франсуа Жени, говоря о трудностях, связанных с закреплением содержания «естественного права», отмечает: «Невозможно распознать *главную постулат социального права*, который все более сдерживает и корректирует эксцессы индивидуализма, без того, чтобы до настоящего времени было предпринято хоть малейшее усилие к фиксации внимания на действии этого права».<sup>222</sup> В этом смысле «социальное право» является лишь постулатом, «нравственным принципом критики позитивного права», но не настоящим правом. Поэтому социальное право не относится к правовой действительности, а представляет собой только *идеал*, к которому можно постараться направить позитивное право. Выше мы попытались продемонстрировать, что всякая оценка права с точки зрения идеала ведет за пределы сферы права, поскольку сама по себе справедливость не является собственно идеалом (идеал же может быть исключительно моральным). Нам кажется, что понятие естественного права, особенно когда его рассматривают в качестве некоего «постулата», противоречит самой сущности права. Утверждать же, что «социальное право» возможно только как «постулат» естественного права, означает не что иное, как отрицание существования социального права. Даже если и допустить существование такого права, то подобное «социальное право» не имело бы никакой четкой правовой структуры: оно было бы применимо как для этической критики позитивного права интеграции, так и для критики позитивного права координации и субординации. В конце концов, даже если признать существование естественного социального права, то отсюда отнюдь не следует, что существует также и позитивное социальное право. Например, представители основной школы естественного социального

<sup>221</sup> Ibid.

<sup>222</sup> Geny F. Science et technique en droit positif privé. Vol. 4. 1926. — См. также: Colin G., Capitan T. Traité élémentaire de droit civil. 4-e éd. Vol. 1. P. 5 et suiv.

права XVII–XVIII вв., такие, как Гроций, Лейбниц, Вольф, Неттельбладт и их ученики, о которых мы будем говорить в следующей главе, развили всю теорию позитивного социального права, опирающуюся на естественное социальное право (трактуемое здесь не как постулат, а как действенный элемент самой правовой действительности).

Подчеркнем еще раз, что исследуемая здесь нами структура социального права не имеет никакого отношения к проблеме естественного права в любых его видах. Речь идет об одном из важных секторов позитивного права («формального» или «интуитивного»), рассматриваемых как существующая в действительности правовая реалья.

6. Иногда термину «социальное право» придается смысл общего предмета изучения права с точки зрения социологии, в рамках которого право помещается среди других социальных явлений путем определения взаимных связей и отношений данных явлений.<sup>223</sup> В такой терминологии речь идет о некоем методе, а не о явлении с четкой структурой — в этом смысле все право в целом должно рассматриваться как «социальное»: право координации и субординации в той же степени, что и право интеграции. Выше мы показали, в каком смысле понятие социального права предполагает расширение самих рамок исследования, расширение обычно используемой в правоведении методологии и каким образом эта методология путем выхода за пределы противопоставления нормативизма и социологизма отличается от собственно «социологии права», оказывающейся подчиненной рассматриваемой методологии. Здесь представляется важным особо подчеркнуть, что идея права социальной интеграции в рассматриваемом нами виде конституирует строгую имманентную структуру, противопоставляемую другим структурам и существующую отдельно от изучаемого ею объекта<sup>LVII</sup> (теория права, социология права, энциклопедия права); данная идея предполагает как раз обратное желанию некоторых теоретиков сформировать социальное право как специфический объект «социологии права». Наша идея права интеграции основывается не на отделении «социальной функции» права от его структуры как внешних по отношению друг к другу, а на введении этой «социальной функции» в рамки самой структуры права; противопоставление права интеграции, координации, субординации является лишь юридической конструкцией, характеризующей различные социальные функции права.

Так, применительно к современности в своей весьма ценной работе Карл Реннер противопоставляет «социальную функцию» права («социальное право») сущности этого права, причем Реннер понимает такую сущность с эгатистских и, в принципе, индивидуалистических позиций (как волю государства, подчиняющую себе волю отдельных индивидов). Реннер приходит к следующему выводу: «функция» права собственности в условиях капиталистического

<sup>223</sup> Эта концепция часто встречается у экономистов (А. Вагнер, Г. Шмоллер и др.). Среди правоведов данную концепцию воспринял Карл Реннер, по-видимому, в двух своих очень важных работах: «Die soziale Funktion des Rechts» (Marx-Studien. 1904 (опубликована под псевдонимом И. Каннер)), «Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion» (1929) и его последняя работа. При этом у Реннера термин «социальное право» обретает смысл, весьма схожий с признаваемым нами за этим феноменом смыслом (см. последнюю из цитируемых работ, особенно фразу: «Мы живем в социальном праве, находясь в оболочке права гражданского»).

режима полностью изменилась и с «социальной точки зрения» представляет собой право управления массой наемных работников, объединенных в ассоциации доминирования, тогда как с «юридической точки зрения» право собственности остается полностью координирующим.<sup>224</sup> На это мы возражаем указанием на недостаточность подобного анализа; полностью соглашаясь с фактом указанной эволюции, мы утверждаем, что новое управленческое право, которым располагает капиталист, может и должно пониматься и формироваться с позиций права. Ведь изменилась не только «социальная функция» права собственности, но вместе с ней изменилась и сама структура этого института права. Вместо индивидуалистического правопорядка мы имеем дело с правом интеграции некоего предприятия, представляющего собой тотальность, которая обслуживается индивидуалистическим правом и соответственно трансформируется в субординирующий правопорядок. Исходя из этого, категория «социальное право» в том виде, в каком мы ее понимаем, позволяет с точки зрения права объяснить те явления действительной жизни права, наблюдение которых Реннер считает возможным только в случае выхода из сферы юридической в сферу социологическую.

7. Иногда термином «коллективное право» обозначаются явления, весьма близкие к тем, которые мы понимаем под термином «социальное право». Во Франции выражение «коллективное право» было введено, насколько нам известно, Эммануэлем Леви,<sup>225</sup> не сумевшим точно сформулировать значение этого термина.<sup>226</sup> В дальнейшем особенно благоприятной для судьбы данного термина оказалась его связь с теорией «коллективных трудовых соглашений»,<sup>227</sup> которую мы сами считаем одной из важных сфер применения идеи социального права в рассматриваемом нами значении. Затем выражение «коллективное право» получило широкое распространение в послереволюционной Германии, где оно преимущественно использовалось для характеристики новых институтов трудового права; в этом смысле часто говорят о «коллективном трудовом праве», которое противопоставляется «индивидуальному» или «договорному» праву, регулирующему тот же предмет. Согласно данной терминологии<sup>228</sup> «коллективное право» обозначает все те правовые ситуации в рамках трудовых и иных отношений, в которых заинтересованные лица выступают не в качестве изолированных индивидов, а в качестве некоей тотальности (неважно, будет ли это организация работников в структуре предприятия, созданная для выборов заводских советов и создающая в силу коллективных трудовых договоров обязательства даже и для третьих лиц, либо профсоюзное право, право касс взаимопомощи, либо, наконец,

<sup>224</sup> Renner K. Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. 1929. S. 28–72, 119 usw., 142 usw.

<sup>225</sup> Levy E. L'affirmation du droit collectif. 1903 (непечатано в: Levy E. La vision socialiste du droit. 1926. P. 105–127).

<sup>226</sup> См. нашу критику этой точки зрения Э. Леви в моей книге «Идея социального права и современность», глава I части второй.

<sup>227</sup> См. особенно: Rouast A. Essai sur la nature juridique du contrat collectif. 1909. P. 96–97; о Руасте см. в «Идее социального права и современность», главу II части первой.

<sup>228</sup> Краткое резюме данной концепции можно найти у Робера Кестана: Cestan R. Essai sur le droit collectif. — Кстати, Кестан пытается связать эту концепцию с институциональной теорией М. Ориу, а также с традиционалистскими концепциями Бурже и др.

право, регламентирующее режим совместно управляемой собственности<sup>229</sup> (которую мы назвали федералистской)). К термину «коллективное право» (а не к освященному традицией термину «корпоративное право») здесь прибегают потому, что в большинстве случаев речь идет о непризнанных во внешней сфере в качестве юридических лиц тотальностях, которые зачастую даже не имеют организованной формы, несмотря на то что они играют непосредственную роль в правоотношениях (например, масса работников — как членов, так и не членов профсоюза, которые задействованы в коллективном соглашении).

Понятие «коллективное право» в силу того, что оно игнорирует все остальные существенные характеристики социального права, оказывается одновременно и более широким, и более узким, чем используемое нами понятие права интеграции (два этих термина можно сравнить с двумя взаимно пересекающимися окружностями). Понятие «коллективное право» уже понятия «социальное право» в силу того, что оно обычно противопоставляется «общему праву» и рассматривается в качестве права, регулирующего исключительно те тотальности, которые обладают партикулярным характером.<sup>230</sup> И в то же время данное понятие намного шире понятия «социальное право», поскольку оно зачастую включает в себя многочисленные случаи, когда тотальности, участвующие в правоотношении, регламентируются не своим собственным автономным правом, а неким навязываемым извне гетерогенной по отношению к данной тотальности властью правопорядком: либо законодательством государства (например, защита труда в силу закона или навязывание тарифов в какой-либо из отраслей промышленности со стороны государственного органа), либо распорядительной волей хозяина, обязательной для тотальности (ассоциации доминирования, например, распорядок дня в мастерской, установленный односторонним волеизъявлением хозяина).

Понятие «коллективное право» не предоставляет никакого критерия для разграничения «права интеграции» и «права субординации»; «государственного права» и «автономного права» (не говоря уже о различии общества и государства), что делает это понятие нечетким и зыбким. Термин «коллективное» имеет двойное значение и может обозначать как конкретную тотальность, так и коллективизм, в рамках которого тотальность понимается как неразложимое единство, поглощающее своих членов, — как «централизованный» индивид в широком смысле (искажение социализма, выразившееся в стремлении к централизации). Поэтому в борьбе против «правового индивидуализма» и его тени — этатизма данный термин кажется нам менее пригодным для такой борьбы, чем термин «социальное право».

8. Нам остается только проанализировать ту концепцию понятия «социальное право», которая хотя и полностью отличается от нашей, но тем не менее не отделена от нее полностью. Эта концепция заключается в понимании социального права как той сферы, в которой публичное и частное право

<sup>229</sup> По поводу этой последней точки зрения см.: *Josserand O. Essai sur la propriété collective // Livre du centenaire. 1904*; а также: *Cestan R. Essai sur le droit collectif. P. 102 usw., 212-222.*

<sup>230</sup> См. по данному вопросу: *Cestan R. Essai sur le droit collectif. P. 109-110.*

взаимопересекаются и создают синтез с тем, чтобы сформировать новое понятие, занимающее промежуточное положение между двумя вышеназванными видами права. Данная концепция, корни которой можно найти уже в некоторых намеках школы французских солидаристов и которая оказалась широко распространена в современной доктрине трудового права в Германии, имеет множество нюансов: это «наполовину публичное и наполовину частное» право можно рассматривать либо как третий вид права, обладающий совершенно оригинальной юридической структурой,<sup>231</sup> либо как простой сплав частного и публичного права, формируемый в терминах институтов частного права,<sup>232</sup> либо, наконец, исключительно как переходный исторический период, симптоматичный для процесса постоянного роста публичного права, которое постепенно растворяется в праве частном.<sup>233</sup> И только в первом случае понимание термина «социальное право» затрагивает проблему права интеграции в том смысле, в котором мы его понимаем. По сути же, речь идет о признании существования некоей правовой действительности, для которой в силу ее имманентной структуры становится неприменимым традиционное противопоставление публичного и частного права.<sup>234</sup>

Из изложенного выше нам хорошо известно, по поводу каких сфер правовой действительности здесь возникает вопрос: речь идет о праве, которое в случае коллизии с государственным правопорядком оказывается равным ему либо его превосходит; о независимом от государства и не подчиненном ему праве; о чистом и независимом праве. Лишь к этому праву неприменимо формальное противопоставление публичного и частного права; во всех остальных случаях термины двух данных противоположностей: социальное и индивидуальное право (структурное различие); публичное и частное право (формальное различие) оказываются полностью взаимозаменяемыми.

Отсюда становится видно, что понимание социального права как третьего вида права, наряду с публичным и частным правом, оказывается повинно в двойной ошибке: здесь происходит смешение независимых друг от друга формальной и материальной противоположностей, термины которых являются взаимозаменяемыми; здесь в качестве отличительного признака самого социального права берется внешнее проявление того обстоятельства, что определенные слои этого права освобождаются от опеки государственного правопорядка. Поэтому данную концепцию можно рассматривать как симптом развития некоторых важных секторов чистого и независимого социального права, которые становятся все более заметными; но она ровным

<sup>231</sup> См., напр.: *Sinzheimer H.* Ein Tarifgesetz. Die soziale Selbstbestimmung im Recht. 1916; *Lehmann A.* Allgemeiner Teil des B. G. B. 2-te Aufl. 1922. S. 2; *Herzfeld F.* Jahrbuch des Arbeitsrechts. 1919. S. 113; *Goldschmid W.* Reichswirtschaftsrecht. 1923. S. 15–16.

<sup>232</sup> См., напр.: *Flatow G.* Betriebsratgesetz. Commentarium. 12-te Aufl. 1927. S. III–IV, 16–18.

<sup>233</sup> *Hedemann W.* 1) Das Bürgerliche Recht und die neue Zeit. 1919; 2) Einführung in die Rechtswissenschaft. 2-te Aufl. 1927. S. 11; *Nussbaum A.* Das neue Wirtschaftsrecht. S. 46 usw., 56 usw., 61 usw.

<sup>234</sup> Именно к этому выводу пришел Зинцхаймер в своей замечательной работе «Grundzüge der Arbeitsrechts» (1927. S. 89, 79 usw., 105, 274–275), где его концепция социального права приближается к развиваемой нами концепции. О Зинцхаймере и по поводу всех упомянутых выше теорий см. наше изложение в части первой работы «Идея социального права и современность».

счетом ничего не добавляет к определению имманентной юридической структуры этого права.

9. Само количество возражений, заблуждений, смысловой неясности, которые следуют за термином «социальное право» и которые мы постарались устранить, могло бы дать почву и для последнего возражения. Спрашивается, зачем же выбирать такой термин, который требует столь трудоемких предварительных объяснений; почему бы не поискать другой, более удачный и менее двусмысленный термин? Вот наш ответ: вопрос о терминологии может дискутироваться постоянно, и поэтому мы сами уточняем выражение «социальное право» термином «право интеграции». Однако можно сказать, что безальтернативна вся научная терминология, и особенно терминология общественных наук, зачастую используемая для обозначения тех явлений, которые приводят в действие все человечество и которые сами становятся действительными силами исторической жизни — она сама навязывает себя. Термин «социальное право», который сегодня у всех на устах: и у великих правоведов современности (Гирке, Салейль, Ориу, Дюги), и у реформаторов экономики, и у политиков (этот термин можно найти в программах Всеобщей Конфедерации Труда, у представителей английского гильдейского социализма, у Жореса<sup>LVIII</sup> и др.), и у беспристрастных наблюдателей правовой жизни наших дней,<sup>235</sup> является одним из тех терминов, которые с необходимостью себя навязывают. Употребление данного термина оказывается тем более обоснованным, что он имеет долгую и славную историю и что этот термин с XVII по последнюю четверть XIX в. служил для ряда мыслителей (чьи доктрины мы будем изучать ниже) для обозначения того же самого комплекса проблем, который связываем с данным термином и мы. Исходя из этого, мы полагаем возможным считать окончанным спор о приемлемости термина «социальное право».

---

<sup>235</sup> См., напр.: *Fehr H. Recht und Wirklichkeit*. 1927. S. 95: «Новое право уже существует как понятие, независимо от того, называют ли его социальным правом или как-либо иначе».

## Глава VI

# ОБОСНОВАНИЕ ОТПРАВНОЙ ТОЧКИ В ИСТОРИЧЕСКОМ ИССЛЕДОВАНИИ ИДЕИ СОЦИАЛЬНОГО ПРАВА. ПРИМЕНЯЕМАЯ МЕТОДОЛОГИЯ

Мы начинаем нашу историю идеи социального права с XVII в., где, по нашему убеждению, у некоторых не известных широко мыслителей можно найти первые следы данной идеи. В целях настоящего исследования напрасным было бы обращение к античности, так как отождествление социальной связи со связью государственно-публичной и отсутствие какого-либо усилия к достижению синтеза между универсализмом и индивидуализмом исключают для данной исторической эпохи всякую возможность образования идеи социального права.

Средневековье с его богатой внегосударственной правовой культурой, основанной на автономном праве социальных групп и договорных отношениях между этими группами, не может, несмотря на кажущуюся очевидность, служить отправной точкой для нашего исследования. Для этого есть множество причин: а) религиозный и космический универсализм *corpus mysticum* (лат. — мистического тела Церкви. — *Прим. пер.*) — сущностное основание для всякой социальной идеологии — в Средние века<sup>236</sup> имело *монистический* характер, исключая возможность плюрализма равнозначных правопорядков и подчиняя все социальные группы видимому церковному единству;<sup>237</sup> б) краеугольным камнем всего «правового антииндивидуализма» Средневековья является целостность *corpus mysticum* (называемого также Вселенской церковью), понимаемого как строго *иерархическая* тотальность; как иерархия, заранее указывавшая место всем правопорядкам, внешним выражением которой была характеристика Церкви как ассоциации доминирования; в) хотя универсализм «*corpus mysticum*» благодаря влиянию христианства и стал более благоприятным для индивида, чем этатистский универсализм античности, но и эта разновидность универсализма полностью жертвовала автономией индивида ради предопределенной и стабильной тотальности космического и религиозного универсума; и в этом случае не вставал вопрос о *состоящей из отдельных лиц автономной тотальности*, об универсализме как «трансперсонализме»; г) наконец, две основные правовые системы Средневековья — «феодального права» и «канонического права» — сами по себе

<sup>236</sup> По поводу этого направления см. замечательные исследования Отто фон Гирке: *Gierke O. Genossenschaftsrecht. 3-te Bd. 1881. S. 510–644.* — Эта часть книги Гирке в 1914 г. была переведена на французский язык под названием «Политические теории средневековья».

<sup>237</sup> *Ibid.* (во французском переводе). Р. 100 («Согласно средневековой теории общества, всякая организация человеческого общежития должна рассматриваться как часть той организации миропорядка, которая связана с существованием самого Бога, а всякая мирская группа должна рассматриваться как органический член *Civitas Dei*, который охватывает как небо, так и землю... Человечество представляет собой "*corpus mysticum*", основанное и управляемое самим Богом»).

представляли *помеху* для развития идеи социального права отнюдь не менее серьезную, чем все вышеперечисленные.

Недавно скончавшийся П. Г. Виноградов<sup>LX</sup> очень удачно заметил: «Феодальное право обладало слишком узкой основой, а право каноническое — слишком широкой; в одном случае эту основу составляло наследственное владение, а в другом — человечество (точнее — *corpus mysticum*)».<sup>238</sup> Если принцип наследственного владения как основы для той власти, на которой зиждилось феодальное право, открывал путь для проникновения в право индивидуалистических предрассудков римского права,<sup>239</sup> то служащее основой для Вселенской церкви иерархическое и мистическое «*corpus mysticum*» трансформировало все автономное право социальных общностей в субординирующее право.<sup>240</sup> Понятно, что объединение этих двух тенденций в рамках единой романо-канонической доктрины, которая являлась бы окончательной формой развития обеих тенденций, было бы максимально отдалено от идеи «права социальной интеграции» в нашем ее понимании, а все, чего можно было бы достичь в рамках такой доктрины, — это, скорее всего, неуверенное признание существования ряда ассоциаций доминирования наряду с государством.<sup>241</sup> Третья система средневекового права — право свободного союза (*freie Einung* (нем.)) ремесленных корпораций и автономных гильдий<sup>242</sup> — исчерпала себя, извратила свою сущность и очень быстро исчезла с тем, чтобы повлиять на секулярную романо-каноническую правовую доктрину; в этой третьей системе не было такого сословия правоведов, как в двух предыдущих системах.<sup>LXI</sup>

Следовательно, идея социального права является, по сути, продуктом современности. Необходимой была полная эмансипация человеческой мысли, имевшая место в эпоху Возрождения; необходимо было открытие многообразия окружающего мира, утверждение множества равнозначных систем ценностей; необходимо было освобождение человеческого общества (как автономной тотальности, состоящей из лиц, чей разум не имел безграничных возможностей) от зависимости, порой доходившей и до смешения с другими видами тотальностей; наконец, насущно необходимым было достижение последовательного синтеза индивидуализма и универсализма; все это было необходимо для того, чтобы идея права социальной интеграции стала возможной. Не могло быть никакой идеи социального права до эпохи Возрождения!

Хорошо известно, что основы современной науки и философии в основном были заложены именно в XVII в. Имена Декарта и Спинозы, Галилея и Ньютона обозначают собой решающий этап истории автономии человечества. «Границы современной цивилизации окзываются обозначенными самой

<sup>238</sup> Vinogradov P. G. Principes historiques du droit. Vol. I (во французском переводе). 1920. P. 171–172.

<sup>239</sup> Gierke O. Genossenschaftsrecht. 3-te Bd. (во французском переводе). P. 34 et suiv., 187 et suiv.

<sup>240</sup> Ibid. P. 251 et suiv., 254 et suiv.

<sup>241</sup> Ibid. P. 425–431 et suiv., 440 et suiv., 451 et suiv., 477 et suiv., 483 et suiv.

<sup>242</sup> Ibid. Vol. I. 1868. P. 220–270, 295, 514, 358–397, 299; Saint Léon M. Histoire des corporations des métiers. 3-e éd. P. 992 et suiv., 79 et suiv.

историей... Начиная... с картезианского спиритуализма... мудрость гуманизма... спускается... на землю и завладевает Западом».<sup>243</sup> Исходя из этой точки зрения, нет ничего удивительного в том, что мы начинаем свое исследование с XVII в.

В сфере общественных наук влияние методов математики и физики в XVII в. привело к триумфу индивидуалистических концепций, что можно заметить в философии права Гоббса, Пуфендорфа<sup>LXII</sup> и даже Спинозы (чья метафизика максимально отдалена от индивидуализма), в продолженном затем Локком движении (который объединил это направление идей с религиозным либерализмом английских индепендентов<sup>244</sup>), вплоть до Ж.-Ж. Руссо.

В свете этого могло бы показаться парадоксальным желание найти следы антииндивидуализма в общественных науках XVII в., тогда как (если только речь не идет об Античности или Средневековье) обычно антииндивидуализм связывают с реакцией начала XIX в. против идеологии Великой Французской революции. Мы сознательно хотим порвать с указанной концепцией путем демонстрации того, что в XVII в., наряду с индивидуалистической «социальной физикой», закладывались основы и совершенно иной концепции, единственно новаторской и по-настоящему достойной XVII в. Только такая концепция противопоставляла себя традиции римского права и романо-канонической доктрине: в ее рамках была предпринята попытка разработать новую концепцию автономной социальной тотальности, являющейся имманентной, а не трансцендентной по отношению к своим членам. Предполагалось, что эта концепция состояла бы в синтезе индивидуализма и универсализма и здесь впервые была предпринята попытка (и чем очень редко думали универсалисты XIX в.) ввести идею тотальности в недра правовой сферы.

Несмотря на то что подобное новаторское усилие осталось почти незамеченным в правоведении, данное направление идей сыграло, благодаря физиократам, существенную роль в зарождении двух других научных дисциплин — политической экономии и социологии. И совсем не напрасно на протяжении всего XVII в. представителей этого направления мысли во главе с Гроцием и Лейбницем называли «социалистами»,<sup>245</sup> именем, которым обычно называют мыслителей XIX в.<sup>246</sup>

<sup>243</sup> *Brunschvicg L. Le progrès de la conscience dans la philosophie occidentale. Vol. I. P. 141. 137 et suiv.*

<sup>244</sup> См. мою работу «Идея неотчуждаемых прав человека в политической доктрине XVII–XVIII вв.» (Работы российских ученых Зарубежья. Т. I. Берлин, 1921. С. 65 и сл.).

<sup>245</sup> См., напр., заявление И. Г. Хофбауера в работе: *Hoffbauer I. G. Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt, Anhang: Entwurf einer Geschichte des Naturrechts. 1793. S. XXI* («Его (Пуфендорфа) последователей особенно называют социалистами, несмотря на то что основу для естественного права заложил еще Гроций». — Единственным автором, который обратил внимание на такое использование термина «социалист», был, насколько нам известно, Прадье-Фодере в заметках к переводу работы Гроция «*De jure belli ac pacis*» (1863. С. 63)).

<sup>246</sup> Карл Грюнберг в своей интересной статье «*Der Ursprung der Worte "Sozialismus" und "Sozialist"»* (*Archiv für die Geschichte des Sozialismus. 1911. 2-te Bd. S. 372–379*) указал на работу итальянца Джакомо Джильоно (*Guilione G. L'anti-socialismo refutato. 1803*), где впервые был использован термин «социализм», еще до первопроходчиков идеи социализма Оуэна в Англии (1827), Леру и Вине во Франции (1831). Грюнберг не замечает, что книга Джильоно, написанная в качестве опровержения индивидуалистической философии («anti-socialism») Ж. Ж. Руссо, уже предполагала общепринятое использование термина «социалист», который в XVII–XVIII вв. использовался для обозначения направления идей Гроция — Лейбница — Вольфа.

Таким образом, мы берем в качестве точки отсчета XVII век не для того, чтобы еще раз повторить хорошо известную историю индивидуалистической социальной философии, но для того, чтобы воссоздать по ней следы совершенно иного направления идей, которое в равной степени противопоставляет себя средневековой схоластике и в рамках которого впервые был использован термин «социальное право».

Впрочем, совершенно бесспорно то, что идея социального права в XVII в. не могла быть осознана во всей ее полноте и четкости. С одной стороны, еще не была поставлена в терминах этики проблема синтеза универсализма и индивидуализма, и, следовательно, конкретная социальная тотальность не была полностью освобождена от ее интерпретации как иерархического порядка. Это стало возможным лишь после освободительного труда Великой Французской революции и учения Канта об автономной нравственности; однако определенная субординирующая тенденция осталась присущей этой первой теории социального права. С другой стороны, историческое и эволюционистское чутье совершенно отказало исследователям в данном случае; этот пробел обрел свое внешнее проявление в том, что вся проблема социального права в целом была переведена в весьма спорную терминологию догматического естественного права.

Наконец, в силу поразительного исторического парадокса идея социального права впервые была сформулирована в ту эпоху, когда в эмпирической действительности господствовало могущественное как никогда государство, устроенное по территориальному признаку, и когда абсолютизм государственной власти, вдвойне усиленный за счет монархического элемента, был исторической необходимостью и прогрессивной силой. Первые попытки формирования теории социального права (за исключением лишь сферы международного права, где плодотворность идеи социального права проявилась сразу) должны были ориентироваться преимущественно на реалии прошлого, а не настоящего или будущего и поэтому в некоторой степени носили ретроградный характер. Такой ретроградный характер идеи социального права в свою очередь препятствовал точному формулированию этой идеи в XVII–XVIII вв. и был основной причиной неудачи названных теорий. И лишь в послереволюционную эпоху ситуация изменилась полностью, а все теоретические новшества и прогрессивное веяние идеи социального права стали ощутимыми.

\* \* \*

Нам остается только уточнить в нескольких словах ту методологию, которой мы будем следовать в историческом исследовании идеи социального права. Мы уже отмечали, что считаем историю идей абсолютно невозможной без опоры на определенные системные предпосылки. Доктрины имеют собственное историческое бытие и развиваются по определенному, свойственному им ритму, иногда даже совершенно независимо не только от личности их авторов, но и от той среды, в которой они были образованы. Более того, эти доктрины обладают удивительной способностью возрождаться в тех исторических эпохах, которые полностью отличны от эпохи, когда данные доктрины были впервые сформулированы; после периода их образования и длительного забвения

они зачастую обладают намного более активным и решающим действием, чем в момент образования. Примеры влияния Аристотеля в Средневековье, святого Августина, чьи мысли стали особо значимыми через пять столетий после его смерти, длительный процесс возрождения неоплатонизма, влияние Канта в начале XX в. и т. п. слишком хорошо известны, чтобы продолжать обоснование их истинности.

Исследование процесса исторического генезиса рассматриваемых нами доктрин, конкретизирование влияния на них условий времени и места, указание на те философские системы, которые могли бы способствовать формированию позиции того или иного мыслителя, — все это представляется важным, но не решающим для имманентного восприятия содержания той или иной доктрины. *Содержание той или иной доктрины не сводимо к процессу ее образования* так же, как Целое не сводимо к своим частям, а сознание — к тем элементам, которые его образуют.

Поэтому возможно изучать историю идей, полностью абстрагируясь от проблем генезиса этих идей, т. е. исключительно путем их систематизации; наоборот же изучать историю идей оказывается невозможным: такой подход должен был бы привести к утрате объекта исследования. Для того чтобы не упустить историческую перспективу и не стать произвольным, чисто идеологическое изучение доктрин должно ориентироваться на *историю проблематики*.

Философские проблемы так же, как и проблемы строго научные, могут быть четко отграничены от тех систем, в рамках которых они формулируются и в рамках которых ищут ответ на эти проблемы.

Научные проблемы имеют свою судьбу и свою логику, которые оказываются не только самостоятельными, но порой и противостоят логике научных систем. Процесс логического развития проблематики зачастую подрывает границы формулирующих эту проблематику научных систем и приводит к выходу за пределы таких границ. *В итоге последовательность проблематики одерживает верх над последовательностью систем*. Следуя развитию проблематики, чисто идеологическая история доктрин никогда не утратит контакт с объективной перспективой.

Все эти рассуждения оказываются особенно применимыми к нашему исследованию, которое полагает своей задачей *напрямую изучать историю отдельно взятой проблемы*. Здесь чисто идеологический метод оказывается единственно возможным и исключает применение других методов. В целях подобного исследования необходимо заранее определить границы той проблемы, исследование истории которой планируется. Излагаемые в процессе исследования доктрины должны представлять интерес только в той мере, в какой они помогают найти ответ на определенную проблему. Поэтому мы полностью произвольно берем из изучаемых нами систем только те элементы, которые имеют отношение к проблеме социального права. Если нам и придется иногда говорить об излагаемой системе в целом, то только тогда, когда это оказывается абсолютно необходимым<sup>247</sup> для оценки того вклада, который данная система вносит в проблематику.

<sup>247</sup> Именно это и будет иметь место при изложении взглядов Прудона.

История определенной нами проблемы проходит зачастую через ряд второстепенных научных систем и минует куда более значимые с другой точки зрения доктрины: это как раз и имеет место применительно к истории проблемы социального права. По той же причине не стоит удивляться и той роли, которую в рамках изучаемой нами истории играют малоизвестные и не слишком авторитетные мыслители в ущерб намного более знаменитым и зачастую более глубоким. Наконец, как мы отметили выше, вытекающие из той или иной проблематики следствия часто заходят намного дальше, чем следствия той или иной системы, не нужно тревожиться и в тех случаях, когда история проблемы социального права приводит нас к совершенно различным на первый взгляд системам.

В заключение заметим, что наша история проблемы социального права не претендует на законченность. Мы ставим своей задачей только проследить наиболее общие пути развития этой идеи и вполне отдаем себе отчет в том, до какой степени будет возможно расширение исторической базы нашего исследования и в каких разнообразных направлениях возможно его завершение. <...>

## Комментарии

<sup>1</sup> Гурвич неоднократно подчеркивал, что юридические права и обязанности могут возникать только в процессе реализации ценностей, встречая препятствия на своем пути (см., напр.: *Gurwitsch G. Essais de sociologie*. P. 153).

<sup>11</sup> Эрлих Евгений (Ehrlich Eugen), 1862–1922 — австрийский социолог, основатель социологии права, профессор и ректор университета Франца-Иосифа в Черновцах (Австро-Венгрия). Эрлих критиковал современную ему юриспруденцию за то, что всю сложную социальную реальность она рассматривает преимущественно через призму судебной практики, в то время как фактически право в жизни общества является гораздо более широким явлением. Свои исходные теоретические установки Эрлих выразил в следующей формуле: «В наше время, как и во все времена, центр тяжести развития права не в законодательстве, не в науке права, не в судебной практике, а в самом обществе». Нормы, изданные государством, представляют собой лишь некоторую часть права. В обществе происходит спонтанный процесс правогенеза, и это «живое право», в отличие от «права в книгах», и есть предмет социологии права. Право генерируется самим обществом, а не законодательством, юриспруденцией или судебной практикой. Данное «живое право» фактически уже действует в обществе, оно возникает спонтанно и опережает право, исходящее от государства. Это право создается общественными союзами. По своему содержанию «живое право» представляет собой организационные нормы, обеспечивающие порядок внутри социальных союзов. К подобному праву добавляется «порядок второго рода» — право, охраняющее само существование союзов (уголовное и процессуальное право). Основным понятием правовой теории Эрлиха является «социальный факт» как нечто предшествующее правовой норме. Эрлих считал, что методом изучения права должно стать прежде всего непосредственное наблюдение конкретных правовых явлений,

юридически значимого поведения людей и их «союзов». Важное значение имеет при этом «документальное исследование» — анализ различного рода договоров (земельной аренды, ипотечных, брачных), уставов торговых компаний, завещаний и т. д. Основные работы: «Über Lücken im Recht» (1888), «Die stillschweigende Willenserklärung» (1893), «Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft» (1903), «Grundlegung der Soziologie des Rechts» (1913), «Die richterliche Rechtsfindung aufgrund des Rechtsatzes» (1917), «Die juristische Logik» (1918).

<sup>111</sup> Жени Франсуа (Geny François), 1861–1959 — французский правовед, сторонник теории «свободного права». Жени выдвинул теорию, которую назвал «свободное научное исследование». Он считал, что судья, разбирая дело, должен ощущать себя связанным нормами писаного закона настолько, насколько понимает текст закона. В любых случаях судья обязан, рассмотрев социальные и экономические обстоятельства дела, отыскать наиболее справедливое решение вопроса. Теория Жени оказала влияние как на общие принципы создания нормативных актов, так и на методику их применения. Основные работы: «Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif» (1899) и «Science et technique du droit privé positif» (1914–1924).

<sup>iv</sup> *Dominium, imperium* (лат.) — в римском праве соответственно власть частная и публичная.

<sup>v</sup> Гербер Густав (Gerber Gustav), 1820–1901 — немецкий философ, известный своими работами по теории языка, профессор Вюрцбургского университета. В своих лингвистических исследованиях Гербер, под влиянием Гердера и Гумбольдта, выдвигает и защищает тезис о том, что мышление невозможно без языка. Понятнейшее знание Гербер связывает с письменной речью. Поскольку письменная речь находится в процессе постоянного изменения, то любое знание по природе своей релятивно. Отсюда Гербер развивает критику натурфилософских доктрин и утверждает, что истинность нашего

При подготовке комментариев были использованы материалы Энциклопедического словаря Брокгауза и Ефрона, словаря «Современная зарубежная социология» (М., Политиздат. 1991).

знания есть лишь иллюзия, уверенность в значении тех или иных терминов или информации. Достоверность такой информации ограничена достоверностью письменного носителя информации, и поэтому он говорит о том, что наше знание не более стабильно, чем наши книги. Гербер оказал значительное влияние на современную ему научную среду Германии, его мысли об относительности знания и о значении языка повлияли в том числе и на философское развитие Ницше. Основные работы: «Die Sprache als Kunst» (1871), «Die Sprache und das Erkennen» (1873), «Kritik der Sprache» (1892).

<sup>VI</sup> Лабанд Пауль (Laband Paul), 1838–1918 — немецкий правовед, известный по своим работам в области государственного права, один из ведущих представителей юридического позитивизма, профессор Кенигсбергского и Страсбургского университетов. Лабанд рассматривал юриспруденцию как основанную исключительно на научной объективности, как свободную от ценностных критериев дисциплину. Отказываясь от использования в рамках юриспруденции каких-либо телеологических или метафизических предпосылок, учета социальных или политических факторов, Лабанд основал так называемую «юриспруденцию понятий» (Begriffsjurisprudence). Такая юриспруденция была призвана продемонстрировать (с помощью применяющейся в математике и в естественных науках методологию) обоснованность делающихся юристами выводов применительно к постулатам действующего позитивного права. Его работы были проникнуты верой в возможность с помощью логики устранить все конфликты и противоречия из сферы права, что в некоторой степени напоминает естественно-правовые доктрины. Основные работы: «Beitrage zur Kunde des Schwabensspiegels» (1861), «Magdeburg-Breslauer Systematische Schaffenrecht aus der Mitte des XIV Jahrhunderts» (1863), «Magdeburger Rechtsquellen» (1867), «Das Staatsrecht des Deutschen Reiches» (1876).

<sup>VII</sup> Кельзен Ганс (Kelsen Gans), 1881–1973 — австрийский юрист, основатель правового нормативизма, или «чистого учения о праве». Под чистой теорией права Кельзен понимал доктрину, из которой устранены все элементы, чуждые

юридической науке. Современные юристы, писал он, обращаются к проблемам социологии и психологии, этики и политической теории, пренебрегая изучением своего собственного предмета. Кельзен был убежден, что юридическая наука призвана заниматься не социальными предпосылками или нравственными основаниями правовых установлений, как доказывают приверженцы соответствующих концепций, а исключительно юридическим (нормативным) содержанием права. Источником единства правовой системы он считает основную норму — абстрактное понятие («мысленное допущение»), которое дается нашим сознанием с целью обоснования всего государственного правопорядка в целом. Основная норма непосредственно связана с конституцией, принятой в государстве, и может быть представлена в виде следующего высказывания: «Должно вести себя так, как предписывает конституция». Иерархия различных норм образует правопорядок. Он был сторонником жесткой позиции по вопросу различий между правом и моралью, считал их совершенно различными регулируемыми системами. Основные работы: «Problemen der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts» (1920), «Sozialismus und Staat» (1920), «Die allgemeine Rechts-theorie» (1925), «Reine Rechtslehre» (1934).

<sup>VIII</sup> Ренувье Шарль Бернар (Renouvier Charles Bernard), 1815–1903 — французский философ. Свои идеи изложил в сочинении «Опыты общей критики» («Essais de critique générale», 1851–1864), состоящем из четырех частей: «Общий анализ познания» («Analyse générale de la connaissance», 1851), «Человек» («L'Homme», 1858), «Начала природы» («Les principes de la nature», 1864), «Введение в аналитическую философию истории» («Introduction à la philosophie analytique de l'histoire», 1864). К этому же периоду относятся работы «Ухрония» («Uchronie», 1857) (полное название — «Uchronie, l'utopie dans l'histoire. Esquisse historique du développement de la civilisation européenne, tel qu'il n'a pas été, tel qu'il aurait pu être») и «Наука о морали» («La science de la morale», 1869). В 1872–1889 гг. Ренувье пишет много статей в еженедельник «Философская критика» («Critique philosophique»), а также в

1878–1885 гг. в приложение к «Философской критике» — журнал антикатолической направленности «Религиозная критика» («*Critique religieuse*). В последних номерах «Религиозной критики» был опубликован его труд «Эскиз систематической классификации философских доктрин» («*Esquisse d'une classification systematique des doctrines philosophiques*»); эта работа вышла также отдельным изданием в двух томах в 1885–1886 гг. В сочинениях, написанных Ренувье в конце жизни, — «Аналитическая философия истории»: В 4 т. («*Philosophie analytique de l'histoire*», 1896–1898), «Новая монадология» («*La nouvelle monadologie*», 1899), «Дилеммы чистой метафизики» («*Dilemmas de la metaphysique pure*», 1901), «Персонализм» («*Le personnalisme*», 1902) — он призвал заменить философию критикой, или критицизмом, и признать, вслед за Кантом, что познание достигает лишь феноменов, а сконструированные метафизиками представления о субстанции, Боге и душе не более чем химеры разума. Но, критикуя традиционную метафизику, Ренувье отошел и от позитивизма, считая неверным рассмотрение феноменов вне нашего сознания как самодостаточных, без учета деятельности рассудка, придающих им форму и единство. С очевидностью мы познаем лишь простые феномены, а значит, все более сложное, то, что человек принимает в качестве своего убеждения, базируется в конечном счете на вере; вера же в свою очередь непременно связана со свободой выбора, который определяется моральными установками человека. Отсюда — выдвинутое Ренувье понятие рационального верования, которое он противопоставлял спонтанным верованиям, имеющим место в случае галлюцинаций, веры в чудо и пророчество.

<sup>ix</sup> Штаммлер Рудольф (Stammler Rudolf), 1856–1938 — немецкий юрист и экономист, представитель марбургского направления неокантианства. Штаммлер считает право первичной категорией общественной жизни, без которой немислимо и самое понятие социального хозяйства. Здесь Штаммлер кардинально меняет учение Маркса о базисе и надстройке и утверждает, что так называемые производственные отношения

всегда выступают в правовой форме и потому носят волевой характер. Право представляет собой форму социальной жизни, а хозяйство — ее содержание. Для Штаммлера право являлось принудительным регулированием совместной жизни людей, которое по самому смыслу своему имеет не допускающее нарушения значение. Источник социального развития следует искать в свойственном праву целеполагании, и поэтому социальный прогресс осуществляется лишь в области права, которое и является определяющим фактором общественного развития. Штаммлер известен также и как автор концепции «естественного права с меняющимся содержанием», под которым он понимал принимающие массовый характер идеи изменения содержания права, требующие реформы права с точки зрения общественного идеала. Основные работы: «Über die Methode der Geschichtlichen Rechtsschule» (1888). «Die Theorie des Anarchismus» (1894), «Recht und Wirtschaft» (1897), «Die Lehre von dem richtigen Recht» (1902), «Theorie der Rechtswissenschaft» (1911), «Rechts und Staatstheorien der Neuzeit» (1917), «Sozialismus und Christentum» (1920), «Lehrbuch der Rechtsphilosophie» (1921–1924), «Der Richter» (1924), «Rechtsphilosophischen Abhandlungen und Vorträge» (1925).

<sup>x</sup> Новгородцев Павел Иванович (1866–1924) — русский правовед, философ, общественный деятель. С 1896 г. приват-доцент, а затем профессор Московского университета. Под его редакцией в 1902 г. увидел свет сборник «Проблемы идеализма», который можно считать своеобразным метафизическим манифестом. В этом сборнике в статье «Нравственный идеализм в философии права» Новгородцев критикует исторический релятивизм в понимании права, отстаивает тезис о метафизически-нравственных основаниях «естественного права» и утверждает необходимость «признания абсолютных начал» в праве. Определению роли метафизических принципов в истории правовых отношений, фундаментальной связи права и нравственности, права и религии были посвящены практически все основные труды Новгородцева — его докторская диссертация «Кант и Гегель в их учениях о праве и

государстве» (1903), работы «Кризис современного правосознания» (1909), «Об общественном идеале» (1917) и др. Новгородцев последовательно развивал понимание метафизической природы личности, настаивая на том, что «проблема личности коренится не в культуре или общественных проявлениях личности, а в глубине ее собственного сознания, в ее морали и религиозных потребностях». В качестве одного из ведущих принципов осуществления публичной власти он выдвинул «принцип личности».

<sup>XI</sup> Кистяковский Богдан Александрович (1868–1920) — философ, социолог и правовед. По своим философским взглядам Кистяковский был неокантианцем. Цель социологии, по его мнению, состоит в выработке необходимых понятий, в частности таких, как «общество», «личность», «социальные взаимодействия», «толпа», «государство», «право» и т. д. Он полагал, что социология, являясь теоретической наукой, призвана объяснить саму идею и способы функционирования «власти» в государстве. При этом он также считал, что сама идея власти и связанные с нею понятия господства и подчинения — результат психологического взаимодействия индивидов. Исследование природы и иррациональных оснований власти — скорее дело художественной литературы, чем социологии. Кистяковский был сторонником «методологического плюрализма» и считал, что в обществе одни элементы подчиняются законам причинности, другие же — принципам теологии. Обе эти социальные сферы иногда функционируют независимо друг от друга, а иногда пересекаются друг с другом, усложняя социальную жизнь. Большую роль в «нормальном обществе» играют элементы культуры, которые превращают власть и все ее атрибуты в элементы «коллективного духа», т. е. делают их элементами общественного сознания. В противном случае в обществе преобладает правовой нигилизм, чреватый социальными потрясениями. Наиболее значимые статьи Кистяковского, написанные за 20 лет, были собраны в переработанном виде в работе «Социальные науки и право» (1916). В последние годы жизни Кистяковский работал над книгой «Право и науки о праве», которую сам он рассматривал как свой главный труд.

<sup>XII</sup> Представляют интерес возражения самого П. И. Новгородцева на критику Гурвича (*Гурвич Г. Д.* Руссо и декларация прав. Пг., 1918. С. 10) о методологическом индивидуализме: «Я отвергаю первенство общественного единства над понятием личности, ибо такое первенство означало бы превращение личности в средство и орудие для блаженства каких-то высших существ, по отношению к которым люди настоящего являлись бы низшим видом, не имеющим равной нравственной ценности. Но, как я полагаю, нельзя принять и равенства общественного и личного начал. Как бы высоко ни оценивать значение сочетания лиц и нравственное единство, сколько бы ни утверждать зависимость развития лиц от общественного прогресса, тем не менее центром и целью нравственного мира является человек, живая человеческая душа... Но, говоря о первенстве личного начала, я имею в виду личность не самодовлеющую, а связанную с объективным законом добра, подчиненную абсолютному идеалу. Правильное сочетание личности и общества может быть достигнуто только чрез сведение их к понятию абсолютного идеала как высшего и предельного этического начала. Только на этом пути можно в одно и то же время правильно оценить самостоятельное нравственное значение общества и личности и остаться верным тому методологическому указанию Владимира Соловьева, что в области общественных явлений не следует искать какой-либо другой высшей нормы, кроме той, которая руководит человеком в его личной жизни... Стремление искать примирения или размежевания личности и общества вне того третьего и высшего начала, к которому они тяготеют, удерживает мысль в кругу безвыходных недоразумений и противоречий» (*Новгородцев П. И.* Об общественном идеале. М., 1991. С. 109).

<sup>XIII</sup> Дюги Леон (*Duguit Léon*), 1859–1928 — французский теоретик права и политолог. Дюги стремился развить юридическую теорию, избегая любых метафизических концепций и основываясь только на наблюдаемых данных. Отрицал идею субъективных прав, основывающихся на понятии воли. Закон, по убеждению Дюги, следует понимать как совокупность правил, вытекающих из

общественных отношений. Дюги рассматривал право через призму своей доктрины «солидарности», под которой понимал присущую любой социальной общности способность к самоорганизации. Именно на ее основе строятся отношения между классами. Идеи Дюги оказали заметное влияние на юридическую и политическую философию того времени. Наиболее полно его идеи изложены в трудах «Трактат о конституционном праве» («*Traité de droit constitutionnel*»). 1921–1925), «Государство, объективное право и позитивный закон» («*L'Etat, le droit objectif et la loi positive*»). 1901).

<sup>xiv</sup> Ориу Морис (Hauriou Moris), 1856–1929 — французский правовед, основоположник теории институционализма; был профессором и деканом факультета права Тулузского университета. Его труды оставили заметный след в истории социологии и юридической науки. Ориу рассматривал общество как совокупность множества институтов. Социальные механизмы, писал он, «представляют собой организации, или институты, включающие в себя людей, а также идею, идеал, принцип, которые служат своего рода горнилом, извлекающим энергию этих индивидов». Если изначально какой-то круг лиц, объединившись для совместных действий, образует собой организацию, то с того момента, когда входящие в нее индивиды проникаются сознанием своего единства, она предстает уже институтом. Характерным признаком института Ориу считал именно направляющую идею. Государство, согласно концепции Ориу, призвано стать публичной службой либерального порядка. Его главная задача — направлять и контролировать экономическую жизнь общества, оставаясь при этом общенациональным институтом. «Государство — это юридическая персонификация нации, приведенной к упорядоченному и уравновешенному режиму». Основные работы: «*Les principes du droit public*» (1910), «*Gestion administrative; étude théorique de droit administratif*» (1899), «*Précis de droit administratif et de droit public*» (1903), «*Souveraineté nationale*» (1912).

<sup>xv</sup> Салейль Реймон (Saleilles Raymond), 1855–1912 — французский правовед, профессор Дижонского и Сорбоннского

университетов, специалист по истории права, компаративистике, конституционному праву. Салейль настаивал на том, что право должно приспосабливаться к потребностям общества. Справедливость остается, по Салейлю, конститутивным элементом любого права, но в силу своей природы она должна принимать во внимание и другие компоненты общественной жизни. В своем учении о праве Салейль утверждает, что закон и кодексы не могут рассматриваться как единственное или высшее право; развитие права идет в разных направлениях, и дать подлинную картину правовой действительности теория права может лишь в союзе со сравнительным правоведением и историей права. Он считал также необходимым и сближение правоведения и философии. Салейль известен своей критикой экзегетического толкования правовых норм. По его мнению, задача толкователя состоит не в объяснении первоначального замысла создателя правовой нормы, а в применении и адаптации уже существующей в виде правового текста нормы к общественным отношениям. Основные работы: «*Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*» (1890), «*L'individualisation de la peine*» (1898), «*De la déclaration de volonté*» (1901), «*Introduction à l'étude du droit civil allemand*» (1904), «*De la possession des meubles*» (1907), «*De la personnalité juridique*» (1910).

<sup>xvi</sup> Прудон Пьер Жозеф (Proudhon Pierre Joseph), 1809–1865, — французский социалист, теоретик анархизма. В 1837 г. опубликовал брошюру «Опыт всеобщей грамматики» («*Essai de grammaire générale*»). В следующем году получил стипендию академии в Безансоне, но едва не лишился ее после публикации в 1840 г. трактата «Что такое собственность» («*Qu'est-ce que la propriété*»), в котором содержался знаменитый ответ: «Собственность — это кража». Публикация в 1842 г. трактата «Предостережение собственникам» («*Avertissement aux propriétaires*») явилась причиной его ареста и обвинений в приверженности революционным идеям. Но Прудон был освобожден, поскольку суд так и не сумел разобраться в сути приводимых им аргументов. Важнейший политический

трактат Прудона, в котором дано обоснование его учения, — «Система экономических противоречий, или философия нищеты» («Système des contradictions économiques, ou Philosophie de la misère», 1846). В дальнейшем Прудон посвятил себя разработке философских и исторических аспектов политической реформы. В 1858 г. вышла его работа «О справедливости в революции и в церкви» («De la justice dans la révolution et dans l'Eglise»), которая вызвала сильнейший протест со стороны церкви и других подвергавшихся критике институтов. Среди других важных работ Прудона — «Principes d'organisation politique, ou la création de l'ordre dans l'humanité» (1847), «Les idées révolutionnaires» (1849), «La guerre et la paix» (1861), «De la capacité des classes ouvrières» (1865).

<sup>xvii</sup> Марло Карл (Marlo Karl; настоящее имя — Карл Георг Винкельблех), — 1810–1865 — немецкий экономист, профессор Кассельского университета, автор многочисленных памфлетов против бедности и экономического неравенства. Марло являлся представителем юридического направления (данное направление противопоставлялось так называемому «научному социализму») в социалистическом движении Германии того времени. По его мнению, право представляло собой средство для оптимизации системы производства и обеспечения национального благосостояния. Поэтому решение проблемы бедности и неравенства Марло видел в изменении не системы распределения, а системы производства. Защищая принципы прав человека и гражданина, провозглашенные Великой Французской революцией, Марло критиковал абстрактность правовых концепций французских просветителей и выдвигаемых ими идеалов свободы и равенства. Применение таких идеалов на практике привело бы к plutократии или же к поддержке и поощрению ленивых и социально неактивных личностей. Марло разрабатывал федералистскую концепцию общества, которое представлялось наподобие огромного предприятия, в чьей собственности и находились бы основные средства производства. Задачами такого общества были бы борьба с бедностью, предоставление работы и обеспечение выживания

экономически слабых. Его политические взгляды были направлены против экономического либерализма. Защищая интересы мелких ремесленников и поденных рабочих, Марло выдвинул программу построения федерации гильдий и выступал за расширение социальных гарантий (уменьшение продолжительности рабочего дня, выплаты пособий по нетрудоспособности, обязательное начальное образование и т. п.). Основные работы: «Untersuchungen über die Organisation der Arbeit, oder System der Weltökonomie» (1848), «Über Maassysteme und Geld» (1855).

<sup>xviii</sup> Моль Роберт, фон (von Mohl Robert), 1799–1875 — немецкий правовед и политический деятель, профессор Тюбингенского и Гейдельбергского университетов. В своих работах Моль обосновывал необходимость парламентской монархии, установления гарантий личности. Известен как автор термина «правовое государство». Основные работы: «Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats» (1845), «Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften» (1855–1858), «Encyclopädie der Staatswissenschaften» (1859), «Staatsrecht, Völkerrecht und Politik» (1860–1869).

<sup>xix</sup> Аренс Генрих (Ahrens Heinrich), 1805–1874 — немецкий правовед, профессор университетов Граца и Лейпцига. Свое учение о праве Аренс строил в духе своего учителя Х. Краузе. По Аренсу, право представляет собой органическую целостность, которая образуется благодаря волевой деятельности членов той или иной социальной общности. Их воля совпадает в стремлении к самоутверждению, и путем такого самоутверждения люди вырабатывают целостный механизм правового регулирования, единство которого обусловлено единством преследуемых людьми целей. Основные работы: «Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit, fait d'après l'état actuel de cette science en Allemagne» (1838), «Organisch Staatslehre auf Philosophisch-Antropologischer Grundlage» (1850), «Juristische Encyclopädie» (1858–1861).

<sup>xx</sup> Communion (англ., фр.), All-Einheit (нем.) здесь переводится как «всеединство» с учетом специфики вкладываемого

Гурвичем в этот термин смыслового значения, хотя дословный перевод данного термина не подразумевает прямой аналогии со значением термина «всеединство» в русской религиозной философии (В. С. Соловьев, С. Л. Франк и др.). Нельзя согласиться с другим вариантом перевода — «коммунa» (*Голосенко И. А., Гергилов Р. Е. Георгий (Жорж) Гурвич как социолог // Журнал социологии и антропологии. 2000. Т. 3. Вып. 1*), так как такой перевод не только неправилен с лингвистической точки зрения, но и не имеет ничего общего со смыслом данного термина в работах Гурвича.

<sup>xxi</sup> Характеризуя принуждение как социальный институт, Гурвич указывает, что под принуждением можно понимать совершенно различные явления. Это может быть: 1) юридическая санкция, строго определенная и заранее установленная, применяющаяся в обществе против правонарушителей; 2) социальная гарантия эффективности правового воздействия, проявляющаяся через обычно повторяющиеся реакции неодобрения; 3) спонтанная и непредвиденная реакция против определенного поступка, которая может принять как форму одобрения, поощрения, так и форму неодобрения и которая порой может выйти за пределы юридически регламентированного процесса наказания за преступление (например, мечь и т. п.); 4) простое коллективное психическое принуждение с различными степенями интенсивности; в частности, это всеобщие чаяния, направленные на определенные ценности и определяющие собой поведение индивидов, в более широком смысле это не принявшие окончательной формы движения коллективного сознания, в которых индивид спонтанно участвует, будучи бессознательно захвачен ими. Во всех этих случаях принуждение может носить не только юридический характер, но и внеюридический (*Gurvitch G. Essais de sociologie. P. 120–121*).

<sup>xxii</sup> Под феноменом «Мы» Гурвич обозначает «интериоризацию и интимность переживания союза между людьми... даже если в действительности такая коллективная интуиция единства реализуется только поверхностно» (*Gurvitch G. Essais de sociologie. P. 31*). При этом взаимное проникновение сознаний и поведенческих

актов не имеет ничего общего с их отождествлением или же подведением к некоему высшему единству (*Ibid.*).

Здесь и далее дается именно такой перевод этого термина («communauté») по аналогии с устойчивым переводом термина «Gemeinschaft» Фердинанда Тенниса; Гурвич сам указывает на лингвистическое тождество этих терминов, хотя и делает оговорку, что между его концепцией общины (общности) и концепцией Тенниса нет ничего общего (*Ibid. P. 43*).

<sup>xxiii</sup> Точнее, различие между доминированием и сотрудничеством как раз и состоит в степени возможности проникновения в них спонтанной социальности (*Gurvitch G. Essais de sociologie. P. 62*).

<sup>xxiv</sup> В работе «Социологические очерки» Гурвич признает ошибочность высказанной здесь позиции, называя ее упрощенной: нельзя привести чистые примеры феноменов доминирования и сотрудничества, и поэтому данное различие нельзя использовать в качестве критерия для различения демократического и недемократического и т. п. Ошибочность данной позиции для Гурвича заключается в том, что она «сводила проблему демократии исключительно к юридическим гарантиям наибольшей открытости организованной надстройки для лежащих в основе спонтанных общественных союзов» (*Gurvitch G. Essais de sociologie. P. 62*). Необходимо также учитывать и воздействие конкретных общественных отношений применительно к формам социальности: так, демократия в форме доминирования определенных социальных групп для социальных общностей в форме массы или всеединства может привести к тирании, в форме сотрудничества — к автократии для массы, а для общности или всеединства — к либерально-демократическому режиму, например протестантская община (*Ibid. P. 65–66*).

<sup>xxv</sup> Политис Николаос Сократес (Politis, Nikolaos Sokrates), 1872–1942 — греческий правовед и политический деятель. С 1916 по 1920 г. являлся министром иностранных дел Греции. На международной арене поддерживал политику разоружения и мирного сосуществования. В своей стране выступал за введение системы коллективного социального страхования в

отношении работников. После прихода фашистов к власти в Греции Политис эмигрировал во Францию, где принял активное участие в дебатах по поводу усиления социальных гарантий рабочих.

<sup>xxvi</sup> Краббе Гуго (Krabbe Hugo), 1857–1936 — нидерландский правовед, профессор Лейденского университета, известен как критик юридического позитивизма. В своих работах, посвященных проблемам права и государства, Краббе критиковал чистое учение о праве Кельзена и рассматривал право и государство как результат действия социальных сил, а не как продукт чьей-либо воли — индивидуальной или коллективной. Недопустимой для Краббе была и идея Кельзена об «основной норме» как источнике всех правовых норм; на примере анализа норм международного права Краббе доказал несостоятельность этой идеи. Основные работы: «Administratieve rechtspraak» (1901), «Die Lehre der Rechtssoveränität: Beitrag zur Staatslehre» (1906), «De moderne Staatsidee» (1915), «Het rechtsgezag. Verdediging en toelichting» (1917), «Kritische Darstellung der Staatslehre» (1930).

<sup>xxvii</sup> Фердросс Альфред (Verdross Alfred), 1890–1980 — австрийский правовед, теоретик международного права, профессор Мюнхенского и Венского университетов. Фердросс известен как один из лидеров движения в пользу присоединения Австрии к Германии, сторонник национал-социализма. В своих работах по международному праву Фердросс выступал за ограничение принципа государственного суверенитета в интересах международного сообщества. После поражения фашистской Германии Фердросс стал также заниматься изучением истории политической мысли Европы. Свои работы Фердросс основывает на трех принципах: 1) индивид существует только как часть нации; 2) целью международного сообщества должно стать обеспечение каждой нации возможности построить свое собственное государство; 3) государство и органы международного сообщества призваны обеспечивать благосостояние наций, но не наоборот. Основные работы: «Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten» (1920), «Die Einheit

des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung» (1923), «Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft» (1926), «Völkerrecht» (1937), «Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie» (1946), «Abendländische Rechtsphilosophie» (1958), «Die immerwährende Neutralität der Republik Österreich» (1958).

<sup>xxviii</sup> Сцелль Жорж (Scelle Georges), 1878–1961 — французский правовед, теоретик международного права. В своих исследованиях по международному праву Сцелль продолжает заложенные Л. Дюги традиции и рассматривает солидарность (которая порождает процесс социального обмена) как конституирующий элемент права. По Сцеллю, право зарождается в результате биологической необходимости; оно вырабатывается социальной группой для обеспечения ее выживания. В этом смысле можно говорить об объективном праве как о естественном, поскольку право в этом аспекте представляет собой жизненную необходимость. Такое объективное право противопоставляется позитивному праву, т. е. системе официально признанных норм. Последнее есть всего лишь отражение, более или менее адекватное, объективного права. Мировое сообщество вырабатывает такое объективное право, которое превалирует над государственным правом. Так Сцелль обосновывает примат международного права. При этом он допускает, что из-за отсутствия механизма фиксации объективного права в виде соответствующих международных органов формулировать это право могут и отдельные государства, функции которых в таком случае дублируются. Основные работы: «Précis de droit des gens» (1932–1934), «Règles générales du droit de la Paix» (1933), «Manuel de droit international public» (1948).

<sup>xxix</sup> Пухта Георг Фридрих (Puchta Georg Friedrich), 1798–1846 — немецкий юрист, ученик Савиньи, один из ведущих представителей исторической школы правоведения. Защищая положения этой школы от нападок Гегеля и других критиков, он оказал немалое влияние на формирование правовых представлений в Германии того времени. В своих работах он детально разработал методологические

предпосылки исторической школы, и даже его учитель Савиньи использовал наработки Пухты в своих поздних работах. Для концепции Пухты были характерны все те недостатки, которые обычно приписывают взглядам представителей исторической школы: преувеличение значения генетических факторов возникновения правовых институтов, забвение конкретных социальных (экономических, культурных и т. п.) факторов развития права. Основные работы: «Civilistische Abhandlungen» (1823), «Das Gewohnheitsrecht» (1828–1837), «Lehrbuch der Pandekten» (1838), «Einleitung in das Recht der Kirche» (1840), «Cursus der Institutionen» (1841–1847), «Vorlesungen über das heutige römische Recht» (1847).

<sup>xxx</sup> Зинцхаймер Гуго (Sinzheimer Hugo), 1875–1945 — немецкий правовед, философ и социолог, теоретик трудового права, профессор Франкфуртского университета, сторонник неокантианства, один из основателей движения «свободного права». По мнению Зинцхаймера, право играет ключевую роль в жизни общества, является его «живительной силой». Общество оказалось бы бесформенным, если бы в нем не действовало право; оно гарантируется правом, т. е. теми правилами, которые люди формулируют в своей деятельности. При этом право не должно иметь ни обязательной письменной, ни какой-либо иной формы: главное — чтобы оно использовалось людьми в их деятельности, а задачей юриста является выбор оптимального юридического метода действия. Основные работы: «Der korporative Arbeitsnormenvertrag» (1907), «Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht» (1916), «Grundzüge des Arbeitsrechts» (1921), «Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft» (1922), «Der Mensch im Arbeitsrecht» (1930), «Zur Kritik des bürgerlichen Rechtes» (1931), «Die Krisis des Arbeitsrechtes» (1933), «De taak der Rechtssoziologie» (1935), «Formalismus in der Rechtsphilosophie» (1939).

<sup>xxxi</sup> Еллинек Георг (Ellinek Georg), 1851–1911 — немецкий юрист, профессор Венского, Базельского и Гейдельбергского университетов, классик науки государственного права. В своей теории Еллинек различал социальное учение о

государстве и учение о государственном праве. Следуя неокантианской методологии, он утверждал, что данные учения основаны на разных методах и соответственно этому государство и право имеют разные аспекты. Государство как социальное явление представляет собой обладающее первичной господствующей властью союзное единство оседлых людей; правовое определение того же государства сводится к «корпорации» (юридическая личность, субъект права). В разных аспектах (в нормативном и социальном) изучается и право. Право, по той же концепции, является компромиссом между различными противоречащими друг другу интересами. К этому Еллинек добавляет, что власть и право в их социальном аспекте должны истолковываться психологически, поскольку любые явления общественной жизни имеют массово-психологический характер. Действующее право Еллинек определял в духе юридического позитивизма: «Право есть совокупность исходящих от внешнего авторитета, гарантированных внешними средствами норм взаимного отношения лиц друг к другу». Говоря о праве в социальном аспекте, он отмечал, что положительность права в конечном счете основана на средней, типической убежденности народа в том, что это есть право действующее. По мнению Еллинека, право существует только в нас самих, оно есть функция человеческого общения и потому должно опираться на чисто психологические элементы. В социально-психологическом плане истолковывается и государство, сводимое к соотношениям воли властвующих и подвластных. Повиновение, по Еллинеку, обеспечивается там, где к фактическим отношениям господства добавляется их психологическое признание подвластными как нормативных отношений («должно быть так, как есть»). Именно подобное нормативное сознание, придавая власти правовой характер, делает ее прочной. Основные работы: «Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe» (1878), «Die rechtliche Natur der Staatenverträge» (1880), «Die Lehre von den Staatenverbindungen» (1882), «Gesetz und Verordnung» (1887), «System der subjektiven öffentlichen Rechte» (1892), «Die Erklärung der Menschen

und Bürgerrechte» (1895), «Allgemeine Staatslehre» (1900), «Verfassungsänderung und Verfassungswandlung» (1906).

<sup>xxxii</sup> Кондорсе Мари Жан Антуан Николя (Condorcet Marie Jean Antoine Nicolas), 1743–1794 — французский математик, экономист, публицист и философ эпохи Просвещения и Французской революции. Он написал известные биографии ученых XVII–XVIII вв., которые опубликованы в книге «Похвала академикам» («Eloges des académiciens»). В 1785 г. вышел его труд «Опыт применения анализа к проблеме вероятности решений большинством голосов» («Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix»). Второе исправленное и значительно дополненное издание появилось в 1805 г. под другим названием: «Элементы исчисления вероятностей и его применение к азартным играм, лотерее и человеческим суждениям» («Éléments du calcul des probabilités et son application aux jeux de hasard, à la loterie et aux jugements des hommes»). Наибольшей известностью пользуется его большой труд «Очерк исторической картины прогресса человеческого разума» («Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain», 1795) о величии человеческой природы, безграничном совершенствовании и прогрессе человечества.

<sup>xxxiii</sup> В этом смысле показательная критика Гурвичем общепринятого понимания суверенитета. Суверенитет не есть монополия государства на организованное принуждение: на это указывают многочисленные исторические примеры доминирования отдельных социальных групп (церкви, экономических союзов и т. п.) над государством. С социологической точки зрения суверенитет может определяться как преобладание в любой из социальных групп единого над множеством, центристемительных сил — над силами центробежными (*Gurwitch G. Sociology of Law. P. 250*) — таким социальным суверенитетом может обладать любая группа (здесь нельзя отождествлять разные виды суверенитета: политический (только этот вид суверенитета полностью принадлежит государству), юридический, экономический и т. д.). Суверенитет не может поэтому отождествляться с принуждением; последнее есть

лишь один из признаков суверенитета. По Гурвичу, каждая социальная группа обладает суверенитетом по отношению к входящим в нее формам социальности. Фактическая иерархия суверенитета представляет превалирование международного или глобального правопорядка над правопорядком государства или нации, превалирование последних над нормативными фактами, нормативных фактов — над видами права (*Gurwitch G. Die Grundzüge der Soziologie des Rechts. S. 173–174*). В социальной действительности плюрализм суверенных порядков трансформируется в иерархию взаимоподчинения: суверенитет групп подчиняется суверенитету социального класса, нации, церкви и др.; суверенитет последних подпадает в сферу верховенства глобальных обществ. Поэтому государство, по мнению Гурвича, абсолютным социальным суверенитетом не обладает; такой суверенитет имеют только глобальные общества. Объясняется это тем, что называемый в качестве основного признак государственного суверенитета — монополия на безусловное принуждение, может осуществляться только в тех рамках, которые очерчены правовым порядком соответствующего глобального общества.

<sup>xxxiv</sup> Токвиль Алексис (Tocqueville Alexis), 1805–1859 — французский политический мыслитель, социолог, государственный деятель, министр иностранных дел Франции в 1848 г. Главная тема его исследований — исторический генезис, сущность и перспективы демократии. По мнению Токвиля, первая фаза развития демократии — образование абсолютных монархий. «В определенную эпоху все монархии становятся абсолютными... и все эти похожие явления порождены одной общей причиной. Эта общая причина — переход от одного состояния общества к другому, от феодального неравенства к демократическому равенству. Знать уже сломлена, а народ еще не поднялся, одни находятся слишком низко, другие недостаточно высоко, чтобы вмешиваться в решения власти. В течение полутора веков длился этот золотой век властителей, когда они наслаждались одновременно политической стабильностью и всемогуществом, которые обычно исключают друг друга». Революции упраздняют абсолютизм, но не уничтожают его наследия —

централизованной государственной власти. Например, ниспровержение старого режима и полная отмена феодальных привилегий, торжество идеологии эгалитаризма в ходе французской революции конца XVII в. сопровождалась чрезвычайным усилением государственной власти, превратившей отдельную личность в простой инструмент, используемый для служения своим целям. «Машина управления» становится все более громоздкой, всюду проникающей и могущественной. Критика формального демократизма буржуазного общества у Токвиля несколько опережала свое время, так как те тенденции, о которых он писал, отчетливо проявились лишь в эпоху государственно-монополистического капитализма. Отчуждение социально-политических функций от личности дополняется, как отмечал Токвиль, уходом личности в свой собственный приватный мир, в сторону от общества, отношений. Этот феномен Токвиль называл «индивидуализмом». Необходимым условием сохранения свободы, по Токвилю, является также распространение религиозных убеждений, по природе своей несовместимых с культом государства. Основные работы: «De la Démocratie en Amérique» (1835–1840), «L'ancien Régime et la Révolution».

<sup>xxxv</sup> Вайтц Георг (Waitz Georg), 1813–1886 — немецкий историк и политический деятель. Некоторое время являлся профессором Кильского университета (1842–1848), затем занялся активной общественной деятельностью. Вместе с Дройзенем и Дальманом принимал участие в работе конституционной секции Франкфуртской ассамблеи. Политическая позиция Вайтца того периода нашла свое отражение в работах «Schleswig-Holsteins Geschichte» (1851–1854), «Grundzüge der Politik nebst einzelnen Ausführungen» (1862) и «Kurze schleswig-holsteinische Landesgeschichte» (1864). Как профессор Геттингенского университета (1849–1875) Вайтц вел обширные исследования по средневековой истории Европы, публиковал многочисленные статьи с критическим анализом историографии того времени. Самая значительная работа того периода — «Любек при правлении Юргена Вулленвевера» (1855–1856). С 1875 г. Вайтц возглавил ведущее немецкое историографическое

издание «Monumenta Germaniae historica». Основные работы: «Schleswig-Holsteins Geschichte» (1851–1854), «Grundzüge der Politik nebst einzelnen Ausführungen» (1862), «Kurze schleswig-holsteinische Landesgeschichte» (1864), «Lübeck unter Jurgen Wullenwever» (1855–1856).

<sup>xxxvi</sup> В статье к «Encyclopedia of Social Sciences» (New York, 1930. V. VIII. P. 512) Гурвич определяет справедливость «как синтез субъективного и объективного, сущностного и формального, который вводит человека в такой трансперсональный порядок, где он обретает свое человеческое достоинство. Формулой справедливости в таком ее понимании может быть принцип: «свобода в рамках порядка и независимость в условиях единства» («liberty in order and independence in unity» (Ibid.)). Справедливость оказывается одновременно субъективной и объективной, реальной и формальной — точнее, она оказывается выше этих антиномий и олицетворяет «взаимодействие и сотрудничество социальных организаций и их объединений, гуманизацию собственности и ее трансформацию в социальную функцию» (Ibid.).

<sup>xxxvii</sup> Петражицкий Лев Иосифович (1867–1931) — русский правовед, социолог, философ. После защиты диссертации (1897) занимал кафедру философии права в Петербургском университете. Был одним из руководителей кадетской партии, депутатом первой Государственной Думы. После октябрьского переворота эмигрировал в Польшу, до конца жизни возглавлял кафедру социологии Варшавского университета. Идеи Петражицкого оказали заметное влияние на юридическую и социологическую мысль Европы и США первой пол. XX в. Это относится, в частности, к его теории «эмоциональной психологии», согласно которой общественная жизнь и правовые отношения определяются в конечном счете различными типами эмоций. Эти эмоции имеют как физиологическую природу, так и собственно социальную (особенности индивидуальной и массовой психологии). К социальной сфере относятся, по Петражицкому, «этические эмоции», которые в свою очередь подразделяются им на моральные и правовые.

Психологическое объяснение получает и само право: речь в буквальном смысле идет о правосознании, так как существование правовых норм и отношений зависит от особого «правового» состояния психики индивида. Человек и общество либо принимают («переживают») правовые требования, либо нет. Ситуация в правовом отношении признается «нормальной», если «официальное право» (позитивное) функционирует в обществе в динамическом взаимодействии с правом неофициальным — «интуитивным» (автономным). Однако в историческом плане такого рода «нормальность» всегда имеет относительный характер: в реальности любое «официальное право» рано или поздно перестает восприниматься на личностном (автономном) уровне, что неизбежно порождает конфликт между личностью и традицией. Конфликт может привести к разрушению не только правовой системы, но и государства в целом. Подобного сценария можно избежать, если действующее право окажется способным реагировать на изменения в правовой психологии, определенным образом приспособляться к ним. Сам исторический процесс, по Петражицкому, представляет собой прогрессивное развитие психологического состояния общества. Основные работы Петражицкого: «Очерки философии права» (1900), «Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии» (1905), «Теория права и государства в связи с теорией нравственности» (1907).

<sup>xxxviii</sup> Гурвич использует термин «позитивное» по отношению к праву в несколько отличающемся от общепринятого значении. По Гурвичу, право всегда «позитивно», т. е. связано с социальной действительностью, и в этом гарантия его социальной эффективности: т. е. реальность выражения в праве именно существующих нормативных фактов, а не фактов конструируемых либо идеализируемых; эта гарантия проявляется в виде нормативных фактов. Поэтому недопустимо трактовать позитивность права исключительно как связь правовых предписаний с принудительным механизмом государства и иных социальных групп. Хотя существование права и не связано с обязательным наличием социальной организации,

но в рамках такой организации эффективность правового воздействия намного выше, чем при спонтанных и неструктурированных проявлениях социальности, так как здесь появляется возможность использования организованного принуждения для обеспечения соблюдения правовых предписаний, что, однако, не влечет признания силы неизменным атрибутом права (*Gurwitch G. Traité de sociologie. V. 2. P. 189.*)

<sup>xxxix</sup> Зиммель Георг (Simmel Georg), 1858–1918 — немецкий философ и социолог, представитель философии жизни и плюралистической этики, основатель формальной социологии, профессор Берлинского и Страсбургского университетов. По мнению Зиммеля, источник творчества — личность с ее заданным способом видения. В соответствии с формами видения возникают различные «миры» культуры: религия, философские науки, искусство и т. п., каждый со своеобразной внутренней организацией, собственной уникальной логикой. Содержанием этих миров, по Зиммелю, и является жизнь как наиболее непосредственный и неделимый элемент действительности, как психологическое переживание. Все рассудочные категории являются чем-то вторичным и не могут в полной мере отобразить доступную человеческому духу действительность. Поэтому не существует некоей вечной и неизменной истины — она эволюционирует вместе с эволюцией человеческого духа. Через процесс отбора формируются представления, которые со временем начинают восприниматься как истинные. На самом деле эти представления являются всего лишь мотивами целенаправленного действия, а в конечном счете они — ответ на требования реальной жизни. Основные работы: «Über soziale Differenzierung» (1890), «Einleitung in die Moralwissenschaften» (1892–1893), «Die Probleme der Geschichtsphilosophie» (1892), «Philosophie des Geldes» (1900), «Soziologie» (1908), «Goethe» (1913), «Grundfragen der Soziologie» (1917), «Lebensanschauung» (1918), «Der Konflikt der modernen Kulturen» (1918), «Zur Philosophie der Kunst» (1922).

<sup>xl</sup> Теннис Фердинанд (Tönnies Ferdinand), 1855–1936 — немецкий социолог, один из основоположников социологической науки в Германии. В 1909 г. вместе

И. Томбартом, Г. Зиммелем и М. Вебером основал Немецкое социологическое общество; был первым его президентом (1909–1933). Важнейшая работа Тенниса «Община и общество (Теорема философии культуры)» (1881). В ней он ввел противопоставление двух типов социальных связей — «общины» (*Gemeinschaft*) и «общества» (*Gesellschaft*). Это противопоставление связано с наличием у людей двух типов воли: «сущностной» (*Wesenwille*) и «избирательной» (*Kurwille*). «Сущностная» воля представляет собой волю общества как целостного «тела»; она преимущественно иррациональна и внеиндивидуальна. «Избирательной» же Теннис называет суверенную волю индивида, стоящего перед рациональным выбором. Человеку в любом обществе присущи оба типа воли, и оба они находят выражение в его социальном поведении. Проявлением «сущностной» воли в обществе является аффективное, традиционное и ценностно-рациональное поведение, проявлением «избирательной» — целерациональное поведение, направленное на достижение рационально поставленной цели и использующее для этого рационально адекватные средства (прежде всего базирующееся на рациональном обмене). Общество постепенно возникает и развивается на базе общины. «Общество» обнаруживает тенденцию к вытеснению «общины»: социальный мир исторически, по мере постепенного развития торговли и денежного обращения, промышленности, городов и науки, становится все более и более рациональным. Понятия «общины» и «общества» трактуются Теннисом в качестве идеальных типов. В каждом конкретном обществе, как он полагал, в той или иной пропорции присутствуют оба типа социальных связей — и «общинный», и «общественный». Основные работы: «*Gemeinschaft und Gesellschaft*» (1920), «*Soziologische Studien und Kritiken*» (1925–1929), «*Geist der Neuzeit*» (1935), «*Einführung in die Soziologie*» (1965).

<sup>XLII</sup> Фиркандт Альфред (Vierkandt Alfred), 1867–1953 — немецкий социолог и этнолог. До Первой мировой войны социологические концепции Фиркандта строились на базе позитивистской методологии с преимущественным интересом

к этнографическим описаниям, культуры и религии первобытных народов. Выступая против чрезмерно рационалистического объяснения этих феноменов, Фиркандт высоко оценивал иррациональные основы общественной жизни. Полемизируя с Тардом, который придавал исключительное значение историческому процессу отдельным гениальным новациям, он отстаивал принцип стабильности в культурном развитии. Эта общая тенденция приводит Фиркандта к акцентированию социальной роли группы, признаком которой он считает наличие у ее членов группового сознания. Однако он стремился избежать чрезмерной однозначности в вопросе об отношении индивида и группы, оговаривая значение индивидуальных действий. Выделяя группу в качестве исходного момента элемента, Фиркандт рассматривал ее как элемент более крупных социальных объединений. В целом общество предстает у Фиркандта как внутренняя взаимосвязь всех включенных в него общностей и групп. После Первой мировой войны происходят важные изменения в методологии Фиркандта, стремящегося опереться на философско-биологическую теорию целостности, взятую в сочетании с феноменологией Гуссерля. Задачей теоретической социологии является интуитивное усмотрение чистых сущностей социального, независимых от исторического изменения. Основные работы: «*Handwörterbuch der Soziologie*» (1931), «*Einführung in die Gesellschaftslehre. Familie, Volk und Staat*» (1936), «*Kleine Gesellschaftslehre*» (1948).

<sup>XLIII</sup> Визе Леопольд, фон (Wiese Leopold, von), 1876–1969 — немецкий социолог, представитель так называемой формальной школы в социологии. Визе рассматривал социологию в качестве эмпирико-аналитической дисциплины, имеющей своим предметом «социальное» как совокупность процессов межчеловеческих взаимодействий и формирующихся на их основе социальных структур (отношений, групп, институтов различной степени общности и устойчивости). Аналитическим основанием социологии является понятие социальной дистанции, т. е. приближение или отдаление индивида по отношению к индивиду, группы по отношению к группе,

группы по отношению к индивиду и т. д. В работе по общей социологии Визе представил детальную классификацию социальных процессов и структур, но с большой долей формализма и абстрактно-схоластического характера. В вопросе о развитии общества Визе придерживался скептической точки зрения, признавая наличие изменений, но отрицая прогресс (исключение делалось лишь по отношению к технике). Социальные изменения локализируются в этической сфере: эпоха табу, эпоха морали, эпоха нравственности — современность. Представления Визе об обществе и человеке синтезированы в его философской антропологии, проникнутой религиозными мотивами. Визе оказал значительное влияние на развитие социологии прежде всего как организатор и систематизатор науки. Его деятельность и теоретическая концепция послужили связующим звеном между классическим и современным периодами западной социологии. Основные работы: «System der allgemeinen Soziologie» (1955), «Wandel und Beständigkeit im sozialen Leben» (1964).

<sup>xliii</sup> Бугле Селестен (Bouglé Celesten), 1870–1940 — представитель социологической школы Дюркгейма. Будучи в целом приверженцем взглядов Дюркгейма, он отверг его антипсихологизм, но при этом продолжил дюркгеймовскую традицию критики биологизма в социологии: социального дарвинизма, органицизма и расово-антропологической школы. Бугле испытал влияние Зиммеля, вслед за которым считал предметом социологии изучение «социальных форм, их причин и следствий». Принципы социологического формализма Бугле выразил в работах «Idées égalitaires» (1899) и «Essais sur le régime des castes» (1908). Замысел обеих работ состоял в том, чтобы сопоставить эгалитарные тенденции в современном западном обществе и иерархическую структуру индийской кастовой системы. Распространение идей равенства Бугле объяснял такими факторами, как увеличение демографической плотности западного общества, усиление географической мобильности населения, усложнение и централизация социальных систем. В книге о кастах Бугле делает акцент на системе каст как целостности, на основных принципах, регулирующих кастовые

отношения. Основные работы: «La science contemporaine en l'Allemand» (1899); «Idées égalitaires» (1899), «Essais sur le régime des castes» (1908).

<sup>xliiii</sup> Мосс Марсель (Mauss Marsel), 1872–1950 — французский социолог и социальный антрополог. Будучи в целом отвернулся от антипсихологизма своего учителя, стремясь в своих исследованиях к синтезу социологического и психологического подходов в изучении человека. Он подчеркивал важность исследования «целостного человека» в единстве его социальных, психических и биологических свойств. В отличие от Дюркгейма, Мосс не стремился к разработке универсальных теорий, сосредоточившись главным образом на структурно-функциональном и сравнительно-историческом исследовании конкретных фактов в рамках конкретных социальных систем. В области общей социологической теории идеи Мосса, особенно идея «целостных социальных фактов», оказали определенное воздействие на труды Гурвича и Леви-Стросса. Как научные труды Мосса, так и его преподавательская деятельность повлияли на развитие различных отраслей социального знания, и в частности этнологии, фольклористики, исторической психологии, индологии и др. Его основной труд, который стал классическим, — «Опыт о даре. Форма и основание обмена в архаических обществах» (1925). В этой работе он на громадном историко-культурном материале дал обоснование ключевого значения даров как универсальной формы обмена до развития товарно-денежных отношений; выдвинул идею «целостных социальных фактов»: ориентацию на комплексный анализ фактов и выявление наиболее фундаментальных из них, пронизывающих все стороны социальной жизни. Большое научное значение имели и другие исследования Мосса, в частности «О некоторых первобытных формах классификации» (в соавторстве с Дюркгеймом, 1903), «L'Expérience des variations saisonnières en sociétés esquimaux» (1906), «Manuel d'ethnographie» (1947), «Sociologie et anthropologie» (1950).

<sup>xliiv</sup> Дильтей Вильгельм (Dilthey Wilhelm), 1833–1911 — немецкий историк

культуры и социальный философ. Представитель «философии жизни», основатель «понимающей психологии», послужившей толчком к созданию понимающей социологии. Основным у Дильтея является понятие жизни, которую он объясняет не биологически, а культурно-исторически. Задача философии как «науки о духе» — понять жизнь из нее самой, т. е. из ее временности (*Zeitlichkeit*) и историчности (*Geschichtlichkeit*). В связи с этим Дильтей разрабатывает метод «понимания» как непосредственного постижения некоторой душевно-духовной целостности (целостного переживания). Понимание Дильтея противопоставляет методу объяснения, который применяется в естественных науках, имеющих дело с внешним опытом и конструирующих свой предмет с помощью интеллекта. Дильтей разрабатывает метод герменевтики, в которой он видит искусство понимания письменно фиксированных проявлений жизни. Вслед за романтиками Дильтей сближает историческое познание с искусством, ибо рассматривает целостность исторических образований сквозь призму целостности исторической личности. Основные сочинения: «Einleitung in die Geisteswissenschaften» (1883), «Ideen über eine beschreibende und zergliedernde Psychologie» (1894), «Der Aufbau der geschichtlichen Welt in der Geisteswissenschaften» (1907–1910).

<sup>xlv</sup> Леви-Брюль Люсьен (*Levy-Bruhl Lucien*), 1857–1939 — французский философ, социолог и социальный психолог, член Французской академии наук, прославившийся открытием качественных изменений мышления в процессе его социально-исторического развития. Леви-Брюль противопоставил свои воззрения концепции Тэйлора, согласно которой мышление в низших обществах подчиняется тем же логическим законам, что и в современных. В действительности же, полагал Леви-Брюль, первобытное мышление характеризуют четыре особенности: оно носит мистический и пра-логический характер и подчиняется закону партиципации (сопричастности), управляющему коллективными представлениями. Содержание первобытного мышления мистично, так как не отражает объективных свойств вещей и явлений,

а выражает сакрально-фетишистские и мифологические смыслы и значения, которые им приписываются человеческим коллективом. Смысловыми единицами первобытного мышления являются не понятия, а коллективные представления (ключевой термин в школе Дюркгейма, который у Леви-Брюля имеет во многом иное значение). Эти структуры чрезвычайно устойчивы и, как отмечал Леви-Брюль, «непроницаемы для опыта», а человек, находящийся во власти коллективных представлений, глух к доводам разума и чужд объективного критерия. Леви-Брюль подчеркивал, что все эти особенности первобытного мышления свойственны только коллективным представлениям, а не вообще мышлению остальных народов. Свою концепцию качественного изменения мышления в процессе его исторического развития Леви-Брюль раскрывает с помощью трех принципиальных положений: 1) мышление и психика изменчивы в соответствии с культурно-историческими изменениями человеческого общества; 2) первобытное мышление качественно отличается от научного по четырем вышеназванным параметрам; 3) мышление неоднородно, гетерогенно в любой культуре, у любого человека. Он полагал, что специфика «первобытного мышления» сохраняется в моральном и религиозном сознании современного человека. Основные сочинения Леви-Брюля: «La mentalité primitive» (1925), «L'âme primitive» (1927), «Le surmatériel et la nature dans la mentalité primitive» (1931), «La mythologie primitive» (1935), «L'Expérience mystique et les symboles chez les primitives» (1938), «Les carnets de Lucien Levy-Bruhl» (1949), «Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures» (1951).

<sup>xlvi</sup> Шелер Макс (*Scheler Max*), 1874–1928 — немецкий философ и социолог, основоположник философской антропологии и антропологической ориентации в социологии, феноменологической эмотивистской аксиологии и социологии знания как самостоятельной дисциплины. Шелер разработал основы «феноменологической социологии», включившей в себя дихотомию Ф. Тенниса «общность — общество» как частный случай. Он формулирует учение о реальных и идеальных факторах. Под реальными

факторами истории и культуры он понимал три группы естественного влечений — инстинкт размножения и половое влечение, инстинкт власти и влечение к господству, инстинкт самосохранения, в рамках которого особо выделяется инстинкт питания. В качестве идеальных (духовных) факторов он понимал идеи и ценности в их исходной иерархии. Последние детерминируют историю и культуру в их так-бытии, т. е. определяют конкретную форму их феноменов, однако сами по себе не способны что-либо создать — это дело естественных сил. Влечения, интересы, тенденции определяют, реализуется что-либо или нет, они создают само наличное бытие феноменов, но без влияния идей и ценностей они абсолютно слепы. Духу удается реализовать лишь то, что допускают господствующие в данное время социальные интересы. Взаимодействие реальных и идеальных факторов истории и культуры подчиняется вневременному закону поэтапного доминирования одной из трех групп инстинктов над двумя остальными группами по аналогии с жизненно-возрастными циклами, или фазами, старения человека. Так, сначала приоритет имеет инстинкт размножения (что соответствует эпохе, когда социальные отношения определяются в основном кровно-родственными связями); потом — инстинкт власти (что соответствует эпохе завоеваний и гигантских империй); наконец, превосходство инстинкта самосохранения над двумя другими инстинктами приводит к экономической эпохе, в которой формируется общество, стремящееся к всеобщему благосостоянию. Основные работы: «Трансцендентальный и психологический метод» (1900), «Феноменология и теория познания» (1913–1914), «Формализм в этике и материалистическая этика ценностей» (1913–1916), «О вечном человеке» (1921), «Формы знания и общество» (1926), «Положение человека в космосе» (1928), «Сущность человека, новый опыт философской антропологии» (1929).

<sup>XLVII</sup> Шпанн Отмар (Spann Otmar), 1878–1950 — австрийский экономист, социолог, философ. Основатель школы политической экономии и социологии. Создатель «универсалистически-идеалистического» учения об обществе. Со-

гласно социологической методологии Шпанна, которую он называл «универсалистическим методом», сначала необходимо рассмотреть, какие человеческие действия имеют функциональное значение для сохранения и поддержания именно данного типа социальной деятельности, подлежащей социальному исследованию (например, какие действия отличают предпринимателя именно как предпринимателя); лишь затем возможна постановка вопросов: в чем эти действия выражаются, каковы их мотивы и т. д. «Универсалистический метод» вел к признанию приоритета социальности над индивидуальностью, поскольку устанавливал, что смысл действий отдельных индивидов включен в некую социально-смысловую тотальность. Отсюда ведущий постулат социологической теории Шпанна: отдельного индивида следует рассматривать с социологической и экономической точек зрения только как члена социальной целостности. Последнюю Шпанн идентифицировал с «истинным государством». Он выступал с критикой марксистской теории классовой борьбы, полагая, что «истинное государство» должно носить не классовый характер, а иметь социально-профессиональную основу. Основные сочинения Шпанна: «System der Gesellschaftslehre» (1914), «Irrungen des Marxismus» (1928), «Hauptpunkte der universalistischen Staatsauffassung» (1929), «Der wahre Staat» (1938), «Die Haupttheorien in der Volkswirtschaftslehre» (1949).

<sup>XLVIII</sup> Риккерт Генрих (Rikert Heinrich), 1863–1936 — немецкий философ, представитель баденской школы неокантианства. Философия Риккерта исходит из противопоставления естественного и гуманитарного знания, («наук о природе» и «наук о культуре») как познающих соответственно общие законы явлений и единичные явления в их индивидуальной неповторимости. В науках о культуре, например в истории, осмыслительная работа состоит в том, что любые явления связываются с определенными ценностями (истина, красота, святость и т. д.); некоторые из них трактуются в духе платонизма как образующие особое «царство ценностей по ту сторону субъекта и объекта». Основные работы Риккерта: «Науки о природе и науки о культуре» (1911), «Ценности

и ценности культуры» (1912–1913), «Философия жизни» (1922).

<sup>111X</sup> Вебер Макс (Weber Max), 1864–1920 — немецкий социолог, социальный философ и историк, экономист и юрист; основоположник «понимающей» социологии и теории социального действия. Большое внимание уделял социологии государства, в рамках которой разработал теории господства, бюрократии, легитимности, харизмы. В области права Вебер исследовал собственное правоупомянутое и методологию правовых исследований. Он интересовался вопросами истории права (например, считал, что история права — это процесс его последовательной рационализации), занимался сравнительным правоведением. Вебер был сторонником политико-социологического подхода к праву, считал право важным элементом в системе политической власти, но не рассматривал его как решающий мотив поведения людей и считал, что в основе права лежат интересы. В рамках исторической социологии он пытался выявить роль протестантской «хозяйственной этики» в генезисе западноевропейского капитализма, а также связь хозяйственной жизни общества, материальных и идеальных интересов различных социальных групп с религиозным сознанием. Главной идеей веберовской социальной философии является идея экономической рациональности, нашедшей свое последовательное выражение в современном капиталистическом обществе с его рациональной религией (протестантизм), рациональным правом и управлением (рациональная бюрократия), рациональным денежным обращением и т. д., обеспечивающими возможность максимально рационального поведения в хозяйственной сфере и позволяющими добиться предельной «экономической эффективности». Эта тенденция, по Веберу, проникает во все сферы межчеловеческих взаимоотношений и культуры. Основные работы Вебера: «К истории торговых обществ в Средние века» (1889), «Римская аграрная история и ее значение для государственного и частного права» (1891), «Национальное государство и народно-хозяйственная политика» (1895), «Объективность социально-научного и социально-политического познания» (1904), «Протестантская

этика и дух капитализма» (1905), «О категориях понимающей социологии» (1913), «Хозяйственная этика мировых религий» (1919), «Хозяйство и общество» (1921).

<sup>111</sup> Трельч Эрнст (Troeltsch Ernst), 1865–1923 — немецкий историк и социолог, профессор Геттингенского, Боннского и Гейдельбергского университетов, один из основателей академической социологии в Германии. Основные работы Трельча были посвящены изучению процессов происхождения и развития христианства как социального и культурного феномена. Он пытался продемонстрировать, как христианство было подготовлено существовавшей в эпоху его возникновения идеологией и системой производства. С этой точки зрения все христианские догматы и заповеди представляли в качестве производных от окружающей социальной среды. При этом Трельч разрабатывал историко-диалектический метод, связанный с неокантианской гносеологией, который мог бы помочь исследователю найти точку опоры для изучения религии не только как изменчивого социального феномена, но и как отражения некоей априорной сущности, принимающей конкретные очертания в конкретные исторические эпохи. Трельч критиковал имеющее место в марксизме акцентирование внимания на сугубо материальных факторах, подчеркивая изменчивость разных факторов, каждый из которых может играть разную роль при конкретных обстоятельствах. Основные работы: «Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen» (1912), «Der Historismus und seine Überwindung» (1923).

<sup>112</sup> Рау Фредерик (Rauh Frederic), 1861–1909 — французский философ и теоретик морали. В творчестве Рау можно выделить два этапа. Вначале он следовал традициям спиритуализма и считал, что фундаментом подлинной морали является религиозная метафизика; отвергал натуралистическое обоснование морали, отстаивал идею свободы в противовес детерминистским установкам в этике. Но в дальнейшем философская позиция Рау претерпела существенную эволюцию, связанную с развитием научного, в том числе экспериментального, знания, в котором Рау усмотрел ключ к решению проблем философии и морали. Главной своей

задачей он стал считать создание позитивной и научной морали. Эта задача, полагал он, выполнима, поскольку между наукой и моралью нет пропасти; моральная достоверность и достоверность научная имеют много общего. Хотя моральные принципы абсолютны, их применение в реальных ситуациях зависит от множества факторов, всегда новых и непредвиденных, а потому обобщения здесь не подходят. В морали, как и в науке, необходимо взаимодействие идей с опытом, а возникающие в результате истины носят лишь ориентировочный характер. Лишь в таком случае вечные моральные истины смогут сыграть свою роль в практической жизни, послужить обоснованием живого, современного идеала. Эти проблемы рассматриваются в основной работе Рау «Моральный опыт» («*Expérience morale*», 1909). Рау критиковал позитивизм Конта, как и концепцию Дюркгейма, в противовес которому подчеркивал персональный и творческий характер морали и приоритет прав индивида по отношению к обществу. Он активно участвовал в движении за реформы народного образования, что нашло отражение в работе «Психология в применении к образованию» («*Psychologie appliquée d'éducation*», 1900). Последний свой труд, «Идея опыта» («*L'idée de l'expérience*»), Рау не успел завершить. Среди других его работ наиболее известны следующие: «О методе в психологии чувств» («*De la méthode dans la psychologie des sentiments*», 1899), «Психология в ее приложении к морали и воспитанию» («*Psychologie appliquée à la morale et à l'éducation*», 1900).

<sup>11</sup> В другом месте Гурвич определяет естественное право, как «основанную на сокровенной (*innermost*) природе человека и общества правду, независимую от законодательства, соглашения и других институциональных форм права» (*Encyclopedia of Social Sciences*. New York, 1930. V. IX. P. 284). В более поздних работах Гурвич уже трактует естественное право как абстракцию, моральный постулат, правовой идеал, но не правовой в строгом смысле слова. Само название не может означать какой-либо абсолютной «естественно-правовой» действительности, которая мыслится за естественным правом в традиционных юснатуралистических концепциях. Естественное право

не существует в отрыве от конкретной социальной действительности, по-разному выражается в концепциях разных авторов и имеет исключительно теоретическое значение как суждение о том, насколько морально то или иное правовое предписание, тот или иной правопорядок, но не более («*Gurwitch G. Expérience juridique et liberté humaine*. P. 116–118»). Гурвич предостерегает от попыток смешения этих двух разнородных слоев правовой действительности и отмечает, что последовательная попытка полностью воплотить естественное право в той или иной системе права неизбежно должна привести к анархии (*Ibid.* P. 119).

<sup>12</sup> Гирке Отто, фон (Gierke Otto, von), 1841–1921 — немецкий правовед и историк права, один из лидеров исторической школы права, профессор Берлинского, Бреславского, Гейдельбергского университетов. В своих работах Гирке подвергает жесткой критике концепцию естественного права: лишь позитивное, историческое право, живущее в органических общественных союзах, и прежде всего в народе, есть действительно существующее и нормальное право. Рационалистическое же «естественное право», основой которого является суверенная личность, представляет собой произвольную исследовательскую конструкцию. Гирке — представитель германистского направления в исторической школе юристов, и все его основные исследования посвящены изучению истории германского права и того особого «духа», которым проникнуто это право. Гирке утверждает, что право всегда национально и является творением «народного духа», призванным удовлетворять потребности гражданской жизни. Поэтому все попытки внедрения инородных правовых институтов (в том числе и рецепция римского права в Германии) заранее обречены на провал. Мысли об особенностях германского права обоснованы Гирке в работе «*Das deutsche Genossenschaftsrecht*» (1868–1913), содержащей богатый исторический и современный судебно-практический материал. Другие основные работы: «*Deutsches Privatrecht*», «*Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*», «*Die sociale Aufgabe des Privatrechts*», «*Personengemeinschaften*

und Vermögensbegriffe in dem Entwurf», «Naturrecht und deutsches Recht», «Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien».

<sup>LV</sup> Каскель Вальтер (Kaskel Walter), 1882–1928 — немецкий правовед, профессор Берлинского университета и Академии политики и управления, один из основоположников доктрины трудового права в Германии, основатель и редактор двух ведущих немецких изданий по трудовому праву: «Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht» и «Monatschrift für Arbeiter und Angestellten Versicherung». В своих работах Каскель ярко раскрыл новые представления, которые обуславливали современные ему течения социализации права. Сформулированные Каскелем принципы построения системы трудового права и права социального страхования до настоящего времени используются в немецкой правовой доктрине. Позитивист по своим научным взглядам, Каскель пытался гармонично соединить теорию и практику и оказывал заметное влияние на развитие законодательства и правоприменительную практику Германии того времени. Основные работы: «Grundriss des sozialen Versicherungsrechts» (1912), «Das neue Arbeitsrecht» (1920), «Arbeitsrecht» (1925).

<sup>LV</sup> В переводе приводится дословное значение используемого Гурвичем термина *Objet*, что не совпадает с господствующей в отечественной научной традиции терминологией, согласно которой основным критерием существования самостоятельной научной дисциплины является наличие предмета исследования. Гурвич разрабатывает свою концепцию научного знания, схожую с феноменологическими концепциями Гуссерля, Шелера (Gurvitch G. Traité de sociologie. V. 2. P. 121–135). Объект научного исследования для Гурвича — это интеллектуальная конструкция, абстрактное отображение многообразия окружающей действительности, которая как такая не может быть познана непосредственно. Применительно к науке о праве Гурвич подчеркивает, что любая научная теория сама конструирует свой объект и в этом смысле необходимо разграничивать правовую действительность как объект научного анализа и правовую действительность как фактическую данность. Поэтому в рамках научного

анализа становится возможным автономное изучение права, морали, религии и других социальных регуляторов, которые в действительности представляют собой единое целое (Gurvitch G. Die Grundzüge der Soziologie des Rechts. 1960. S. 44–45).

<sup>LVI</sup> Жорес Жан (Jaures Jean), 1859–1914 — французский политический деятель, историк, один из лидеров социалистического движения во Франции начала XX в. Первоначально профессор в Альбийском и Тулузском университетах, в 1885 г. Жорес был избран в Палату депутатов как республиканец; в 1893 г., во время своего второго депутатского срока, Жорес вошел в группу независимых социалистов, выступил соучредителем еженедельной газеты «Юманите» («L'Humanité»). Оставался депутатом-социалистом до конца жизни. Разрабатываемую им социалистическую доктрину Жорес выводил из демократических идей и считал любые социалистические реформы логическим следствием политического равенства в условиях демократии. По его мнению, политический суверенитет личности должен привести к экономическому суверенитету и в конечном счете — к полной национализации как осуществлению идеала равенства. Классовая борьба должна вызвать не революционное изменение существующих устоев, а постепенное органическое преобразование общества. Разделяя взгляды Маркса на ведущую роль пролетариата в истории, Жорес пытался соединить эту концепцию с идеями Плутарха и Мишле о значении героизма в развитии общества. Основные работы: «Action socialiste» (1899), «Histoire socialiste de la Revolution Française» (1901–1903), «L'Armée nouvelle» (1911).

<sup>LVII</sup> Виноградов Павел Гаврилович, 1854–1925 — русско-английский историк и правовед. Будучи сторонником университетской автономии, в 1902 г. подал в отставку с должности профессора истории Московского университета, переехал в Англию и в 1903 г. был избран профессором права Оксфордского университета. Он являлся также членом совета и главой отдела публикаций Британской академии. В 1917 г. был удостоен рыцарского звания, в следующем году стал гражданином Великобритании. Среди наиболее известных трудов Виноградова — «Вилланство

в Англии» («Villeinage in England», 1892), «Рост манора» («The Growth of the Manor», 1905), «Английское общество в XI столетии» («English Society in the Eleventh Century», 1908), «Римское право в средневековой Европе» («Roman Law in Medieval Europe», 1909) и «Очерки исторической юриспруденции» («Outlines of Historical Jurisprudence», 1920–1922).

<sup>LVIII</sup> Гурвич так описывает структуру феодального общества. Для этого общества характерен разрыв между тотальным социальным явлением и его структурой в рамках такого общества. Это выражается в существовании множества независимых иерархических порядков с пересекающейся компетенцией и разнообразными, несводимыми друг к другу формами социальности, унификация здесь оказывается невозможной. Можно выделить несколько таких иерархий, для каждой из которых свойствен специфический порядок: 1) вассальная система — характеризуется личной связью вассала и сюзерена, которая юридически выражается в «благодаяниях», с одной стороны, и актах верности и преданности — с другой; 2) сеньоральная система — здесь наряду с вассально-сюзеренными отношениями проступают и экономические отношения владельцев и пользователей (лен, феодал и т. п.); 3) политическая система, где объединяются на договорных началах различные территориальные группы, включая и государство, причем государство является

лишь «первым среди равных»; 4) система Римско-католической церкви, которая представляет собой некое «мистическое единство» (*corpus mysticum*), претендующее не только на юридическое, но и на политическое господство над остальными социальными группами и их порядками, что провоцирует правовые и властные конфликты (например, спор об инвеститурах); 5) система федераций свободных городов (*Gurvitich G. Déterminismes sociaux et liberté humaine. P. 261–275*).

<sup>LIX</sup> Пуфендорф Самуэль (Pufendorf Samuel), 1632–1694 — немецкий правовед, историк и государственный деятель, представитель школы естественного права. Он является одним из основателей теории международного права. Сильное влияние на Пуфендорфа оказали идеи Гоббса, но в отличие от последнего Пуфендорф полагал, что человек не зол, а добр по своей природе. Человеку естественно заботиться о будущей безопасности, и с этой целью он вступает в договорные отношения с другими людьми. Из рассматриваемой таким образом природы человека возможно, по Пуфендорфу, вывести и принципы естественного права, которые руководят людьми, социальными группами и государствами в их действиях. Основные работы: «*Elementorum jurisprudentiae universalis, libri duo*» (1660), «*De statu imperii germanici, liber unus*» (1667), «*De jure naturale et gentium, libri octo*» (1672), «*De officio hominis et civis*» (1673).



ЮРИДИЧЕСКИЙ  
ОПЫТ  
И ПЛЮРАЛИСТИЧЕСКАЯ  
ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

## ПРЕДИСЛОВИЕ

В настоящем сборнике впервые появляется исследование о юридическом опыте, которое ставит целью конкретизировать ту методологию, на которой основывались мои предшествующие работы.

*Поскольку центральное место в моих исследованиях занимало формулирование идеи социального права и описание истории этой идеи, то в двух своих работах, посвященных данной проблематике, я упустил из виду четкое объяснение использованных мною методологических приемов и их достаточное обоснование. Ранее, осенью 1933 г., мною прочитаны две лекции по поводу открытия в Лионском университете (одной из секций Института социальных наук и международных отношений<sup>1</sup>) курса философии права и юридической социологии.<sup>1</sup> В этих лекциях обосновывалось, почему размышляющий о феномене права философ для того, чтобы быть понятым правоведами, нуждается в исчерпывающей предварительной проработке и прояснении своей позиции с точки зрения философии.*

Поэтому я считал своим долгом достаточно детально остановиться на ретроспективном анализе теоретических исследований расширительного понимания феномена опыта. Изложение важных с этой точки зрения работ Джеймса, Бергсона, Рау и феноменологов вполне естественно вплетается в развитие моих рассуждений о юридическом опыте в качестве предварительной информации к данному исследованию.

Здесь я постарался восполнить пробелы моих предшествующих работ и надеюсь, что настоящее методологическое исследование послужит мне ориентиром в дальнейших разработках в области юридической социологии (особенно по вопросу собственности), которые я планирую предпринять.

Краткая статья о справедливости появилась в свет на английском языке в «Энциклопедии общественных наук», а на французском языке публикуется впервые.

*Другие представленные в настоящей работе исследования являются статьями, напечатанными в таких изданиях, как «Архивы философии права и юридической социологии» («Archives de Philosophie du Droit et de la Sociologie juridique»), «Ежегодник Международного института философии права и юридической социологии» («Annuaire de l'Institut international du Droit et de la Sociologie juridique»), «Ревю метафизики и морали» («Revue de Métaphysique et de Morale»), «Философское ревю» («Revue Philosophique») и, наконец, «Действительный человек» («Homme Réel»).<sup>11</sup> Эти статьи посвящены либо общим проблемам философии права, либо изложению доктрин, методологическая суть которых в определенной мере схожа с используемой мною методологией*

---

© М. В. Антонов, пер. с фр., 2004

<sup>1</sup> Директором Института является Эдуард Ламбер; курс возглавляет профессор Эммануэль Цези

Взятые в системе, мои отдельные работы доносят до читателя в большей мере результаты проведенных исследований, чем ту полемику, в связи с которой данные результаты были сформулированы. Если бы мне сегодня пришлось заново переписать эти работы, я бы еще более сосредоточил внимание на тех методологических приемах, которые вдохновляли меня при их написании. Надеюсь, что приводимые мною обширные разъяснения по вопросу юридического опыта снимут с меня подозрение в злоупотреблении догматическими конструкциями.

Жорж Гурвич  
*Август 1934 г.*

---

# Часть I МЕТОДОЛОГИЯ. ЮРИДИЧЕСКИЙ ОПЫТ

## Глава I ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

Основным предметом всех последних споров о том, какой же методологии необходимо придерживаться в правоведении, являлась проблема установления того, из чего же состоит специфическая правовая действительность и каким образом можно ее постичь. Нормативисты, психологи и социологи, идеалисты и реалисты — сторонники индуктивной теории в правоведении, метафизики — адепты естественного права и противники юридического позитивизма, — все эти направления, каждое по-своему, заявляли претензии на обладание тайным знанием чуть ли не географического месторасположения правовой действительности.

Правовая действительность как норма чистого долженствования, правовая действительность как феномен субъективного сознания, правовая действительность как внешний социальный факт, правовая действительность как законодательство и обобщенная правоприменительная практика, правовая действительность как нравственный постулат, правовая действительность как веление государства и т. п. — ни одна из этих теорий, столь разнообразных в своих тенденциях и в защищаемых ценностях, не дала удовлетворительного ответа на проблему, которую они желали разрешить.

Общий для всех этих попыток недостаток заключается в сведении *специфической действительности* права к действительности совершенно иного порядка: нормативного, понятийного, психологического, социологического, нравственного, вплоть до действительности силы и произвола, и является результатом методологической ошибки, общей для всех сторонников названных подходов. Эта ошибка заключается в забвении основного правила, сформулированного А. Бергсоном: «Для всякой новой проблемы философия требует нового усилия» (*Bergson H. La Pensée et le Mouvant. P. 38*). Все вышеупомянутые концепции носят чисто конструктивистский характер — позитивисты юридического или социологического направлений конструируют правовую действительность ничуть не меньше, чем концептуалисты, нормативисты и метафизики. Никакая сфера действительности не может быть реконструирована во всей своей специфике — она может быть лишь

обретена, схвачена в отдельно взятом опытном восприятии, в котором она ощущается и воспринимается непосредственно. «Истина заключается в том, — как вполне справедливо говорит Бергсон, — что существование может быть понято только в опыте» (Ibid. P. 59).

Еще совсем недавно Фредерик Рау с такой силой протестовал против всякого «конструирования нравственности», которое равнозначно полному уничтожению самой нравственности, будь эта нравственность основана на теоретической метафизике, логике, биологии, социологии или психологии (Rauh F. Etude Morale. P. 5, 126). «Если под теорией понимать такую доктрину, из которой можно логически или скорее даже идеологически вывести то или иное моральное убеждение или основанную на непререкаемой догме позицию, то мышление должно в первую очередь избиваться от такой теории» (Rauh F. Expérience Morale. P. 67). Поскольку «автономное моральное убеждение связывается посредством таких теорий с неким отличным от этого убеждения феноменом», а объяснение «нравственной действительности» ищется в рамках метафизических реалий или же в рамках «климатических, биологических, экономических условий» или психологических явлений, то происходит принижение того, что должно быть поставлено во главу угла, и таким образом исключается сама нравственность (Ibid. P. 1–2). Мы повсюду встречаемся с предрассудками о постоянном, универсальном, абстрактном; и эти предрассудки закрывают нам путь к познанию нравственной действительности (Rauh F. Etude Morale. P. 142–143; 114; 91). Значит, можно сказать, что «моральные ценности не могут быть сведены к сферам действительности иного порядка и поэтому нравственность оказывается автономной... Таким образом, нравственности предстает перед нами как объект некоей отличной от всего иного и несводимой ни к чему действительности» (Ibid. P. 373–374). Следовательно, говорит в заключение Рау, философ-моралист «не конструирует нравственность, а размышляет о ней» (Rauh F. Expérience Morale. P. 256). «И как раз в задачу философии входит разрушение философских категорий повсюду, где они используются для замены идеи опытного знания; именно в рамках нравственности оказывается необходимым отвергнуть все метафизические и псевдонаучные теории для того, чтобы суметь познать собственно нравственную действительность» (Rauh F. Etude Morale. P. 3).

Л. Леви-Брюль в одно время с Рау подверг решительной критике как противоречивые все виды «метаморали», или «теоретической нравственности», основанной на эмпиризме или метафизике, индуктивизме или конструктивизме. Они противоречивы, поскольку желают и конструировать, и предписывать одновременно, поскольку они основываются на ошибочных постулатах (стабильность природы и разума человека, предположение о непротиворечивом характере морального познания) и, наконец, поскольку они оказываются неэффективными и, следовательно, бесполезными. При этом представляется неубедительной и позитивная часть концепций, разработанных Л. Леви-Брюлем, который, отказываясь от всякой теоретической нравственности, вместе с тем постулирует «рациональное нравственное искусство», основанное на социологическом исследовании нравов. В связи с этим можно было бы даже задаться вопросом, не возвращается ли Леви-Брюль окольными путями к той идее социологической нравственности, невозможность

которой была доказана во многом благодаря его собственным критическим исследованиям. При таком положении дел не остается ли Л. Леви-Брюль в своих исследованиях нравственности, по меткой характеристике Ф. Рау, «метафизиком, когда в вопросах нравственности он хочет иметь такую же убежденность, как и в вопросах физики и химии» (Ibid. P. 208)? Впрочем, в своих новаторских исследованиях первобытного мышления Леви-Брюль полностью порвал с этой поверхностной концепцией нравственного убеждения и сам стал первооткрывателем метода интерпретации внутреннего смысла коллективных действий. Во всяком случае критическая часть его исследований о нравственности в той же степени, как и весьма глубокомысленные выводы из его важных работ о первобытном мышлении, в сочетании с критическими работами Ф. Рау наносят решительный удар всевозможным конструктивистским системам как в сфере нравственности, так и, по-видимому, в сфере права. В Германии, несмотря на иную направленность исследования, работы Макса Шелера в их критической части имели то же самое значение.

С удивлением наблюдаем, насколько методологический дискурс в праве отстает от дискурса в сфере собственно морали. За некоторыми исключениями, к рассмотрению которых мы вернемся ниже, большая часть современных философов-правоведов и социологов продолжают упорствовать в предрассудке о неизменном или даже абстрактном характере конструируемого ими «метаправа», которое остается догматизированным, независимо от того, будет ли оно метафизическим или же формальным. Но хуже всего то, что такое направление мысли, вместо помощи в познании правовой действительности, уничтожает всякую возможность познания этой действительности в ее специфике. Существует множество явных причин такого бесспорного отставания теории права, по сравнению с исследованиями в сфере нравственности.

а) Прежде всего отметим укоренившуюся склонность правоведов к догматизму, которая заставляет их отождествлять приемы юридической техники определенного периода с логикой права; это обрекает философию права на медленное и трудное следование за общим ритмом развития философии, тогда как философия точных наук зачастую предвосхищает эволюцию философии в целом. В качестве примера можно указать на те огромные трудности, с которыми кантианский критицизм проник в теорию права: не только правоведы кантовской эпохи, но и сам Кант придерживались догматического подхода к праву.<sup>2</sup>

б) Вторая причина разбираемого нами феномена состоит в том, что последовательное разграничение «догмы права», «социологии права» и «философии права», что в глазах большинства правоведов представляет собой последнее слово методологической мудрости, на самом деле является, как мы попытаемся продемонстрировать ниже, искусственным и бесплодным, так как ведет к беспомощности каждой из этих трех научных дисциплин.

Под «догмой права» обычно понимается некая экзегеза, т. е. систематизация и интерпретация действующего права; под «социологией права» — описание социальных функций права, причин его возникновения и изменения;

<sup>2</sup> Отсюда и проистекает поразительное противоречие между используемыми Кантом методами в «Критике практического разума» и в «Метафизических основаниях учения о праве».

наконец, под «философией права» — рассуждения об идеальной структуре права. Вместе с тем если правоведение в деле систематизации и интерпретации будет придерживаться исключительно законодательных текстов и судебных решений, то зачастую оно рискует вести свои рассуждения в пустоте, поскольку писанные законы могут оставаться бессильными, а судебные решения могут противоречить друг другу.

Как же систематизировать и интерпретировать тексты законов в отсутствие каких-либо критериев, без проникновения в дух права и в те живительные силы, которые питают право? Для того чтобы быть настоящим юристом, а не витающим в абстракциях резонером и логиком-формалистом, правовед не может отрывать науку о праве ни от социологического исследования подлинно действенного и живого права, ни от философского исследования духа и принципов права.

Отделенная непроходимыми стенами от догмы права и философии права социология права также демонстрирует свою беспомощность в достижении поставленной цели: так, если догма права не выберет в качестве отправной точки автономное суждение об идеальных структурах и ценностях, которые осуществляются в социальных фактах, и не будет опираться на интерпретацию юридических значений, характерных для той или иной системы права, то она приходит к сведению права к грубой социальной силе, т. е. к утрате объекта своего исследования и к пренебрежению спецификой права ради любви к действительности. Итак, социология права, стремящаяся обойтись без опоры на правоведение и на философию права, заранее обречена на неудачу.

Наконец, если бы претендующая на формулирование правовых принципов философия права не принимала во внимание того научного материала, который предоставлен ей догмой права и социологическим описанием многообразия проявлений жизни права, то она представляла бы собой лишь разновидность *догматического рационализма*, давно уже преодоленного развитием философской мысли. Она оказалась бы в вакууме дедуктивных конструкций, пытающихся вывести конкретное из абстрактного, частное — из общего, действительное — из идеального. Такая философия являлась бы лишь «метаправом», повторяющим все ошибки теоретической «метаморали», и склонялась бы либо к традиционному естественному праву, либо к современному логическому формализму. Философия права не может обойтись ни без юридической социологии, ни без догмы права так же, как и эти две научные дисциплины не могут обойтись друг без друга и без философской рефлексии.

Разрыв между этими тремя научными дисциплинами, символизируемый взаимной враждебностью правоведа с юридического факультета и занимающихся правовой проблематикой социолога и философа, является причиной изолированности каждой из данных дисциплин, присущих им догматических тенденций и поражающего воображение отставания от общего развития философской и научной мысли. *Помочь исправить такую плачевную ситуацию сможет только четкое осознание тесной взаимосвязи догмы права, юридической социологии и философии права, которые взаимообуславливают друг друга и которые, под угрозой отрыва от правовой действительности, должны сотрудничать между собой.*

Впрочем, признание факта, что названные научные дисциплины взаимобуславливают друг друга, могло бы привести к порочному кругу в доказательстве, если не принимать во внимание то, что все эти три дисциплины основываются на одном и том же фундаменте: на *специфическом юридическом опыте*, который только и может позволить постичь правовую действительность. Правоведение, юридическая социология и философия права строят свои рассуждения на одном и том же юридическом опыте, в равной мере предшествующем каждой из названных научных дисциплин, каждая из которых по-своему и под особым углом зрения использует данные такого опыта.

Но перед тем, как приступить к изучению природы юридического опыта, что и составляет собственно предмет нашей работы, мы должны точно определить третью и последнюю причину отставания используемой в правоведении методологии, по сравнению с методологией в сфере этики.

в) Эта третья и последняя причина заключается в особом рода сложности юридического опыта и воспринимаемой посредством него действительности. Если данная в рамках нравственного опыта действительность имеет скорее идеальный характер, то воспринимаемая через юридический опыт правовая действительность находится между миром чувственно воспринимаемых фактов и идеальным миром. Находясь на полпути между чувственным и духовным опытом, опыт юридический в качестве первичных данных имеет не идеальные ценности и не чувственно воспринимаемые факты, а «нормативные факты» — чувственно воспринимаемые факты, самим своим существованием воплощающие ценности. Поскольку право выступает в качестве посредующего звена между моралью и логикой, между творческим порывом и стабильностью в рамках некоей системы, между исключительно качественным и количественным, между строго индивидуализированным, незаменимым и всеобщим, то и юридический опыт находится на полпути между нравственным опытом и опытом восприятия логических идей. Этот по существу своему посредующий характер юридического опыта (соприкасающегося и с духовным, и с чувственным опытом, и с опытом творческой нравственной активности, и с опытом логического познания) особенно усложняет и драматизирует юридический опыт, который оказывается разобщиеннее, антиномичнее и противоречивее, чем любая другая сфера опыта, самого по себе полного несводимых друг к другу элементов.

Что же удивительного в таком отставании процесса исследования особенно трудной для понимания идеи «юридического опыта», когда сам опыт в целом, и в частности опыт в сфере ценностей и идей (короче говоря, в сфере духовного), представляется наиболее деликатной, хотя в то же самое время и наиболее актуальной проблемой философии нашего времени? А потому нужно либо отказаться от всякого методологического дискурса в сфере права, так как упрощенчество в этой сфере приводит к особо печальным последствиям, либо, несмотря на всевозможные трудности философского плана, рискнуть приступить к изучению специфического юридического опыта во всей его сложности.

Дальнейшее изложение наших мыслей в настоящем труде как раз и претендует на то, чтобы принять на себя такой риск, тем более что в самой сфере права путь к этому уже был расчищен такими правоведрами, как Ф. Жени,

Э. Леви,<sup>111</sup> Л. И. Петражицкий и М. Ориу, каждый из которых в своих исследованиях прибегал к непосредственному юридическому опыту. В двух работах, посвященных идее социального права, я сделал особый акцент на сложности правовой действительности, хотя, исходя из поставленных в указанных исследованиях задач, не мог в достаточной степени конкретизировать ту методологию, с помощью которой такая сложность могла бы быть постигнута. Чувствуя на себе моральную обязанность дать пояснения по поводу используемой методологии, я предпринял это в настоящем труде, в противном случае меня могли бы заподозрить, и вполне обоснованно, в догматическом характере моих исследований. Учитывая данные обстоятельства, автор этих строк считает своим долгом предпринять исследование столь сложной и деликатной проблемы, как проблема *юридического опыта* — единственного, необходимого и отчасти загадочного основания всякого теоретического исследования в сфере права.

## Глава II

# ЗА ПРЕДЕЛАМИ ЭМПИРИЗМА И ДОГМАТИЗМА: ИНТЕГРАЛЬНЫЙ ОПЫТ НЕПОСРЕДСТВЕННО ДАННОГО И ЕГО РАЗНОВИДНОСТИ

### § 1. Ошибки, в равной степени присущие эмпиризму, критицизму и рационализму

Когда в рамках философии или на бытовом языке говорят об опыте, данному слову, как правило, приписывают значение знания, приобретенного в результате множества наблюдений, число которых не может быть ограничено. Рассудочным конструкциям и дедукциям, работе интеллекта противопоставляются первичные данные опыта, которые рассматриваются эмпириками в качестве основания самого разума (Локк); порой эмпирики доходят до признания разума простым эпифеноменом ощущений (Кондильяк). В рамках такого опыта конкретно явленный и воспринятый факт противопоставляется суждениям и концепциям, которые, по мнению эмпириков, должны ориентироваться на факты.

Приверженцы критицизма и рационализма на это единодушно возражают, что всякое приобретенное знание уже предполагает участие разума, рассудка. Например, индуктивное наблюдение фактов предполагало бы суждения о сущем, которые выражаются при констатации того или иного факта; более того, сам данный в опыте факт для того, чтобы отличаться от гетерогенной континуальности<sup>IV</sup> всех иных данных, должен быть в определенной степени сконструирован рассудком, который в свою очередь конституируется указанной континуальностью. Следовательно, нельзя противопоставлять факт и суждение: суждение является насущно необходимым конститутивным элементом, который формирует и констатирует факт.

Такая противоположность взглядов, по нашему мнению, ясно указывает на то, что понятие опыта определено крайне неудовлетворительным способом и в своем содержании предполагает наличие множества смысловых значений. Действительно, если всякий опыт означает *знание*, то сторонникам критицизма и рационализма дается повод для утверждений о первичности суждения, творческой активности рассудка по отношению к знанию. В данном случае речь идет не о спонтанном и непосредственном опыте, а о *рассудочном опыте*, предполагающем суждение, и именно в этом смысле термин «опыт» употребляется при дискуссиях о научном опыте. Но в таком случае уже нельзя говорить о «непосредственных данных» опыта, поскольку здесь опыт не содержит в себе ничего непосредственного и спонтанного. Устанавливаемые и изучаемые, например, *научным опытом* факты не имеют ничего общего с опытными «данными». Подобные факты в той или иной степени искусственно конструируются отдельными науками, которые изолируют объект своего исследования от запутанных переплетений фактов и, таким образом, сами разрабатывают специфические научные миры, например, мир

физики, химии, биологии, социологии. Эти миры оказываются максимально удаленными от целостности той действительности окружающего мира, которую мы воспринимаем и в которой мы живем. Так, устанавливаемые этими научными дисциплинами для отдельно взятой сферы законы оказываются неприменимыми по отношению к спонтанной и сложной действительности окружающего мира. Принадлежащие к различным направлениям философы, такие, как Пуанкаре, Бергсон и Майерсон, согласны в том, что опыт, а именно научный опыт, является всего лишь конструкцией нашего рассудка, который в целях удобства, статичной гомогенности, проникновения и сосредоточения на отдельном участке действительности, утверждения ее «тождественности» отграничивает нас от целостной и исключительно качественной действительности, непосредственно переживаемой нами.

Отсюда следует, что всякий опыт, понимаемый как познание, является рассудочным и искусственным опытом, право на критику которого должно быть признано за сторонниками критицизма и рационализма.

Однако представляется очевидным, что в тех случаях, когда эмпирики говорят о первичных фактах, воспринимаемых в опыте и противостоящих суждениям (которые должны ориентироваться на эти факты, являющиеся единственными критериями очевидности), они подразумевают не факты — объекты нашего знания (особенно конструируемые в рамках наук факты), а факты — объекты нашего восприятия, которые мы переживаем непосредственно и спонтанно. Когда эмпирики заявляют о том, что единственным основанием нашего знания является опыт, они, очевидно, подразумевают *не прошедший через рассудок*, непосредственный и спонтанный *опыт* и его данные. Здесь опыт представляет собой *интуицию*, и именно интуицию чувственную. Данной же в таком опыте действительностью является материальная, а не конструируемая действительность.

В этом смысле первая ошибка, присущая в равной мере эмпиризму, критицизму и рационализму, состоит в стремлении отказаться от разграничения спонтанного опыта (непосредственно переживаемого) и опыта рассудочного (или знания) из-за желания либо свести рассудочный опыт к опыту непосредственного (свести факт, объект к эмпирически данному — эмпиризм), либо, наоборот, свести весь непосредственный опыт к рассудочному и конструируемому опыту (рационализм и критицизм). Иными словами, эмпиризм в своих посылках прав по отношению к спонтанному опыту, а рационалистский интеллектуализм — по отношению к рассудочному опыту, и оба этих направления не правы в отождествлении опыта и познания. Именно с таких характерных для данного подхода позиций Кант использует термин «опыт» только для обозначения рассудочного опыта, который он приравнивает к научному опыту или познанию, тогда как для спонтанного опыта Кант сохраняет термин «чувственная интуиция». И наоборот, Локк и Юм, когда они рассуждают об опыте, рассматривают его именно в смысле спонтанного и непосредственного опыта.

Отсюда в силу первого из рассматриваемых нами пунктов мы считаем очевидным, что в силу существования той пропасти, которая отделяет непосредственный опыт от опыта рассудочного (лишь одной из разновидностей которого является научный опыт), чрезвычайно полезно проводить четкое

различие между этими двумя видами опыта и по терминологии: по нашему мнению, правильнее было бы сохранить термин «опыт» исключительно за спонтанным опытом непосредственно данного, а рассудочный опыт обозначить как познание. Вместе с тем поскольку общепринятым считается признание только чувственного опыта, постольку рассудочный опыт нужно будет определить как чувственное познание, наиболее характерной разновидностью которого является научный опыт.

Но после такого допущения вновь начинается спор по вопросу определения самого содержания спонтанного опытного восприятия непосредственно данного. Традиционный эмпиризм, рационализм и критицизм согласны между собой в утверждении того, что спонтанный опыт, непосредственное переживание являются всего лишь совокупностью ощущений, а непосредственный опыт может быть только чувственным.<sup>3</sup> Различие между этими направлениями состоит лишь в оценке такого чувственного опыта: эмпирики считают его наиболее важным; приверженцы критицизма видят в таком опыте только один из факторов познания; рационалисты в собственном значении этого слова отрицают за чувственным опытом какое-либо значение для познания. Можно подвергнуть сомнению такую общую для эмпиризма, рационализма и критицизма предпосылку и доказать, что порок заключается в самой методологической основе этих направлений — в искусственном и догматичном обеднении спонтанного опыта, т. е. непосредственного переживания. Если строго придерживаться непосредственного опыта, то все, что дано и воспринято в богатстве потока непосредственного переживания, должно приниматься как таковое. И если не обеднять и не деформировать опыт по произвольным критериям, сводя его к механизму изолированных ощущений, что является чистым конструктивизмом, то получается намного более четкая и широкая концепция опыта — опыта идей, ценностей, духовности, множественности в той же степени, что и единичности. И приходится интегрировать в такой опыт то, что некоторые хотели полностью из него исключить: *интегральный опыт*, и особенно религиозный или мистический опыт (Джеймс<sup>v</sup>), *метафизический опыт* (Бергсон), *моральный опыт* (Ф. Рау), *феноменологический опыт* идей и ценностей (Гуссерль и Шелер).

В рамках борьбы против искусственного обеднения опыта во всей его полноте традиционное противопоставление эмпиризма и рационализма оказывается окончательно превзойденным: *радикальный опыт* у Джеймса и его учеников, *метафизический опыт* у Бергсона, *рациональный эмпиризм* у Фредерика Рау, *априорный эмпиризм* у Гуссерля и Шелера занимают такие научные позиции, которые определенно ставят их за пределы традиционной узости научных школ.<sup>v1</sup>

В целях большей ясности уточним положения этих новых концепций «интегрального опыта» для того, чтобы воспользоваться ими для разработки нашей теории юридического опыта.

<sup>3</sup> При этом необходимо сделать оговорку, что в тех случаях, когда рационализм признает интеллектуальную интуицию идей, ему приходится признавать и существование не воспринимаемого чувственно опыта. Жаль, что такой опыт представляется здесь как неподвижный, статичный. Ему не сообщается качеств временности, изменчивости. И именно поэтому такой опыт является интуицией, а не опытом в собственном смысле слова.

## § 2. Интегральный опыт по Джеймсу

Уильям Джеймс, начиная с работы «Многообразие религиозного опыта» (1902) и вплоть до исследований «Эссе о радикальном эмпиризме» (1912) и «Главные задачи философии» (1911), приложил все усилия к освобождению понятия опыта от отождествления с научным опытом и сведения к чувственному. «Заблуждение остается заблуждением, даже если оно называется наукой, и вся совокупность человеческого опыта, поскольку я могу объективно понять его, непреодолимо влечет меня выйти за “научные” пределы. Да, реальный мир гораздо более сложен, чем это предполагается и допускает естествознание» (*Джеймс У. Многообразие религиозного опыта.*<sup>4</sup> С. 404). Необходимо, согласно Джеймсу, довериться «опыту в самом широком смысле слова», непосредственному опыту, в том числе мистическому, «религиозному опыту, бесконечному в своих проявлениях, но всегда ведущему к постижению того или иного аспекта Божественной реальности и поддающемуся проверке по продуктивности своих результатов» (Там же. С. 100–101, 330). Применяя свою теорию «религиозного опыта» к опыту нематериального вообще, Джеймс заключает: «Надо откровенно признаться себе в том, что мы живем среди частичных систем и что отдельные части не могут заменять и заступать в духовной жизни друг друга» (Там же. С. 380). Расширение непосредственного опыта вплоть до нечувственного опыта и изменчивость этих опытов ведут к индивидуализации и спецификации, т. е. к плюрализации нематериальных опытных данных, которые характеризуются как несводимые одни к другим.

Эти взгляды, впервые сформулированные в «Религиозном опыте», самым определенным образом углублены и развиты Джеймсом в теории «радикального эмпиризма» и «множественной вселенной». Радикальный эмпиризм, «который содержит культ частного, элементарного, конкретного», основывается на «интегральном опыте», «который охватывает восприятия, также как и их дизъюнктивные или конъюнктивные отношения». Согласно радикальному эмпиризму, конъюнкции, которые объединяют восприятия, даются не менее непосредственно, чем дизъюнкции (*Джеймс У. Философия опыта.*<sup>5</sup> С. 268 и сл., 32 и сл.). Эти непосредственно воспринимаемые отношения не являются понятиями так же, как и непосредственный опыт не является простой совокупностью восприятий. «Если мы ставим принципом нашего исследования выяснять, что же стоит за понятийной функцией, и обрести в первичном потоке опыта истинные аспекты действительности, перед нами открывается источник» (Там же. С. 272) — это источник полного, интегрального опыта, опыта, не обедненного концептуальным построением, «даже если он недоступен разуму» (Там же. С. 205). «Конкретные пульсации опыта никоим образом не предстают как помещенные в границы определенных рамок, где находятся концепты, которыми мы их подменяем». Вообще, «концепты служат прежде всего пониманию вещей, но их продолжают упорно использовать даже тогда, когда они начинают служить обратной цели» (Там же. С. 212).

«Радикальный эмпиризм» ведет, согласно Джеймсу, к плюрализму, причем в нескольких различных направлениях. «Также опираясь на опыт, плюрализм оттеняет и степени разобщенности между отдельными частями мира» (*Джеймс У. Введение в философию.*<sup>6</sup> С. 93), т. е. бесконечную множественность несводимых ни к чему элементов непосредственно данного. Этот аспект плюрализма подводит Джеймса к выводу, что «рационалист в процессе мышления предпочитает идти от целого к частям, а эмпирическое мышление идет от частей к целому» (Там же. С. 25). Не стоит, однако, принимать это определение буквально и считать, что плюрализм, основанный на радикальном эмпиризме, является разновидностью индивидуализма. «Есть

<sup>4</sup> Цитаты приводятся по изд.: *Джеймс У. Многообразие религиозного опыта.* М., 1993 (*Прим. пер.*).

<sup>5</sup> Цитаты приводятся по изд.: *Джеймс У. Собр. соч.* М., 1911 (*Прим. пер.*).

<sup>6</sup> Цитаты приводятся по изд.: *Джеймс У. Собр. соч.* М., 1911 (*Прим. пер.*).

у Джеймса, — говорит его пронизательный комментатор, Жан Валь,<sup>vi</sup> — объяснение целого через части, но присутствует и необъяснимость целого через части» (*Wahl J. Vrai le concret*. P. 6). «Впрочем, стоит настаивать на том факте, что любовь к деталям всегда сопровождается у Джеймса уважением к конкретной целостности. Конкретное не только является фактом, мыслимым в своей частности, но также и фактом, мыслимым в своей целостности» (*Wahl J. Les philosophies pluralistes d'Angleterre*. P. 104).

Отсюда второй аспект плюрализма Джеймса, а именно аспект множественности систем и реалий: «полисистематизм» и «полиплюрализм» (*Ibid.* P. 136–137). «Эти более или менее независимые реалии можно подвергать сомнению с различных позиций. Каждой позиции соответствует некая действительность, составной частью которой она естественным образом является; каждой истине соответствует некая действительность, которая ее верифицирует» (*Ibid.* P. 137). «Наряду с плюрализмом чувственных миров существует нозматический плюрализм и финалистский плюрализм. Этот плюрализм не подлежащих изменению миров и систем становится явным при отрицании всякой неподвижной иерархии, в то время как все порядки принадлежат одному плану» (*Ibid.* P. 106–107), или, как говорит Джеймс, «вселенная плюралистическая» и «кооперирующая» «мыслится нами по аналогии с обществом как множественность или плюрализм независимых сил» (*Джеймс У. Введение в философию*. С. 148 и 151).

В то время как каждый сектор действительности, каждая система схватываются лишь в специфическом опыте, третьим аспектом плюрализма является множественность несводимых ни к чему опытов. «Плюрализм Джеймса, — говорит Валь, — есть философия опытов, а отношения между опытами суть также опыты» (*Wahl J. Les philosophies pluralistes d'Angleterre*. P. 123–142). Джеймс особенно настаивал на специфичности религиозного опыта, но для него никакой вид непосредственного опыта не может быть сведен к другому, и мы находим у него вполне четкие указания на «чувственный опыт» (*Джеймс У. Введение в философию*. С. 92), на «психологический опыт» и на «философский опыт» (*Wahl J. Les philosophies pluralistes d'Angleterre*. P. 117).

В частности, «чувственный опыт» является, по Джеймсу, всегда «драматическим» — ведь «наша жизнь заключает в себе нечто подлинно драматическое, с борениями, в труде и с волевыми решениями» (*Джеймс У. Введение в философию*. С. 92). «Ис существует единственный чувственного идеала, но постоянный конфликт опытных идеалов» (*Wahl J. Les philosophies pluralistes d'Angleterre*. P. 136). «Чувственный плюрализм», или «плюралистичная мораль» (*Ibid.* P. 150 et suiv.) «признает равнозначность опытных чувственных идеалов, так же как и бесконечную ценность каждого человека в глубинах его индивидуальности» (*Ibid.* P. 106–107). «Конечная цель нашего творчества, — говорит Джеймс, — по-видимому, состоит в максимальном обогащении нашего сознания за счет игры контрастов, в наиболее интенсивном и наибольшем разнообразии характеров».

Таким образом, радикальный эмпиризм ведет к универсальному плюрализму элементов, систем, реальностей, опытов, идеалов и нравственных ценностей. Не является ли этот плюрализм метафизической анархией, полным растворением во множественном? Не таково заключение Джеймса: «Единственность вновь проявляется во множественности и через множественность». «*Ex pluribus unum*» (лат. — единое из многого. — *Прим. пер.*) — таково окончательное заключение радикального эмпиризма (*Ibid.* P. 161 et suiv.). Каким образом это возможно? Прежде всего для Джеймса «мир настолько разнообразен, что даже невозможно утверждать ни того, что он полностью разнообразен, ни того, что он исключительно множествен, прерывен, гетерогенен». «Эмпиризм Джеймса не предлагает дилемму между абсолютной единственностью и абсолютной множественностью — для него существует определенная единственность и определенная множественность, которые не только не являются несовместимыми, но являются взаимодополняющими» (*Ibid.* P. 122–123). В интегральном опыте единственность — такая же непосредственная данность, что

и множественность. «То, что является непосредственно данным в том или ином частном и изолированном случае, всегда оказывается чем-то составляющим общее и неделимое основание» (Джеймс У. *Философия опыта*. С. 270). «Чистый опыт или непосредственный поток жизни — это опыт, полный одновременно и единства, и множественности» (Там же. С. 326, 314). «Эта множественность в целостности характеризует каждую из мельчайших частиц нашего конечного опыта» (Там же. С. 285); «конечные элементы, могущие иметь свою собственную изначальную плотность, составляют множественность единства» (Там же. С. 315).

Плюрализм, к которому приводит радикальный эмпиризм, отличается не только от монизма, но и от «моноплюрализма» (такого, как плюрализм Брэдли<sup>viii</sup>). Отличие заключается прежде всего в том способе, которым такой плюрализм проходит через множественное, через конкретику жизни, ставя своей целью не столько возвышение к единству, сколько новое обретение его в самом множественном, в том же аспекте, что и множественное. Речь не идет только об отрицании нисходящего пути монистов, желающих прийти от единого к множественному, но также об отрицании всякой иерархии между единственностью и множественностью, которая рассматривает переход от множественного к единому как восхождение. Для плюрализма Джеймса множественность и единство равноценны. «Монизм приводит, в конце концов, к экстериоризации Единого» (Джеймс У. *Философия опыта*. С. 303–306).

В наших собственных терминах: монизм ведет к восхождению от единичности и множественности к имманентности единства по отношению к множественности.

Заслуга Джеймса состоит в возвращении к интегральному непосредственному опыту, полностью превосходящему эмпиризм, и в демонстрации связи этого опыта с концепцией плюрализма, вовсе не исключающей имманентности единства. Оговорки, которые надлежит сделать на этот счет, касаются:

А) неопределенности его метода изучения опыта непосредственного;

В) связи с прагматизмом;

С) наконец, — проецирования интегрального опыта в индивидуальное сознание, причем коллективные опыты здесь в расчет не принимаются.

А) Джеймс не указывает путь, по которому удалась бы вернуться от концептов и суждений к непосредственному потоку жизни. Он не предлагает конкретного метода такого возвращения. Вот почему он без конца отождествляет опыт непосредственного и *перцепцию* (Джеймс У. *Введение в философию*. С. 34, 54, 66–73), как если бы восприятие уже само по себе не подразумевало бы построение, деятельность разума и категории. Джеймс, отождествляя опыт непосредственного и опыт текущей жизни, не видит, что возврат к интегральному переживанию уже предполагает рефлексию, позволяющую «изменить естественное направление нашей мысли» (Бергсон) и требующую отказа не только от суждений и концептов, но и от перцепции, которая их подразумевает. Джеймс вновь впадает в классические ошибки эмпиризма, и ему можно адресовать те же упреки, что и эмпиризму Мэн де Бирана:<sup>ix</sup> в отсутствии различий между апперцептивной интуицией, или «чувством», и рефлексивной интуицией.<sup>7</sup>

В) Джеймс связал свой радикальный эмпиризм и свой плюрализм с прагматизмом, который не ограничивается миром научных конструкций. Прагматизм, видящий всю истину в практике и пользе, делает ее абсолютно относительной: верой мы

<sup>7</sup> См. очень жесткую критику концепций Мэн де Бирана (который, очевидно, является одним из главных инициаторов того расширения понятия опыта, которое мы излагаем здесь) в работе Леона Бруншвига «Особенности человеческого опыта и физической причинности» (*Brunschvicg L. Expérience humaine et causalité physique en particulier*. P. 148): «В тот же самый момент, когда он встает перед необходимостью обратиться к интуиции, он способен выбирать (иными словами — проводить различие) между апперцептивной интуицией, где сознание является чувством, где "Я" было бы непосредственной данностью, и интуицией рефлексивной, где "Я" было бы самобытной реальностью, поскольку выносящая суждение деятельность отлична от объекта суждения».

можем создать истинность наших верований. С точки зрения прагматизма, истины нам не сопротивляются; они становятся совершенно субъективными. Таким образом, по Джеймсу, нет достаточной ясности в том, являются ли непосредственные линии различных опытов простым продуктом нашей субъективности, или они суть объективная структура, онтологические реалии. Важный вопрос, действительно ли интегральный опыт — это интуиция, т. е. проявление открытого сознания, или это простое творчество, иными словами, проявление закрытого сознания, не разрешен. Однако когда Джеймс говорит об опыте Божественности и об онтологическом плюрализме миров, он, похоже, приходит к первому решению, которое находится в прямом противоречии с прагматизмом в строгом смысле слова.

С) Изучая разнообразие непосредственных опытов и предлагая вернуться к интегральному опыту, Джеймс обращается к индивидуальному сознанию. Вся его книга «Многообразие религиозного опыта» написана согласно этому методу. Он понимает под религией «совокупность чувств, действий и опыта отдельной личности, поскольку их содержанием устанавливается ее отношение к тому, что она почитает Божеством» (Джеймс У. Многообразие религиозного опыта. С. 34). Этот индивидуализм, этот способ отворачиваться от коллективных верований, групповых опытов, интуиций и экстазов, пережитых совместно, тем более поразителен, что именно в религиозной сфере общность верующих является бросающимся в глаза фактом: ведь существование коллективной мистической интуиции — предпосылка всякой религиозной организации, всякого культа. Джеймс существенно ослабляет значимость своей теории интегрального опыта непосредственного, отворачиваясь от коллективных опытов, интуиций всеединства и увязывая, таким образом, судьбу своей теории с одним из видов индивидуалистской психологии.

### § 3. «Метафизический опыт» по Бергсону

Как и Джеймс, так Бергсон (влиянию которого подвергся Джеймс) резко протестует против «забвения опыта в науке», против «отождествления непосредственно опыта с научным опытом». «Всего лишь из-за забвения опыта в науке, действительности ради чистого познания... приходится пожертвовать философией, причем наука ничего не выигрывает от этого...» (Бергсон А. Творческая эволюция. <sup>8</sup> С. 214–218). «Наука могла бы действительно возгордиться тем, что ей приписывают исключительную ценность в сфере опыта в целом». Однако «так называемый научный эмпиризм» не есть истинный опыт (Там же. С. 394–395). «То, что обычно называют опытом, есть опыт “расчлененный” и, следовательно, “искаженный”, подобно тому как то, что обыкновенно называют фактом, не есть реальность, но “приспособление реального к интересам практики”» (Бергсон А. Материя и память. С. 599–600). «Следовало бы прийти к соглашению о характере современной науки. Совершенно ясно, что она создала экспериментальный метод; но это не означает, что она всесторонне расширила область опыта. Совсем наоборот, в некоторых аспектах она его ограничила» (Бергсон H. Energie spirituelle. P. 74). Вообще, «мы исходим из того, что опыт есть не что иное, как дробление неделимой непрерывности, данной непосредственно, на соприставные элементы, которые соответствуют то отдельным словам, то независимым предметам... Мы пробуем разные комбинации между осколками, его, по-видимому, составляющими... Но как раз потому, что мы таким образом разорвали целостность нашей изначальной интуиции, мы чувствуем себя вынужденными установить между разъединенными составляющими связь, которая отныне может быть лишь внешней надстройкой» (Бергсон А. Материя и память. С. 599–616).

«Эмпиризм и догматизм, в сущности, оба исходят из таким путем восстановленных явлений, с той разницей, что догматизм более придерживается формы, тогда

<sup>8</sup> Цитаты приводятся по изд.: Бергсон А. Творческая эволюция. Материя и память. Минск, 1999 (Прим. пер.).

как эмпиризм более придерживается содержания». В частности, «ошибка эмпиризма не в том, что он слишком высоко ценит опыт, но в том, наоборот, что он подставляет вместо истинного опыта, рождающегося от непосредственного соприкосновения духа с его объектом, опыт расчлененный... во всяком случае, измененный для большей легкости действия и слова» (Там же. С. 598–599).

Но, выходя за рамки ошибок эмпиризма и рационализма, «следовало бы сделать последнюю попытку. Следовало бы брать опыт у его источника или, скорее, выше того решительного поворота, где, склоняясь в направлении нашей пользы, он становится чисто *человеческим* опытом» (Там же. С. 599). «Разрушая» то, что потребности и созидательный труд разума сделали из этого опыта, мы приходим к «совокупности воспринятых образов», «мы восстанавливаем интуицию в ее первобытной чистоте и входим в соприкосновение с реальным» (Там же. С. 463, 600).

Философия, «достойная своего имени, должна постоянно преобразовываться» на основании этого целостного опыта непосредственно данного (*Bergson H. Energie spirituelle*. P. 62). «Философия не будет тогда конструированной, она будет без конца вносить в себя добавления, исправления, поправки» (Ibid. P. 5.). Она будет опираться на «опыт подвижный и полный, доступный все большему углублению, чреватый, таким образом, открытиями» (*Bergson H. La pensée et le mouvant*. P. 115). «Метафизика станет тогда собственным опытом; она будет следовать за изменениями действительности» (Ibid. P. 103). «Новая метафизика спустится с вершин, где ей нравилось пребывать», и «порвет с презрительным отношением по отношению к конкретике» (*Bergson H. Energie spirituelle*. P. 40). Ей необходимо будет «призвать очищенный опыт, т. е. опыт, освобожденный (там, где это необходимо) от границ, которые установил наш разум. Опыт этого рода не является вневременным опытом. Он ищет по ту сторону времени *опространственного*, где, как нам кажется, происходят процессы постоянного приспособления между частями, конкретной длительности, где без конца осуществляется радикальная переплавка Целого. Опыт следует реальному во всех его изгибах. Он не ведет нас, подобно методу конструирования, к обобщениям, все выше и выше, построенным как этажи великолепного здания... он предполагает осветить часть реального, а не только лишь Целое» (*Bergson A. Творческая эволюция*. С. 379).

«Философия вторгается в область опыта. Она начинает вмешиваться в целый ряд таких вопросов, которые раньше считались не относящимися к ней. При этом наука, теория познания и метафизика получают одну и ту же основу. Сперва это приводит к некоторому смешению их, так что каждая из них полагает, что таким образом она теряет нечто. Но на самом деле они, в конце концов, только выигрывают от этого» (Там же. С. 219).

К какому же методу следует прибегнуть, чтобы прийти к истинному опыту, не искаженному и непосредственному, и каковы же данные этого опыта? Бергсон отвечает на два этих вопроса гораздо более четко и ясно, чем Джеймс. Согласно Бергсону, для этого следует «порвать с научными привычками... нужно оскорбить разум, пойти наперекор естественной склонности ума» (*Bergson A. Творческая эволюция*. С. 44). Призванием философии является метод *инверсии* — *перемены в направлении*<sup>9</sup> (Там же. С. 222, 334). «Философствовать значит изменять обычное направление работы мысли. Эта инверсия никогда не практиковалась с методологической последовательностью» (*Bergson A. La pensée et le mouvant*. P. 241). Бергсон прибегает к инверсии во всех своих работах, возвращаясь по ту сторону суждений, концептов, перцепций к предыдущей сфере — к сфере непосредственного переживания, тождественного «метафизическому опыту».

В частности, в противоположность Джеймсу, Бергсон считает сами перцепции сконструированными и пытается их инвертировать, чтобы прийти к чистым восприятиям. «Восприятие никогда не бывает простым соприкосновением духа с наличным

<sup>9</sup> Во французском языке игра слов: *inversion* — *renversement* (Прим. пер.).

предметом; оно всегда пропитано дополняющими и поясняющими ее воспоминаниями-«образами» (Бергсон А. Материя и память. С. 545). «Но это противопоставление восприятия и материи есть искусственная конструкция разума, который разлагает и вновь свмгает по своим привычкам и своим законам: оно не дано непосредственной интуиции» (Там же. С. 663). «Трудно отказаться от некоторых привычек мысли и даже восприятия, но это только отрицательная часть работы», хотя и необходимая для того, чтобы встать на ту точку, «которую мы назвали поворотом опыта» (Там же. С. 600). Именно в истинном опыте действительности переживается «чисто качественная нераздельная непрерывность» (Там же. С. 598), идет ли речь об опыте длительности нашего «сознательного Я», об опыте «жизненного порыва» или о «восприятии в чистом виде, которое действительно входит в состав вещей», с помощью которого мы «помещаем себя прежде всего в вещи» (Там же. С. 449, 467, 638 и сл.).

Чтобы добиться инвертирования наших суждений, концептов и восприятий и возвращения к истинному опыту непосредственной реальности, необходимо огромное интеллектуальное усилие (Bergson H. *Energie spirituelle*. P. 185–188). «Нужно форсировать ход событий и актом воли вытолкнуть нашу мысль из самой себя» (Бергсон А. Творческая эволюция. С. 214). «Никогда разуму не удастся путем размышления о своих способностях расширить их, хотя такое расширение вовсе не покажется неразумным после того, как оно однажды свершится» (Там же. С. 213–214). Опыт длительности как конкретной и качественной протяженности есть интуиция «сверхинтеллектуальная», а не «инфраинтеллектуальная» (Бергсон А. Творческая эволюция. С. 401. — Ср.: Бергсон А. Два источника морали и религии.<sup>10</sup> С. 40, 270).

Поэтому не остается никаких сомнений — чистый непосредственный опыт у Бергсона ничего общего не имеет с апперцептивной интуицией; он является рефлексивной интуицией, «возобладанием разума над ним самим». Эта интуиция предполагает долгую предварительную рефлексию, которая и производит инверсию: «Наша интуиция есть рефлексия» (Bergson H. *La pensée et le mouvant*. P. 109).

Каковы же свойства данных этого опыта? «Неделимая непрерывность», которую мы испытываем, представляется для Бергсона преимущественно как качественная длительность, противопоставленная измеряемому времени, механицизму и финализму; длительность, тождественная творческой активности, свободе, чистому воспоминанию, одним словом, — «разуму».

Во введении к своему последнему сборнику статей «Мысль и подвижность» Бергсон уточняет, что разум есть истинный объект философии, чей особый метод — «интуиция в истинном смысле этого слова» — есть «тот метод, которому следует Дух, схватывая в материальных вещах их причастность к духовному миру» (Ibid. P. 37). «Мы приписываем, таким образом, метафизике четкий объект, в основном Дух, и особый метод — прежде всего интуицию духовного». «Таким образом, мы четко разграничиваем метафизику и науку». (Ibid. P. 42). Однако Бергсон резко протестует против номиналистической концепции науки. Если пространство — лишь схематическое построение нашего разума, то конкретная протяженность материи принадлежит окружающей действительности так же, как и совокупность качеств, называемых чувственными, из которых, благодаря производимому нашим мозгом отсеиванию, мы замечаем лишь некоторые. Здесь равным образом речь идет о «несводимости» и той «необратимости неделимой и чисто качественной непрерывности», которая лишь представляется в другом виде: в виде конкретной и реальной протяженности материи, гетерогенной непрерывности чувственных качеств, которые заданы непосредственной интуицией чистого восприятия (Бергсон А. Материя и память. С. 629, 633).

«Так как наука имеет своим объектом материю, то в той мере, в которой она превосходит восприятие абстрактного пространства и его анализ и в конечном итоге основывается на чистом восприятии и интегральном опыте, она может прикоснуться

<sup>10</sup> Цитаты приводятся по изд.: Бергсон А. Два источника морали и религии. М., 1994.

к глубинам действительности» (*Bergson H. La pensée et le mouvant. P. 42*). «Мы не понимаем, почему наука о материи не достигает Абсолюта» (*Ibid. P. 45*), — «несомненно, она охватывает лишь часть действительности, но она может однажды достичь глубин этой части» (*Ibid. P. 50, 354*). «За наукой, как и за метафизикой, мы предполагаем способность достичь Абсолюта» (*Ibid. P. 83*). «И та и другая касаются самой действительности, но каждая из них имеет доступ лишь к ее половине» (*Ibid. P. 53*). «Если подвести итог, — мы желаем разнообразия метода, мы не допускаем ценностного различия между метафизикой и наукой» (*Ibid. P. 52*). Для того чтобы приблизиться к действительности, сама наука должна возродиться, опираясь на тот важный сектор интегрального опыта, которым является чистое восприятие материи. Другими словами, называемый научным опыт, несмотря на все его уловки, должен всегда возвращаться к опыту непосредственного. Именно интегральный опыт непосредственного является точкой коммуникации, общим основанием между наукой и метафизикой. «Наука и метафизика, различающиеся по предмету и методу... объединяются в опыте» (*Ibid. P. 54*).

Может показаться, что, по Бергсону, ни метафизика, ни наука не могут полностью воспроизвести данные интегрального опыта, и это было бы, по нашему мнению, тем более верно, что мы настаиваем на неустранимом различии между опытом и познанием.

Вместе с тем, относя к философии в качестве объекта дух, а к науке — материю, Бергсон оказывается загнанным в запутанный дуализм двух в равной степени истинных Абсолютов: Абсолюта длительности и Абсолюта конкретной протяженности, Абсолюта творческой активности и Абсолюта чувственных качеств материи; двух Абсолютов, непосредственно схватываемых интуицией как внутренним опытом, или причастностью к творческой активности, или интуицией как внешним опытом, или причастностью к чистому восприятию вещей. Эта дуалистическая тенденция определенно усилилась в бергсоновской мысли в последние годы и проявляется очень заметно в работе «Два источника морали и религии» и во Введении к исследованию «Мысль и подвижность».

Однако даже в этих последних трудах Бергсону не удается защитить ни раздвоенные интуиций и сфер действительности, ни, несмотря на все его усилия, утверждение о равноценности философии и науки, что повлекло бы за собой утверждения о равной ценности материи и духа. «Метафизика станет, — заявляет он в тексте, который мы уже цитировали, — опытом». Это значит, что она способна в большей степени, чем наука, к воспроизведению интегрального опыта Абсолютного. «Интуиция может действовать на разных уровнях» (*Ibid. P. 37*). В разнообразии интуитивных восприятий действительности речь идет не об эквивалентных интуициях, но об интуициях и опытах иерархических (*Ibid. P. 38*), — как могло бы быть иначе, если именно философия и интуиция длительности «направляют нас в направлении Божественного» (*Ibid. P. 76*). Итак, вместо дуализма в конце концов появляется плюрализм, но плюрализм «иерархический», вершина которого занята духом, а низшая сфера — материей. Классическая метафизика, если вспомнить, в частности, Плотина, таким образом, возрождается с новой силой у Бергсона и толкает его к возвращению от опыта к конструированию и от плюрализма — к монизму.

В самом деле, у Бергсона «сама материальная Вселенная, определяемая как совокупность образов, есть уже своего рода сознание» (*Bergson A. Материя и память. С. 653*). «Материя есть творческий жест, который затем прекращается; она сравнима, например, с поднятием руки — когда рука предоставляется самой себе, она падает, но в ней все же сохраняется часть одушевленной ее воли, стремящейся поднять ее» (*Bergson H. Творческая эволюция. С. 273*). «Чистое восприятие, которое есть низшая степень духа, — дух без памяти — действительно составляет часть материи, как мы ее понимаем» (*Bergson A. Материя и память. С. 642*). Совокупность чувственных качеств в их абсолютной реальности является потому продуктом творческой активности. «Экстенсивность и напряжение, допускающие многочисленные степени,

создают переходы между прерывностью и протяженностью, качеством и количеством, свободой и необходимостью» (Там же. С. 665–667). Происхождение материи от Духа Бергсон защищает в своем позднем исследовании следующим образом: «Материя и Дух имеют общую сторону... Дух и материя соприкасаются» (*Bergson H. La pensée et le mouvant. P. 49, 59*).

Итак, несмотря на различие аспектов, непосредственный опыт у Бергсона является единым: это опыт творческой длительности Духа в его абсолютной реальности, становящийся более или менее интенсивным в зависимости от выбранной точки зрения. Этот непосредственный опыт длительности представляет, в конце концов, опыт Единого, абсолютной целостности. «Теперь мы — в среде Абсолютного, в нем мы движемся и живем. Наше познание его, разумеется, неполно, но его нельзя называть внешним и относительным. Здесь с помощью соединенного прогрессивного развития науки и философии мы постигаем самую сущность вещей во всей ее глубине» (*Бергсон А. Творческая эволюция. С. 220*). «Абсолют проявляется очень близко к нам и в нас» (Там же). Таким образом, непосредственный опыт есть для Бергсона опыт метафизический. Этот метафизический опыт, по-видимому, он не отличает от опыта мистического, от опыта религиозного. «Бог есть непрекращающаяся жизнь, действие, свобода. Такое творчество не является тайной, мы опытно его воспринимаем, как только действуем свободно» (Там же. С. 361). «Оказывается, что углубленное изучение некоторых проблем, помимо проблем религиозных, привело нас к выводам, которые предполагают возможность существования опыта единичности, опыта предпочтения, — такого, как опыт мистический. Вместе с тем мистический опыт, взятый сам по себе, навеивает мысли, способные стать научными выводами, полученными совершенно в иной области» (*Bergson H. Deux sources de la morale et de la religion. P. 266, 101*).<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Каковы непосредственные данные этого опыта — метафизического и в то же время мистического опыта творческой длительности? Именно здесь Бергсон ставит вопрос единства и множественности, монизма и плюрализма, — антиномия, которая для него является лишь продуктом расчленения, дискурсом и которая преодолевается в непосредственном опыте «единичности в множественности» и «множественности в единстве», характерных для неделимой континуальности. «Конкретная, качественная множественность», противоположная «количественной множественности» и «гетерогенной непрерывности», преодолевает равным образом и «гомогенную непрерывность», и «прерывность». Таковы свойства «динамического единства, моменты которого являются внутренними и гетерогенными по отношению друг к другу и которые проникают друг в друга вместо того, чтобы наслаиваться друг на друга». Итак, данные метафизического опыта представляют собой «множественное единство и единое множество», «но единство и множественность являются лишь точками зрения, принятыми по соглашению, которое навязывает мне свои категории». «Неделимая непрерывность, которую мы переживаем, не входит ни в ту, ни в другую категорию, ни в обе сразу, хотя бы вместе они и могли бы дать приблизительную картину этого взаимопроникновения и этой непрерывности, которую я нахожу внутри себя самого» (*Бергсон А. Непосредственные данные сознания // Бергсон А. Творческая эволюция. Материя и память. Минск, 1999. С. 850*).

Однако, не желая быть ни монистом, ни плюралистом, ни тем и другим одновременно, Бергсон склоняется скорее к «мистическому монизму». В самом деле, не только плюрализм опытов сводится к единству мистического опыта, а чистое восприятие — к интуиции длительности, но также и материя сводится к духу, который составляет лишь единое целое с жизненным порывом, так же, как и совокупность чувственных качеств сводится к творческой активности. Так, философия для Бергсона может быть лишь «усилием снова раствориться в целом» (*Бергсон А. Творческая эволюция. С. 212*). Единство, испытываемое в мистическом опыте, таким образом, растворяет в большей или меньшей степени множественность. Некоторые исследователи отмечают, что у Бергсона «плюрализм означает только то, что опыт выходит за границы объяснимого и что опыт длительности есть опыт драматический» (*Jankelevitch G. Bergson. P. 52*). Но как раз подобная концепция вполне совместима с монизмом, так как множественное представляется тогда не как непреодолимость эквивалентных противоборствующих элементов, но как следствие того факта, «что всякий опыт относится к ограниченной длительности и всегда требует корректив» (*Bergson H. Energie spirituelle. P. 62*). В рамках такой

Бергсон не видит, что только драматическая несводимость друг к другу опытов каждого отдельного момента подготавливает мистическую интуицию, противопоставляясь ей и отделяясь от нее непреодолимой бездной. Он не видит разницы между «негативной теологией», к которой приводят противоречивые опыты и плюрализм их данных, и «позитивной теологией», к которой приводит мистический опыт, пресходящий эти противоречия.

Эти замечания дают представления о тех оговорках, которые мы должны будем сделать на предмет метафизического опыта Бергсона. После того как Бергсон виртуозно ввел метод инверсии, ведущий к непосредственному интегральному опыту, и освободил этот опыт от всякой связи с прагматизмом и субъективизмом, он существенно сузил масштаб своей концепции:

А) свел в конце концов всякую множественность непосредственных опытов к метафизическому опыту;

В) отождествив его с мистическим опытом абсолютной целостности;

С) не проводя различия между непосредственным опытом и философским познанием;

Д) не оговаривая возможности коллективных опытов и интуиций; опыта как интуитивного всеединства.

А) Монизм непосредственного опыта у Бергсона, — столь противоположный его собственным тенденциям к конкретному и столь несовместимый с его высказыванием, согласно которому «для каждой новой задачи необходимо новое усилие», — есть прямое следствие враждебности по отношению к разуму. Бергсон, отождествляя разум с дискурсом, отрицает возможность интеллектуальной интуиции, непосредственно опыта идей и значений. И когда ему приходится касаться проблем чувственного опыта (Бергсон А. Творческая эволюция. С. 294, 296; Бергсон Н. Les deux sources de la morale et de la religion. P. 34 et suiv., 56 et suiv., 62 et suiv.), он его сводит к одному и тому же опыту длительности, которая характеризует Абсолют и Дух. Так, Бергсон заранее исключает антиномию непосредственных опытов, непосредственно переживаемый драматизм несводимости друг к другу данных равнозначных опытов.

В) Именно отрицание несводимости множественных опытов и их данных приводит Бергсона к отождествлению всех разновидностей непосредственного опыта с мистическим опытом абсолютного единства. Так как пропасть, которая разделяет опыт логических идей, или интеллектуальную интуицию, поставленную во временные рамки, от чувственной интуиции, или активной, волевой или эмоциональной интуиции ценностей, для Бергсона заранее преодолена, он абсолютизирует опыт длительности, обожествляет жизнь и приходит к интуиции Абсолюта, минуя чистилище непримиримых противоречий между интеллектуальным опытом, чувственным опытом и другими опытами, равнозначными между собой и противоречивыми в своей основе.

С) Этот мистический опыт Абсолюта если и не отождествляется с любым иным опытом непосредственного, то по крайней мере возводится на иерархическую вершину опытов и приравнивается к философскому познанию. Бергсон, как и многие мыслители-эмпирики, отождествляет непосредственный опыт (интуицию) и познание. Однако данные интуитивного опыта всегда отличаются от объекта познания, идет ли речь о познании обыденном, научном или философском. Непосредственные данные интеллектуальной интуиции, как и интуиции мистической или любой другой, чтобы стать *познаваемыми*, должны быть зафиксированы и схвачены разумом, *сформированы* им в некий объект, т. е. сконструированы суждением, возникающим в процессе размышления. Бергсон, сводя разум к дискурсу, сам лишает себя высших (или диалектических) логических форм, необходимых для философского познания,

---

концепции множественность образуется из-за ограниченности во времени всякого опыта, а не из-за несводимости опытов друг к другу или несводимости их данных, в чем и состоит истинная драма, которую освещает плюрализм.

которое ставит целью рефлексию и выражение непосредственных данных расширенного опыта. Отсюда его замешательство перед проблемой единства и множественности, которая приводит к отрицанию их синтеза как результата того дискурса, который их искусственно разделил, и к впадению, таким образом, в мистический монизм в тот самый момент, когда описание Бергсоном данных опыта с необходимостью приводит к плюрализму. Причина этого — в непонимании того, что единство во множественности есть категория трансдискурсивного разума, необходимая для всякого философского познания, для всякого мышления, ставящего себе целью выстроить из непосредственных данных чистого опыта объекты познания.

Д) Если в своей первой работе Бергсон, как позднее Джеймс, казалось, ограничивал непосредственный опыт индивидуальным сознанием, то его «Смех» и «Творческая эволюция» содержали многочисленные намеки на возможность интуитивных опытов коллективного характера. В частности, в «Смехе», противопоставляя «механическое» (организованное) «живому» в социальной группе, Бергсон, похоже, допускает коллективные опыты непосредственного, в то время как интуитивная общность членов группы противопоставляется его «церемониальной» оболочке (Bergson A. Смех // Бергсон А. Творческая эволюция. С. 1326–1332, 1386–1392). Однако в «Двух источниках морали и религии» Бергсон возвращается к первой позиции, отождествляя социальную жизнь с «давлением» и «статичностью» и относя «динамичные» виды морали и религии к исключительному видению индивидуальных сознаний: мышление изобретателей, героев и святых, которые полностью отделены от социальной группы, провозглашенной по необходимости «закрытой».

Подобным же образом Бергсон в своем Введении к «Мысли и подвижности» заявляет, что «общественное сознание не может не сохранять свою исходную структуру», «которая пространственна»; социальное всегда разумно; «здесь невозможно найти ни проблеска интуиции, но только потому, что она проникает в любую мысль». «Чтобы прийти к действенной интуиции, необходимо оторваться от социального» (Bergson H. La pensée et le mouvant. P. 100).

#### § 4. «Нравственный опыт» по Фредерику Рау

Фредерик Рау своей теорией «нравственного опыта» по многим вопросам вносит существенные поправки в теорию интегрального непосредственного опыта Джеймса и Бергсона, хотя утверждать, что он подвергся прямому влиянию этой теории, нельзя. Важнейшая возможность автономной теоретической морали, в результате размышления *post factum* над изменяемыми данными непосредственных нравственных опытов, Ф. Рау приходит к следующему:

А) устанавливает неустранимую специфику нравственного опыта по отношению к другим разновидностям интегрального опыта непосредственного; различные секторы интегрального опыта приводят, по мнению Рау, к необходимому достоверным фактам, а не к метафизической интуиции абсолютной реальности;

В) проясняет, что данные различных видов интегрального опыта могут быть идеалами, априорными данными, идеями, и характеризует, в частности, данные нравственного опыта как динамичные ценности, строго индивидуализированные и определенные, что, однако, не лишает их объективности;

С) проводит четкое различие между познанием и опытом; нравственный опыт, являющийся чисто активным, состоящий из индивидуальных и коллективных действий, в огне которых испытываются ценности, очевидно, ничего общего не имеет с познанием, будь оно метафизическим или научным. То, что является познанием, присоединяется в качестве размышления *post factum* к находимым непосредственно в деятельности данным, представляя собой нравственный опыт;

Д) Ф. Рау приписывает слишком большую ценность коллективным нравственным опытам группы, среды, целых эпох и цивилизаций. Интегральный опыт непосредственного, одна из обязательных разновидностей которого есть нравственный

опыт, отделен у него от необходимой связи с индивидуальным сознанием. Размышление над изменчивостью нравственных опытов и их данных предполагает обширные социологические и исторические исследования переживаемых коллективно идеалов.

Отказавшись от теоретической морали, которая могла бы вывести из предварительного знания дедуктивным или индуктивным методом принципы поведения, раскритиковав «всех творцов систем, всех тех, кто ищет веры вне себя», т. е. вне конкретного действия (*Rauh F. Expérience morale*. P. 69), Ф. Рау «начинает там, где остановился Леви-Брюль» (*Rauh F. Etude morale*. P. 2) и находит единственное основание нравственной очевидности, автономной и несводимой к другим различным видам очевидности, в специфическом нравственном опыте. «Нравственный опыт состоит в нашем непосредственном чувстве идеального, проживаемом в действии» (*Ibid.* P. 57). «Первичный нравственный факт, материя нравственного опыта есть активная, непосредственная, спонтанная, необдуманная вера» (*Ibid.* P. 250), а нравственный опыт не является сконструированным, подобно опыту науки. «В науке речь идет об объективных и подлежащих измерению фактах; здесь, в опыте нравственном, факт есть только непосредственное, но это расширение смысла вполне закономерно» (*Ibid.* P. 33). Чувственный опыт «влечет за собой интегральный опыт», который шире не только опыта научного, но и непосредственного опыта нравственного. Однако он является «интегральным только под определенным углом зрения; он является интегральным и ограниченным одновременно» (*Ibid.* P. 382).

«Моральная действительность» может быть познана только посредством этого интегрального и ограниченного непосредственного опыта (*Ibid.* P. 112.). Она может быть испытана, пережита лишь в опыте, и поэтому «давайте остерегаться книжных теорий, которые не доступны переживанию» (*Ibid.* P. 86). «Всякий нравственный принцип, который рождается не от непосредственного контакта с действительностью и не из нравственной среды, с которой он соприкасается, в счет не идет» (*Ibid.*). Средство войти в контакт с нравственными принципами является простым — испытать их (*Ibid.* P. 207), пережить их в непосредственном нравственном опыте. «Нравственная вера может быть преимущественно названа опытом — не опытом факта, но опытом идеала». «Можно сказать, что вера не поддается доказательству; она поддается испытанию» (*Ibid.* P. 15).

Хотя нравственный опыт есть интегральный опыт непосредственного, он тем не менее ограничен двумя аспектами: прежде всего своими специфическими характером и содержанием, т. е. своей несводимостью к множественности других опытов непосредственного различного рода; и своей темпорализацией и локализацией, тем фактом, что он изменяется во времени и в пространстве, подразумевает непрерывные поправки, безостановочное становление и бесконечное обособление, короче говоря, тем фактом, что он является не просто «интуицией», но именно «опытом».

Специфический характер нравственного опыта, который отличает его от множества других интегральных опытов, состоит прежде всего в том, что он тождествен *действию* (термин используется в смысле высших проявлений индивидуальной или коллективной воли, таких, как *решение* или *творчество*, в противоположность простому капризу — произволу — или выбору между этими двумя возможностями, определенными заранее).<sup>12</sup> «Испытывать нравственные принципы можно только в самом поведении, только действуя» (*Ibid.* App. P. 28). «Принцип становится приемлемым для нравственного сознания только с того момента, когда ради него принцип отделяется от действия или от контакта с акторами» (*Ibid.* P. 31). «Нравственный факт может быть определен как действие, обнаруживающее тенденцию к идеальному» (*Ibid.* P. 31). «Наши нравственные представления имеют ценность лишь тогда, когда они выкованы в действии, пережиты, а не выведены из чего бы то ни было» (*Ibid.* P. 81). Нравственный опыт отождествляется «с мощным усилением воли» (*Ibid.* P. 114). «Человек

<sup>12</sup> Рау недостаточно четко определил термин «действие», часто отождествляя его с «верой».

не должен сверять свое поведение с неподвижной моделью, сначала созерцаемой, а затем воспроизводимой. Он создает свою модель, действуя, он вновь создает ее в своем действии... делать и, делаясь, делаться» — эта формула как нельзя лучше подходит к нравственному опыту (Ibid. P. 71). «Следует прежде всего внушить человеку, что нравственная очевидность... создается в действии» (Ibid. P. 71). «Не считай себя обязанным согласовывать свое действие с каким бы то ни было теоретическим идеалом» (Ibid. P. 120). «Тот, кто действует, даже не думая, так или иначе подразумевает некую априорную формулу» (Ibid. P. 9). «Тот, кто не действует или не следует указаниям того, кто действует», не может прийти к нравственному опыту. Это верно для нравственного коллективного опыта в той же степени, что и для нравственного индивидуального опыта. Именно коллективные действия формируют нравственный опыт группы; коллективные нравственные верования отличаются от действия. «Нравственный идеал общества определяется прежде всего тем, чего это общество хочет» (Ibid. P. 9).

Эта первая характеристика специфики нравственного опыта, который подлинно активен, дополнена второй: содержимое этого опыта — данные, полученные в ходе него, являются элементами, находящимися в постоянном становлении, в движении, они строго индивидуализированы, исключительны, не допускают никакого обобщения, не поддаются не только абстрагированию, но и типизации. Поскольку в то же время они утверждают в качестве идеалов высшие критерии оценки, откуда и вытекает всякое «долженствование», Ф. Рау определяет их как «несоизмеримые ценности» и «абсолютно подвижные ценности» (Ibid. P. 137–373). Данные непосредственного нравственного опыта, несоизмеримые ценности, испытываемые в рамках изменения других нравственных опытов или в совокупности неопровержимых нравственных очевидностей, могут быть определены как «нравственная причина... Но не следует представлять себе эту причину как нечто фиксированное и инертное. Она есть жизнь, жизнь принципов, находящихся в непрерывном движении» (Ibid. P. 418). «Нравственные принципы — это не мумии, в торжественной тишине препарированные в кабинетах ученых» (Ibid. P. VII), — «нравственная очевидность есть очевидность в становлении, очевидность подвижная, динамичная по своей сущности» (Rauh F. 1) Etude morale. P. 212–217; 2) Expérience morale. P. 9).

Для того чтобы осознать специфику данных нравственного опыта, следует востать против «суеверия перманентности» (Rauh F. Etude Morale. P. 268). Поскольку несоизмеримые ни с чем ценности являются ценностями творческими, то следует действовать, следует их схватывать и испытывать: нравственный опыт и представляет собой активное участие в творческих ценностях. Вместе с тем данные этого опыта, априорные нравственные ценности не являются общими, универсальными, как у Канта. «Нужно видеть нравственную идею в действии, видеть, как она погружается в суть вещей... Я не знаю, стал ли бы я действовать, как Кропоткин, если бы был русским. Когда я начинаю курс лекций по отдельному вопросу нравственности, я всегда предупреждаю моих слушателей, что я задаюсь этим вопросом применительно к Франции и для современного периода истории Франции: ведь нравственные обобщения недостаточны для построения морали» (Rauh F. Expérience morale. App. P. 7). «Человек действует в рамках определенного периода времени, в рамках определенной семьи, в рамках своего характера, а то, что есть вечного в нашем действии, не доступно напрямую, но постигается косвенно, в конкретном времени, в конкретной стране, в конкретной семье, с конкретным характером. Вечное проявляется лишь в конкретных обстоятельствах» (Ibid. P. 143).

«Добродетельный человек, кроме своей собственной, воспринимает и другие этические модели поведения» (Ibid. P. 231). «Безусловно, через ограниченное желание он чувствует бесконечное желание, которое желание ограниченное фокусирует. Более того, он может чувствовать бесконечное только в этой конкретной концентрированной форме; и только сфокусированная очевидность удовлетворяет сознание, дает чувство полноты» (Ibid. P. 233). «Нам незнаком единый центр, который мог бы

называться светом. Весь свет состоит в каждом луче. Следует внушить это человеку, научить его детализировать, научить разменивать Бога на мелкую монету» (Ibid. P. 234).

Нравственные ценности, творческие и подвижные, в их конкретной индивидуальности, схваченной в изменчивости нравственных опытов, являются, таким образом, бесконечно разнообразными и равноценными друг для друга в этом разнообразии. Настоящее противоречие между нравственными доктринами состоит не в априорности или эмпиричности, но в том различии, которое мы находим «между доктринами, которые признают лишь одну единственную универсальную нравственную истину, и теми, которые, наоборот, допускают специфические, позитивные нравственные истины», индивидуализированные и понятые как единичные (Ibid. P. 233).

Несоизмеримые и подвижные ценности определяют, согласно Ф. Рау (который справедливо ставит в упрек кантовскому формализму желание выводить ценности из необходимости бытия, вместо того чтобы искать основание необходимости бытия в ценностях; сравни: Ibid. P. 18, 32, 77, 271), правила поведения, категорические императивы, еще более индивидуализированные и пластичные (Ibid. P. 116, 193). Эти правила вдвойне индивидуализированы и локализованы, определяясь исключительными ценностями и адаптируясь к нравственным свойствам той среды и тех отдельных людей, к которым они относятся. «Конкретный долг, частный долг столь же правомочен, как и общий долг» (Ibid. P. 147), а настоящий долг всегда является особым, частным и индивидуализированным. Исходя из такой формулировки, Ф. Рау вполне мог бы считать своей формулу Фихте, согласно которой единственное общее правило, которое можно принять в морали, — это действовать совершенно оригинально, как никто другой (*Handle wie Niemand* (нем. — действовать как никто другой. — *Прим. пер.*)), — требование, относящееся равным образом и к индивидууму, и к группам.

Эта конкретизация и индивидуализация нравственных принципов ведет к *плюрализму ценностей*, или равноценных порядков ценностей. Ф. Рау обозначает этот плюрализм термином «нравственный релятивизм», но этот релятивизм не имеет ничего общего с философским релятивизмом, который есть форма скептицизма. Нравственный релятивизм, о котором говорит Ф. Рау, вовсе не исключает, как мы скоро увидим, объективности индивидуализированных единичных ценностей. Он есть не более чем констатация бесконечного плюрализма объективных и необходимых аспектов нравственного идеала, познание которого во всем своем богатстве и во всей своей динамической полноте требует сочетания бесконечного разнообразия коллективных и индивидуальных нравственных опытов. А этот плюрализм конкретных и равноценных ценностей и долженствований есть не что иное, как проявление свободы. «Принять, — говорит Ф. Рау, — неустранимое разнообразие ценностей, не означает ли это принять нечто аналогичное свободе?» (Ibid. P. 173). В самом деле, свобода, понимаемая как тождественная творческой активности, состоит в постоянном росте разнообразия уникальных нравственных ценностей, контрасты и конфликты которых служат только расцвету нравственного идеала в его бесконечной полноте, — концепция, которую мы встречали также и у Джеймса, автора «плюралистического морализма».

Тот интегральный плюрализм, который Ф. Рау сам характеризует как «организованную анархию» (*Rauh F. Etude morale*. P. 486), применим не только к отношениям между различными нравственными ценностями и долженствованиями, которые из них вытекают, но также и к отношениям между различными видами непосредственного опыта и уникальными данными опыта, которые в нем встречаются.

В частности, Ф. Рау допускает непосредственный опыт логических идей и представляет его чем-то вроде фундамента научного опыта, источником, который этот опыт оживляет и который не позволяет ему иссякнуть. «Сама мысль нам является в качестве опыта: интеллектуальные истины возникают в конкретно определенный момент» (Ibid. P. 484 et suiv.; ср.: *Rauh F. Expérience morale*. P. 187). «Сама по себе сущность познается интуицией, опытом» (Ibid. P. 196). Ф. Рау ставит в упрек Канту

го, что тот не смог увидеть различия не только между научной и нравственной очевидностью, но и между нравственной и логической. Однако эти очевидности несводимы друг к другу. «Кант ложно приравнивает априорность теоретического разума к разуму практическому» (*Rauh F. Etude morale*. P. 1). «Кант чрезмерно верил в логичность наших мыслей; его доктрина есть нравственный логицизм» (*Rauh F. Essai sur le fondement métaphysique de la morale*. P. 18). «Кант действительно хотел навязать морали универсальную и абстрактную очевидность ньютоновской науки» (*Rauh F. Etude morale*. P. 21). «Следует принимать различные формы очевидности такими, каковы они есть» (*Rauh F. Expérience morale*. P. 3).

Посвятив свои труды исключительно проблеме нравственного опыта, Ф. Рау изучал только отношения между научной и нравственной очевидностями. Он не конкретизировал специфику логической очевидности или противопоставление непосредственного опыта ценностей и непосредственного опыта интеллектуальных идей. Мыслитель удовлетворялся указанием на то, что интеллектуальные идеи как несоизмеримые ценности не являются ни строго единичными принципами, ни абстрактными и общими элементами, «в то время как теоретический разум не является ни абстрактным, ни конкретным, но безличным» (*Ibid*. P. 95). Из этого можно заключить, что логические идеи, данные непосредственного интеллектуального опыта, являются элементами типологии, а не исключениями из правила и что они менее подвижны и более статичны, чем нравственные ценности, подобно тому как тот опыт их, которым мы обладаем, более пассивен, чем нравственный опыт. Важно, что эти два вида опыта непосредственного и их данных признаются как несводимые друг к другу и равноценные друг другу и что этот последовательный плюрализм, сам утверждаясь в сфере непосредственного, резко противопоставляется всякой бергсоновской трансформации опыта «интегрального» в «метафизический опыт абсолютной и тотальной реальности» (*Rauh F. Etude morale*. P. 405–406).

«Чем бы ни была непосредственная действительность: будь то набор нравственных данных или сознание в его глубинах, мы бы возразили, что не имеем права возводить ее в Абсолют... Я ее постигаю, как и другие, но не более, чем тот бы то ни было; я не могу, поскольку я ее постигаю, делать ее принципом того, что от нее отличается» (*Ibid*. P. 405). Другими словами, несводимые различия испытываются столь же непосредственным образом, что и сами опытные данные. «Радикальный эмпиризм» (термин, который Ф. Рау употребляет независимо от Джеймса (*Ibid*. P. 405) и который с необходимостью ведет к интегральному плюрализму) исключает непосредственный опыт Единого, Абсолютной Целостности и во всяком случае предполагает этот опыт аналогичным другим опытам. «Ясно, что с этой точки зрения никакой непосредственный опыт не может восприниматься под условием существования абсолютной действительности» (*Ibid*. P. 406).

Ф. Рау предпочитает термин «опыт» термину «интуиция», чтобы подчеркнуть, что речь идет не о неизменной и тождественной самой себе интуиции, но о бесконечной изменчивости интуиций различного рода, меняющихся в зависимости от цивилизаций, исторических эпох, социальных кругов. Опыт есть интуиция, помещенная в условия времени, всегда поддающаяся проверке, постоянно требующая поправок. А нравственный опыт, будучи в полном смысле слова активным, будучи тождественным действию, динамичнее, подвижнее, изменчивее, чем все остальные виды опытов. «Чтобы действовать нравственно, следует перенести себя в чистую длительность и в этой длительности — в текущее мгновение» (*Rauh F. Etude morale*. P. 374). «Нравственный опыт не самодостаточен. Он подтверждается постоянной проверкой жизни, постоянным свидетельством людей» (*Rauh F. Expérience morale*. P. 93). Нужно отметить, что «во все времена существовали разнообразнейшие верования, но философы не видели в этих верованиях ничего, кроме различных заблуждений, которые их система — единственно верная — должна была окончательно заметить. Надо отказаться от этого притязания. Интеллектуальные колебания человечества не являются собой лишь бесплодные усилия достичь истины, которую следует освободить

в лучезарном совершенстве» (Ibid. P. 231). Именно в нравственных опытах появляются различные аспекты идеала в творчестве, в становлении. Будучи нравственной, т. е. активной, динамичной, предполагающей участие в творчестве, интуиция нравственных ценностей может быть только бесконечностью изменчивых опытов, более изменчивых, чем все другие виды опыта. Здесь кроется коренное противоречие теории нравственного опыта Ф. Рау с другими системами морали, называемыми интуитивными (Паскаль, Руссо, Якоби и даже Шелер), не говоря уже об эмоциональной нравственности (Ibid. P. 262–264).

Данные нравственного опыта, несоизмеримые ценности, строго конкретизированные и индивидуализированные нравственные очевидности, находящиеся в постоянном становлении, вместе с тем являются истинно априорными: они объективны и необходимы, они сопротивляются всякой субъективности. «Нравственный опыт не опыт конкретного факта, но опыт идеала» (Ibid. P. 15–17), «настоящие идеалы» объективны (Ibid. P. 499–502). Ценности являются «индивидуализированными и концентрированными бесконечностями» (Ibid. P. 233), и, будучи таковыми, они суть «объективные нравственные истины» (Ibid. P. 33), априорные нравственные истины (Ibid. P. 499). Как данные очевидного опыта, выкованные в действии и характеризующиеся «интенсивной непреодолимостью», которая испытывается через «предпочтение того или иного идеала», априорные ценности сопротивляются нашей эмпирической деятельности и «останавливают наше интеллектуальное воображение» на размышлении *post factum*. Однако это сопротивление влечет за собой не пассивность субъекта, но его участие в том, что его опережает, он одновременно является и действующим, и подвергающимся воздействию априорных творческих ценностей, которые он испытывает. Поэтому нравственную очевидность характеризуют не постоянство, но универсальность, а только «непреодолимость» как степень интенсивности призыва к участию. «Ложная идея постоянства и универсальности нравственных принципов имеет истоком ложную психологию очевидности. Нравственная очевидность есть состояние действующего сознания, приводящего к несокрушимым убеждениям, независимым в интенсивности их расширения» (Ibid. P. 6, 197). Отсюда и вытекает возможность утверждать одновременно, что объективность и необходимость нравственных ценностей — настоящих вневременных *a priori* — полное признание их единичности, абсолютная их индивидуализация и локализация. Отсюда негативное отношение Ф. Рау проистекает в равной степени как к априоризму, так и к радикальному эмпиризму: ведь интегральный опыт утверждается в большей степени как опыт априорных данных, опыт духовного во множестве его несводимых ни к чему иному аспектов.

Чтобы прояснить это пересечение противоположных точек зрения, Ф. Рау характеризует свою доктрину как «рациональный эмпиризм» (*Rauh F. Etude morale*. P. 406) и говорит о сущностной рациональности интегрального опыта (Ibid. P. 231–239; *Rauh F. Expérience morale*. P. 104). Очевидно, что эта «рациональность» не подразумевает ни универсальности, ни общего характера, ни постоянства, ни стабильности, ибо эти несоизмеримые между собой ценности являются четко индивидуализированными и абсолютно подвижными. Этим термином, не вполне соответствующим его буквальному значению, Ф. Рау обозначает простую объективную идеальность, или, точнее, духовность большей части данных интегрального опыта, в частности, интеграцию несоизмеримых ценностей в оживотворенную вечность.

Впрочем, выбор термина «рациональность» объясняется у Ф. Рау еще и следующими соображениями. Нравственный опыт строго индивидуализированных и определенных ценностей, испытываемых непосредственно в индивидуальных и коллективных действиях, не исключает необходимости последующей проверки их объективности при помощи разума. Может показаться, что ценность постигнута в действии, в то время как на самом деле это не так. Существует возможность ошибки, и иллюзия может быть принята за подлинную ценность. Несокрушимость достигнутой веры не может быть достаточной, чтобы гарантировать истинность нравственной

очевидности. Следует еще *проверить* эту очевидность. Несокрушимо убежден и каждый фанатик, но может ли фанатик постичь идеальную ценность? К тому же строго индивидуализированные ценности могут сталкиваться друг с другом и полностью противоречить друг другу. Отрицая идеальное назначение других людей, других групп, других наций, других рас, отличных от нашей, приходим ли мы к нравственной очевидности? Ф. Рау говорит о равноценности несоизмеримых между собой ценностей. Действительно признавать другие идеальные значения, помимо нашего собственного, — это нравственная необходимость. Но откуда берется эта равноценность и эта нравственная необходимость сотрудничества вместо утверждения исключительности и выражения враждебности между нравственными *a priori*? Невозможно ответить на этот вопрос, не поняв того, что бесконечный мир уникальных ценностей формирует единое Целое и что каждая индивидуализированная и определенная ценность представляет собой лишь слой, сектор этого Целого. Разнообразие не исключает единства, плюрализм не исключает интеграции и не отождествляется с хаотической дисперсией. Не зря Ф. Рау говорит о нравственных очевидностях и об индивидуализированных ценностях как о «лучах единого света» (*Rauh F. Exrégience morale*. P. 234), как о несводимых ни к чему иному проявлениях одного и того же идеала. Как раз по той причине, что нравственный опыт охватывает собой не только множественность несоизмеримых нравственных ценностей, но и их соотношение с другими ценностями, т. е. их интеграцию в едином Целом ценностей, «через углубление своей собственной веры каждый неизбежно найдет в себе общую основу, которая роднит его с другими» (*Ibid*. P. 201).

Так как нравственный опыт состоит в активном опыте не только строго индивидуализированной ценности, но и ценности, при помощи той же самой индивидуализации интегрированной в единое Целое, в гармонический поток ценностей, необходимым элементом которого она является, критерий истинности испытываемых ценностей и их противопоставления иллюзиям оказывается совершенно ясен. Каждый раз, когда мы постигаем ценность, идеальное назначение, которые не могут быть интегрированы в единое Целое нравственных ценностей, которые вместо того, чтобы утверждаться как необходимый элемент этого Целого, исключают другие ценности, мы становимся жертвами иллюзии. Радикальный эмпиризм и вытекающий из него плюрализм исключают лишь иерархию ценностей, которая при этом является сконструированной; напротив, они не исключают антииерархического порядка, составленного гармонией эквивалентных ценностей.

Но если так, то понятна и роль, которую должно сыграть рациональное мышление в проверке нравственной очевидности. Размышляя *post factum* о том, что мы испытали в действии, мы можем убедиться в том, что речь идет о подлинном опыте нравственных ценностей, а не об иллюзии, каждый раз, когда наше размышление устанавливает, что испытываемая ценность не исключает и не разрушает ценности, постигнутых другими субъектами и другими группами, но, напротив, дополняет их. Вот почему Ф. Рау пишет: «Конечным критерием в плане нравственного идеала является внутреннее рациональное сознание. Оно может утверждаться лишь по завершении исследования, но это последнее является необходимым, хотя и недостаточным» (*Ibid*. P. 120). Другими словами, размышление *post factum*, очевидно, не может заменить действующее нравственное сознание. Но оно может либо подтверждать, либо опровергать результаты приобретенной очевидности независимо от мышления и понимания. Мы видим, таким образом, что нравственный опыт непосредственного в действии и мышление взаимно поддерживают друг друга. Мышление помогает проверять, являются ли данные опыта объективными ценностями, способными быть интегрированными в Целое, или всего лишь простыми субъективными иллюзиями. Мышление не выстраивает нравственного опыта, но восстанавливает его задним числом, проверяя его результаты. Все материалы предоставляются непосредственной интуицией, интуицией-действием, но мышление помогает убедиться в том, что испытана была подлинная ценность, помогает упрочить нравственное сознание

и очевидность. На самом деле ни ценность, ни нравственная очевидность сами по себе не являются рациональными; не является также рациональным и то единство, которое утверждается во множественности, — эта интеграция индивидуализированных ценностей в бесконечном целом, схваченная в том же непосредственном опыте. Нет ничего рационального, кроме проверки этих непосредственных данных опыта размышлением, которое задним числом занимается их реконструкцией. В этом заключен точный смысл неясного термина «рациональность нравственной очевидности», который требовал разъяснений.

Эти разъяснения, по Ф. Рау, прямо приводят нас к уточнению отношения между опытом и познанием. В противоположность учениям Джеймса и Бергсона, опыт непосредственного сам по себе, согласно Ф. Рау, не является познанием. Испытывать, схватывать, иметь интуицию очевидностей не значит еще знать; познание подразумевает нечто большее, заключающееся в размышлении над непосредственными данными опыта. В случае нравственного опыта, который есть действие, это представляется само собой разумеющимся. Чувственное познание есть не что иное, как размышление задним числом над ценностями, пережитыми в действии, а не само действие. Чувственное, действующее сознание, сознание, имманентное самому действию, есть *весьма специфичное, спонтанное, а не рефлексивное мышление*. «Размышление не создает ничего, оно познает нравственную действительность. Оно — лишь инструмент познания» (Ibid. P. 112). «Рефлексивное нравственное мышление является только формой, структурой, и мы не знаем заранее, каким образом они будут заполнены» (Ibid. P. 113). «Таким образом, нравственная жизнь нам представляется значительно глубже во всех отношениях, чем то понятие, которое мы о ней имеем» (Ibid. P. 110), которое есть рефлексивное мышление, т. е. знание. «Поэтому социологи правы в том, что желают изучать спонтанное нравственное мышление общества не через философские или социальные системы, которые могут содержать о нем неверное представление, но через учреждения, обычаи, бессознательное выражение идеала», познаваемые непосредственно в коллективных действиях (Ibid. P. 113). Так как нравственный опыт не есть знание, то теоретическая мораль «не открывает, не конструирует мораль, — она ее мыслит» (Ibid. P. 258).

Это важное различие между мышлением-познанием и непосредственным опытом не только объясняет возможность и границы теоретической морали (понимаемой как размышление задним числом над изменчивостью нравственных опытов и их данных), но еще раз подтверждает неустрашимое противоречие, которое Ф. Рау видит между отождествлением непосредственного опыта и опыта Абсолютного, Единого, незаконно отождествляемого в свою очередь с философским познанием.

Подводя итог теории нравственного опыта, по Ф. Рау, подчеркнем, что он придает очень большое значение коллективным опытам групп, общественной среды, целых эпох, наций, цивилизаций. Так, интегральный опыт непосредственного отделяется у него от обязательной связи с индивидуальным сознанием. Речь идет в основном об общности сознаний в опыте коллективного идеала, коллективных действий, где индивидуальные сознания взаимораскрываются и взаимопроникают, постигая идеальное предназначение группы. Отсюда мобильность нравственных коллективных опытов требует для своего изучения масштабных социологических и исторических исследований идеалов, ранее пережитых в групповых действиях. Теоретическая мораль, чтобы иметь возможность размышлять задним числом над уникальными ценностями, должна использовать материалы, предоставляемые социологией. И поскольку теоретическое мышление играет существенную роль в самой консолидации нравственной очевидности, проверяя, являются ли полученные данные истинными или иллюзорными, социологическое исследование может прямо воздействовать на нравственную жизнь.

Так, теоретическая мораль, далекая от того, чтобы исключать социологические исследования, постулирует и в немалой степени использует ее результаты. Но эти социологические исследования, это описание разнообразия нравственного опыта не

могут в свою очередь обойтись без поддержки теоретической морали: ведь, чтобы провести социологическое исследование, следует отдавать себе отчет в том, что нравственный факт состоит в коллективных действиях, охватывающих творческие и духовные ценности, которые могут быть интегрированы в гармоничное Целое. Поэтому социология должна интерпретировать идеальные смыслы коллективных действий, чтобы обнаружить факты, составляющие предмет ее исследования. Не только «нравственный факт», но и сам «социальный факт» не является, согласно Ф. Рау, внешним объектом, но интуициями, коллективными опытами, которые находятся в процессе осуществления. «Социальное не должно быть обусловлено связью с объективными истинами или фактами. Оно составляет часть коллективной веры» (*Rauh F. Etude morale*. P. 204). Оказывается, что социальное не может быть экстернировано; и не по той ли причине, «что оно без конца модифицируется в коллективных актах, что оно находится в становлении, что оно есть предвосхищение, жизнь?»

Если быть более кратким, теоретическая мораль и социология морали взаимно поддерживают друг друга. И это происходит по той конкретной причине, что их общее основание, без которого они не могут прийти к результату, есть непосредственный нравственный опыт, который один только позволяет постичь «нравственный факт». Теоретическая мораль и социология морали — происходя обе из теоретического мышления — лишь различным образом используют непосредственные данные нравственного опыта. Теоретическая мораль демонстрирует специфику нравственного опыта и его данных по отношению к остальным видам опыта. Социология морали, наоборот, занимается позитивным описанием каждой вариации коллективных нравственных опытов и их данных; она занимается изучением всего, что было в самом деле пережито в этом смысле человечеством. Понятно, что Ф. Рау, таким образом защищая независимость теоретической морали, невозможность подчинить ее социологии, существенно сближает эти две дисциплины как два различных, взаимозависимых способа размышления над данными нравственного опыта, который служит им общим основанием и который один только может служить авторитетом для разрешения проблемы отношений между философией права и юридической социологией, которые тоже являются двумя различными, взаимозависимыми способами рефлексии над данными юридического опыта...

В отношении вопроса критической оценки теории нравственного опыта Ф. Рау отметим, что основные положения теории мы принимаем, а потому очень кратко сформулируем наши замечания, которые сводятся к трем пунктам:

а) Ф. Рау, считая, подобно Бергсону и феноменологам, интегральный непосредственный опыт явлением, к рассмотрению которого следует подходить за пределами суждений и понятий при помощи инверсии и очищения, не разрабатывает конкретного метода исследования этого досмыслового переживания;

б) совершенно справедливо характеризуя нравственный опыт как подлинно активный, Рау не уточняет, что он понимает под действием, и зачастую отождествляет действие с нравственными верованиями, которые скорее относятся к эмоциональному плану, активно-пассивному по своей природе, нежели к плану воли в полном смысле этого слова. Такое колебание между теорией нравственной интуиции, к которой Рау присоединяется, и теорией волевой интуиции, к которой он стремится, приводит в результате к отсутствию четкого разграничения между чисто творческими ценностями, нравственными ценностями в истинном смысле слова и другими ценностями (эстетическими, жизненными, религиозными и т. д.), схваченными более пассивным способом в рамках других видов опыта;

с) четко противопоставив нравственный опыт как один из несводимых ни к чему иному видов непосредственного опыта, научному опыту, который есть познание, т. е. рефлексивная конструкция, Ф. Рау тем не менее попытался сближить оба вида опыта. Не то чтобы он поставил себе целью сделать нравственный опыт научным; скорее, напротив, он пытался свести научный опыт к нравственному, демонстрируя, что современная наука, порвав в свою очередь с предрассудком абстрактного и перманентного,

«оживотворяется», беря за основу активный непосредственный опыт (*Rauh F. Exérience morale*. P. 191, 193, 198, 233, 484–486). «Научный факт есть практическая идея, которая проверяется действием идеи в факте» (*Ibid.* P. 248). «Сама научная мысль представляется нам в виде непосредственного опыта: интеллектуальные истины становятся необходимыми в определенный момент; и поэтому имеет смысл говорить о жизни научного принципа» (*Ibid.* P. 484–485). Особый и подвижный характер научных очевидностей — это оживотворение научного опыта при помощи непосредственной интуиции — ведет Ф. Рау к утверждению о том, «что не существует непреодолимой бездны между научным и нравственным опытом» (*Ibid.* P. 193). «Разница между научной и нравственной очевидностью не так велика, как кажется» (*Ibid.* P. 50). «Научный подход, который следует принять в качестве исследовательского кредо, — это обращение к нравственному опыту».

Мотивы, которые побудили Ф. Рау к сближению научного опыта с опытом непосредственного, остаются неясными: подобное же возражение против взаимопризнания прагматизма и номинализма в науке не так давно привело Берсона к утверждению, что наука в состоянии достичь глубины действительности, а Леона Бруншвига — к попытке «берсонизировать» сам научный дух. Эту реабилитацию и оживотворение научного опыта Ф. Рау попытался использовать и для того, чтобы сделать приемлемой свою теорию нравственного опыта для философов-сциентистов, которые отождествляют всякий опыт с опытом научным.

Настаивая на таком сближении, Ф. Рау предвидел, что оно может показаться спорным даже его сторонникам: «Можно оспорить сопоставление, которое я привел применительно к нравственности и экспериментальной науке, хотя бы сама идея экспериментальной морали и не была ложной» (*Ibid.* App. P. 2). Нам, напротив, кажется необходимым отвергнуть это сближение во имя самой теории нравственного опыта Ф. Рау, которую мы полностью принимаем. Если в научном опыте и существует элемент интегрального опыта непосредственного, то речь идет не о нравственном опыте, а об опыте логических идей и нравственных качеств. Оживотворяясь от контакта с этим разрядом непосредственного опыта, научный опыт все же остается рефлексивной конструкцией, т. е. познанием, а не опытом в строгом смысле слова. Индивидуализация научных очевидностей никогда не влечет абсолютизации различных нравственных ценностей и остается ограниченной определенной типологией. Наконец, теоретическая мораль, размышляющая над данными нравственного опыта, является не наукой, а философией — она не выдает ни суждений о сущем, ни суждений о ценности, но теоретические суждения на предмет ценности и бесконечного. Поэтому, чтобы сохранить все столь ценные достижения теории нравственного опыта у Ф. Рау, следует окончательно отказаться от любой аналогии и любого сравнения между моралью и наукой, между нравственным и научным опытом, от той аналогии и того сравнения, которые лишь затуманили и скомпрометировали ясность анализа Ф. Рау.

## § 5. Феноменологический опыт по Гуссерлю и Шелеру

Мы ограничимся несколькими общими указаниями в отношении теории интегрального и непосредственного опыта в «феноменологии», так как всего несколько лет назад мы посвятили этому вопросу целую книгу, к которой мы позволяем себе отослать читателя.<sup>13</sup> Коснемся лишь тех моментов, в которых феноменология дополняет предыдущие теории.

«Феноменология, — говорит Гуссерль, — есть чистое описание нейтральной области пережитого (*reiner Erlebnisstrom* (нем. — чистый поток переживания. — *Прим. пер.*) — опыт как таковой) и сущностей, которые в ней присутствуют» (*Husserl E.*

<sup>13</sup> Гурвич Ж. Современные тенденции немецкой философии.

1) Jahrbuch. S. 139–140; 2) Logische Untersuchungen: II bd. S. 18, 2, 344). Феноменология, в принципе, отвергает рассудочное конструирование, и в частности способность к творчеству, приписываемую рассудку, миру идей в целом. В априорном мире, мире невременных сущностей, она видит широкое поле для опыта и только для опыта.

Бесконечность априорных данных, локализованных и уникальных, появляется перед нами по мере того, как мы поднимаемся в сферу «*Wesenschau*» (нем. — созерцания сущностей. — Прим. пер.), к чистой интуиции. И между этими различными априорными данными существует пропасть, *hiatus irrationalis* (лат. — иррациональное зияние. — Прим. пер.), столь же непреодолимое здесь, как и между данными нравственной интуиции. Фундаментальная ошибка эмпиризма и позитивизма состоит, согласно феноменологии, не в том, что они рекомендуют «строго держаться данных опыта», но скорее в том, что они неприемлемым образом догматически сводят эти данные и этот опыт к самым произвольным нравственным параметрам. «Если слово “позитивизм” не означает ничего другого, кроме принципа, согласно которому всякая дисциплина должна, без каких-либо иных предпосылок, основываться на позитивном как таковом, т. е. на том, что может быть схвачено изначально, то мы являемся настоящими позитивистами» (*Husserl E. Logische Untersuchungen. S. 38*). «Философия, основанная на феноменологии, — заявляет со своей стороны Шелер, — есть эмпиризм в том смысле, что она принимает за отправную точку не суждения, но данный опыт» (*Scheler M. Der Formalismus in der Ethik. 1916. S. 46–47*). Таким образом, речь идет о расширении обычного понятия опыта, добавляя к опыту, основанному на серии индуктивных наблюдений, к структурированному опыту науки, «*феноменологический опыт*», тождественный чистому потоку пережитого, опыту непосредственного во всем его богатстве. «Феноменологический опыт будет отличаться от традиционного опыта, — говорит Шелер, — тем, что будет схватывать самую суть, без посредства символа; он ничего не сконструирует, поскольку не перейдет границу того, что дано в качестве явления, и будет держаться совпадения между тем, что имеется в виду (*Gemeintes* (нем. — подразумеваемое. — Прим. пер.)), и тем, что дано». Этих цитат достаточно для того, чтобы показать, что феноменология есть разновидность априорного эмпиризма и плюрализма уникальных данных опыта, основанных на интегральном опыте непосредственного. Поэтому не будет ничего удивительного в том, чтобы поставить рядом имена прагматика Джеймса и самых решительных противников прагматизма, таких, как Гуссерль и Шелер. Их оригинальность коренится не в том, что их разделяет, а, напротив, в их общем труде на пользу расширения понятия опыта.

Феноменология дополнила предыдущие теории интегрального опыта следующим:

а) разработала четкий метод инверсии, ведущий к такому опыту, — *феноменологическая редукция*;

б) среди многих аспектов самих непосредственных интеллектуально воспринимаемых данных выделила: значение, осуществление, сущность, каждое из которых может быть реально дано или только «присутствовать» (*vorhanden* (нем.)), в то время как непосредственный опыт сам по себе утверждается то как актуальный, то лишь как *виртуальный*, — коренное различие, объясняющее, как непосредственный опыт идей может быть вновь обретен в потенциальном или скрытом состоянии, в обычном или научном опыте;

с) в творчестве Шелера феноменология создала очень детальную теорию эмоционального опыта ценностей, и в частности коллективного опыта их восприятия.

А) Подобно Бергсону, феноменологи утверждают, что для интегрального опыта непосредственного необходимо немалое интеллектуальное усилие. Нужно изменить естественное направление мысли, которая направлена к познанию объектов в их противопоставлении субъекту, нужно уйти за пределы суждений, концептов и перцептов в предыдущую сферу, сферу чистого потока переживаний. Этот поток переживаний есть нейтральная область, которая не является ни физической, ни психической реальностью, ни духовной субстанцией. Однако в этом потоке различаются

два равноценных слоя: поток переживаний, относящийся к материи, и поток переживаний, относящийся к разуму, — опыт нравственного и опыт концептуального, или духовного. Феноменологическая редукция, осуществляющая возвращение к этому потоку, т. е. к интегральному опыту, есть процесс очищения и инверсии. Прежде всего такого очищения, которое ставит вне игры наши естественные убеждения, воздерживаясь от их использования, заключая их в скобки, а с ними и все суждения, концепты, внешние и внутренние перцепции, которые основываются на них. Это действие оставления в стороне, *epoché* (эпохе), если использовать греческий термин «взятие в скобки», «повисания в пустоте» (*Ausschaltung* (нем. — отключения. — *Прим. пер.*)), приводит к тому, что весь природный мир, все научные положения перестают быть прямыми объектами для нас. Подобным же образом должны быть «повешены» математика, чистая логика, метафизика, мораль, натурфилософия, социальная философия, и т. д. Таким образом, первый этап феноменологической редукции освобождает от всякой предустановленной точки зрения (*Standpunktfreiheit* (нем. — свобода от отправных точек. — *Прим. пер.*)), приводит к отказу от предварительной интерпретации видимых феноменов.

Но, несмотря на все эти последовательные этапы взятия в скобки, метод феноменологической редукции еще не достигает своей цели. Ему удалось приостановить наше участие в различных объектах познания, в конструктивной рефлексии, но он еще не увлек нас в противоположном направлении. Решительное действие в данном отношении есть *интуитивная рефлексия*, и, лишь опираясь на эту последнюю, мы входим в собственно феноменологический опыт. В интуитивной рефлексии по поводу совершаемых действий мы возвращаемся к самому непосредственному. «Тогда мы живем в действиях второй степени, данные которой есть собственно область феноменологии» (*Husserl E. Ideen der reinen Phänomenologie. S. 67, 94, 147–161, 95*). «Так, — говорит Гуссерль, — рефлексия (интуитивная, которая осуществляет инверсию) есть наименование действий, в которых чистый поток переживаний со всем, что в нем наличествует, представляется очевидным образом» (*Ibid. S. 147–157*). Рефлексия, посредством которой происходит феноменологическая редукция, есть, таким образом, непосредственная интуиция чистого потока переживания. Этот последний и составляет феноменологический опыт, и достигается он, как можно заметить, лишь посредством трудного, комплексного усилия мысли.

Непосредственное есть то, что наименее доступно, труднее всего достижимо: таково заключение теории феноменологической редукции как средства обретения интегрального опыта.

Впрочем, все эти феноменологические трудности существуют лишь для *актуализации* непосредственного опыта, который осуществляет философия; в скрытом состоянии, как виртуальный опыт, он «присутствует» (*vorhanden*) как фундамент всякого обычного или научного опыта... Вместе с тем то, что взято в скобки посредством феноменологической редукции, отнюдь не уничтожается, но, напротив, подвергается интегральному опыту в новом виде. «Каждая новая скобка служит характеристикой того, что приостановлено в познавательном процессе» (*Ibid. P. 146*) и, как Гуссерль уточняет совершенно ясным образом: «Редуктивное подвешивание (*Ausschaltung*) имеет, в конце концов, характер изменения знака (*Vorzeichenänderung* (нем.)), освещающая в новом виде то, что взято в скобки. С помощью этого изменения, то, что подвешено, как раз и попадает в область феноменологических исследований» (*Husserl E. Ideen der reinen Phänomenologie. S. 142, 57, 278–279*). «Феноменологическая редукция», с помощью подвешивания и инверсии, вновь вводит в интегральный опыт все, что мы можем понимать как непосредственные данные, освобожденные от концептуальной и перцептивной корки, от всего, что сконструировано разумом.

В) Гуссерль, который особенно подробно занимался непосредственным опытом умопостигаемого и интеллектуальных идей, констатировал, что составляющие этого опыта переживаются то как простые значения (*Bedeutung* (нем. — значение. —

*Прим. пер.*)), то как их интуитивное осуществление (*Bedeutungserfüllung* (нем. — исполнение значений. — *Прим. пер.*)), то как их частичная очевидность (феномен), то, наконец, как их полное совпадение (*Wesen* (нем. — сущность. — *Прим. пер.*)). Пережитое значение есть как бы заданный вопрос, на который отвечает пережитое ощущение. Первое есть данная в опыте пуста, которую второе как раз пытается исполнить, насколько это возможно. И следует заметить, что область значений неопределимо больше, чем область ответов, которые ее наполняют. Вместе с тем, испытываемая составляющая, которые наполняют значения, мы испытываем в то же время меру их адекватности, и через эту адекватность — соответствие между «имеющимся в виду» и «данным», самим «феноменом», о котором идет речь, и «интенциональным объектом». В той мере, в какой существует полная адекватность, феномен, т. е. интенциональный объект, — имеется в наличии и существует, а непосредственный опыт предстает как очевидность в полном смысле этого слова. Так, «нозтический пласт» непосредственного потока переживаний, опыт умопостигаемого разделяется на три этапа, из которых наиболее доступен пласт значений, а пласт сущностей наиболее удален и труден для достижения.

С) Сложность и дифференцированность слоев непосредственных данных умопостигаемого опыта существенно возрастают в силу констатации (правильной по отношению ко всякого рода интегральному опыту непосредственного) того, что этот опыт и это непосредственное могут быть лишь либо «виртуальными», «потенциальными», либо реальными, актуальными. Гуссерль связывает различие между ними с «интеллектуальным сознанием», характеризующим «нозтический пласт» потока переживаний и представляющим из себя как бы пучок света, расширяющийся до бесконечности и направленный к содержанию, гетерогенному по отношению к самому этому сознанию, короче говоря, — направленный к открытому сознанию. Однако, поскольку мы не можем допустить исключения «связанного с материей пласта» из области сознания, очевидно, что мы можем применить Гуссерлево различие между «потенциальной и актуальной интенциональностью» к непосредственному опыту непосредственного в той же мере, как и к непосредственному опыту духовного. То, что испытывается в непосредственном опыте, может быть испытано как содержание, действительно данное нашему сознанию, или как элемент, лишь присутствующий перед этим сознанием. Непосредственное может «присутствовать», не будучи «данным».

Рассмотрим некоторые примеры. В обыденном опыте сознание действительно направлено к объекту эмпирической перцепции и, потенциально, — к идеальным значениям и категориям, которые его составляют. Когда я смотрю на этот стол, он действительно дан моему сознанию, в то время как идеальные элементы, которые его составляют, представляются мне потенциальным образом (они присутствуют, но не даны). Наоборот, когда тем или иным способом, например посредством феноменологической редукции, мы приходим к актуализации предсознательных категорий, составляющих реальный образ стола, этот последний оттесняется в область потенциального, присутствующего перед сознанием, но не данного ему. Другой пример. То виртуальное, что присутствует во всяком интегральном опыте, есть целый мир априорных идей, который можно считать бесконечным. Но актуально данное в этом опыте может быть лишь одним из секторов этого мира; этот сектор, который можно актуализировать, сделать видимым, осязаемым как данное, бесконечно изменчив в зависимости от эпохи существования человечества. Еще пример. Содержание непосредственного опыта, неинтеллектуального по характеру, например ценности, которые мы схватываем непосредственно как данные в эмоциях или действиях, является интеллектуальному сознанию только как содержание, виртуально присутствующее перед ним. В самом деле, это содержание становится реально данным разуму только в рамках осуществляемой задним числом рефлексии над содержанием действий, эмоций и т. д., в рефлексии, которая превращает их в то же самое время в объекты познания. Понятно, что непосредственное, испытываемое в интегральном опыте, может являться различным способом, но его внутренняя структура

останется неизменной. Меняется только вид освещения, интенсивность света, но не характер того, что освещается.

Случается, однако, что непосредственное, какого бы рода оно ни было, не только испытывается потенциально или актуально, но *познается*, т. е. фиксируется, актом внимания и рефлексии, которые превращают его в объект познания. Познаваемое уже своей структурой четко отличается от содержания, актуального или только виртуально данного: оно уже более не непосредственное, оно составлено, сконструировано вмешательством активного центра рефлексии и внимания — чистым Я. Познание, таким образом, четко отличается от опыта: от опыта актуального не в меньшей степени, чем от опыта виртуального, который еще не является познанием. Но всякое познание, всякий научный или обыденный опыт всегда имеют в качестве последнего основания виртуальный опыт непосредственного, который философия актуализирует посредством феноменологической редукции.

Д) Если Гуссерль все свои усилия сосредоточил на описании непосредственного уопостижаемого опыта, то Шелер в основном занимался непосредственным опытом алогических ценностей, априорных идеалов, лишенных прямых интеллектуальных значений. Однако речь у него идет не об активном, волевом опыте, как в нравственном опыте Ф. Рау, но об опыте эмоциональном, открывающим целый мир непреложных ценностей, куда не входят нравственные ценности (которые он, впрочем, совершенно безосновательно считает результатом осуществления всех прочих ценностей). Непосредственные априорные элементы, лишенные значения, которые испытываются в эмоциональной жизни и имеющие, как у Рау, абсолютно единственный, бесконечно индивидуализированный и исключительный характер, проявляются с различными модальностями на разных стадиях опыта через чувства.

Сами ценности схватываются «чистыми чувствами», их разные стадии и их порядок (Шелер ошибочно полагает такой порядок ценностей монистическим, несмотря на бесконечный плюрализм самих ценностей) схватываются «актами предпочтения и отвращения», наконец, любовь, — провозвестник видения ценностей, — «возводит каждый объект и субъект, в которых воплощаются ценности, до самых высоких степеней ценностей, которые только ей доступны». Другими словами, любовь актуализирует только виртуально присутствующие ценности: либо в любимом объекте, либо в любимом субъекте.

Вместе с тем актуально данным является лишь один из секторов бесконечного числа ценностей, никогда не являющийся самодостаточным. Схватить бесконечное множество мира ценностей во всем их богатстве, виртуально присутствующем и не данном актуально эмоциональному сознанию, возможно благодаря многообразию форм опытного восприятия ценностей согласно фазам исторического развития, цивилизациям, нациям, среде, группам, даже индивидуумам. Социологические изыскания, таким образом, должны предоставить материал, необходимый для рефлексии *post factum* над непосредственными данными эмоционального опыта. При этом ценности, как и логические идеи, всегда могут быть схвачены в непосредственном опыте, в их воплощениях, в реально осязаемых результатах их осуществления (объекты, субъекты, индивидуумы или коллективы (учреждения)), хотя бы эти ценности и не вытекали из фактов. Их отделение от нравственных фактов совершается лишь последующей рефлексией. Теория ценностей Шелера предстает как истинно эмпирическая концепция ценностей, и если она не приводит к последовательному плюрализму, то лишь потому, что его религиозные взгляды возвращают его к единому порядку ценностей (впрочем, порядку бесконечному), тогда как логически он должен был бы вывести заключение о множественности порядков равнозначных друг другу ценностей.

Акцентуация внимания Шелером на социологии морали и социологии познания как единственных источниках материала, необходимого для рефлексии над бесконечной изменчивостью идеальных данных непосредственных опытов, не является тем единственным способом, которым он подчеркивает важность роли коллективных

опытов. Анализируя различные формы «взаимного потока переживаний интуитивных общностей» («интенциональных, предпринимаемых сообща» действий), соединяя социальную реальность с этими проявлениями коллективных опытов непосредственного, Шелер дает их подробное описание.

К числу особенно доступных познанию форм коллективного опыта непосредственного относятся различные виды симпатии, т. е. «взаимного аффективного переживания», в которых эмоциональные интуиции нескольких людей направляются друг на друга. Непосредственно данными, коллективно переживаемыми оказываются здесь сами чувства; например, в *Miteinander-fühlen* (нем. — чувство друг друга. — *Прим. пер.*) люди испытывают вместе непосредственным образом одну и ту же печаль или одну и ту же радость; подобным же образом, в *Mitgefühl* (нем. — сочувствие. — *Прим. пер.*), или чувственном эхе, они непосредственно схватывают аффективное состояние другого (*Nachfühlen* (нем. — последующее чувство. — *Прим. пер.*), от которого исходят аналогичные чувства.

Социальная действительность есть прежде всего тот взаимный аффективный опыт, посредством которого мы проникаем непосредственно в души нам подобных, схватывая коллективно не только те же эмоции, но самую реальность «других Я» в их аффективной глубине. Другая форма коллективного опыта непосредственного есть общность любви. Здесь из-за того, что любовь есть актуализация наиболее возвышенных ценностей, которые может реализовать любимый субъект, пережитые коллективно непосредственные опытные данные являются не просто взаимными движениями сердца и реальным бытием любящих друг друга людей, но идеальными ценностями, видимыми только посредством общности в любви.

Наконец, переживаемый группами непосредственный опыт может обрести характер совокупности коллективных интуиций, направленных на лишние значимости ценности в той же мере, как и на логические сущности и значения, которые не могут быть схвачены и испытаны иначе, как посредством общности субъектов в той же самой идее. Эти группы могут заявлять права на совершенно особую ценность, ибо только через их коллективные опыты актуализируются и реализуются важные составляющие духовного мира. Мы воздерживаемся от критики феноменологической теории непосредственного опыта и приводим лишь те положения, которые нам кажутся приемлемыми, а основные недостатки феноменологической философии нам кажутся сконцентрированными отнюдь не здесь. Заметим, однако, что Гуссерль и Шелер не поставили проблемы проверки непосредственных опытных данных через их интеграцию в бесконечные совокупности, осуществляемую рефлексией задним числом, и что лишь имеющие целью синтез феноменологии и критицизма Ласк и Гартман пришли к такому решению проблемы,<sup>14</sup> которое предвосхитил Ф. Рау. Заметим также, что, несмотря на все достоинства Шелера, его описание коллективных опытов непосредственного остается неполным, поскольку он игнорирует коллективные опыты, истинно активные и поэтому полностью нравственные: Шелер, сумев разрушить предрассудок абстрактного и универсального, остался верным предрассудку перманентного и статичного.<sup>15</sup> Подчеркнем также, что мы изложили концепцию непосредственных коллективных опытов Шелера, освобождая ее от искусственной связи с туманной теорией комплексных личностей (которая, признавая таковыми исключительно нацию и Церковь, отказывает всем прочим группам в способности иметь совершенные коллективные интуиции). Наконец, с точки зрения выводов, вытекающих из радикального плюрализма, феноменологи были заметно менее последовательными, чем тот же У. Джеймс или тот же Ф. Рау.

<sup>14</sup> Гурвич Ж. Современные тенденции немецкой философии. С. 150–206.

<sup>15</sup> Там же. С. 138–150.

## § 6. Выводы из изложенного

Приведенное выше сравнительное изложение современных доктрин интегрального непосредственного опыта, по нашему мнению, ясно демонстрирует, как неудержимо развиваются обретающие все большую четкость радикальный эмпиризм и неповторимый плюрализм непосредственных данных опыта, несмотря на многочисленные заблуждения, от которых названные выше авторы еще не были свободны в полной мере (субъективизм и прагматизм у Джеймса, спиритуалистический монизм у Бергсона, сциентизм у Рау, интеллектуализм у Гуссерля, теология у Шелера). Подведем итог тем выводам, которые установлены нами посредством проведенного выше критического анализа.

1. Интегральный непосредственный опыт, представляющий собой помещенную во временную перспективу интуицию, которой сообщена бесконечная изменчивость, является опытом как духовного, так и чувственного порядка.

2. Непосредственный духовный опыт является опытом бесконечного и несводимого ни к чему иному различия, поскольку существует множественность видов духовного опыта: в частности, несводимыми друг к другу оказываются опытные восприятия креативных нравственных ценностей, смысловых значений и логических идей, эмоциональный опыт и соответствующие им ценности.

3. Любой из несводимых друг к другу видов духовного опыта представляет собой бесконечную множественность опытных восприятий, которые лишь частично и по-своему постигают тот или иной участок духовности, а для того чтобы воспринять духовность во всем ее бесконечном многообразии, требуется совместный труд всех эпох, всех цивилизаций, всех наций и социальных групп.

4. Подтверждение объективности непосредственных данных каждого из видов духовного опыта оказывается возможным благодаря тому, что все отдельные аспекты духовности представляют собой бесконечную целостностную систему, несводимую к иным бесконечным целостностям (например, целостная система нравственных ценностей, которая в силу своей структуры несводима к целостной системе логических идей).

Процесс интеграции всех индивидуализированных и партикуляризованных элементов в одну из таких целостных систем оказывается доступным охарактеризованному выше непосредственному восприятию в той же степени, что и соответствующий ему элементный состав: последующая рефлексия призвана дать подтверждение той первичной интеграции, которая представляет критерий для различения истинного непосредственного восприятия и иллюзии.

5. Все несводимые друг к другу виды духовности постигаются посредством непосредственного интегрального опыта через их воплощения в чувственных данных. Духовность в ее разнообразии оказывается присущей чувственным опытным данным, но не вытекает из них.

6. Для того чтобы добиться *актуализации* данных интегрального непосредственного опыта, требуется огромный интеллектуальный труд, заключающийся

в длительном очищении и раскрытии этих данных. Начинаясь редукцией и инверсией, такой интеллектуальный труд с помощью соответствующих предпосылок, концепций и суждений приводит к «оживлению» потока переживания. Поэтому непосредственное и оказывается наиболее трудным для восприятия.

7. Актуализация интегрального непосредственного опыта, и в частности духовного опыта во всех его проявлениях, есть задача философии.

8. «Научный опыт» и «обыденный опыт» не относятся к видам «непосредственного опыта», а представляют собой разновидности «конструктивного опыта». При этом их последнее основание зиждется в интегральном непосредственном опыте и, пребывая в *латентном, потенциальном* состоянии, оно может быть актуализировано только с помощью философии.

9. Интегральный непосредственный опыт не является «познанием» — ни философским, ни научным. *Познанное* всегда представляет собой нечто более сложное и искусственное, чем *данное* в силу того, что познанное уже предполагает наличие некоего мысленного синтеза, не способного адекватно выразить данные чувственного восприятия. Интегральный непосредственный опыт — лишь один из конститутивных элементов философского познания, питательный корень для такого познания.

10. Нравственный опыт является одним из видов непосредственного духовного опыта и состоит в действии, которое участвует в потоке творческой деятельности. Непосредственные данные опыта, творческие ценности в плане вечного становления, в оживотворенной вечности оказываются еще более активными, чем сам нравственный опыт. Именно поэтому нравственный опыт — одна из наиболее изменчивых и своеобразных форм непосредственного опыта.

11. Интегральный непосредственный опыт может быть как коллективным, социальным, так и индивидуальным. Непосредственный коллективный опыт играет особую роль в рамках духовного опыта. Ряд логических идей, этических и эстетических ценностей может быть воспринят только посредством единения, коллективных интуиций. Данный опыт доказывает свою важность в первую очередь в рамках нравственного опыта, так как нравственное сознание является способом раскрытия индивидуального сознания к единению с другими сознаниями, а соответствующее нравственному опыту действие предстает как участие в трансперсональном потоке деятельности, что и поощряет развитие коллективных форм опыта.

Далее мы увидим, что юридический опыт всегда является опытом коллективным и поэтому индивидуальный опыт оказывается исключенным из опыта юридического, благодаря самой структуре права.

---

## Глава III

# СПЕЦИФИКА «ЮРИДИЧЕСКОГО ОПЫТА»

### § 1. Теоретические предшественники

С недавнего времени у некоторых правоведов стало появляться более или менее четкое осознание необходимости обращения к «непосредственному юридическому опыту» в целях познания специфической правовой действительности. То направление идей, которое было вызвано к жизни различными формами рассматриваемого нами ниже «радикального эмпиризма», здесь продемонстрировало все более осознаваемую как юристами-практиками, так и теоретиками необходимость преодоления разрастающейся пропасти между застывшей оболочкой традиционных юридических понятий и спонтанным, динамичным порывом живого права. Все более проявляющаяся несостоятельность концептуалистского рационализма (последней формой которого является нормативизм Кельзена) и сенсуалистского эмпиризма (натуралистический социологизм) в их бесплодных попытках свести правовую действительность к действительности иного порядка оказалась весьма кстати, чтобы подтолкнуть правовую мысль к поиску возможного разрешения данной проблемы за пределами противопоставления эмпиризма и рационализма — в более широкой сфере непосредственного опыта. Не только у некоторых правоведов-философов, но и у многочисленных противников живого, спонтанного, свободного права можно найти тенденцию к акцентуации на данных юридического опыта. В настоящий момент мы ограничимся цитированием ряда теоретиков — тех выдающихся правоведов, которые, по нашему мнению, ближе всего подошли к теории «непосредственного юридического опыта». К этим правоведам относятся: Франсуа Жени, Эммануэль Леви, Лев Иосифович Петражицкий, Морис Ориу, — и ряд сторонников использования феноменологии при изучении права, например Герхард Гуссерль, Альфред Рейнах и др.

\* \* \*

Франсуа Жени в своей ожесточенной борьбе против «фетишизма закона» и против концепции статичности формального позитивного права в целом, заранее тормозимого абстрактным схематизмом, пришел к основополагающему разграничению между «данным» и «искусственным» в праве и приравнял это разграничение к различию «свободного научного исследования» и «юридической техники». Этот правовед из Нанси демонстрирует, в частности, что все формальные или вторичные источники позитивного права (закон, обычай, практика и т. п.) относятся только к сфере сконструированного в праве и являются не чем иным, как искусственными «техническими приемами», предназначенными для констатации уже существующей и непосредственно данной правовой действительности.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> В силу подобного разграничения подвергаются критике и отвергаются некоторые разрабатываемые немецкими учеными теории «юридического опыта», в рамках которых такой опыт

Поэтому Франсуа Жени очень хорошо понимает, что постичь правовую действительность можно только интуитивным путем, а не с помощью рассудочных конструкций. Искусственное в праве для Жени играет ту же роль, что и познание через пространственное мышление у Бергсона. Жени видел также и то, что к непосредственному в праве можно прийти только через редукцию и инверсию: юридическая техника играет лишь роль понятийной оболочки, от которой необходимо отдалиться для познания правовой действительности.

Не найдя критерия для определения специфики непосредственного юридического опыта и, таким образом, не придя к пониманию уникальной правовой действительности, Жени разделил эту действительность на четыре вида гетерогенных «данных»: 1) реальные, 2) исторические, 3) рациональные и 4) идеальные данные. Обозначая эти два последних элемента как «данные естественного права», которое он подобным способом пытается реабилитировать, Жени склонен признать динамизм и многообразие только за реальными и историческими данными, считая рациональные и идеальные данные статичными и неизменными.

Здесь Жени следует предрассудку «перманентности», «стабильности» и неизменности духовного мира, делая неподвижным непосредственный юридический опыт. Именно поэтому Жени говорит не об опыте, а об интуитивном восприятии данного, о стабильной, неизменной, тождественной самой себе интуиции.

Обращение к непосредственно данному все-таки не помогает Жени избавиться от предрассудков интеллектуализма греческой философии и рационализма, а то юридически «данное», к которому приходит Жени, представляет собой не специфическую правовую действительность, а простое противопоставление различных элементов, зачастую оказывающихся полностью гетерогенными праву и относящихся исключительно к сфере нравственности (данное в идеальном плане), логики (данное в аспекте рациональном), истории и т. п. При этом нужно признать, что Жени, с его противопоставлением данного и искусственного в праве, лишь только указал тот путь, которому должно следовать, но не преуспел в разработке последовательной теории юридического опыта.

\*  
\* \*

После предпринятых Ф. Жени усилий Эммануэль Леви<sup>17</sup> своей теорией коллективных верований (которые под оболочкой строгих формул и освященных терминов и мумифицированных концепций представляют действительную жизнь права) попытался проникнуть в непосредственный поток юридического переживания, которое предшествует всему закрепляемому в понятиях. И лишь действительно оживотворенные и подвижные, не допускающие никакой

---

отождествляется с «судебными процедурами» (*Rechtsverfahren* (нем. — судебный процесс.— Прим. пер.)) и в ряде случаев предпринимается попытка проведения весьма искусственной аналогии между таким опытом и опытом научным, трактуемом по кантианской теории.

<sup>17</sup> Подробное изложение доктрины Э. Леви см. в настоящем сборнике в приводимом ниже моем исследовании «Основания и эволюция права: Э. Леви».

задержки и проявляющиеся в опыте коллективные верования воспринимают непосредственно данное в праве. «В праве нет ничего, кроме практики, по отношению к которой принципы оказываются лишь более или менее подходящими этикетками. Я хотел непосредственно постичь верования... Прогоним же суждение, образ... Обратимся к глаголу, наполненному опыта, смысла...». «Здесь описание оказывается видением». Поток юридических верований, выражаемых постоянно обновляющимся способом в практике и в действии, описание которых оказывается их интуитивным восприятием, конституирует «юридический опыт», который понимается здесь в смысле, весьма близком к «нравственному опыту» у Ф. Рау. Как и нравственный опыт у Рау, опыт юридический оказывается крайне изменчивым, и поэтому именно изменения в юридическом опыте и в его данных особенно занимают внимание Э. Леви.

Так же, как и Жени, Э. Леви прекрасно отдает отчет в том, что юридический опыт не сводится к сфере чувственного. Согласно Леви, в коллективных верованиях присутствует мистический элемент, а право «участвует в религии». По мнению Леви, юридический опыт мистичен, так как этот опыт предполагает не укладывающийся в рамки логики, сверхинтеллектуальный элемент и тем самым вступает в контакт с духовностью. Вместе с тем отличительным признаком юридического опыта является как раз его интеллектуальное измерение.

«Такое измерение в сфере веры отделяет временное от духовного, юридическое — от мистического» (*Levy E. Fondements du Droit*. P. 152). В недрах юридического опыта существует двойственная, непосредственно переживаемая драма — антиномия веры и мышления и антиномия духовного и чувственного опыта.

Если Э. Леви и нужно поздравить с тем, что он глубоко прочувствовал сложность юридического опыта, строго отстаивая его бесконечную изменчивость, то даваемое Леви описание специфики юридического опыта отнюдь не может быть признано удовлетворительным. Отождествляя интеллектуализированный духовный опыт с опытом мистическим, Леви проявляет крайнее неуважение к праву, морали и религии. Не следовало ли бы провести четкое различие между разновидностями верований и характерными признаками описываемых Леви измерений? Не идет ли в данном случае речь о коллективном веровании в справедливость и о тех идеальных измерениях, которые предполагают идею порядка и безопасности? Из теории Леви совершенно неясно, сформировано ли у него право коллективным верованием (что было бы субъективизмом), либо же непосредственными объективными данными, «схватываемыми» с помощью этих верований и оказывающими сопротивление.

Кроме того, Э. Леви не проводит четкого различия между непосредственным юридическим опытом, к которому можно прийти только с помощью процедуры редукции и инверсии сконструированного, и между обыденным юридическим опытом, упрощенным и не прошедшим очищения. Именно поэтому Леви в ряде случаев принимает понятийную оболочку права в определенной исторической эпохе за непосредственное юридическое переживание: например, понятие «кредит», которое он отождествляет с понятием «верование», либо кантовское определение права, которому он остается верен.

Таким образом, несмотря на все свои заслуги в борьбе против дедукции правовых принципов, оторванных от непосредственного юридического опыта, несмотря на последовательные динамизм и интегральный эмпиризм его концепции, Эммануэль Леви не смог ближе, чем Жени, подойти к определению уникальной правовой действительности.

\* \* \*

Как Ф. Жени и Э. Леви, Л. И. Петражицкий<sup>18</sup> пытался перейти от понятийной оболочки мумифицированного права (оболочки, которую Петражицкий клеймил как «фантазмы» и «проекции») к непосредственному правовому переживанию. Последнее же (т. е. «юридический опыт») представлено по отношению к такому праву как особый вид эмоциональной жизни, являющейся одновременно и активной, и пассивной. Теория права, по мнению Петражицкого, является не чем иным, как чистым описанием правовых эмоций, при этом всякое философское познание должно стать дескриптивным размышлением над опытными данными, но отнюдь не поиском «постулатов» в стиле Канта.

Эмоциональный опыт, в частности, превосходит чувственный опыт, поднимается над высшими формами подобного опыта, такими, как нормативные эмоции (нравственные и правовые) и любовь, и возвышается вплоть до духовного опыта. Таким образом, несмотря на ложное сходство с традиционным позитивизмом некоторых положений его теории логики, Петражицкий, благодаря своей концепции расширенного эмоционального опыта, возвысился до того уровня, где противопоставление эмпиризма и спиритуализма становится уже пройденным этапом.

На самом же деле, так как эмоциональный опыт исключает гедонистическую и утилитарную поведенческие теории, становится очевидным, что любовь может непосредственно направлять человеческие действия. Тот особый вид эмоций, который состоит в непосредственных реакциях аттракции или репульсии по отношению к человеческим действиям как таковым (независимо от их оценки в качестве средства для достижения цели), образует специфическую сферу «нормативных эмоций» или «автономных мотивов». Именно она представляет собой уникальную структуру нравственного и правового переживания, которая импульсивно реагирует на проявляющиеся в человеческом поведении ценности.

Юридический опыт отличается от опыта нравственного тем, что в рамках первого нормативные эмоции и их данные обладают «двусторонним» императивно-атрибутивным характером, тогда как нравственные эмоции имеют односторонний, исключительно императивный характер. Таким образом, чистое описание непосредственного переживания, проявляющегося через нормативные эмоции, приводит Петражицкого к установлению точнейших критериев разграничения права и нравственности, которое он отстаивает с большим усердием и глубиной мысли.<sup>19</sup> Как Рау и Леви, Петражицкий особо

<sup>18</sup> См. более детальное изложение идей Петражицкого в моем исследовании «Интуитивистская философия права» в книге «Идея социального права и современность» (С. 279–294).

<sup>19</sup> По данному вопросу см. мое указанное выше исследование в книге «Идея социального права» (С. 104 и сл.).

настаивает на изменчивости юридического опыта, и прежде всего в своей теории бесконечной множественности источников позитивного права приходит к четко сформулированному правовому плюрализму.<sup>20</sup>

Вместе с тем у Петражицкого юридический опыт представлен исключительно как *опыт индивидуальный*, что противоречит самой структуре права (дву-, или даже многосторонней), которая доступна для переживания только в *коллективном опыте*. Более того: данные юридического опыта понимаются Петражицким не как объективные данные, противостоящие субъекту, а как производные от такого субъекта. Индивидуализм и субъективизм Петражицкого приводят его к оценке как «фантазмов» и «проекций» не только застывших понятий традиционной юридической логики (которая представляет собой не что иное, как используемую в определенную историческую эпоху технику), но и самого понятия права и, может быть, всякого определения справедливого и несправедливого, правомерного и противоправного. Вместо того чтобы принять специфическую правовую действительность в качестве объективных данных юридического опыта, Петражицкий заканчивает свои рассуждения субъективистским психологизмом, который сводит правовую действительность к психической жизни изолированного индивида.

Более всего в данной позиции Петражицкого поражает то, что все ценные выводы из его правовой теории основаны как раз на том, что он последовательно преодолевает субъективистский психологизм и даже эксплицирующую психологию с тем, чтобы принять во внимание непосредственно переживаемые объективные духовные смысловые значения и изучать способы их восприятия (метод «*Verstehende Psychologie*» (нем. — понимающей психологии. — *Прим. пер.*), согласно используемому в немецкой научной традиции термину).

При этом бесспорна неудача Петражицкого в том, что касается определения специфической правовой действительности; и эта неудача обязана своим происхождением не только настойчивому стремлению к постижению непосредственного юридического опыта, но и неверной индивидуалистической и субъективистской интерпретации такого опыта.

\* \* \*

Не посвятив специальной работы идее юридического опыта и методу обнаружения такой идеи, Морис Ориу во всех своих исследованиях лишь следовал за ее причудливыми поворотами и лишь описывал ее параметры. Никому лучше Ориу не удалось постичь специфику юридического опыта и определить правовую действительность как непосредственную данность такого опыта. И его «реалистический спиритуализм», в рамках которого право рассматривалось как спонтанная и конкретная действительность, самим своим существованием воплощает объективные идеи; и его теория института как основы права, которая имеет очевидное превосходство над бесплодным и исключительно концептуальным противопоставлением нормативизма и социологизма, также как и субъективистского волюнтаризма и объективизма применительно к норме права; и его борьба против статичности, ригидности,

<sup>20</sup> См. мои рассуждения в работе «Идея социального права и современность» (С. 282 и сл.).

схематизма абстрактной правовой нормы во имя динамизма, оживотворенной спонтанности, «креативной длительности», которые характеризуют правовую действительность; предложенное им противопоставление объективной общности группы (неперсонализованной и спонтанной инфраструктуры) и организованной надстройки такой группы — все эти наиболее существенные элементы доктрины М. Ориу останутся совершенно недоступными для понимания, если не учесть того, что они представляют собой лишь описания непосредственных данных специфического юридического опыта и попытки редукции данного опыта.

Враждебность, которую Ориу проявлял в равной степени и по отношению к концептуальным абстракциям рационализма, и по отношению к механистическому сенсуализму традиционного эмпиризма, его твердая приверженность «объективности идей», сопровождаемая беспримысленным упорством в наблюдении разнообразных данных этого опыта, которое находится в состоянии постоянного движения и обновления — все это непроизвольно заставляет подумать о недавних философских попытках расширить привычное содержание понятия опыта и довести его вплоть до непосредственного интегрального опыта, вплоть до самого духовного опыта.

«В этом огромном мире существуют объективные идеи, воплощенные в окружающих нас вещах; в мгновения вдохновения мы находим эти идеи и освобождаем их от их оболочки» (*Hauriou M. Institutions et Fondations. P. 16*). Не схожа ли данная позиция с радикальным эмпиризмом, который включает в себя эмпиризм и идей, и ценностей? Это поразительное сходство не осталось незамеченным ни для самого Ориу, ни для внимательных читателей его работ. Не подчеркивал ли сам Ориу то влияние, которое оказала на его исследования методология Бергсона, и не настаивал ли Ориу на том, что он является одновременно и платоником, и позитивистом, и, в конце концов, не приветствовал ли он возникновение феноменологической философии — этого эмпиризма идей и ценностей, заявляя: «Феноменология — вот та философия, которая требуется общественным наукам для обретения основы на методе наблюдения, так как эта философия доводит наблюдение идей до недр человеческого сознания. Вот уже двадцать лет, как я отстаиваю подобную объективность идей и развиваю свои мысли в этом направлении»<sup>21</sup> И уже без удивления читаем в памятной речи А. Местра следующий вывод: «Как и Бергсон, по сути своих наблюдений Ориу приходит к утверждению метафизики. Через социально-правовое исследование он оказывается перед лицом того, что можно назвать экспериментальной метафизикой, подобно философу, пришедшему к той же метафизике через психологический анализ». Равным образом, А. Местр настаивает на том, что «реалистический идеализм» Ориу находился под сильным влиянием Ф. Рау, с которым Ориу был знаком по Тулузе. Юридический опыт, лежащий в основе рассуждений М. Ориу, помог мыслителю на самом деле преодолеть противопоставление «философии права» и «юридической социологии» точно так же, как концепция нравственного опыта позволила Ф. Рау преодолеть противопоставление теоретической морали и социологии нравов. Оба названных исследователя продемонстрировали,

<sup>21</sup> Письмо автору этих строк от 24 ноября 1928 г.

что интегральный опыт восприятия непосредственных правовых и нравственных реалий есть общее основание для противопоставляемых теоретических рассуждений, которые оказываются взаимосвязанными.

Усилия по редукции и инверсии, предпринимаемые по отношению к концептуальной оболочке права, абстрактному схематизму скованного разума, с особой четкостью прослеживаются в описании Ориу, с одной стороны, связи между правовой нормой и институтом, а с другой — «драмы персонификации» социальных групп.

«Право в целом не сводится к правовым нормам», а любая правовая норма не есть абстрактное правило, установленное заранее. Так, Ориу приходит к «онтологическому» и динамическому элементу сферы права, к «институту» — «идее действия или занятия, которые реализуются и протекают в юридических рамках в некоей социальной среде», пользуясь для этого фиксированными с помощью технических приемов констатации правилами, нормами дисциплинарного права (разновидность неорганизованного права) и правилами «правовой политики», аналогичными стандартам и директивам англосаксонского права, устанавливаемым *ad hoc* (разновидность интуитивного права). Далее Ориу обнаруживает правовые нормы, которые «кажутся химеричными без связи» с неким правоустанавливающим авторитетом, с переживаемым в непосредственном опыте «институтом». Подобный институт, материализуя идею в факте и способствуя «справедливости и общественному спокойствию» с помощью используемых им систем равновесия, представляет собой «длительность, движение, континуальность, короче говоря — действительное в жизни права».

Та же самая редукция к непосредственно воспринимаемой в рамках юридического опыта институциональной действительности обнаруживается у Ориу в тех случаях, когда он пытается постичь правовую действительность социальных групп и раскрыть тайну их формирования. Отталкиваясь от внешней оболочки юридического лица, характеризующей его с точки зрения права и используемой вовне, Ориу в целях борьбы с концептуалистской теорией юридической фикции формулирует идею о более глубоком и гибком уровне групповой организации для использования вовне («инкорпорация», которая в тех случаях, когда речь идет об организации сотрудничества на демократических принципах, ведет к образованию юридического лица). Далее от организованной надстройки социальной группы в целом Ориу возвращается к неорганизованной инфраструктуре данной группы, к «основополагающей общности», интенсивность непосредственного восприятия которой оказывается наибольшей для членов данной группы. При этом от идеи о концептуально зафиксированной цели организации Ориу приходит к «направляющей идее действия», намного более богатой по содержанию и постоянно находящейся в движении. В рамках этой идеи предполагается спонтанная коммуникация членов основополагающей инфраструктуры данной социальной группы, хотя подобная направляющая идея не может полностью выразиться в группе, также как и непосредственное никогда не может найти свое полное выражение в рассудочном, а неорганизованное — в организованном...

Юридический опыт, на описании которого основываются все исследования Ориу, понимается им, несомненно, как *опыт коллективный*, поскольку

«институт-вещь» или «отношение с Другим», также как и институт-орган, или единение, являются социальными фактами, познание которых предпосылает совершаемые совместно и взаимосвязанные акты интуитивного распознавания. Такая взаимосвязь может выражаться либо в частичном слиянии (взаимопроникновении) сознаний, либо просто в их взаимозависимости.

Ориу без колебаний признает, что коллективные юридические опыты, несомненно, изменчивы до бесконечности: они изменяются в зависимости от социальных групп, исторических эпох, цивилизаций, особенно он настаивает на изменчивости этого опыта в зависимости от групп, что с необходимостью приводит к юридическому плюрализму. «Тот, кто первым сказал: "нет права против права", — изрек, как это часто бывает, огромную глупость» (*Hauriou M. Les Idées de Duguit. P. 21, 25, n. 1*). Объективные идеи целенаправленного действия, справедливости и порядка, которые в рамках юридического опыта воспринимаются благодаря своему осуществлению в фактах, во всех своих аспектах оказываются подверженными изменениям. «Абсолютный идеал может в то же время быть и относительным» (*Hauriou M. Précis du droit constitutionnel. Ch. 2. P. 60*), — писал Ориу совершенно в духе Ф. Рау и феноменологического направления. Мыслитель солидарен с Рау и в отказе (хотя бы только в принципе) от предрассудка перманентности, неизменности идеальной сферы. Ориу помещает платоновские идеи в открытую Бергсоном длительность и настаивает на том, что переживаемые в юридическом опыте идеи целенаправленного действия и справедливости являются «идеями-действиями», находящимися в постоянном движении, постоянном становлении. Подобная интеграция идей целенаправленного действия, идей-действий, в рамки креативной длительности не только облегчает их воплощение в эмпирических фактах (ввиду того, что усилия эмпирически данных социальных коллективов и бесконечное действие идей взаимодействуют друг в друге и взаимно обогащают друг друга), но и подтверждает изменчивость юридических опытов, которые вынуждены следовать за становлением идей во времени.

Установление специфики юридического опыта, по сравнению с иными видами опыта в духовной сфере, основывается у Ориу, с одной стороны, на конкретизации характеристик длительности, в которую оказываются помещены непосредственные правовые данные, а с другой — на той особой роли, которую играет в данном случае опытное восприятие процесса воплощения идей в фактах. Длительность, в которую оказываются помещены воспринимаемые в рамках юридического опыта идеи, равно как и те институты, в которых такой опыт воплощается, — есть замедленная и единообразная длительность. «В рамках институтов движение изменения оказывается одновременно и замедленным, и приведенным к единообразию». «Медленное и единообразное движение социальной системы является результатом конфликта стабилизирующих сил и сил движения» (*Hauriou M. Précis du droit constitutionnel. 2-е éd. P. 6, 7, 34 et suiv., P. 69 et suiv.*). «Небольшое дополнение к бергсоновской идее длительности», предложенное Ориу при рассмотрении юридического опыта, состоит в разграничении не двух временных перспектив — качественного времени творческого действия и количественного, специализированного времени математических наук, а трех таких перспектив,

что предполагает помещение между двумя вышеназванными видами времени еще и промежуточного, качественно-количественного времени — замедленной и единообразной длительности, в рамках которой происходило движение непосредственных данных юридического опыта, институтов и идей, которые в нем воплощены и которые удерживаются в определенном состоянии благодаря сопротивлению имеющихся в обществе систем уравнивания, для которых описываемые данные и выступают в качестве основы.

Столь драматический характер юридического опыта, в котором сталкиваются количественное и качественное, творчество и мера, движение и стабильность, в рамках непосредственных данных права Ориу пытался символизировать через конфликт между совершенно гетерогенными идеями «порядка», «безопасности» или «достигнутого мира», с одной стороны, и справедливости — с другой (*Hauriou M. L'Ordre social, la justice et le droit // Revue trimestrielle du droit civil. 1927. P. 795 et suiv.*). В юридическом опыте непосредственно воспринимаются обе эти противоречивые идеи, а равно и их временное равновесие в процессе реализации — такое равновесие как раз и представляет собой институт. Именно благодаря такому драматическому разрыву в рамках юридического опыта характерная для права длительность оказывается замедленной и приведенной к единообразию. Если в сфере непосредственного интегрального опыта идеи оказываются познаваемыми через их воплощение в чувственно воспринимаемых фактах и при этом не предполагается, что данные идеи проистекают из соответствующих фактов, то и в сфере юридического опыта подобное воплощение и подобный процесс осуществления представляют собой наиболее существенный элемент в непосредственно переживаемом, поскольку именно благодаря успешному осуществлению (ценность которого по меньшей мере равнозначна преследуемой в процессе осуществления ценности) и утверждаются идеи безопасности и порядка. Сталкиваясь с непосредственным юридическим опытом, теоретическое исследование вместо того, чтобы заняться освобождением идей от тех фактов, в рамках которых они постигаются, и вместо противопоставления суждений о сущем суждениям о должном, наоборот, должно тщательно воссоздать первичную связь идей и фактов в том виде, в котором она непосредственно была схвачена в интуитивном восприятии институциональной действительности права.

Если у Ориу обращение к непосредственному юридическому опыту привело к более основательным и ценным выводам, чем у всех предшествующих ему исследователей, то метод, которому нужно было бы следовать для актуализации подобного опыта и познания его специфики, и те выводы, которые следовали из бесконечной изменчивости такого опыта, остались у рассматриваемого автора в тени.

Ориу определял специфику юридического опыта преимущественно через рассмотрение тех самых актов, которые конституируют данный опыт. Именно поэтому из поля зрения этого автора выпало противопоставление юридического и морального опыта, равно как и четкая противоположность повседневного юридического опыта очищенному юридическому опыту, актуализировать который можно только посредством философии. Отсюда и проистекает искусственное противопоставление порядка и справедливости, причем справедливость здесь оказалась вытесненной в область нравственности,

тогда как именно справедливость вызывает к жизни порядок и безопасность и именно она утверждается в одном из своих многочисленных аспектов как специфический духовный элемент юридического опыта. Драматический разрыв в рамках такого опыта, на наличии которого вполне обоснованно настаивал Ориу, располагается, как мы продемонстрируем далее, в недрах самой справедливости.

Ориу, которому так и не удалось последовательно применить в своих исследованиях принцип подвижности находящихся в процессе становления идей, в конце своей научной карьеры оказался жертвой догмы перманентности и неизменности духовного мира в целом. Это — печальное влияние томизма, которое, поставив с ног на голову всю систему Ориу, возвратило его в конце жизни к авторитаризму трансцендентных, иерархичных и субординирующих тотальностей, и которое через жесткость используемых Ориу категорий и его рационализм, ривело его к вере в «неподвижный характер идеальных элементов нравственности и справедливости» (*Hauriou M. Précis du Droit constitutionnel. P. 47*) и даже к неожиданному выводу о том, что «точка равновесия находится в буржуазном государстве» (*Hauriou M. Principes du Droit public. 2-é ed. 1916. P. 372–373*).

Эти тезисы находятся в полном противоречии с идеей юридического опыта, который предполагает бесконечную множественность своих элементов, причем не только чувственно воспринимаемых, но и духовных, помещаемых самим Ориу в сферу креативной длительности. Таким образом, ученый упустил ряд наиболее ценных достижений собственной мысли. Впрочем, значение Ориу состоит не столько в его системе, сколько в чрезвычайно мощных стимулах и бесчисленных глубоких предположениях, которые вытекали из используемого им метода исследования.

Дав этот сжатый критический анализ концепций своих предшественников, мы, наконец, можем изложить нашу собственную концепцию юридического опыта как насуточно необходимую и незаменимую основу всякого теоретического знания о праве.

## § 2. Систематическое описание структуры юридического опыта

### I

Юридический опыт является одним из видов непосредственного коллективного опыта — особой формы интегрального опыта, в рамках которого воспринимается как духовное, так и чувственное и который противопоставляет себя всяческому конструктивному и рассудочному опыту, и особенно научному опыту.

В повседневном опыте юристов, судей и работников суда, истцов и всех иных заинтересованных в рассмотрении дела лиц обнаруживается в *потенциальной форме* непосредственный юридический опыт как *бессознательная основа* всего того, что они говорят и делают. В более широком аспекте во всех юридически значимых актах со стороны законодателей, толкователей закона, управляющих и управляемых, избирателей, сторон в договоре, членов различных объединений, участвующих в правовой жизни той или иной

группы лиц обнаруживается мощный непосредственный юридический опыт, который единственный придает смысл всем юридически значимым действиям со стороны названных лиц.

Однако подобный непосредственный юридический опыт, соприкасающийся с Духовностью, вбирающий в себя один из многочисленных аспектов справедливости (которая осуществляется в социальных фактах), деформирован и скрыт под оболочкой концепций, восприятий, размышлений и заинтересованности; описываемый же нами опыт является бессознательным и существует только в потенции.

Для того чтобы прийти к актуализации, познанию и пониманию такого опыта во всей его целостности, нужно посредством редукции и инверсии (которые, как мы увидим далее, поэтапно следуют друг за другом) вернуться к повседневному опыту правовой жизни, к очищенному опыту непосредственного. Вместе с тем повседневный опыт (в настоящем или будущем) всегда будет служить для нас отправной точкой, ориентиром в наших исследованиях.

## II

Первой особенностью рассматриваемого нами непосредственного юридического опыта, которая не ускользнула от внимания ни Ориу, ни Леви, ни Петражицкого (как, впрочем, и большинства других правоведов<sup>22</sup>), является крайне драматичный характер такого опыта, преобладание в его структуре элементов антиномичности. Ни один вид непосредственного опыта не разывается болезненными конфликтами в такой степени, как юридический опыт.

Разумеется, нравственный опыт, который в определенном смысле близок опыту юридическому, сам по себе довольно-таки драматичен: воспринимаемые в рамках наших индивидуальных или коллективных действий различные нравственные ценности, ценности себя самого и ближнего, индивида и группы, семьи и работы, нации и международного сообщества равнозначны и несводимы друг к другу. Абсолютная неповторимость, партикулярность и полная индивидуализация моральных ценностей, которые не допускают ничего типичного и всеобщего, еще более обостряют конфликты. И именно из осознания наличия таких противоречий между строго индивидуализированными, несоизмеримыми между собой ценностями и ценностями равнозначными и зарождается моральный опыт; зарождается для того, чтобы преодолеть эти конфликты путем интеграции несоизмеримых ценностей в качестве неотъемлемых элементов в бесконечное разнообразие единого морального идеала.

Антиномичный характер юридического опыта обнаруживает и совершенно иной аспект, который делает рассматриваемый опыт намного *более драматичным и животрепещущим*, поскольку здесь *конфликты возникают в самих недрах каждого из непосредственно данных элементов*. Как мы уже упомянули, в каждом из этих элементов в неизбежной борьбе противостоят друг другу несоразмерное и мера, иррациональное и интеллектуальное, индивидуальное и типичное, качество и количество, нравственность и логика,

---

<sup>22</sup> См. ниже в настоящем сборнике наше исследование «Антиномичная философия права: Г. Радбрух».

динамичное и статичное, творчество и система, постоянная напряженность между которыми и формирует саму сущность духовных элементов юридического опыта.

В частности, воспринимаемая в рамках данного опыта идея справедливости во всех своих многочисленных аспектах оказывается «чревата» конфликтами между прогрессом и порядком, каждый из которых утверждает себя как равнозначный, между новшеством и стабилизацией, между характеристикой справедливости как идеала и ее характеристикой как логической идеи.

Такой внутренний разрыв, характеризующий духовность юридического опыта, еще более увеличивается и усложняется благодаря тому, что наиболее непосредственным элементом рассматриваемого опыта является реализация духовного во временном, воплощение ценностей, справедливости в чувственно-воспринимаемых фактах. Например, если в рамках морального опыта действие состоит в последовательном преодолении форм своего осуществления, в наиболее полном отрыве от того, что является фактическим, с тем, чтобы продвигаться вперед, пытаясь в непрерывном прогрессе переделать себя, других, весь мир, — то в опыте юридическом готовое, осуществленное, гарантирующее безопасность играет роль, равнозначную роли ценности, роли направляющей идеи для стремлений. Вот почему длительность юридического опыта имеет характер замедленной длительности, качественно-количественного времени, тогда как длительность в моральном опыте есть креативная длительность, есть чисто качественное время. Отсюда следует вывод о том, что направленность нравственного действия всегда революционна, тогда как направленность действия юридического более нацелена на традиции: в рамках первого прогресс, безусловно, доминирует над порядком, а во втором предпринимается попытка уравновесить порядок и прогресс, признаваемые равнозначными по отношению друг к другу.

Если моральный опыт, принимая во внимание чувственный опыт, естественные склонности, чувства, страсти, позволяет доминировать опытному восприятию духовных ценностей, которые служат критерием для выбора между адаптированными к идеальному призванию морального «агента» склонностями и страстями, то юридический опыт, привязанный к самому процессу осуществления, не предоставляет духовному опыту никакого преимущества по отношению к чувственному опыту. В рамках такого опыта чувственное и духовное воспринимаются как по сути своей равнозначные и взаимопроникающие друг в друга.

Непосредственное юридическое переживание по сути своей занимает промежуточное положение между духовным и чувственным опытом в той же мере, в какой оно в силу своей природы выступает посредником между моральным опытом и опытом логическим.

Такая двойная напряженность в юридическом опыте, которая и является причиной крайне антиномичного характера этого опыта, причиной драмы, для которой рассматриваемый опыт служит сценой, имеет результатом чрезвычайную сложность непосредственно данных элементов юридического опыта: правовой действительности, воплощающейся в ней идеи справедливости и всей сферы права. Я попытался описать подобную антиномичную сложность во введении к моей работе «Идея социального права», обозначая

первичную, в наивысшей степени непосредственно переживаемую реальность права как «нормативный факт». Я попытался таким образом диалектически реконструировать взаимопроникновение идеального и чувственного, ценности и бытия, автономии и гетерономии, которые непосредственно воспринимаются в юридическом опыте и предшествуют любому суждению. Тем же самым способом я охарактеризовал справедливость как взаимопроникновение морального идеала и Логоса, как предварительное и нестабильное примирение конфликтующих нравственных ценностей на основе их логизации, т. е. на основе их обобщения и квантификации и, наконец, как идею, требующую позитивации всего права, требующую чувственно воспринимаемого существования «нормативных фактов». Далее я попытался охарактеризовать неустрашимые в юридической сфере напряжения — между иррациональными и рациональными элементами, между организованным и неорганизованным, между нормой и тем, что спонтаннее и подвижнее, чем любая норма. При этом я старался реконструировать непосредственные данные юридического опыта во всей их сложности.

Для дальнейшего прояснения этого вопроса нужно было бы продолжать настаивать на той роли, которую играет непосредственный юридический опыт в драме опыта, и на его бесконечной изменчивости, равно как и на необходимости для философского познания, не желающего рассуждать в пустоте, актуализировать непосредственно переживаемое и реконструировать его данные.

### III

Характерное для юридического опыта взаимопроникновение друг в друга морального и логического опыта (опыта логических идей), с одной стороны, духовного и чувственного опыта — с другой, конкретизируется в том, что этот опыт заключается в специфических актах интуитивного признания.

В своей бесконечной изменчивости юридический опыт формируется посредством системы коллективных актов признания «нормативных фактов» и воплощенных в них ценностей.

Применительно к юридическому опыту речь не идет о креативных действиях и о тех ценностях, которые воспринимаются в пылу действия, как это происходит в моральном опыте — опыте участия в абсолютной деятельности. Тем более речь не идет о раскрытии сознания свету идей, о таком раскрытии, которое в своем законченном выражении приводит ко все более и более пассивному созерцанию, что имеет место в опыте логических идей.

В рамках юридического опыта речь идет о пассивно-активных актах, актах более или менее безучастного признания ценностей, осуществленных в условиях существующего порядка.

Импульсивные и репульсивные эмоции, испытываемые в юридическом опыте, — эмоциональные реакции, которые имеют в равной степени пассивно-активный характер, в противоположность мнению Петражицкого, не являются первичными элементами юридического опыта. Они провоцируются не прямым притяжением, которое осуществляют некоторые ценности (например, эстетические или витальные) по отношению к эмоциональной сфере, но *актами признания, выражающегося в удовлетворении или разочаровании.*

Акты признания — активно-пассивные, но вызываемые ими интуиции не обладают собственно эмоциональным характером: это интуиции, несводимые ни к каким иным интуициям, в них происходит взаимопроникновение волящей и интеллектуальной интуиции, которые взаимно деформируют друг друга и в качестве производного эффекта вызывают к жизни эмоции.

Приведем некоторые примеры. Можно быть недостаточно одаренным для распознавания в эмоциональном порыве эстетических ценностей музыкальной симфонии, но это отнюдь не мешает «признавать» справедливость, юридическую ценность требования того, чтобы никто не нарушал порядок аудиторной, собравшейся для слушания музыки, и выражать возмущение (испытывать репульсивные эмоции) против любого, кто пожелал бы нарушить данное требование.

Другой пример: в учебной аудитории, где преподаватель читает лекцию, часть студентов неспособна следовать (т. е. переживать, интеллектуально испытывать) за развиваемыми преподавателем идеями; но это не мешает «признавать» не только ценность выражаемых в ходе лекции идей, несмотря даже на то, что они не были поняты, но и (что особо важно) юридическую ценность спокойствия аудитории, которое гарантируется более сообразительным и одаренным. Студенты имеют юридические интуиции, независимо от наличия у них интеллектуальных интуиций; и это провоцирует репульсивные эмоции (возмущение) против шума, который производят некоторые из студентов.

В конституирующих юридический опыт актах интуитивного признания фактически воспринимается один из многочисленных аспектов справедливости, который осуществляется в социальном факте, тогда как в сфере этики воспринимается один из аспектов морального идеала,<sup>23</sup> по отношению к которому справедливость играет роль необходимого этапа. Иные же ценности признаются лишь имплицитно, через признание тех «нормативных фактов», в которых они признаются наряду со справедливостью.

Необходимая для распознавания нравственной ценности интуиция-действие в рамках юридической интуиции или признания взаимопересекается, как мы уже указали выше, с интеллектуальной интуицией меры, типичного, детерминированного. По большому счету, *признавать* можно лишь более или менее обобщенное, более или менее типичное, количественное, стабильное, но никак не абсолютно неповторимое в его становлении. Поскольку юридический опыт конституируется актами признания, то такой опыт «охлаждает» пыл морального опыта и логицирует его духовные элементы, которые не принадлежат ни миру нравственных ценностей, ни миру логических идей, но образуют промежуточную сферу между ними.

---

<sup>23</sup> Подобная виртуальность морального опыта, «присутствующего» в опыте юридическом, никогда не может быть актуализирована, поскольку такая актуализация разрушает рамки юридического опыта. В этом и заключается сущностное различие между этими видами идеального признания, поскольку сам юридический опыт всегда может быть актуализирован в таких актах (см. ниже в данной главе: подраздел IV), а идеальность нравственной интуиции всегда остается в латентном состоянии.

## IV

Акты интуитивного признания всегда направлены на осуществление ценностей в чувственно воспринимаемых фактах. Нельзя отдавать предпочтение той ценности, к которой не имеешь никакого отношения и к которой не испытываешь прямого влечения, не принимая при этом определенного положения вещей, не приобщаясь к чувственно воспринимаемому факту, к некоему установленному уже равновесию, в рамках которых такие ценности воплощаются и материализуются.

Ошибки старой теории признания как основы права заключаются не в самой идее признания, но, с одной стороны, в понимании такого признания как рассудочного акта, тогда как в данном случае речь идет об акте интуитивном; и с другой — в рассмотрении только того, что «признается» грубым фактом, т. е. силой, легитимированной только длительностью употребления. В действительности речь идет лишь о признании «нормативных фактов» — чувственно воспринимаемых фактов, отличающихся своей способностью воплощать позитивные ценности и являющихся легитимированными такими ценностями. Остается лишь сделать вывод о том, что юридический опыт берет свое начало в чувственном опыте, равно как и в опыте духовном, и что интуитивный акт признания в данном случае направлен непосредственно на осуществление ценности справедливости в чувственно воспринимаемых фактах, т. е. на «нормативные факты» и, таким образом, повторно интеллектуализируется (это обусловлено тем, что интуиция чувственно воспринимаемой действительности сама по себе является рассудочным актом). Поэтому нет ничего удивительного в том, что непосредственно воспринимаемая через акты признания правовая действительность столь сложна и антиномична: в этом и заключается сущность тех актов, благодаря которым такая действительность становится доступной для восприятия.

Приведем еще один пример актов признания, которые образуют непосредственное юридическое переживание. Допустим, что учреждается некая группа, некий профсоюз, некий кооператив. Этот чувственно воспринимаемый факт обретает юридическую ценность для всех членов учреждаемой организации. Они признают эту организацию «нормативным фактом», чье существование само по себе частично воплощает справедливость. Допустим, что некоторые из членов профсоюза или кооператива недовольны той обстановкой, в которой по отношению к ним осуществляется управление, и теми уставными положениями, на которых основывается их организация. Будучи связанными интуитивным признанием «нормативного факта» существования своей группы, эти члены воздерживаются от разрушения своей организации и от выхода из нее — они избирают способ поведения, направленный против «несправедливости», который заключается в приложении усилий к изменению этого факта, вплоть до революции, и при этом изо всех сил борются за сохранение самой группы. Если же они решаются на полный разрыв с соответствующим «нормативным фактом», на разрушение или выход из группы, и в таком случае они обращаются не к своей юридической интуиции, а к интуиции собственно нравственной, которая только и способна вдохновить их на окончательную жертву уже приобретенным ради освобождения от довлеющего над ними бремени.

## V

Процесс редукции и инверсии повседневного опыта, ведущий к актуализации и очищению непосредственного юридического опыта, состоит в обнаружении в каждом проявлении правовой действительности актов интуитивного признания в их чистом выражении под оболочкой концепций и способов правопонимания, под прикрытием расчета и борьбы интересов, под соображениями, основанными на сочетании двух ранее названных факторов, под импульсивными и репульсивными эмоциями, которые в данном случае являются лишь вторичными реакциями. Однако процесс инверсии и редукции здесь отнюдь не заканчивается. Он продолжается по отношению к непосредственно данным элементам самих актов признания, поскольку эти элементы расположены на различных уровнях: одни на уровнях более поверхностных, другие — на более глубоких.<sup>24</sup>

Подобно тому как Гуссерль разграничивал непосредственные данные логического переживания на слои значений, слой эффектуаций и, наконец, слой сущностей, так и мы считаем возможным различать в непосредственном юридическом переживании: а) слой жестких правил: либо фиксированных заранее, либо просто связанных с организованной надстройкой социальной группы (формальное и организованное право); б) слой гибких правил: либо обнаруживаемых *ad hoc*, либо спонтанно образующихся из неорганизованной инфраструктуры социальной группы (живое право в двух формах: так называемое интуитивное право и право неорганизованное); с) наконец, нормативные факты, спонтанные и неорганизованные сами по себе, в большей степени обладающие свойством непосредственности и более реальные, чем любые правила, и основополагающие по отношению к любой организации, — этот слой является наиболее глубоким и наиболее важным в юридическом переживании. Именно этот слой в конечном итоге и признается (хотя бы только в идеальном плане<sup>24</sup>) в любом акте интуитивного признания.

Первым содержательным элементом, на который, по-видимому, направлен акт интуитивного признания, является система фиксированных и неподвижных правил, которые воспринимаются как значимые, т. е. установленные, действенные, одним словом, позитивные. Другим таким элементом является организация или совокупность организаций, которые основаны на вышеназванных правилах и в которые инкорпорируются правотворящие авторитеты, признаваемые как уполномоченные на формулирование и на обеспечение исполнения этих правил. Однако сам по себе этот слой жестких и организованных правил, оказывающихся наиболее доступными для актов признания, является лишь в большей или в меньшей степени бессодержательной формой, заполняющейся конкретным жизненным содержанием и получающей определенный смысл лишь благодаря вмешательству гибкого и динамичного права, правил неорганизованного и интуитивного права, более близких к направленности мысли и стремлениям членов лежащей в основе общности.

<sup>24</sup> Речь идет о потенциальности (виртуальности), которая свободно актуализируется в недрах юридического опыта и которая зачастую переживается как полностью данная в фактическом.

Описываемые элементы обнаруживаются тогда, когда речь идет об эффективном применении заранее фиксированного правила или об исправлении недостатков в работе той или иной организации. Этот самый глубокий и в то же время наиболее динамичный и наиболее непосредственный слой юридического переживания (который, если можно так выразиться, циркулирует в его артериях и который только и способен его оживить) виртуально присутствует во всяком акте признания, даже если такое признание с первого взгляда не проявляет в праве ничего, кроме статичного и организованного. Поскольку признание фактически всегда направлено на некую реализацию, на некую действительную ценность, на некий нормативный элемент (который является также и позитивным), то главенствующим здесь «распознаваемым объектом» будет всегда тот, который оказывается наиболее близким к конкретике правовой жизни. Чтобы актуализировать этот самый глубокий слой распознаваемого, достаточно обратиться к редукции заранее фиксированного и организованного в праве. Впрочем, в множестве случаев юридического опыта такая редукция оказывается даже и ненужной, поскольку за неимением какой-либо организации или заранее сформированной системы регламентации признание направляется непосредственно на живое и спонтанное право — что не мешает существованию других видов права и их наложению на интуитивное распознавание.

Однако ни одна правовая норма, будь она жесткой или гибкой, статичной или динамичной, не самодостаточна. Она указывает на нечто более объективное, более реальное и непосредственное, чем любая норма и любая организация; она апеллирует к основанию своей обязывающей силы — к основополагающему неорганизованному «нормативному факту» как прямому воплощению ценности в чувственно воспринимаемом социальном факте.

Всякая норма, даже целиком автономная моральная норма, основывается, как продемонстрировал Шелер, на предшествующей этой норме ценности; такая норма образуется из рассматриваемой ценности, исходя только из чувственно воспринимаемых поведенческих актов, противопоставляемых этой ценности или не в полной мере ее реализующих. Поэтому первым по значимости слоем непосредственного переживания является не правило, не норма, которая всегда требует более глубокого основания. Тогда как для моральных правил такая основа абсолютно духовна — ценности и креативная деятельность, для которых такие правила есть только проявления, то в праве, чьи нормы в силу самой своей структуры не могут быть полностью автономными и требуют внешнего авторитета, который бы их учредил и гарантировал, такая основа должна быть одновременно и чувственно воспринимаемой, и духовной; это — реализованная в социальном факте ценность; это — социальный факт, непосредственно воплощающий один из аспектов справедливости.

Таким образом, акт интуитивного распознавания всякой правовой нормы с необходимостью требует в конечном итоге признания, хотя и в идеале, определенного спонтанного и неорганизованного «нормативного факта», который служит основой для такой нормы и который является более глубоким, более завуалированным и в то же время более непосредственным и реальным слоем правового переживания. Таким же образом, признание любой

организации предполагает, хотя и в идеале, признания не только фиксирующих такую организацию гибких юридических правил, но и спонтанного и неорганизованного сообщества членов этой организации, которое служит ей основой и на котором данная организация зиждется как на своей онтологической базе.

И только сейчас мы подходим к тому, что в первую очередь распознается в непосредственном юридическом опыте — к наиболее открытой и наиболее значимой сфере правовой действительности. Чтобы приблизиться к этой сфере, нужно вновь прибегнуть к редуктивной инверсии, оставив «в скобках» всю в целом сферу организованного и упорядоченного в праве (но не покидая при этом саму сферу права, а раскрывая и освещая ее действительность — собственно ее онтологическое бытие). Эта последняя редукция, самая важная и самая решительная, оказывается и наиболее труднодоступной для понимания юристов-практиков, которые привязаны более к концептуальной оболочке права, чем к повседневному юридическому опыту. Ориу в своей институциональной теории и Эрлих, использовавший совершенно иную методологию,<sup>25</sup> оказались единственными, кто приблизился к видению подобной первичной действительности права.

В двух наших работах об *идее социального права* и в ряде статей, воспроизведенных в настоящем сборнике работ, мы поставили себе целью показать, как большинство самых животрепещущих проблем теории права (проблемы позитивности права, источников права, роли организации и принуждения, проблемы противопоставления социального и индивидуального права, реальности юридических лиц, а также проблемы юридической структуры демократических организаций, суверенитета и юридического плюрализма) разрешаются только путем обращения к вышеописанным неорганизованным и спонтанным нормативным фактам как к первичной правовой реалии.

Поскольку наши рассуждения не были в достаточной степени связаны с идеей непосредственного юридического опыта и с процессом инверсии и редукции, который и приводит к такому опыту, то они вызвали заблуждения у некоторых моих критиков, и сейчас я уже могу лучше обезопаситься против подобных заблуждений. Некоторые из них считали, что я хотел в максимально возможной степени пожертвовать организацией и регламентацией в правовой жизни, что мои предпочтения склонялись к лишенным организации группам, что, обращаясь к неорганизованным нормативным фактам, я утратил всякий критерий для разграничения такой социальной общности, которая может породить право, и таких общностей, которые породить право практически не могут, и, наконец, что я исповедовал «вызывающую опасение веру в ценность иррациональной социальной спонтанности» и что я был вынужден прийти к видению в неорганизованном праве «наиболее совершенной формы права».

На это я отвечаю, что те этапы редукции, к которым прибегают, чтобы прийти к непосредственно переживаемому, не имеют никакого отношения к оценке соответствующей ценности описанных выше слоев; что при редукции

<sup>25</sup> См. изложение идей Эрлиха в моей книге «Идея социального права и современность». С. 264–278.

совершенно ничего не жертвуется, но лишь по-иному освещается имеющееся для того, чтобы не упустить из виду ни одного элемента, ни одной детали переживаемого, которые иначе остаются завуалированными; что в данном случае речь совершенно очевидно идет не о хронологических фазах, а о сосуществующих друг с другом и независимых слоях. Так, никому не пришло в голову обвинять Гуссерля в желании полностью пожертвовать миром «значений» ради того, чтобы суметь продемонстрировать, что такие значения не являются единственными данными непосредственного опыта логических идей, а вызывают к жизни более глубинные слои «эффектуации» и «сущности», которые корреспондируют этим значениям. Тогда какой смысл утверждать, что я ставлю себе задачу принести в жертву регламентацию и организацию в праве из-за того, что я попытался показать, что они не являются единственными непосредственными данными юридического опыта и что они находятся на более глубоких слоях неорганизованных «нормативных фактов»?

Опыт логических идей как раз и характеризуется «значениями» (ценностный опыт, например нравственный опыт, напротив, является опытом идей, лишенных непосредственных значений), хотя такие значения и представляют собой наиболее поверхностный слой непосредственного логического переживания. Также и возможность организации и выработки более или менее жесткой регламентации служит именно для характеристики данных непосредственного юридического опыта, служит правовой действительности, при этом представляя собой наиболее поверхностный слой юридического переживания.

Взаимное проникновение нравственного опыта и опыта логических идей, которое, по нашему мнению, составляет сущностную характеристику юридического опыта (т. е. системы актов распознавания), имеет своим следствием то, что всякая первичная действительность права, все «нормативные факты» воспринимаются как предполагающие в идеале способность к самоорганизации, к созданию для себя фиксированной регламентации, к облачению, так сказать, в сферу непосредственной значимости.

Именно в этой идеальной способности к организации я и нашел в моей работе «Идея социального права» критерий для различения «нормативных фактов» (первичной правовой реалии) и основанных на любви, почитании, дружбе, экстазе социальных общностей, которые не способны к самоорганизации и в силу этого оказываются «стерильными» с точки зрения права.<sup>26</sup>

Будучи далеким от видения в неорганизованном и спонтанном «совершеннейшей формы права», я, напротив, скажу, что совершенствование права, предполагающее развитие всех его скрытых способностей, или, скорее, всей полноты его действительности, требует того, чтобы каждый неорганизованный «нормативный факт» и все спонтанное право выражались бы одновременно в рамках некоей организации.<sup>27</sup> Но это отнюдь не препятствует признанию и того, что право существует в тех многочисленных случаях, когда организация еще не воплотилась в действительность, и того, что наиболее

<sup>26</sup> Ср.: «Идея социального права». С. 118, 146, 148.

<sup>27</sup> См. ниже мое исследование «Естественное право или интуитивное позитивное право?».

непосредственно переживаемым элементом в праве является неорганизованный «нормативный факт», лежащий в основе всякой нормы поведения и всякой социальной организации и виртуально несущий их в себе. Хотя этот элемент остается самым завуалированным, по отношению к нему всегда направляются акты интуитивного распознавания, которые «присутствуют» в любом юридическом опыте.

Дифференциация непосредственных данных юридического опыта на слои или уровни приводит к новым напряжениям и антиномиям, которые еще более усиливают драматический характер данного опыта. Уже обремененная конфликтами морали и логики, духовного и чувственного атмосфера помимо этого еще более сгущается из-за постоянного напряжения между заранее фиксированным правом и живым правом; между нормами и тем, что является самым динамичным и самым реальным, по сравнению со всякой нормой — нормативными фактами; между организованной надстройкой и лежащей в основе общностью. Поэтому обращение к юридическому опыту учит нас ничего не упрощать, а следовать всей сложности правовой жизни, принимая во внимание ее крайнюю драматичность, составляющую самую сущность правовой жизни.

## VI

Как мы отметили, юридический опыт может быть только *опытом коллективным*. Конституирующие такой опыт акты интуитивного признания лишаются всякого смысла, если речь не будет идти о *конвергирующих актах распознавания*, независимо от того, сводится ли такая конвергенция к настоящему взаимопроникновению или частичному слиянию правосознаний, либо к простой взаимности переживания, простой взаимозависимости сознаний. Исключительно благодаря такому коллективному характеру конвергенции актов признания «нормативные факты» могут восприниматься как наделенные властью, обязанности одних могут восприниматься как связанные с притязаниями других, мир и безопасность — переживаться как требования справедливости, а всякая правовая норма — открываться как составная часть некоего порядка, некоей системы норм.

Не связанный с признанием коллективным, индивидуальный акт признания не является актом юридического опыта, будет ли речь идти просто о техническом приеме констатации уже существующего права (признание как источник формального права: например, отречение представителя одной династии от трона в пользу представителя другой династии, либо признание работодателем легитимности требований работников), либо о ничем с юридической точки зрения не значащих актах (например, признание душевнобольным власти над ним вымышленных или реальных существ и т. п.).

Коллективный характер всего юридического опыта не приводит с необходимостью к коллективности всех элементов этого опыта. Можно в рамках коллектива испытывать, совместно признавать и индивидуальное право. Исходя из коллективности юридического опыта, делать вывод о необходимой коллективности всего права, переживаемого в таком опыте, означает делать очевидную логическую ошибку.

Непосредственные данные юридического опыта, схватываемые в актах коллективного признания, могут принадлежать и индивидуальному праву

координации в той же степени, что и социальному праву интеграции. Более того, такое противопоставление социального и индивидуального права само является непосредственным данным коллективного юридического опыта. В двух книгах об *идее социального права* я дал ясную характеристику такой ситуации, демонстрируя, что в глубочайшем слое непосредственно переживаемых юридических данных, в самих «нормативных фактах» неизбежно противостоят друг другу нормативные факты всеединства (частичного слияния или взаимопроникновения) и нормативные факты отношений с Другими; уравнивание и ограничение — два вида фактов, воплощающие в себе различные и равнозначные ценности. Оба этих вида нормативных фактов в равной степени непосредственно открываются актам коллективного признания.

Поскольку каждому специфическому элементу корреспондирует отдельный интуитивный акт, который и схватывает такой элемент, то коллективность юридического опыта, охватывающая нормативные факты всеединства и нормы социального права, и коллективность юридического опыта, охватывающая нормативные факты отношений с Другим и нормы индивидуального права, не являются полностью тождественными. В первом случае речь идет о конвергенции актов признания, которая имеет характер участия в одном и том же действии; во втором — о конвергенции остающихся отделенными друг от друга актов, которые утверждаются исключительно в качестве взаимозависимых.

Следовательно, второй вид коллективного юридического опыта возможен только на основе первого: для того чтобы правосознания могли сходиться в трансцендентных по отношению друг к другу актах признания, необходимо, чтобы они раскрылись как участвующие и частично сливающиеся в одних и тех же актах признания. Иными словами, коллективный опыт социального права является необходимым условием коллективного опыта индивидуального права; первый опыт — основа второго и скрыто присутствует в нем. Именно здесь и лежит действительная основа примата социального права по отношению к праву индивидуальному, несмотря на их сущностную разнородность, на которой мы настаивали в наших работах.<sup>28</sup>

## VII

Все виды юридического опыта и их данные намного изменчивее, чем нравственный опыт с его данными.

Действительно, идеальные элементы юридического опыта обладают менее индивидуализированным и менее динамичным характером, чем нравственные априорные суждения, будучи, за счет вторжения интеллектуального

---

<sup>28</sup> Третьему виду права — субординирующему праву не корреспондирует никакой специфический вид юридического опыта, никакое первичное «интуитивное признание». Поэтому субординирующее право и не обладает той степенью насыщенности правовой действительностью, что два других вида права. Такое право дано только в двух наиболее близких к поверхности слоях непосредственного юридического переживания, но оно отсутствует в самом глубинном слое «неорганизованных нормативных фактов». Именно в этом смысле — как наименее онтологизированное, в меньшей степени непосредственное и более конструктивистское — я и характеризовал в своих работах субординирующее право как деформированное, «искаженное» право. В этом нет ничего общего с оценкой данного права с моральной точки зрения либо с отрицанием его существования, хотя рассматриваемое право и могло найти свое онтологическое основание в чуждой по отношению к праву сфере (см. пояснения ниже в моем очерке «Естественное право или интуитивное позитивное право?»).

элемента, более общими, более типичными и стабилизированными, что могло бы показаться сведением интенсивности их изменчивости к интенсивности переживания логических идей.

Ни с чем не сравнимая изменчивость юридического опыта приводит к ряду новых возможных вариаций, которые происходят путем изменения отношений между различными составными элементами. Например, достаточно того, что в актах интуитивного признания изменился интеллектуальный элемент, не внося при этом никаких изменений в представление о нравственных ценностях, чтобы данные юридического опыта полностью поменялись. Здесь нам придется обратиться к проделанному нами анализу того аспекта, в котором идея справедливости предстает в глазах дагомеев, чьи отличные от наших ментальность и интеллект влекут полный переворот в образе справедливости, хотя и с учетом гипотезы о том, что они разделяют общие с нами нравственные ценности.<sup>29</sup> Чтобы из сказанного сделать какие-то выводы по поводу измененной идеи справедливости, дополнительно отметим, что эта последняя представляет собой подвижную и нестабильную точку равновесия, в которой предварительно согласовываются равнозначные ценности, а определенные аспекты справедливости должны даже в рамках одинаковой интеллектуальной ментальности претерпевать еще большие изменения, чем те нравственные идеалы, которые нужно упорядочивать, поскольку равновесие может колебаться и без изменения составных элементов соответствующих систем.

Изменчивость юридического опыта зависит не только от изменения отношений между моральными и интеллектуальными элементами, но также и от изменения отношений между духовным и чувственным элементами. Изменения чувственно воспринимаемых данных, усиление или ослабление духовной интуиции в рамках юридического опыта способны произвести решительные изменения в таком опыте. В частности, эпохи вырождения, юридического варварства, когда уважение к праву отступает в угоду поклонению перед грубой силой или в угоду безграничному коллективному мистицизму, являются эпохами, в которых ослабляется интуитивное восприятие бытия духовных ценностей в чувственно воспринимаемых фактах; ослабление, которое подрывает значимость нормативных фактов.

Кроме того, изменчивость юридического опыта зависит и от изменений интенсивности, с которой переживаются различные слои непосредственных данных такого опыта. От изменения степени актуализированности и виртуализированности актов интуитивного признания, направленных на заранее фиксированные нормы и на организованное право, на живое и спонтанное право, наконец, на неорганизованные нормативные факты, зависит изменение всей атмосферы правовой жизни. Там, где действительно переживаются только фиксированные и организованные нормы, все развитие права в той или иной степени заторможено, хотя при этом гарантия безопасности достаточно надежна. Там, где в юридическом опыте действительно переживаются преимущественно нормативные факты и спонтанное право, там готовится правовая революция, а безопасность ставится под угрозу. Там, где все три вышеназванных слоя непосредственных юридических данных переживаются

<sup>29</sup> См. ниже в названном очерке.

примерно одинаково (что имеет место очень редко), правовая жизнь оказывается в режиме особого благоприятствования — это эпохи великих юридических свершений.

Весьма существенные изменения юридического опыта происходят вследствие изменения взаимоотношения между двумя важными признаками его коллективного характера: значение в правовой жизни социального и индивидуального права попеременно изменяется за счет усиления или ослабления актов коллективного признания, имеющего характер частичного слияния — участия в переживании, так же, как меняется и степень актуализированности или виртуализированности актов признания, которые перетекают в простую взаимозависимость или взаимность переживания.

Такого рода изменения повторяются и за счет того, что во всех тех случаях, когда обладающий характером всеединства юридический опыт оказывается не в состоянии либо проникнуть к наиболее глубокому слою непосредственных данных (неорганизованные нормативные факты), сохраняя при этом связь исключительно с организованными и фиксированными нормами, либо с достаточной степенью интенсивности утвердить себя. В этом случае на смену элементам собственно социального права (права интеграции) приходят элементы субординирующего права, которое не имеет такой насыщенности правовой действительностью, как два других вида права.<sup>30</sup> Драматическое противостояние между правом интеграции и субординации, борьба и компромиссы между ассоциациями доминирования и сотрудничества, следовательно, зависят и от степени интенсификации и актуализации юридического опыта через всеединство и взаимное проникновение; причем такие интенсификация и актуализация в силу своей природы оказываются подверженными изменениям.

После всего сказанного нам кажется бесспорным тезис, согласно которому юридический опыт не только сложнее, но и изменчивее, чем все иные виды опыта.

## VIII

Радикальный юридический эмпиризм, т. е. верность непосредственным данным юридического опыта и их чрезвычайно насыщенной изменчивости, с необходимостью приводит к плюралистической правовой концепции.

Такой основанный на опыте правовой плюрализм утверждается в двух различных направлениях, которые необходимо четко разграничивать: а) с одной стороны, речь идет о неизбежной плюралистичности духовных данных юридического опыта, о разнообразии правовых ценностей, о множественности аспектов, в которых переживается идея справедливости в ее безграничной тотальности; б) с другой же стороны, речь идет о неизбежной плюралистичности очагов юридического опыта — каждая группа и каждый сектор такой группы хотя и принадлежат одной и той же эпохе и той же нации, но могут обладать и собственным непосредственным юридическим

<sup>30</sup> Я подразумеваю: «та же правовая действительность»; с точки зрения правовых реалий иных видов субординирующее право, очевидно, может казаться более «реальным», чем право интеграции и координации.

опытом, что приводит к плюралистичности правопорядков, ряд которых могут утверждать себя как равнозначные друг другу.

В своих работах о социальном праве я защищал юридический плюрализм преимущественно в последнем из вышеупомянутых значений путем демонстрации тщетности претензий государства на априорное юридическое господство над иными группами, являющимися созидательными очагами своих собственных правопорядков и центров юридического опыта, не менее компетентными и значимыми, чем само государство. Но правовой плюрализм в его первом значении не менее важен, поскольку он с особой ясностью демонстрирует, в какой степени для того, чтобы не стать произвольной конструкцией, рассуждение об идеальных структурах права должно придерживаться результатов масштабных социологических и исторических исследований видов юридического опыта, реально переживаемых в различные эпохи, в различных цивилизациях, у разных народов.

В особенно интересном аспекте предстает сочетание этих двух видов юридического плюрализма, т. е. тот случай, когда плюрализму различных источников юридического опыта в условиях одной и той же исторической эпохи и одного и того же народа соответствует плюрализм в видении идеальных правовых структур. Например, применительно к борьбе между группами капиталистов и группами рабочих речь идет не только о простом конфликте двух спонтанных правопорядков, но также и о конфликте двух различных взглядов на справедливость (отсюда и противопоставление «пролетарского» и «буржуазного» права); таким же образом и в борьбе различных профессиональных групп вырисовывается не только конкуренция систем правового регулирования, но и разнообразие переживаемых правовых ценностей.

Юридический плюрализм в праве в двух основных видах (плюралистичности правовых ценностей и плюралистичности равнозначных источников юридического опыта), также как и плюрализм в нравственности, отнюдь не исключает определенного единства, имманентного множественности, путь к которому ведет от множества, а не к нему. Мы конкретизируем данное положение путем рассмотрения проблемы отдельно по каждому из видов правового плюрализма.

Критерий, который отличает частный аспект справедливости (непосредственно переживаемую специфическую правовую ценность) от иллюзии (при этом коллективные иллюзии возможны так же, как и индивидуальные), заключается в способности такого отдельного аспекта справедливости быть интегрированным в бесконечную целостность справедливости в качестве ее неотъемлемого элемента. Объективность правовых ценностей, конкретизированных по времени, месту и группам, в рамках которых они получают свое существование, оказывается гарантированной за счет того, что тем же самым актом воспроизводится и непосредственно переживается связь этих ценностей со справедливостью в целом. Те же правовые ценности, которые неспособны к интеграции и которые самоизолируются вместо того, чтобы придти к законченности, полноте, оказываются не непосредственными данными, сопротивляющимися воздействию познающего субъекта, а обрывками мысли, иллюзиями.

Задача верификации объективности переживаемых правовых ценностей выпадает на долю теоретического рефлексивного размышления о непосредственных данных, схваченных в актах интуитивного признания. Поскольку юридический опыт, равно как и всякий другой непосредственный опыт, не является знанием, то поэтому именно теоретическому размышлению в рамках философии права предоставлено верифицировать объективность ценностей, переживаемых в разнообразии юридического опыта. Очевидно, что философия права не может выполнить свою задачу без опоры на те данные, которые предоставлены ей социологией и историей права.

Единое во множестве значимо также и в отношении плюралистичности равнозначных источников юридического опыта, в отношении плюралистичности правовой действительности в одной и той же социальной среде, в одну и ту же историческую эпоху.

Поскольку социальные группы обладают чертами партикулярности (например, профессиональный союз или сообщество производителей, потребителей и т. п.), то в рамках очищенного юридического опыта они оказываются перед необходимостью интеграции в некую более масштабную целостность, обладающую чертами всеобщности, т. е. представляющую собой один из многочисленных аспектов всеобщего интереса (например, национальное экономическое сообщество). Акты интуитивного признания, в действительности испытываемые применительно к партикуляризированной социальной группе, подразумевают и виртуальное признание более масштабных нормативных фактов, представляющих один из аспектов всеобщего интереса, при условии, что такой нормативный факт существует в чувственно воспринимаемой действительности.

Акты интуитивного признания, реально переживаемые применительно к некоей функциональной общности (т. е. обладающей определенной функцией, например «политическое сообщество» или «экономическое сообщество»), подразумевают под собой и виртуальное признание сверхфункциональных сообществ, глобальных нормативных фактов, которые не могут обрести свое выражение в рамках одной организации и лежащих в основе нее нормативных фактов с ограниченной функцией (например, соотношение «нации» и «международного сообщества»).

Реальное признание нормативного факта нации подразумевает под собой признание на уровне интуиции «международного сообщества», в которое с той или иной степенью интегрированы все нации; при этом они не выступают лишь как факты материального порядка или как результаты осуществления духовных ценностей, также как и соответствующие виды опыта не являются юридическим опытом, неотделимым от духовного опыта. Подобная виртуальная интеграция всех источников юридического опыта в один глобальный источник, которым и является международное сообщество, в современной правовой доктрине выражается тезисом «примат международного права».

Таким образом, единство права совершенно имманентно утверждается и осуществляется в рамках самой плюралистичности равнозначных нормативных фактов и разнообразных источников юридического опыта. Для того чтобы суметь утвердить себя таким образом, центр юридического опыта должен обладать способностью к распространению собственных актов интуитивного признания на акты признания в рамках международного сообщества.

Здесь вновь становится необходимой процедура верификации, которая возможна только на уровне теоретических размышлений *post factum*, ведущихся философией права и догмой права, тем более что разнообразные факторы (такие, как центростремительные тенденции, которые развиваются в каждом очаге юридического опыта, корпоративный дух и эгоистические проявления партикуляризма, переменчивая интенсивность юридического переживания, степень действительной эффективности вышестоящих нормативных фактов) оказываются способными не только значительно разнообразить проявления единства в правовой жизни, но и завуалировать, скрыть, полностью спрятать от чужих глаз подобное подразумеваемое виртуальное признание! Последующее теоретическое осмысление, осуществляемое философией права или наукой о праве и юридической социологией, может играть роль мощного фактора, консолидирующего и очищающего правовые верования и, таким образом, воздействующего непосредственно на сам юридический опыт.

Данный вывод приводит нас к последнему вопросу, на который мы предполагаем дать ответ в рамках настоящего исследования. Этим вопросом является конкретизация отношений между юридическим опытом (который служит общим и необходимым основанием для всех теоретических научных дисциплин, которые изучают право) и между философией права, юридической социологией и теорией права.

---

## Глава IV

# ФИЛОСОФИЯ ПРАВА, СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА И ДОГМА ПРАВА В СООТНОШЕНИИ К НЕПОСРЕДСТВЕННОМУ ЮРИДИЧЕСКОМУ ОПЫТУ

В начале настоящего исследования мы пытались продемонстрировать весьма строгую взаимозависимость философии права, социологии права и догмы права, которые всего лишь используют разными способами данные одного и того же юридического опыта, единственно способного позволить понять правовую действительность. Все эти научные дисциплины исследуют одну и ту же правовую действительность, непосредственно воспринимаемую в рамках описанного нами выше опыта.

Было бы совершенно неправильно, соглашаясь с Кельзеном, говорить, что в силу того, что всякая наука (в широком смысле этого слова) должна иметь свой собственный объект, конструируемый с помощью свойственного такой науке метода, три названные нами научные дисциплины не могут иметь никакой взаимосвязи. В связи с этим встает вопрос, могут ли быть упрямочены говорить о праве три указанные научные дисциплины и не нужно ли лишить этой возможности две из трех данных дисциплин? Позиция Кельзена основывается на рационалистическом отождествлении объекта, сконструированного в процессе познания и вторично конструируемого той или иной наукой с действительностью, которая может переживаться только непосредственно. Поэтому только для наивного концептуализма, брешь в котором пробита охарактеризованными нами новейшими теориями опыта, более или менее искусственная конструкция объекта науки заменяет собой действительность и, более того, может быть независимой от видения такой действительности, т. е. совершенно произвольной.

Мы же, напротив, полагаем, что специфические объекты познания, в большей или меньшей степени искусственно сконструированные мышлением, характеризующие философию права, социологию права и догму права, имеют право на существование при двух условиях: 1) быть жестко связанными с самой непосредственно переживаемой действительностью и 2) быть сконструированными во взаимосвязи с одним из секторов этой действительности. Поэтому для завершения предпринятого исследования нам важно конкретизировать, в чем же состоят и откуда происходят различные способы реконструирования непосредственных данных юридического опыта, различие которых дают начало философии права, социологии права и догме права.

### § 1. Философия права

В первую очередь отметим, что между тремя вышеназванными научными дисциплинами философия права занимает несколько особое положение в силу того, что именно на нее возложена задача осуществления инверсии и редукции, которые необходимы для очищения обыденного юридического

опыта от корки концепций и интересов путем актуализации непосредственного юридического переживания, скрытого в основании такого опыта. Вот почему первым призванием философии права является демонстрация неизбежной специфики юридического опыта по отношению к иным видам непосредственного интегрального опыта и прояснение, таким образом, критериев для различения между собственно данными этого опыта и данными иного вида. Первые опыты философии права, несмотря на их рефлексивный характер, все же не содержат в себе никакого конструктивного элемента и буквальном значении этого термина, поскольку в рамках тех опытов речь шла только о преодолении с помощью рефлексии сферы рассудочного или скорее о приближении к иной сфере, предшествующей сфере рассудочного. Работа по диалектическому реконструированию начинается там, где речь идет об определении критерия специфики непосредственно переживаемой правовой действительности; однако в данном случае конструктивный элемент оказывается полностью подчиненным интуиции.

Философия права вынуждена по-настоящему конструировать свой объект только с того момента, когда — после необходимых для приближения к потоку непосредственного юридического переживания процедур инверсии и редукции и после описания того критерия, который отличает правовую действительность от всех иных видов действительности, — она ставит вторую задачу, а именно верификацию объективности различных правовых ценностей, переживаемых в рамках бесконечного многообразия опытов, иными словами — интеграцию этих ценностей в некий целостный образ справедливости (который тем не менее всегда носит характер незавершенности и незаконченности). Таким образом, сконструированный, или скорее реконструированный, философией права объект ее изучения конкретизируется как система духовных элементов юридического опыта, и в частности как единство, имманентное множественности таких элементов.

Бесполезно напоминать, что для осуществления этих двух основных задач — задачи редуктивного описания специфики непосредственно юридического опыта и схватываемой в рамках такого опыта правовой действительности и задачи реконструкции образа справедливости по духовным элементам названного опыта — философия права должна опираться на многообразие проявлений действительно переживаемого обыденного юридического опыта, о содержании которых философии права достаточно полно могут поведать только юридическая социология и теория права.

Не менее очевидно и то, что таким образом понимаемая философия права не делает никаких дедукций и никаких предписаний. Она формулирует не ценностные суждения, а теоретические суждения по поводу переживаемых в действительности ценностей и их объективной очевидности, т. е. их способности быть интегрированными в бесконечную целостность справедливости. При этом философия права приступает к такой верификации только после детального изучения всех деталей партикуляризированных и локализованных ценностей, в реальности переживаемых в рамках различных цивилизаций, эпох, наций, социумов — бесконечно многообразных и изменчивых очагов юридического опыта. Такая философия права является по своей природе динамичной, конкретной, связанной с жизнью, за перипетиями которой она и следует.

Философия права, основанная на непосредственном юридическом опыте, который она актуализирует и делает доступным для сознания (тогда как юристы и социологи переживают такой опыт только бессознательно), может быть охарактеризована не только как плюралистическая, но и как *радикально-эмпирическая*, т. е. как *радикальный юридический эмпиризм*.

## § 2. Социология права

*Социология права* как изучение типичных образцов реального поведения и чувственно воспринимаемых социальных институтов,<sup>31</sup> соответствующих проявлениям юридического опыта, и *теория права* как систематическое изложение права, действующего в определенной социальной среде и в определенную историческую эпоху (эта дисциплина называется также догмой права), объединяются тем, что специфический объект изучения каждой из этих дисциплин оказывается полностью сконструированным, и тем, что отправной точкой для них является скорее обыденный юридический опыт, а не собственно непосредственный юридический опыт (очищенный через процедуры редукции и инверсии).

Социология права описывает позитивное содержание каждого из источников бесконечного разнообразия юридического опыта в той степени, в которой они выражаются в чувственно воспринимаемых фактах реального поведения и социальных институтов. Она связывает подобные виды поведения и институты вовне с другими социальными явлениями, интегрируя их в одну и ту же систему, в единое целое общественной жизни. Наконец, социология права исследует причины их происхождения, развития и упадка. Конструируемым социологией права объектом являются чувственно воспринимаемые выражения правовой действительности в ее многообразии.

Чтобы сконструировать свой объект и обнаружить типичные образцы реального поведения, имеющие позитивную или негативную связь с нормами права и с «нормативными фактами», социология права должна следовать путем интерпретации идеального смысла каждого из этих образцов поведения. Для такой интерпретации она должна обладать критерием, который может быть предоставлен только философией права. Иными словами, социология права, действующая путем отделения от правовой действительности чувственно воспринимаемого элемента типичных образцов реального поведения, которые реализуют правовые нормы или же нарушают их, — образцов поведения, которые выражают или же разрушают «нормативные факты», — должна бы заранее знать, в чем же состоит специфика юридического опыта и его данных. Она использует эти данные так, чтобы служить ориентиром для философии права и для теории права (в той социальной среде, в которой существует систематизированное право). Для того чтобы дойти до глубинного и порой завуалированного смысла реального правового поведения, социология права зачастую вынуждена добираться до предлогического

<sup>31</sup> Здесь при цитировании определения социологии Моссом и Фоконне (см. их статью в «Grande Encyclopédie») я употребляю термин «социальный институт» в значении, которое в него вкладывали эти мыслители, а не в том значении, в котором употребляет этот термин Ориу, — в последнем случае я заменяю термин «институт» на выражение «нормативный факт».

переживания, до правовых верований, до актов интуитивного признания, короче говоря, — до непосредственного юридического опыта той или иной социальной группы, и лишь философия права может предоставить в распоряжение социологии права процедуру инверсии и редукции.

Однако это отнюдь не препятствует тому, что именно добытые путем социологических исследований материалы дают и философии права, и теории права наиболее значимые отправные точки в их собственных исследованиях.

### § 3. Теория права

Теория права как объяснение и систематическое изложение права, действующего в определенной социальной среде, конструирует свой объект изучения совершенно иначе, чем социология права. После сведения данных используемого ею юридического опыта к кругу единственно опытного теории права отрывает от правовой действительности более или менее взаимосвязанную систему четких и реальных требований, систему действительных «нормативных смыслов». То, что в теории права называют «юридической конструкцией», состоит в определенном искусственном абстрагировании не только реальных образцов поведения, но и неустранимого плюрализма и динамизма, присущих всякой правовой действительности.

Подобное абстрагирование, степень которого весьма различается в зависимости от требований той или иной юридической техники, необходимо для того, чтобы сделать соответствующую систему действующего права более связной и через связность — более способной направлять деятельность судов. В этом смысле теория права оказывается наиболее конструктивной, наиболее статичной и наиболее концептуальной из всех трех рассматриваемых нами дисциплин. Вместе с тем она наиболее подвержена воздействию практических целей, т. е. наиболее приближена к техническим дисциплинам. Вот почему теорию права часто называют юридической техникой (Жезе) или даже догмой права.

Совершенно неправильно полагать, что систему «нормативных фактов», которую пытается абстрагировать теория права, можно охарактеризовать как чистое должествование и что она при этом может быть независимой от философии и социологии права, а также от данных юридического опыта. Кельзен, предлагая концепцию, чрезмерно догматизировавшую юридическую технику определенной социальной среды и определенной исторической эпохи под именем «чистая теория права» (*Reine Rechtslehre* (нем.)), совершенно не отдает себе отчета в том, что в теории права, несмотря на всевозможные искусственные абстракции, речь идет о действующем праве и что всякая абстракция предполагает критерий, по которому она сотворена.

Тем, кто в теории права видит некую технику, напомним, что, как и любая иная техническая дисциплина, юридическая техника должна опираться на те теоретические дисциплины, которые служат ей основой: не опирается ли медицина на физиологию и анатомию, а инженерное дело — на математику? Какие же иные должны быть теоретические дисциплины, на которые опирается юридическая техника, как не философия права и социология?

Нормативный смысл, который теория права абстрагирует из непосредственно переживаемых данных юридического опыта, не может быть «чистым должествованием» лишь потому, что он не автономен; что его обязывающая сила зависит от реального действия компетентного правотворящего авторитета, на который этот смысл опирается; что его содержание целиком формируется существующей правовой действительностью (либо в ретроспективном, либо в проспективном аспекте). То, что теория права действует лишь на основе элементов, являющихся и нормативными, и позитивными; проблема позитивности права, которую теория права должна систематизировать; вопрос о критериях такой позитивности и об источниках права — все это ставит теорию права в неразрывную связь с философией и социологией права.

Необходимо отдавать отчет и в том, что критерий, по которому происходит процесс выделения нормативного смысла из целостной правовой действительности, и принципы, упорядочивающие систему, которую теория права претендует сконструировать, могут быть заимствованы только из философского исследования специфики юридического опыта и из особенности каждого из его конкретных элементов (иначе возникает опасность впасть в произвол или попасть на службу интересам сильных мира сего). Цель юридической техники (поскольку всякая техника имеет свою цель) может быть объективно установлена только путем философской рефлексии по поводу индивидуализированного и партикуляризированного аспекта справедливости, переживаемого в рамках данного конкретного юридического опыта (размышления о «духе законов»). Изменчивость юридического опыта и переживаемых аспектов справедливости с очевидностью предполагает определенную изменчивость соответствующих технических приемов.

Постольку, поскольку практикующие юристы сознательно или бессознательно служат только эгоистическим интересам сильных мира сего и в то же время отказываются обращаться за помощью к философии права, они напрямую черпают критерии своей работы, цели своих технических приемов в непосредственном опыте восприятия (случайного или идеального) ценностей в рамках их повседневного, обыденного юридического опыта.

Необходимо, наконец, учитывать и то, что для эффективного судопроизводства и для облегчения применения действующего права ко всякому делу, подлежащему рассмотрению в судах, теория права должна постоянно пытаться сделать систему «нормативных смыслов» более гибкой и эластичной по отношению к живой и находящейся в постоянном движении правовой действительности. Очевидно, что теория права не может преуспеть в данном деле без содействия социологии права. Это еще раз показывает, что теория права находится в необходимой зависимости от социологии права.

Проделанный нами анализ ясно показывает, что из трех научных дисциплин, изучающих право, теория права наиболее предрасположена к утрате связи с непосредственным юридическим опытом. Это приводит к тому, что используемая той или иной исторической эпохой техника систематизации, конструирования и унификации (преследуя конкретную и, возможно, легитимную цель с точки зрения той сферы юридического опыта, в которой зародилась эта техника) настолько отстает от живой правовой действительности и эмоционально окрашенных целей, которые откладывают отпечаток на работе

судьи, что она совершенно не в состоянии понять и изложить существующее в действительности право.

Там, где отставание указанной техники становится слишком очевидным, где разделяющая теорию и практику пропасть увеличивается в размерах, где встает на повестку дня поиск «новых приемов юридической техники»<sup>32</sup> (что имеет место в нашу эпоху), задачей философии и социологии права становится проявление инициативы в обновлении правовой теории. Именно эти научные дисциплины призваны сделать теорию права максимально динамичной для того, чтобы как можно более приблизить ее к переживаемому в действительности непосредственному юридическому опыту. По существу, это единственное средство сохранить за «теорией права» ее значение, которое она сегодня все более и более рискует утратить.

Таким образом, мы видим, что последним источником всякого действительного знания в сфере права, единственной королевской дорогой к постижению правовой действительности является непосредственный юридический опыт, который делает взаимозависимыми те три научные дисциплины, которые исследуют этот опыт и его данные.

---

<sup>32</sup> См. превосходные исследования Гастона Морена: *Morin G.* 1) *Vers la révision de la technique juridique* // *Archives de Philosophie de Droit*. 1931. № 1–2 и 2) *Le rôle de la doctrine dans l'élaboration du Droit positif* (*Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit*. Vol. 1. 1934–1935), а также его книги: *Morin G.* 1) *La révolte des faits contre le Code* (1920) и 2) *La loi et le contrat, La decadence de leur souveraineté* (1926).

---

## Часть II

### Глава I ИДЕЯ СПРАВЕДЛИВОСТИ

#### § 1. Общие положения

Термин «справедливость» обычно используется в двух различных значениях: 1) последовательное осуществление действующего права и борьба против всякого произвольного нарушения права; 2) идеальный элемент всякого права, «идея», которой служат. И лишь исходя из второго значения рассматриваемого нами термина можно сформулировать научное понятие справедливости.

Учитывая тесную взаимосвязь понятий права и справедливости, в тех случаях, когда отсутствует дифференциация права от совокупности моральных, религиозных и иных норм, и в тех случаях, когда исследователь примыкает к философским концепциям, в рамках которых подобная дифференциация оказывается невозможной, термин «справедливость» (даже взятый во втором из указанных значений) понимается в слишком широком смысле и обозначает всю нравственность в целом. И лишь при условии установления четкого разграничения между моральным идеалом, идеалом религиозным и справедливостью оказывается возможным четко определить само понятие справедливости.

#### § 2. История идеи справедливости

С этой точки зрения оказывается весьма полезным проследить историческое развитие идеи справедливости. У примитивных народов религиозные концепции (особенно в том, что касается существования души после смерти и ее судьбы) совершенно не основывались на чувстве справедливости — земное поведение не играло никакой роли в той участи, которая была уготована душе. Разумеется, это не говорит о том, что религиозные представления не испытывали влияния со стороны идеи справедливости первобытных народов. Поскольку вся ментальность и вся жизнь этих народов были проникнуты подобными представлениями, то распространенная среди них идея справедливости была полностью подчинена мистическим действиям, таким, как ордалии, человеческие жертвоприношения и табу.

В древнегреческой цивилизации две концепции справедливости противостояли друг другу: народная концепция, выраженная в трагедиях, и философская концепция, конкретизированная Платоном и Аристотелем. Народная

концепция, делая богов хранителями человеческой справедливости, прежде всего заключалась в подчинении своей судьбе, не требовала при этом, чтобы боги соблюдали свои законы. С точки зрения социологии важным в данной языческой концепции справедливости представляется разграничение двух видов справедливости в ее применении к человеческим отношениям: *Темис*, справедливость внутри социальной жизни группы, справедливость поведенческого плана, которая совпадала с самим социальным институтом; и *Дике*, внешняя по отношению к социальной жизни группы справедливость, *межгрупповая* (межсемейная, межличностная) справедливость.

Освободив идею справедливости от связи с народной религией, Платон и Аристотель не проводили последовательного различия между справедливостью и нравственностью. Это было следствием их односторонне универсалистской концепции, которая вела к отождествлению нравственности и философии права. Согласно Платону, справедливостью является высшая добродетель, которая устанавливает гармонию между всеми остальными добродетелями. Но поскольку индивидуальные достоинства являются всего лишь уменьшенными отображениями достоинств социального Целого, у Платона — «тождественного государству», то для познания того, что есть справедливость, необходимо обратиться к описанию гармонии, существующей внутри государства.

Гармония в рамках государства (или справедливость) состоит в том, что каждый выполняет задачу, которую ему диктует необходимость сохранения Целого, т. е. гармония обуславливает роль отдельного органа в едином целом.

Аристотель модифицировал эту чисто иерархическую концепцию справедливости и предположил, что справедливость подразумевает определенную меру равенства; при этом такая справедливость может быть арифметической или геометрической: первая основана на тождественности, а вторая — на пропорциональности и эквивалентности. Арифметическое равенство служит основой для *уравнивающей справедливости*, а равенство геометрическое — для *распределяющей справедливости* (каждому по заслугам). Последняя относится к компетенции законодателя, тогда как первая — дело судьи; политические права и имущественные блага должны быть разделены согласно принципам распределяющей справедливости, тогда как наказания должны налагаться, а материальные убытки возмещаться по правилам уравнивающей справедливости.

Поскольку у Аристотеля высшим критерием блага является золотая середина, или равновесие, то обнаруживается и третий аспект справедливости: справедливость как подвижная система, соотносящая распределяющую справедливость и уравнивающую справедливость, отношения между которыми чем-то напоминают противопоставление *Темис* и *Дике* в представлениях народа, хотя и не совпадают с ним полностью.

У стоиков справедливость постепенно смешивалась с общим законом мироздания, которому должны в равной степени подчиняться все индивиды, рассматриваемые в качестве абстрактных и идентичных представителей рода человеческого. Данная концепция представляет собой переход к индивидуализму римских юристов, которые с философской точки зрения использовали идеи стоицизма. Определение Дигест (1, 10) «*justitia est constans et perpetua*

*voluntas jus suum cuique tribuendi*» (лат. — справедливость есть постоянная и неизменная воля воздавать каждому свое. — Прим. пер.) демонстрирует скорее уравнивающий аспект справедливости, впрочем, смешивая его с более близким практике значением термина «справедливость», понимаемым как последовательное осуществление действующего права.

Развитие идеи справедливости у древнееврейских пророков может рассматриваться как подготовительный этап к возникновению христианских теорий справедливости. У иудеев идея справедливости проходит через три отдельные стадии, соответствующие трем этапам существования Иудеи: а) социальная справедливость, формулируемая и санкционируемая Богом; б) религиозная справедливость; в) справедливость эсхатологического порядка. Перед первым пленением иудеев справедливость рассматривалась как идеальный принцип, в основе которого лежало учение Ягве и который в социальных отношениях должен был проявлять себя через благожелательность, честность и преданность. В период пленения иудеев идея справедливости утвердилась как строгое соблюдение божественных законов и предписаний, как безусловная преданность обрядам — фарисейская справедливость. Наконец, после периода пленения справедливость стала обозначать у пророков вхождение народа Израиля в благодать Божию — справедливость спасения, мира и небесного блаженства, что особенно напоминает концепцию справедливости у Отцов Церкви вплоть до св. Августина.

Новшество, привнесенное христианством в концепцию справедливости, состояло в ограничении справедливости милосердием и любовью. Справедливость остается полностью теологическим и даже эсхатологическим понятием, но при этом, как полностью основанная на благодати, она в определенной степени отделяется от нравственности, представляющей собой несравненно более эффективный аспект милосердия и любви. Подобная справедливость, обуздываемая нравственностью, по учению св. Августина, сама по себе может быть осуществлена лишь в Граде Божиим (*Civitas Dei* (лат.)), поскольку представляет собой гармонию *Corpus mysticum* (лат. — мистического тела (Церкви. — Прим. пер.)), охватывающего и землю, и небо.

Поскольку видимым проявлением *Civitas Dei* является Церковь, то лишь последняя может быть опорой справедливости на земле. Независимое от Церкви государство не имеет никакого отношения к справедливости; оно является *latrocinium bene fundatum* (лат. — хорошо обоснованным разбоем. — Прим. пер.) и в принципе не отличается от шайки разбойников. Развивая аристотелевскую традицию, св. Фома Аквинский вносит весьма значительные изменения в разработанную Отцами Церкви теорию справедливости. Он четко разграничивает *lumens naturale* (лат. — естественный свет. — Прим. пер.), принадлежащий человеку, от *lumens divinum* (лат. — Божественного света. — Прим. пер.) и, следовательно, *lex naturalis* (лат. — естественное право. — Прим. пер.) от *lex aeterna* (лат. — вечного права. — Прим. пер.), т. е. разграничивает человеческую справедливость и справедливость Божественную. При таких обстоятельствах опорой справедливости могут быть, кроме Церкви, и иные организации, и в частности государство; однако Церковь, являясь проявлением *lex aeterna*, обладает верховенством.

По мнению св. Фомы Аквинского так же, как и по мнению Аристотеля, человеческая справедливость разделяется на справедливость распределяющую и справедливость уравнивающую; но у св. Фомы значение этих терминов несколько отличается от того смысла, который вкладывал в них Аристотель. Уравнивающая справедливость в данном случае является справедливостью в области обмена и договора — индивидуалистической справедливостью. Распределяющая же справедливость здесь понимается в более иерархичном плане, чем у Аристотеля, поскольку государство, гармоничное устройство которого обеспечивается данным видом справедливости, трактуется св. Фомой не в качестве сложной и объективно существующей системы равновесия, а как творение распорядительной власти, насаждаемое соответствующей общности сверху.

Наиболее интересным элементом теории справедливости у Аквината является то, что она представляет собой первый шаг к секуляризации идеи справедливости. И именно ученики св. Фомы, такие, как Биль,<sup>xi</sup> Альмеп и особенно Васкез,<sup>xii</sup> основываясь на концепции подчинения Божественной воли неизменному Божественному разуму, равно как и на концепции разграничения *lumens divinum* и *lumens naturale*, первыми осознали, что справедливость существовала бы даже, если бы не было Бога, — тезис, ставший знаменитым в XVII в. благодаря Гуго Гроцию.

Полная же секуляризация идеи справедливости завершилась только после освобождающей миссии эпохи Возрождения, где образ мира стал более плюралистичным, дорога к спасению перенесена в сферу сугубо человеческой и мирской деятельности, а человеческое общество стало автономным по отношению к *Corpus mysticum*. Окончательные выводы из философии Возрождения сформулировала отнюдь не школа естественного права XVII–XVIII вв. Религиозная реформа и вызванные ею политические баталии способствовали в XVI в. скорее определенному укреплению теологических концепций справедливости. Это особенно относится к теории монархомахов, которые предписывали справедливость непосредственно Божественной воле, активно вторгающейся в отношения между властью и подвластными. Договор о подчинении (*factum subjectionis* (лат.)), который еще теологи Средневековья делали основой всяческой власти, рассматривался монархомахами как скрепленный печатью самого Бога. Поэтому нарушение такого договора со стороны монарха является оскорблением самого Бога, бунтом против Божественной справедливости, что ставит монарха вне закона.

Следовательно, скрепленный Богом договор между народом и правительством является воплощением справедливости, а все посягающие на такой договор действия и законы несправедливы. Хотя монархомахи и не были индивидуалистами (так как подчиняющийся в данном случае народ рассматривался в качестве предсуществующего Целого), однако связь идеи справедливости с принципом договора уже напоминает о индивидуалистических теориях справедливости, доминировавших в XVII–XVIII вв.

Утверждающаяся в эту эпоху «школа естественного права» получила такое название прежде всего благодаря тому, что она основывала всякое суждение о справедливости на существующей для естественного человеческого разума очевидности и противопоставляла себя всяческому «сверхъестественному»

суждению в данной сфере. Необходимо четко различать два направления в рассматриваемой «школе естественного права»: индивидуалистическое направление (наиболее известное и влиятельное), развиваемое Гоббсом, Пуфендорфом, Локком, Руссо и Кантом, и социальное, универалистское направление, наиболее выдающимися представителями которого были Гроций, Лейбниц, Вольф, Неттельблатт и физиократы.<sup>33</sup> В рамках этих направлений, в равной степени бывших рационалистическими и секуляризованными, представления о справедливости весьма существенно различались.

Обойдем в рамках нашего исследования Гоббса и Локка, чей механистический и натуралистический индивидуализм привел к отождествлению справедливости и распорядительной воли государства. Их преемники — Локк, Руссо и Кант — обнаружили сущность справедливости в *синтезе свободы и равенства*. Все противоречащие этим принципам законы и объективно существующие социальные институты рассматривались как несправедливые и, следовательно, незаконные; к таковым относились пережитки феодального режима, абсолютная монархия, сословные привилегии. Справедливость в обществе может быть, согласно этому учению, осуществлена только путем дедукции всего общественного порядка из некоего презюмируемого соглашения о присоединении (*pactum conjunctionis* (лат.)), который гарантировал присущие человеку свободу и равенство. Отсюда справедливость представляется не столько объективно существующим порядком, сколько продуктом субъективного сознания, одинакового у всех индивидов — наиболее ярко это выражено у Руссо.

Для Руссо идея справедливости совпадает с принципом «всеобщей воли», которую нельзя путать с волей народа (ни с волей большинства, ни с волей всех), и представляет собой существующее «внутри каждого индивида» чистое правосознание, «которое рассуждает во время молчания страстей». Если индивид обнаруживает, что законы и весь публичный правопорядок в целом противоречат его представлению о справедливости, т. е. его «всеобщей воле» (только осуществление которой и ведет к установлению свободы и справедливости), то он освобождается от обязанности повиновения. Идея справедливости, таким образом, обретает явно выраженный революционный оборот, в чем-то даже анархичный. Такая идея посредством обращения к индивидуальному сознанию, рассматриваемому в качестве последнего основания справедливости, грозит разрушить социальную взаимосвязь. Здесь действительно предполагается, что все индивиды обладают тождественным представлением о справедливости (отсюда и термин «всеобщая воля»), а демократический эгалитарный режим рассматривается как гарантия естественного совпадения закона и справедливости, воплощенной в данной каждому «всеобщей воле». Поэтому если следовать в своих рассуждениях индивидуализму и субъективизму этой теории справедливости, то результатом будет распад общества в случае конфликта.

У Канта индивидуалистическая теория привела к полному разделению справедливости и нравственности — разделению, предвосхищенному уже

<sup>33</sup> По этому вопросу см. мою книгу «Идея социального права и современность» (С. 171–260).

Пуфендорфом. Поскольку справедливость связана с общественной жизнью, а последняя сама по себе не имеет прямой позитивной ценности и, следовательно, оказывается ограниченной внешними отношениями между индивидами, то справедливость сводится к регламентации внешних действий индивидов, а нравственность ограничивается исключительно оценкой внутренних движений души. Отсюда проистекает и знаменитое определение справедливости: «Действуй так, чтобы свобода твоего произвола была бы совместима со всеобщим законом свободы каждого», — или короче: «Справедливость является внешней свободой каждого, ограниченной свободой всех остальных». Такое определение имеет бесспорную ценность, поскольку его принципиальной основой является неподчинение внутренней жизни человека, его религиозных верований и взглядов всякому вмешательству со стороны социальной власти; и Кант находит четкую демаркационную линию между нравственностью и справедливостью с тем, чтобы последняя не имела ни малейшего повода для подобного вмешательства. При этом стремление Канта к полному разделению нравственности и справедливости представляется явно порочным и опасным. Справедливость он рассматривает как исключительно внешний сдерживающий фактор, навязываемый разрозненным волям; такая справедливость заставляет избегать конфликтов, но отнюдь не организовывать действия сообща. И кем же может быть навязан такой внешний сдерживатель, действующий исключительно извне, как не некоей доминирующей над всеми остальными волями высшей волей, представляющей собой в данном случае разновидность механической силы? Поэтому совсем не случайно, что в вопросе практического применения теории справедливости Кант отчетливо приближается к Гоббсу: индивидуалистическая теория справедливости автоматически становится эгзистенциальной.

Совершенно иное направление развития приняла теория справедливости в социальном направлении школы естественного права. Разрабатывая новую концепцию социального целого как совместного действия одаренных разумом существ, Гроций, Лейбниц и их преемники определили справедливость как *custodia societatis*, «*justum est quod societatem ratione utentium perficit*» (лат. — социальную привычку, «справедливо то, что разумно совершенствует общество». — Прим. пер.). Справедливость кладет конец конфликту между индивидуальным и всеобщим, микро- и макрокосмом и образует синтез Целого и его частей. Вот почему справедливость по своей природе является *justitia communis* (лат. — общей справедливостью. — Прим. пер.), примиряющей в себе и превосходящей «принципы уравнивания, распределения и универсализации».

Оставаясь рациональной и секулярной, справедливость тем не менее не является субъективной: она навязывает себя отдельным сознаниям как объективная система равновесия между ними и превосходит собой всякую волю, индивидуальную или коллективную, — подобная воля должна встать на службу объективной справедливости. Четкое разграничение нравственности и справедливости не должно, по мнению Лейбница и его последователей, привести к полному разделению этих двух сфер. Справедливость — «благодеяние, соответствующее мудрости». Она представляет собой интеллектуализацию и логизацию нравственного благодеяния. «*Justitia hominis affectum erga*

*hominem ratione moderatur*) (лат. — человеческая справедливость умеряется разумом. — *Прим. пер.*); она занимает промежуточное положение между любовью и разумом, или логическим расчетом.

Рассматриваемая теория справедливости, которая, несомненно, заслуживает названия социальной и которая будет продолжена в различных аспектах рядом мыслителей в XIX–XX вв., позволяет, в частности, рассматривать каждую социальную общность и группу как сферу осуществления справедливости, не приписывая государству никакой особой в этом заслуги. Именно в этом аспекте Гроций, Лейбниц и Вольф внесли особый вклад в развитие идеи международной справедливости, обуславливающей сотрудничество и мир в сверхгосударственном сообществе.

Первые социалистические доктрины XIX в. основывали свою критику неравенства и экономической неупорядоченности отнюдь не на идее справедливости, которая казалась им проистекающим из индивидуалистических предпосылок призраком, а непосредственно на идеях любви, братства, счастья, технологии или экономического процветания. Ту же самую враждебную идею справедливости и права тенденцию можно наблюдать, с одной стороны, у Огюста Конта, а с другой — у Карла Маркса. Однако при этом подоплекой развораживаемой социалистами критики был поиск более глубокой справедливости — не только формальной, но и материальной; справедливости, учитывающей конкретную экономическую ситуацию.

Наиболее объемная из посвященных идее справедливости работ — «Справедливость в революции и в Церкви» Прудона в 6 томах. Прудон предполагает социализировать саму идею справедливости и, таким образом, примыкает (через Фихте и Краузе,<sup>XIII</sup> чьи исследования шли в том же направлении) к направлению идеи социальной справедливости, основанному Лейбницем. Справедливость, по Прудону, является промежуточным звеном между коллективными силами и идеальной общностью сознаний (общественный Дух); именно с ее помощью происходит примирение индивида и Целого, в равной степени действительных; устанавливается равновесие между персональными и трансперсональными ценностями, в равной степени позитивными.

Справедливость одновременно и объективна, и субъективна; и реальна, и формальна — она скорее возвышается над этими противоположностями, поскольку интегрирует индивидов в *антииерархический* трансперсональный порядок, в котором каждый индивид утверждает собственное достоинство как неотъемлемый член общности, несводимой к сумме своих частей.

Справедливость требует осуществления такого порядка, который не был бы «ни коммунизмом, ни деспотизмом, ни раздробленностью, ни анархией, а свободой в рамках порядка и независимостью в единстве». Наиболее близко подойти к справедливости можно через «мутуализм» — позитивную взаимопомощь ассоциаций сотрудничества и их федераций, через гуманизацию собственности посредством ее трансформации в социальную функцию, осуществляемую сособственниками и соучредителями, наконец, через ограничение государства благодаря организованному экономическому сообществу. Такая справедливость является позитивной и динамичной; она «с полнотой и достоверностью» обеспечивает все то, что справедливость в древности просто допускала, при этом рассматриваемая справедливость учитывает и индустриальную мобильность.

Прудоновская концепция справедливости в равной мере оказала воздействие и на реформистский социализм Жореса, и на неолиберальную доктрину французских солидаристов. Действительно, пытаясь «внедрить братство в справедливость» и «юридизировать социальный долг», солидаристы думали не столько о том, чтобы преодолеть индивидуализм и этатизм, сколько о том, чтобы внести коррективы в «применение уравнивающей справедливости», принимая во внимание фактически существующую солидарность и неравенство условий. Для того чтобы осуществить справедливость, «первым делом нужно установить равновесие... уравнивание в положении разных членов общества», что происходит через социальное законодательство государства: защита женщин и детей, прогрессивные налоги на доходы и т. п.

Весьма похожую позицию применительно к концепции справедливости занимали англосаксонские неолибералы (например, Г. Самуэль, Ллойд Джордж<sup>XIV</sup>), которые требовали установления равенства в исходном положении, а с этой целью — и минимального «жизненного стандарта». Задолго до неолиберализма утилитаристская теория Д. С. Милля, пытавшегося представить справедливость как «наиболее важные и наиболее привилегированные социальные пользы», провозглашала, применительно к содержанию справедливости, индивидуализм, отождествляющий справедливость и утверждение свободы каждого (оказывающейся несовместимой с эгалитаристским нивелированием. Г. Спенсер,<sup>XV</sup> общим принципом философии которого была «интеграция через дифференциацию» (этот принцип, кажется, мог не только примирить натуралистический эволюционизм и идеал справедливости, но и сделать последний социальным), пришел к очень схожим с кантовскими выводам — на что было указано Мэйтлендом и что должен был признать сам Спенсер. При этом Спенсер, основываясь на естественном законе «выживания наиболее приспособленных и наиболее сильных», боролся против идеи социальной политики, задача которой заключается в поддержке малоимущих и неблагополучных.

В наше время, в первые десятилетия XX в., наблюдается возвращение к более активному исследованию идеи справедливости, благодаря «возрождению естественного права» и движению в защиту «свободного и живого права»; кроме того, все настойчивее ставится проблема применения справедливости в международной сфере, в рамках надгосударственного международного сообщества.

Создание новых институтов международного права, и особенно Постоянного международного суда, может лишь усилить интерес к данной проблематике. Что касается движения в защиту живого права и свободного усмотрения судьбы, то в данном случае речь идет не столько о собственно справедливости, сколько о правосудии (*Billigkeit* (нем.)), которое состоит в тщательном разбирательстве конкретного дела и в способности к индивидуализации — о процедуре, которую уже Аристотель отличал от справедливости.

### § 3. Общие выводы

Проблема справедливости возникает только тогда, когда допускается возможность конфликта между равнозначными нравственными ценностями. Справедливость в силу своей природы предполагает существование конфликтов; она призвана гармонизировать антиномии: в гармоничном самом по

себе порядке, например в обществе ангелов или святых, справедливость не нужна и бесполезна. Вместе с тем простого силового конфликта недостаточно для возникновения проблемы справедливости: для этого необходим конфликт между несводимыми друг к другу позитивными и вневременными ценностями. И только принцип синтеза индивидуализма и универсализма, в рамках которого исключается любая тенденция к редукции априорных ценностей Целого и личностных ценностей друг к другу, но постулируется их равнозначность, позволяет понять проблему справедливости во всей ее полноте. И лишь в моральном идеале синтез индивидуализма и универсализма предполагает совершенную гармонию персональных и трансперсональных ценностей, но такая гармония не существует применительно к их осуществлению в действительности — здесь и встает вопрос о справедливости. *Справедливость призвана к предварительному примирению действительного конфликта между персональными и трансперсональными ценностями, рассматриваемыми в качестве равнозначных.* Справедливость ни полностью гетерогенна моральному идеалу, ни тождественна этому идеалу. Она является основным орудием осуществления морального идеала, абсолютно необходимым и данным априори условием этого. Справедливость неразрывно связана с моральным идеалом; она зажигается от этого идеала благодаря процессу вербализации; она опоясывает моральный идеал как его априорная оболочка, чья защита позволяет моральному идеалу раскрыть содержащиеся в нем богатые и сложные переплетения конкретной индивидуальности. Неразрывно связанная с моральным идеалом справедливость коренным образом отличается от него своей внутренней структурой, и именно благодаря этой структуре справедливость оказывается в состоянии играть возложенную на нее роль. Как впервые четко констатировал Фихте, справедливость представляет собой этап в рационализации и редукции морального идеала к определенному количественному аспекту, при этом сам по себе моральный идеал остается иррациональным (алогичным).<sup>34</sup>

Моральный идеал доступен только через действие, через волящую интуицию, заключающуюся в участии в трансперсональном потоке чистой, креативной деятельности, где каждый должен действовать своеобразно, отлично от других и тем самым находить свое место в единстве творческой деятельности. Иными словами, справедливость охлаждает пыл морального идеала, заставляя его пройти через логическое опосредование. Она тормозит интуицию-действие и смешивает ее с интеллектуальной интуицией. *Справедливость расположена на полпути между нравственностью и логикой.* Акт, через который открывается справедливость, сводится не к интуиции-действию, а к бесстрастному признанию ее ценности. Система таких актов признания и образует *юридический опыт*; переживаемые в нем ценности являются производными от ценностей нравственных. Посредством таких актов признания,<sup>35</sup> на которых заметен глубокий отпечаток интеллектуальных элементов психики, происходит логизация и абстрагирование иррациональных качеств

<sup>34</sup> Более подробное изложение этой проблемы смотри в моей работе «Идея социального права» (С. 95–113).

<sup>35</sup> Ниже, в разделе 3, см. мои соображения по поводу юридического опыта.

морального идеала. В рамках справедливости на место строго индивидуализированных предписаний морального идеала приходит общее правило; на место несопоставимых друг с другом субъектов должностования — элементы типологии; на место творческого действия — определенная схематичная стабильность; на место системы чистых качеств — количественный элемент. И как раз под прикрытием этих параметров общности, стабильности, количественности, поставленных справедливостью на службу моральному идеалу, последний и обнаруживает все свои творческие силы.

Результатом логизации морального идеала, воплощаемого справедливостью, является то, что отношение между справедливостью и правом оказывается совершенно иным, чем отношение между моральным идеалом и эмпирической моралью. Такое отношение между справедливостью и правом напоминает скорее отношение между логической категорией и создаваемым данной категорией объектом. *Справедливость играет роль скорее Логоса права, чем его идеала.* Моральный идеал по своей сути (как не поддающийся осуществлению) противостоит эмпирической морали и не может воплотиться в последней: в силу своей природы он может осуществлять только «регулятивную» функцию по отношению к нравственной жизни. И наоборот, справедливость, неся на себе глубокий отпечаток логики, обладает способностью напрямую создавать право: она не столько противопоставляет себя праву, сколько создает его. Справедливость не может служить основой для критики и оценки права, поскольку является одним из его элементов. Если же подобные критика и оценка и имеют место, то только благодаря чрезвычайно сложному положению, которое занимает справедливость как посредующее звено между логическими категориями и моральным идеалом. В то же время было бы совершенно неверным отождествлять справедливость и естественное право. При подобном отождествлении, не признававшимся, впрочем, большинством теоретиков традиционного естественного права, допускается тройная ошибка: 1) справедливость возводится в тот же ранг, что и моральный идеал; 2) предполагается возможным вывести из этого идеала право и 3) отождествить правовую действительность с критерием ее оценки. Если бы и было возможным допустить существование некоего «естественного права», то такое право в той же степени, что и право позитивное, должно было бы представлять собой попытку осуществить справедливость в определенной социальной среде и, следовательно, отличаться от самой справедливости.

Выводить право из справедливости, по существу, столь же бесполезно, что и выводиться из логической категории конституируемый ею объект; как в сферу восприятия должно вторгаться ощущение, так и в сфере права должно иметь место сопротивление эмпирической социальной среды.<sup>36</sup>

Настоящее призвание идеи справедливости состоит в том, чтобы служить сущностной основой любого общего определения права. В этом смысле теория справедливости является основной и первостепенной частью философии права. Из характерной особенности права как логизации морального

<sup>36</sup> Развитие рассуждений по этому поводу см. в следующем разделе «Естественное право или интуитивное позитивное право?».

идеала вытекает, что право (эта попытка осуществления справедливости в заданной социальной среде) обладает строго определенным и типичным характером, что правовые предписания ограничены и что в силу этого притязаниям одних лиц корреспондируют четко определенные обязанности других, т. е. то, что структура права является многосторонней и императивно-атрибутивной, тогда как структура нравственности императивна и односторонна,<sup>37</sup> а нравственные предписания беспредельны и строго индивидуализированы. Отсюда проистекают и иные различия права и морали: во-первых, это строго позитивный характер правовых норм, что дает гарантию совпадения притязаний одних и обязанностей других — подобная необходимая гарантия делает невозможным существование чисто автономного права; во-вторых, это способность права сопровождаться принуждением, что полностью исключено для сферы нравственности.

Помимо своей роли как основы для общего определения права, идея справедливости играет и иную роль, не имеющую ничего общего с оценкой и критикой действующего права. Определенный аспект справедливости, переживаемый в одной из сфер юридического опыта, служит для занимающихся толкованием права юристов отправной точкой в их труде по систематизации и относительной унификации действующего права. Поскольку «правовая наука» («юридическая техника») имеет отношение к миру абстрактных «нормативных смыслов» живой правовой действительности, то критерий для подобного абстрагирования, равно как и критерий для относительного упорядочивания рассматриваемой системы, объективно не может быть установлен без опоры на идею справедливости либо на тот аспект, в котором она переживается в исследуемой социальной среде.<sup>38</sup>

Отсюда видно, какую важность имеет теория справедливости для формулирования общего понятия права и для разработки системы действующего позитивного права. Отметим при этом, что подобная важность заключается отнюдь не в способности идеи справедливости служить принципом критики или обновления, а исключительно в принадлежащей этой идее роли принципа понимания действующего позитивного права.

---

<sup>37</sup> Первым установил данное различие Л. И. Петражицкий, основывая свою теорию на описании специфики непосредственных данных юридического опыта; см. ниже мой очерк о Петражицком.

<sup>38</sup> См. ниже мой очерк об юридическом опыте: подразделы III и IV.

---

## Глава II

# ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО ИЛИ ИНТУИТИВНОЕ ПОЗИТИВНОЕ ПРАВО

### § 1. Введение

Естественным является право, рассматриваемое как производное от природы человека или общества, независимо от его фиксации, например в соглашениях, законодательстве и т. п. Проблема естественного права столь же стара, как и правовая мысль. Данная проблема — лишь отражение антиномичного характера сферы права, где сталкиваются действительность и ценность, факт и идея, эмпиризм и априоризм, автономия и гетерономия, стабильность существующего порядка и динамизм нравственного прогресса, безопасность и справедливость, общественная необходимость и идеал, наконец, жесткая структура организации и спонтанность жизни.

В каждом из этих разнообразных аспектов естественное право обретает особое значение, и с точки зрения научной систематики так же, как и с исторической точки зрения, необходимо различать множественность значений данного термина, среди которых наиболее важными являются следующие:

- нравственное оправдание любого права;
- априорный элемент всякого права;
- правовой идеал и критика действующего позитивного права с точки зрения данного идеала;
- неизменные нормы права, противопоставляемые изменяющимся правовым нормам;
- автономное право, чья действительность проистекает непосредственно из какой-либо ценности;
- спонтанное право (живое или свободное право), противопоставляющее себя заранее фиксированному государством или иной общественной организацией праву.

Большинство теоретиков естественного права не проводят четких границы между этими различными значениями, что приводит к некоторой двусмысленности данного термина.

Такая двусмысленность еще более возрастает из-за неоднозначности смысловых значений, которые могут иметь термины «*природа*» и «*естественное*». Например, термин «*природа*» используется для обозначения универсума (объекта естественных наук), некоего нормального состояния, противопоставленного патологическому, некоей идеальной сущности вещи, в конце концов, спонтанной и бессознательной жизни, в отличие от всего того, что является искусственным, рассудочным и волевым.

Наряду со значением *природного*, термин «*естественное*» имеет также и следующие значения: естественное, противопоставляемое сверхъестественному, откровению; естественное, понимаемое как *естественный смысл*, или очевидность; естественное как противопоставляемое по своей сути всему тому, что создано трудом; естественное, противопоставленное общественному; наконец, естественность, противопоставляемая принуждению.

Таким образом, то строго определенное значение, которое приписывают данному термину сторонники естественного права, оказывается чрезвычайно изменчивым. Например, стоики и некоторые из римских правоведов понимали под естественным правом право, соответствующее универсальному природному порядку, в некоторых случаях распространяющее свое действие даже на животных; так, Гоббс, а затем и Спиноза отождествляли естественное право с природной силой (*Per jus naturae intelligo ipsas naturae leges... hic est ipsam naturae potentiam* (лат. — через естественное право я постигаю сами законы природы... в них скрыта вся природная сила. — *Прим. пер.*); Платон и Кант выводили естественное право из морального идеала; Локк связывал его с гармоничным состоянием невинности; Руссо тщательно отграничивал «инстинктивное естественное право» от «рассудочного естественного права»; Аристотель, Лейбниц и Вольф извлекали естественное право из субстанции существующего общества; наконец, Фихте считал это право априорной логической формой, конституирующей всякое право (*Vernunftrecht* (нем.) — разумное право. — *Прим. пер.*).

Тем общим, что объединяет все эти подходы к пониманию естественного права, не говоря об ином, является тенденция к дуализму, заключающаяся в стремлении разрешить многочисленные антиномии, характеризующие сферу права, путем полного разделения находящихся в противостоянии элементов и помещения таких элементов в две отграниченные друг от друга системы права: права как естественного явления и искусственного права; идеального и реального права; неизменного и изменяющегося права; априорного и эмпирического права.

Вот почему одной из наиболее актуальных проблем для любой теории естественного права является проблема поиска критериев, по которым должны были быть разрешены указанные конфликты (всегда возможные) между естественным и позитивным правом.

Можно выделить три различные системы, в рамках которых по-разному разрешался конфликт между позитивным правопорядком и естественным правопорядком.

Сущность первой из этих систем заключается в признании верховенства естественного права, т. е. в случае конфликта позитивное право аннулируется правом естественным; эту революционную концепцию действия естественного права можно с различными нюансами и особенностями наблюдать у Локка и Руссо, равно как и у многих средневековых теологов и монархомахов.

Впрочем, подобное аннулирование позитивного права правом естественным обретает иное значение в тех случаях, когда речь идет либо о естественном праве с индивидуалистической окраской — о врожденном для отдельного человека праве, либо о естественном праве с социальной окраской — о праве, свойственном социальной группе. В первом случае верховенство естественного права вырождается в анархию, тогда как во втором случае по существу речь идет об аннулировании позитивного права одной социальной группы (например, государства) другой социальной группой (например, Церковью или феодальными сословиями). В сущности же, в силу того что некоторые средневековые теологи приписывали Церкви исключительную монополию на формулирование естественного права, в данном случае вопрос

сводился к признанию верховенства позитивного права Церкви по отношению ко всем остальным видам позитивного права.

Вторая система разрешения конфликта между позитивным и естественным правом заключалась в признании приоритета позитивного права. В этом смысле мнение, выраженное Гроцием и его школой (Вольф, Неттельбладт), является классическим. По Гроцию, позитивное право может не только запрещать то, что разрешено естественным правом, но и разрешать то, что запрещено последним. Поэтому естественное право оказывается действенным только в той сфере, которая не охвачена предписаниями позитивного права, — у многих современных теоретиков естественного права это выражается в допущении того, что естественное право может действовать только там, где имеются пробелы в позитивно-правовом регулировании. Возможно ли в рамках такой концепции ставить вопрос о настоящей автономной системе норм естественного права либо речь в данном случае идет лишь о восполнении существующего позитивного права через интуицию судьи, правоприменителя или правоведа?

Следуя логике наших рассуждений, можно было бы выделить и третью систему разрешения конфликта между позитивным и естественным правом, которая состояла бы в признании полной равнозначности их действия; однако в силу того, что здесь не хватает третьего правопорядка, который мог бы стать арбитром между этими двумя противоположными правопорядками, такая возможность исключается.

Зачастую теоретики естественного права совершенно не задумываются над проблемой критерия выбора в случаях конфликта естественного права с правом позитивным, либо полагая, что позитивное право есть не что иное, как конкретизация норм права естественного, либо попросту избегая данного вопроса. Однако представляется очевидным, что поскольку естественное право рассматривается как истинное право, напрямую связывающее между собой субъектов этого права, то проблема конфликта двух правопорядков обретает первостепенную важность.

Из сказанного выше следует, что естественное право может быть как консервативным, так и революционным, может служить как для апологии существующих правовых институтов, так и быть ориентиром для провоцирования реформ, для сознательной деятельности по совершенствованию права. Все же бесспорно то, что естественное право на протяжении всей истории играло именно последнюю из обозначенных ролей.

Изучение проблем естественного права становится наиболее интенсивным в эпохи кризиса, конфликтов между существующим правом и новаторскими тенденциями и стремлениями. Во время великих реформ и особенно революций естественное право всегда играло существенную роль. Весьма характерно, что в XVII–XVIII вв., до и во время великих английской и французской революций, проблемой естественного права занимались с особым рвением и что именно школы правоведения той эпохи получили название школы естественного права. «Возрождение естественного права» в конце XIX — начале XX в. имело те же корни. Это «возрождение» выражало чаяния рабочего класса об установлении нового правопорядка так же, как и естественное право XVII–XVIII вв. выражало чаяния третьего сословия. Данный

вывод можно проверить тем, что, тогда как естественное право предшествующего периода имело в основном индивидуалистическую тенденцию, естественное право наших дней обладает преимущественно тенденцией социальной, доходящей до тенденции к социализации.

Вместе с тем всякий раз, когда юридическая мысль ищет новые категории для конструирования новых правовых институтов, не вмещающиеся в рамки традиционных понятий, она начинает свою работу с противопоставления естественного и позитивного права. Именно этим путем основатель современной доктрины международного права Гуго Гроций, заботящийся о том, чтобы после образования территориальных государств подчинить их сверхгосударственной правовой регламентации, нашел основу для такой регламентации в естественном социальном праве международного сообщества. Этим же путем современное движение за пересмотр традиционной теории источников позитивного права через увеличение их числа начинает с провозглашения возрождения естественного права. Все разрывы в сферах правовой жизни, нездоровое состояние юридической мысли в целом выражаются симптомом роста интереса к естественному праву.

Особенно в наиболее тяжелые периоды жизни того или иного общества наблюдается, как крик о помощи, обращение к естественному праву как к истине в последней инстанции. «Можно будет заметить, — говорит один французский историк, — что если на страницах *Moniteur* рассматриваются дебаты в Конституционном собрании, Законодательном собрании и в Конвенте, то призывы к естественному праву становятся тем чаще, чем сильнее сгущаются тучи».

В конце концов, абстрактный характер естественного права обуславливает в рамках этого права тенденцию к единству, к универсальности, которая строго противопоставляется партикуляризму систем позитивного права; сторонники естественного права обычно видят в этом праве элемент космополитизма правовой жизни, точку схождения национальных правопорядков, их общую основу. Это свойство является одновременно и сильной, и слабой стороной естественного права: сильной стороной, поскольку здесь ставится вопрос о сверхгосударственном праве, которому в наши дни соответствует позитивное международное право, признаваемое вышестоящим по отношению к национальным правопорядкам; слабой, поскольку в данном случае в рамках теории естественного права речь идет о некоей искусственной конструкции, имеющей основу в крайнем рационализме и стремлении к статике, что и обрекает эту попытку правового единения на полную беспомощность. Далее, во второй части настоящего исследования, мы вернемся к критической оценке идеи естественного права. Для того чтобы сохранить здесь полную объективность, прежде всего необходимо дать краткий очерк исторического развития этой идеи.

## § 2. Исторический обзор доктрин естественного права

Впервые в истории человеческой мысли теории естественного права появились в V в. до Р. Х. в Греции, в критический период античного Просвещения, отмеченный деятельностью софистов. Софисты применили свой основной

тезис о том, что человек есть мера всех вещей, для критики традиционных обывательских верований, в рамках которых считалось, что право есть нечто устанавливаемое как эманация Божественного порядка. По мнению софистов, наоборот, позитивное право устанавливается искусственно по воле самих людей, и в частности путем соглашений. Этому искусственному и договорному порядку софисты противопоставляют естественное право как проистекающее из самой природы человека.

Протагор, софист первого поколения, считал, что поскольку по природе своей люди злы и враждебны по отношению друг к другу, то естественное право приводило людей к миру и порядку лишь в том случае, когда индивиды приходили к соглашению о создании государства, воля которого становилась мерой всех вещей; рассуждения о естественном праве, таким образом, служили только для оправдания перед индивидуальным сознанием уже установленного порядка.

Этим консервативным тезисам Протагора, которые имеют сходство с концепцией Гоббса, софисты следующего поколения — Гиппий, Ликофрон и Алкидам — противопоставили иную трактовку естественного права, пропитанную духом реформ и радикализма. По их мнению, как свидетельствует Платон, «все люди являются равными гражданами по природе, но не по предписаниям позитивного закона... тот, кто является тираном по отношению к людям, принуждает их к вещам, противным природе». Таким образом, естественное право становится критерием для критики существующего позитивного права. Так Ликофрон, как об этом рассказывает Аристотель, отрицал легитимность всех даваемых по происхождению привилегий как несовместимых с естественным равенством людей, которое позитивное право призвано лишь осуществлять и гарантировать. Основываясь на тех же доводах, Алкидам имел смелость первым в эпоху античности осудить рабство как институт, противный естественному праву.

Наконец, последнее поколение софистов, имена представителей которого сохранились благодаря Платону — Калликл и Фрасимах, понимало естественное право как право более сильной личности подчинять себе более слабых. Такое право сильнейшего, принадлежащее сверхчеловеку, противопоставляется Калликлом праву позитивному, устанавливаемому слабейшими, лишь численность которых заставляет принимать их во внимание, тогда как у Фрасимаха устанавливаемый порядок является не чем иным, как проявлением власти сильнейших, которая, таким образом, легитимизируется принадлежащим им естественным правом подчинять слабейших.

Теория естественного права у Платона представляет собой двойственную реакцию против софистических концепций: эта теория дает естественному праву метафизическую основу — справедливость, являющуюся высшим критерием естественного права и рассматривающуюся в качестве вечной идеи. В рамках данной теории естественное право понимается с универалистских позиций как гармония Целого, где каждый индивид и каждый социальный класс должны выполнять отведенную им задачу. Естественное право осуществляется в платоновском идеальном государстве, которое зиждется на иерархии классов; естественное право является правопорядком такого государства, по своей природе антиэгалитаристским и авторитарным. Отметим,

что теория естественного права у Платона подразумевает отождествление права и нравственности и что вместе с тем естественное право у Платона играет роль либо априорного основания всякого права (полемика с теорией права сильнейшего), либо идеала, служащего ориентиром при критике существующего права (его позитивной структуры).

В своей концепции естественного права Аристотель возражает как теориям как софистов, так и Платона. Отождествляемое с государством (полисом) существующее в действительности общество является естественной необходимостью как в физико-психическом, так и в рациональном и моральном ракурсах. Не может существовать права, предшествующего данному в действительности обществу или же находящегося вне общества. Поэтому естественное право или тождественно порядку, установленному существующим обществом, или же является частью позитивного права. Аристотель выделял в государственном позитивном праве такое право, которое по природе соответствующего государства насущно необходимо, и такое, которое непостоянно и основывается на законодательстве. У стоиков естественное право, смешиваемое с основным законом Вселенной, вновь обретает индивидуалистический характер, поскольку в данном случае все субъекты права рассматриваются как абстрактные представители одного и того же человеческого рода, единственное связующее звено между которыми — подчинение одному и тому же мировому закону. Отсюда и проистекает знаменитая космополитическая формула стоиков, считавших каждого человека гражданином всего мира и устранивших, таким образом, все перегородки между народами. Впрочем, такой всееленский закон, соответствующий природному закону и совпадающий с законами физики, оказывается применимым ко всем живым существам: растениям, животным, людям, устанавливая между ними единство и порядок. Рассматриваемый закон является не чем иным, как истинным разумом, растворенным во Вселенной и не отличающимся от Юпитера — правителя, господствующего в мире. Очевидно, что у стоиков естественное право противопоставляется праву позитивному лишь постольку, поскольку оно формирует основу последнего (Логос). Римские юристы, развивая стоическую теорию, различали множество видов естественного права. Если уже у Ульпинана, *jus naturale est quod natura omnia animalia docuit, nam jus istud non humani generis proprium sed omnium animalium quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est* (лат. — естественное право — это то, чему учит вся живая природа, ведь это право свойственно не только человеку, но и всему живому, что рождается на земле, в море и присуще также птицам. — Прим. пер.), следовавшие за ним правоведы четко противопоставляли присущее человеческому роду и человеческому разуму естественное право и естественное право, общее для всех животных, включая и человека. Именно для того, чтобы лучше различать эти два вида естественного права, римскими юристами был введен термин *jus gentium* (лат. — права народов. — Прим. пер.), обозначающий естественное право, присущее разумной природе человека. Вместе с тем *jus gentium* (присущее человеческому роду и противопоставляющееся праву гражданскому (*jus civile*), которым могли пользоваться только римские граждане) само по себе могло быть, согласно рассматриваемой доктрине, не только естественным, но и позитивным,

т. е. основывающимся на соглашениях и обыкновениях. Таким образом, в римской правовой доктрине различались: общее для всех живых существ естественное право, обладающее естественным характером *jus gentium* и имеющее позитивный характер *jus gentium*.

Возникновение христианства и развитие католической правовой доктрины привнесли глубокие изменения в античные концепции естественного права. Используя достижения стоиков и римских правоведов, Отцы Церкви, и особенно св. Августин, отрывали естественное право от его связи с земным порядком и связывали его с *Corpus mysticum*, с *Civitas Dei* — духовным единством, охватывающим и небо, и землю, основанным на Божественной благодати. Принимая во внимание действие откровения, Отцы Церкви проводили различие между естественным законом как таковым, действующим в Божественной сфере, и естественным правом, открываемым человеку Святым Писанием. Определение св. Августина, согласно которому *lex est ratio divina et voluntas Dei ordinem naturalem jubens pertubari vetans ut omnia sint ordinatissima* (лат. — закон есть Божественный разум и воля Бога, устанавливающая естественный порядок, запрещающая его нарушать для того, чтобы все следовало высшему порядку. — Прим. пер.), уже имеет то различие, которое в более четком виде формулируется св. Исидором и приводит к противопоставлению основанного на Божественном разуме естественного права и естественного права, основанного на Божественной воле, — почва для разногласий между учениками св. Фомы Аквинского и номиналистами во главе с Дунсом Скотом и Уильямом Оккамом.

Полностью подчиняя волю Бога его неизменному разуму и проистекающему из этого разума естественному закону, Аквинат целиком сводил естественное право к праву, обязательному для самого Бога. В то же время Фома Аквинский вводил новое разграничение между *lumen naturale*, принадлежащим человеку, и *lumen divinum*, а следовательно, и между человеческим естественным правом, которое могло быть обнаружено самим человеческим разумом, и Божественным естественным правом, которое доступно только через благодать и стражем которого является Церковь.

Так, у Фомы Аквинского обозначается первая после возникновения христианства попытка секуляризации, хотя бы частичной, естественного права; эта попытка обрела большую ясность у поздних учеников Аквината — Бьеля, Альмена и особенно Васкеза. Основываясь на тезисе о невозможности для Божественной воли изменить *lex aeterna* и на идее о данном каждому человеку *lumen naturale*, эти мыслители первыми пришли к выводу о том, что естественное право продолжало бы существовать, даже если бы Бог уже бы не существовал; этот тезис в XVII в. стал знаменитым и вошел в постоянное употребление через Гуго Гроция. Однако необходимо отметить, что ученики Аквината делали существенную оговорку о том, что поскольку *lex aeterna* обладает верховенством по отношению к человеческому естественному праву, то Церковь, как страж этого *lex aeterna*, обладает безоговорочным приматом по отношению как к государству, так и к отдельным индивидам.

Интересно отметить, что, начиная с Оккама, как бы неожиданно это ни было, именно у номиналистов, сводивших все естественное право к произвольной воле Бога, проявилась тенденция к принижению в сфере естественного права авторитета Папы и авторитета Церкви в целом.

Эта тенденция уточняется и утверждается у Марсилия Падуанского, теолога начала XIV в., который не принимал участия в борьбе номиналистов и реалистов; он считал единственными правомочными хранителями человеческого и Божественного естественного права одновременно и народную общность в рамках государства, и общность верующих в рамках Церкви. Таким образом, Марсилиус Падуанский стал первым представителем демократической идеи неотчуждаемости народного суверенитета.

В XVI в. после Реформации те же самые идеи были восприняты католическими и протестантскими монархонами, которые, говоря о неотчуждаемых правах народа, зачастую при этом путали позитивное обычное право и естественное право, делая особый акцент на естественном праве народа на восстание и даже на убийство тирана. Вместе с тем они вмешивали в отношения между правительством и подвластными Божественную волю, которая скрепляла договор о подчинении (*pactum subjectionis*), и, таким образом, рассматривали тирана как нарушителя не только естественного права, но и воли Бога. Такое усиление теологических мотивов, имевшее место после Реформации, можно с тем же успехом наблюдать и в той доктрине естественного права, которая была связана с политической и религиозной борьбой в Англии XVII в., до и после Первой английской революции. В теориях основателей либерализма — представителей «индепендентской» теории Брауна, Роджера Уильямса, Лилльберна и его учеников, левеллеров, — естественное право использовалось для обоснования ограничивающих произвол государства врожденных и неотчуждаемых прав человека на свободу, ведущую роль играла популярная в протестантизме идея о том, что Царство Божие есть внутри человека. Естественное право на религиозную терпимость вытекало из свободы комментария Священного Писания и свободы нахождения каждым своего личного пути к спасению, считалось основой всех врожденных прав на свободу, освященных религией.

Настоящая секуляризация естественного права началась только благодаря собственно рационалистическому направлению в юридической науке, известному под именем школы естественного права XVII–XVIII вв. Провозглашение Гроцием (основные заслуги этого мыслителя находятся в несколько иных областях науки) тезиса, подкрепляющего тезисы Васкеза и Г. Бьеля, что Бог не может изменить естественное право, так же как и не может сделать так, чтобы дважды два не равнялось бы четырем, и что это право существовало бы, даже если бы не существовал Бог, указывало на механистическое течение в рассматриваемой школе. В рамках данного течения, представленного Гоббсом, Пуфендорфом и Спинозой, естественное право полностью секуляризовывалось. Для указанных мыслителей термин *естественное* в неустранимом противопоставлении всему сверхъестественному обозначал применение при изучении права и общества новых методов естественных наук, и в частности механики. Как физики декомпозировали изучаемый объект на атомы, так же и юристы должны декомпозировать гражданское государство на его простейшие элементы — на индивидов, которые рассматриваются, как если бы они были помещены в гипотетическое естественное состояние. Механическому движению атомов соответствует *conatus sui tuiendi et conservandi* (лат. — навык заботиться о себе и оберегать себя. — Прим. пер.)

тождественных друг другу индивидов, совпадающий с естественным правом и в естественном состоянии рассматриваемый как *jus ad omnia* (лат. — право на все. — *Прим. пер.*). Поскольку происходящее в данном случае столкновение индивидов-атомов входило в противоречие с их стремлением к самосохранению, то *lex naturalis* требует от них согласия на концентрацию принадлежащего им *jus ad omnia* в руках государства — глобальной механической силы, сдерживающей отдельные проявления силы и гарантирующей таким образом порядок и мир. Поэтому государственное позитивное право в полной мере воплощает право естественное, которое служит не критике существующего порядка, а оправданию этого порядка и борьбы против всякого рода соблазнительных теорий, посягающих на власть государства.

В действительности такое оправдание происходит перед индивидуальным сознанием каждого члена общества, и именно индивидуальная воля призвана путем общественного договора (*pactum conjunctionis*, который необходимо отличать от средневекового *pactum subjectionis*, не обладавшего индивидуальными чертами, поскольку речь шла о первичном Целом — о народе, вступающим в соглашение с правительством) из хаоса естественного состояния создать гражданское состояние. Еще у Спинозы (его геометрический метод и механицизм скрывают глубокий мистицизм его мысли) прослеживается, как обозначается тенденция к использованию новой системы естественного права для защиты либеральных и демократических идей: поскольку власть государства не может проникнуть в глубь человека, то естественное право требует от такой власти, чтобы она отступила от непреодолимой силы индивидуального разума, родственного бесконечному Божественному разуму.

Следует особо отметить Локка и Руссо, которые отказались от механистической методологии своих предшественников и глубже разработали рационалистический индивидуализм и контрактуализм предшественников, применив теорию естественного права для разработки философских систем, оправдывающих Вторую английскую революцию и подготавливающих Великую французскую революцию.

Локк создает синтез политических теорий индипендантов и рационалистических теорий естественного права; он обобщает теорию о данных индивиду с рождения правах на свободу и апеллирует к теории монахомархов о неотчуждаемом народном суверенитете, который дает народу право на восстание каждый раз, когда публичная власть, включая даже законодательную, нарушает естественные права людей, которые признаются неприкосновенными.

Руссо основывает свою теорию естественного права на идее о нравственном достоинстве индивида, неотчуждаемом и предполагающем свободу. Мыслитель проводит различие между «инстинктивным» естественным правом, которое приводит к свободе лишь постольку, поскольку человек остается в состоянии невинности, а при выходе человека из такого состояния приводит к огромнейшим бедам, и «разумным» естественным правом, которое при сложившемся положении вещей только и может служить для утверждения нравственного достоинства индивида в общественной жизни. Разумное естественное право проистекает из тождественной для всех индивидов «всеобщей воли», формирующей их правосознание, — это индивидуализированный смысл права, аналогичный практическому разуму у Канта. Для того чтобы

принести победу разумному естественному праву, индивиды должны путем общественного договора отказаться от принадлежащего им инстинктивного естественного права и подчиниться их собственной всеобщей воле, или, иными словами, — данному каждому индивиду правопониманию. Вытекающая из этого публичная власть будет легитимной только в той степени, в которой она отвечает требованиям всеобщей воли каждого, т. е. разумному естественному праву. Данное право подразумевает синтез свободы и равенства, притом что каждый индивид в силу своего правосознания (всеобщей воли) равен другим и, утверждая такое сознание, свободен. Неотчуждаемый характер народного суверенитета является лишь следствием рассматриваемой теории естественного права, а всеобщее голосование — осуществлением этой теории на практике. Если индивид приходит к выводу о том, что законы и система органов публичной власти в целом противоречат его правосознанию, подразумевающему свободу и равенство, то он освобождается от обязанности повиноваться. Таким образом, все легитимное позитивное право оказывается проникнутым разумным естественным правом, а если же нет, то обязывающая сила такого позитивного права прекращает свое действие.

Поэтому концепции Руссо преодолевают дуализм естественного и позитивного права, провозглашая при этом приоритет естественного права, что придает теории этого мыслителя революционный характер *par excellence*. Вместе с тем у его последователя — Канта тот же самый монизм естественного и позитивного права, начало которому было положено Руссо, получает совершенно иное значение: такой монизм понимается в смысле *Vernunftrecht* (нем. — разумного права. — Прим. пер.) — естественного права как априорной формы, Логоса любого существующего позитивного права.

Критический метод Канта в той степени, в которой мыслитель с логической последовательностью применял этот метод в сфере права, по сути, исключал всякую возможность выведения права из априорной идеи или из идеала эмпирического права, которое могло бы составить конкуренцию праву позитивному. Поэтому Кант и пытался редуцировать естественное право (содержание которого он рассматривает в том же ракурсе, что и Руссо) либо к логической форме позитивного права, либо к идее, выполняющей исключительно регулятивные функции. Он отрицал существование права на восстание против установленного порядка и, таким образом, признавал непосредственную обязывающую силу только за позитивным правом.

Та же самая тенденция к сведению естественного права к *Vernunftrecht* конкретизируется и принимает окончательные формы в доктрине Фихте, по меньшей мере в период зрелости, а именно тогда, когда он заменяет название своей работы «Основы естественного права» на «Учение о праве». Социалистическая концепция Фихте связана не с его теорией естественного права, а с моралью действия и философией труда. С Фихте начинается та реакция против естественного права, которая в своих крайних выражениях была инициирована исторической школой юристов (последняя в свою очередь в определенном смысле подверглась влиянию фихтеанства).

И напротив, американская и французская декларации прав и свобод человека полностью основывались на почве последовательного дуализма естественного и позитивного права; с идеологической точки зрения наиболее

близко они были связаны с теорией Локка. Эти декларации являются наиболее грандиозными и впечатляющими историческими памятниками, когда-либо возведенными верою в естественное право.

Прежде чем приступить к описанию состояния проблемы естественного права в XIX в., необходимо отметить, что, наряду с индивидуалистическим направлением школы естественного права XVII–XVIII в., существовало менее известное, хотя и не менее значительное, направление — направление естественного социального права. Первые формы такого направления можно найти у Гроция, которого в XVII в. называли *социалистом*: свою теорию международного права Гроций основывал на естественном социальном праве. Лейбниц дал этому направлению наиболее глубокую и оригинальную теорию; Вольф, Неттельбладт и их ученики развили из этого направления целую теорию прав, данных человеку с рождения, которые ограничивают государство, а Шлецер вывел из данного направления мыслей первую теорию гражданского общества, противопоставляемого обществу политическому; наконец, физиократы применили рассматриваемую теорию естественного социального права к политической экономии. Они рассуждали о естественном социальном порядке экономического производства, к которому государство прикасаться не может. Естественное социальное право, по мнению этих теоретиков, является в первую очередь правом, которое защищает и помогает естественным и объективно необходимым многочисленным «естественным обществам» (семье, общине, профессиональной корпорации, городу, Церкви, государству, международному сообществу). Нормы такого естественного права частично проистекают из сущности рассматриваемых групп, частично выводятся *ex ratione status* (лат. — по сложившемуся мнению) из видения изменчивых социальных реалий группы; в развитии данной доктрины большее значение придается именно последнему виду норм. Вместе с тем признается, что всякое добровольное объединение также образует «естественное социальное право», которое в конце концов приобретает характер позитивного автономного права социальных групп; именно по этой причине теоретики естественного социального права сводят дуализм естественного и позитивного права к иерархии многочисленных партикулярных порядков позитивного права.

В XIX в. реакция против естественного права возникла в сопротивлении писателей эпохи Реставрации и немецких романтиков (которые были предвосхищены англичанином Эдмундом Берком) против индивидуализма и абстрактного рационализма революционных доктринеров.

Наиболее четкая форма такой реакции проявилась в исторической школе Савиньи и Пухты; вместе с тем основатели этой школы, несмотря на весь свой традиционализм и историзм, проводили различие между властно установленным правом и живым народным правом (нем. — *lebendiges Volksrecht*) — непосредственным содержанием коллективного правосознания народа (*unmittelbare Rechtsüberzeugung des Volkes* (нем.) — непосредственное правовое убеждение народа. — *Прим. пер.*). Обычай, которому они приписывали такое огромное значение, был для них не только традиционным обыкновением, но и непосредственной правовой интуицией национального сообщества.

Таким образом, Савиньи и Пухта поддерживали один из существенных моментов естественного права, формулируя на современный лад: дуализм заранее фиксированного права и живого права, а в более широкой перспективе — дуализм рассудочного и спонтанного в праве. Хотя сами Савиньи и Пухта сильно ограничили значимость такого разделения, сводя применительно к современной им эпохе все живое право к праву юристов, но их немецкие преемники во главе с Безелером сумели извлечь из этого разделения более удовлетворительные выводы.

Появление позитивизма усилило враждебное отношение к естественному праву как к проявлению нетерпимого рационализированного априоризма. При этом именно представители юридического позитивизма, а вовсе не сторонники позитивистской социологии, желая ограничить труд юристов исключительно техническим анализом установленного государством и примененного судами права, объявили беспощадную войну всяческому естественному праву. Вместе с тем их враждебность по отношению к естественному праву была лишь оборотной стороной их чрезмерного этатизма, который сводил все право к воле суверенного государства.

В конце XIX в. и особенно в начале XX в. появление непредвиденных правовых структур и новых социальных форм, чье юридическое закрепление требовало принесения в жертву привычных идей и классических представлений о законности, поставило перед судебными органами государства проблему бессилия фиксированного права в разрешении множества сложных дел. Отсюда возникло «возрождение естественного права» — движение в пользу свободного права (*Freirecht*) и «социологической юриспруденции»; эти тенденции усилились за счет роста интереса к философии права и к развитию юридической социологии.

Данное движение принимало разнообразнейшие формы. Неокантианец Штаммлер сконструировал «естественное право с меняющимся содержанием», которое заключалось в критической оценке существующего позитивного права с точки зрения идеи права, имеющей чисто регулятивный характер и четко противопоставляемой Штаммлером априорному понятию любого права.

Провозглашая войну против фетишизации закона, Франсуа Жени обратился к «свободному научному поиску». Он проводил различие между данным и искусственным в праве и, таким образом, обращался к интуиции «непосредственных рациональных данных естественного права», которая должна была, по мнению мыслителя, помочь судье заполнить широкие пробелы, которые оставляет заранее фиксированное позитивное право.

Представители свободного права во главе с Эрлихом и Канторовичем в Германии, Роско Паундом<sup>xvi</sup> — в Соединенных Штатах, Ламбером, Леруа и Мореном — во Франции отстаивали более динамические концепции, в которых спонтанное и живое право не сводилось к какому-либо рациональному элементу.

В конце концов, ряд современных философов права говорят о некоем рациональном объективном праве, или о естественном праве, конкретное содержание которого изменчиво, а некоторые принципы остаются вечными. Таким образом, происходит возврат к томизму (Катрейн,<sup>xvii</sup> Лефюр, Ренар и др.).

Из этого как раз и видно, что юридический позитивизм XIX в. уже никого не удовлетворяет; предпринимаются попытки обосновать правильные мотивы доктрин естественного права, исключая при этом его наиболее очевидные ошибки.

### § 3. Систематические рассуждения: логическая невозможность естественного права

Переходя к критической оценке идеи естественного права с позиций системного подхода, необходимо в первую очередь отметить, что нам представляется весьма спорной сама направленность естественно-правовых доктрин (разрешить те антиномии, которыми заполнена правовая сфера, путем отнесения противоположных элементов в полностью изолированные друг от друга области).

Встает вопрос: не должно ли искать ту точку, где сходятся и образуют синтез идея и факт для того, чтобы постичь правовую действительность? Можно было бы сказать, что первичная правовая действительность образована *нормативными фактами* — фактами, которые через само свое существование реализуют ценности и преодолевают ту противоположность, которая существует между гетерономией и автономией. Это как раз то, что я пытался выяснить в моей книге «Идея социального права».

Первичная правовая действительность может быть выявлена с помощью формальных технических приемов или непосредственной интуиции, которые при этом не уводят за пределы позитивного и служат для констатации наличия у нормативных фактов того же самого правотворящего авторитета, что и у фиксированного заранее права. Таким образом, рассуждение приводит к разграничению *формального позитивного права и интуитивного позитивного права*. Такое разграничение с очевидностью разоблачает грубые ошибки, содержащиеся в самом понятии естественного права, при этом подтверждая те закономерные мотивы, которые подталкивали к исследованию естественного права.

В первую очередь нужно отметить, что *понятие чисто автономного права представляет собой противоречие в терминах*. Конституирующее право строгое соответствие между обязанностями одних и притязаниями других может быть достигнуто только через обращение к такому правотворящему авторитету, который не был бы тождествен самому правилу поведения. В то же время взаимность, которая обуславливает подобное соответствие, имеет в качестве своей предпосылки реальную действенность правовой нормы, что, собственно, и устраняет исключительно нормативный характер правила правового поведения. Кроме того, право может служить осуществлению справедливости, требующей установления первичных безопасности и мира, только утверждая себя в качестве позитивного. *Чисто автономное право уже не есть право, а лишь нравственный постулат; мнение о праве с точки зрения морального идеала, но не само право.*

### § 4. Выводы относительно справедливости, позитивного права и проблемы естественного права

Иногда справедливость и прочный порядок (безопасность и позитивность в праве) противопоставляют друг другу, рассматривая эти элементы как несводимые друг к другу. Одним из существенных отличий справедливости от морального идеала как раз и является то, что в рамках последнего ценность достижения всегда несоизмеримо меньше реализуемой ценности (т. е. творческая активность и прогресс преобладают над порядком), тогда как

в рамках первой результат, наоборот, равнозначен осуществляемой ценности. Необходимость прочного порядка, безопасности и мира, собственно, и является сущностью справедливости, которая при любой попытке ее осуществления требует включения в систему позитивного права, поскольку только таким способом справедливость может быть осуществлена (такое осуществление означает установление баланса через эффективное согласование притязаний одних с обязанностями других). Справедливость как переходная ступень между чистыми качествами и определенной степенью количественности, как замещение общими правилами и типологией абсолютной индивидуальности морального идеала, как схематичная стабилизация его творческого движения, короче говоря, как логизация морального идеала как раз и устанавливает безопасность и «общественный порядок» как необходимые средства для гарантирования осуществления данного идеала. Таким образом, мир, безопасность, твердый порядок имманентны справедливости, которая требует позитивности всякого права. Расположена справедливость на полпути между нравственностью и логикой. Справедливость охлаждает жар морального идеала, заставляя его пройти через логику. Воплощаемая через справедливость логизация морального идеала имеет своим следствием то, что ее отношение к праву здесь совершенно иное, чем отношение морального идеала к эмпирической нравственности. Отношение между справедливостью и правом весьма напоминает те отношения, которые существуют между логической категорией и конституируемым этой категорией объектом. Справедливость играет роль скорее Логоса права, чем некоего идеала. Моральный идеал как неосуществимый по своей сути противостоит эмпирической нравственности и не может найти свое воплощение в последней; в силу своей природы он может осуществлять только регулятивную функцию по отношению к нравственной жизни. И наоборот, справедливость, в немалой степени несущая на себе отпечаток логических элементов, обладает способностью формировать право; она скорее созидает право, чем противостоит ему. Всякое право представляет собой более или менее удачную попытку осуществления справедливости; попытку, по необходимости являющуюся позитивной в силу того, что она устанавливает порядок и безопасность с тем, чтобы служить справедливости.

Отсюда нетрудно увидеть, насколько неправильно отождествлять справедливость и естественное право. Выводить из идеи справедливости право в сущности столь же невозможно, как и выводить из логической категории конституируемый ею объект. Если «естественное право» означает лишь оценку существующего позитивного права с точки зрения идеала справедливости (т. е. той части позитивного права, которая в данный исторический момент в рамках данной общественной среды наиболее соответствует справедливости), то на это должно ответить, что как раз справедливость и не может служить основой для подобной оценки и подобной критики существующего права, поскольку она является конституирующим элементом всего права, так же как нельзя определить, хорош или плох тот или иной стул с помощью логической категории субстанции, конституирующей весь данный объект. Очевидно, что можно оценивать и критиковать существующее право, исходя из некоего морального идеала; можно сказать, что одно право в моральном

плане лучше другого; но это возможно именно благодаря тому, что мораль отличается от права, и в данном отношении субъект оказывается поверх и права, и справедливости. Когда говорят о естественном праве, то фактически имеют в виду лишь нравственную критику существующего права.<sup>39</sup> Чтобы не запутаться, необходимо четко осознавать, что как смешение подобной критики права с точки зрения нравственности с поиском априорного логического элемента всего права в целом, так и отождествление этих двух различных элементов с действительно значимыми правовыми нормами, которые могут вступать в конфликт с другими действующими в данной общественной среде юридическими нормами, в сущности не способствует прояснению данной проблемы.

Некоторые слишком осторожные критики упрекали мою концепцию «нормативных фактов» как необходимой позитивной основы всякого права в том, что она воссоздает естественное право после его отрицания. Так, Лефюр, цитируя мои пояснения по поводу того, что «нормативный факт для того, чтобы легитимироваться как таковой, должен утвердиться в связи со справедливостью как воплощающий ценности», — замечает: «В общем, это те же самые идеи, которые ранее желали выразить правоведы, противопоставлявшие естественное право, или идеал, тому праву, которое основывалось на силе правящих лиц, или на произвольной воле государства».<sup>40</sup> И далее: «Не странно ли слышать от одних и тех же лиц одновременно утверждения о том, что не всякое право с необходимостью является позитивным, и о том, что не существует несправедливого права? Подобное двойственное утверждение кажется сразу и противоречивым, и противоречащим исторической очевидности, повседневному наблюдению, которое демонстрирует наличие плохих законов».<sup>41</sup> «Нужно ли поэтому делать вывод, что правовая норма существует только там, где собраны два условия: установленная социальным правоустанавливающим авторитетом эффективная норма, и норма, соответствующая справедливости? Разумеется, подобное определение могло бы быть возможным, но только в том случае, когда в наличии имеется то, что можно назвать полным правом — норма позитивного права, соответствующая естественному, или объективному, праву. Но совершенно очевидно, что такое бывает не всегда».<sup>42</sup> И Лефюр заключает, что:

а) только социальная власть (которую он, впрочем, трактует как приказ, как выражение произвольной воли) является достаточной основой позитивного права;

<sup>39</sup> Такая критика возникает всегда, когда затушевывается конфликт между нравственными и правовыми ценностями (справедливостью), выявленными в определенной общественной среде. Разрыв нормальных отношений между нравственными ценностями и ценностями правовыми происходит в те отдельно взятые исторические периоды, которые характеризуются тем, что некоей социальной группе удается «схватить» новые нравственные ценности, не сумев при этом сделать того же в рамках правопорядка. Именно в эти исторические эпохи и возникают обостренные конфликты между моральными и правовыми убеждениями, которые и дают начало двусмысленному понятию естественного права.

<sup>40</sup> Archives de Philosophie du Droit. 1931. № 3–4. P. 286.

<sup>41</sup> Ibid. P. 292.

<sup>42</sup> Ibid. P. 294.

б) реальная эффективность такой правовой нормы в определенной общественной среде, которая идет вразрез установленным авторитетным органом нормам, и является доказательством существования естественного права;

с) наконец, наиболее общие нормы естественного права могут быть выведены непосредственно из идеала справедливости и тождественны справедливости.

Для того чтобы ответить на эти возражения, я считаю нужным заметить, что все они основаны на одной из трактовок понятий справедливости, социального правоустанавливающего авторитета и эффективности — в совершенно ином смысле, чем тот, который я употребляю в своих работах и который, по моему мнению, является единственно допустимым.

Я уже пояснил выше, по какой причине не могу допустить существования более или менее справедливого права, но допускаю существование права более или менее нравственного, т. е. в той или иной степени находящегося в конфликте с моральными убеждениями данной социальной группы; несомненно, что плохое с моральной точки зрения право остается правом.

Необходимо четко различать справедливость и моральный идеал в зависимости как от их внутренней структуры, так и в связи с теми эмпирическими явлениями, которые они регулируют. Более того, нужно прийти к согласию по поводу содержания справедливости: для Лефюра справедливость сама по себе является неподвижной и неизменной, доступной для бесспорного распознавания нам всем. Со своей стороны, я считаю, что положение дел здесь намного сложнее. Прежде всего отметим, что существует множество видов юридического опыта так же, как и множество видов опыта морального. В каждом из этих видов для человеческого взора открывается только какой-либо один аспект морального идеала. Фредерик Рау и Макс Шелер были совершенно правы, когда говорили о партикулярных и локализованных априорных сущностях, бесконечное множество которых может быть сведено к более или менее полному образу идеала только через конфронтацию и сотрудничество интегрированных правового и морального опыта. Вместе с тем оказывается намного проще приближаться к созданию образа морального идеала, чем идеала справедливости, *поскольку множественность аспектов идеи справедливости значительно шире, чем множественность аспектов морального идеала.*

Справедливость представляет собой не что иное, как предварительное примирение равнозначных и конфликтующих между собой нравственных ценностей, подвижное и нестабильное равновесие которых намного более динамично и подвержено переменам (даже в рамках какого-либо отдельного круга юридического опыта), чем то, что существует в представлениях о моральном идеале. Вместе с тем, являясь логицизированным моральным идеалом, справедливость в своих вариациях зависит не только от изменчивости познанных нравственных ценностей и мобильности заранее установленных систем равновесия, но и от изменений в тех интеллектуальных представлениях, которые с необходимостью сопровождают и по-особенному воздействуют на тот аспект, в котором предстает идея справедливости. *Исходя из этого, можно говорить, что идея справедливости априори является наиболее изменчивой и мобильной из всех идей и ценностей.* Таким образом, если

бы даже и было возможно воспользоваться справедливостью как критерием для оценки права (метод, исключаемый в силу его логического характера), то из-за крайней изменчивости и мобильности ее аспектов это было бы практически совершенно невозможно, если только бы не возникло желания заменить объективный критерий справедливости на личное мнение по этому поводу — что будет чистым догматизмом.

Приведем в пример институт человеческого жертвоприношения у дагомеев перед французской колонизацией. Можно ли в этом случае говорить о «несправедливом праве», т. е. о том, что данное нами определение права как позитивной попытки осуществить справедливость здесь неприменимо, если только мы не откажемся рассматривать данный институт с юридической точки зрения? Ответ прост: наше определение права охватывает и данный институт, поскольку необходимо принимать во внимание тот партикулярный аспект, в котором предстает идея справедливости в глазах дагомеев.

Для первобытных народов человеческое жертвоприношение является убийством не более, чем для нас — те действия, которыми лишают человека жизни в случае необходимой обороны или в боевом столкновении на войне. Интеллектуальная ментальность примитивных народов, как это превосходно показал Люсьен Леви-Брюль, отличается от нашей. В частности, их представления о причинности совершенно *естественного права* иные, чем у нас. Вот почему для принесения в жертву выбирают самых красивых из клана и считают, что принесение их в жертву сослужит хорошую службу не только социальной группе, но и самим жертвам, поскольку, согласно первобытным представлениям, души сохраняются в совершеннейшем состоянии в том случае, если покидают тело в тот момент, когда тело находится в полном расцвете сил. Пример, который приводит Фрэзер в работе «Магические истоки царской власти», в этом смысле является классическим: в жертву приносят именно царей в цветущем возрасте, и приносить царей в жертву призваны их собственные сыновья для того, чтобы сохранить души своих отцов в интересах последних, равно как и в интересах самого клана. Можно ли серьезно утверждать, что данный институт не является попыткой осуществить справедливость в том аспекте, в котором она предстает в глазах дагомеев?

Даже предполагая, что признаваемые первобытными людьми нравственные ценности являются точно такими же, как наши, то единственного различия, существующего между их интеллектуальной репрезентацией и их мышлением, по сравнению с нашими, достаточно для того, чтобы привести к вариированию идеи справедливости и тех правовых институтов, которые пытаются осуществить эту идею, достаточно до такой степени, что мы не можем оценивать их идею справедливости и правовые институты по тем меркам справедливого, которые имеем на сегодняшний день.

И это не все, поскольку видение нравственных ценностей, как известно, само по себе изменяется в зависимости от цивилизаций. Например, ценность личности для примитивных народов не связана с ценностью реальной жизни, а социальная ценность, по их мнению, осуществима не только в обществе живых людей, но и в обществе мертвых, или, скорее, эти два общества — не что иное, как единое целое. О влиянии этого обстоятельства на понимание идеи справедливости (предварительное примирение личных и общественных

ценностей) можно показать на институте самопожертвования вдов в Индии: там в силу того, что личность жены рассматривается как придаточная к личности ее мужа, считается, что тело жены должно разделить участь тела ее мужа для того, чтобы сохранить эти две ценности. Можно ли говорить, что индусы не хотели служить справедливости путем учреждения данного института?

Поэтому считаем, что после разьяснения конкретной роли справедливости в общественной жизни и крайней изменчивости справедливости мы вполне можем отстаивать наше определение права как попытку осуществить справедливость и (именно по этой причине) как позитивного права, исключаящего какое-либо естественное право.

Лефюр возражает нам, что существования компетентного правоустанавливающего авторитета вполне достаточно для того, чтобы обосновать позитивность права и что взятые вместе эффективность и справедливость ведут к естественному праву. И он приводит пример не соблюдаемого закона, который в силу этого и, исходя из нашего определения, уже не будет являться правовой нормой. Прежде всего отметим, что поскольку мы говорим о «компетентном правоустанавливающем авторитете», то здесь для нас речь идет о *первичных источниках* (о материальных источниках права, об исключительно объективных «нормативных фактах», в рамках которых социальный правоустанавливающий авторитет уже не персонифицируется), а не о вторичных источниках (о технических приемах констатации, чей авторитет зависит исключительно от их способности констатировать «нормативные факты»). Поэтому несоблюдаемый закон является лишь технической процедурой, которой не удалось констатировать первичный компетентный правотворящий авторитет (например, «нормативный факт» государства в его живой и динамичной действительности) или которая пренебрегла другими самостоятельными «нормативными фактами». Коль скоро закон не соблюдается, то он является даже не разрушающимся правотворящим авторитетом, а лишь технической процедурой, которая вытесняется и замещается другой процедурой, более способной выразить соответствующий правотворящий авторитет, например обычай, прецедент, судебная практика, коллективное трудовое соглашение. Какое же сомнение может оставаться в том, что несоблюдаемый (иными словами, ставший неэффективным) закон уже более не является правом, юридической нормой в силу того, что он не обладает действительностью!

Вместе с тем мы не можем допустить разделения правотворящего авторитета и эффективности и тем более разделения правотворящего авторитета и справедливости. Лефюр считает, что мы механически соединяем эти три элемента, любой из которых может быть оторван от других. Однако наша концепция правотворящего авторитета как «нормативного факта» совершенно иная — для нас существует не соединение, а *совпадение*, воплощение этих трех элементов в единстве, которое *делает их полностью нераздельными и которое переживается в рамках непосредственного юридического опыта*. Это может быть проверено тем, что из любого из этих трех элементов по необходимости вытекают два других. Абсолютно объективный правотворящий авторитет, понимаемый как «нормативный факт», в силу своей фактической

данности гарантирует как действительную эффективность производного от такого авторитета права, так и устойчивый характер этого права. Неэффективный правотворящий авторитет уже не будет строго «нормативным фактом», поскольку «нормативные факты» обретают свою правовую легитимацию в самом факте существования (действенности) некоей общественной среды, осуществляющей ценности, а сам данный факт воплощает в себе позитивную правовую ценность и служит осуществлению справедливости.<sup>43</sup>

Первичные, или материальные, источники (нормативные факты) противостоят формальным источникам (техническим процедурами) как раз потому, что в рамках первых правотворящий авторитет, на который опирается обязывающая сила правовой нормы, совпадает с реальным существованием некоего сообщества, которое, благодаря своему существованию, гарантирует эффективность данной нормы.

Термин «правотворящий авторитет» так же, как и термин «нормативный факт», подразумевает качественную оценку, но оценку через что? Очевидно, что через попытку осуществить справедливость посредством тех позитивных ценностей, которые пытается воплотить нормативный факт. С иных исходных позиций мы уже показали, как из идеи справедливости непосредственно вытекает необходимость устойчивого порядка. Иными словами, мы продемонстрировали как раз это самое совпадение правотворящего авторитета и гарантированной благодаря «нормативному факту» действенности права. Мы могли бы привести то же самое доказательство нераздельного единства всех трех рассматриваемых нами терминов путем анализа понятия эффективности права, которое подразумевает элементы компетентного правотворящего авторитета и справедливости. Но для того чтобы избежать ненужного промедления, мы откажемся от данной задачи в настоящий момент. Ранее сказанного кажется нам достаточным для демонстрации того, что компетентный правотворящий авторитет, эффективность права и попытка осуществить справедливость являются не чем иным, как тремя нераздельными аспектами одного и того же явления — «нормативного факта»; любой из этих аспектов подразумевает два других аспекта. Поэтому и представляется совершенно логичным, отрицая всякую возможность естественного права, утверждать, что все позитивное право является попыткой осуществить справедливость, которая в силу своей природы как раз и требует подобной позитивности.

Для того чтобы завершить эту дискуссию, зададимся вопросом: каков же выигрыш из предположения о том, что только компетентный правотворящий авторитет (отождествляемый с такими техническими процедурами констатации, как закон, или же сводящийся просто к приказу вышестоящей воли) достаточен для того, чтобы служить основой для позитивного права? Прежде всего в этом случае нужно было бы отказаться от определения общего понятия права, поскольку все то, что навязывается компетентным органом, будет рассматриваться как право. Так происходит возврат к наиболее свойственным «юридическому позитивизму» ошибкам, потому что вытеснение всех проблем философии права в весьма проблематичную сферу естественного права никоим образом не решает проблемы! Далее, здесь фактически утрачивается

<sup>43</sup> См. мою работу «Идея социального права» (1932. С. 132–134).

критерий для разграничения юридического поступка от любого иного поступка, который юридическим вовсе не является. Приведем пример. Калигула назначил своего коня римским сенатором. Было ли это юридическим поступком? Если все право является попыткой осуществить справедливость, то нет. Однако этот поступок нужно было бы признать юридическим, если сводить позитивное право к простому приказу компетентного органа.

Моя попытка исключить понятие естественного права и продемонстрировать, что все право по необходимости является позитивным (поскольку оно всегда основано на «нормативных фактах»), подвергалась критике и с помощью других аргументов. Мне возражали, с одной стороны, что в ряде прежних теорий естественного права можно обнаружить живое чувство спонтанного образования права, предшествующего его формальному закреплению, а с другой — что существует странная аналогия между этими двумя выражениями, каждое из которых, по меньшей мере на первый взгляд, несет в себе противоречие: «естественное право» (противоречие между правом и природой) и «нормативный факт» (противоречие между фактом и нормой, Должным и Сущим).<sup>44</sup>

Конечно же, я могу ответить на эти аргументы, напомнив прежде всего, что я никогда не отрицал прежних теорий естественного права, которые по существу заменяли собой всю теорию права, придавали термину естественного права множество смысловых значений, в которых кое-кто видит действительные проблемы (присущий всякому праву элемент, нравственная критика права, проблема живого права, спонтанное и интуитивное право). Но вместо разграничения этих различных смысловых значений их смешивают, и путем установления непреодолимого дуализма автономного (естественного) права и гетерономного (позитивного) права приходят к неустранимым препятствиям и к таким правовым конструкциям (автономия, гетерономность), которые исключают существование права как такового. Долг современной философии права — провести разграничение там, где доктрина естественного права отождествляет и осуществляет синтез, там, где прежняя доктрина естественного права ставила преграды, переводя имманентные для правовой сферы конфликты в рамки неустранимого дуализма естественного и позитивного права.

В отношении сходства между внешней противоречивостью выражения «нормативный факт» и выражением «естественное право» я хотел бы напомнить, что в философии, да и в науке вообще, зачастую случается не только то, что правдоподобное не является истинной, но и то, что оно может оказаться совершенно противоположным истине; и наоборот, кажущаяся противоречивость может быть действительной, хотя и неполной, и выражать собой истину. В том, что было изложено ранее и будет изложено далее, я пытался и буду пытаться доказать, что выражение «естественное право» несет в себе действительное противоречие, основанное на целом ряде логических ошибок, которые можно выявить. Напротив, термин «нормативный факт» кажется противоречивым только в том случае, если не проводить различия

<sup>44</sup> См. характеристику моих книг со стороны Поля Леона (Archives de Philosophie du Droit. 1932. № 1–2. P. 297).

между интуитивным восприятием ценностей и суждениями о ценности, с одной стороны, и самими ценностями и вытекающими из них нормами — с другой.<sup>45</sup> Действительно, в рамках дискуссии по поводу возможности воплощения ценностей в фактах из внимания упускается конкретизация чрезвычайно важного вопроса о том, являются ли ценности результатами ценностных суждений, либо, наоборот, ценностные суждения предполагают уже выявленные ценности.

Поскольку ценности рассматриваются нами как непосредственные данные неинтеллектуализированной интуиции, то мы можем утверждать, что интуиция ценности, непосредственный опыт ценностей с необходимостью предшествует ценностному суждению. Иное предположение привело бы к чистому интеллектуализму, выводящему ценности из суждения, т. е. из логики. Но если ценности постигаются интуитивно, то они схватываются именно в том момент, когда проявляются в фактах, в частности в фактах реально-го человеческого поведения. Ценностные суждения идут только после отрыва ценностей от их первичной связи с фактами. Очевидно, что суждения о сущем не могут подразумевать какого-либо суждения о ценности. Единственное, что можно сказать, — ценностные суждения и суждения о сущем противостоят друг другу значительно более, чем сама действительность и сами ценности. Непосредственное интуитивное восприятие ценностей в тех фактах, которые проникнуты этими ценностями, приводит к «нормативным фактам» только в сфере права. «Нормативные факты» не играют подобной роли в сфере нравственности как раз по указанной нами выше причине, а именно: в нравственности ценность осуществленного всегда гораздо меньше, чем осуществляемая ценность (т. е. творческая активность и прогресс доминируют над порядком), тогда как в праве ценность осуществленного (прочного порядка, безопасности) оказывается равнозначной той ценности, которая должна быть осуществлена.

Можно конкретизировать зависимость ценностных суждений от непосредственной интуиции воплощенных в фактах ценностей путем демонстрации того, что всякая норма, всякое долженствование (совершенно не будучи высшим критерием, как это предполагал Кант) уже подразумевает в качестве своей основы ценности. На самом деле, как это весьма четко продемонстрировал Макс Шелер,<sup>46</sup> тогда как сами по себе ценности все оказываются во взаимозависимости как в аспекте существования, так и в аспекте долженствования, т. е. нормы, Должное, напротив, предусматривают осуществление в бытии тех ценностей, которые служат им в качестве основы. Они образуются из предположения о небытии или неполном бытии служащих им основой ценностей. Таким образом, всякая норма является ценностным суждением, оценивающим существующее по критерию его оторванности от ценности и предполагающим разрыв между ценностью и действительностью — разрыв, который не может быть дан в самом интуитивном восприятии ценности.

<sup>45</sup> Ср. мой ответ на критику Лефюром термина «нормативный факт», использованного в моей статье о Г. Радбрухе (1932. 3–4. Р. 553–554, примечание 2); см. также более углубленное изложение данного вопроса в моем исследовании «Юридический опыт» (выше в настоящей работе).

<sup>46</sup> См. мою книгу «Современные тенденции немецкой философии» (1930. С. 92 и сл.).

Таким образом, понятие «нормативный факт» как основа позитивного права, неся в себе противоречия, совершенно логично и содержит в себе наиболее существенные знания о правовой действительности, тогда как понятие «естественное право» на самом деле противоречиво и разрушает саму возможность осознания правовой действительности, разделяя те элементы, единство которых как раз и формирует сферу права. Поэтому мы считаем, что, несмотря на сделанные в наш адрес возражения, нам полностью удалось обосновать наше отрицание естественного права.

В этом длинном отступлении, посвященном вопросу отношений между справедливостью, позитивным правом и проблемой естественного права, мы дали детальный комментарий нашему первому аргументу против естественного права — не может существовать чисто автономное право, а потому справедлив вывод, что все право является позитивным и оно не может быть ни полностью автономным, ни полностью гетерономным. Перейдем теперь к двум другим нашим аргументам.

*В тех случаях, когда речь идет о разрушении идеи обладающего конкретным и по-настоящему действенным содержанием права, теория естественного права подспудно предполагает догматическую концепцию, аналогичную той, которую Кант раскрыл под термином «паралогизм», и той, которая состоит в выведении из «Я мыслю» существования и бессмертия души либо выведении из некоей логической категории (например, субстанции) реального эмпирического объекта.* Элемент, который в случае восприятия некоей вещи доносится до нас ощущением и сопротивлением, в правовой сфере доносится до восприятия через существование нормативных фактов в данной общественной среде, осуществляющей ценности — что приводит нас к выводу о том, что все право по необходимости является правом позитивным. Данное затруднение совершенно непреодолимо для понятия естественного права и не может быть разрешено, как этого хотят наиболее грамотные сторонники естественного права в наши дни,<sup>47</sup> путем признания факта партикуляризации большей части норм естественного права, изменяющихся в зависимости от тех эпох и условий, в которых они применяются. «Не только несколько основных принципов естественного права, — говорит Лефюр, — но и их трактовки изменчивы практически до бесконечности»,<sup>48</sup> к ним, в частности, относились схоластические концепции;<sup>49</sup> поэтому упрекать естественное право в его неизменности и абсолютно *априорном* характере означает безосновательно формулировать совершенно некорректные нападки.<sup>50</sup>

Кажется нетрудным продемонстрировать, что эта аргументация в пользу естественного права совершенно не выходит за пределы рационалистического догматизма, который мы и критикуем в данном понятии. Каковы же эти несколько основных норм естественного права? Обычно приводят в пример норму о том, что нужно возмещать причиненные убытки, либо норму,

<sup>47</sup> См.: *Le Fur L. Ibid.* P. 296–297.

<sup>48</sup> *Ibid.* P. 296.

<sup>49</sup> *Ibid.* P. 297.

<sup>50</sup> *Ibid.*

согласно которой нужно соблюдать заключенные договоры. Но эти нормы как раз уже и предполагают реальный общественный порядок, в большей или меньшей степени индивидуалистический: разделение индивида и общества,<sup>51</sup> существование личной собственности, без которой норма о возмещении причиненного ущерба не имеет смысла, существование договоров, появление которых, как известно, было довольно-таки поздним явлением правовой культуры. Этот вид основных норм некоего естественного права является не чем иным, как всего лишь обобщением вполне конкретной правовой культуры. Вместе с тем то, что называют нормами особого естественного права, приспособленными к множеству социальных ситуаций, как говорили некоторые адепты естественного права в XVII–XVIII вв., «*ex ratione statu*» (лат. — в силу требований разума. — *Прим. пер.*), в действительности является только нормами позитивного права, поскольку их обязывающая сила происходит не непосредственно из идеи справедливости, а от правотворящего авторитета той общественной среды, которая их реализует, т. е. от «нормативных фактов». Однако правотворящий авторитет «нормативных фактов» здесь констатируется не через технические процедуры, а непосредственно, через акт интуиции; так мы оказываемся перед «интуитивным позитивным правом», которое (оставаясь отделенным от формального позитивного права) не имеет ничего общего с естественным правом, не будучи при этом основанным на чистой автономии правом, но целиком входя в рамки позитивного права. Мы вернемся к данному понятию («интуитивного позитивного права») в конце нашего изложения.

Те, кто, желая по-настоящему вывести из идеи справедливости непосредственно ряд основополагающих предписаний естественного права, даже в том случае, когда речь идет о весьма ограниченном количестве таких норм либо даже о единственной норме, дважды впадают в заблуждение рационалистического догматизма. Такой догматизм конкретизируется, с одной стороны, в ошибке «формального естественного права», а с другой — в ошибке «материального естественного права». Материальное естественное право состоит в утверждении ряда правовых норм с конкретным содержанием, которое вытекает не из эмпирического существования, а непосредственно из разума, из идеи и т. п. Даже если не выдвигать претензии на то, что материальное естественное право обладает реальной юридической значимостью (т. е. даже предполагая его бессилие), допускается очевидная догматическая ошибка, заключающаяся в предположении о том, что из идеи, из категориальной формы можно вывести эмпирическое содержание, которое в действительности может быть лишь дано чувственной интуиции. Признание «формального естественного права» усугубляет это заблуждение рационалистического догматизма путем приписывания нормам материального естественного права действительной юридической значимости, которая может составить конкуренцию позитивному праву. Здесь не только эмпирическое содержание выводится из идеи, но и из идеальной значимости априорного элемента выводится реальная

<sup>51</sup> Совершенно обоснованно протестуя против отождествления справедливости и естественного права, М. Ору сделал то же самое замечание по поводу таких принципов, как *alterum non laedere* или *suum quique tribuere* (лат. — никому не вредить или воздавать каждому свое. — *Прим. пер.*) (*Revue trimestrielle de Droit civil*. P. 800–824).

действенность, настоящая юридическая значимость, либо же под видом критики эти два вида значимости смешиваются. Поэтому можно сделать вывод о том, что нельзя отказаться от давно уже пройденного в развитии философской мысли рационалистического догматизма, не отказавшись от понятия естественного права, которое с неизбежностью приводит к такому рационализму.

Теперь мы переходим к нашему третьему и последнему аргументу против возможности допущения естественного права.

*Противоположность естественного права позитивному праву, продемонстрированная нами выше в начале данного исследования, приводит к неразрешимой проблеме поиска критерия для разрешения конфликтов между двумя порядками, которые не могут быть интегрированы в третий, превосходящий их, порядок.*

Если два предыдущих аргумента против логической возможности естественного права были более философского плана, то этот последний аргумент обладает характером преимущественно юридическим.

Коротко напомним о трех возможных системах разрешения конфликтов между позитивным и естественным порядками. Первая из этих систем, состоящая в признании примата естественного права, которое способно аннулировать право позитивное, приводит либо к анархии (так как каждый индивид оказывается свободным от своего обязательства подчиняться установленному порядку, если он сочтет такой порядок противоречащим естественному праву), либо к преобладанию позитивного права определенных органов, например Церкви, которой приписывается компетенция на толкование естественного права (поскольку эти органы своим решением могут приостановить действие официального права). Вторая система, состоящая в признании первостепенности позитивного права по отношению к праву естественному, приводит к выводу о том, что позитивное право не только способно запрещать разрешенное естественным правом, но и позволять то, что правом естественным запрещено. Естественное право, таким образом, делается совершенно бессильным и сводится просто к толкованию позитивного права, в котором естественное право заполняет пробелы. Наконец, третья из этих систем, состоящая в признании равнозначности естественного и позитивного права, приводит напрямую к неустрашимой дилемме — ведь этой системе недостает такого права, который мог бы быть арбитром между двумя противостоящими в конфликте порядками.

К охарактеризованной нами невозможности с юридической точки зрения разрешить конфликт между естественным и позитивным правом без ущерба для одного из этих видов права прибавляется и серьезная трудность философского характера. Действительно, если допустить существование двух разных систем правовых норм: одну — исключительно идеальную, а другую — исключительно эмпирическую, то эти две системы, сохраняя возможность жесткого противостояния между собой, *не могут встретиться друг с другом*. Они движутся в двух планах, полностью оторванных друг от друга и разделенных между собой пропастью: эти планы несоизмеримы между собой. Поэтому если эти две системы не могут встретиться друг с другом непосредственно, то и конфликты между ними не могут иметь никакого разрешения.

Лишь при помощи заблуждения рационалистического догматизма, т. е. отождествления идеальной и эмпирической значимости правовых норм, оказывается возможным организовать искусственную и вынужденную встречу этих двух систем для того, чтобы оказаться перед вышеупомянутой дилеммой юридического порядка. Здесь заблуждение философского порядка приводит непосредственно к трудности плана юридического.

Исходя из сказанного мы считаем должным сделать вывод, что устранение понятия естественного права являет собой абсолютную необходимость, поскольку каждого из трех проанализированных аргументов достаточно для битвы за устранение этого понятия, а в своей совокупности эти аргументы четко демонстрируют, что двусмысленная идея естественного права сегодня может только компрометировать философию права, не будучи в состоянии разрешить какую-либо из действительно значимых философско-правовых проблем.

#### § 4. Интуитивное позитивное право

После устранения противоречивого и путанного понятия естественного права встает вопрос о поиске новых путей решения тех существенных и абсолютно оправданных проблем, ответить на которые желало данное понятие, так и не преуспев в этом. Всего же этих проблем три: а) общезначимое определение понятия права, основанное на идее справедливости как Логоса правовой сферы (это определение в то же время подразумевает и нравственное оправдание права в целом, поскольку справедливость, как Логос права, самоопределяется через отношение к нравственным ценностям); б) критика существующей в данной общественной среде права, исходя из характерных для этой среды нравственных ценностей и, в конце концов, из доступного для рассматриваемой социальной группы аспекта морального идеала;<sup>52</sup> в) распознавание существования действенного применительно к определенной общественной среде права без его предварительной фиксации, т. е. без технических процедур констатации, а при помощи непосредственной интуиции «нормативных фактов», воплощающих собой первичный правотворящий авторитет. Это проблема интуитивного позитивного права, отделенного от формального позитивного права. Нет никаких сомнений в том, что все конкретные и взятые по отдельности нормы, которые представлялись сторонниками естественного права как проявления этого права, на самом деле были лишь *искаженными и догматизированными нормами интуитивного позитивного права*, действенными в той общественной среде, к которой принадлежали данные теории.

Из трех вышеназванных проблем первая представляет собой наиболее общий предмет философии права. Вторая проблема должна быть предоставлена специальной прикладной дисциплине, которую можно было бы назвать «политика права» и которая должна была бы опираться как на «феноменологический» анализ строго партикуляризованных моральных ценностей, действенных

<sup>52</sup> Как мы уже отметили, именно происходящий в определенные периоды истории конфликт между моральными убеждениями (прогрессирующими) и юридическими концепциями (запаздывающими в развитии) той или иной социальной группы и провоцирует поиск естественного права.

в данной общественной среде, так и на социологию и социальную психологию. Наконец, третья проблема непосредственно затрагивает каждого юриста, независимо от его специализации, в силу того, что он сталкивается с по-настоящему действующим правом, играющим конкретную роль в структуре правовой действительности.<sup>53</sup>

Понятие интуитивного позитивного права непосредственным образом приходит на смену понятию устаревшего естественного права и представляет собой исследование, по существу спровоцированное всем движением в пользу свободного права, *Freirecht* (нем.), «свободного научного поиска». Вот почему мы избрали в качестве заголовка настоящего исследования альтернативу между естественным и интуитивным позитивным правом, и заключительные рассуждения в рамках этого исследования мы посвящаем исключительно прояснению данного понятия, оставляя в стороне две другие проблемы, слишком обширные и слишком общие для того, чтобы рассматривать их здесь.

В первую очередь уточним, что понятие интуитивного позитивного права, т. е. права, констатированного через непосредственную интуицию правотворящего авторитета «нормативных фактов», независимо от фиксированных

<sup>53</sup> Недавно два критика — Н. Н. Алексеев в своей интересной статье «Естественное право» (*Archives de Philosophie du Droit*. 1934. № 1–2 P. 156–158) и С. И. Гессен в своем глубоко-мысленном исследовании «История и теория социального права» (*Zeitschrift für Rechtsphilosophie*. 1934. Vol. 6. S. 265–266) — возразили мне, что «естественное право» является всего лишь непосредственным элементом, присущим веякому знанию о праве, а вовсе не отдельным видом действующего права. Как я продемонстрировал в своем исследовании о «Юридическом опыте», опубликованном в начале настоящего издания, всякий контакт с правом фактически основывается на коллективных актах «интуитивного признания», на непосредственном юридическом опыте заранее фиксированных норм, живого права и, в конце концов, неорганизованных «нормативных фактов» — глубочайшего слоя непосредственных юридических данных. В этом смысле знание о формальном праве содержит в себе не меньше интуитивного элемента, чем знание об интуитивном праве. Но даже когда я противопоставляю эти два вида права, то речь идет не о первичных актах, которые заставляют нас узнавать о непосредственно данных элементах права на их различных уровнях, а о тех ориентациях, которые мы принимаем по отношению к этой однажды пережитой действительности. Эта уже существующая действительность может навязывать себя нам либо через конкретные процедуры констатирования, либо через непосредственную констатацию. В обоих случаях констатация уже пережитого, независимо от того, фиксирована ли она заранее или же интуитивна, ясно отличается от актов интуитивного признания, которые являются элементом «предсуществующей» правовой действительности. Иначе говоря, лежащие в основе нормативных фактов и всей правовой действительности коллективные юридические интуитивные акты не имеют никакого отношения к различным способам констатирования этой уже прошедшей через переживания действительности, дающим начало противостоянию формального и интуитивного права. Поэтому формальное право вполне может утверждаться по отношению к субординирующему праву, которому, по нашему мнению, не корреспондируют специфические акты интуитивного признания. Вместе с тем интуитивное право утверждается как в сфере организованного права (т. е. права, содержащего в себе относительно большое количество сконструированных и рассудочных элементов), так и в сфере неорганизованного права, которое в свою очередь может констатироваться формально и не ограничивается рамками интуитивного права. Можно еще раз подвергнуть проверке выдвинутый нами тезис, который мы защищаем с помощью того бесспорного факта, что акты непосредственной констатации «предсуществующего права», создающие интуитивное право, могут быть осуществлены и в действительности в большинстве случаев осуществляются изолированными индивидами, принимающими участие в самом процессе осуществления права; эти акты могут обладать только коллективным характером. Можно принимать участие в правовом бытии только коллективно, хотя констатировать право можно индивидуально.

технических процедур, не предполагает под собой никаких противоречий из числа тех, которые мы ставили в упрек естественному праву.

Интуитивное позитивное право не является автономным, поскольку оно так же, как и формальное позитивное право, опирается на констатацию *нормативных фактов*, играющих роль компетентных правотворящих авторитетов в праве. Оно свободно от всякой связи с рационалистическим догматизмом, поскольку здесь речь идет о некоей спонтанной эмпирической действительности, констатируемой непосредственно, а не путем дедукции из жесткого априорного принципа. Наконец, конфликты между формальным и интуитивным позитивным правом разрешаются в рамках одного и того же порядка позитивного права, первичными источниками которого являются «нормативные факты», которые только по-иному констатируются. Что касается вопроса о том, какая констатация — формальная или интуитивная, будет иметь преимущество в рамках отдельно взятого конфликта, то этот вопрос разрешается, исходя из действительной степени их адекватности «нормативным фактам», на выражение которых претендует и формальное, и интуитивное право. Впрочем, требования порядка и безопасности, несомненно, заставляют формальное позитивное право в обычные периоды истории доминировать над интуитивным позитивным правом, последнее же в свою очередь торжествует в момент революций.

Не должно считать, что мы приписываем интуитивному позитивному праву большую юридическую или нравственную ценность, чем формальному позитивному праву. Это было бы весьма серьезным заблуждением. Зачастую интуитивное право оказывается менее совершенным и менее ценным, чем формальное позитивное право. Приведем в качестве примера конфликт между интуитивным и формальным правом в момент освобождения рабов в Соединенных Штатах Америки и после этого. В определенной степени интуитивное право большей части белого населения в течение длительного времени оставалось и остается до настоящего времени пропитанным духом рабовладельчества. В этом случае формальное право оказывается прогрессивным, а интуитивное право — ретроградным; эволюция «нормативного факта» намного лучше констатируется здесь с помощью технических процедур, чем через непосредственное настроение населения. Другой пример. После установления в стране демократии, определенные социальные слои сохраняют в своей среде интуитивное право, благосклонное к аристократии и автократии. Именно формальное право более адекватно констатирует здесь «нормативный факт», и не остается никакого сомнения в том, что такое формальное право имеет большую ценность, чем склонное к ретроградности интуитивное право.

Эти примеры четко демонстрируют, до какой степени оказывается недопустимым отождествлять интуитивное позитивное право со спонтанным правом. Спонтанное право является правом неорганизованным, порождаемым через «нормативные факты» до какой-либо констатации, независимо от того, осуществляется ли такая констатация через технические процедуры или через непосредственную интуицию. Этим способам констатации может удастся в большей или меньшей степени приблизиться к подобной спонтанности; и зачастую это лучше удастся именно формальному позитивному праву, чем интуитивному праву. Именно формальное право оказывается относительно более спонтанным,

чем интуитивное позитивное право, заторможенное и ставшее ретроградным из-за воздействия традиции. Вместе с тем неправильным было бы считать, что всякая констатация с помощью технической процедуры подразумевает организацию и что неорганизованное право, таким образом, может быть непосредственно выражено только через интуитивное позитивное право. Можно указать на ряд технических процедур констатации, которые не предполагают существования какой-либо организации, — это обычай, прецедент, социальные декларации (обещания, программы, заверения), признание нового положения вещей и, наконец, коллективные соглашения в тех случаях, когда одна из договаривающихся сторон представляет собой юридически неоформленный коллектив.<sup>54</sup> Констатируемое с помощью этих процедур неорганизованное право становится формальным позитивным правом и при этом остается неорганизованным.

Отсюда видно, почему я не считаю себя достойным того упрека, который делает мне в своем критическом очерке Жорж Айе. Он предполагает, что я возвращаюсь к естественному праву после его отрицания, поскольку я якобы восхваляю неорганизованное и спонтанное право, отождествляемое мною с интуитивным позитивным правом,<sup>55</sup> которому я якобы приписываю «сильным романтическим задором» качество наилучшего права — эгалитарного права свободного сотрудничества, которое «одновременно удовлетворяет и юридический смысл, и биологические и моральные потребности общества». После всего сказанного выше мне кажется бесспорной невозможность отождествления интуитивного позитивного права с неорганизованным правом (и тем более со спонтанным правом) в рамках предлагаемой мною конструкции. Причем в своей книге я не упустил возможности насторожить читателя против подобного заблуждения. «Заметим, — писал я (чтобы избежать возможных заблуждений), — что противостояние интуитивного позитивного и формального позитивного права ни в коей мере не соответствует противостоянию неорганизованного и организованного права. Приобретая организованную форму, «нормативные факты» позволяют констатировать себя непосредственно, без помощи технических процедур, и существовать так же, как чисто объективные «нормативные факты», остающиеся абсолютно персонифицируемыми. И наоборот, существует целый ряд технических процедур, приспособленных для формальной констатации неорганизованных «нормативных фактов», процедур, не меньших в количестве, чем те, которые служат для констатации «нормативных фактов» организации. *Поэтому естественное право с легкостью обретает характер формального позитивного права, а организованное право — характер интуитивного позитивного права. Отсюда видно, что преобладание неорганизованного социального права по отношению к организованному социальному праву отнюдь не входит в противоречие с преобладанием формального позитивного права по отношению к интуитивному позитивному праву.*<sup>56</sup>

Если и можно указать те области, где интуитивное право оказывается на своем месте, то эти области не будут иметь ничего общего ни с неорганизованным,

<sup>54</sup> См. детальное изложение по вопросу структуры и роли этих источников в моей книге «Идея социального права» (С. 137 и сл.).

<sup>55</sup> Aillet G. Le Droit social // Revue de Métaphysique et de morale. 1933. № 2. P. 259–260, 241.

<sup>56</sup> См. мою работу «Идея социального права» (С. 136–137).

или спонтанным, правом, ни с неким лучшим правом. К этим областям относится дисциплинарное право органов публичной власти и иных органов; принадлежащее администрации право поступать на свое усмотрение право судьи разрешать по собственной совести те из переданных ему споров, которые не урегулированы формальным правом. И, напротив, в тех областях, для которых подходит только формальное право (как, например, судебные процедуры, распределение чиновников по рангам, присвоение научных степеней), речь идет отнюдь не о праве худшем, чем другие виды права или же менее приспособленном к потребностям общества.

Я должен твердо возразить против подозрения меня в утаивании под понятием интуитивного позитивного права скрытого признания наилучшего права, соответствующего приснопамятному естественному праву.

Критика г-на Айе влечет еще одно возражение на мою теорию. Ведь даже после согласия снять с интуитивного права все упреки в претензиях на звание наилучшего права Айе, несомненно, укажет мне, что я все-таки реализую естественное право, так как я провозглашаю примат неорганизованного и спонтанного права по отношению к праву организованному и якобы приписываю первому некое особое совершенство, которое сводится к воплощению эгалитарной, демократической тенденции и к исключению всяческой субординации. Я смогу ответить, что в данном случае речь идет о новом заблуждении, которое должно быть развеяно. Я действительно утверждаю, что неорганизованное и спонтанное право, осуществляющее регулирование в чисто объективных и неперсонифицированных сообществах, само по себе не имеет ничего субординирующего и авторитарного — эти характеристики права всегда производны от определенной формы организованной надстройки. Но я никогда не думал утверждать ни того, что неорганизованное и спонтанное право есть лучшее право — совершенная форма права,<sup>57</sup> ни того, что это право само по себе является демократичным и всегда воплощает наиболее благоприятствующие равенству тенденции и стремления. Прежде всего праву интеграции противостоит право координации, регулирующее внешние отношения субъектов права с иными. Я всегда пытался продемонстрировать несводимость друг к другу этих двух видов права и их равнозначность с точки зрения присущей им ценности; так, для меня спонтанное

<sup>57</sup> Это исключается хотя бы по той единственной причине, что одной из характеристик, способных к образованию права сообществ, и является, согласно моей концепции, их *активный характер, подразумевающий виртуальную способность к самоорганизации и созданию организованных надстроечных структур*. Этим сообществам, имеющим определенное призвание, я противопоставляю такие пассивные сообщества, как, например, основанные на любви, восхищении, дружбе, которые неспособны к самоорганизации, поэтому оказываются стерильными с точки зрения образования права (Идея социального права. С. 118, 148–149). Не будучи с необходимостью связанным с организацией, право всегда несет *скрытую способность, возможность организованного выражения*. Следовательно, меня нельзя упрекать в «подозрительной вере в ценность права спонтанного» и неорганизованного, которое я якобы возвожу в ранг особого совершенства. Наоборот, подразумевающее развитие всех скрытых возможностей «совершенство» требовало бы, по моему мнению, чтобы все спонтанное и неорганизованное право выражалось в рамках конкретных организаций (см. также мои пояснения в очерке «Юридический опыт» (раздел III) по поводу отношений между спонтанным и организованным как двумя сосуществующими слоями непосредственных юридических данных).

социальное право само по себе не может быть лучше, чем индивидуальное право. Далее, проблема демократии и эгалитаризма для меня является проблемой *организации, или скорее проблемой отношений между организованной надстройкой и общности, лежащей в основе той или иной группы*. Только по этой причине я никогда не рассматривал спонтанное и неорганизованное право в качестве воплощения демократии! Демократический принцип пытается найти равновесие в вечном конфликте, в том напряжении, которое существует между организованным и спонтанным той или иной группы; этот принцип ставит себе задачу *гарантировать*<sup>58</sup> раскрытие организованной надстройки для воздействия лежащей в ее основе спонтанной общности; он *гарантирует* проникновение неорганизованного права в право организованное. Независимо от того, положительными или отрицательными они являются, тенденции и устремления базисной спонтанной общности обладают огромным значением для судьбы, стабильности и нравственной ценности устанавливаемой демократии (поэтому любая демократия придает такое большое значение «гражданскому образованию»). Но они отнюдь не играют решающей роли для образования демократической правовой структуры, которая в данном аспекте автономна и полностью независима от ценности спонтанного права, за которым закрепляется возможность проникать в организованную надстройку. Отсюда видно, что та роль, которую я приписываю неорганизованному и спонтанному праву в деле конструирования демократии, не подразумевает никакой романтической веры в особую ценность данного права, которое может быть хорошим или плохим, как и всякое иное эмпирическое право, и которое не имеет ничего общего с естественным правом.

Если я рассматриваю субординирующее право, право доминирования как искажение, деформацию права интеграции в силу порабощения индивидуальным правом, то говорю здесь не о какой-то «квалификации тенденций»:<sup>59</sup> конкретные тенденции и устремления тех или иных общностей, способные иметь наиболее многообразные различные направления с точки зрения присущих им ценностей, оказываются за рамками рассмотрения. Я совсем не отрицаю того, что в определенные моменты истории доминирование и субординация могли бы соответствовать глубоким чаяниям соответствующих социальных общностей и что необходимость доминирования и субординации могла бы быть оправдана с социологической и моральной точек зрения.<sup>60</sup> Я лишь утверждаю, что с чисто юридической точки зрения субординирующее право не может пониматься иначе, как деформация социального права интеграции через подчинение гетерогенному праву координации и из-за отсутствия гарантии, которая обеспечивала бы по меньшей мере частичную ликвидацию пропасти между организованной надстройкой и спонтанной общностью. И это не оценка, а структурно-юридический анализ, который *ведет к признанию в субординации*

<sup>58</sup> Я подчеркиваю данное слово для того, чтобы лучше противопоставить принцип гарантии простому фактическому совпадению между чаяниями основополагающей общности и действием правящих лиц той или иной организации. Такое фактическое совпадение может иметь место при любом режиме, даже наиболее авторитарном. Формально демократический режим гарантирует невозможность разрыва между правом общности и правом организованной надстройки.

<sup>59</sup> Что, вероятно, также имел в виду и Максим Леруа в предисловии к моей книге «Идея социального права и современность» (Париж: Изд-во «Vrin», 1932. С. XIV).

<sup>60</sup> См. выше.

и доминировании элемента, несводимого к правовой регламентации и обладающего метаюридической силой. Подобный факт, с определенной точки зрения, может спровоцировать нравственное суждение не в пользу субординации, даже с учетом того, что, с другой точки зрения (где сила ценится выше права), он может рассматриваться как признак определенной нравственной ценности субординирующего права. Во всяком случае данная конструкция никоим образом не подразумевает возведения спонтанного права интеграции в ранг некоего вида естественного права, которое служило бы критерием для суда над позитивным правом субординации.

Ни спонтанное право, ни интегрирующее право, ни тем более интуитивное позитивное право, действительное право и идея справедливости (понимаемая как Логос права) не имеют ничего общего с хорошим правом, противопоставляемым плохому праву. Таким образом, ни один из приведенных нашими критиками аргументов для доказательства того, что, отбрасывая понятие естественного права, мы возвращаемся к нему окольным путем, не кажется нам приемлемым. Когда мы отрицаем существование естественного права и требуем окончательного устранения данного понятия, то речь ведем не о споре о терминах, а в целом о той ориентации, которая должна задаваться современной философией права.<sup>61</sup> Последняя же, для того чтобы избежать догматизма, должна четко разграничивать названные проблемы, а для того чтобы их разрешить, она должна проводить различие там, где доктрина естественного права устанавливала тождественность — в недрах правовой сферы (справедливость, моральный идеал, действительное право), и синтезировать там, где названная доктрина ошибочно проводила различие. Вместо того чтобы позволять существование в недрах правовой сферы неустранимого дуализма естественного и позитивного права, философия права должна признать позитивность всего права, хотя бы и обремененного имманентными антиномиями.

Если в рамках позитивного права проводить различие между формальным интуитивным позитивным правом, если вместе с тем допускать нравственную критику существующего права, беря в качестве критерия выходящие за рамки правовой сферы ценности, и, наконец, если закрепить за философией права задачу на поиск критериев специфики права, то удастся полностью устранить это двусмысленное, противоречивое и порочное понятие естественного права, не жертвуя при этом ни одной из вполне обоснованных проблем, которые пытались разрешить при помощи данного понятия, подходя ко всем этим проблемам по существу, а не с помощью догматических предрассудков.

<sup>61</sup> Ж. Айе в своей превосходной статье «Методологическая значимость идеи социального права» (*Archives de Philosophie du droit*. 1933. № 3–4) доказывает, что устранение естественного права в моих работах и сведение мною всего права к «нормативным фактам» приводит к смешению философии права и юридической социологии, против чего я и сам борюсь. В связи с этим я должен пояснить, что, согласно моей концепции, являющаяся независимой от философии права научная дисциплина «юридическая социология» не может быть ни оторвана от философии права, ни противопоставляться ей. Фактически, изучая имеющее связь с правом реальное поведение и исследуя причинные факторы, направляющие такое поведение, юридическая социология в интерпретации идеальных смыслов поведения должна опираться на философско-правовую рефлексию. Между философией права и юридической социологией не существует ни противоположности, ни тождественности, но имеется взаимозависимость, обусловленная тем, что обе эти научные дисциплины являются только двумя разными способами использования непосредственных данных юридического опыта (см. первое исследование, включенное в настоящий сборник, раздел IV).

---

### Глава III

## ПЛЮРАЛИСТИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ ИСТОЧНИКОВ ПОЗИТИВНОГО ПРАВА

Проблема источников позитивного права является краеугольной для всего юридического знания; это центральный объект философии права, вокруг которого концентрируются все остальные темы этой дисциплины. Совершенно правильно охарактеризовав правовую сферу как по преимуществу сферу антиномичную, можно сказать, что наиболее разительное доказательство этого являет проблема источников права. По существу, о плодотворности или бессилии любой правовой теории, любого исследовательского метода в правоведении судят по способности (большей или меньшей) такой теории разрешить вопрос источников позитивного права. Фактически этот вопрос не отличается от вопроса о том, из чего состоит позитивность права, т. е. как право может быть одновременно и *позитивным*, и *нормативным* и почему оно по необходимости должно быть и тем, и другим. Источники права являются не чем иным, как критериями его позитивности, неразрывно связанными с нормативностью права.

Юридический позитивизм, сводя позитивность права к приказу, к воле компетентного органа, если и не впадает в порочный круг, то разрушает одновременно и нормативный характер права, и всяческую возможность включить позитивное право в рамки общего понятия права. Декрет Калигулы, назначившего своего коня римским сенатором, согласно данной концепции не может быть ограничен от любого другого юридического явления.

Юридический идеализм в случае, если он ограничивается ранее многократно обновленной доктриной, состоящей в выведении действительности позитивного права из естественного права, и если он удовлетворяется (переключаясь со школой Кельзена, с ее учением о формализованном «чистом должествовании») сведением обязывающей силы права от одного ряда правовых норм к другой норме, к «конституции», к «основной норме» (*Grundnorm* (нем.)), принимаемой в качестве таковой; подобный идеализм, и я настаиваю на этом, попросту полностью отказывается разрешать проблему позитивности. В конечном итоге доктрины естественного права отступают к необходимости полного отрицания независимого существования позитивного права. Оценивая действительность определенного правопорядка только по имманентным такому порядку критериям, кельзеновский нормативизм оказывается бессильным в случае коллизии норм, конфликта различных правопорядков, проявляет свою неспособность ответить на вопрос: а в чем же состоит действительность основной нормы и каковы же критерии подобной действительности?

Наконец, чисто социолого-правовая теория также оказывается полностью неспособной пройти испытание проблемой источников позитивного права. Она может только констатировать факт реальной эффективности некоторых правовых норм в данной общественной среде, т. е. факт реального поведения, в большей или меньшей степени соответствующего таким нормам. Поэтому собственно социологическая теория не способна указать критерий разграничения

между нарушением и соблюдением нормы, объяснить отзыв, аннулирование действенности такой нормы. Кроме того, социологическое констатирование реального соответствия праву определенного поведения не предоставляет никакой возможности отграничить правовые нормы от норм морали, от нравов и т. д., и именно поэтому такое констатирование избегает специфической проблемы позитивности права и критериев подобной позитивности. Чисто социологической теории, вынужденной отказаться от всякого ценностного оправдания и выбора, не удастся отграничить правовые нормы от норм технических и тем самым разрешить проблему их действенности.

Подобная неспособность разрешить проблему источников позитивного права, общая для юридического позитивизма, для идеализма в обеих его формах и для собственно социологической теории, подтверждается и множественностью смыслов, которые приписываются термину «источник». Так, термин «источник права» может означать: а) источники исторического происхождения права, факторы его развития и упадка; именно в этом недостаточно конкретизированном смысле данный термин используется в чисто социологической теории; б) источники знания о праве как основные органы и категории подобного знания, например: «разум» или «правовое чувство», «индивидуальное или коллективное правосознание», «форма чистого должествования»; идеалистические теории, независимо от того, принимают ли они характер естественного права или форму имманентного юридического нормативизма, оказываются не в состоянии окончательно избавиться от смешения их концепции источников с охарактеризованной нами выше концепцией; в) третьим значением термина «источник права» является некий внешний объект или акт, из которого можно извлечь знание о конкретных правовых нормах, например: все виды письменной фиксации права, древние и современные кодексы, писанные конституции и законы, акты и выражения воли компетентных органов. Юридическому позитивизму никогда не удастся избавиться от этого третьего значения, смысла, придаваемого этим видом позитивизма термину «источник права».

Представляется необходимым отказаться от всех трех проанализированных нами аспектов смысла термина «источник права» для того, чтобы суметь постичь суть проблемы. Фактически обращение к историческим и социологическим факторам правогенеза, к предпосылкам знания о праве, к тем внешним знакам, которые служат материалом для конкретизации содержания правовой нормы, не дает никакого ответа на основной и единственный в своем роде вопрос, которым не может не задаваться юрист, размышляющий о праве как о специфическом данном непосредственного юридического опыта, — вопрос о том, *каково же основание обязывающей силы действующего права, в чем же состоит его действенность и каковы критерии такой действительности*. Это и есть проблема позитивности права.

Прежде всего продемонстрируем, что проблема источников права является универсальной, относящейся ко всякому праву без исключения, и что в силу своей природы право в целом не может не быть позитивным. Характерное для сферы права строгое соответствие обязанностей одних притязаниям других фактически может быть достигнуто только при обращении к компетентному правотворящему авторитету, не тождественному самим нормам.

Взаимность реализации притязаний и обязанностей, предполагаемая подобным соответствием, в качестве своей необходимой предпосылки имеет реальную эффективность правовых норм. Заданное своей многосторонней и императивно-атрибутивной структурой право не может быть исключительно автономной нормой, поскольку взаимность возможна только при условии реальной эффективности нормы, которой фактически следуют в поведении. В конечном итоге, не утверждаясь в качестве позитивного, право не может служить осуществлению справедливости — тому, что является сущностной характеристикой справедливости, так как справедливость требует предварительного установления безопасности, порядка и социального мира.

Приходя к заключению о том, что все право по своей сути является позитивным, мы, таким образом, встаем перед необходимостью определения позитивного права в рамках ведущегося нами анализа. Позитивное право заключается в совпадении компетентного правотворящего авторитета (не тождественного с самой правовой нормой) и элементов его действительности в определенной общественной среде. Под компетентным правотворящим авторитетом подразумевается орган, осуществляющий справедливость и воплощающий позитивные ценности. Следовательно, основу обязывающей силы позитивного права представляют отношения единства и взаимного проникновения трех неразрывно связанных элементов: *правотворящий авторитет, ценность и реальная действительность*. Под источником права понимается *компетентный правотворящий авторитет, на который опирается обязывающая сила правовой нормы и который, своим существованием воплощая ценность, предоставляет гарантию реальной эффективности такой нормы*.

Допустив это хотя бы в принципе, нетрудно осознать, что правотворящие авторитеты, не тождественные с самими правовыми нормами (которые, как правило, называются в качестве источников позитивного права: закон, обычай, судебная практика и т. п.), сами по себе не дают никакой гарантии ни своей правотворящей компетенции, ни своей реальной эффективности. Действительно, как узнать, компетентны или нет тот или иной обычай, то или иное судебное решение создавать новое право, устраняя или обходя ранее сформулированное право? Как установить, не вступают ли в противоречие с самой правовой структурой формально совершенные закон или декрет? И в то же время закон, автономное правоположение и тому подобное могут оставаться исключительно на бумаге и быть совершенно бессильными. Обычай и судебная практика могут выйти из употребления и т. д. Для того чтобы оказаться в состоянии обрести гарантию единства компетентности и эффективности правотворящего авторитета, образующего основу обязывающей силы позитивного права, нужно углубиться в право и попытаться найти основу значимости самих вышеуказанных правотворящих авторитетов. Необходимо выявить «источники источников», т. е. первичные, материальные, динамичные и значимые сами по себе источники, на которых основывается авторитет и эффективность вторичных, формальных, статичных источников, которые являются всего лишь техническими процедурами констатирования.

Данное основополагающее и решающее различие между двумя уровнями источников права — спонтанным и фиксированным было различными способами предуготовано институциональной теорией Мориса Ориу,

противопоставлением у Леона Дюги нормативных и технических правил, весьма убедительным разграничением данного и искусственного у Франсуа Жени (совершенно ясно продемонстрировавшего относительность и чисто технический характер формальных источников права). Последнее из названных различий было одновременно предугадано в Германии и Швейцарии Эрлихом, Юнгом и Евгением Хюбером и в конечном итоге всеми теми, кто противопоставлял жесткое, заранее сформулированное право спонтанному и динамичному праву — праву, более объективному, чем сами правовые нормы (я уже не упоминаю о моих выдающихся коллегах и учителях Максиме Леруа, Эммануэле Леви, Ламбере, Морене и Зинцхаймере).

Мне представляется неточным то возражение, которое предполагает, что под видом противопоставления первичных и вторичных источников права скрывается старое противопоставление социологического и философского метода, с одной стороны, и юридического метода — с другой; при этом названные методы остаются не примиренными между собой и неспособными к примирению. При формулировке подобного возражения не отдается отчета и в том, что здесь речь идет о разграничении, имманентном правовой действительности, а не внешнем по отношению к ней разграничении, и что здесь встает вопрос совершенно не о дуализме, а об иерархии двух разновидностей источников права, причем формальные источники здесь являются только процедурами констатации первичных источников, обретающими свою действительность из этих первичных источников.

Очевидно, что все зависит от того, каким образом определять первичные или материальные источники права. После всего изложенного ранее в начале настоящего исследования нам представляется бесполезным настаивать на том, что в данном случае и не могло бы идти речи (если не отказаться совсем от исследования данной проблемы) ни об отождествлении первичных или материальных источников права с простыми социальными фактами, ни о сведении этих источников к идеальным постулатам. Именно в первичных или материальных источниках права и происходит то взаимное проникновение идеального и реального, ценностей и фактов, которое многие теоретики современности вполне обоснованно рассматривали как сущностную характеристику правовой сферы. В моей работе *«Идея социального права»* я со своей стороны попытался показать, что первичными или материальными источниками права могут быть только *нормативные факты*, социальные факты, в силу самого своего существования являющие «свет справедливости» и воплощающие позитивные ценности.

«Нормативные факты» — это посредующее звено между идеальной и фактической солидарностью; *они представляют собой проявление фактической солидарности, реализующей элемент идеальной солидарности*. Нормативные факты в одном и том же акте порождают право и основывают свое существование на нем; иначе говоря, в своем существовании и созидание с помощью права, и создание права совпадают и оказываются тождественными. Как первичные, или материальные, источники права, «нормативные факты» обретают правовую легитимизацию в самом факте своего существования, в реализации позитивных ценностей, поскольку сам факт подобной реализации представляет собой весьма значимую ценность с точки зрения

служения справедливости. Здесь мне не хватит места для того, чтобы показать, насколько все предпринятые в недавнем прошлом усилия по преодолению бесплодного противопоставления нормативного и социологического в сфере права, попытка определить специфическую правовую действительность тяготеют к понятию «нормативного факта». Мы тем более не можем останавливаться здесь на философских предпосылках данного понятия, конституируемых институциональной теорией ценностей и постигаемых непосредственно в фактах, более конкретно — теорией «*непосредственного юридического опыта*» — основой всякого знания о праве, применительно к которому «нормативные факты» являются специфическими элементами;<sup>62</sup> динамической концепцией ценностей как креативных ценностей; проникающих в реальное поведение идей-действий;<sup>63</sup> в конечном итоге признанием того факта, что в сфере права ценность реализации по меньшей мере равнозначна той ценности, которая должна быть реализована (т. е. того факта, что устойчивый порядок или безопасность равнозначны прогрессу), тогда как в рамках нравственности прогресс преобладает над порядком, а реализуемая ценность намного превосходит ценность реализованного. В рамках настоящего исследования мы вынуждены ограничиться извлечением из данной теории первичных источников как «*нормативных фактов*» выводов, касающихся проблемы значимости и иерархии вторичных источников и правового плюрализма в целом.

Понижение формальных источников до уровня простых технических процессов констатирования «нормативных фактов» приводит к заключению, что, в принципе, может существовать неограниченное количество формальных источников права, причем эти технические процессы изменчивы и всегда могут быть воссозданы. Все, что требуется от формального источника права — это служение делу более или менее адекватной констатации «нормативных фактов», при этом подобная адекватность является единственным способом легитимации соответствующих источников. Таким образом, ограничение числа подобных процессов несколькими исключительными видами (например, только изданный государством закон, декрет, обычай, судебная практика и т. п.) не имеет никакой научной ценности и представляет собой не что иное, как догматизм. Нельзя априорно построить какую-либо иерархию различных видов формальных источников, поскольку эти источники являются всего лишь способами констатации уже существующих нормативных фактов; успешность таких процедур оценивается именно с точки зрения этой их технической функции, от которой они получают весь свой авторитет. Утверждение о необходимом преобладании одного формального источника права по отношению к другим (например, преобладание закона и статута по отношению к обычаю, прецеденту или конвенции) нельзя оправдать.

Предварительно можно сформировать следующий список формальных источников права: 1) обычай; 2) автономный статут; 3) изданный государством закон и административный декрет; 4) судебная практика; 5) практика

<sup>62</sup> По данному вопросу см. приведенный выше в настоящем сборнике очерк «Юридический опыт».

<sup>63</sup> См. выше.

иных, внесудебных органов; 6) доктрина; 7) конвенции, нормообразующие действия; 8) социальные декларации (обещания, программы, заявления одного лица или определенной группы членов от имени социальной общности); 9) прецеденты; 10) признание нового положения вещей теми, кто это положение и вызывает. Если тщательнее рассмотреть этот длинный список формальных и полностью равнозначных по отношению друг к другу источников права (создание этого списка составляет величайшую заслугу Л. И. Петражицкого), то нетрудно заметить, что их значимость не распространяется на все сферы права.

Во-первых, формальные источники права дифференцируются на группы по критерию типов тех нормативных фактов, о констатации которых и идет речь. Нужно четко проводить различие между двумя достаточно явно разделенными между собой видами нормативных фактов: всеединство и отношение к Другому; социальность через взаимное проникновение и частичное слияние и социальность через ограничение и уравнивание; нормативный факт, символизируемый местоимением «мы» и местоимениями «я», «ты», «он». Один из этих видов нормативных фактов представляет собой полностью координирующее отношение, второй образует нераздельную тотальность; один воплощает личностные ценности, второй — ценности трансперсональные; один из названных видов дает начало индивидуальному праву координации, второй — социальному праву интеграции. Таким образом, и нормативные факты всеединства, и нормативные факты отношения с Другим различаются между собой также и по тем техническим процедурам, которые необходимо применять для их констатации.

Из десяти перечисленных нами выше источников права только пять бесспорно могут служить для констатации порядка индивидуального права, нормативных фактов отношения к Другому, а именно: а) обычаи; б) судебная практика; в) доктрина; г) изданный государством закон; д) наконец, в ограниченном числе случаев, автономный статут. Все остальные формальные источники права, такие, как: а) конвенции, нормообразующие действия; б) практика внесудебных органов; в) социальные декларации (обещания, программы, заявления одного лица или определенной группы членов от имени социальной общности); г) признание нового положения вещей теми, кто это положение и вызывает, — оказываются неприменимыми для констатации нормативных фактов, свойственных ограничивающей социальности, а раскрывают лишь нормативные факты единства. Конвенции, декларации, прецеденты, признания в сфере отношений к Другому обладают значением правовых актов, или юридических фактов, которые просто определяют новый порядок распределения субъективных прав и совсем не имеют значения для констатации нового объективного права, как это имеет место в сфере всеединства.

Таким образом, сфера социального права обладает гораздо большим количеством технических приемов констатации, чем сфера координирующего права. Это как раз тот мотив, по которому традиционная правовая наука, ориентированная преимущественно на «отношение к Другому» и на индивидуалистический правопорядок, не знала иных источников права, кроме закона, обычая, доктрины, судебной практики, и игнорировала те шесть формальных

источников права, которые очень характерны для «нормативных фактов» единства и обладающих значимостью только как средство выражения юридических тотальностей. И именно юридический индивидуализм повинен в догматическом ограничении числа формальных источников права.

Иногда в отношении теории плюрализма и равнозначности формальных источников права дают возражения, что она с теоретической точки зрения разрушает единство понятия права, а с практической точки зрения она создает состояние анархии источников права, конфликт между которыми не может быть разрешен. Однако можно заметить, что в данном случае речь идет о заблуждении, поскольку в той степени, в которой формальные источники права являются только процедурами констатации «нормативного факта» — некоего предсуществующего формального источника, постольку все эти источники права едины как проявления одного и того же основополагающего правопорядка, а их конфликт разрешается по критериям спонтанного права, которое и образуется непосредственно из данного первичного источника. Так, в принципе, можно допустить плюрализм формальных источников права, оставаясь при этом на монистических позициях (например, будучи этатистом) по отношению к первичным источникам права, к «нормативным фактам». Следовательно, истинное противостояние между юридическими монизмом и плюрализмом начинается только в глубинном слое первичных и материальных источников права, и нам здесь уже придется разрешить данную фундаментальную проблему, связанную с числом, иерархией и равнозначностью «нормативных фактов».

Но прежде всего нам необходимо внести некоторые уточнения по поводу формальных источников права. Не нужно, как это часто делают, отождествлять технические приемы констатирования и организации. Существуют некоторые формальные источники права, которые с необходимостью предполагают существование некоей организации; существуют и такие источники права, которые этого вовсе не предполагают. Констатирование с помощью организации присуще: 1) статуту; 2) судебной практике; 3) практике внесудебных органов; 4) частично также коллективным конвенциям (нормообразующим правилам), которые обычно реализуются множеством договаривающихся между собой организаций; 5) и, наконец, издаваемому государством закону. И напротив, существуют иные технические процедуры констатирования (или формальные источники права), которые совершенно не связаны с существованием какой-либо организации. К ним относятся следующие процедуры: 1) обычай — констатация нормативного факта, которая осуществляется путем постоянно выражаемого массового поведения; эта процедура в силу своей природы осуществляется за пределами организованных форм (за редкими исключениями); 2) прецедент — здесь речь идет о констатации нормативного факта посредством некоего казуса, признаваемого типичным; эта процедура оказывается значимой как для неорганизованной социальной среды (например, в глобальных международных сообществах, в основополагающем национальном экономическом сообществе и т. п.), так и для организованных социальных кругов (например, создаваемые английским парламентаризмом прецеденты, прецеденты, которые соблюдаются любой социальной группой и т. п.); 3) социальные декларации (обещания, программы, заверения) — это констатация нормативного

факта либо одним лицом, обладающим определенным значением (например, лидер, вождь политической партии, генеральный секретарь Всеобщей Конфедерации Труда и т. п.), либо элитой, берущей в свои руки инициативу выражать мысли от имени некоей социальной тотальности; к данному формальному источнику зачастую прибегают в случаях изъятий в работе организации; он играет важную роль в международном праве, и особенно в социальном праве зарождающегося экономического сообщества; 4) признание нового положения вещей той частью социальной тотальности, которая поддерживает презумпцию существования такого порядка; здесь нормативный факт констатируется через уступку со стороны одной из частей социальной тотальности, которая находится в состоянии борьбы или конфликта (например, работодатель, который идет на уступки рабочим после забастовки; или в Средневековье — династия, которая отрекалась от престола в пользу другой династии; или подтверждение сюзереном привилегий или свобод городов и ремесленных союзов); в данном случае имеется технический процесс констатации, применяемый как без помощи организации, так и с помощью таковой; 5) наконец, в ряде случаев конвенции (нормотворящие правила) совершенно не предполагают вмешательства организации, поскольку две договаривающиеся стороны или же одна из них представляют собой неорганизованную массу.

Если, как мы видели, нет никакого основания связывать с существованием организации все технические приемы или же формальные источники права, которые служат констатации нормативных фактов или же первичных источников, то тем более неправильным будет увязывать их с существованием государства. Из десяти перечисленных нами выше формальных источников права только один — закон, в той степени, в которой он представляет собой предписание, санкционированное не терпящим сопротивления принуждением, предполагает существование государства. Никакой иной процесс (независимо от того, может ли он осуществляться только посредством организации или же он реализуется преимущественно неорганизованным способом) в силу своей структуры никоим образом не зависит от государства. Все эти процессы могут утверждаться в любом сообществе и в любой организации.

Этот вывод приводит нас к проблеме плюрализма первичных источников права — «нормативных фактов». Анализ данной проблемы является решающим для конкретизации роли государства в формировании позитивного права. Если избежать смешения нормативных фактов и технических процедур констатации, если таким образом устранить «фетишизацию закона», который якобы делегирует авторитет остальным источникам права, если отдавать отчет в том, что формальная констатация права не предполагает ни повеления, ни даже организации, то оказывается невозможным выдвигать аргументы в защиту обязательной связи государства и позитивного права (если только не утверждать, что государство является единственным «нормативным фактом»). Поскольку подобное утверждение противоречит не только всему нашему жизненному опыту, который улавливает существование многочисленных правотворящих центров, автономных очагов права (профсоюзы, кооперативы, тресты, заводы, церкви, децентрализованные органы осуществления публичных функций, международные и

административные союзы, Международная Организация Труда, Лига Наций и т. п.), оно не только лишается силы опытом всей истории права, который открывает нам, в какой же степени нормативный факт государства мог испытывать конкуренцию со стороны других «нормативных фактов» и довольствовался только применением права этих нормативных фактов, но и разрушается под воздействием теоретических размышлений. Такие размышления ясно демонстрируют, что любой активный союз и что любое отношение с Другим, которые в силу самого своего существования реализуют позитивные правовые ценности, могут утверждаться в качестве компетентных и эффективных правотворящих авторитетов, составляющих основу обязывающей силы позитивного права. Кроме того, из тех же самых рассуждений вытекает и то, что любая организация в конечном итоге основывается на нормах спонтанного права, образующегося из полностью объективных и персонифицируемых основополагающих сообществ, что государственная организация не может быть первичным нормативным фактом и с необходимостью опирается на право лежащей в его основе неорганизованной политической общности. Данная основополагающая и неорганизованная политическая общность является *функциональной* общностью, чья конкретная функция состоит в поддержании территориальной целостности и совместного сосуществования и которая, следовательно, с необходимостью предполагает сверхфункциональные общности, такие, как нация и международное сообщество. Последние не могут быть выражены в рамках одной организации и чье право определяет соотношение функциональных общностей и организаций и разрешает конфликты между ними. Плюрализм «нормативных фактов», и особенно «нормативных фактов» всеединства, возникает с неизбежной необходимостью со всех точек зрения; без такого плюрализма не может даже и утверждаться «нормативный факт» государства, сам по себе зависящий от основополагающих нормативных фактов нации и международного сообщества.

Нам скажут: понятно, существует плюрализм первичных источников права или нормативных фактов, которые служат в качестве автономных очагов правогенеза. Однако не нужно ли при этом установить иерархию первичных источников права, если не хотеть разрушения единства права и доведения до невозможности разрешения конфликтов между нормативными фактами, т. е. впасть в анархию первичных источников права? И не представляется ли на самом деле очевидным, что обладающие эгоистическим и партикуляристским характером общности должны склониться перед теми общностями, которые воплощают в себе общий интерес и дают начало общему праву? На самом деле бесспорная констатация этого, наверное, приведет к успешному выводу о примате именно политической общности, организованной надстройкой которой является государство, и которой принадлежит монополия на представление общего интереса, и которая из-за этого должна преобладать над остальными нормативными фактами, благоприятствуя одним и борясь с другими, — одним словом, устанавливая иерархию первичных источников права. Так, государство осталось бы последним основанием всего позитивного права. Но, по нашему мнению, данная мысль опирается на неправильную концепцию общего интереса. Общий интерес не есть интерес, тождественный для всех индивидов и всех групп. Общий интерес есть *баланс противоречивых интересов*, поскольку абсолютно невозможно исключить из общественной жизни противоречие интересов.

Общий интерес не есть абстрактное родовое понятие, тождественное для всех, как учил об этом Руссо, но конкретная универсальность, в рамках которой противоположные интересы находят свое незаменимое место. Из этой концепции общего интереса как баланса, равновесия несводимых друг к другу антиномий с неизбежностью следует, что существует не какой-либо один аспект общего интереса, а множество совершенно равнозначных аспектов.

С этой точки зрения будет существовать столько же аспектов общего интереса, сколько существует возможностей для уравнивания противоположных интересов на основе более всеобъемлющего Целого, исходя из перспектив этих подлежащих уравниванию интересов.

Таким образом, общий политический интерес, где уравниваются противоположные интересы различных регионов, различных образований и индивидов, не совпадает с общим экономическим интересом, где уравниваются противоположные интересы производителей и потребителей, либо с общими международным или религиозным интересами и т. п. В силу одного этого обстоятельства с необходимостью разрушается мнимая монополия политического сообщества на представление общего интереса в глобальном аспекте. Плюрализм аспектов общего интереса неизбежно приводит к признанию множества равнозначных «нормативных фактов», каждый из которых представляет один из аспектов общего интереса. Противоположность партикулярного и общего права может привести только к определенной иерархии первичных источников права в рамках одного из аспектов общего интереса, но не более того.

Правда, с практической точки зрения ситуация зачастую упрощается благодаря тому, что в определенный исторический период одному из сообществ или одной из организаций нередко удается уравновесить противоположные интересы в рамках одного из их аспектов, тогда как остальным сообществам и организациям — это совершенно не удастся, либо же такие сообщества и организации попросту не создаются. Именно этим способом начиная с XVI в. установился примат «нормативного факта» государства по отношению к остальным нормативным фактам. Единственным юридическим оправданием такого примата до XIX в. была немощность остальных «нормативных фактов», обладающих общим, а не партикуляристским характером. Но подобный примат является вопросом факта: с момента создания сообществ и организаций, способных представлять общий интерес в экономическом, международном и иных аспектах, установленная приматом государства иерархия нормативных фактов расширяется и более уже не может быть оправдана.

Вероятно, можно попытаться установить иерархию первичных источников права, основываясь не на критерии общего интереса, а на критерии их реальной эффективности. Например, дель Веккио принадлежит заслуга привлечения внимания к тому факту, что понятие позитивного права относительно и что необходимо различать разные степени позитивности в зависимости от интенсивности коллективных верований в той социальной среде, в которой они действуют. Констатируя, что в нашу эпоху коллективные верования нации обладают намного более сильной интенсивностью, чем коллективные верования международного сообщества, дель Веккио считает возможным сделать вывод о том, что право первого подчиняет себе право второго. С одной стороны (как это признает и дель Веккио), речь здесь идет о фактической, а не о принципиальной

иерархии, поскольку ситуация может измениться, с другой — мы считаем возможным отметить, что при установлении иерархии первичных источников права необходимо учитывать не только эффективность, но и род и степень ценностей, воплощенных в рассматриваемых сообществах, в «нормативных фактах». В противном случае пришлось бы признать примат такого обладающего высокой степенью интенсивности позитивного права, как, скажем, право религиозных сект, профсоюзов и тому подобных организаций по отношению к праву нации. Основанная на степени позитивации иерархия первичных источников права, следовательно, определяется сочетанием и по сути своей подвижным балансом трех разных факторов: а) значимости воплощенных ценностей; б) степени их реальной эффективности; в) действительной способности представлять один из многочисленных аспектов общего интереса. Как же можно сомневаться в том, что установленная согласно названным критериям иерархия «нормативных фактов», или первичных источников права, вообще не может быть определена заранее и может констатировать лишь *post factum*?<sup>64</sup>

Нужно ли после всех этих замечаний полностью отказаться от установления некоей иерархии множества «нормативных фактов» или первичных источников права, хотя бы в той степени, в которой они представляют один из аспектов общего интереса? Я думаю, что нет, поскольку это на самом деле привело бы к утрате критерия разрешения конфликта источников права и к разрушению единства понятия права. Можно найти принцип устройства данной иерархии без принесения плюрализма в жертву и без помощи какого-либо внешнего искусственного вмешательства. Этот способ состоит в изучении отношения между функциональными и сверхфункциональными сообществами. По необходимости являясь рассудочно сконструированной, любая организация может обладать только ограниченными функциями; лежащие в основе спонтанные сообщества, способные к самовыражению в рамках одной организации (например, политическое, экономическое и иные сообщества), равным образом являются функциональными единствами. Однако существуют сообщества, которые могут выражаться только во множестве равнозначных организаций, которые не допускают существования над ними какой-либо единой надстройки из-за возможного порабощения их творческого порыва, преобразования формируемого ими открытого общества в общество закрытое, — это такие сверхфункциональные сообщества, как нация и международное сообщество. Если и можно говорить о том, что именно только эти два сообщества воплощают не какой-либо один из аспектов общего интереса, а целостность таких аспектов, то нужно сразу же дополнить, что подобная целостность не может быть окончательно выражена в рамках какой-либо одной организации, что она так же неперсонифицируема и невыразима, как и сами сверхфункциональные сообщества, чья структура исключает некую единую организацию. Таким образом, очевидно, что «нормативные факты» нации и «международного сообщества» в силу своей сверхфункциональности выражают все остальные функционализированные нормативные факты. Спонтанное позитивное право этих двух сообществ предоставляет

<sup>64</sup> Иными словами, такая иерархия является данным бесконечно изменчивого «юридического опыта» (см. ниже).

нормы для разрешения конфликтов между всеми остальными «нормативными фактами», интегрированными в сферу этих сообществ, и такие нормы по сути своей изменчивы в зависимости от периодов истории, а модификация этих норм разрушает иерархию остальных первичных источников права.

Остается лишь установить соотношение между нормативными фактами нации и международного сообщества. Именно здесь никак нельзя забывать о том, что речь идет не совсем о простых фактах, а о тех нормативных фактах, которые воплощают позитивные ценности. Чтобы быть в состоянии реализовать те ценности, которые соответствуют ее призванию, нация должна найти свое незаменимое место в целом международном сообществе. Равным образом, для служения справедливости нация должна самоинтегрироваться в более широкое сообщество, которое служит той же самой идее. Нация, понимаемая не как грубый факт, а как нормативный факт, не может утверждать себя как таковую без интеграции в нормативный факт международного сообщества и без подчинения последней; и именно право международного сообщества подчиняет себе образующееся из национальных сообществ право, которому первое предписывает его границы и компетенцию.<sup>65</sup> Таким образом и образуется иерархия первичных источников права. Единство права чисто имманентно утверждается в данной иерархии и самореализуется в самом множестве равнозначных нормативных фактов. Имманентное единство в многообразии — таково последнее слово плюралистической теории источников права.

Для того чтобы завершить настоящий очерк, я сделаю всего лишь одно замечание. Проводя различие между формальными источниками права, или техническими процедурами констатации, и материальными источниками права, или нормативными фактами, я еще не рассмотрел возможности непосредственной констатации позитивного права посредством непосредственной интуиции нормативных фактов. Для позитивности права достаточно констатации того нормативного факта, на котором основывается обязывающая сила данной нормы. Но подобная констатация может произойти и через непосредственное видение нормативного факта без участия заранее определенных технических приемов. Так, рассуждение приводит к проведению различия между формальным и интуитивным правом — противопоставление, которое не выводит за пределы позитивного права. В целом столь ожесточенно дискутируемая сегодня проблема свободного усмотрения судьи, свободного права, свободного научного поиска является не чем иным, как проблемой интуитивного позитивного права, которое одновременно реализует вполне оправданные мотивы, содержащиеся в естественном праве, исключая при этом ошибки последнего.

Конфликты интуитивного и формального позитивного права разрешаются в рамках одного и того же позитивного правопорядка, первичными источниками которого являются нормативные факты, лишь констатируемые по-разному. Что касается вопроса о том, кто будет обладать преимуществом в случае конфликта — формальная или интуитивная констатация, то решение этого вопроса зависит от реальной степени их соответствия нормативному факту, на выражение которого претендуют оба названных приема констатации.

---

<sup>65</sup> См. анализ смыслового подтекста «актов актуального признания» нации и «актов виртуального признания» международного сообщества в приводимом ниже очерке («Юридический опыт»).

Впрочем, требования безопасности и порядка в обычные периоды истории заставляют безусловно доминировать формальное позитивное право по отношению к интуитивному позитивному праву, последнее же в свою очередь доминирует в периоды революций.

Ошибка школы свободного права состоит в вере в то, что интуитивное право всегда лучше заранее формулируемого права. «Приведем в качестве примера конфликт между интуитивным и формальным правом в момент освобождения рабов в Соединенных Штатах Америки и после этого. В определенной степени интуитивное право большей части белого населения в течение длительного времени оставалось и остается до настоящего времени пропитанным духом рабовладельчества. В этом случае формальное право оказывается прогрессивным, а интуитивное право — ретроградным; эволюция “нормативного факта” намного лучше констатируется здесь с помощью технических процедур, чем через непосредственное настроение населения. Другой пример. После установления в стране демократии в рамках различных социальных кругов всегда остается интуитивное право, благосклонное к аристократии и автократии. Именно формальное право более адекватно констатирует здесь “нормативный факт”, и не остается никакого сомнения в том, что такое формальное право имеет большую ценность, чем склонное к ретроградности интуитивное право».<sup>66</sup>

Существуют такие области, в которых уместно только интуитивное право, например дисциплинарное право публичных и иных учреждений, дискреционное право администрации, право судьи по своей совести разрешать переданные ему на рассмотрение споры, исход которых не предопределен позитивным правом. И наоборот, можно указать на те области, в которых уместно лишь формальное позитивное право, как, например, судебные процедуры, деление чиновников на разряды, присвоение академических степеней. Но в большинстве случаев формальное и интуитивное право оказываются в соперничестве и их конфликт разрешается, исходя из степени действительного соответствия тому нормативному факту, который они констатируют.

Что представляет здесь для нас интерес — это то, что посредством дающей начало интуитивному праву непосредственной констатации плюрализм источников позитивного права лишь увеличивается, не нанося при этом ущерба имманентному единству источников права, который утверждается в их множественности.

Плюралистическая теория источников позитивного права, таким образом, значительно расширяет сферу юридического опыта; она показывает все богатство правовой жизни, исключает любое догматичное и статичное предубеждение, открывая широкие перспективы абсолютно динамичной концепции, которая может служить в качестве общей философской основы для технической науки о праве (которая таким образом избегает мумифицирования своих концепций), к собственно юридической социологии.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> Здесь я позволил себе привести цитату из моего предшествующего очерка.

<sup>67</sup> По вопросу соотношения понятий «философия — социология — теория права» см. мой очерк «Юридический опыт».

## Глава IV

# ИНТУИТИВИСТСКАЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА: ЛЕВ ИОСИФОВИЧ ПЕТРАЖИЦКИЙ

15 мая 1931 г. в Варшаве скончался один из самых выдающихся представителей современной философии права России и Польши Л. И. Петражицкий. Поляк по происхождению, он в течение 20 лет с успехом преподавал в Петроградском университете и оказал сильное воздействие на правовую науку России. Возвратившись в Польшу после коммунистической революции в России, он вплоть до самой смерти занимал кафедру философии права Варшавского университета.

Дальнейшие строки с трепетом посвящаем его памяти.

\* \* \*

Л. И. Петражицкий принадлежит к числу первостепенных мыслителей, чьи новаторские идеи настолько опережали свою эпоху, что их истинное значение выявляется лишь спустя определенный промежуток времени. Поэтому философия права этого ушедшего от нас ученого может быть оценена во всем своем значении только в перспективе глубоких изменений, характерных для современной философской и юридической мысли.

### I

Философия права Л. И. Петражицкого несравненно глубже и оригинальнее, чем ее понимали ученики и противники мыслителя. И те, и другие видели в нем лишь последовательного позитивиста, применявшего принципы логики Дж. С. Милля к изучению права и пришедшего, таким образом, к обретению основы правовой действительности в эмпирической психологии человека. Метод чистого описания «переживания», соответствующего юридическому опыту (метод, который привел Петражицкого к открытию *эмоциональной интуиции*, которой доступны данные права и нравственности), в немалой степени приближается как к методу А. Бергсона, описанному в его работе «*Les données immédiates de la conscience*», так и к методу современных немецких феноменологов (Гуссерль, Шелер и др.). Данный метод они использовали для расширения понятия опыта за счет распространения его из чувственной сферы на сферу духовную. Петражицкий, в полном согласии с рядом современных мыслителей<sup>68</sup> (во Франции в числе таких мыслителей необходимо упомянуть прежде всего Фредерика Рау и Анри Бергсона), пытался преодолеть противопоставление эмпиризма и спиритуализма в идее экспериментальной метафизики, которая основывалась на прямом описании интуитивных данных. Отсюда и его враждебность по отношению к неокантианству, особенно к «методу постулатов в логике» и «нормативизму» в теории права; подобная враждебность ошибочно была принята за проявление у Петражицкого позитивизма.

---

<sup>68</sup> См. выше.

Уже по ранним работам Петражицкого, написанным на немецком языке и посвященным проблемам гражданского права («Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten». 1892; «Die Lehre vom Einkommen». 1893, 1895),<sup>69</sup> можно проверить, в какой степени он был далек от позитивистских концепций. В своих работах Петражицкий подверг резкой критике проект нового Германского кодекса, «который, судя по содержащимся в нем выражениям, видимо, забыл, что после римского права было и Евангелие любви» («Die Lehre vom Einkommen». 1 Bd. S. 340); ради этого Евангелия данный проект должен быть отвергнут, поскольку из-за верности принципам индивидуалистического эгоизма проект допускает громадную ошибку, «рассматривая человеческую душу в качестве калькулятора» (Ibid. S. 544), сводя все мотивы человеческих действий к утилитарным и гедонистическим факторам и забывая о факторе любви (Ibid. S. 545). Однако истинное основание права (в той степени, в которой право не обращается в свою противоположность) — сила — может быть обретаема только в любви из-за единственной причины — «там, где не действует любовь, разум сам по себе утверждаться не может» (Ibid. 2 Bd. S. 477). «Вся человеческая цивилизация во всех своих политических достижениях была лишь кристаллизацией любви» (S. 477). Как уточняет Петражицкий, любовь не является простым эмпирическим чувством, она представляет собой особую разновидность разума. «В определенном аспекте любовь утверждается как разум, а разум — как любовь» (Ibid. 2 Bd. S. 468–469). Эти слова напоминают знаменитое высказывание Паскаля: «Сердце имеет свои резоны, о которых разум не ведает», они заставляют предугадывать идею эмоциональной интуиции и могли бы послужить эпиграфом ко всей его системе.

Настаивая на невозможности полностью разъединить любовь и справедливость, Петражицкий логическим путем пришел к разрыву с теми индивидуалистическими и рационалистическими теориями и которые полностью отрывали право от нравственности как норму внешнего поведения в противопоставлении внутреннему побуждению. Утверждение связи между любовью и справедливостью привело ученого к постулированию необходимости внесения (с точки зрения идеала любви) постоянных коррективов в жизнь права, характеризуемого тенденцией к формализму и стагнации.

Как раз та самая своеобразная научная дисциплина — «политика права», которую Петражицкий начал пропагандировать в своих первых работах, и должна, по его мнению, «направлять сознательное действие по направлению к совершенствованию права, исходя из идеала любви». Цель «политики права» — изучать «средства постоянного сближения права и любви, облагораживания человеческого поведения в общественной жизни» (Ibid. 2 Bd. S. 541). Эта новая научная дисциплина, которая опирается, с одной стороны, на созерцание идеала любви, а с другой — на наблюдение психических факторов человеческого поведения в данной социальной среде, и призвана, согласно Петражицкому, заменить собой устаревшую теорию естественного права. Теоретики прошлого шли правильным путем, ставя проблему естественного

<sup>69</sup> Эти работы во Франции привлекли внимание Эдуарда Ламбера, который излагает и критикует их в своей книге «La fonction du droit civil comparé» (1903. P. 830, 832–871).

права, но они были не правы в выборе средства разрешения данной проблемы. Отвергнув в борьбе против естественного права саму проблему постепенного совершенствования права по требованиям идеала, юридический позитивизм впал в чудовищную ошибку, которая никак не может быть оправдана. Эти мысли Петражицкого, которые он высказывал начиная с 1892–1893 гг., т. е. задолго до того, как Р. Штаммлер — в Германии, Ф. Жени — во Франции и П. И. Новгородцев — в России провозгласили «возрождение естественного права», послужили первым сигналом (как это любил подчеркивать сам Петражицкий) для всего последовавшего движения. Действительно, данное движение в пользу возрожденного естественного права взяло совершенно иной курс, чем это предполагал Петражицкий в своей «политике права», но в той степени, в которой данное движение сформировалось в рамках школы свободного права (*Freirecht*), оно вновь очень плотно приблизилось к изначальным воззрениям Петражицкого.

## II

По нашему мнению, этих предварительных замечаний достаточно для того, чтобы приготовить читателя к пониманию действительного философского значения «Теории права и государства» Л. И. Петражицкого<sup>70</sup> (1-е изд. 1907; 2-е изд. 1908), основанной на «эмотивной психологии». <sup>71</sup> «Эмотивная психология», которую Петражицкий противопоставлял искусственной психологии чувств, воли и разума, в первую очередь призвана к борьбе и опровержению гедонистических теорий человеческого поведения (*Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с нравственностью. Введение. С. 173–174, 164 и сл., 265*). «Одной из наиболее пагубных ошибок, сказавшейся на многих науках, является гедонистическая и эгоистическая концепция человеческой природы и поведения человека, согласно которой воля определяется удовольствиями и страданиями»; такая теория является лишь необходимым следствием «основных положений современной психологии, по которым вся психическая жизнь распределяется между такими односторонне пассивными элементами, как чувства, и такими односторонне активными элементами, как воля» (Там же. Введение. С. 173). Но эти предпосылки отнюдь не обязательны, их реально можно обнаружить в психической жизни элементов, являющихся одновременно пассивно-активными — в них факт претерпевания и движущий импульс неразрывно связаны. Эти несводимые к другим элементам должны быть обозначены как *эмоции*, и именно они в принципе регулируют поведение человека. Такие чувства, как страдание и удовольствие, являются лишь вспомогательными явлениями, которые сопровождают удовлетворение или неудовлетворение эмоций.

В общеэмоциональной сфере, которая занимает большую часть психической жизни, находят свое место разнообразнейшие эмоции: начиная с примитивных

<sup>70</sup> М. Грубер в статье «Une théorie psychologique du droit» (*Revue trimestrielle de droit civil*. 1911. P. 531–579) на французском языке дает весьма близкое к оригиналу изложение основных тезисов названной работы. Но он тоже впадает в общее заблуждение, связанное с толкованием концепций Петражицкого в духе полного позитивизма и субъективизма.

<sup>71</sup> См. также работу Петражицкого «Введение в изучение права и нравственности. Основы эмотивной психологии» (1-е изд. 1906).

эмоций, связанных непосредственно с физиологическим функционированием организма, как, например, жажда и голод, сексуальный инстинкт (Петражицкий обозначает эти эмоции как «специальные», поскольку они провоцируют заранее предопределенные действия), через несколько более возвышенные эмоции, которые связаны с духовной жизнью, как, например, радость и боль, симпатия и антипатия, моральные эмоции и правовые эмоции, и кончая наиболее возвышенным выражением эмоциональной жизни в виде любви и ненависти (все эти эмоции обозначаются Петражицким как «бланкетные», поскольку провоцируемые ими действия заранее не предопределены). Эмоциональная теория мотивации исключает не только гедонистические концепции, но и (как это подчеркивает Петражицкий) интеллектуалистические концепции («идеологические теории мотивации»), по которым человеческая воля управляется непосредственно через интеллектуальные представления, в частности, через цели, заранее фиксированные рассудком. Мыслитель настаивает на том, что в той степени, в которой телеологические мотивы действуют в действительности, они обладают эмоциональной основой и что сфера их применения крайне ограничена. «Преобладающая масса человеческих поступков не имеет целей и не совершается ради достижения какого-либо результата» (Там же. Т. I. С. 17), а благодаря непосредственным эмоциональным аттракции или репульсии по отношению к определенным событиям, предметам или поступкам. В частности, мотивы моральных или правовых действий обладают непосредственно эмотивным характером, но отнюдь не телеологическим или интеллектуальным.

На основании сказанного выше мы считаем невозможным далее ставить под сомнение то, что вся теория эмоций Петражицкого вмещается в рамки объясняющей и дескриптивной психологии; психологии «понимания внутренних смыслов» (*verstehende, sinndeutende Psychologie* (нем.) — понимающей, интерпретирующей смыслы психологии. — *Прим. пер.*), как говорят немецкие ученые, но отнюдь не в рамки объясняющей и эмпирической, т. е. детерминистской, психологии. В центре эмотивной психологии Петражицкого находится принцип, прямо противоположный обычной ассоциативной психологии, а именно принцип недопустимости объяснения высшего через низшее, сложного через простое, целого через его части. Таким образом, эмоции в своем составном единстве оказываются несводимыми к их составным элементам, эмоции высшего порядка — несводимыми к более примитивным эмоциям; эмоции благодаря своему целостному характеру (где неразрывно связаны пассивность и активность) доминируют по отношению к иным психическим элементам.

Метафизический принцип любви берется в качестве проводника при поиске эмоций, а основной вопрос, ответить на который призвана психология Петражицкого, — это вопрос о том, каким образом любовь, невзирая на гедонистические и интеллектуалистические теории, оказывается способна непосредственно регулировать человеческое поведение. В конечном итоге само противопоставление элементарных (специальных) эмоций и высших (бланкетных) эмоций имеет своей предпосылкой веру в реальность духовной жизни, которой эти эмоции и соответствуют. Эмотивная психология Петражицкого, очевидно, основана на таком методе, который не имеет ничего

общего с позитивизмом и детерминизмом. Этот метод можно принять только в том случае, если полностью порвать с сенсуалистической психологией и встать на точку зрения прямого описания непосредственных данных сознания, — именно это и характеризует метафизическую и объясняющую психологию наших дней.

Но Петражицкий заходит еще дальше. Если правда то, что эмотивная психология обладает явно выраженным антидетерминистским и антипозитивистским характером, то это оказывается вдвойне правдой в том, что касается того применения, которое Петражицкий дал своей теории эмоции в части изучения нравственных и юридических феноменов. По Петражицкому, эти явления связаны с особым родом эмоций, которые представляют собой непосредственные реакции индивида, спровоцированные «акционным» представлением, человеческое поведение, где «не нужно никаких посторонних, целевых и других познавательных процессов, а достаточно представления самого поведения, чтобы нашлись импульсы в пользу или против него». «Такую мотивацию, в которой действуют акционные представления, возбуждающие аппульсивные или репульсивные эмоции в пользу соответствующего поведения или против него, мы назовем акционной (в тексте ошибочно дано «автономной»). — *Прим. пер.*), или самодовлеющей, мотивацией». Именно такая мотивация и конституирует сферу «этических» мотивов в наиболее широком значении этого термина.

«Суждения, в основе которых лежат такие сочетания акционных представлений и репульсий или аппульсий, мы называем... нормативными суждениями, а их содержания — принципиальными правилами поведения, принципами поведения, или нормами» (Там же. С. 21). Сфера права и нравственности, таким образом, несводима ни к какой иной области и является специфическим участком «автономной мотивации» и «нормативных эмоций», представляющих собой импульсивные или репульсивные реакции, непосредственно следующие за акциями (Там же. Т. 1. С. 25 и сл.). «Если честному человеку предлагают совершить, например, за деньги или иные выгоды, обман, лжесвидетельство, клевету, отравление кого-либо и т. п., то само представление таких “гадких”, “злых” поступков вызывает репульсивные эмоции, отвергающие эти действия... Другие акционные представления, например, представления поступков, называемых хорошими, симпатичными, вызывают, напротив, аттрактивные эмоции по адресу этих поступков (потому-то они и называются хорошими, симпатичными, равно как эпитеты “злой”, “гадкий”), по адресу некоторых других поступков означают наличие и действительность репульсий по их адресу» (Там же. Т. 1. С. 20). Мы намеренно привели длинные цитаты из Петражицкого, поскольку данные в них определения обладают решающим значением для понимания истинного философского смысла его теорий.

И действительно, что иное может обозначать спровоцированная акционным представлением непосредственно следующая аттрактивная или репульсивная эмоция, как не *эмоциональную интуицию ее позитивной ценности?* Очевидно, что «такая акция, представление которой производит непосредственные моральные или правовые эмоции, автономным образом мотивирующие поведение, отличается от простых объектов или событий, представление которых может породить только утилитарные или телеологические

мотивы» из-за того, что она обладает *специфическим духовным значением*. «Акция», человеческое поведение, лишь представление которых способно спровоцировать нормативные эмоции, принципиально не могут отождествляться с простыми телесными движениями человека и еще менее животного (последние могут спровоцировать эмоции страха, симпатии, но отнюдь не этические эмоции). Приводимые Петражицким примеры «акций» (лжесвидетельство, клевета, верность условиям договора и т. п.) максимально свидетельствуют о том, что здесь речь идет о своеобразнейших поведенческих актах, природа которых определяется их значимостью с точки зрения специфических духовных значений. Именно эти акты, проникнутые духовными смыслами и конституирующие «поведение», оцениваются в позитивном или негативном плане посредством провоцируемой ими непосредственной эмоциональной реакции. Иными словами, именно эти акты представляют собой опору для позитивных и негативных ценностей, которым незамедлительно и непосредственно следуют благодаря эмоциональной интуиции. Таким образом, доктрина нормативных и автономных эмоций Петражицкого логически приводит к теории эмоциональной интуиции ценностей, развитой впоследствии с таким фурором и успехом немецким мыслителем Максом Шелером в соответствии с принципами феноменологической философии.<sup>72</sup>

В сущности, эмоциональная теория Петражицкого (в том, что касается ее применения к изучению права и нравственности) выводит за пределы всей психологии в целом: не только эмпирической, но и объясняющей и метафизической, так как от сферы субъективного переживания она возносится к области «открытых» правового и нравственного сознания и объективных данных, независимых от психических актов, которыми такие данные схватываются. Но как раз здесь и выявляются те границы, которые Петражицкий не смог перейти в своих исследованиях: возносясь за пределы психологии к теории интуиции, он впадает в субъективизм вместо того, чтобы на базе психологии развить доктрину объективных ценностей, как это сделал Макс Шелер.

Так, Л. И. Петражицкий, сконцентрировав основное внимание на сопровождающих нормативные эмоции «фантазмах» и субъективных «проекциях», оставил без ответа вопрос о том, представляют ли собой оценочные характеристики хорошего и плохого, справедливого и несправедливого всего лишь «фантазмы», или же они обладают объективной значимостью. При этом отождествление любви и разума, признание метафизического принципа любви высшим идеалом и, наконец, усердие, с которым наш мыслитель сражался со всеми проявлениями гедонизма и «широко распространенных теорий, которые основывают право на интересе, задавая, таким образом, циничную и пошлую направленность правоведению» (Там же. С. 335), не могут оставить никакого сомнения в том, что он верил в объективность Добра и Справедливости.

Для того чтобы завершить эту часть нашего исследования, отметим, что если с определенных позиций Петражицкий и является предшественником Шелера, далеко превзойденным последним, то с других позиций его эмоциональный

---

<sup>72</sup> О Шелере см. наши мысли в работе «Современные тенденции немецкой философии» (С. 67–152) и выше в настоящей работе.

интуитивизм должен рассматриваться как превосходящий теорию Шелера. Действительно, тогда как для Шелера эмоциональная интуиция всегда имеет пассивный характер, то для Петражицкого, наоборот, она обладает намного более активным характером и охватывает собой не только чисто аффективное, но и волящее видение, — интуицию-действие. Вот почему Петражицкий вполне обоснованно связывает нравственную и юридическую интуицию с видением действий, тогда как для Шелера действие не играет никакой роли в познании ценностей и сводится к исключительно подчиненному и второстепенному началу.

\* \* \*

Метод чистого описания непосредственных данных правосознания и нравственного сознания позволил Петражицкому прийти к весьма проницательному определению критериев разграничения права и нравственности, где первое утверждается в качестве «императивно-атрибутивной» и поэтому «двусторонней» структуры, а второе — в качестве исключительно императивной и поэтому «односторонней» структуры. В сфере права обязанности одних строго связаны с притязаниями других, тогда как в сфере нравственности такое соответствие обязанностей и притязаний не имеет места. Юридической обязанности соблюдать договор соответствует требование другой стороны о том, чтобы эта обязанность исполнялась. И напротив, нравственной обязанности любить своего врага как своего ближнего и обязанности подставлять левую щеку после удара по правой, очевидно, не может соответствовать никакое притязание врага или агрессора вести себя подобным образом по отношению к своей жертве. Огромное преимущество такого определения соотношения права и нравственности состоит в том, что этим определением достигается четкое разграничение двух означенных сфер без их полного отрыва друг от друга и, таким образом, сохраняется определенная связь любви и справедливости. На самом деле нетрудно отметить, что, согласно концепции Петражицкого, одно и то же предписание, например «не убий», «не укради» и т. д., может возыметь то нравственное, то юридическое значение и пониматься в рамках последнего как требование с ограниченным объемом и вписываться в четко определенные пределы. Так, нравственная норма «не убий» значима не только во всех тех случаях, когда право позволяет убивать (необходимая оборона, крайняя необходимость, война, подавление бунта, смертная казнь и т. д.), но и в гораздо более широком круге действий, которые могут стать косвенной причиной смерти: начиная от отказа оказать помощь в опасной ситуации и кончая оскорбительными словами, которые могут укоротить жизнь ближнего... На этом примере можно ясно увидеть, что, по концепции Петражицкого, нравственный элемент всегда оказывается имманентным праву, хотя и проявляясь здесь в форме, урезанной и ограниченной определенными условиями.

Такой результат, к которому Петражицкий приходит путем описания непосредственных данных интуиции, может быть верифицирован путем обоснования разграничения между правом и нравственностью как императивно-атрибутивной и просто императивной структурами на основе более широкой философской концепции, где право рассматривается как основное

средство, как абсолютно необходимое условие, как неизбежный и априорно заданный этап осуществления морального идеала.<sup>73</sup> Здесь право рассматривается как необходимое окружение нравственности — оно зажигается пламенем нравственности через процесс вербализации, оно охватывает нравственность как априорная оболочка, защита которой и позволяет нравственности развивать свои богатые и сложные сплетения элементов конкретной индивидуальности. Право предстает как логизация нравственности, как количественная характеристика и рационализация полностью качественных и иррациональных элементов, как охлаждение жара творческой деятельности в рамках интеллектуального схематизма. С этой точки зрения двусторонний или скорее многосторонний характер правовых норм проистекает непосредственно из замены общими правовыми нормами строго конкретизированных нравственных предписаний, равно как и из факта замещения общей типологией несравнимых между собой субъектов, из внесения некоторой количественной стабильности в творческое движение. И нигде, кроме как в логизированной и обобщенной сфере права, нет возможности установить четко определенное соответствие между обязанностями одних и притязаниями других; что исключается самой природой нравственности. Поэтому данные Петражицким определения могут быть (точнее, они требуют этого) без каких-либо проблем интегрированы в более широкую философскую доктрину, затрагивающую отношение между правом и нравственностью.<sup>74</sup> Констатация данного обстоятельства не только лишней раз демонстрирует глубину и гениальность концепций Петражицкого, но и может одновременно служить поразительным подтверждением тезису, согласно которому интуиция и рефлексия, чистое описание данных систематического исследования отнюдь не исключают друг друга, но предполагают и поддерживают друг друга, взаимно служа основой для верификации полученных результатов.

Из своего определения права как двусторонней императивно-атрибутивной структуры Петражицкий выводит целый ряд важных следствий, четко характеризующих сферу права. Исходя из императивно-атрибутивной структуры права, мыслитель делает вывод о возможности осуществления права посредством принуждения, что восстанавливает разорванную связь между обязанностями и притязаниями. В нравственности, где такое соответствие не может быть установлено, принуждение исключается, тогда как в праве оно допускается в определенных случаях, хотя и не является необходимым. То же самое соответствие между обязанностями одних и притязаниями других имеет своим следствием тенденцию права к «позитивации» и «унификации», т. е. к выведению значимости правовых норм из соответствующих компетентных правотворящих авторитетов — «нормативных фактов», вопрос о которых будет поставлен ниже. В то же время Петражицкий не сделал из своего определения права ряда иных выводов, которые, как представляется,

<sup>73</sup> Первыми развили такую концепцию отношения между правом и нравственностью И. Г. Фихте и Хр. Краузе, которые противопоставляли ее кантианским дефинициям. Изложение доктрин этих двух философов см. в нашей книге «Идея социального права» (1932).

<sup>74</sup> Это мы и попытались сделать в общей части нашей ранее указанной книги «Идея социального права».

должны были бы с необходимостью последовать. Таким образом, двусторонний или скорее многосторонний характер правовой сферы прямо приводит к мысли о том, что все право в первую очередь является *объективным порядком мира* (что совсем не исключает возможности существования бесчисленного множества порядков). То соответствие притязаний и обязанностей, которое право призвано установить, оказывается возможным только при наличии реальной связи между наделенными сознанием субъектами, включаемыми в одно и то же целое, в один и тот же порядок. Императивно-атрибутивная норма, изолированная и оторванная от того порядка, лишь частью которого она является, не может четко реализовать свою многостороннюю структуру. Та же самая характеристика права с абсолютной необходимостью приводит к проблеме «реальности других Я», поскольку эмоциональная интуиция связи своих обязанностей с притязаниями иных субъектов очевидным образом связана с интуицией реальности цельного коллектива таких «Я», отличных от моего собственного «Я». Но здесь мы вновь подходим к тем границам, которые Петражицкому не удалось преодолеть. Остатки субъективизма и индивидуализма в мысли Петражицкого помешали ему пожать все плоды его замечательных рассуждений и прозрений.

### III

В сфере конкретных правовых конструкций<sup>75</sup> наиболее значимыми результатами исследований Петражицкого были: а) освобождение понятия позитивного права от якобы необходимой связи с государством; б) расширение числа источников позитивного права, доходящее до признания их идеальной бесчисленности; в) демонстрация важной роли, которую «интуитивное право» играет в правовой жизни, составляя конкуренцию формальному праву; г) наконец, замена традиционной классификации права на частное и публичное на классификацию на право «общественного служения» и «индивидуальной свободы».

Развиваемая Петражицким критика всех теорий, желающих определить право, и в частности позитивное право, как производное от государства и, в более широком смысле, — от принуждения, по своей диалектической форме и своей глубине принадлежит к числу классических текстов мировой юридической литературы. Он настойчиво демонстрирует порочный круг, который подспудно предполагают все эти теории. Так, мыслитель дает впечатляющий пример того, что всякое определение права как производного от принуждения приводит к возведению в область бесконечного тех норм, которые учреждают такое принуждение, поскольку вводящее санкцию предписание не может само по себе рассматриваться как правовая норма, если только оно не опирается на третью норму, имеющую ту же самую потребность в иной норме, и так до бесконечности. Таким образом, Петражицкий оказывается перед выводом, что принуждение не только не является неотъемлемым признаком права, но и все санкционированное принуждением право должно с необходимостью опираться на право, не имеющее санкций.

<sup>75</sup> Более детальное изложение данной части теории Петражицкого можно найти в нашей книге «Идея социального права и современность» (1932. С. 279–294).

Освобождение понятия «позитивное право» от необходимой связи с государством привело Петражицкого к констатации того важного факта, что большая часть права не только не происходит от государства, но даже не обладает «официальным характером», не признается государством, которое даже близко не подходит к тому, чтобы применять его через свои суды, и полностью игнорирует такое право. «Неофициальное право», о существовании которого государство даже и не догадывается, проявляется и занимает доминирующую позицию в правовой жизни; оно регулирует множество межличностных и межгрупповых отношений, например в торговле; оно навязывает себя внутри различных социальных кругов, ассоциаций, корпораций религиозных общин; оно регулирует важные секторы международной жизни. «Количество тех житейских случаев и вопросов поведения, которые предусматриваются и разрабатываются официальной нормировкой, представляет, по сравнению с тем необъятным множеством житейских случаев и вопросов поведения, которые предусматриваются правом в установленном выше смысле, совершенно микроскопическую величину» (Там же. Т 1. С. 95). Нужно ли говорить, в какой степени послевоенное развитие многочисленных внесударственных правовых институтов как в национальной, так и в международной жизни подтвердило эти прозрения Петражицкого, столь близкие концепциям ряда современных правоведов? Расширение внесударственного правотворчества за счет коллективных трудовых соглашений, обычного права профсоюзов, институтов индустриальной демократии, где каждая хозяйственная ячейка (например, предприятие) утверждает себя в качестве центра образования собственного права, зарождение таких новых институтов международного права, как Лига Наций, Международная организация труда и т. д., которые в процессе своей деятельности творят новое позитивное право, не только независимое от отдельно взятых государств, но даже превосходящее государственное право. Все эти факты подтолкнули современную правовую мысль к признанию данного «неофициального права», на существовании которого так настаивал Петражицкий.

Понятие позитивного права не может быть сформулировано ни как производное от государства, ни как производное от принуждения. Каков же, согласно Петражицкому, отличительный признак этого права? Он определяет позитивное право как право, заимствующее свою обязывающую силу из внешних по отношению к самой норме элементов — из «нормативных фактов»,<sup>76</sup> представление которых и вызывает убеждение в действенности права. «Позитивному праву», которое в силу вышесказанного оказывается гетерономным, противостоит «интуитивное право», являющееся автономным в силу того, что оно обретает свою обязывающую силу в себе самом, а не в «нормативных фактах».

По Петражицкому, существует несоизмеримо больше «нормативных фактов», на которые может опираться позитивное право, чем обычно предполагают. Определение специфики этих «нормативных фактов», которые должны заменить собой в немалой степени двусмысленное понятие «источников

---

<sup>76</sup> Заметим, что Петражицкий использует данный термин в смысле, несколько отличающемся от того применения, которое мы даем ему в своих вышеназванных произведениях и в публикуемых в настоящем сборнике очерках.

права», может быть дано только в предварительной и приблизительной форме. Новые «нормативные факты» могут обнаруживаться постоянно; в принципе, их число может быть бесконечно. В качестве примера Петражицкий приводит 20 известных на настоящее время видов «нормативных фактов», среди которых можно особо отметить наиболее оригинальные: *односторонние обещания* (например, октроировать конституцию, установить новый режим на фабрике и т. п.), *программы* и *декларации* (например, провозглашаемые политическими партиями или профсоюзами программы, преторские эдикты в Риме, декларации отдельных государств в международной жизни), *признание* (например, признание требований профсоюза работников со стороны работодателей, или, в исторической перспективе, признание одной династии со стороны другой, конкурирующей, династии), наконец, *внесудебные прецеденты*, которые играют огромную роль в ограниченных или закрытых социальных кругах (например, в различных корпорациях, дворянских сословиях, профсоюзах, акционерных обществах).

Ведя борьбу со всеми концепциями, которые возводят закон в степень высшего источника права, Петражицкий настаивает на полной равнозначности всех «нормативных фактов» и готовит, таким образом, путь *юридическому плюрализму*, к которому так сильно тяготели современные правовые мысль и действительность.

По Петражицкому, многие из форм позитивного права обретают свою полноту (в сфере как официального, так и неофициального права) через широкое применение «интуитивного права», которое в зависимости от исторических обстоятельств играет либо прогрессивную, либо ретроградную роль. В предшествующие революции эпохи протонародное интуитивное право утверждает себя как намного более прогрессивное, чем позитивное право; и напротив, в эпохи реформ интуитивное право зачастую отстает от позитивного (например, после отмены позитивным правом рабства в Соединенных Штатах интуитивное право определенных слоев населения еще на довольно длительный срок оставалось пропитанным духом рабовладельчества и т. п.). Исправляя перегибы «школы свободного права» (замечательнейшим представителем которого он, по существу, и был), Петражицкий вполне обоснованно противостоял слишком большому увлечению как «интуитивным правом», так и «позитивным правом»; по его мнению, эти два вида права равнозначны между собой и проявляют тенденцию к динамическому равновесию.

Нетрудно заметить, какие широкие горизонты для правовой науки открываются этими концепциями, которые содействуют расширению юридического опыта, вплоть до его истинных границ, и радикальному разрушению догматизма стагнирующей юридической техники. В то же время здесь, как, впрочем, и в других местах, у Петражицкого чувствуется разрушительное влияние субъективистских и психологических предрассудков. Последние и помешали ученому установить четкое различие между интуитивным правом отдельного индивида и интуитивным правом социальной группы, — права, которое играет существенную роль в правовой жизни. Именно отсюда и происходит трактовка Петражицким «нормативных фактов» как субъективных, индивидуальных представлений, тогда как в действительности речь

идет о компетентных правотворящих авторитетах, признаваемых в определенной социальной среде и по-настоящему действенных в ней; иными словами, обладающими способностью мотивировать поведение социальной группы. Все это привело к созданию для Петражицкого препятствий к проведению чрезвычайно важного различия между *первичными* и *вторичными* источниками права, а точнее — между собственно «*нормативными фактами*» и техническими и формальными процедурами их констатации. Ряд мыслителей Франции разными путями пришли к постановке проблемы соотношения первичных и вторичных источников позитивного права: Ф. Жени — через свою столь впечатляющую дифферентацию данного и искусственного в праве, М. Ориу — через свою столь глубокую теорию, где «объективный институт» противопоставляется примыкающим к нему нормам; наконец, Л. Дюги — через проводимые им различия между нормативными и конструктивными правилами. Через углубление данного соотношения должно стать ясно, что принципиально неправильно противопоставлять интуитивное и позитивное право, как это делал Петражицкий.

В конечном итоге «интуитивное право» утверждается как особый, непосредственный и независимый от технических приемов способ констатации тех же самых первичных источников права, которые наблюдаются в формальном праве. С этой точки зрения интуитивное право само по себе предстает как умножение позитивного права, дифференцирующееся на два вида: непосредственно констатированное интуитивное позитивное право и констатированное через технические приемы формальное право.<sup>77</sup> Из самой теории Петражицкого о двустороннем, императивно-атрибутивном характере права, в принципе, и вытекала невозможность для права утверждать себя без опоры на «нормативные факты» (которые гарантируют соответствие притязаний и обязанностей), т. е. невозможность проявляться иначе, как позитивное право. Понимание «интуитивного права» как чисто автономного права является всего лишь следствием пережитков субъективизма в теории Петражицкого, которые и помешали изобретателю столь удачного и точного термина «нормативные факты» добраться до истинного смысла этого термина. «Нормативный факт» может быть познан и осуществлен только в случае опоры на идеалреалистическую социологию, которая ставит своей задачей изучение воплощения вневременных ценностей в объективных социальных фактах.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> Детальное изложение данной точки зрения см. в вышеназванной книге «Идея социального права» (С. 132–150) и ниже в настоящем сборнике (подраздел IV «Интуитивное позитивное право» раздела II).

<sup>78</sup> Петражицкий не прав в своем утверждении о том, что невозможно ни сформулировать какой-либо объективный критерий «нормативных фактов», ни найти какое-либо присущее им сущностное качество, которое позволило бы таким фактам играть свою роль. Данный критерий находится как раз в тех вневременных ценностях, которые «нормативные факты» призваны схватывать и осуществлять. Лишь путем воплощения идей-действий, креативных ценностей нравственности и справедливости определенные социальные факты обретают способность становиться «нормативными фактами». Многочисленные формальные источники права, процессы констатации первичных «нормативных фактов» в меньшей степени связаны с объективными критериями, и именно поэтому их число, в принципе, может быть бесконечным. Однако действие таких источников сталкивается с ограничениями в том, что касается их способности действительно выражать «нормативные факты» — это предполагает наличие определенной связи с ними и признание такой связи данной социальной средой. Петражицкому не удалось провести различие между первичными и вторичными источниками права, и поэтому он не уделил внимания тем критериям, на которые мы указали выше.

Освобождение понятия «позитивное право» от связи с государством и признание доминирующей роли внесударственного и «неофициального» права с неизбежностью привело Петражицкого к пересмотру традиционного деления права на частное и публичное. В силу того, что данное деление не имеет под собой иного критерия, как изменчивая воля государства, и в зависимости от исторической эпохи ставит либо тот, либо иной сектор права в привилегированное положение, оно может применяться только к узкой сфере «официального права», которое подчинено юридическому верховенству государства. По Петражицкому, по-настоящему полным противопоставлением видов права является следующее: «право социального служения» и «свободное и индивидуальное право».

«Право социального служения» объединяет, организует и централизует; индивидуальное и свободное право разделяет, ограничивает и распределяет. Индивидуальное право регулирует не только межиндивидуальные отношения, но и межгрупповые, поскольку в своих внешних отношениях группы действуют так же, как и индивиды. Право социального служения намного шире, чем публичное право, поскольку оно интегрирует в себя все социальные группы в целом в той степени, в которой последние автономно регламентируют свою внутреннюю жизнь (например, профсоюзы, церкви, предприятия, отдельные ассоциации и т. п.). Необходимо различать право социального служения, имеющее общий характер, и то же право, обладающее партикулярным и специальным характером, в зависимости от того, служит ли оно общему интересу (например, общему политическому, экономическому или иному интересу) либо частному интересу (например, тот или иной профсоюз, та или иная экономическая группа и т. п.). Право социального служения порождает совершенно своеобразный вид власти, по сути своей отличный от «власти доминирования», от «социальной власти», осуществляемой в интересах подчиненных ей лиц и под их контролем. Власть доминирования, напротив, вытекает из неестественного расширения действия индивидуального права на те сферы, которые ему не принадлежат: например, власть господина над его рабами, хозяина по отношению к своим работникам на капиталистическом предприятии и, можем добавить, авторитарная или диктаторская власть не только в патримониальном, но и в любом ином антидемократическом государстве в целом.

Таким образом, из теории права социального служения Петражицкого вытекает не только подтверждение полной юридической автономии различных внесударственных групп и организаций, но и демонстрация того, что такая автономия весьма часто приводит к организации социальных ассоциаций по демократическому и эгалитарному принципу сотрудничества и содействия. Интересно отметить, как близко концепции Петражицкого подходят здесь к теориям Гирке о социальном и индивидуальном праве и о противопоставлении ассоциаций сотрудничества (*Genossenschaften* (нем.)) и доминирования (*Herrschaftsverbände* (нем.)), хотя Петражицкий постоянно жестко критиковал Гирке, особенно упрекая его в органицизме. Концепции Петражицкого отличаются в лучшую сторону от концепций Гирке именно тем, что российский правовед рассматривал правопорядок ассоциаций доминирования не как проявление социального права, а как искажение этого

права через подчинение праву индивидуальному. Так Петражицкий готовил путь к таким современным теориям социального права, как право чистой интеграции, отличающееся как от права координации, так и от права субординации (представляющего собой неестественную деформацию права социального служения). Все схемы автономного экономического права, характерные для антиэгалитарных социалистических доктрин наших дней, равно как и для современных теорий трудового права, исследуют лишь (если говорить словами Петражицкого) общий тип «неофициального (внегосударственного) права» социального служения.<sup>79</sup> Все институты индустриальной демократии являются лишь методами освобождения права «партикуляристского социального служения», регулирующего каждую ячейку экономики, от порабощения индивидуальному праву владельца — порабощения, которое преобразует подобные ячейки в ассоциации доминирования.

Поистине гениальным чутьем Петражицкий предугадал то направление, которое должно было принять развитие философской и юридической мысли наших дней. Этот гениальный мыслитель пришел к истинным выводам даже по тем вопросам, по которым субъективистские и психологические пережитки его доктрины мешали распознать настоящие основы собственных же концепций. Логическим завершением этих концепций могла бы стать теория духовных ценностей, охватываемых непосредственным эмоциональным опытом, равно как и допущение объективной реальности социальных тотальностей, создаваемых коллективными интуициями.

Интеллектуальное наследие Петражицкого имеет огромную ценность, открывая перед современной правовой мыслью исключительно широкий горизонт. Поэтому исследования этого ученого со всеми их преимуществами и недостатками сохраняют актуальность и по сей день. Нам кажется бесспорным, что перевод основной работы Петражицкого «Теория права и государства в связи с теорией нравственности» на один из доступных европейским правоведом языков, особенно на французский, крайне желателен.

---

<sup>79</sup> Международное право показывает, что Петражицкий допустил ошибку, исключая это право из сферы родственного ему «права социального служения».

## Глава V

### Основания и эволюция права: Эммануэль Леви

В двух последовавших друг за другом работах<sup>80</sup> Эммануэль Леви (в нем столь компетентный и объективный критик, как г-н Ламбер, видит «одну из наиболее оригинальных фигур, которые появляются в настоящий момент на небосклоне французской юридической науки») объединил самое существенное из своих многочисленных исследований проблем теории и эволюции права за последние 40 лет. Столь энергичные усилия не приводят, да и не имеют цели приводить к окончательным результатам. Они сводились к бесчисленным попыткам вслепую опровергать принятые точки зрения, что не только свидетельствует о глубокой заинтересованности и об удивительной, трогательной интеллектуальной искренности исследователя, но и является символом более значительных тревожений юридической мысли, ее глубокой неуверенности перед бурными потоками современной правовой жизни, которые охватывают жизнь права и не позволяют ей более оставаться фиксированной в традиционных юридических категориях, унаследованных от римского права.

#### § 1. Методология

Динамичный в своей основе характер анализа и заключений г-на Эммануэля Леви базируются на введенном им методе правовых исследований, в рамках которого под коркой жестких формул, священных терминов и мумифицированных понятий исследователь пытается проникнуть в непосредственный поток юридической жизни, всегда предшествующий всякой понятийной фиксированности. Я сознательно употребляю эти термины феноменологической философии, так как полагаю, что Эммануэль Леви так же, как и Ф. Рау, и Л. И. Петражицкий, является по используемой методологии весьма оригинальным предвестником феноменологии. Его основные положения, сводящие всю правовую действительность к порыву верований (верований по большей части живых, подвижных, не допускающих никаких остановок и постоянно находящихся в движении; верований, которые находятся в состоянии постоянного экспериментирования), означают не что иное, как поиск допонятийной непосредственности в праве: «В праве нет ничего, кроме практики, по отношению к которой принципы — не более чем этикетки, более или менее точные. Я решил непосредственно постичь верования» (*Levy E. Les fondements du droit. 1903. P. 76*); «Давайте изгоним суждение, образ... Прислушаемся к речи, полной практики, опыта, смысла. Войдем в ее храм. Она сформирована в сознании, в нашей природе, в нашем абсолютном» (*Ibid. 1922. P. 102*); «Да, право — это наука о нас самих, о социальных существах... это наука сознания. Ведь не существует двух измерений — метафизического,

<sup>80</sup> *Levy E. 1) Les fondements du droit. Paris, 1933. Ed. F. Alcan; 2) La Vision socialiste du Droit. Paris, 1926. Ed. M. Giard.*

или чистой морали, и практического, или правового. Центр повсюду» (Ibid. 1930. Р. 141–142); «Право есть мир живых представлений...», «верование создает право...» (Ibid. 1929. Р. 96); «Эта дематериализация права... ведет к горизонту верования, верования в феноменальный объект, в ту цель, на которую мы смотрим; *здесь описание является видением*» (Ibid. 1933. Р. 109).

Этот поток юридических верований, испытываемых каждый раз новым способом в практике и в действии (описание этого потока является интуицией-видением непосредственных данных сознания), в области юриспруденции в точности соответствует тому, что Ф. Рау исследовал в своей замечательной теории «морального опыта» путем оспаривания (которое он впервые предпринял в своей блестящей и решительной критике теоретической морали г-на Люсьена Леви-Брюля) всякой попытки выведения нравственных принципов, изолированных от непосредственного опыта. Г-н Эммануэль Леви опередил в этом направлении исследований на несколько лет г-на Рау, и вполне правомерен вопрос: не было ли прямого влияния этого правоведа на того философа-моралиста?<sup>81</sup> Это вполне вероятно, так как они вместе преподавали в Тулузе (1897–1898); их коллегой по работе был Морис Ориу, чьи исследования также основываются на описании «юридического опыта», впрочем, в совершенно иной интерпретации. При этом исследование допонятийных верований, предшествующих всякой юридической категории, вполне допускает аналогию с противопоставлением «данного» и «искусственного» в праве, которыми современная юридическая наука обязана г-ну Жени.

## § 2. Коллективные правовые верования

Так как основной источник права — это верования, то следует уточнить, какими особыми свойствами обладают верования, порождающие право. Эти верования, согласно Эммануэлю Леви, являются не интеллектуальными, но *мистическими и активными, а также коллективными и взвешенными*. Проанализируем каждое из этих свойств. Верования, о которых говорит Э. Леви, являются сверхинтеллектуальными. «Право участвует в религии теми социальными верованиями, на которых оно зиждется, а также деятельностью судебных инстанций, которая следует за своим объектом» (Levy E. Les fondements du droit. Р. 49, 36). Верования, являющиеся основанием права, суть мистическая вера, а не акт интеллекта или воли. Только некоторое ограниченное веры мерой дает критерий различия между мистическим и юридическим. «*Эта мера в вере различает временное от духовного, юридическое — от мистического*» (Ibid. 1931. Р. 152). «Время, деньги являются мерами, составляющими элементами права. Если нет временных границ, мы находимся в *абсолютной духовности*; если нас заботит неуплата денег, мы находимся

<sup>81</sup> Э. Леви сам намекает на возможное влияние его идей на Ф. Рау (Levy E. Les fondements du droit. Р. 85, note 3 «Le lien juridique». 1910). Впрочем, Ф. Рау не замедлил выказать интерес и симпатию, которые он испытывал к трудам Э. Леви (см. статью Ф. Рау (Rauh F. Le devenir et l'ideal social) по поводу работы Леви: Levy E. L'affirmation du droit collectif // Revue de Métaphysique et de Morale. 1904, — и его выступление во Французском философском обществе 26 марта 1908 г., помещенное в приложении к работе: Rauh F. Expérience morale. Р. 33–37. — Ср. также: Rauh F. Expérience morale. Р. 128–131, 212, note 2).

под гнетом временного» (Ibid. 1930. P. 150). «Верование не проверяемо, оно не удостоверяется, у нас нет аппаратов ментальной оптики, инструментов социальной психологии, которые позволили бы прочесть в голове людей их верования» (Ibid. 1903. P. 32). Верование может лишь переживаться непосредственно, и если оно коллективное, то оно является таковым лишь благодаря мистическому «контакту» (Ibid. 1929–1930. P. 135, 146, 152), т. е. единению сознаний, которые открываются в одном и том же направлении. И это сверхинтеллектуальное верование, становящееся коллективным благодаря контакту-единению, является творческим. Так, «труд стал ценностью; рабочая среда верит в себя, она создает свою практическую истину» (Ibid. 1909. P. 70) и порождает тем самым новое право, по которому труд возведен в актив общества, а капитал — в пассив.

Трансформации верований, приводящие к революционным изменениям права, не должны ни в коем случае сближаться с произволом коллективной воли. Верования несводимы к воле, которая подчинена верованиям и имеет юридическую силу только в том случае, если она им соответствует и констатирует их адекватно. «Верит не кто угодно», — ответил наш автор [Леви] с полным на то основанием на упрек Жоржа Рипара в том, что это в конце концов приводит к постулату «право будет тем, чем вам угодно» (Ibid. 1928. P. 125). Сверхинтеллектуальные верования,<sup>82</sup> в той мере, в которой они порождают право, носят, согласно автору, коллективный характер.

В своих основаниях, своих корнях всякое право, даже самое индивидуалистическое, имеет коллективный характер. Мыслитель, как он сам неоднократно подчеркивает, нашел основание своей социологической концепции в дюркгеймовской теории коллективного сознания. Система верований не отделяется, согласно Эммануэлю Леви, от целостности общественной среды. Каждая общность, каждое социальное целое обладают своими собственными верованиями. Потому «социальные отношения трансформируются, а чувства, которые они определяют, разрывают на части формулы, в которых предполагалось запретить внутренние чувства» (Ibid. 1903. P. 18). «Научный метод состоит в постановке учреждений на базе принципов», а «не принципов на базе учреждений» (Ibid. 1909. P. 72). «Сама среда, само общество со своими законами, такими, которые оно вынуждено себе представлять, создают юридическое бытие, его полномочия, его права» (Levy E. *Vision socialiste*. 1899. P. 94). «Коллективное сознание отражается в сознании участвующих в договоре» (Levy E. *Les fondements du droit*. 1903. P. 16). «Юридическое лицо является не чем иным, как более четкой и особой формой, которую принимает с какой-либо целью коллективное сознание, у которого каждый из нас заимствует свою индивидуальность» (Ibid. 1903. P. 11–12).

Все эти заявления могли бы привести к видению в теории коллективных верований Эммануэля Леви лишь описания определенного аспекта коллективного сознания в том виде, в котором оно было задумано Дюркгеймом. В самом деле, наиболее талантливые представители школы этого последнего, такие как г-да Фоконне,<sup>xviii</sup> Дави<sup>xix</sup> и Деа,<sup>xx</sup> не замедлили записать Леви в свои

<sup>82</sup> «Эмоциональные интуиции», или «императивно-атрибутивные интуиции», как сказали бы г-да Шелер и Петражицкий, которые весьма четко обрисовали их структуру, проводя в то же самое время их различие с религиозной верой, чего, напротив, не сделал г-н Э. Леви.

ряды. Однако то, что было сказано на предмет основного метода Эммануэля Леви, состоящего в описании непосредственных данных юридического опыта и роднящего его с исследованиями Ф. Рау, уже заставляет предчувствовать, что его включение в школу Дюркгейма достаточно искусственно. В самом деле, можно констатировать существенное различие между изначальной методологической позицией Дюркгейма и позицией Эммануэля Леви: ведь первый предлагает изучать социальный факт как объект, который возможно полностью изолировать от любой интерпретации со стороны субъектов (что подразумевает невольную привязку к пространству коллективного сознания, становящегося трансцендентным по отношению к индивидуальным сознаниям) и который оказывает на них внешнее давление (что предполагает *взаимодополняемость перспектив* между индивидуальным и коллективным). Поэтому лишь с того момента, когда Дюркгейм существенно изменил свою позицию, сблизившись с тем, что впоследствии было названо «*Verstehende Sociologie*» (нем. — понимающая социология. — *Прим. пер.*) [социология, оперирующая интерпретацией и описательным пониманием смыслов, имманентных социальным фактам],<sup>83</sup> т. е. понимая общество прежде всего как совокупность идей, признавая, что «социология заведомо помещается в идеальное», и сводя коллективное сознание, сначала расширенное и привязанное к трансцендентному коллективному субъекту, к совокупности «ценностных суждений», можно было бы серьезно думать о сближении доктрин Эммануэля Леви и Дюркгейма. Однако полагаю, что тогда Эммануэль Леви, даже если бы он хотел быть последовательным в своих высказываниях в основополагающем споре между экспериментальной моралью Ф. Рау и социологической моралью Дюркгейма, должен был бы принять сторону первого, не будучи способным допустить подчинения верований в действии, без конца обновляющихся и являющихся самой жизнью и ее предвосхищением, их стабилизированным выражением, кристаллизованным и застывшим.

Потому более внимательное чтение текстов Эммануэля Леви дает ясное понимание того, что терминология Дюркгейма, которую он использует в определенный период своего творчества, по сути, не соответствует направлению его мысли. Не случайно Леви заменяет в своих последних работах понятие «коллективное сознание» намного более благоразумным термином «контакт»; т. е. единение индивидуальных сознаний, которые открываются одним и тем же коллективным верованиям; посредством этого «контакта» индивидуальные сознания взаимопроникаются без возникновения возможности противопоставить им высшее, трансцендентное, изолированное сознание. Уже в 1899 г. Эммануэль Леви писал, «что общество состоит в них

<sup>83</sup> Следует, впрочем, заметить, что эта концепция уже была предвосхищена в определении социологии, данном в 1903 г. Моссом и Фоконне и полностью одобрена Дюркгеймом: «Социология — это наука учреждений, т. е. совокупности в полной мере институтизированных актов и идей» («Grande Encyclopédie»). Вместе с тем вполне вероятно, что Дюркгейм в работе «Элементарные формы религиозной жизни», где особенно чувствуется новая акцентуация его метода, подвергся определенному влиянию Люсьена Леви-Брюля, который с 1910 г. предпринимал новаторские исследования по «первобытной ментальности», несомненно основанные на методах, совершенно аналогичных «*verstehende*» (нем. — понимающей. — *Прим. пер.*) социологии и психологии.

(индивидуумах), как и они состоят в нем» (*Levy E. Vision socialiste du Droit*. P. 99), т. е. что имеется в наличии взаимодополняемость перспектив, а не одностороннее подчинение. Он уточняет в 1922 г.: «Личность есть общество, общество есть личность, общество с нами, оно размышляет... оно полно воспоминаний, будущим, нашими знаниями, нашим познанием» (*Levy E. Les fondements du droit*. P. 99). «Речь сформирована нашим сознанием, нашей природой, нашим Абсолютом» (*Ibid*. P. 140). Поэтому последнее слово остается за данными индивидуального сознания, неотделимого от единства сознаний.

Сверхинтеллектуальные и коллективные верования, т. е. такие верования, которые основаны на *контакте*, на единении индивидуальных сознаний, для того чтобы стать способными порождать право, должны быть подчинены «мере», должны быть ею ограничены. Читатель посчитает, что мы указали лишь несколько коротких цитат на этот предмет, однако отметим, что автор, не забывая «меры», весьма искусно преподносит важную проблему специфики права по отношению к морали и религии. Эммануэль Леви сам настолько ощущал важность роли, которую мера играет в праве, что посвятил этому предмету три исследования: *Levy E.* 1) *La Mesure // Vision socialiste du Droit* (P. 178 et suiv.), 2) *Les Mesures des Droits // Les fondements du droit* (P. 151 et suiv.), «Права являются мерами» (*Ibid*. P. 169). К утверждению о том, что меры коллективных верований, которые трансформируют последние в право, — суть время и деньги, Эммануэль Леви добавляет лишь два замечания. Одно состоит в сведении меры к деньгам и ведению учета: «Справедливость постулирует учет, в котором ведется расчет как с дебиторами, так и с кредиторами» (*Ibid*. 1933. P. 166). «Права являются измеримыми верованиями, в справедливости все может быть подсчитано» (*Levy E. Vision socialiste du Droit*. 1926. P. 177). Другое состоит в подчеркивании того, что измерять означает применять к коллективным верованиям критерии разума: «Право выявляется под углом зрения... измеренных верований, т. е. *под углом зрения разума*» (*Levy E. Les fondements du droit*. 1929. P. 133). Таким образом, мера — это расчет разума. Очевидно, что у Эммануэля Леви разум здесь означает разум теоретический, рассудок в силу только того, что он умеет считать. «Справедливость достижима, поскольку права являются измеренными, *обдуманными* социальными фактами» (*Ibid*. 1933. P. 169). Итак, мы подходим с «мерой» к важнейшему утверждению о том, что сфера права содержит некоторую интеллектуализацию коллективных верований, что она охлаждает пыл сверхинтеллектуальных моральных коллективных верований, пропуская их через логику, что она стоит на полпути между моралью и логикой, или, как сказал уже Лейбниц, право «*hominis affectum erga hominem ratione moderatur*» (лат. — приложенное к человеку, оно регулируется человеческим разумом. — *Прим. пер.*). Автор этих строк попытался вывести из этой характерной для сферы права логизации целую серию свойств, которые четко разделяют право и мораль. Выражая свое удовлетворение по поводу встречи на этом поприще с Эммануэлем Леви, я не могу не выразить и сожаления о том, что этот выдающийся автор упустил возможность довести до логического конца столь блестяще начатый анализ. В самом деле, критерии меры в своих логических следствиях должны были бы привести Леви к внесению существенных модификаций в его

собственно юридические доктрины. У нас будет возможность вернуться к этой теме в ходе анализа конкретных научных конструкций Эммануэля Леви, к изложению которых мы сейчас и приступим.

### § 3. Вера как основа собственности и ответственности.

#### Коллективные обязательства и договор

Г-н Эммануэль Леви верифицирует и конкретизирует свое основное положение о том, что право зиждется на верованиях, искусным анализом целого ряда институтов частного права, анализом, сопровождаемым описательным объяснением их эволюции. В своей диссертации «Об идее передачи прав» («Sur l'idée de transmission des droits», 1896) на тему доказательства права собственности Эммануэль Леви очень тонко показывает, что «права не передаются» и что собственник имеет в своем владении собственность постольку, поскольку он ею обладает *добросовестно*. В самом деле, не уходя в бесконечность, невозможно проверить объективные основания права собственности на вещи, которые переходят из рук в руки, а покупатель всегда оказывается более или менее защищенным, если он добросовестен; для недвижимости письменный титул собственности должен сочетаться с добросовестностью. Например, с каждой так называемой передачей одно право умирает, а другое новое право рождается независимо от смерти предыдущего. Владелец права не приобретает его у другого. Владелец обладает своим правом через самого себя, через свою добросовестность, свое верование, ограниченное верованием коллективным. Отсюда прежде всего следует, что право собственности совершенно относительно и что его природа и сами его полномочия изменяются по мере изменения верований. Отсюда также следует, что даже индивидуальная собственность зиждется исключительно на «коллективных верованиях» (Levy E. *Les fondements du droit*. 1903. P. 32). «Владелец обретает свое право не от предыдущего владельца, но от общества, которое отказывается в его пользу... от того права, которым в сущности оно могло бы пользоваться сообща, от той возможности, которая ему принадлежит, — отстранить такого владельца от данного права. Другими словами, повторимся, собственник обретает свое право от самого себя, от своей личности, которая формирует в нем гражданственность» (Levy E. *Vision socialiste du Droit*. 1896. P. 31). В конце концов в указанных коллективными верованиями пределах существует единство между обязательственным и вещным правом, между обязательством и собственностью: «Единство обязательства и вещного права, владения и собственности» (Levy E. *Les fondements du droit*. 1931. P. 155).

Ответственность, будь то договорная или уголовная ответственность, равным образом зиждется на добросовестности: это следствие обманутого легитимного доверия (Levy E. *Vision socialiste du Droit*. 1899. P. 83). «Ответственность всегда формирует доверие, в котором мы нуждаемся чтобы действовать, имеет ли это доверие основание в обязательстве или в жизненной ситуации, является ли такое обязательство действительным или нет. Верование, в котором мы нуждаемся, и создает, и ограничивает ответственность; неважно, что присутствует неспособность того, кто несет обязательство, что

имеет место недействительность обязательства; достаточно обманутого доверия. Неважно также и то, что имеется осуществление определенного права, что есть вина или же ее нет, важно, что причинитель ущерба неспособен совершить неправомерный поступок, — например, юридическое лицо, — если имеет место посягательство на право другого; и напротив, не имеет значения, имеется ли вина в случае, если имеет место посягательство на определенное право: ответственность ограничена в своих причинах и следствиях тем, на что можно было рассчитывать. В более общем виде я показал, что наше легитимное доверие себе и другим дает нам владение правом, обязывает других по отношению к нам... Независимо от того, отвечает или нет социальной потребности слишком большое доверие к другим, суды могут довести ответственность до крайности. И независимо от того, соизмеряется ли слишком большое доверие к самому себе с общим интересом, суды могут и безответственность довести до крайности. В конечном счете вопрос состоит в том, каково то доверие, в котором нуждается общество для своего существования; откуда происходит та роль, которую играют в этих материях коллективные требования, откуда влияние мнения» (Ibid. 1899. P. 92–93).

Возникает вопрос: может быть, термин «легитимное доверие» у Эммануэля Леви означает доверие в силу закона государства? Впрочем, «легитимный» означает для Эммануэля Леви «соответствующий коллективным верованиям», которые сами считаются с насущными нуждами общества. Но не находятся ли эти нужды в некоем подвижном равновесии противоположных интересов и устремлений? Может ли быть достигнуто такое равновесие без вмешательства идеи справедливости, превосходящей верованиями? И тогда, вместо легитимного доверия, не следует ли вести речь о «справедливом доверии» и не следует ли признать, что невозможно говорить об «ответственности», даже интерпретируя ее в наиболее объективистском и коллективистском аспекте, без использования идеи справедливости? Однако к проблеме справедливости мы вернемся в конце нашего критического исследования.

«Договор — это процедура доверия, становящаяся процедурой обменов» (Levy E. *Les fondements du droit*. 1930. P. 145). Стороны имеют доверие друг к другу, и это доверие вытекает из определенности и новации обязательств. Вот почему «договор — это процедура обязательства, становящаяся процедурой обмена» (Ibid. 1931. P. 153). «Существует единство в договоре. Лицо — это обязательство, дело — это то обязательство, которое приводит процесс в движение, соглашение — это то обязательство, которое обязывает, обязательство же является социальным объектом договора» (Ibid. 1903. P. 11). Доверие, на котором они основываются, находит свое основание и ограничение в коллективном доверии. «Возьмем договор; есть два соглашения, которые принципиально могут утверждаться любым способом. Мы ищем намерение, которое у них должно было быть, которого мы не видим, но которое мы им приписываем; коллективное сознание отражается в сознании сторон, заключающих договор. Как только соглашения вступают в противоречие с этим сознанием, судья по умолчанию признает их недействительными; он их аннулирует ввиду ошибки, обмана, нарушения общественного порядка; иногда в силу своего права оценки он исправляет детали договора» (Ibid. 1903. P. 10). Коллективные верования «имеют тенденцию заставлять себя уважать, несмотря

на индивидуальную волю» (Ibid.). Более того, «договор — это гарантия для рынка» (Ibid. 1933. Р. 168). «Индивидуальный договор есть проявление общих соглашения и противоборства» (Ibid. 1903. Р. 10). «Договоры, называемые индивидуальными, относятся к объектам, которые участвуют в торговле, и их ценность потому зависит не только от желаний тех, кто в договоре участвует, но и от желаний всех тех, кто заключает договоры, имеющие объектом вещи того же рода. Они зависят не от индивидуальных спроса и предложения, но от спроса и предложения коллективных» (Ibid. Р. 9). Так, «в каждом договоре заключено нечто коллективное» (Levy E. *Vision socialiste du Droit*. 1903. Р. 99). Коллективный договор и индивидуальные договоры, таким образом, не отличаются своей структурой, или, скорее, индивидуальный договор является разновидностью коллективного договора, — положение, к которому мы должны будем вернуться в наших критических размышлениях.

В конце концов все проанализированные юридические институты: ответственность, ответственность, договоры — для Эммануэля Леви являются проявлениями коллективных обязательств. Он даже расширяет это положение, определяя всякое право как обязательственное право. «Права являются верованиями, преобразованными в обязательства процедурным путем» (Levy E. *Les fondements du droit*. 1931. Р. 452). Верования измеренные, т. е. ставшие юридическими, — это обязательства. «Верование есть наше общее обязательство, существование, измеренное нами» (Ibid. 1930. Р. 51). «Право вырисовывается в аспекте обязательств» (Ibid. 1930. Р. 133). «Горизонт обязательств», «состояние обязанности» являются для Эммануэля Леви тождественными горизонту права, правопорядку. Принимая теорию коллективных верований как основную идею права, необходимо ли принимать отождествление всякого обретшего количественность коллективного верования с обязательствами? На этот существенный вопрос время ответа еще не пришло. Однако вспомним заранее, что обязательственное право, которое всегда понималось как право самообязывания,<sup>84</sup> является одним из наиболее типичных примеров права, регулирующего «отношения с другими», права разграничения и уравнивания разобщенных субъектов, а не права единения и взаимопроникновения, регулирующее внутреннюю жизнь единого Целого, субъекты которого интегрированы. Не означает ли сведение всякого права к обязательственному праву, и в частности понимания коллективного права рабочего класса как обязательственного права по отношению к предпринимателю, возвращение к индивидуалистической традиции римского права, имеющего дело лишь с непостоянными формами единства в малом или в крупном масштабах? Не означает ли это пленения нас той правовой системой, которую мы желаем оспорить и превзойти?

<sup>84</sup> Говоря о «горизонте долговых обязательств», г-н Э. Леви хочет, по-видимому, подчеркнуть, что речь идет о чем-то большем, нежели о простом отношении обязательства, но он не объясняет, в чем состоит это нечто большее. Одно из двух: или «горизонт долговых обязательств» означает просто объективный порядок, объективное право обязательства, и тогда мы полностью остаемся в сфере индивидуального права, которое, как всякое право, имеет объективный аспект в той же мере, как и субъективный (см. ниже § 5), или «горизонт долговых обязательств» обозначает сферу, превосходящую ограничительное право обязательства, но тогда речь вовсе не идет о долговых обязательствах, и следовало бы уточнить, в чем же заключается предмет рассуждения.

#### § 4. Эволюция права

Г-н Эммануэль Леви дает подтверждение своим теоретическим концепциям в описании эволюции права, которое, по его утверждениям, заменяет личное обязательство должника обязательством его имущества, а право собственности — правом ценностей, независимо от факта обладания ими. Эти трансформации особо подчеркивают доминирующую роль долговых обязательств и в конечном счете коллективных долговых обязательств в праве. «Сначала налагали арест на человека, затем на его собственность, затем на обладание этой собственностью, а сегодня мы пришли к тому, что арест накладывается даже не на его имущество, а на то имущество, на которое у него только есть обязательственные права, на имущество акционерных обществ. Назначение хозяйственных обществ состоит в том, чтобы несли обязательства они, а не индивиды» (*Levy E. Les fondements du droit. 1903. P. 39*). «Раньше было верным, что обязательство обязывало. Это было верно... в то время, когда должник отвечал сам собой, своей шкурой, в то время, когда кредиторы могли разделить между собой тела своих должников. Сегодня, если я должен, — это должен не я, а мое имущество... Сегодня капиталист имеет права, но обязательства несет капитал. Его капитал несет обязательства, этого вполне хватает, и сам капиталист пытается ускользнуть. Он берет на себя обязательства, а нести их будет все его имущество. Капиталист желает избежать обязательств и старается сделать это всеми возможными способами. Люди вкладывают часть своих капиталов в акционерное общество; дела идут хорошо, и акция поднимается с пятисот франков до десяти тысяч; дела идут неважно, и люди теряют свои пятьсот франков, но они не отвечают своим личным имуществом. Так, с одной стороны, становится все больше капиталистов, которые имеют только права (обязательственные права), а с другой — есть капиталы, которые несут обязанности» (*Ibid. P. 38–39*).

Сами эти капиталы не основаны ни на праве собственности, ни на праве владения собственностью, но на правах ценностей, ценностей в основном нестабильных, зависящих от коллективного мнения, доверия по отношению к тому или иному предприятию, той или иной национальной экономике. «Коммерческая и индустриальная жизнь заменяет понятие владения понятием ценности. Здесь рассматривается не имущество как таковое, и в отношении пользования, которое оно предлагает, это имущество рассматривается с точки зрения прибылей, которые они дают. Вещи являются не тем, что они есть, но тем, что они стоят» (*Ibid. 1909. P. 54*). «*Область ценностей есть область их влияния*» (*Ibid. P. 56*). «*Ценность зиждется на мнении, которое о ней составляет, на чистом мнении всякого желающего обладать ими*» (*Ibid. P. 54*). «*Вещь стоит столько, сколько полагают, что она стоит, независимо от того, обосновано такое верование или нет; также либо дебитор является платежеспособным, а кредитор обнадуженным, либо они взаимно обманывают друг друга. Здесь доверие создает сам предмет права, а верования одних оказывают влияние на объект права всех*» (*Ibid. P. 55*). Так, право на обладающие ценностью объекты имеет следующие свойства: а) «оно зависит в своем осуществлении и в своем изменении от состоятельности дебитора, от всех тех обстоятельств, которые изменяют ее; оно зависит от всех

тех событий, которые оказывают созидательное или разрушающее влияние на предприятие: дирекция, администрация, производство, рынки сбыта, доверие, удача»; b) «оно является временным и изменяемым»; оно меняется вместе с верой, которую оно внушает дебитору; c) «оно зависит от будущего; оно экономически всегда зависит от случая; оно оспаривает «дух традиционности», оно заставляет жить в подвижном настоящем, которое уже является будущим» (Ibid. P. 55–56); d) оно выходит за пределы территории государства; имущество в ценностном эквиваленте, таким образом, интернационально; e) оно совершенно неделимо; ценность — это наиболее индивидуальная форма права, «которая более всего зависит от коллективных верований, принятых в определенное время» (Ibid. P. 55–56).

В конечном итоге переходная ступень частного права может быть сформулирована следующим образом: «Подмена режима обладания режимом ценностей» (Ibid. 1911. P. 86); «Режим ценностей оставляет постоянство индивидуального права. Ценность подлежит закону рынка, курсу; она не является изолированной, как владение, она подвержена влиянию, она меняется, она подвижна» (Ibid. 1910. P. 77); «Вещи вовсе не отчуждаются от индивидуума; напротив, у ценности свое собственное существование» (Ibid. 1911. P. 91); «Переоценка ценностей ведет от рабства за долги к перспективе долговых обязательств» (Ibid. P. 169); «Идея преодолевает, разрушает материальные дистанции, сводит их к дистанциям временным» (Ibid. 1930. P. 514).

Режим ценностей существенно меняет смысл договора и структуру государства (договор и государство, которые всегда резко противопоставляются) так же, как он преобразует ответственность, повсюду усиливая коллективный характер этих институтов.

В режиме ценностей индивидуальный договор становится в полной мере коллективным. «Он касается не только одних отношений между заключающими договор, он влияет на все подобные ценности, товары, вещи; принцип, утверждающий, что юридические акты не имеют никакого воздействия на третье лицо, мертв; здесь не существует никаких юридических границ» (Ibid. 1910. P. 78). В этом смысле структура коллективных трудовых договоров не является отдельной проблемой; все договоры все более и более принимают эту структуру. С этой точки зрения автор протестует против распространенного мнения об «упадке договора». «Договор не уходит; вместо того чтобы зафиксировать, упрочить владение, он изменяет ценности» (Ibid. P. 78).

Ответственность в режиме ценностей становится важной коллективной гарантией против профессионального или иного риска. «Коллективная ответственность, будучи связанной с правовым режимом обществ, групп, предприятий, распространяется до гарантии, принятия в расчет риска» (Ibid. P. 79).

Наконец, «режим ценностей изменяет наше представление о государстве», точнее, он полностью трансформирует его структуру. «Государство имеет вполне определенное бытие в обществе, базирующемся на индивидуальной собственности, где принуждение ограничивает и соединяет отдельные права; в режиме собственности государство создает сервитуты между владениями; оно гарантирует уважение обязательств и исполнение договоров... желание следовать легальными путями; есть договоры, есть процедура, есть правосудие. Государство абстрагирует инстинкт борьбы в веру в право» (Ibid.

Р. 80–81). «Однако режим ценностей сам по себе является режимом верований, он является также режимом прямого влияния; ценности не могут находиться в изолированном положении; *не следует их ограничивать*; ценности формируются, распространяются путями отнюдь не политическими или административными...» (Ibid. Р. 80). «Государство больше не выражает стабильных верований, которые создают владения. Оно участвует в нестабильности ценностей». «Больше не существует возможности репарации, реституции; государство идет вперед, как вперед направлены доверие, верование, надежда, гарантия, которые время создает и время же разрушает. Наконец, в режиме ценностей общество и государство становятся интернациональными...» «Государство в своих традиционных формах здесь также подвергается нападкам» (Ibid. Р. 81–82). «*Так как границы государства стираются, то можно сказать, что оно находится везде*; можно также сказать, что оно скорее находится среди тех, кто силовым принуждением желает направлять верования; но наши суды принципиально не наказывают игру на повышение или понижение акций и облигаций; а в отношениях между капиталом и трудом государство вмешивается в случае забастовки не столько в качестве судьи, призывающего к уважению договоров, сколько в качестве арбитра, предлагающего новые условия» (Ibid. Р. 81). «Государство, стараясь в своей роли арбитра оказать влияние на рабочие коллективы, освобождает себя от насилия» (Ibid. 1909. Р. 72). Образование различных группировок в экономически развитом обществе так же, как и в самом государстве, восстанавливает коллективные верования различных социальных групп против коллективных верований государства. «А эта власть группировок против государства, делаясь промышленной в рамках государства и приобретающая монополию, становится в еще большей степени капиталистической; капиталист является дебитором труда... *Следовательно, государство развивается вплоть до саморазрушения*» (Ibid. Р. 72). И во всяком случае «*верования в государство заменяются верованиями всех, независимо от того, санкционированы они государством или нет*» (Ibid. 1909. Р. 58–59).

Где предел этой эволюции государства? Эммануэль Леви не решает ответить на этот вопрос. С одной стороны, и это, похоже, было его первоначальным убеждением, он предсказывает, подобно Марксу и прочим социалистам, полное исчезновение государства. «Так же, как собственность, однажды освободившись от феодального гнета, сегодня слышит погребальный звон по свою душу, и государство, как только обретет все свои права, как только воспользуется ими всеми, в свою очередь приготовит своим освобождением свое же падение, а так как собственность будет поглощена трудом, государство будет поглощено коллективом» (Ibid. 1903. Р. 43). С другой стороны, в своих последних работах Эммануэль Леви, напротив, настаивает на том факте, что эволюция права столь же мало уничтожает государство, как и договор. Нет никаких оснований для строгого противопоставления договора и государства. И то и другое являются *контактами* (общность), которые порождают право (вспомним, что всякий договор, по Эммануэлю Леви, является коллективным). «Есть что-то общее между государством и договором» (Ibid. 1931. Р. 154), и «договорное государство — капитал (или труд) — мобилизует территориальное государство» и «охватывает нас так же, как это

последнее» (Ibid. 1933. P. 154, 168). Отказываясь от своего предыдущего критерия государства, который состоял в монополии принуждения [«Там, где насилие существует в качестве легитимной санкции, существует и государство... Государство по сути своей является отношением, в рамках которого люди имеют право совершать акты насилия»] (Ibid. 1909. P. 50), Эммануэль Леви начинает видеть во всяком социальном «контакте» государство. «Государство, — говорит он теперь, — это любая процедура, посредством которой отправляется власть, посредством которой общество заключает договоры, насильственный контакт посредством войны, мирный контакт посредством голосования, все, что дает людям доверие, уверенность, юридическое лицо, является феноменом государства. Государство — это общество, которое формируется через наши действия и которое просчитывается нашими мерами» (Ibid. 1929. P. 135). Одним словом, новые взгляды Эммануэля Леви заключаются в том, что «государство — это любой социальный контакт, который призывает к действию и защищает право», т. е. каждая группа и каждая процедура порождают право (Ibid. 1930–1931. P. 152). «Таким образом, государство определено юридически, абстрактно. Например, если использовать эти термины, то вопрос, является ли Лига Наций сверхгосударством, не ставится: государство есть тогда, когда есть социальный контакт, который вызывает к действию и защищает право. Важно, чтобы эти контакты не были насильственными, были мирными, а не военными» (Ibid. 1931. P. 152). Тогда становится очевидным, что государство, являясь синонимом всякого юридического порядка, всякой автономной группы или, в более широком смысле, всякого «нормативного действия», или учреждения, не может погибнуть. Однако, расширяя в такой мере понятие государства, нельзя избежать основной дилеммы: *юридический монизм или плюрализм*.

В самом деле, в каких отношениях между собой находятся различные государства, которые проявляют себя в национальной жизни, согласно какой иерархии следует их ранжировать? Существует ли плюрализм этого рода государств, признанных эквивалентными, или они подчинены одному общему государству. Каков *modus vivendi* (лат. — способ существования. — Прим. пер.) устанавливается между интернациональным государством и различными национальными государствами? На все эти вопросы г-н Эммануэль Леви не дает никакого ответа. Чтобы найти ответ, вспомним несколько предложений, характерных для его общих тенденций: это положение, достаточно спорное, о том, что *право является специфичностью, единичностью* (Ibid. 1931. P. 154 et suiv.), в котором становится заметной его страстная потребность объединять все учреждения; его утверждение о том, «что все учреждения пропитаны друг другом», его заявление, относящееся не только к историческому периоду существования имущества-обладания, но и ко всякому историческому периоду вообще, о том, что «наши права невозможны без государства, без правового порядка» (Levy E. *Vision socialiste du Droit*. 1911. P. 159),<sup>85</sup>

<sup>85</sup> Фраза: «Закон дает, закон отнимает, т. е. на все — воля государства» (Levy E. *Les fondements du droit*. 1905. P. 53), — на которой Ж. Рипар основал свое обвинение против Э. Леви, впрочем, вполне оправданное, в склонности к этатизму, применяется автором исключительно к индивидуалистическому режиму собственности.

направленное против Дюги утверждение о том, что «социологи должны не ставить право выше государства, а определять одно через другое» («Revue du Mois.» 1912, févr. P. 24), наконец, его юридическое конструирование социализма, которое приводит к заключению, «что не следовало бы противопоставлять этатизм социализму в условиях демократии, если бы принцип национального представительства был в самом деле выражением реальности». Не становится ли ясным из этих цитат, что все взгляды Эммануэля Леви ведут его к монизму единого юридического порядка, охватывающего и подчиняющего все прочие, т. е. к самому настоящему юридическому этатизму, похожему на этатизм Ганса Кельзена? Мы вернемся к этому вопросу в ходе наших критических размышлений, где попытаемся показать связь этих монистических тенденций Эммануэля Леви с остатками юридического индивидуализма в его доктрине. Приступим прежде всего к анализу юридического построения социализма нашим автором.

## § 5. Обоснование коллективного трудового права

Описание Эммануэлем Леви современной эволюции права показывает, что та форма, которую принимает капитализм, является «формой коллективных обязательств капиталистов», дающей им право на преобладающую часть национального дохода, состоящего из ценностей. Благодаря коллективным обязательствам капиталисты имеют лишь свои права, и «только их капитал имеет обязанности» (*Levy E. Les fondements du droit. 1933. P. 43*). Коллективные обязательства капиталистов, т. е. их права, зависят исключительно от того доверия, которое внушают их предприятия, от веры социальной среды в их роль, в конце концов, от баланса коллективных верований, находящегося в постоянном движении. Однако появляется новый класс кредиторов — рабочие. «Они долгое время составляли часть самого фонда средств производства — как рабы и слуги; и даже гражданская свобода, поскольку они были изолированы, мало что им давала. Купленная, их рабочая сила была одним из материальных залогов, которые предоставлялись доверию работодателя. Рабочие были вечными должниками. Сегодня ситуация меняется. Они вступают в профсоюзы; они заключают коллективные договоры; они становятся в свою очередь кредиторами и они требуют свою долю участия в социальной прибыли» (*Andler G. Preface à l’Affirmation du Droit collectif // Levy E. Les fondements du droit. P. 21*). «Отдельно взятый рабочий не имеет прав, у него есть только обязанности; рабочий коллектив имеет права по отношению к капиталам, но у него нет обязанностей» (*Levy E. Les fondements du droit. 1903. P. 42*). «Вот рабочие, заключающие договор непосредственно с работодателем, благодаря их профессиональному профсоюзу. Чего они добьются? Они получают право на капитал, которое является коллективным трудовым обязательством» (*Ibid. P. 31*). Против коллективного обязательства капитала — коллективное обязательство труда. Что это? И что в этом нового?» (*Ibid. P. 30*). «Когда отдельно взятый рабочий получает заработную плату, он не является кредитором, он лишь дебитор, зарплата — это лишь гарантия прибыли работодателя; на самом деле из этого следует, что капиталист поддерживает за свои средства энергию рабочего, чтобы рабочий мог работать»

(Ibid. P. 30). Напротив, когда возникает коллективный трудовой договор, труд становится ценностью и рабочие получают коллективное право на эту ценность. В коллективном договоре труд «получает право кредита, стремящегося к максимуму, соответствующему его доле в производстве» (Ibid. P. 31). Труд становится ценностью, благодаря коллективному верованию рабочих, которое выражается в профсоюзном движении, коллективных договорах и политической борьбе. «Кредитор — это тот, кто считает себя кредитором, кто верит в свое право на ценность и кто как собственник верит в определенной мере, что он — кредитор» (Ibid. P. 33).

Именно в этом состоит юридическая роль рабочего движения. «Мы находимся в сфере действия ценностей. Труд стал ценностью; рабочий коллектив верит в себя, он создает практическую истину» (Ibid. 1903. P. 70). «Социализм — это социальная борьба за право, политика, навязанная капиталом для того, чтобы в договоре велся расчет лишь с одной стороны» (Ibid. 1926. P. 179). Поскольку труд не может при существующем режиме делать собственником, но в силу того, что при этом он делает кредитором, и притом кредитором коллективным, целый рабочий класс и каждую профессию, каждый отдельный профсоюз, эти долговые обязательства труда становятся против долговых обязательств капитала. «Они утверждаются против капитала в качестве долгового обязательства на капитал, обязательства, которое проявляется в труде и в отказе трудиться, которое, таким образом, по истечении своего срока может свести к нулю кредит капиталистов, и эти последние в таком случае экспроприируются без возмещения убытков» (Ibid. P. 71). Когда одно из коллективных долговых обязательств усиливается, другое ослабевает: их конфликт является необходимым юридическим следствием классовой борьбы. «Труд ускользает от юрисдикции государства; отныне рабочие верования находятся в прямом конфликте с верованиями капиталистов» (Ibid. P. 74). Отсюда «тенденция социальных группировок самостоятельно вершить правосудие, не прибегая к помощи судебных магистратов» (Levy E. *Vision socialiste du Droit*. P. 101). «Человек зависит от верований своей группы, от тирании своей группы; группа его принимает и исключает. Тирания, которая корректируется многочисленными группировками и развитием в политическом и экономическом обществе общих верований, высших по отношению к верованиям групп» (Ibid. P. 72).

Борьба между коллективными долговыми обязательствами труда и коллективными долговыми обязательствами капитала и та роль, которую Эммануэль Леви приписывает в этой борьбе профсоюзам, коллективным договорам и забастовкам, с небывалой остротой ставят проблему юридической структуры этих последних. Особенно интересно увидеть, как именно Эммануэль Леви — человек, который в своей теоретической деятельности и практической пропаганде внес большой вклад в реальное развитие коллективных трудовых договоров во Франции, объясняет, что есть эти институты. Для того чтобы такой договор «был действительно выполнен работодателем, необходимо, чтобы он касался всех рабочих, не только работающих в настоящий момент, но и тех, что будут наняты в будущем». «И договор не будет также действительным как профсоюзный договор, если он распространяется только на членов профсоюза, поскольку профсоюз является таковым,

только если он защищает общие профессиональные интересы. Следовательно, какова бы ни была цель, необходимо, чтобы договор рассматривался как относящийся ко всем без исключения членам профсоюза, — к настоящим или будущим» (Ibid. P. 66, 70). «Правом заключать договор, правом действия наделяется профессиональная группа, а профсоюз является лишь ее выражением — подвижным, мобильным, меняющимся. Профсоюз — это труд, представленный теми, кто принимает решение действовать от его имени» (Ibid. P. 70).

Коллективный договор «является хартией вольности» (Ibid. P. 71). «Своим объектом он имеет труд, он касается всех трудящихся. Полный отказ от индивидуалистического принципа, означающий, что индивидуумы не могут давать или отбирать права у других» (Ibid. P. 70), а договоры не могут обязывать иных лиц. «Отныне нет индивидуального найма рабочих, это — предлагаемый труд, труд, который рассматривается как ценность, как право, как долговое обязательство на капитал» (Ibid. P. 68).

Считая, что посредством коллективного трудового договора проявляется и утверждается неорганизованное и спонтанное коллективное право всей профессиональной группы, всего сообщества производителей, Эммануэль Леви демонстрирует невозможность и бесполезность обращения (в том, что касается осуществления этой конструкции) к институту юридического лица (чего хотели Салейль и Више). «Тогда как юридические лица имеют явную правосубъектность, которая ограничивается имуществом, которое и образует эти лица, то коллективный договор, заключенный профсоюзом, имеет совершенно иное значение, его луч проецируется на всех, являются они членами профсоюза или нет, в настоящее время или в будущем» (Ibid. P. 70). Вместе с тем, поскольку наш автор высказывается против сведения обязательной силы коллективных договоров к принуждению государства и его законов («такой договор должен определяться не в качестве декларации, которая подчиняет власти государства, а в качестве такой декларации, которая от нее освобождает; через коллективный договор труд ускользает от судебной системы государства»), его концепцию следует рассматривать как одну из тех, которые наилучшим образом подготавливали теории коллективных договоров, разработанные после войны и нашедшие свое завершение в доктринах Зинцхаймера.<sup>86</sup>

Последняя важная черта коллективных договоров, по Эммануэлю Леви, — это освобождение личности одновременно с рабочим коллективом. «Рабочий в коллективном договоре больше не связывает обещанием свою личность, зарплата имеет важную тенденцию стремиться не только к тому, что необходимо для удовлетворения минимальных нужд, но, напротив, к максимуму благ. Так, личность может существовать, не имея вещных прав, эта личность может иметь объектом своего обязательства самую себя, но для того, чтобы ей не нести обязательств, ее нужно рассматривать как принадлежащую коллективу, у которого она заимствует свои права, делающие из ее

<sup>86</sup> На эту тему см. мою книгу «Социальное право и современность» (1932. Ч. 1). Пользуясь случаем, выражаю сожаление о том, что я не использовал в своем исследовании замечательные идеи Э. Леви. Это не столько упущение, сколько неудачное изменение первоначального плана работы, согласно которому в последней части книги должен был рассматриваться «юридический социализм», и в первую очередь теория Э. Леви.

существа реальную личность. *Благодаря освобождению личности по отношению к имуществу вообще, затем к личному имуществу, затем к существованию, мы наделяемся правами... в той мере, в которой это необходимо для уважения личности»* (Levy E. Les fondements du droit. 1903. P. 7). Например, освобождение труда коллективным договором является в то же время освобождением личности трудящегося, утверждением права на уважение его личного достоинства.

Коллективный договор — это «соглашение, действие которого прекращает забастовка» (Ibid. 1909. P. 65). Забастовка является самой мощной формой, посредством которой утверждаются коллективные долговые обязательства труда. Так какова же юридическая структура забастовки? Забастовка не является ни временным прекращением, ни разрывом коллективного или индивидуального договора. Во время забастовки никакой договор просто больше не существует. Как нет перехода права собственности, но есть лишь постоянно обновляемое порождение через добросовестность нового права, точно так же и забастовка дает рождение новым правам, которые отнюдь не являются продолжением существующих прав. Забастовка создает права, коллективные верования, которые она выражает и осуществляет, все это — «верования созданные, верования обманутые, верования, созданные договорами, верования, созданные забастовками» (Ibid. P. 64). Новое право рождается в бесконечно обновляемом действии, совершенно независимо от того, что только что умерло...

Кто победит в борьбе, разворачивающейся между коллективными верованиями труда и долговыми обязательствами капитала? Мыслитель не сомневается, что постепенно система обязательств рабочих аннулирует систему обязательств работодателя. «Коллективное верование труда должно с необходимостью абсорбировать коллективное верование капитала» (Ibid. 1903. P. 28). Такая абсорбция есть не что иное, как социализм. Доказательством этой абсорбции является «юридическое, логическое оправдание социализма» (Ibid. P. 25). В чем же заключаются доказательства необходимости этой абсорбции? Эммануэль Леви представляет несколько таких доказательств. Прежде всего «коллективное верование капитала испытывает угрозу со стороны самого процесса его осуществления», так как на нас возлагается ответственность именно за осуществление нашего права, если оно причиняет ущерб. Верование капитала «испытывает угрозу, так как наши капиталы ответственны в том случае, когда, осуществляя наши права, мы наносим ущерб коллективному праву». И это так, поскольку верования работодателя наносят ущерб самой большой части производителей и потребителей. Можно дополнить: коллективные верования, на которых основывается право капитала и которые действительны лишь в ограниченной среде, все чаще терпят поражение в правах от коллективных верований труда, хотя эти верования находят поддержку во все более многочисленных и широких кругах. Более того, «развитие профсоюзного движения, могущество группировок против государства в государстве бесконечно растет с развитием капитализма» (Ibid. 1909. P. 72). Коллективные верования трудового класса получают, таким образом, весьма мощные рычаги для своего воплощения: в случае недовольства

труд может отказать в себе, с одной стороны, посредством коалиции; а с другой — угрозой забастовки, силой профсоюзного движения, он ослабляет, отнимает доверие у капиталистических предприятий, т. е. разрушает и понижает ценности, которые реально формируют капитал.

Наконец, «капиталу угрожают со всех сторон. Ему угрожают налоги, монополии... Это — охота на капиталиста, который пытается убежать, спрятаться, который делает вид, что ничем не обладает. Но невозможно все время прятаться, и, перестав казаться собственником, он заканчивает тем, что перестает им быть» (Ibid. 1903. P. 43).

Таковы аргументы, которые Эммануэль Леви приводит в пользу «фатальной», «насильственной» абсорбции капиталистических верований трудовыми. Но наряду с этими аргументами, которые лишь констатируют факт, Эммануэль Леви, оставаясь в позиции стороннего наблюдателя, отходит от простого описания и приводит еще один веский аргумент, который содержит оценку, с очевидностью выходящую за рамки идеала, и представляющую собой моральный критерий. «Капитал — это социальный пассив, он должен быть съеден активом, каковым является труд» (Ibid. 1903. P. 43).<sup>87</sup> Актив является более ценным, чем пассив, труд важнее капитала, и именно трудом, который есть энергия, утверждается достоинство человеческой личности, освобожденной от всякого ограничения. «То, что труд поглощает капитал, справедливо, и ортодоксальные экономисты это одобряют: они говорят, что именно труд морально узаконивает собственность. Однако собственность приобретает всеми иными способами, за исключением труда» (Ibid. P. 41). «Таким образом, естественно [т. е. справедливо, хорошо, — не будем забывать, что Эммануэль Леви является автором «Введения в естественное право» (Levy E. Introduction au droit naturel // Les fondements du droit. 1922. P. 95–102)], что коллективное верование труда абсорбирует верование капитала», так как «путеводной звездой является естественное право», и согласно этому праву «человек — это сотрапезник Бога», т. е. участник творения мира посредством своего труда (Ibid. P. 102). При этом в оправдании социализма Эммануэль Леви не может и не хочет отказываться от критерия справедливости, морального идеала. Простой «научной констатации» оказалась недостаточно, и потому, как признает автор, «необходимо возвращение к утопии». Подобное возвращение к оценке согласно идее справедливости, согласно идеалу, — не будет ли оно также необходимо для того, чтобы приблизиться к принадлежащей этому автору теории основ права? С ответа на этот вопрос мы и начнем наши критические замечания.

## § 6. Критические замечания

Приступая к критике доктрин Эммануэля Леви, подчеркнем прежде всего положительные результаты, которые можно только одобрить. Во-первых, это методологическое усилие по обоснованию научной системы и правового дискурса на непосредственном юридическом опыте и на размышлении об этом

<sup>87</sup> В более широком смысле труд, согласно Э. Леви, должен сам рассматриваться в качестве разновидности капитала, как наиболее важная часть социального капитала, и в частности капитала акционерных обществ.

опыте. Во-вторых, это острое чувство того, что данный юридический опыт имеет алогическое, эмоциональное, активное глубинное измерение, что он является порывом верований, являющихся, впрочем, несколько специфическими в силу того, что они оказываются «измеренными» мыслью, интеллектуальным рассуждением. В-третьих, это критическое отношение к жестким и мумифицированным понятиям, по отношению ко всякой дедукции заведомо навязанных принципов; этот возврат к непосредственным данным «юридического жизненного потока» глубоко сближает метод Эммануэля Леви с исследованиями Ф. Рау, немецких феноменологов и, в конце концов, Бергсона (в начале его развития). Подобное критическое отношение помогает Эммануэлю Леви заново найти живое, спонтанное право, динамическую реальность права, все более и более неуловимую для традиционных юридических категорий. Кроме того, его интерпретация коллективных верований в качестве *контакта*, взаимного раскрытия сознаний в общей интуиции позволяет избежать ошибки коллективного трансцендентного сознания, проецируемого вне индивидуальных сознаний и привязанного к высшему мифическому субъекту. Теория постоянного правогенеза, отрицание возможности передачи права, добросовестность и легитимное доверие как основание всякой собственности и всякой ответственности, по сути своей относительный характер приобретенных прав, — такими нам видятся основные неоспоримые достоинства его конкретных юридических исследований. Наконец, весьма тонкое описание трансформации права собственности в современном капиталистическом обществе в право доверия, право на нестабильные ценности, ценности, подверженные влияниям, в высшей степени зависимые от коллективного доверия, нам кажется столь же спорным, как и анализ правовой структуры коллективных трудовых договоров и забастовки.

Однако приняв эти элементы учения г-на Леви, мы должны задаться вопросом, достаточны ли они для того, чтобы служить основанием для общей теории права, чтобы обрисовать общую картину современных трансформаций права и прояснить ее смысл, чтобы, наконец (как это предлагает автор), дать «юридическое объяснение социализма». Признаемся, что мы с этим не согласны по целому ряду причин, которые далее объясним.

Прежде всего представляется, что в самом своем методе г-н Эммануэль Леви остановился на полпути. Настаивая на том, что всякая доктрина права должна быть лишь размышлением над непосредственными данными юридического опыта, переживаниями коллективных верований, автор не привел конкретных доводов и соответственно не смог дать конкретного определения особенности самого этого опыта. Большая часть мыслителей, которые использовали аналогичные методы (например, Ф. Рау или немецкие феноменологи), не удовлетворились размышлением над такими специфическими элементами, как разнообразие морального опыта, но благодаря этим размышлениям обрели чистые, объективные данные, априорные, четко индивидуализированные, независимые от субъективных актов, в которых они постигнуты. Они (если, как Петражицкий, не заперлись исключительно в области субъективности) скрупулезно описывали специфические акции (нормативные эмоции, императивно-атрибутивные, по Петражицкому), соответствующие юридической сфере. Эммануэль Леви, напротив, ограничился указанием на

общую сферу, где следует вести исследования, не уточняя результатов ни с точки зрения объекта, ни с точки зрения субъекта. Всякое ли имеющее количественное измерение коллективное верование уже реально является правом? Не следует ли еще провести различие между пассивными разновидностями (обожание, любовь) и активными разновидностями верований, религиозными и моральными верованиями, пространственными, логическими, юридическими мерами измерения? Не идет ли речь о коллективных верованиях в *справедливость* (акты «признательности») и «мерах», которые подразумевают идею безопасности и порядка? А верование в справедливость и меру безопасности не подразумевает ли с необходимостью требования «позитивности» права, его установления компетентной властью, «нормативным актом», требования наличия реализованного, гарантированного коллективного верования, стабилизированного в определенном порядке?<sup>88</sup> Сфера права по природе своей сложна и антиномична (что, впрочем, признает сам Леви, противопоставляя коллективное верование и меру); а потому, чтобы ее постичь, здесь, более чем в каком-либо ином аспекте, надо искать четкие различия и критерии. Г-н Леви, напротив, боясь впасть в консерватизм «научных понятий», пытается всюду избежать различий, все отождествить, все свести к одному и тому же верованию. Отсюда его чересчур энергичное сближение религии, морали, права, его отождествление позитивного права и естественного права, права, формально подтвержденного процедурами, и права интуитивного, договора индивидуального и договора коллективного, договоры и государства и т. д.

Это отрицание различий, которое могло бы скомпрометировать метод Эммануэля Леви, следует все же не из самого метода, а из-за непоследовательности его применения, так как различия и критерии должны быть найдены прямым размышлением над потоком непосредственной жизни. Эммануэль Леви все же слишком хороший юрист, чтобы отказаться от всякой дифференциации. Но, не находя ее в четком описании непосредственной жизни, он при необходимости прибегает к тем же традиционным категориям, которые желал оспорить. Мы уже заметили, что для того, чтобы определить меру в праве, Леви прибегает к бухгалтерскому учету и к деньгам, т. е. к старой *справедливости, основанной на равенстве прав и обязанностей*, справедливости через уравнивание и ограничение, к тому индивидуалистическому аспекту справедливости, который известен еще римскому праву. Подобным же образом, определяя легитимное доверие и приходя от него к справедливому доверию, Эммануэль Леви вводит в свой анализ идею чисто уравнивающей справедливости. «Справедливость постулирует бухгалтерский учет, где долговое обязательство оплачивается и платит, а государство компенсирует» (*Levy E. Les fondements du droit. 1933. P. 166*). Нашел ли Эммануэль Леви подобное определение справедливости в собственном юридическом опыте или в Кодексе Юстиниана, остается загадкой.

<sup>88</sup> См. выше в нашем исследовании «Юридический опыт» описание сложной специфики этого последнего (п. III, § 2); акты, составляющие юридический опыт, впрочем, по нашему мнению, не являются актами веры в полном смысле слова, но актами *признания* с совершенно отдельной структурой.

Этот разительный парадокс подтверждается определением права, сформулированным Эммануэлем Леви в 1899 и 1903 гг., в 1909 и 1926 гг., — это определение принадлежит не кому иному, как Канту — философу классического индивидуализма: право в своей структуре является «свободой индивидуума, ограниченной свободой ближнего» (Ibid. P. 27; 1903); «человек свободен: у него не только есть определенные права, у него есть личность, которая уважается, свобода, которая не имеет другого предела перед лицом ему подобного, кроме свободы этого последнего» (Levy E. *Vision socialiste du Droit*. 1899. P. 44); «я знаю теперь, где граница между моим правом и правом другого человека» (Levy E. *Les fondements du droit*. 1909. P. 53). «Права, — читаем мы в другом тексте, — являются последовательными аспектами личности, которая есть влияние (или власть, могущество) каждого на себя самого и на других, способность провозглашать и применять закон, свободу» (Levy E. *Vision socialiste du Droit*. 1926. P. 177). Как относятся эти определения к тому определению, которое опирается на имеющие количественные измерения коллективные верования? Эммануэль Леви не объясняет этого, но очевидно, что они связаны с его интерпретацией меры как бухгалтерского учета, т. е. как справедливости, основанной на равенстве прав и обязанностей. Вместо того чтобы находить определения справедливости и права, анализируя *юридический опыт*, г-н Леви, отказавшись от этого из-за страха консервативности понятий, просто принимает классические категории юридического индивидуализма. В связи с этим не удивляет то, что г-н Леви, открыто провозгласив существование «коллективного права», сводит всякое право к праву верования, т. е. к одной из самых индивидуалистических форм права, которая возможна лишь среди изолированных субъектов, индивидуумов, внешне разграничивающих сферу своей свободы.<sup>89</sup> Для него обязательственное право является негативным и ограничительным<sup>90</sup> порядком войны, разделения и изоляции, а не правом позитивного сотрудничества, поддержки, помощи, согласия, мира, союза, общего труда, социального служения.

В обязательственном праве социальное выражается менее интенсивно. Коллективный характер доверия не меняет полностью индивидуалистической структуры этого права, так как в обязательственном праве общества сталкиваются только в своих внешних отношениях, как отдельные взятые в глобальном масштабе индивидуумы. Речь идет об «отношениях с другими», в которые вступают группы, а не о регламентации их внутренней жизни. Речь идет о праве координации между этими единими целыми, а не об интеграции в эти целостные структуры. Поскольку «коллективное право» понимается Леви как обязательственное право, постольку речь идет лишь об индивидуальном праве, переносимом на группу, представляющемся в своем внешнем

<sup>89</sup> Объяснение контракта («как контакта, встречи, активности провоцирующей, но не ограничивающей») не может считаться достаточным для того, чтобы выйти из этого противоречия. Оно свидетельствует о том, что, по сути, мысль г-на Э. Леви превосходит традиционные понятия, которыми он пользуется, но в то же время эти туманные интерпретации договоров хотя и ведут к недопустимой унификации между «отношением с Другими» и «общностью», все же они не приводят ни к какому прояснению структуры права вообще.

<sup>90</sup> То же самое возражение было сделано г-ну Леви со стороны Ф. Рау (Rauh F. *Expérience morale*. P. 127–128). Г-н Рау замечает, в частности: «У нас есть обязанности по отношению к семье, к родине, совсем не потому, что они являются нашими доверителями...».

действию в качестве простой социальной единицы, а не о «социальном праве». Впрочем, термин «коллективное право» имеет у Леви несколько различных значений, к которым мы вскоре вернемся. В настоящий момент нам достаточно констатировать, что сводить всякое право к обязательственному праву означает впадение в чрезмерный юридический индивидуализм, это означает сводить всякое право к праву координации, праву негативному и ограничительному.<sup>91</sup>

Нет сомнений в том, что традиция римского права преследует повсюду Эммануэля Леви, не позволяя ему извлечь выводы из его глубокого и тонкого видения юридической реальности, отвлекая его от юридического непосредственного потока техническими формулами, заимствованными из Дигест Юстиниана.

Этатизм, или скорее юридический монизм, от которого, несмотря на всю свою критику, Эммануэль Леви не в состоянии избавиться, — лишь следствие его невольного юридического индивидуализма. Г-н Леви сам подчеркивает, что обладание ведет к власти и что эти понятия составляют коррелирующие понятия. Но в более широком смысле можно сказать, что координация приводит к унификации, к монизму государственного права, как интеграция ведет к плюрализму эквивалентных юридических порядков. Мы помним, что Эммануэль Леви не видит другого выхода из тупика, в который его завела альтернатива между этатизмом и полной абсорбцией государства обществом, кроме расширения понятия государства до бесконечности, когда он провозглашает, что «социальный контакт, который вызывает и поддерживает право, — это государство» и что договор, будучи одним из данных контактов, неотделим от государства.

Мы снова встречаемся здесь с тенденцией Эммануэля Леви нигде не проводить различий, а напротив, все отождествлять и унифицировать. На этот раз, чтобы спасти последовательность своей юридической логики, он не прибегает к традиционным категориям; он, возможно, не испытывает в них нужды, так как сфера социального права не касается прямо его юридических интересов. В противном случае он не преминул бы заметить, со свойственным ему остроумием, что, находя государство повсюду, мы совершенно ничего не выигрываем для решения конкретных юридических проблем. Должны ли профсоюзы быть органами государства, чтобы, по примеру фашизма, подчинить рабочий класс, или независимыми и свободными сообществами, ячейками независимой индустриальной демократии? Личные симпатии Эммануэля Леви не вызывают сомнений, но его юридическая доктрина не дает никакого критерия дифференциация между фашистскими корпорациями и корпорациями свободными, между профсоюзами вынужденными и профсоюзами независимыми. Должна ли организованная экономика быть государственным капитализмом или экономическим органом, ограничивающим государство? Для юридической схемы Эммануэля Леви такое противопоставление

<sup>91</sup> Это еще раз подтверждается тем фактом, что Э. Леви сам признает, что идол долгового обязательства — это *деньги*, которые в то же самое время рассматриваются как основная мера всякого права. Но не являются ли деньги именно символом негативного размежевания разьединенных субъектов, по преимуществу индивидуалистическим принципом, действующим лишь в «отношениях с Другими»?

не существует, но, увы, оно существует в реальности и, в решительных битвах человечества, противопоставляет фашизм и большевизм, с одной стороны, и демократический социализм — с другой. Приверженность Эммануэля Леви к демократическому и либеральному социализму бросается в глаза. Но из своих мыслей и убеждений Леви не извлекает никаких юридических критериев этих явлений. Не будем перечислять многочисленных примеров в области конституционного, административного и международного права. Как отличить сообщество территориального государства от сообщества Лиги Наций? Следует ли считать, что после создания Лиги Наций национальные государства исчезают или продолжают свое существование? В юридических научных конструкциях Эммануэля Леви не обнаруживается никакого критерия для ответа на эти вопросы, их как будто и не существует. Но как исключить их из нашей жизни, ведь именно они и составляют ее основу?!

Свойство индивидуального договора как «контакта», т. е. общности, и его отождествление с коллективным договором и, в конце концов, с государством нам представляется порождающими непреодолимые трудности как теоретического, так и практического порядка. Нет ничего более верного, чем то, что индивидуальный договор есть выражение общественной жизни, «нормативного факта», совершенно объективного института. Но есть разные способы жизни в обществе и разные виды институтов; «общность» и «отношение с Другим», или, иными словами, «жизнь в обществе через частичное слияние и взаимопроникновение сознаний» и «жизнь в обществе посредством взаимного ограничения и уравнивания»; такая жизнь в обществе, когда субъекты остаются трансцендентными по отношению друг к другу, и такая жизнь в обществе, когда эти субъекты становятся имманентными, являются первичными данными юридического опыта. Если контакт означает «общность», то индивидуальный контакт четко противоречит общности. Г-н Леви ставит в упрек Ориу противопоставление учреждения и договора, в то время как сам договор является одновременно и «институтом», и даже «институтом институтов». Этот упрек можно отнести лишь к Ж. Ренару,<sup>92</sup> вульгаризировавшему и деформировавшему мысль Ориу, но он совершенно несправедлив по отношению к самому Ориу, так как тот четко противопоставлял «институт-орган» и «институт-вещь», «институт-общность» и «институт-отношение с другими».<sup>92</sup> Отрицать это противопоставление, значит, отворачиваться от очевидных данных юридического опыта и от уроков всей истории права. Существенное различие между коллективным договором и договором индивидуальным состоит в том, что первый является не более чем процедурой для констатации общности, внутренней жизни группы, в то время как второй — лишь выражение отношений между разрозненными единицами. Г-н Леви хочет ассимилировать индивидуальный договор и коллективный договор, который он характеризует именно как констатацию общности, основываясь на коллективных экономических последствиях индивидуального договора. Еще одно недопустимое отождествление! Экономическое следствие не является следствием юридическим. Юридические

<sup>92</sup> Ср. на эту тему мое изложение доктрин Мориса Ориу в работе «Идея социального права» (1932. С. 669–684).

следствия индивидуального договора четко расходятся со следствиями коллективного договора. В противном случае индивидуальный трудовой договор, не соотносясь с пунктами коллективного договора, вместо того чтобы быть аннулированным этим последним, аннулировал бы его сам. Это значило бы, что коллективный договор, теория которого в качестве необходимой хартии, обязывающей третьи лица, была столь искусно выведена как раз Эммануэлем Леви, потерял бы всякий смысл и перестал бы быть тем, чем он является.

Подобным же образом, отождествление договора, и в частности коллективного трудового договора, с государством, в высшей степени опасно. Как тогда различать свободные коллективные договоры и договоры, навязанные общественной властью, такой, как, например, министерство корпораций фашистского государства? Г-н Леви, для которого коллективные договоры освобождают труд не только от капитала, но и от государства, без сомнения, выступает за свободные коллективные соглашения. Но каков критерий различия дает он двум противоположным режимам? Его построения совершенно исключают такой критерий. Его страсть к объединению, страх перед различиями, которые приводят к искусственным ассимиляциям, — это настоящий «данайский дар», действительно угрожающий институтам, развитию которых Эммануэль Леви активно содействовал и столь тонкий анализ которых он привел!

Та же страсть к унификации и то же неприятие различий привели Эммануэля Леви к включению в один и тот же термин «коллективное право» (заслуга введения которого во Франции принадлежит именно ему) весьма различающихся между собой юридических структур. Мы уже уточнили смысл этого понятия: поскольку речь идет о коллективных долговых обязательствах буржуазного класса или рабочего класса, коллективное право является тем же индивидуальным правом, принадлежащим группам в их внешних отношениях с другими. Но термин «коллективное право» употребляется Эммануэлем Леви еще в двух смыслах, которые представляются нам гораздо более интересными. Утверждение коллективного права означает также у Эммануэля Леви признание приоритета объективного права над субъективным правом, в то время как права субъективные, права приобретенные считаются в большинстве своем относительными; это вполне соответствует тенденции французской доктрины к юридическому объективизму (Салейль, Ориу и Дюги; хотя последний заходит слишком далеко, отрицая сферу субъективного права). Но этот приоритет объективного права ничего не решает в отношении внутренней структуры права, которая нас интересует: индивидуальное, координирующее, право обнаруживает объективный аспект в той же мере, как и субъективный (именно поэтому Ориу справедливо говорил об «объективном юридическом институте индивидуального права»<sup>93</sup> и, вслед за ним, автор этих строк — об «объективном порядке индивидуального права», основанного на «нормативном факте» отношений с Другими), и, подобно социальному, интеграционному, праву, допускает субъективные права и не ограничивается утверждением себя как объективного порядка.<sup>94</sup> Следовательно, «коллективное право», понимаемое

<sup>93</sup> См. мою работу «Идея социального права» (С. 675 и сл.), где приводятся все цитаты.

<sup>94</sup> Там же. С. 46 и сл.

как объективное право, соотносится в равной мере со сферой индивидуально-го права и со сферой социального права. В такой интерпретации коллективное право не выходит за пределы традиционной системы юридического индивидуализма.

Третий смысл термина «коллективное право», который мы находим у Эммануэля Леви и который нам представляется самым оригинальным, Леви конкретизирует применительно к коллективным трудовым соглашениям. «Коллективное право» означает в этом случае такое право, которое прямо заставляет сотрудничать совокупность заинтересованных сторон, с одной стороны, неорганизованных, не являющихся членами профсоюзов, а с другой — юридически организованных. «Коллективное право» здесь противопоставляется корпоративному праву так же, как и внешнему праву юридических лиц, поскольку речь идет чаще всего о тех общностях, которые не признаются в их внешнем действии за юридические лица, и даже иногда не располагающих никакой социальной организацией, хотя они и играют непосредственную роль в правоотношениях (например, совокупность рабочих, нанятых по трудовым договорам — как членов, так и не членов профсоюза). Только в этом третьем смысле термин «коллективное право» выходит за пределы традиционных юридических категорий и, противопоставляясь индивидуальному праву ограничения и уравнивания простых единиц, приближается к социальному праву, к праву интеграции.

Тем не менее даже понимаемое исключительно в этом третьем смысле понятие коллективного права, выработанное Эммануэлем Леви, нам представляется слишком пространным и требует введения целого ряда различий. Действительно, его можно применить к многочисленным случаям, когда участвующие в правоотношении общества регламентируются не своим собственным автономным правом, а порядком, предписанным какой-либо иной властью: либо законодательством государства (например, осуществляемые государственным органом законодательная защита труда или налогообложение в промышленности), либо доминирующей волей предпринимателей, управляющих единым целым (ассоциации доминирования, например, правила распорядка на предприятии, установленные по односторонней воле владельца).<sup>95</sup> Понятие коллективного права, взятое в этом смысле, не дает никакого критерия ни для различения субординирующего и интегрирующего права (право, устанавливающее внутреннюю жизнь объединений власти или объединений сотрудничества), ни для различения государственного и автономного права. Этот недостаток различия делает понятие коллективного права несколько неточным и размытым. «Социальное право» в этом смысле является лишь разновидностью коллективного права. Как и в большинстве случаев, классификация у Эммануэля Леви страдает не потому, что он не смог ее создать, — в проницательности ему невозможно отказать, но потому, что он считает, что обязан избегать различий, боясь впасть в догматизм...

Мы косвенно указали на противопоставление объединений власти и объединений сотрудничества, между правом субординации и правом интеграции;

<sup>95</sup> Ср. критику понятия коллективного права в моей работе «Идея социального права» (С. 160–161).

их борьба, без конца возобновляемая и приводящая всякий раз к новому нестабильному равновесию, должна рассматриваться (как это мастерски показывает в своих объемистых трудах Гирке) как один из основных факторов исторической эволюции права. Эта констатация позволяет почувствовать, что искусное описание эволюции права, данное Эммануэлем Леви, весьма неполно. По сути, оно является лишь эволюцией юридической структуры капитала, которая все в большей и большей степени становится коллективным доверием. Но развитие профсоюзного движения и институтов индустриальной демократии, настоящие и будущие трансформации государства, эволюция в сторону обладания как социальной функции (через посредство федеральной собственности), новые равновесия в борьбе между государством и обществом являются феноменами, которые полностью выходят за горизонт доверий. Они могут быть поняты и описаны лишь на основании интегрирующего права, социального права в строгом смысле слова, противопоставленного индивидуальному праву координации (долговые обязательства являются его разновидностью) и субординирующего права, которое Эммануэль Леви ошибочно включает в понятие коллективного права.

Эта узость терминов, использованных Эммануэлем Леви в описании современной эволюции права, проявляется в юридическом построении социализма. Противопоставление коллективных доверий труда коллективным довериям капитала и тенденция первых абсорбировать последние очень точно показывает один из юридических аспектов классовой борьбы в современном обществе, но не дает никакого положительного основания для будущего социалистического права. В самом деле, коллективные доверия труда, установленные в противовес коллективным довериям капитала, имеют, и не могут не иметь, чисто негативный, ограничительный, воинственный характер. Г-н Леви признает это сам (*Levy E. Vision socialiste du Droit. 1911. P. 160–161*). Но после того, как доверия труда будут абсорбированы довериями капитала, против чего будут направлены эти последние? После исчезновения предпринимателей верования труда, за недостатком должников, потеряют всякий смысл и должны будут полностью исчезнуть. Другими словами, социалистическое право не будет совпадать с обязательственным правом, и это заключение, которое мы приводим, совершенно логично, так как право, регулирующее социалистическую экономическую организацию, очевидно, не будет индивидуальным правом. Но каким же будет социалистическое право? Г-н Леви не дает, да, в сущности, и не может дать, никаких указаний на этот предмет. Его «Социалистическое видение права» («*Vision socialiste du Droit*» — название комментируемой работы Э. Леви. — *Прим. пер.*) не выходит за горизонты буржуазного права, не затрагивая даже специфику уже существующих юридических структур, которые могли бы рассматриваться как ячейки социалистического правопорядка.<sup>96</sup> Лишь вкось воспользовавшись точным

<sup>96</sup> Э. Леви очень хорошо чувствует сам, что чисто негативное указание на будущую абсорбцию верований труда верованиями капитала недостаточно для того, чтобы представить идею социалистического права. Он приводит в пример потребительские кооперативы, кассы взаимопомощи, профсоюзы, наконец, производственные кооперативы в качестве учреждений, которые дают позитивное видение социалистического права (*Levy E. Vision socialiste du Droit. 1911. P. 160–161; Levy E. Les fondements du droit. 1909. P. 71*). «Вот тот путь, — говорит он, — по

термином «социальное право», автономного интеграционного права, регулирующего внутреннюю жизнь обществ [которые не являются ни суммами индивидуумов, ни внешними объектами или высшими существами и господствующим классом (сверхиндивидуализм и объективизм), но имманентными, активно участвующими в сотрудничестве общностями (трансперсонализм)], можно подойти к более ясному пониманию социалистического права.

\* \* \*

Эти критические замечания никоим образом не умаляют огромной важности творчества Эммануэля Леви. Их единственной целью было указать, чего следует и чего не следует ожидать от его книг, опубликованных до сегодняшнего дня. В них можно найти в высшей степени ценные указания к методу юридических исследований; весьма оригинальные новаторские взгляды в основных вопросах касательно важных институтов частного права, взгляды, замечательное остроумие которых равно той революционной силе, которую они развивают в отношении данной юридической дисциплины; мастерское построение коллективных трудовых договоров, открывающее путь развитию доктрины; весьма искусное описание юридических трансформаций капитала. Но в них невозможно найти четкой теории общего права, окончательного и даже в достаточной мере эффективного новшества по отношению к индивидуалистической традиции римского права, достаточно широкого описания перспектив современной эволюции права и государства, критерия различия между социальным правом и индивидуальным правом, юридического объяснения социализма. Таков итог нашего критического анализа. Идеи Эммануэля Леви имеют такую ценность, что сами по себе являются достаточными для научной славы, для признания со стороны юристов. Но г-н Леви, неутомимый искатель, продолжает работать и, по нашим данным, готовит к публикации книгу, посвященную «Введению в правоведение». Пожелаем же ему применить свое изысканное остроумие к философии в истинном смысле слова, без страха устанавливать различия и опираться на критерии — критерии, которые легко могут быть найдены по размышлению над непосредственными данными юридического опыта, т. е. вовсе не обязательно ведущие к научному догматизму, которого справедливо так опасается Эммануэль Леви.

---

которому современное коллективное право, которое, постепенно расставаясь с капиталистическими чертами, ведет к коллективизму, к капиталу без субъективных прав» (*Levy E. Vision socialiste du Droit. P. 161*). Но Э. Леви не дает никакого анализа внутренней юридической структуры этих позитивных институтов, и мы полагаем, что он не смог бы его представить без отказа от сведения всякого права к обязательственному праву и введения различия между коллективным интегрирующим правом, правом сотрудничества (социальным правом) и субординирующим правом.

## Глава VI

# АНТИНОМИЧНАЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА.

## ГУСТАВ РАДБРУХ

Выдающийся гейдельбергский ученый, замечательные произведения которого «Введение в изучение права» (1-е изд. 1916 г.; 8-е изд. 1926 г.) и «Элементы философии права» (1-е изд. 1914 г.) стали явлением в немецкой юридической литературе, произвел синтез долгих предварительных изысканий по рассматриваемой тематике в однотомной работе, отличающейся восхитительными ясностью и точностью и озаглавленной «Философия права».<sup>97</sup> Это произведение обладает такой важностью и содержит такое богатство прекрасно подобранных материалов, что нам представляется чрезвычайно полезным проанализировать его детально. В исследовании, предлагаемом вниманию читателя, мы прежде всего попытались представить как можно объективнее основные идеи философии права Густава Радбруха, чтобы затем инициировать краткую дискуссию о некоторых важных положениях его системы.

### § 1. Изложение доктрины

Философия права Радбруха основывается на неокантианской философии ценностей. Ценности, имеющие вневременной характер, противопоставляются действительности, и из этого фундаментального противопоставления вытекают четыре вида позиций по отношению к миру:

— позиция, безразличная по отношению к ценностям, характерная для естественных наук (*wertblind* (нем. — слепая по отношению к ценностям. — *Прим. пер.*));

— позиция, принимающая ценности как критерии оценки (*bewertend* (нем. — оценивающая. — *Прим. пер.*)), характерная для философии вообще, и особенно для философии права;

— позиция, соотносящая факты с ценностями (*wertbeziehend* (нем. — соотносящая с ценностью. — *Прим. пер.*)) без оценки этих фактов, но единственно с интерпретацией их смысла (*Sinn* (нем.)) посредством понимания (*Verstehen* (нем.)) их связи с миром ценностей, характерна для ряда общественных наук (*Kultur wissenschaft* (нем. — наука о культуре. — *Прим. пер.*)), и особенно для позитивного права;

— наконец, позиция, возвышающаяся над конфликтом между позитивными и негативными ценностями, так же как между ценностью и действительностью (*wertuberwindend* (нем. — превосходящая ценности. — *Прим. пер.*)), характерная для религии.

Природа права может быть понята только благодаря третьей из этих позиций, ибо право — это особая реальность, факт, смысл которого заключается

---

<sup>97</sup> *Radbruch G.* (профессор права Гейдельбергского университета). *Rechtsphilosophie*. Третье полностью переработанное и значительно дополненное издание. Лейпциг: Изд-во «Quelle und Meyer», 1932.

в том, чтобы служить осуществлению справедливости, т. е. такой факт принадлежит одухотворенной культурной действительности; это связанная с ценностью сущность (*wertbezogene Tatsache* (нем.)). Однако изучение этой сущности возможно исключительно с точки зрения ценностей, к которым она относится. Это и составляет область философии права в собственном смысле слова, отличающуюся от позитивистской науки о праве. Можно, равным образом, рассматривать отнесение права в рамки религиозной концепции, выходя тем самым за рамки сферы ценностей, что приводит к религиозной философии права.

Метод, которому должна следовать философия права, сводится, согласно Радбруху, к двум принципам: несводимость мира ценностей к миру действительности, и относительность всех ценностных суждений. Этот вид релятивизма, взгляд на который разделяет Радбрух<sup>98</sup> (как он считает нужным заметить) вместе с Максом Вебером, Георгом Еллинеком и Гансом Кельзенем, не имеет ничего сходного с тем, что обычно понимают под термином «философский релятивизм». Относительность ценностных суждений, на которой он настаивает, совершенно не подвергает сомнению существование объективного круга априорных ценностей, несводимых к фактам. Она не отрицает также возможности для каждого индивида и каждой группы непосредственно понимать эти ценности. Она лишь утверждает, что *теоретическое знание* ценностей и их порядка невозможно и что, таким образом, ценностные суждения не могут быть доказаны и верифицированы. По этой причине они могут быть признаны закономерными только в рамках определенной системы (*Weltanschauung* (нем.) — мировоззрение. — *Прим. пер.*), критерий высшей ценности которой остается недоказуемым.

Радбрух видит чрезвычайно важный пример его теории относительности ценностных суждений в определении, которое Кельзен дает демократии, рассматриваемой последним как система «политического релятивизма», допускающая любые системы и любые идеологии, из которых ни одна не может рассматриваться как официально признанная истина. Впрочем он подчеркивает, что, несомненно, никогда не было так важно отдавать отчет в этом релятивизме, как сегодня, когда его родина страдает от исключительной идеологической нетерпимости и волнений.

Приступая к позитивной разработке своей системы, Радбрух в первую очередь подчеркивает невозможность установления понятия права при его полном отделении от идеи права — справедливости (в противовес Р. Штамлера). Попытка осуществить справедливость, что и является правом, может не удалиться, но если право не может быть рассмотрено как попытка, даже не удавшаяся, реализовать справедливость, оно уже не право. Что касается справедливости, то здесь Радбрух принимает концепцию Аристотеля, который различает уравнивающую и распределяющую справедливость, первая предполагает, согласно Аристотелю, отношения координации, вторая — отношения субординации. Справедливость не может, по Радбруху, быть выведена из морального идеала, ибо их предметы различны. Предмет справедливости — от-

<sup>98</sup> См. также: *Radbruch G. Le relativisme dans la philosophie du droit // Archives de Philosophie du droit et de Sociologie Juridique. 1934. № 1–2. P. 105–110.*

ношения между людьми, морального идеала — сам человек. Моральный идеал обретает свой символ в идеальном человеке, справедливость — в идеальном общественном порядке. Право, будучи реальностью, смысл которой — служить справедливости, представляет собой систему императивных требований (*Anordnungen*), которые одновременно позитивны и нормативны. Право — это система основных норм совместной жизни людей, правил, которые сами указывают на основу их нормативности, т. е. на источники их обязывающей силы.

Предпринимая обзор различных попыток различения права и нравственности и демонстрируя свой особо скептический настрой по отношению к попыткам противопоставить право и нравственность, как внешне, так и внутренне (противопоставление, которое он выявляет в четырех разных формах), Радбрух приходит к следующим выводам. «Нравственность — суть цель права, и в силу данного обстоятельства она представляет собой последнее основание обязывающей силы права». Содержание права и нравственности совершенно различно и совпадает лишь по случайности. Но объективное право присваивает себе субъективные права только с той целью, чтобы те, кто исполняет предписания справедливости, были в состоянии исполнить и свой чисто моральный долг. В борьбе за свои права люди борются за нравственный облик своей личности, сохранить который можно, следуя своему долгу. Связь между правом и нравственностью реализуется не только через обязанности, которые предписывает право, но и через требования, которые оно выдвигает. Именно поэтому в то время, как в науке о праве объективное право превалирует над субъективным, собственно в философии права, напротив, субъективное право, признаваемое с целью сделать возможной реализацию нравственных обязанностей, превалирует над объективным. Лишь нравственность может легитимировать нормативность, обязывающую силу права. Юридические императивы как реальные факты могут представлять в сознании как «нормы долженствования», только если они интегрированы в систему собственно моральных норм.

Таким образом, соотношение между правом и моралью предстает как соотношение, богатое конфликтами и неразрешимыми антиномиями. Право «прежде всего потому чужеродно морали, потому отлично от нее и даже входит с ней в противоречие, что право всегда является средством для достижения своей цели, чтобы лишь впоследствии участвовать в соответствующей ему ценности, а именно ценности как средстве реализации морального идеала, и чтобы, таким образом, не теряя своего специфического характера, быть интегрированным в саму нравственность».

Различение между правом и нравственностью имеет, согласно Радбруху, исчерпывающий характер. Нравы, в которых часто видели третью специфическую область, в действительности являются лишь общим источником права и морали, где те находятся еще в синкретичном состоянии. «Нравы должны рассматриваться как исторически предшествующие праву и морали, а не как третья система, согласованная с ними».

Справедливость — это основной элемент идеи права. Но идея права намного шире и сложнее, чем справедливость. Два других элемента идеи права — это *цель права и идея безопасности и порядка*. Так как право связано

с нравственностью как средство с целью, цели, представляющие собой составной элемент идеи права наряду со справедливостью, являются моральными ценностями. Эти ценности разделяются на три вида: личные, коллективные и творческие (*Werkwerte* (нем.) — рабочие ценности. — *Прим. пер.*). В зависимости от признания верховенства одного вида этих ценностей над другими приходят либо к индивидуалистской концепции, либо к сверхиндивидуалистической, либо, наконец, к трансиндивидуалистической. Тезис релятивизма, который защищается Радбрухом, заключается скорее в убеждении, что невозможно теоретически аргументированно оправдать выбор между тремя фундаментальными концепциями права. При этом нет никакого сомнения в том, что Радбрух отдает предпочтение трансперсоналистической концепции, — это он продемонстрировал в изложении основ своего учения, сформулированных в его труде «*Kulturlehre des Sozialismus*» (1-te Aufl. 1921; 2-te Aufl. 1927).

Мыслитель характеризует противоположность между тремя рассматриваемыми концепциями следующим образом.

Для индивидуалистической концепции творческие и коллективные ценности служат ценностям личности. Культура — лишь средство личностного воспитания, государство и право — лишь институты обеспечения безопасности и развития индивида. Для сверхиндивидуалистической концепции личностные и творческие ценности служат ценностям коллективным, а мораль и культура поставлены на службу государству.

«Наконец, для трансперсоналистической концепции личные и коллективные ценности служат творческим ценностям: мораль, право и государство служат культуре».

«Высшая цель... заключается для индивидуализма в свободе, для сверхиндивидуализма — в нации (государстве), наконец, для трансперсонализма — в культуре». Символ индивидуалистской концепции — *договор*, сверхиндивидуалистической — *организм*, доминирующий над своими членами, наконец, символ трансперсонализма — *здание* (*Bau* (нем.)), строители которого связаны не столько объемлющим их Целым и окружающими их межличностными отношениями, сколько объективной работой, которую они выполняют, и общим результатом этой работы».

Используя терминологию немецкого социолога Тенниса, можно сказать, что индивидуализм рассматривает социальную единицу как «общество» (*Gesellschaft* (нем.)), сверхиндивидуализм — как «коллективность» (*Gesamtheit* (нем.)), трансперсонализм — как «общность» (*Gemeinschaft* (нем.)). Последняя может сформироваться только через осуществляемый с целью некоего объективного результата труд, независимый даже от общества, тогда как два других вида социального единства образуются непосредственно. В сущности, все три указанных вида всегда сосуществуют, взаимно поддерживают, обуславливают друг друга, борются между собой; но лишь трансперсоналистическая концепция постольку, поскольку она представляет собой синтез индивидуалистической и сверхиндивидуалистической концепций, оказывается в состоянии отразить смысл ситуации. В том, что касается группы как юридического лица, индивидуализм приводит к теории вымысла, сверхиндивидуализм — к теории реальности коллективной личности, наконец,

трансперсонализм — к теории юридического единства группы как объективного института (*Anstalt* (нем.) — учреждение. — *Прим. пер.*).

Противоположность этих трех концепций в том, что касается цели права, может быть верифицирована путем анализа идеологии политических партий, *rechtsphilosophische Parteienlehre* (нем. — основанного на философии права партийного учения. — *Прим. пер.*), как называет ее автор. Если, с определенной точки зрения, философия права является транспозицией в область духа политической борьбы партий, с другой точки зрения эта последняя представляет собой лишь эффектную дискуссию об основных положениях философии права. Однако Радбрух отказывается анализировать политические последствия трансперсоналистической концепции, так как эта последняя никогда еще не была исторически осуществлена, а структура основанного на профессионализации корпоративного государства, которую можно рассматривать как одно из возможных проявлений трансперсонализма, принимала (насколько ее пытались осуществлять до настоящего момента) характер простого фасада, прикрывающего сверхиндивидуалистическое государство, основанное на силе (фашистское государство в Италии, не говоря уже о сегодняшнем Третьем рейхе).

Индивидуалистские концепции принимают три различные формы в рамках либеральной, демократической и социалистической идеологии (по крайней мере в том социализме, который был известен до настоящего времени). Все эти идеологии понимают под термином «индивид» не эмпирическую индивидуальность (что привело бы к анархии) и не индивида как нравственную личность (что привело бы к просвещенному деспотизму), а субъекта права как нечто среднее между двумя вышеназванными смыслами: это обусловлено тем, что эмпирический индивид может обрести и нравственную индивидуальность. Либералы и демократы рассматривают индивида как тождественного остальным, «индивида без индивидуальности», сравнимого с абстрактными атомами механики, тогда как либералы наделяют этого индивида бесконечной ценностью, демократы ограничивают эту ценность ценностью большинства. Именно поэтому для демократов свобода реализуется только через активность бесконечного числа индивидов, учитываемую через всеобщее голосование, — и именно большинство реализует свободу, тогда как для либералов индивидуальная свобода может восстать против воли большинства и одержать верх.

Социализм в том виде, в котором он проявлял себя до настоящего времени, есть не что иное, как форма юридического индивидуализма, дополненного социальной идеей (*sozialer Individualismus* (нем.) — социальный индивидуализм. — *Прим. пер.*). Представители такого социализма вместе с либералами и демократами отказываются рассматривать субъекта права как тождественную для всех абстракцию, они желают учитывать также экономическое и социальное неравенство индивидов, социальных типов, таких, как начальник, рабочий, служащий, безработный и т. д. Социализм в такой интерпретации требует замены идеи абстрактного равенства идеей уравнивания. Если с экономической точки зрения социализм приходит к идее коллективной регламентации, то с точки зрения философии права он остается индивидуалистическим, ибо вся эта регламентация имеет целью лишь служить

утверждению прав конкретной юридической индивидуальности. Не напрасно «Манифест коммунистической партии» Маркса обозначает в качестве конечной цели «ассоциацию, где свободное развитие каждого является условием свободного развития всех».

Индивидуалистским концепциям противостоит консервативная, или традиционалистская, концепция, которая лишь одна воплощает сверхиндивидуализм в чистом виде. Отправной точкой для консервативной идеологии является идея иерархического организма, основная сила которого — персонафицированная в воле главы государства доминирующая власть. Индивид здесь — лишь средство без собственной ценности, подчиненное этому организму; но, несмотря на подобное подчинение, он занимает свое индивидуальное место в Целом в силу того, что такой индивид выполняет задачу, отличную от задачи любого другого индивида. Таким образом, индивид в консервативной концепции одновременно и конкретизирован, и уничтожен как личность, ценность в себе. Один из величайших парадоксов националистского консерватизма состоит в том, что он совершенно одинаков у всех народов; настаивая на несводимой ни к чему иному национальной индивидуальности, консерватизм лишь теряет ее, ибо в ней нет абсолютно ничего специфического. Опираясь на историческую и национальную традицию, консерватизм заимствует ценности из фактов, из окружающей действительности, и поэтому не осознает тех ценностей, на которых основан.

Наконец, католицизм политической и социальной направленности занимает место посредника между сверхиндивидуализмом и индивидуализмом, не впадая при этом в трансперсонализм. Церковь рассматривается католицизмом как иерархический организм, но здесь за личностью признается неотъемлемая религиозная ценность. Государство может быть интерпретировано католицизмом либо как построенное по аналогии с Церковью, либо, напротив, как простое средство, состоящее на службе у индивида. Именно поэтому католицизм способен быть политически ориентированным одновременно как вправо, заигрывая с консерватизмом, так и влево, сближаясь с либеральным и демократическим индивидуализмом.

Возвращаясь к анализу сложной идеи права, Радбрух констатирует, что наряду с двумя несводимыми друг к другу элементами — справедливости и цели, идея права состоит еще и из третьего гетерогенного элемента — принципа безопасности и порядка. Право не может упорядочить жизнь в группе, не представляя собой объективный порядок и не обеспечивая безопасности. Оправдание всякого права и всякого управления — это прежде всего социальный мир, который они устанавливают. Право, которое не может гарантировать мир и безопасность, уже не является правом. Отсюда высокая ценность уже осуществленных правом стабильного порядка и мира. В сфере права справедливость зачастую приносится в жертву ради безопасности. То, что называют позитивностью права, является одним из проявлений данного принципа безопасности. Впрочем, в интересах этой безопасности часто признается действие права, отменяющего существовавшее до определенного момента право позитивное, например, действие революционного права, с его не поддающимся предвидению характером, с ложной самой по себе практикой революционных трибуналов. В области субъективного права такие

институты, как предписание устранения нарушений, защита фактического владения, наконец, презумпция *status quo* в области международных отношений, являются результатами применения принципа безопасности, которые восстают против идеи справедливости.

В производящей особое впечатление главе «Антиномии идеи права» вышеназванного труда Радбрух делает выводы из предположения о том, что эта идея состоит из трех несводимых друг к другу элементов. Неизбежный конфликт между справедливостью, целью права и безопасностью, которые одновременно взаимообуславливают друг друга и бескомпромиссно друг другу противоречат, является причиной глубоко антиномичной и сложной структуры правовой сферы. Одна из наиболее серьезных ошибок большинства философов права состоит в стремлении устранить эту антиномичную структуру, отдавая предпочтение одному из элементов идеи права в ущерб другим, тогда как истинный метод состоит именно в том, чтобы выявить антиномии и сохранить их в видении Целого. Отсюда можно увидеть, что теоретики полицейского государства намеревались пожертвовать принципами справедливости и безопасности во имя принципов цели, что сторонники естественного права XVII–XVIII в., напротив, попытались вывести из одной лишь справедливости все содержание и действительность права в целом, и что, наконец, представители юридического позитивизма, доминирующего в XIX в., приняли во внимание только принцип безопасности и позитивности в праве, что плачевным образом приводит к остановке развития философии права. Последняя, возрожденная в XX в., должна, если она хочет избежать прошлых ошибок, выдвинуть на первый план неустрашимый антиномизм сферы права, обусловленный сложностью самой идеи права.

Может быть, мы могли бы попытаться найти решение неустрашимого конфликта между справедливостью, целью и безопасностью в праве путем конкретизации того положения, что рассуждения по поводу справедливости касаются подлинного понятия права, рассуждения по поводу цели — оценки ценности его содержания, наконец, рассуждения по поводу безопасности — проблемы законности права. Однако легко доказать, что все три принципа оспаривают друг у друга само содержание права. Существует ряд правовых норм, содержание которых совершенно категоричным образом продиктовано одним из названных принципов: например, требование равенства перед законом или отрицание законности чрезвычайных судов основываются исключительно на идее справедливости и без проблем могут войти в противоречие с идеей цели и безопасности; и напротив, административные правила, например правила безопасности дорожного движения (ехать направо или налево, запрещенный проезд, не обгонять и т. д.), продиктованы исключительно принципом безопасности и с трудом могут быть соотнесены с идеями справедливости и цели.

Наконец, проблема действительности права не может найти разрешения только путем рассмотрения проблем безопасности и порядка. Применительно к проблеме действительности права вновь повторяются неустрашимые антиномии правовой сферы. Проблема действительности права — это проблема «фактической нормативности» (*Normativität des Faktischen* (нем.), по выражению Еллинека); она сводится к вопросу о том, как из реальной воли

государства, общества или любой другой группы может вытекать юридическое «долженствование», норма. Принцип безопасности в праве требует от того лица, которое в состоянии заставить уважать правовые нормы (*Recht durchsetzen* (нем.) — применять право. — *Прим. пер.*), быть в то же самое время признанным специалистом, способным формулировать такие нормы. Если бесспорно, что существуют случаи, когда принцип безопасности может служить достаточным оправданием для несправедливого права и противоречить его цели, не менее очевидно и то, что в других случаях конфликт господствующего права со справедливостью и с идеальной целью права приобретает такую значимость, что безопасность и действенность существующего права не могут не потерпеть поражения в борьбе со справедливостью. Итак, невозможно доказать абсолютную действенность всего позитивного права в целом; в определенной степени индивидуальное моральное сознание остается здесь судьей последней инстанции.

Эти неразрешимые антиномии проблемы действенности права могут быть успешно проиллюстрированы на примере конфронтации трех теорий законности права, ни одна из которых не может быть самодостаточной:

- а) собственно юридическая теория,
- б) социологическая теория,
- с) философская теория.

Собственно юридическая теория действенности права, ставящая своей целью не выходить за пределы сферы норм долженствования, может вывести обязывающую силу одной нормы только из ряда других норм, например из конституции государства, из *Grundnorm* (нем. — основной нормы. — *Прим. пер.*), как выражается Кельзен. Но эта теория должна принять действенность определенной нормы без какой-либо дополнительной легитимации, т. е. без возможности углубиться в вопрос о происхождении своей обязывающей силы. Именно по этой причине, измеряя действенность определенного правопорядка только по критериям, имманентным этому порядку, такая теория оказывается абсолютно беспомощной в тех случаях, когда речь заходит о вопросе «коллизии норм», т. е. о конфликте между «разными правопорядками». Таким образом, собственно юридическая теория действенности права по своей природе оказывается полностью неспособной разрешить конфликт между формулируемым через законодательство правом и обычным правом, между государственным и церковным правом, между древним правом и правом новым и живым, между легитимизмом и революцией. Эта теория обречена оценивать правовую действительность других правопорядков с точки зрения одного единственного порядка, который она принимает за точку отсчета. Поэтому рассматриваемая теория не может оправдать исходное положение своих исследований.

Создается впечатление, что для решения проблемы действенности права изложенные выше соображения требуют перехода от мира норм к миру фактов, к действительности. Разве не легче решить конфликт правопорядков путем подчинения тому, кто имеет больше силы, чтобы навязать свою волю и заставить себе подчиняться, либо путем констатации того, что рассматриваемый порядок лучше санкционирован навязывающей себя грубой силой, либо в силу того, что, благодаря своей давности, такой порядок более

подходит обычаям и чувствам подданных, к которым он обращен? Отсюда происходят оба вида социологических теорий действия права: теория силы и теория согласия (*Machttheorie* и *Anerkennungstheorie* (нем.)).

Согласно теории права сильнейшего, право действительно, только если оно подкреплено силой, которая доминирует над всеми другими силами. Как отмечал еще Руссо, эта концепция приводит к уничтожению права; «ибо в случае, если именно сила творит право, то следствие меняется одновременно с причиной; всякая последующая сила, которая превосходит первую, наследует и ее право». Очевидно, в данном случае можно было бы сказать, что речь идет не о физической, а о моральной силе, силе духа; но при этом последняя требует для своего осуществления согласия подданных. Таким образом, теория силы трансформируется в теорию согласия.

Обычно теории согласия как основанию действенности права предъявляют упрек в том, что она как раз и разрушает такую действенность, ставя ее в зависимость от произвольной воли подданных — *Sub hac conditione: si volui, nulla fit obligatio* (лат. — при следующем условии: если я действую добровольно, то не беру никаких обязательств. — *Прим. пер.*). Однако этот упрек не принимает во внимание того факта, что согласие или признание являются не актом воли, а скорее актом эмоциональным, выражением пассивных чувствований. Согласие подданных с существующим правом может иметь место и против их воли. Например, изготовитель фальшивых официальных документов имплицитно признает правовую ценность социального мира, который он нарушает, и вследствие этого также и необходимость защитить мир посредством принуждения — защита, которая оборачивается против этого фальсификатора. Доведя до конца этот анализ, мы приходим к констатации того факта, что результат действия признаваемой правовой нормы не является как таковой актом самого согласия, а есть объективное содержание, идеальные ценности, по отношению к которым выражают согласие.

Это приводит к выходу за рамки социологической теории действия права — к философской теории. Философская теория действия права нашла наиболее чистое выражение в концепциях школы естественного права, которая пыталась вывести обязывающую силу права непосредственно из идеи справедливости, т. е. обрести правовую действительность в ценности права. Если бы сторонники естественного права следовали своей логике, то они должны были бы полностью разрушить позитивное право, поскольку последнее не смогло бы противостоять естественному праву: ведь действенность права проистекает из справедливости. Но, не говоря о логической ошибке, состоящей в переходе от идеальной ценности к действительности, это означало бы возврат к отрицанию существования проблемы действия права вместо решения данной проблемы. Ни юридическая, ни социологическая, ни, наконец, философская теория не могут ответить удовлетворительным образом на вопрос о действии права.

Радбрух приходит к выводу, что три научные дисциплины обладают относительной научной ценностью, и все, что может делать осознающая свои ограничения философия права, — это констатировать ни к чему несводимый антиномизм проблемы действия права; антиномизм, в котором сходятся все неразрешимые противоречия и вся неизбежная сложность сферы права. «Все,

что можно сказать по проблеме действия права, — право оказывается действенным и обладает обязывающей силой не вследствие того, что (*weil* (нем.)) оно в состоянии подчинять своей власти (*durchsetzen* (нем.)) — осуществлять. — *Прим. пер.*), а вследствие (*wann* (нем.)) обладания такой способностью, ведь лишь при данном условии право может гарантировать безопасность».

Наряду с собственно философией права необходимо заняться «философией истории права», «религиозной философией права», «правовой психологией», «правовой эстетикой» и, наконец, «логикой правоведения».

Философия истории права описывает эволюцию конфликтов между жесткими формами и динамичным содержанием права (искусственного и данного, по терминологии Ф. Жени), она изучает, как идея права и цели права, в частности, и осуществляются, и изменяются в процессе своего осуществления, в конечном итоге она демонстрирует, что право постоянно создает самое себя не только посредством тех процессов, которые предусмотрены действующим правом, но и спонтанно: так как новое право возникает из противоречивых ранее действовавшему праву фактов.

Религиозная философия права отвечает на вопрос о ценности права с точки зрения мистической интуиции Божественного, которое превосходит собой все ценности. С точки зрения православной традиции, углубленной Л. Н. Толстым, право в соотношении с религией рассматривается как прямо негативная ценность, как некое зло. В католицизме же, напротив, за правом закрепляется относительная религиозная ценность, право становится неотъемлемым элементом теодицеи, — если право и не реализует всей полноты христианства, то оно реализует одну из существенных частей последнего. Наконец, протестантизм занимает по данному вопросу промежуточное положение: право не обладает никакой ценностью перед лицом Божиим, но оно имеет определенную ценность для воспитания грешного человека.

Психология права изучает, как переживаются человеком правовые ценности и значения. Речь в данном случае идет не об эспликативной психологии, или психологии, основанной на причинно-следственной связи, а о чисто описательной и понимающей психологии (*verstehende Psychologie* (нем.)), которая опирается на мир переживаемых идеальных значений в меньшей степени, чем на сами психические явления. Антиномизм структуры идеи права откликается и применительно к юридической психологии, изучающей чрезвычайно сложную человеческую личность. Особенно восприимчивый к справедливости человек обладает психикой, ориентированной на прогресс, если даже не на революцию. Человек, особенно заботящийся о безопасности, с легкостью становится консерватором. Можно вспомнить о Шиллере и Клейсте, для которых «лучше быть собакой, чем человеком, терпящим надругательство над справедливостью», и Гете, по мнению которого, «лучше терпеть какую угодно несправедливость, чем страдать от беспорядка». Первое направление мысли без труда вырождается в фанатичное превозношение справедливости и даже психоз юридического кверулянтства, тогда как второе с легкостью превращается в бюрократизм и привязанность к обыденности (*Ordnungphilisterium* (нем.) — филистерство порядка. — *Прим. пер.*). Однако все происходящие в сфере правосознания конфликты вытекают не отсюда. Юридическая психология описывает гораздо более острые конфликты

между собственно юридическими чувствами и чувствованиями нравственными. Правосознание, независимо от того, связано ли оно более всего с идеей справедливости или с идеей безопасности, характеризуется высокой степенью абстрактности и обобщенности, тогда как собственно нравственное сознание полностью конкретизировано и индивидуализировано. Переживая в ощущении право, живешь в мире, чем-то напоминающем мир математиков, и такой образ мышления вызывает оживленную реакцию нравственного мышления, которое стремится постичь человека и его действия во всем богатстве неповторимых качеств этого человека, а не в том, что в нем есть типичного. Нравственное сознание состоит в любви и прощении, а правовое — в борьбе и высокомерной привязанности к своим правам. Лишь изредка встречается гармоничное развитие правосознания, поскольку здесь к сложности и антиномичности правовой психологии добавляется и борьба эмоциональных и интеллектуальных элементов, причем последние играют в правовой жизни несравнимо большую роль, чем в сфере морального сознания.

Остающаяся практически в полном забвении правовая эстетика обладает при этом огромной значимостью, и не только потому, что она приучает юриста к мере должного и навязывает ему эlegantные решения проблем, но и потому, что она вводит в сферу права юридическую иронию, благодаря которой становятся очевидными пределы права и тот факт, что оно не обладает высшей ценностью.

Наконец, философию права в том, что касается изучения методологии науки позитивного права, венчает юридическая логика. Она характеризуется тремя чертами: а) своим объектом она имеет позитивное право таким, каково оно есть, а не каким оно должно быть или имеет тенденцию быть; б) она изучает не сами по себе правовую действительность и жизнь права, а правовые нормы, правила; с) в силу этого она описывает объективные значения (смыслы) правовой действительности, поскольку только данные смыслы являются одновременно и нормами, и позитивными императивными требованиями. Отсюда следует, что позитивное правоведение является наукой «о культуре» (одухотворенной социальной действительности), действующей путем понимания нормативных значений (*verstehende Kulturwissenschaft* (нем.) — понимающая наука о культуре. — Прим. пер.). Как и любая другая *Kulturwissenschaft* (нем. — наука о культуре. — Прим. пер.), позитивное правоведение действует через понимание (*Verstehen*), т. е. связывает факты с ценностями без их оценки с помощью таких ценностей (*wertbeziehend* (нем.)) и в конечном итоге индивидуализирует в большей степени, чем генерализирует (индивидуализируя (*individualisierend* (нем.)), а не генерализируя (*generalisierend* (нем.))). Метод понимания состоит в анализе объективных и нормативных значений реальных императивных требований. Таким образом, по своему объекту позитивное правоведение является наукой о бытии, а по своему методу — нормативной наукой. Именно в этом и заключается его отличие от истории права, сравнительного правоведения и, наконец, от социологии права, которые, формируя в совокупности социальную теорию права и принадлежат к *Kulturwissenschaft*, являются науками о бытии, а не о должностовании не только по своему объекту, но и по своему методу.

Уже неоднократно отмечалось, что право, будучи такой сферой действительности, смысл которой — служить идее права, является и связанной с ценностями сущностью (*wertbezogene Tatsache* (нем.)). Именно поэтому бесполезно останавливаться на вопросе о характере науки позитивного права, выражающемся в действии путем *Wertbeziehung* (нем. — связывания с ценностями. — *Прим. пер.*). Что касается метода правопведения, индивидуализирующего в большей степени, чем генерализирующего, который характерен для всей *Kulturwissenschaft*, противопоставляемой *Naturwissenschaft* (нем. — науке о природе. — *Прим. пер.*), то такой метод мог бы показаться шокирующим с точки зрения правопведения в свете того, что юридические нормы всегда имеют общий характер. Юридическая систематизация состоит в постоянной выработке индивидуальных значений определенного правопорядка, в интеграции самого по себе общего правила в абсолютно индивидуализированную систему.

Догматическая, по сути, работа позитивного правопведения сводится к интерпретации, конструированию и оформлению системы права. Интерпретация состоит отнюдь не в установлении того, чего хотел законодатель, а в лучшем уразумении того, что не ясно само по себе, и доведении этих идей до логического конца. По этой причине юридическое толкование является техникой в той же мере, что и правотворчество, и напоминает скорее толкование философское, чем филологическое. Но если толкование лишь ищет первичные по отношению к установленному праву правовые категории, то конструирование и систематизация в равной мере сталкиваются с отношением правовых норм и идей права, взятой во всех трех аспектах справедливости, цели и безопасности. О конструировании здесь идет речь лишь тогда, когда встает вопрос о том, чтобы понять значение определенного института и нормы некоей системы права (тогда, когда речь идет о поиске значения всего правопорядка в целом).

Именно такими рассуждениями заканчивается общая часть философии права Радбруха. В специальной части своей работы автор дает краткую характеристику целого ряда конкретных правовых институтов и областей деятельности для того, чтобы продемонстрировать плодотворность своей антиномичной философии права для решения всех насущных проблем правопведения. Здесь он рассматривает следующие темы: публичное и частное право, юридическое лицо, собственность, договор, брак, наследственное, уголовное право, смертную казнь, институт помилования, судебный процесс, отношение между государством и правом, церковное право и, наконец, международное право и проблему войны и мира с юридической точки зрения. Богатство названных тем и тот объем, который уже принял наш очерк, заставляют нас ограничиться выбором ряда наиболее важных вопросов, которые, как нам кажется, более всего проясняют авторскую концепцию.

Мы начнем с основополагающей проблемы соотношения права и государства. Три предлагаемых для разрешения данной проблемы варианта сводятся, по мнению Радбруха, или к утверждению приоритета государства по отношению к праву, или, наоборот, приоритета права по отношению к государству, или же, в конечном итоге, к признанию их тождественности. Ни один из предложенных вариантов не удовлетворяет автора. Приоритет государства

по отношению к праву делает невозможным объяснение того факта, что государство является не только источником права, но и правовым институтом; существование и структура государства основаны на конституционном праве. Приоритет права по отношению к государству должен был бы привести либо к реставрации доктрины естественного права, либо к попаданию конституционного права в зависимость от обычного права, хотя такая зависимость и противоречит тому факту, что все существенные проблемы конституционного права всегда разрешались через сознательную борьбу, а не благодаря мирному правовому обыкновению.

Проповедование Кельзеном тождества государства и права, которое первоначально признавал и Радбрух, имело важное значение в связи с тем, что с собственной юридической точки зрения объяснял тот факт, что государство связано своим правом. Здесь государство предстает как регулирующий порядок (*ordnende Ordnung* (нем.)), а право такого государства — как урегулированный порядок (*geordnete Ordnung* (нем.)). Государство есть право, понимаемое как регулирующая правовая деятельность, а право этого государства есть само государство, понимаемое как регламентированная правом компетенция. Однако государство является не только системой норм, но и определенной реальией, как и все право, поставленное во взаимосвязь с ценностями (*wertbezogene Tatsache* (нем.)). Такая правовая действительность (*Rechtswirklichkeit* (нем.)) государства, по мысли Радбруха, должна быть подчинена конституционному праву государства; но в действительности эта «норма должностования» весьма далека от осуществления.

Здесь и находится основная проблема правового государства (*Rechtstaat* (нем.)), для которой у теории отождествления государства и права нет никакого ответа. Данная теория демонстрирует свою полную неспособность отобразить неизбежную и ни к чему несводимую антинормию между нормативным и реальным элементами государства. Это может быть проиллюстрировано тем, что государство (в той степени, в которой оно служит идее права) демонстрирует свою частичную связанность идеей права, тогда как два других элемента данной идеи — справедливость и безопасность, оказываются полностью гетерогенными для государства. Последнее воспринимает эти элементы только через свою конституцию, иными словами — *post factum*, и постоянно выражает тенденцию пожертвовать в своих целях справедливостью и безопасностью. Впрочем, можно без труда показать, что и с собственно юридической точки зрения государство фигурирует в предписаниях конституционного права не только как система правил, но и как некая действительность, которая может эти правила нарушить.

Но если между государством и правом существует неизбежная несопоставимость, несмотря на широкую сферу их совпадения, то как разрешить столь важную проблему подчинения государства своему же собственному праву? Еллинек, надеясь разрешить эту проблему, но видя всю ее сложность, сделал попытку применить теорию самоограничения; здесь его ждала неудача, поскольку воля никогда не может произвести обязанность ни для самого себя, ни для других, — поэтому для того чтобы быть связанным своим собственным правом, государство должно быть подчинено объективным нормам, независимым от него самого. Не остается ничего иного, как признать, что

такая связь является требованием справедливости и что государство ставится в обязанное положение не своим собственным позитивным правом, а идеей права, которой данное государство служит, — это и есть тот минимум «естественного права», который необходимо признавать.

Обсуждая проблему соотношения государства и права, Радбрух видит ее только под одним углом зрения — с точки зрения положения государства по отношению к юридической сфере. Вместе с тем другой аспект является не менее, а возможно, более важным. Может ли позитивное право существовать вне связи с государством? Даже принимая теорию отождествления государства с его собственным правом, было бы совершенно нелишним задаться вопросом, не представляет ли собой государство (а точнее, государственный правопорядок) узкий круг, вписанный в более широкий круг права; иными словами, не является ли государство видовым понятием, а право — родовым понятием, что привело бы к признанию плюрализма внегосударственных позитивных порядков, подчиненных, равнозначных или же превосходящих государственное право.

Вследствие антиномичного характера философии права с учетом того, что Радбрух признает отсутствие у государства компетенции на разрешение конфликтов между правопорядками и допускает естественное и спонтанное возникновение позитивного права (единственный критерий последнего находится в способности в рамках определенной общественной среды мотивировать поведение и подчинять себе); учитывая и то, что он отдает предпочтение движению в пользу «живого и свободного права», его, по-видимому, нельзя подозревать в правовом элитизме. Однако, как будет детально продемонстрировано в критической части настоящего очерка, позиция мыслителя по данному вопросу весьма неопределенна. Как мы только что выяснили, он не только отказывается признавать в качестве основы связи государства со своим правом что-либо иное, кроме превосходящего позитивное право требования справедливости, и не только считает трудовое и хозяйственное право (поразительно, что последнему Радбрух не посвятил специального исследования) простым проникновением публичного права в сферу частного права, но также настаивает на том, что это последнее противопоставление обладает априорным характером; иными словами, поскольку такое противопоставление основано на самой идее справедливости и по этой причине оказывается существенным для понятия права, постольку оно может и должно применяться ко всему феномену права в целом.

По этому поводу Радбрух дает следующую аргументацию. Противоположностью распределяющей и уравнивающей справедливости в позитивном праве соответствует противоположность права координации и права субординации. Публичное право как раз и является правом субординации. И поскольку право координации в целом находит свою санкцию и критерий для своего регулирования в праве субординации, публичное право обладает приматом по отношению к праву частному, являющемуся координирующим. Итак, публичное или субординирующее право связано с государством, и Радбрух сам это подчеркивает; примат этого права является одновременно и приматом государственного права. Только либеральные концепции в различных формах ставят себе задачу свести публичное право к частному, растворяя

государство в договорном отношении. И напротив, не только сверхиндивидуалистические и консервативные, но и социалистические концепции (независимо от того, являются ли они индивидуалистическими, или трансперсоналистскими) настаивают на примате публичного права и первостепенности государства. Только мотивы подобной первостепенности в обоих случаях разные: для консерваторов они заключаются в концентрации ценности в коллективной личности государства, тогда как для социалистов государство должно преобладать с тем, чтобы защищать конкретную индивидуальность личности от экономического угнетения. Такая защита приводит к пропитуванию самого частного права элементами публичного права. В этом-то и состоит, по мнению Радбруха, «социальное право».

Априорность и неизбежность противопоставления в сфере права публичного и частного права может быть верифицировано, по мнению автора, и иным способом: обращением к принципу безопасности как конститутивному элементу идеи права. Принцип безопасности требует, с одной стороны, чтобы наделенные правотворческой компетенцией органы (*normsetzende Stellen* (нем.)) находились бы в привилегированном положении, и с другой — чтобы они сами были подчинены тому праву, которое они формулируют. Но эти требования можно удовлетворить только с помощью субординирующего права (*Recht der Unter- und Überordnung* (нем.) — права подчинения и владычества. — *Прим. nep.*), которое регламентирует положение вышеназванных органов в правовой системе.

Глава об априорном характере разделения права на публичное и частное, ведущего к не менее априорному преобладанию государственного правопорядка по отношению ко всем иным правопорядкам, по-видимому (несмотря на все противоречащие этому предпосылки системы Радбруха), разрешает проблему соотношения позитивного права и государства в благоприятном для юридического этатизма духе: казалось, что последнее основание любого позитивного права может быть найдено в публичном праве государства. Но при этом две последующие главы работы Радбруха, посвященные проблемам международного права, видимо, предназначены для того, чтобы служить возражением на данный вывод и защищать позитивное право, независимое от государственного права и превосходящее его.

Радбрух высказывается в пользу существования позитивного и сверхгосударственного международного права, обладающего приматом по отношению к национальным правопорядкам. Такой примат позитивного международного права является абсолютно необходимым, поскольку невозможно предполагать «свободное от права пространство» (*rechtsleeren Raume* (нем.)), и лишь международное право может разрешить проблему ограничения правовой компетенции государства. Индивидуалистические и сверхиндивидуалистические концепции показывают свою полную неспособность разрешить данную проблему. Для юридического индивидуализма любое отдельно взятое государство призвано стать универсальным мировым государством. Индивидуализм космополитичен, и как он, применительно к внутреннему праву, приводит к индивиду без индивидуальности, так и применительно к международному праву он приводит к государству без нации. Впрочем, индивидуализм колеблется между идеей мирового государства и идеей полностью координирующего и анархичного международного контрактуализма.

Особенно благоприятствовавший развитию догмы абсолютного суверенитета сверхиндивидуализм встает перед лицом отрицания самого международного права, которым данное направление мысли жертвует во имя идеи национального *Machtstaat* (нем. — основанного на силе государства. — Прим. пер.). Однако доведенный до логического конца принцип суверенитета разрушает сам себя. Поскольку абсолютный суверенитет одного государства исключает суверенитет всех остальных, постольку он утрачивает всяческий смысл из-за того, что идея суверенитета как раз и предполагает плюрализм несводимых друг к другу государственных порядков. Лишь трансперсоналистическая концепция в состоянии разрешить данную проблему; синтезируя в себе индивидуалистическую и сверхиндивидуалистическую концепцию, трансперсонализм приводит к утверждению специфических государств-наций, интегрированных при этом в целостность международного сообщества, охватывающего собой эти государства, но не растворяющего их в себе.<sup>99</sup> Национальный индивидуализм утверждается, благодаря той специфической службе, которую он вносит в общую работу человечества по формированию конкретного глобального единства. Трансперсонализм приводит к концепции суверенитета как атрибутируемой международным правопорядком компетенции. В этой разработанной Фердроссом (вместо работ этого ученого Радбрух цитирует авторов, которые подверглись влиянию Фердросса) научной конструкции суверенитет и подчинение международному праву тождественны, а суверенное государство определяется как не подчиненное никакому иному правопорядку, кроме международного (*Völkerrechtsunmittelbarkeit* (нем. — непосредственное действие международного права. — Прим. пер.). Из того, что индивидуализм приводит к необходимости всемирного государства, а трансперсонализм — к признанию позитивного права народов и Лиги Наций (являющихся бесспорными правовыми реалиями и в качестве своей основы имеющих обычное право и международные конвенции), Радбрух делает вывод, что только трансперсонализм соответствует современным тенденциям развития права и что только трансперсонализм способен сформировать основу для правового конструирования современных правовых институтов.

Книга Радбруха завершается провозглашением пламенного и искреннего пацифистского кредо: война не имеет никакого юридического или же морально-го оправдания; она противоречит всем ценностям, независимо от их разновидности. Этот решающий призыв к миру: *pax est optima rerum* (лат. — мир — это лучшая вещь. — Прим. пер.), — представляет собой акт высшей гражданской и нравственной смелости, если вспомнить о той чрезвычайной националистической эйфории, в которой сегодня пребывает родина этого выдающегося автора.

## § 2. Критические замечания

Переходя к критической оценке философии права Радбруха, выделим в первую очередь те результаты, которые оказались нам наиболее удачными и бесспорными: таковы признание связи философии права и аксиологии,

<sup>99</sup> Отметим, что аналогичная точка зрения была развита автором настоящего очерка в работе «Гуго Гроций и современная теория международного права» (*Revue de Métaphysique et de Morale*. 1927).

противопоставление трансперсонализма как синтетической концепции односторонним индивидуализму и сверхперсонализму (универсализму),<sup>100</sup> утверждение идеи справедливости как необходимого конститутивного элемента понятия права, характеристика правовой действительности как посредующего звена между миром ценностей и миром фактов, т. е. — как одухотворенной действительности (*wertbezogene Tatsache*), и, наконец, — это представляет наиболее оригинальный пункт идей Радбруха, — углубленная демонстрация *антиномичного* характера правовой сферы; такой антиномизм тщательно прослеживался, начиная от идеи права вплоть до конкретных проблем позитивного правоведения и даже до юридической психологии. Реальное осознание несводимых друг к другу и неразрешимых (т. е. разделенных между собой) антиномий является одной из наиболее характерных черт современных философских тенденций, и Радбрух придает этим чертам особенно убедительное выражение через поразительное для воображения применение данной концепции к правовой сфере, которая, благодаря своей особой сложности, кажется сотканной из антиномий. Впрочем, подобный антиномизм сферы права неоднократно отмечался во французской философии права, и не только великим философом неразрешимых антиномий — Прудоном (которому принадлежит впечатляющая формулировка: «Антиномия есть первичный факт правосознания»), но и такими правоведами, как Морис Ориу, и такими социологами, как Гастон Ришар.<sup>xxii</sup> Однако никто еще до Радбруха не придавал данной характеристике права столь полного и впечатляющего выражения, доводя ее вплоть до конечных следствий, и именно в этом, по нашему убеждению, кроется величайшая заслуга его книги. Можно даже задаться вопросом: не преувеличил ли Радбрух антиномичность права, и наоборот, всегда ли он искал антиномии там, где они на самом деле есть? Но подобное сомнение оказывается в своих глубинах связанным с другим сомнением, которое касается релятивизма ценностных суждений, отстаиваемого автором. Для нас совсем не бесспорно, что та общая теория ценностей, которую разделял мыслитель, способна легитимировать его столь важную концепцию правовой действительности как посредующего звена между ценностями и фактами. Наконец, мы должны задаться вопросом о том, всегда ли соответствуют правовые конструкции этого автора его философским концепциям и нет ли порой противоречия между ними.

В связи с этим свои критические размышления мы должны начать с изучения позиции Радбруха по вопросу ценностей и ценностных суждений. Автор утверждает, что, поскольку ценности являются объектами веры, а не знания, то из-за этого они не могут служить материалом для претендующих на объективную значимость суждений. Можно все-таки возразить на такой довод тем, что доступность факта восприятию исключительно через некогнитивные акты не означала бы препятствия для ценностей стать объектами знания посредством теоретического размышления *a posteriori*, которое направлено как раз на уже имевшие место некогнитивные акты. Именно в этом

<sup>100</sup> Впрочем, такой синтез может принести успех только на основе описания несопоставимых и равнозначных данных непосредственного опыта, который ведет к плюрализму, последним выводом которого является «*ex pluribus unum*» (лат. — единство из множественности. — Прим. пер.); см. выше очерк «Юридический опыт», секции II и III.

смысле Фредерик Рау во Франции, Макс Шелер в Германии противопоставляли «дедуктивную» и интеллектуализированную метамораль моральному опыту *sui generis*, который должен был бы состоять из рефлексивного анализа второй ступени морали, основанной на «данных» непосредственно переживаемого морального опыта. Такова, впрочем, была в своей основе и мысль самого Канта — ведь несводимые к элементам теоретического разума элементы разума практического представляли собой объект *теоретической* критики *практического* разума, не говоря уже о Фихте, у которого теоретическая мораль не имела другого объекта для анализа, кроме как *post factum* анализировать непосредственные данные алогичной и сверхинтеллектуальной интуиции-действия.

Поэтому в случае допущения такой концепции теоретической морали рассуждение приходит не к теории относительности всякого ценностного суждения, а лишь к признанию бесконечного богатства мира ценностей и связанных с ним суждений, т. е. к концепции, согласно которой каждая историческая эпоха и каждая социальная среда способны содействовать открытию для восприятия нового сектора мира вневременных ценностей. Впрочем, это ни в коей мере не исключает ни существования общего морального идеала, бесконечные аспекты которого лишь приоткрывают все разнообразие морального опыта, ни необходимость и возможность такого идеала, в рамках которого все многообразие ценностей синтезируется и гармонизируется в высшее единство, которое образуется в недрах самого этого многообразия. Интересно отметить, что сам Радбрух не остался до конца верным своей теории абсолютной относительности ценностных суждений. Кажется, что он допускает подобную относительность только в тех случаях, когда речь идет о выборе между индивидуалистическими, сверхиндивидуалистическими и трансперсональными ценностями, которые и представляют собой цель права. И напротив, если речь идет о двух других конститутивных элементах идеи права — «справедливости» и «безопасности», которые, следовательно, являются «ценностями», то мыслитель исключает по отношению к ним какие-либо претендующие на всеобщие значимость и объективность выводы. У нас еще будет повод упрекнуть автора в чрезмерных единообразии и догматизме его концепции в данной части, — как будто бы взаимное слияние справедливости и безопасности не могли изменяться и не изменялись бы в действительности в зависимости от различия «юридических опытов».

Необходимо добавить, что характерный для всей демократии «политический релятивизм» не должен быть связан, как этого хотел бы Радбрух, с теорией относительности ценностных суждений. Если демократия исключает официальную идеологию и дает свободу конкуренции совершенно различным идеологиям, то совсем не по той причине, что она отрицает возможность существования объективной истинности в том, что касается ценностей, а лишь постольку, поскольку признает, что поиск такой истины неконкретен, не входит в компетенцию ни государства, ни какой-либо иной правовой организации в целом. Таким образом, поставленная политическим релятивизмом проблема демократии совершенно не является проблемой значимости ценностных суждений, а представляет собой лишь проблему пределов правовой сферы: отношений между правом, с одной стороны, и моралью и философским поиском — с другой.

Но возвратимся к собственно аксиологии. Представляется, что концепции Радбруха в данной сфере сталкиваются с совершенно иным родом трудностей, чем те, которые происходят от его «релятивизма». Мы говорим о его «дуалистической» теории, которая (по меньшей степени, в авторском изложении) с трудом может служить основой для столь глубокого определения правовой действительности как посредующего звена между ценностями и фактами (*wertbezogene Tatsache* — нем.). Если считать данным несводимый ни к чему дуализм ценностей и фактов, то каким образом может существовать такое посредующее звено? Ужасающий вопрос, и не только для философии права Радбруха, но и для всей культурологии его учителей в философии — Виндельбанда<sup>xxiii</sup> и Риккерта в той мере, в которой они не обращаются к непосредственному интегральному опыту, к интуитивному восприятию этой специфической сферы действительности.<sup>101</sup> Впрочем, именно подобная трудность в конструировании промежуточной сферы между ценностями и фактами, согласно философским предпосылками Радбруха, и приводит его к признанию того, что проблема действия права неразрешима.<sup>102</sup> Со своей стороны, мы попытались разрешить данную проблему с помощью теории «нормативных фактов», переживаемых в непосредственном юридическом опыте и впоследствии диалектически реконструированных в мышлении, которое верно следует рассматриваемой нами специфической интуиции.

Из бесспорной невозможности вывести ценности из фактов не следует того, что эти две сферы должны постоянно утверждаться как разделенные между собой непроходимой пропастью. Положительный ответ на данный вопрос не только привел бы к отрицанию всей данной сферы одухотворенной культурной действительности, на которой основывается большинство юридических теорий Радбруха, но и сделал бы невозможным понимание того, как ценности могут, по большому счету, осуществляться в человеческом поведении, если действия являются в то же время и фактами, реалиями, которые принадлежат к сфере сущего, а не должного. Рассуждение приводит к печальной идее бесконечного и безрезультатного поиска: судьба человека и человечества — никогда не быть в состоянии делать то, что они должны делать. Для того чтобы избежать такой полностью полагающейся на оценку *post factum* морали, неспособной регламентировать что бы то ни было, необходимо прежде всего признать то (это и упускают из вида Радбрух и его учителя в философии), что отнюдь не должное, как этого хотел Кант, является высшим критерием для ценностей (сведенных к тому, чтобы обозначать соответствие или несоответствие такому должному), а, напротив, сами ценности служат основой

<sup>101</sup> Именно этот методологический прием Дильтея вдохновлял современную «понимающую» социологию.

<sup>102</sup> Защищая Радбруха, г-н Айе (*Archives de Philosophie du droit*. 1933 № 3–4. P. 52–53) считает возможным утверждать, что поиск этой опосредующей действительности, по меньшей мере в сфере мышления и знания, приводит к путанице. Он забывает при этом, что мышление ставит своей целью реконструировать то, что переживаемое в непосредственном опыте может обладать характером диалектической мысли и что именно с помощью диалектики оказывается возможным добиться успеха в фиксации особенно трудных данных юридического опыта в рамках знания (по данному вопросу см. мой цитированный выше очерк «Юридический опыт»).

долженствования.<sup>103</sup> Если невозможно напрямую связывать сущее и должное, то при наличии определенных предпосылок можно связывать сущее и ценности и выводить должное непосредственно из данной связи. Для презюмирования возможности связи между фактом и ценностью, или, точнее, проникновение ценности в факт, нужно согласиться с двумя существенными положениями, которые Радбрух оставил вне своего научного анализа.

Эти два положения состоят в связи ценностей и ценностных суждений и в специфике тех ценностей, которые должны осуществляться. Действительно, в споре о возможности воплощения ценностей в фактах зачастую упускается ответ на чрезвычайно важный вопрос: являются ли ценности результатом ценностных суждений, или, наоборот, предполагают ли эти ценностные суждения уже осуществленные ценности. Утверждая, что ценности являются объектом верований, а не знания, Радбрух, очевидно, должен был бы допустить второй вариант, поскольку поставить ценности в зависимость от ценностных суждений означает впадение в интеллектуализм, делая ценности всего лишь формальными понятиями, образованными после суждений. Для того чтобы быть последовательным, Радбрух должен был бы примкнуть к интуитивистской теории, которая делает из ценностей непосредственные данные неинтеллектуализированной интуиции. Но если постигать ценности интуитивно, т. е. через непосредственный опыт, то они постигаются как раз в тот момент, когда проявляются в фактах, в частности в фактах реального поведения людей. Ценностные суждения начинают *post factum* отделять ценности от их первичной связи с фактами. Очевидно, что суждения о сущем не могут подразумевать какого-либо ценностного суждения. Ценностные суждения и суждения о сущем оказываются значительно более противопоставлены друг другу, чем даже сами действительность и ценности. Ценности всегда проявляются в фактах, не проистекая из них. Суждения разрывают процесс непосредственного воплощения ценностей в фактах, когда происходит констатация путем интуитивного схватывания ценности, путем экспериментирования над ней.<sup>104</sup>

Овеществление ценностей в фактах, которую мы воспринимаем в непосредственном опыте, требует еще и легитимации с помощью мышления. Поэтому здесь в первую очередь важно знать, о каком роде ценностей идет речь, если, например, встает вопрос о ценностях более статичных, чем эстетические или логические ценности, либо же о ценностях, по природе своей динамичных и креативных, таких, как моральные ценности, по отношению к которым правовые ценности оказываются производными. Поскольку эти

<sup>103</sup> По данному вопросу см. изложение теории Шелера в моей работе «Современные тенденции немецкой философии» (Париж, 1930. С. 91 и сл.).

<sup>104</sup> Сделанные Лефюром замечания по поводу понятия «нормативный факт» в статье, которую он посвятил моей книге, основываются, по моему мнению, как раз на подобном упущении из внимания разницы между самими интуитивно схватываемыми ценностями (т. е. переживаемыми в непосредственном опыте) и ценностными суждениями, равно как и в забвении того, что осуществление позитивной ценности в факте всегда дает начало *новой ценности*. Если проводить четкое разграничение между непосредственным юридическим опытом и последующей за ним теоретической рефлексией, ставящей своей целью диалектическую реконструкцию сложных данных такого опыта, то понятие нормативного факта не представляло бы никакой логической трудности (см. ниже мой очерк «Юридический опыт»).

этические ценности помещены в творческую длительность (в бергсоновском смысле) идеями-действиями и могут воплотиться только через человеческую деятельность, постольку они оказываются способными реализовать себя в социальных фактах, в общих или индивидуальных действиях. Творческая длительность, в которую помещены этические ценности, представляет собой позитивную бесконечность, качественную и динамичную, посредством которой реальные усилия непосредственно участвуют в потоке чистой творческой деятельности. В этом смысле этические ценности можно было бы определить как признаки удавшегося воздействия эмпирических элементов нравственности, таких, как поведение, тенденции индивидуальные или коллективные желания, социальная действительность, цивилизация, община, нация, историческое окружение в творческой деятельности Духа. Подобная концепция этических ценностей, далекая от того, чтобы отворачиваться от фактической действительности, как это сделала кантианская теория, привела бы к признанию того, что проникающие в наиболее глубокие корни чувственной и социальной жизни и тем самым одухотворяющие действительность ценности придают ей способность стать нормативной. Верный посылкам кантианской философии, г-н Радбрух, упустив из внимания углубление и развитие своей аксиологии, тем самым отсекает возможность разрешения проблем, которые он с такой ясностью и четкостью поставил. Далее мы увидим, какое плачевное влияние имел философский консерватизм на многие юридические теории рассматриваемого автора.

Здесь отметим только, что все та же верность освященным философским концепциям может быть отмечена и применительно к развитию представлений рассматриваемого автора о справедливости и взаимоотношениях права и морали. Радбрух безоговорочно принимает аристотелевскую теорию справедливости в ее распределяющей и уравнивающей формах, и даже не ставит вопроса (который предугадывал сам Аристотель) о том, существует ли и третья форма справедливости — справедливость общая, или социальная, уравнивающая две первые формы и служащая им высшим критерием. Это тем более поразительно, что история развития идеи справедливости,<sup>105</sup> начиная от Гроция и Лейбница вплоть до Прудона и Гирке, являлась не чем иным, как длительным усилием по поиску этой высшей формы справедливости, превосходящей собой аристотелевские противопоставления. Равным образом, и разделение трех основных идеологий — индивидуализма, сверхиндивидуализма и трансперсонализма, на котором так основательно настаивал Радбрух, по-видимому, напрямую ведет к утверждению, наряду с индивидуалистическим и сверхиндивидуалистическим аспектами (принципы уравнивания и распределения), также и *трансперсонального* аспекта справедливости, или справедливости социальных равновесий, общей справедливости, предполагающей отношения интеграции и единства, а не координации или субординации. Если автор не сделал таких выводов и даже упустил из вида различия в интерпретации справедливости согласно основным идеологическим течениям, которые он изучал с таким вниманием, то причина этого — в радбруховской концепции полной взаимозависимости справедливости и

<sup>105</sup> См. выше наш очерк «Идея справедливости».

морального идеала и несколько искусственного противопоставления целей права и справедливости как несводимых друг к другу и непримиримых между собой элементов.

То, что справедливость и моральный идеал обладают различными внутренними структурами, является бесспорным. Но должно ли различие структур вести к полной гетерогенности этих двух элементов и невозможности связи между ними? Аргументация Радбруха состоит в приписывании справедливости и моральному идеалу совершенно разных объектов: первая указывает на межчеловеческие отношения, а вторая — на самого человека; символом первой является идеальный социальный порядок, а символом второй — идеальный человек. Эта концепция характерна для индивидуалистической идеологии, от которой г-н Радбрух все же весьма далек. В действительности для морального трансперсонализма, который связывает высшие ценности с общностью (*Gemeinschaft* (нем.)), способствующей реализации объективной задачи, и для сверхиндивидуализма, который обретает высшую ценность в коллективных личностях, очевидным представляется то, что ограничение объекта морального идеала индивидуальным человеком совершенно недопустимо. В равной степени, и тогда, когда Радбрух настаивает на том, что контакт права и морали происходит исключительно в сфере субъективного права, но не права объективного,<sup>106</sup> то очевидно, что, несмотря на симпатии к трансперсонализму, Радбрух остается полностью преданным традиции индивидуализма. Здесь не место демонстрировать, насколько возможно определять справедливость как производную от морального идеала ценность без ущерба для специфичности ее структуры. Отметим только, что коль скоро справедливость выступает в качестве посредующего звена между моралью и логикой, с одной стороны, между идеалом и действительностью<sup>107</sup> — с другой, то мы считаем, что именно в подобном промежуточном положении необходимо искать истинное основание глубоко антиномичного характера правовой сферы, на чем Радбрух столь убедительно настаивает.

Как мы видели, Радбрух концентрирует этот антиномичный характер права в неразрешимом конфликте трех конститутивных элементов идеи права: справедливости, цели и безопасности. Хотя, правду говоря, данное различие кажется нам несколько искусственным и мы считаем должным искать основу антиномичной структуры права в ином месте. Когда Радбрух противопоставляет справедливости цель права, он руководствуется совершенно правильной мыслью о том, что поскольку справедливость является конститутивным элементом всего права в целом (т. е. скорее *Логоса* права, чем его идеалом), то она не может служить критерием для оценки последнего. Такой критерий

<sup>106</sup> Данное утверждение г-на Радбруха было бы допустимо только с точки зрения правовой психологии, поскольку бесспорно, что право переживается человеком субъективно прежде всего в аспекте субъективного права и что именно в этом аспекте право находит психологическую связь с моралью. Вместе с тем Радбрух не замечает того, что юридический опыт и интуиция в праве, которые и провоцируют субъективные реакции, по необходимости обладают коллективным характером (см. мой цитированный выше очерк «Юридический опыт» (раздел II)).

<sup>107</sup> См. мои рассуждения по поводу развития данной концепции справедливости в работе «Идея социального права» (С. 93 и сл.). В своей психологии права Радбрух сам заостряет внимание на смешении интеллектуальных и алогичных элементов в праве, но он не извлекает из этого никакой пользы для определения справедливости и права как объективных структур.

дается тем, что Радбрух называет «целью права» и что сводится к той или иной интерпретации морального идеала. По существу, это означает, что для того, чтобы оценить право и противопоставить плохому праву право лучшее, необходимо выйти за пределы собственно юридической сферы и обратиться к нравственности. Но если так, то зачем тогда вводить эти чисто нравственные критерии в рамки идеи права? Не будет ли намного логичнее сказать, что целью права является сам моральный идеал, который единственно и может служить основой для критики права? Г-н Радбрух оказывается вынужденным ввести в идею права метаюридические цели лишь по той причине, что ранее он полностью отделил справедливость от морального идеала вместо того, чтобы признать, что первый является необходимым этапом на службе у второго. Надо сказать, что собственно цель права тождественна справедливости и что превосходящие справедливость критерии принадлежат более не сфере права, а сфере собственно нравственности.

Что касается третьего гетерогенного идеи права элемента — принципа справедливости, то мы считаем, что этот принцип является элементом, имманентным самой идее справедливости. До Радбруха покойный Морис Ориу, по нашему мнению, был не прав,<sup>108</sup> считая должным настаивать на перманентном конфликте устоявшегося социального порядка и справедливости.<sup>109</sup> Мы полагаем, что одним из существенных отличий справедливости по отношению к нравственности как раз и является то, что в сфере последней ценность осуществления всегда неизмеримо меньше по сравнению с той ценностью, которая осуществляется (иными словами, что креативная деятельность и прогресс доминируют по отношению к порядку), тогда как в справедливости, наоборот, ценность осуществления равнозначна реализуемой ценности. Требование устойчивого порядка, безопасности и мира составляют самое сущность справедливости, так как только этим способом справедливость и может осуществиться, т. е. установить равновесие через действительное согласование притязаний одних и обязанностей других. Справедливость как переходная ступень между чистыми качествами и определенной степенью количественности, как замена общими правилами абсолютной индивидуальности морального идеала, как схематическая стабилизация его творческого движения, короче говоря, как логизация морального идеала, — все это как раз и учреждает «безопасность» и «общественный порядок» в качестве необходимых средств, гарантирующих реализацию данного идеала. Примеры правовых норм, основанных исключительно на требованиях безопасности, противопоставляемой справедливости, которые приводит Радбрух, скорее искусственны. Полицейские правила регулирования дорожного движения не могут быть отделены от системы правовых норм, регламентирующих местную или национальную жизнь в силу того, что любая правовая норма обретает свой смысл только как проявление всего правопорядка в целом, как ячейка этого порядка. Более того, совокупность или система правовых норм

<sup>108</sup> См. нашу критику в работе «Идея социального права» (1932. С. 103–106).

<sup>109</sup> См. замечательную статью М. Ориу: *Hauriou M. L'ordre social, la justice et le droit // Revue trimestrielle de droit civil. 1927. P. 95 et suiv.*

обретает устойчивость только как надстройка над определенной правовой действительностью, которая объективнее, чем сами нормы, представляющие собой определенную рассудочную абстракцию, как бы замершую в движении по отношению к лежащей в основе правовой общности. Одним из главных недостатков юридического анализа г-на Радбруха является, по нашему мнению, то, что он сводит всю сферу права к сумме императивных требований; именно в этом смысле ему не удастся преодолеть нормативистские предрассудки, против которых, впрочем, ожесточенно боролась его мысль.

Связывая справедливость с «целью» (т. е. с моральным идеалом) и трактуя «безопасность» как имманентное требование справедливости, мы максимально далеки от того, чтобы ставить под сомнение антиномичный характер права, с такой энергией подчеркиваемый Радбрухом. Но, как нам кажется, этот антиномизм вытекает не из конфликта справедливости, цели права и безопасности, а из намного более действенных несводимых друг к другу противоречий между моральным элементом (иррациональное) и логическим элементом справедливости, равно как и между одинаково существенных для права действительности и идеальности и, более того, между стабилизированным и рассудочным элементом и спонтанным и непосредственным элементом правовой действительности: с одной стороны, организованная надстройка, и с другой — основополагающая неорганизованная общность. Впрочем, подобный антиномизм проявляется как раз в тот момент, когда встает проблема справедливости, поскольку данная проблема возникает только тогда, когда допускается возможность конфликта нравственных ценностей, равнозначных и несводимых друг к другу. Справедливость призвана к предварительному примирению реальных конфликтов между личностными ценностями и ценностями трансперсональными, признаваемыми равнозначными по отношению друг к другу и способными войти в гармоничный синтез только в рамках морального идеала, тогда как в реальной жизни они обречены на ожесточенную борьбу. Проблема справедливости зарождается от осознания такого неизбежного антиномизма, для которого должно искать временного и подвижного решения, при этом искать и определенное постоянно обновляющееся равновесие. Это и является собственно сущностью справедливости, и здесь — в самой трактовке метода антиномий — точка нашего расхождения с Радбрухом.

Если правда то, что разрешить антиномии путем их растворения во всеобъемлющем единстве невозможно, то нам кажется неправильным останавливаться на констатации таких антиномий — нужно искать возможности их уравновешивания, необходимо найти их место в целом, «где они бы уравновешивали друг друга без устранения противоречия» (Прудон). Именно так понимали данный метод Фихте, Прудон и Ориу, и лишь данный метод кажется нам плодотворным. Ведь любым иным методом можно только поставить проблемы (что с изяществом и точностью и сделал Радбрух), не указывая пути нахождения на них каких-либо положительных ответов.

До завершения наших критических замечаний остановимся на одном из пунктов концепций рассматриваемого автора, где его отказ от попытки уравновесить антиномии и его верность традиционным юридическим конструкциям привели к особо спорным выводам — это проблема соотношения государства

и права, с которой непосредственно связана проблема противопоставления публичного и частного права. Как мы помним, рассуждения Радбруха по данному вопросу сводятся к заключению о том, что в силу частичного несовпадения сфер права и государства невозможна юридическая конструкция связанности государства своим правом и что только обращение напрямую к предписаниям справедливости может спасти ситуацию. Такое заключение вызывает волнение вдвойне: с логической точки зрения оно противоречит тезису самого автора о том, что из справедливости невозможно вывести никакого естественного права; с точки зрения правовой догматики она ставит под сомнение действенность конституционного права, а кроме того, входит в очевидный конфликт с признанием самим автором примата международного права, напрямую навязывающего себя государствам. В данном случае аргументация автора кажется нам построенной на ряде весьма спорных предпосылок. Когда автор утверждает, что государство обладает неким элементом, который несводим к правопорядку, то он, очевидно, является жертвой постулируемого им самим отождествления правопорядка с суммой абстрактных правил, норм. Если принять во внимание, что первичный слой правопорядка является более объективным, чем сами правила поведения, и что таким первичным слоем является спонтанная и непосредственно данная правовая общность, то в государстве не найдется никакого элемента, который не сводился бы к правопорядку. Вводя «нормативные факты» в недра правовой сферы, данная «институциональная» концепция права своим следствием имеет устранение всякого различия между государством и всеми иными группами в том, что касается их соотношения с правом. Противоположность, которую пытаются найти между правовой действительностью и действительностью государства, сводится к конфликту и перманентному напряжению, существующим в недрах любой социальной группы и любого правопорядка, между «данным» и «искусственным», между «институтом» и «нормой», между основополагающей неорганизованной общностью и ее организованной надстройкой.

Еще менее убедительным нам кажется утверждение автора о том, что признание приоритета права по отношению к государству равнозначно либо возвращению естественного права, либо признанию преобладающей роли обычая. Прежде всего уточним, что подобный приоритет права по отношению к государству в более точной терминологии сводится к приоритету одного из видов права по отношению к другому с учетом того, что само государство является не чем иным, как особой формой правопорядка. Вне рамок государства такой приоритет означал бы примат позитивного международного права по отношению к государственному праву, признаваемый самим Радбрухом, который не упустил возможности уточнить, что международное право может быть основано как на обычае, так и на международных договорах и на множестве иных источников права. В рамках государства принцип приоритета означал бы примат неорганизованного и спонтанного права национального сообщества по отношению к организованному государственному праву. Будет ли тогда точным утверждение о том, что все характеризующее таким образом право сводится к обычному праву, т. е. к праву, формируемому бессознательно, независимо от какой-либо инициативы, и представляющему для мышления строго консервативный элемент?

Для ответа на данный вопрос необходимо более внимательно изучить столь важную проблему источников позитивного права, — то, что упустил из вида г-н Радбрух. Это тем более поразительно со стороны автора, и не только из-за имеющейся у него тенденции исчерпывающим образом исследовать все конкретные проблемы права, но и по той причине, что Радбрух был одним из первых, кто приветствовал движение за «живое и свободное право» и кто признавал первостепенную важность проблемы источников позитивного права.<sup>110</sup> Забвение этого чрезвычайно важного вопроса<sup>111</sup> может быть объяснено только тем, что г-н Радбрух объявил неразрешимой проблему действия права, по отношению к которой проблема источников права представляет лишь один из аспектов. Но исключая из поля зрения проблему источников права, мыслитель все же не может ее избежать; и вместо того чтобы пересмотреть традиционную теорию, ограничивающую число источников права законом, обычаем, судебной практикой и договорами, г-н Радбрух всего лишь воспроизводит ее. Развитие теории источников права в наши дни (Жени, Эрлих, Ориу, Петражицкий и др.), проводя различие между первичными и вторичными (или техническими) источниками, умножая количество и первых и вторых, признавая относительность и равнозначность вторичных источников (среди которых закон и обычай являются всего лишь разновидностями), открыло широкий путь для утверждения примата неорганизованного и спонтанного права во внутрисударственной жизни, не впадая при этом в традиционализм обычая. Действительно, такие вторичные источники права, как *социальные декларации* (обещания, программы, заявления), *признание нового положения вещей*, *внесудебные прецеденты*, в ряде случаев и *сами конвенции*, являясь наиболее пригодными для констатирования неорганизованного и спонтанного права, не имеют в себе ничего традиционалистского, а, напротив, в глубине своей оказываются связанными с творческой и сознательной инициативой.<sup>112</sup> И тем более это оказывается истинным применительно к констатированию первичных источников права напрямую (интуитивное право). Если признать действенность таких источников права, то изученные нами до настоящего момента возражения г-на Радбруха против приоритета права по отношению к государству показали бы нам полностью опровергнутыми.

Но г-н Радбрух приводит и другие аргументы, которые использует для защиты «априорного характера» противоположности публичного и частного права. Это прежде всего аргументы о том, что поскольку принцип безопасности требует наделения особыми привилегиями компетентных на формулирование права правотворящих авторитетов, постольку необходимо, чтобы правотворящие авторитеты были бы защищены субординирующим правом, тождественным связанному с государством публичному праву. Далее, это упоминание о том параллелизме, который существует между противоположностью частного (координация) и публичного права (субординация) и двумя исчерпывающими содержанием справедливости аспектами: принципом уравнивания и

<sup>110</sup> См. статью г-на Радбруха: *Radbruch G. Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. 1906. S. 355–370.

<sup>111</sup> См. выше наш очерк «Плюралистическая теория источников позитивного права».

<sup>112</sup> По данному вопросу см. мои книги: «Идея социального права» (С. 135–144) и «Идея социального права и современность» (1932. С. 213–295).

принципом распределения. При этом необходимо отметить, что, не ставя под сомнение привилегированность и силовую поддержку, которые должны быть закреплены за «компетентными на правотворчество авторитетами», нужно заранее прийти к согласию в вопросах: что же понимается под такими правотворящими авторитетами — или первичные источники права («нормативные факты»), или же вторичные, или технические, источники? Концентрируются ли правотворящие авторитеты в государстве, или же они могут быть независимыми от последнего? Ставя подобные вопросы, мы вновь возвращаемся к проблеме источников права, которую Радбрух искусственно оставил за бортом. В самом ли деле должна основываться на субординирующем праве та привилегированность, которая, несомненно, должна быть закреплена за компетентными на правотворчество авторитетами? Очевидно, что она не может основываться на праве чистой координации. Но является ли такое разграничение на самом деле исчерпывающим? Не существует ли третьего вида права — права интеграции, примат которого по отношению к праву координации вполне может быть обоснован тем видом привилегированности правотворящих авторитетов, о котором говорит Радбрух?<sup>113</sup> Наконец, верно ли то, что даже в случае допущения исключительности характера противостояния права субординации и координации такое противостояние точно соответствует противостоянию частного и публичного права? Разве не отмечалось уже неоднократно (Гирке, Салейлем, Ориу и почти всеми современными теоретиками трудового права), что частное право может включать в себя также и важные сектора *некоординирующего* права (профсоюзное, хозяйственное, семейное право и т. д.), и в то же время можно было бы найти в публичном праве недемократических государств сектора *координирующего* права (например, право, регламентирующее престолонаследие в монархии)?<sup>114</sup>

Г-н Радбрух ограничивается упоминанием в качестве единственного аргумента соответствия разделения частного и публичного права и разделения распределяющей и уравнивающей справедливости! Мы уже показали, что подобное ограничение аспектов справедливости не только входит в прямое противоречие с процессом развития идеи справедливости в Новое время, но и противоречит столь упорно защищаемой г-ном Радбрухом трансперсоналистической концепции. С этой точки зрения поражает то, как г-н Радбрух опровергает самого себя, когда дело касается проблемы международного права (последнее он точно и совершенно правильно определяет как такое право, которое не является ни координирующим, ни субординирующим, но представляет собой третью правовую сферу в соответствии с постулатами трансперсоналистической концепции). Если бы г-н Радбрух тщательнее изучил сферу трудового права, — и очень жаль, что он этого не сделал, — то его вывод должен был быть единственным: праву субординации и координации он должен был бы противопоставить, под тем или иным наименованием, право социальной

<sup>113</sup> Именно в этом смысле мы со своей стороны и утверждали примат социального права (права интеграции) по отношению к индивидуальному праву.

<sup>114</sup> Ср. мои рассуждения по данному поводу в работе «Идея социального права», а в более широком смысле — с моей попыткой продемонстрировать, что все субординирующее право есть не что иное, как искажение социального права через его неправомерное порабощение индивидуальным правом.

интеграции! Но если для той или иной сферы правовой жизни признается третий вид права, то терпит крах вся аргументация Радбруха: как доказательства априорности разграничения публичного и частного права, так и доказательства преобладания государственного права.

Трудно удержаться от сожаления по поводу того, что г-н Радбрух, с такой энергией противопоставлявший трансперсоналистическую концепцию концепциям индивидуализма и сверхиндивидуализма через то искусственное разграничение, которое он установил между справедливостью и идеей права, не мог в итоге извлечь из трансперсоналистической концепции никакой выгоды для своих собственно юридических правовых конструкций.

Такое положение дел четко обозначает то противоречие, в которое концепция международного права как права социальной интеграции входит с остальными положениями его системы.

\* \* \*

Эти критические замечания ни в коей мере не имеют целью умалить огромную важность замечательной работы г-на Радбруха. Автору удалось сделать исключительно тонкий анализ и продемонстрировать всю сложность проблем философии права. Четкая постановка проблем и показ их глубины зачастую стоят гораздо больше, чем их разрешение; и именно за столь впечатляющую демонстрацию антиномичного характера права, которая проведена этим автором по конкретным вопросам вплоть до мельчайших деталей, мировая философия права должна быть благодарна Радбруху.

---

## Часть III

### Глава I

#### Демократический принцип и будущая демократия. Предупреждение 1934 г.\*

*Оба исследования, составляющие эту часть сборника, были написаны в 1927–1928 гг. С тех пор политическая перспектива, по крайней мере самая ближайшая, полностью изменилась. Теперь речь идет не просто об идеологическом кризисе, а о настоящем крахе правовых институтов. Диктатуры восторжествовали на большей части территории Европы и начали угрожать странам с самыми глубокими демократическими традициями. Нелыханный экономический кризис начисто уничтожил зачатки промышленной демократии (в частности, заводские советы). В настоящий момент автократия хозяев и феодальные отношения в производстве одержали верх, что им удалось при поддержке диктатур, возникновение которых они сами же в значительной степени и спровоцировали. Влияние международных демократических институтов (Лига Наций, Международная организация труда) значительно ослабло.<sup>115</sup> Исчезла надежда на постепенный и мирный переход к социализму, основанному на принципе развитой промышленной демократии, которая, постепенно вытесняя хозяев, была бы способна на деле изменить отношения собственности. Человечество переживает трагическое время. Грядут страшные события.*

Ясно, что если бы мне сегодня пришлось рассуждать о демократии и социализме, то акценты я расставил бы совсем иначе, чем тогда, в менее мрачную эпоху, когда были написаны оба представленные здесь исследования.

*Однако у меня нет ощущения, что недавняя трагедия демократии и социализма нанесла ущерб самой сути моих рассуждений. Действительно, в этих исследованиях я не затрагивал проблему реализации демократии на практике.<sup>116</sup> Я только проводил анализ потенциальных возможностей, заложенных в идеологии демократии, я протестовал против отождествления ее с одной из бесспорно устаревших исторических форм. Сегодня, также как и в момент написания этих исследований, я убежден в том, что если у демократии есть*

---

\* Часть III этой работы Гурвича содержит статьи, написанные им в конце 20-х годов, расширенные и дополненные автором. Во введении, которое Гурвич озаглавил «Предупреждение 1934 г.», та часть текста, которую он добавил позже, дана авторским курсивом; первоначальный текст (1928 г.) дан прямым шрифтом.

<sup>115</sup> Впрочем, недавнее вступление в Лигу Наций нации, насчитывающей 160 миллионов человек, возможно, приведет к усилению ее (Лиги) влияния.

<sup>116</sup> Правду говоря, я никогда не думал, что дело может уладиться само собой — без борьбы, без поражений, без реакции, без кризисов.

будущее, то оно — в плюрализации ее граней, в утверждении эквивалентности ее независимых аспектов, в удалении монистической и индивидуалистической коросты. «Царственная демократия» якобинцев (по удачному выражению Максима Леруа), без сомнения, мертва. Неужели мы допустим, чтобы под ее обломками погибла сама демократия, одна-единственная действительная продолжательница гуманизма? Или мы будем сражаться за плюралистическую демократию, единственно достойную сегодня имени демократии?

Недавние события скорее подтвердили, чем опровергли мои рассуждения, показав, что политическая демократия не может существовать, если она не опирается на сильную экономическую демократию и не уравновешивается ею. Из-за отсутствия достаточно эффективной организации этой экономической демократии политическая власть в странах с фашистской диктатурой оказалась под игом экономических конгрегаций крупного капитала. Автократия на предприятии и в промышленности, повсеместно подтачивающая сегодня власть государства и фактически уже давно лишившая его законодательной монополии, восстановила в нескольких странах политическую автократию, которая сегодня не что иное, как батрак и даже раб патрональной власти.<sup>117</sup>

В странах, желающих избежать подобного опыта, проблема установления действительной промышленной демократии, этой единственной силы, способной победить диктатуру хозяев, подготавливающую фашистскую диктатуру, никогда еще не была столь актуальной. Если «демократия — это контроль» (Ален<sup>xxiv</sup>), то этот контроль нужно гарантировать заинтересованным в нем лицам повсюду, где в действительности проявляется власть произвола. Я убежден, что именно в этом основа любой честной дискуссии на тему «реформы государства», ставшей настолько актуальной во Франции.

В моих исследованиях не рассматриваются способы достижения понастоящему эффективной промышленной демократии, единственно способной спасти демократию политическую.<sup>118</sup> Еще меньше уделяется внимание средствам, которые могли бы привести, особенно при нынешнем положении вещей, к действительному обобществлению собственности, которое изменяет саму суть природы собственности, а не только ее субъекты; к истинной социализации, которую я противопоставляю в своих работах упрощенческим замыслам централизующего коллективизма и коммунизма. Надеюсь, что смогу разъяснить мою точку зрения по этому вопросу в другой раз, тем более что эта тема явно выходит за рамки данного сборника, посвященного исключительно самым общим проблемам философии права.

Однако мне бы хотелось отметить, что антиэтатизм и плюрализм моей концепции современной проблемы демократии и социализма отнюдь не исключают использования государственных принудительных мер на переходных фазах, и особенно во время острых кризисов.

<sup>117</sup> Комедия «корпоративной организации промышленности» не что иное, как способ еще большего порабощения рабочих организаций «тоталитарным государством» и с его помощью подчинения их организациям владельцев.

<sup>118</sup> См. некоторые указания на эту тему в моей книге «Идея социального права и современность» (1932. С. 77 и сл.) здесь и далее по тексту.

В этом смысле я не стал бы возражать против требования «восстановления и усиления власти государства», чтобы еще больше освободить государство от засилья капитализма. Только не следует забывать, что передача какой-либо организации функций, которые она не способна выполнить, не ведет к усилению ее власти: наоборот, это верный способ подорвать эту власть.

*Поэтому речь может идти только о диалектике вмешательства государства, которое укрепляет свою власть лишь для того, чтобы полнее развились автономные силы групп заинтересованных лиц; только эти группы способны осуществлять демократический контроль над тираническими властными структурами в области экономики, угнетающими их, и этим же группам предстоит однажды ограничить власть самого государства.<sup>119</sup> Любой вид интеграции профсоюзов в государственный аппарат должен быть отвергнут как представляющий наибольшую опасность. Вмешательство государства желательно и необходимо только как мощное средство борьбы с промышленным феодализмом и с экономическими конгрегациями, а совсем не как вид окончательной организации и даже не как вид эффективного управления экономикой. Опыт Рузвельта может служить примером такой диалектики вмешательства государства, направленного против самого государства и столь необходимого сегодня.*

Следует отдавать себе отчет и в том, что промышленная демократия и экономика социалистической направленности — это два аспекта одного и того же явления. Если плановая экономика без промышленной демократии представляет собой только усиление угнетения рабочего класса, то промышленная демократия без плановой экономики — всего лишь тень бестелесная. Именно в этом заключалась одна из основных причин досадной слабости институтов промышленной демократии. Эффективный рабочий контроль предполагает не только контроль над дисциплинарными полномочиями хозяина, но также и реальное участие в управлении экономикой в разработке «плана» и его реализации. Так как заводские комитеты и Национальный Экономический Совет никогда не были связаны между собой и животворный ствол этих двух институтов

---

<sup>119</sup> Среди многочисленных примеров этой диалектики вмешательства государства особый интерес представляет провозглашенное государством обязательное учреждение заводских советов. Вот как я характеризовал этот процесс в своей работе *«Идея социального права и современность»* (С. 83–84): «Может возникнуть вопрос, каким это чудом законодательное вмешательство государства, навязывающее обязательную организацию заводских советов, не только не приводит к уничтожению чистоты социального права предприятия, но, напротив, способствует усилению его влияния, его расцвету и продвижению вперед по пути к полной независимости по отношению к государственному праву... Законодательное вмешательство только выводит из внутренней организации завода гетерогенные элементы индивидуального права, предоставляя свободу проявления спонтанному социальному праву, исходящему из основополагающего сообщества предприятия. Искусственность этого государственного законодательного предписания уничтожает другую искусственность: незаконное порабощение социального права, которое порождает имманентная целостность предприятия, гетерогенным правом индивидуальной собственности. Закон борется с этим порабощением и ограничивает аномальную власть хозяина, чтобы расчистить путь спонтанному социальному праву основополагающего сообщества, которое старается проникнуть в вышестоящую организацию и преобразовать таким образом сообщество доминирования, каковым является сейчас капиталистическое предприятие, в сообщество сотрудничества. И в конечном итоге это преобразование производит не государство, а спонтанное социальное право основополагающего индустриального сообщества.

оказался, таким образом, разрубленным еще до того, как оба эти института воплотились в жизнь, организмы промышленной демократии лишились своего истинного назначения: быть столпами, основными ориентирами плановой экономики. Объединение усилий, направленных на создание плановой экономики и промышленной демократии, которые признаются идентичными и опираются в своей реализации на диалектику вмешательства государства, усиленная власть которого направлена против сопротивления автократии хозяев — таков сегодня единственный путь, открывающий широкие возможности, чтобы сделать эффективной демократию промышленную и посредством этого спасти демократию политическую.

*С этими оговорками, я полагаю, оба исследования, данные здесь в своей первоначальной форме (чтобы изменить их, мне пришлось бы переписать их полностью), будут представлять определенный интерес, особенно в настоящий момент. Так как нужно оказать противодействие ужасающей путанице идей, типичной для сегодняшней полемике, и напомнить, что отождествление либерализма с индивидуализмом является ложным и становится еще более ложным тогда, когда происходит отождествление либерализма политического с либерализмом экономическим. И, может быть, не без пользы будет напомнить, каково социальное происхождение и социальное значение либерализма, как индивидуализм исказил демократическую идеологию, показать, что специфическая сущность социализма — это антииндивидуалистический и антиэтатистский либерализм.*

Стало чуть ли не обычным делом говорить о демократии как об идеологической системе прошлого. В наши дни многие стараются привлечь к себе внимание утверждением, что демократия умирает. «Покойная демократия», — так назвал ее один недавно опубликованный автор. Разговоры о «кризисе демократии» звучат банально. Однако когда видишь, что у демократии столько противников, которые прилагают немало усилий, чтобы похоронить ее, невольно начинаешь думать, что она еще жива не только как реальная политическая сила, но и как идеологическая система. «Пусть мертвые покоятся с миром»... «*De mortuis aut bene, aut nihil*» (лат. — о мертвых либо хорошее, либо ничего. — Прим. пер.). Но с демократией дело обстоит совсем иначе. Ее критики стараются доказать, что она — источник всех бед. Некоторые философы утверждают, что она обязательно индивидуалистична, механистична, атомистична и, наконец, что в ней заключено обожествление человека. Юристы и историки разоблачают ее связи с централизмом, с абсолютизмом власти, с этатизмом. Политики наперебой говорят о кризисе парламентаризма, вне которого демократия — ничто. Коммунисты расценивают ее как буржуазный предрассудок; немецкие расисты — как специфически латинское изобретение, а фашисты — как слабость и интернационализм.

Обоснованны ли все эти упреки? И чем занимаются в общем и целом ее обвинители? Действительно хоронят мертвеца или стараются удушить живого, слишком живого, на их взгляд? Если они выказывают столько страсти, нападая на демократию, то скорее всего потому, что она и не думала стариться, а вот-вот войдет в самый цвет, достигнет своей зрелости? Но что же такое зрелость демократии и каково ее будущее?

Вот на эти вопросы мы и постараемся ответить в данном исследовании. Говоря о демократии, мы будем иметь в виду не тот или иной из ее институтов, а саму ее сущность. Нас интересует не морфология демократии, а ее принципы — ее основы и ее потенциальные силы более, чем ее уже реализованные формы, ее перспективы, задачи и ее будущее — больше, чем тот путь, который уже пройден.

## § 1. Пересечение трех направлений в идеологии демократии

В чем сущность демократии?

В примате большинства над меньшинством, как определяли ее во времена античности? В принципе равенства, на котором настаивали в эпоху Великой французской революции? В утверждении свободы личности, как об этом заявляют все декларации демократических правовых государств? Или же демократия сводится к неотчуждаемому суверенитету народа? Либо к принципу «политического релятивизма», который допускает мирное сосуществование нескольких идеологических систем внутри одной нации (Кельзен)?

Достаточно провести хотя бы поверхностный анализ истории развития демократических идей, чтобы убедиться в невозможности определить сущность демократии при помощи столь упрощенных формулировок, пусть даже в самых общих чертах (не затрагивая глубинного смысла проблемы).

*Сущность демократии неизмеримо более сложна, более многолика, и, чтобы определить ее даже в самых общих чертах, следует учитывать всю совокупность, всю гамму составляющих ее элементов.*

В современной философской мысли демократическая идея выкристаллизовалась в результате слияния трех независимых философских течений, каждое из которых зародилось отдельно от других; взятые порознь, они ни в коей мере не связаны с идеологией демократии. Эта идеология появилась только тогда, когда произошел синтез, обеспечивающий подвижное равновесие этих трех элементов, взаимодополняемых и оказывающих влияние друг на друга. Этими тремя элементами являлись: а) *идея народного суверенитета*, сформулированная впервые в нашу эру католическими публицистами-международниками, когда они боролись против власти государства; впоследствии эта доктрина навлекла на себя проклятие папского престола, по мере того как она обращалась, начиная с времен Марсилия Падуанского, против иерархической структуры Католической церкви; б) *идея равенства*, нашедшая впервые свое выражение в политике уравнивания в правах, проводимой абсолютной монархией в борьбе против феодальных устоев, которая была в дальнейшем развита школой естественного права XVII в. (особенно Гоббсом), которая, исходя из идеи равенства перед законом, пришла к идее равенства прав; в) *идея свободы личности*, которая ограничивает власть, сформулированная впервые сектами английских индипендентов (выдвинувших идею разделения государства и церкви), подхваченная и углубленная левеллерами и широко распространенная Локком. Хотя под «народом» подразумевалось сначала только высшее сословие. Равенство прав рассматривалось как равенство произвола в естественном состоянии и как равное отсутствие

прав в гражданском состоянии. Что касается свободы личности, то вначале она никак не была связана с идеалами равноправия.

И только когда эти три направления пересеклись и когда удалось впервые найти формулировку, которая свела воедино эти три элемента, только тогда зародилась истинно демократическая идеология. Она сразу же предстала как сложная совокупность идей, как подвижное равновесие между идеями свободы и равенства на основе народного суверенитета. Руссо, первым сформулировавший этот составной принцип, сам признавал его расплывчатый характер, сравнивая проблему, которую предстояло решить, с квадратурой круга, которая допускает только приблизительные решения. Его глубокая философская доктрина, согласно которой равенство не может существовать без свободы (так как свобода составляет истинный смысл равенства), а свобода не существует без равенства (ибо свобода одних, не ограниченная такой же свободой всех прочих, равна произволу), а их сочетание возможно только на основе правления, осуществляемого всеми и каждым, — эту свою доктрину Руссо связал с абстрактной синтетической концепцией (весьма упрощенной и неприемлемой в наши дни). Все эти элементы нашли свое выражение в идее «всеобщей воли» — некоей рациональной субстанции, одинаково присущей всем индивидуумам, которая, насколько это возможно в условиях влияния различных группировок, обнаруживается путем всеобщего избирательного права. Всеобщая воля одинакова у всех, а свобода каждого есть проявление не его конкретной личности, а его разумного волеизъявления, абсолютно одинакового у всех индивидуумов.

В течение XIX в. идеи равенства, свободы, народного суверенитета получили дальнейшее развитие. Свобода получила более конкретное определение — как проявление, пусть даже частичное, самобытного характера каждого человека. Понятие равенства стало понятием качественным: не только формальное равенство, но также, до известной степени, равенство материальное, равенство возможностей. Под народным суверенитетом стали понимать не народное волеизъявление, достигнутое и предопределенное заранее, а нечто такое, что надлежит исследовать и формулировать как некую иррациональную среду, которая окружает государственные институты, причем эти государственные органы должны быть устроены таким образом, чтобы улавливать все колебания народного разума и быть способными их зарегистрировать, подобно тому как радиоаппарат без провода улавливает воздушные волны.

А если все элементы, из которых состоял демократический синтез в конце XVIII в., оказались опровергнутыми, что удивительного в том, что эти старые формулы перестали быть удовлетворительными? Однако достаточно вспомнить, что демократическая идеология представляла собой, начиная с истоков, всего лишь подвижное равновесие между тремя составляющими элементами, чтобы рассматриваемый вопрос перестал казаться нам затруднительным. Поскольку эти составляющие элементы изменились и усложнились, должна была также измениться и формула их равновесия. Стоит ли говорить о том, что подобное изменение, подобный поиск нового синтеза более углубленных идей свободы, равенства, народного суверенитета не следует считать признаком упадка? Оно свидетельствует скорее о жизнеспособности демократической идеологии, о ее новом подъеме.

При подобной постановке вопроса мы видим, как резко вырисовывается различие между сущностью демократии и формами ее исторического осуществления. Одним из основных заблуждений всех современных рассуждений о демократии является то, что они не учитывают этой разницы. Противники демократии значительно упрощают себе задачу, выдавая ту интерпретацию сущности демократии, которая была ей дана в XVIII в., за единственно возможную и необходимую. Абсолютно очевидно, что Руссо дал демократии интерпретацию индивидуалистическую в чистом виде, а также то, что в XIX в. протест против индивидуализма принимал часто антидемократические формы (от Сен-Симона до Маркса и от де Местра<sup>VIII</sup> до Гегеля и Штала). Но речь в данном случае идет о том, является ли односторонний индивидуализм порождением демократической идеологии или, напротив, он является всего лишь исторической призмой, которая определила ее (демократической идеологии) преломление, — возможно, не без ущерба для определенных составляющих ее элементов.

Критиковать сегодня атомизм и абстрактный индивидуализм XVIII в. — значит ломиться в открытую дверь. Важно узнать, можно ли обвинять в таком атомизме и индивидуализме демократию и будет ли выход за пределы индивидуализма означать выход за пределы демократии.

## **§ 2. Являются ли принципы свободы, равенства и народного суверенитета обязательными для индивидуализма?**

Чтобы ответить на этот вопрос, следует проанализировать сущность элементов, подвижная уравновешенность которых определяет демократический синтез.

Из трех элементов, составляющих демократическую идеологию, только идея свободы связана в каком-то смысле с индивидуализмом. Однако при ближайшем рассмотрении нетрудно заметить, что идея свободы связана с индивидуализмом только в конечных целях, а не в своей основе, идея свободы есть ограничение одной группы другими группами, плюрализм групп, которым пользуется индивидуум для того, чтобы свободно лавировать между этими группами.<sup>120</sup>

И действительно, либеральная идея отсутствовала в античном мире, где государство было тождественно церкви, и появилась с возникновением христианства, или, точнее, тогда, когда появилось несколько церквей, конкурирующих между собой, и это сделало актуальной проблему ограничения и эквивалентности различных групп. Свобода индивидуализма укрепилась, исходя из того, что власть одной группы пресекалась властью других групп. В отношении этого можно сказать, что вовсе не индивидуализм породил либерализм, а именно либерализм, явившийся следствием плюрализации групп, утвердившихся в качестве более или менее эквивалентных, создал благоприятную для индивидуализма ситуацию, и эта ситуация была впоследствии превращена в догму индивидуализма.

<sup>120</sup> Эта ситуация была ясно изложена в работе К. Бугле: *Bouglé C. Les idées égalitaires*. 1899.

Судьба идеи свободы личности решается сегодня в той же самой сфере. Современные отрицатели и хулители либерализма — это монисты, стремящиеся разрушить все группы в тоталитарном государстве или по крайней мере интегрировать их и подчинить государству. В то время как защитники принципа плюрализма в государственном устройстве (например, взаимограничение экономического правопорядка и политического правопорядка) защищают не только антииндивидуалистический либерализм групп, но и свободу личности. Ведь участвуя одновременно в различных эквивалентных группировках, используя одни из них против других в своих интересах, перемещаясь от одной группы к другой, индивид утверждает свою свободу и в наше время не может утвердить ее как-то иначе. Мы видим, что идея свободы, принцип либерализма, по своей сути и по своему современному значению, не имеет ничего общего с индивидуалистической интерпретацией. Едва ли можно говорить о том, что принцип суверенитета народа и принцип равенства имеют какую-либо органическую и неотчуждаемую связь с индивидуализмом.

Конечно, можно рассматривать народ как механическую совокупность идентичных индивидуумов, а равенство — как чисто количественную тождественность разрозненных индивидуумов. Однако подобная интерпретация, совсем не являясь обязательной, входит в очевидное противоречие с самой сущностью рассматриваемых принципов, которые она представляет в обедненном, если можно так выразиться, и даже искаженном виде.

Что же представляет собой в своей специфической сущности идея суверенитета народа, рассматриваемая отдельно от прочих составляющих элементов демократии, если не идею *конкретного Целого*, черпающего в себе самом принцип своего существования.<sup>121</sup> Независимо от того, будет ли волеизъявление народа уже вполне сформировавшимся либо еще только целью, к которой направлены устремления народа, народ как таковой, как совокупность заинтересованных лиц, которые правят сами собой, — это всегда живое социальное существо, организм — и именно в этом качестве (как символ трансперсонального Целого) народ и призван заявить о себе.

Более того, идея целостности, идея конкретной системы, нигде не находит своего воплощения в таком чистом виде, как в демократическом принципе народного суверенитета. Все формы социальной и политической иерархии (в частности, монархия), которые часто пытались обосновать, исходя из универсалистической концепции, все они в основе содержат *разрыв интегральных связей*, нарушение целостности, разобщение и отделение некоторых индивидуальных элементов, которые искусственно отделяются от Целого.<sup>122</sup> Именно это выразили в классической и четкой форме средневековые доктрины *rex* (лат. — правителя. — *Прим. пер.*) и *regnum (populus)* (лат. — правления (народного). — *Прим. пер.*), в которых *regnum* представляет принцип

<sup>121</sup> Я определил этот вид целого как *имманентную целостность*, противопоставленную *целостности трансцендентальной*, которая доминирует над своими компонентами, отделяясь от них («Идея социального права». 1932).

<sup>122</sup> В упомянутой ранее книге я уточнил эту идею, показав, что ассоциации доминирования возникают в результате полного разрыва между организованной надстройкой группы и ее спонтанной инфраструктурой (основополагающая и неорганизованная община членов).

органичной интегральности, а *rex* — это изолированный индивидуум. Если на основе универсалистских аргументов удалось создать иерархию, то это произошло только в результате грубого смешения понятий экстерииоризированного целого, которое стало трансцендентальным, т. е. отделенным от множественности, с одной стороны, и характерной имманентной целостности общины, т. е. ее спонтанного, наиболее живого слоя — с другой. Эта община, являясь образующей единения сознаний (всеобщая конкретность), которые взаимно порождают друг друга, являясь конкретной системой личностей, — есть полная противоположность принципа иерархии. Ничего более противоположного представить себе невозможно. Единство имманентной целостности, не трансцендентальной по отношению к этим членам, заключает их взаимосвязанное равенство в конкретную сферу действительности, объединяющую их в одно целое.<sup>123</sup> Иерархия предполагает прямой распад этой взаимосвязанной и одновременной интеграции членов, благодаря которой они участвуют в трансперсональной целостности. Принцип суверенитета народа заявляет о себе как высшее проявление коллективного единства, как истинное воплощение имманентного социального Целого в своей специфике.

Попытка немецкой школы юридического формализма подменить идею народного суверенитета принципом государства-личности, для которого народ является всего лишь одним из его органов, было с философской точки зрения только плохо замаскированным нападением на идею органической целостности. Целое подменялось индивидуумом в увеличенном масштабе; на месте сложной трансперсональной системы оказывалось простое единство — новая личность, которую нужно разглядывать через увеличительное стекло. Универсализм был деформирован в консервативный ультраиндивидуализм.<sup>124</sup>

Таким образом, демократию никак нельзя упрекнуть в индивидуализме; сама по себе идея суверенитета народа — *конкретной целостности, которая сама себя определяет* — содержит наивысшее выражение идеи Целого в самой его чистой форме в таком виде, какого мы не найдем ни в одной другой социальной или политической доктрине.

Но необходимая связь демократической идеологии с универсализмом устанавливается не только посредством идеи народоправства, но также и посредством принципа равенства. Утверждение равенства отдельно взятых индивидуумов содержит в себе противоречие. Равенство предполагает союз между индивидуумами, членами одной и той же обобщающей целостности. Оно устанавливает принцип организации этой целостности, определяет положение членов по отношению к Целому, которое их объединяет, а также между собой. Утверждение равной значимости и равной связи всех входящих в конкретную сферу моральной и социальной действительности индивидов происходит из самой сути равенства. *Равенство* в первую очередь *производно от единства*. Неравенство предполагает разделение и изоляцию,

<sup>123</sup> Эта концепция обязательна для любой плюралистической философии, последовательной самой себе. См. выше мое исследование о «Юридическом опыте» (ч. 2). В истории общественной мысли ее открыто защищали Прудон во Франции, Фихте и Краузе — в Германии; см. также мою работу «Идея социального права» (С. 327–426; 442–470).

<sup>124</sup> См. доказательство этого тезиса в моем анализе доктрины Гегеля («Идея социального права». С. 430–442).

распад единения, воплощенного в Целом. Конкретная сфера действительности в качестве имманентной целостности и равенство предстают с этой точки зрения неразделимыми.

Равенство по отношению к единству Целого никак не означает абстрактную идентичность членов. Напротив, равнозначность с точки зрения Целого может сочетаться с абсолютной оригинальностью каждого индивидуального характера, с полной сингулярностью его призвания. Такая концепция равенства означает *эквивалентность* личностей и их индивидуальных и конкретных призваний, которые на равных основаниях участвуют в качестве необходимых элементов в формировании конкретного социального Целого. Идея равенства выявляет в первую очередь специфический характер морального единения, глубоко отличного от всех прочих форм единения: здесь Целое — это живая ткань, состоящая из личностей, конкретная система моральных сознаний, множества «Я», каждое из которых имеет свою собственную ценность и свое индивидуальное воплощение. В рамках морального Целого его члены не являются производными от коллектива, равно как и коллективность не представляет собой ничего субсидиарного. Здесь существует полная эквивалентность частей и целого; взаимопроникновение единого и многого, которые взаимно порождают друг друга — *синтез индивидуализма и универсализма*.<sup>125</sup> Идея равенства подчеркивает прежде всего синтетический характер конкретного морального всеобщего, а понимаемая таким образом равнозначность индивида и социального Целого — равную ценность всех индивидов по отношению к Целому и в рамках Целого.

Даже самые заклятые враги демократии, такие, как немецкий социолог О. Шпанн, не могут не согласиться с тем, что идея равенства предполагает единство принципов и индивидуалистических, и универсалистских. Он только старается убедить своего читателя в том, что подобный союз невозможен и что идея равенства — составное понятие (*Spann O. Der wahre Staat. 1921*). Если он доходит до такого утверждения, то благодаря тому, что он сам не идет дальше чисто механического сочетания индивидуализма и универсализма, и полностью пренебрегает самим существованием моральных проблем, также как и извечными устремлениями человеческой мысли, которые пристекают из этих проблем и которые тяготеют к синтезу этих элементов — высшему пределу всех философских исследований.

Эта непрерывная тенденция, т. е. склонность, стремление к синтезу, наблюдается с первых философов Возрождения до Лейбница, а от Лейбница — до Фихте. И если такой синтез возможен, значит, идея равенства не содержит в себе никакого противоречия — это живой символ союза и взаимозависимости между целостностью и свободой личности, и именно благодаря ему становится совершенно ясно, что самая глубокая философская предпосылка демократии — это синтез индивидуализма и универсализма или, точнее, эквивалентность личных и трансперсональных моральных ценностей.

---

<sup>125</sup> «Синтез», к которому я несколько раз возвращаюсь в данном исследовании, не имеет ничего искусственного. Это не что иное, как реконструкция того, что пережито на опыте в настоящий момент, на опыте моральном и на опыте юридическом, где единство подвергается испытанию во множественности и множественностью. В действительности конструктивными являются только индивидуализм и универсализм, которые претендуют на взаимоисключаемость.

Пытаясь определить, до какого предела может простираться идея равенства, мы рассматривали оную в ее наивысшем проявлении, в ее значении в качестве равнозначности членов внутри одного Целого. С этой точки зрения равенство приобретает характер, главным образом, количественный. Несравнимые в том, что касается их отличительных качеств, личности в их конкретной индивидуальности эквивалентны по отношению к Целому. Таково сугубо этическое понятие равенства. Но равенство имеет также и чисто юридический аспект, о котором необходимо помнить. В частности, равенство в качестве составляющего элемента демократической идеологии является прежде всего равенством прав, ибо юридическое равенство подразумевает количественные элементы и предполагает определенную степень идентичности. Именно эти-то элементы и пугают противников демократии, которые (противники демократии) с ужасом заявляют, что равенство прав применяет единую меру для всех, размещая на одном и том же уровне качества, крайне отличающиеся друг от друга, и приводя, в конце концов, к торжеству посредственности.<sup>126</sup>

Чтобы попытаться оценить, насколько эти упреки верны, следует выделить ряд вопросов, которые часто смешивают самым недопустимым образом: 1. Из чего следует количественный характер юридического равенства — из идеи равенства или из самого принципа права? 2. Является ли в действительности равенство прав равенством чисто количественным? 3. И, наконец, ограничивается ли юридическое равенство формами, в которых оно было реализовано в ходе истории, или же оно потенциально содержит в себе другие формы реализации, в которых количественный элемент мог бы занимать более значительное место?

Нет ни малейшего сомнения в том, что количественный элемент как неотъемлемая часть права не связан с самим принципом права. Право отличается от морали именно тем, что оно обобщает иррациональные качества нравственности, сводит к единой общей норме строго конкретные и индивидуальные заповеди нравственности, а нравственное «Я», единственное в своем роде и незаменимое, замещает общим типом субъекта права. Основная проблема права — примирить реальные «Я» с общественным бытием, — они гармоничны в идеале, но эмпирически вступают в конфликт, — примирить их на основе типичности и количественности, под защитой которых нравственность может в полной мере продемонстрировать богатую и сложную гамму элементов конкретной индивидуальности. Право рационализирует морально иррациональное, право воплощает в себе переход от чистого качества к некоей степени количества. Право предполагает, что человек несовершенен, предполагает разрыв между идеальным и эмпирическим, для которых право служит посредником, подготавливая почву для реализации нравственности. Любая эмпирическая группировка, где нет права, — это всегда насилие, произвол и деспотизм. Только какая-нибудь община святых может обойтись без права, основать свою организационную структуру исключительно на нравственных принципах и при этом не прийти в конечном счете к полному их

<sup>126</sup> См. блестящий ответ на эту критику демократии у К. Бугле в работе: *Bouglé C. La démocratie devant la science. Etude critique sur l'hérédité, la concurrence et la différenciation.* 2-e éd. 1909.

отрицанию. Но если мы должны признать, что конкретное своеобразие со всеми его качественными элементами может развиваться и пойти на подъем только в определенной атмосфере и под защитой права, следует во имя этого своеобразия выдвинуть идею о необходимости для общества количественных принципов, вне которых право не может оказать свое благотворное умиротворяющее влияние.

Следовательно, не подлежит никакому сомнению, что количественный характер юридического равенства исходит не от идеи равенства как таковой, но от самой сути права. Значит, абсолютное отрицание количественного равенства является отрицанием самой идеи права. Пусть противники демократии честно признаются: *их враждебность по отношению к демократии берет свое начало в отрицании идеи права*. Если они проповедуют *неравенство прав*, то они проявляют непоследовательность, так как это неравенство никак не уничтожает количественный критерий внутри каждой привилегированной тем или иным способом группы (например, все феодалы, независимо от их индивидуальных черт, представляют собой общий тип права), в то же время это неравенство ведет к разъединению, к разделению социального Целого, эмпирическое единство которого основывается на равенстве прав.

Мы попытались показать, почему равенство прав предполагает количественность. Теперь нам предстоит выяснить, действительно ли эти элементы являются исчерпывающими, т. е. действительно ли юридическое равенство является равенством чисто количественным. Достаточно провести обзор правовой жизни любой страны, применяющей принципы демократии, чтобы дать отрицательный ответ на этот вопрос. Равенство прав никогда не было просто количественным уравниванием. Прежде всего, чтобы пользоваться идентичными правами, предоставленными в распоряжение граждан, те должны обладать определенными качествами: иметь определенный возраст, быть в здравом уме, не подпадать под случай поражения в гражданских правах; далее, для того чтобы занять определенную должность в государственном учреждении (например, должность учителя, профессора, инженера, судьи и т. д.), требуется определенная подготовка, которая предоставляет особые права. И, наконец, принципы народного представительства и избирательной системы стремятся, насколько это возможно, обеспечить путем отбора выбор лучших с качественной точки зрения представителей, которые в результате своего избрания также наделяются особыми правами. Следовательно, равенство прав никак не исключает количественного критерия, оно лишь сочетает его с качественным принципом так, чтобы качество не являлось произвольной величиной, возникающей по воле случая (как, например, при иерархическом режиме, где все зависит от происхождения), а было бы средством приобретения прав, объективно обусловленных интересами социального Целого. И не может быть иначе, — ведь равенство права есть средство, гарантирующее и воплощающее равенство строго индивидуализированных личностей, а потому неразрывно связано с целостностью, с конкретной сферой социальной действительности.

Итак, поскольку равенство прав не является равенством чисто количественным, а допускает определенное применение критерия качества, то из этого логически вытекает, что в определенные эпохи равновесие между этими

двумя элементами может смещаться. Механическая и индивидуалистическая интерпретация демократии, как ее преподносили Руссо и деятели Французской революции, представляла это равновесие в виде неограниченного преобладания количественных элементов. Современная философская мысль старается в поисках нового демократического синтеза усилить качественный элемент юридического равенства. Идеи пропорционального и профессионального представительства, территориального и функционального федерализма, самоуправления национальных меньшинств и т. д. — все это не что иное, как средства ввода новых качественных критериев в юридическое равенство. В силу того или иного объективного качества (принадлежность к одной и той же профессии, к отдельной национальной формации, к определенной местности, к какой-либо политической партии и т. д.) граждане объединяются в различные группировки, наделенные равными правами. С одной стороны, эта форма организации является признаком прогресса идеи количественного равенства, идеального уравнивания: идентичные права получают не только отдельные индивидуумы, но и разнокачественные группы. С другой стороны, в этот процесс уравнивания вводятся новые качественные критерии и тогда типологизация обретает возможность непосредственно проникать в юридическую жизнь. Следовательно, прогресс в деле реализации идеала равенства сопровождается усилением качественных элементов, которые, однако, в рамках правовой организации группы никогда не смогут взять верх над количественными элементами.

Таким образом, демократическая идеология и принцип правового равенства никак не приводят к механическому нивелированию: они отдают дань количеству только в той мере, в какой этого требует сама идея права, с которой они органически связаны. Они не только служат гарантией, обеспечивающей возможность развития конкретных и самобытных индивидуальностей, но и сами представляют собой синтез качественных и количественных элементов. Нам открывается новая сторона уравнительного синтеза, который прокладывает путь к гармоничной взаимозависимости между личностями и трансперсональной сферой.

\* \* \*

Из трех идей, подвижное равновесие которых составляет перманентную сущность демократии, либеральная идея больше всего затрагивает личность. Нет свободы — нет личности. Нет личности — нет целостности, носящей более или менее нравственный характер. Задушить свободу — значит, убить не только личность, но и социальное Целое, низводимое до состояния аморфной, нивелирующей массы. Принцип свободы призван разрешить проблему взаимоотношений Целого и каждого из его отдельных членов. Он определяет, какова должна быть относительная независимость каждого члена целостности, вне которой он рискует потерять свою индивидуальность. Демократия без свободы — это воздух без кислорода. Без свободы народное самоуправление и равенство утрачивают свою специфику и оборачиваются грубой пародией на собственную сущность. Принцип свободы говорит о том, что идеология демократии основана на эквивалентности личных и коллективных ценностей, а не является односторонним антииндивидуализмом.

Идея свободы, как и идея равенства, имеет несколько аспектов. В качестве свободы нравственной она предполагает свободу творческого порыва, спонтанное участие в творческом потоке сверхсознания, расцвет индивидуальной активности. В качестве свободы юридической она представляет собой прежде всего некую границу между Целым и индивидуумом, некую зону торможения, которая предназначена для сдерживания воздействия Целого на индивидуум, — это пространство, внутри которого индивидуум принимает решения сам, по собственной инициативе. Чтобы обеспечить каждому индивидууму возможность достичь вершин материальной и творческой свободы, каждый из них, во имя свободы юридической, предоставлен в определенной степени самому себе и должен рассчитывать только на собственные силы. Именно так и только в этом смысле можно считать оправданным определение демократии как «системы политического релятивизма», данное Кельзеном. Из этого не следует ни то, что демократия зиждется на философском релятивизме, ни то, что демократия совсем не озабочена высшими проблемами сознания и бытия и «порочно равнодушна к добру и злу». Из этого следует только то, что демократическая идея гражданской свободы защищает индивида от любого абсолютизма идеологий, которые ему навязывают искусственно, а также защищает сами эти идеологии от всего того, что могло бы низвести их до ранга принудительных правительственных мер. Система политического релятивизма в демократии аналогична принципу «негативной теологии» Абсолютного в философии. Она не только не отрицает Абсолютное, но и старается обеспечить свободный доступ к нему, восставая против возведения относительного в Абсолютное и против того, чтобы Абсолютное было низведено до ранга относительного. Если демократия защищает свободу личности и политический релятивизм, то делает это как раз во имя высших устремлений разума, которые могут достичь своего апогея только при помощи этой свободы и этого релятивизма.

Защищая свободу, противники демократии часто нападают на нее. Но под свободой они подразумевают свободу нравственную, конкретную и материальную и никак не берут в расчет свободу юридическую. Это лишний раз доказывает, что их враждебность по отношению к демократии есть не что иное, как завуалированное отрицание самой идеи права. Конечно, гражданская свобода — это свобода в целом, а не свобода, которая воплощена в конкретной и неповторимой самобытной личности. В качестве свободы юридической она обязательно содержит в себе количественные и обобщающие элементы, характерные для области права. Однако именно под защитой этой количественной свободы может наиболее полно развиться материальная и качественная свобода конкретной личности. Эта свобода всегда потенциально присутствует в глубинах свободы юридической. Здесь, как и в юридическом равенстве, конкретные и качественные элементы могут до известной степени фактически входить в состав юридических свобод. Одни и те же приемы групповой организации, охарактеризованные выше, и в частности развитие тенденции к умножению аспектов демократии, распространяясь на новые неполитические сферы, позволяют ввести некоторые элементы индивидуальной сингулярности в структуру юридической свободы. Множество правопорядков и групп, в которых призван принимать участие один и тот же

индивидуум, позволяет ему проявить свою многогранность, а следовательно, свою сингулярность. Благодаря одинаковым юридическим категориям, типология в области права становится более конкретной, более гибкой, более качественной. Порожденная дифференциацией групп свобода личности находит новую опору в плюрализме социальных групп, который способствует раскрытию конкретной индивидуальности каждого субъекта права. Но здесь мы выходим за рамки настоящего и затрагиваем уже будущее демократии.

### § 3. Демократический принцип и идея права

Мы пришли к двум выводам: во-первых, в качестве истинной философской предпосылки демократического идеала следует рассматривать не односторонний индивидуализм, а синтез между индивидуализмом и универсализмом; во-вторых, между демократией и идеей права существует близкая и неизбежная связь.

Данная связь неоднократно предстала перед нами, но мы при этом не уточняли ее глубинный источник. Теперь важно точно определить, в чем же состоит эта неразрывная связь.

Следует отметить прежде всего, что демократия и идея права связаны идентичностью своих метафизических предпосылок. Как чрезмерный индивидуализм, так и чрезмерный универсализм в одинаковой степени является губительным для автономии юридической сферы и приводит к отождествлению права и силы. В индивидуалистских системах право, рассматриваемое в качестве принципа, который обязательно предполагает наличие общественного бытия, отброшено за пределы этических ценностей: оно рассматривается только как чисто внешний тормоз, как некая *Machinenwesen der Polizei* (нем. — полицейская машина — Прим. пер.), по выражению Канта, намордник, в равной степени пригодный и для человека, и для дьявола; следовательно, право является силой механической.

К таким же выводам приходит индивидуализм — полная противоположность одностороннего универсализма. Если индивидуализм выталкивает право за пределы этики, то универсализм, напротив, смешивает его с нравственностью, отождествляет право с нравственностью, превращает этику в философию права; что делают, например, Платон и Гегель. Из этого совсем не следует, что право возвышается в ранг нравственности, напротив, это нравственность заставляет опуститься на более низкий уровень, который, однако, наделяют интегральным абсолютизмом нравственных требований, ибо эта концепция приводит к культуре принудительной дисциплины, воплощением которого является государство и который стоит выше права, при этом право становится инструментом произвола власти государства. Круг замыкается, и право вторично путают с силой.<sup>127</sup> Только признание полной эквивалентности Целого и его членов, порождающих друг друга и взаимопроникающих, позволяет рассматривать идею права как автономную сферу, имеющую одновременно с этим специфическую нравственную ценность. Только исходя

<sup>127</sup> Вот результат конструктивных систем!

из этого синтеза нам удастся понять сущность права как предварительное примирение личности и целостности, как то, что проложит путь к их более глубокой гармонизации и нравственности. Следовательно, *«единство в разнообразии»* и *«разнообразии в единстве»* представляют собой высшую основу и фундаментальный принцип как демократии, так и права.

Неразрывно связанные своими философскими предпосылками, демократия и идея права также неотделимы друг от друга и в том, что касается процесса их реализации. Демократия является необходимым и единственно возможным путем, ведущим к реализации права в рамках социальной организации. Господство права — это путеводная звезда демократии. Демократия отличается от прочих форм организации тем, что она не отделяет структуру власти от проблемы подчинения власти праву. Организация власти и гарантия прав являются для демократии одной и той же проблемой. Власть признается таковой, только если она служит праву, если она действует в рамках права и находится в согласии с его предписаниями, если она (власть) является в своей сути юридической функцией — таков фундаментальный принцип любой демократической организации. Это хорошо понимал создатель демократического синтеза Ж.-Ж. Руссо. Принцип «всеобщей воли» является для него самим воплощением идеи права, сущностью правосознания, а «воля всех» становится легитимной властью, только если она повинуется приказам «всеобщей воли», воплощающей идею права. Фундаментальная идея Руссо — это идея правового суверенитета.<sup>128</sup> И разве могло быть иначе, если суверенитет народа является необходимым средством для реализации свободы и равенства? Во всех прочих идеологиях, во всех прочих формах организации власть и право разобщены или, в лучшем случае, довольствуются компромиссом (например, при конституционной монархии). Недемократическая власть — это власть вне права и над правом; это область отношений, куда не проникает правовая регламентация, где царит произвол. Все доктрины предшествующей праву и конституирующей его власти, выдвигающие тезисы о метаюридической сущности власти, антидемократичны. Научить граждан уважать объективные властные нормы — в этом основное достоинство демократии, в этом, в частности, состоит великая историческая миссия уже реализованных форм демократии. Процесс демократизации как раз и состоит в том, чтобы подчинить режиму права все властные акты, до сих пор сохраняющие иерархический характер. И в этом отношении судебный контроль над законностью всех без исключения административных актов — процесс, получивший особенно широкое применение во французской административной юрисдикции, — является признаком высшего торжества

<sup>128</sup> Я развил данный тезис в своей работе под названием «Социальная философия Руссо. Руссо и Декларация прав» (Пг., 1917). Если рассматриваемый мною аспект доктрины Руссо был принят его ближайшими сторонниками меньше, чем любой другой аспект, то только потому, что, во-первых, Руссо слишком полагался на то, что воля большинства совпадает с предписаниями права (= всеобщая воля), и предложил, в случае расхождения между ними, такую крайнюю меру, как восстание, пренебрегая такими институтами, как судебный контроль законодательных актов и административная юрисдикция. Другая причина — в том, что Руссо не делал различия между естественным правом и действующим правом; и наконец, его индивидуализм тоже способствовал искажению этих тенденций (см. выше § 6, а также работу «Идея социального права» (С. 261–272).

демократии. Акты частных лиц, общественных корпораций, государственных чиновников и правительства трактуются с одинаковой позиции, подпадают в одинаковой степени под право и равно подчинены юрисдикции.

Лассаль был глубоко прав, когда воскликнул в одной из своих речей: «*Die Demokratie — und das ist Ihr Stolz — hat allein das Recht von Recht zu sprechen. Bei der Demokratie allein ist alles Recht*» (нем. — «Лишь одна демократия — и в этом состоит предмет ее гордости — имеет право говорить о праве. Только при демократии существует право в целом». — *Прим. пер.*) (Lassal P. Oeuvres. 1923. S. 550).

И действительно, кроме демократии не существует иного способа ввести право в систему общественного устройства. Благодаря тому, что организационные отношения «пропитаны» правом, они попадают в подчинение к особому виду права — социальному праву. Это право удаляет из структуры организации порядок индивидуального права, которое, применительно к социальной власти, только прикрывает произвол, насилие и иерархию. Таким образом, с чисто юридической точки зрения демократию можно определить как институт суверенитета социального права в рамках любой социальной организации.

Демократия и право — две стороны одного и того же явления.<sup>129</sup> Именно интенсификация и актуализация юридического опыта ведет к демократии. Нет права — нет демократии. *Если у права есть будущее, оно также есть и у демократии.* Если бы демократия была обречена на гибель, это бы в полной мере отразилось на идее права, которая утратила бы большую часть своего влияния на общественную жизнь, это влияние перешло бы к нижестоящим элементам.<sup>130</sup> За судьбу демократии можно быть спокойным. Ее будущее — это будущее просвещенного человечества, которое не может развиваться вне правовых гарантий. Упадок демократии означал бы упадок культуры и общую деградацию. Приходится выбирать. Заявить во всеуслышание о крахе демократии — значит ожидать неминуемую гибель всей человеческой цивилизации. Но если мы верим в то, что жизнь возможна, что она может развиваться, то, следуя этой логике, мы будем изо всех сил бороться за ее поддержание, за будущее демократии.

#### § 4. Демократия унитарная и демократия плюралистическая

Мы попытались уточнить, каковы основные принципы и потенциальные силы демократии. На примере идеологической структуры демократии мы попытались показать, что можно не сомневаться в том, что у нее есть будущее. Тогда возникает вполне естественный вопрос: *каково это будущее,*<sup>131</sup>

<sup>129</sup> Точнее: демократия — это проявление юридического опыта, обладающего определенной степенью интенсивности и актуальности. Появление, прогресс или упадок демократии зависят от изменений, от усиления или ослабления интуиции духовного в «юридическом опыте». См. выше мое исследование «Юридический опыт» (§ 3 главы II).

<sup>130</sup> Забвение духовности грозило бы «варваризацией» юридического опыта.

<sup>131</sup> Так как эта статья была написана в 1927–1928 гг., мы сожалеем, что не можем здесь учесть очень интересную работу Ги Гранда: *Grand G. L'Avenir de la démocratie*, опубликованную в конце 1928 г. — См. также его яркую статью: *Grand G. La démocratie est-elle dépassée?* // *Archives de Philosophie du droit*. 1933. № 1–2).

в каком направлении изменяются демократические институты? Мы уже много раз говорили о том, что не следует путать сущность демократии с теми формами, которые она принимала на своем историческом пути, и что демократия — это подвижное равновесие составляющих элементов. Речь идет о том, чтобы узнать, в каком направлении изменяется в настоящее время этот подвижный синтез, который представляет собой демократия.

В первую очередь важно опровергнуть очень распространенное предубеждение, в силу которого демократия подвергается нападкам со стороны некоторых юристов и историков. Когда демократию обвиняют в центризме, в стремлении утвердить всекомпетентность политического представительства, когда государственная организация оказывается в условиях, не позволяющих справиться со всеми возложенными на нее задачами, и из этого делают вывод, что демократия стала немощной и беспомощной, то здесь мы сталкиваемся со смешением понятий. Сначала поле деятельности демократии произвольно ограничивают только областью политической организации, а затем говорят, что демократия несет ответственность за все изъяды этатизма — за чрезмерный перевес государственной организации, которая, начиная с эпохи монархического абсолютизма, приобрела непомерно большое значение в правовой и общественной жизни.

Но каково же доказательство того, что демократия является исключительно политическим принципом организации? Истинно ли это по отношению к демократии, чрезмерно укрепляющейся за счет государства в ущерб «обществу»?

Мы попытались дать демократии определение, одинаково применимое к любой социальной организации, к любой группировке заинтересованных лиц. Принцип демократии не несет в себе никакой политической специфики. Социальное целое, которое осуществляет самоуправление на основе равенства и свободы, может быть создано любым человеческим сообществом. Демократическая идея может служить принципом организации как для общества, так и для государства; так, она применялась в ходе истории, например, в организации церкви (секты индипендентов и т. д.). И в наши дни демократия непрерывно завоевывает все новые области общественной жизни. Она проникает на предприятия. На заводах ей удается ограничить произвол хозяев, противопоставляя им рабочее представительство. Она набирает силу внутри каждого кооперативного общества и их объединений. Благодаря ей, появляются новые органы экономического самоуправления, такие как Национальный Экономический Совет во Франции или *Reichwirtschaftsrat* (нем. — Экономический Совет Рейха. — *Прим. пер.*) в Веймарской Германии. Повсюду встает вопрос о демократии производителей и потребителей, о «промышленной демократии», осуществляющейся параллельно демократии политической.<sup>132</sup> «Экономическое общество» становится особой областью, где применяются демократические идеи. Идея экономических парламентов

<sup>132</sup> Правда то, что недавние поражения «промышленной демократии» ясно показали, что она — всего лишь *тень бестелесная*, когда она не связана с «плановой экономикой», с участием в разработке и реализации плана (см. выше *Предупреждение 1934 г.*). Но вместе с тем «плановая экономика» без прочной «промышленной демократии» только усиливала бы угнетение рабочего класса.

на основе прямого представительства заинтересованных сторон (производителей, потребителей, директоров экономических предприятий), принадлежащих к различным отраслям промышленности и профессиям, так сказать, витает в воздухе.<sup>133</sup> Демократия начинается на основе права организовывать внесударственное «общество», также как раньше она организовала государство. Прогрессивная эволюция демократии стремится к восстановлению нарушенного в современную эпоху равновесия между государством и «обществом». Общедоступность и многогранность демократического принципа проявляется не только в уже начавшейся демократизации экономической жизни; мы видим, как рядом с экономической демократией появляются ростки демократии международной. Политическая демократия, внутренним противовесом которой является экономическая демократия, с внешней стороны все более и более ограничивается, уравнивается и шлифуется демократией международной. Чем больше международное сообщество и международная организация организуются в своеобразном правопорядке, независимом от воли каждого из этих государств, тем больше они стремятся демократизироваться. Лига Наций, какими бы ни были в настоящий момент ее недостатки как организации, — является первым шагом в этом направлении. Проекты децентрализации в соответствии с географическими параметрами, которые могли бы обеспечить равную долю участия как крупным, так и малым государствам при учреждении центрального органа Лиги Наций, являются прогрессом на пути к международной демократии.<sup>134</sup>

Наконец, наряду с этими ростками экономической и международной демократии<sup>135</sup> следует отметить демократию самоопределения национальных меньшинств, образовавшихся в результате подписания мирных договоров; эта демократия — особого вида, отличающаяся от прочих форм политической демократии.

Итак, в ответ на вопрос о будущем демократии хочется прежде всего сказать: *будущее демократии — в универсальности и многообразии ее проявлений, в ее многогранном характере, в ее непрерывном распространении на новые области человеческих отношений, в том, что она выйдет за рамки организации исключительно политической.* Здесь следует быть готовым к долгой эволюции, к долгой борьбе за демократизацию. В частности, как мы увидим далее, экономическая демократия, доведенная до своего логического конца, приводит к социалистическому режиму. Противоречия и конфликты между социализмом и демократией, необходимость демократизации социализма возникли только потому, что принцип демократии был произвольно ограничен одной областью политики, не способной организовать экономическую жизнь на демократических основах, ибо демократическая организация государства-собственника не имеет ничего общего с экономической демократией: гражданин — производитель и потребитель — имеет в каждом отдельном случае свои собственные интересы, которые могут прийти в столкновение и которые нуждаются в особых формах демократической организации.

<sup>133</sup> См. на эту тему мои подробные рассуждения в работе «Идея социального права и современность» (С. 13–99).

<sup>134</sup> Ср. с моими взглядами в работе «Идея социального права и современность» (С. 101–212).

<sup>135</sup> Кроме того, по поводу их столь актуальной участи смотри выше *Предупреждение 1934 г.*

Не только социальное Целое, но и каждый индивид в частности, как мы уже указывали, значительно выигрывает от того, что демократия осуществляется в разных областях и становится многогранной. В результате этого не только усиливается сплоченность общества, но и сам индивид обогащается качественно: множественности областей, где развивается демократия, соответствует многообразие сторон личности. Соразмерно с тем, насколько различные аспекты демократии дополняют и взаимно уравнивают друг друга, насколько проявляется плюрализм социальных групп, становится легче примирить свободу конкретной личности с идеей равенства в ее материальном значении — эти два понятия, которые непрерывно сталкиваются в идеологии XIX в. Универсальность и многообразие демократии прокладывают в еще большей степени, чем новые системы политического представительства, путь тому новому демократическому синтезу, который ищет двадцатый век.

### **§ 5. Политическая демократия и профессиональное представительство**

Будущее собственно политической демократии следует рассматривать отдельно. С одной стороны, исходя из вышеизложенного, она не может укрепиться, не отказавшись от своей всекомпетентности в пользу других демократических организаций, развивающихся в других сферах, в частности в пользу демократий экономической и международной. *Сама корреляция между различными сторонами демократии должна быть организована демократическим способом.* Множественность социальных порядков, самоуправляющихся, самоопределяющихся и функционирующих различным образом (государственная, экономическая, международная организация), должна рассматриваться с точки зрения равенства этих порядков между собой, и взаимоотношения между ними должны быть организованы на основе координации, а не субординации. Преждевременно решать, какие новые демократические органы были бы необходимы для реализации на практике подобной системы; однако ясно, что первое место в этом должно принадлежать независимому юридическому органу, учрежденному на паритарной основе. Политическая демократия, освободившись от груза своей всекомпетентности, только выиграла бы от этого и смогла бы достичь еще большего расцвета, выступая в роли защитника идеальных чаяний нации и сохраняя обладание аппаратом безусловного принуждения.

В частности, парламентаризм, ослабленный в наши дни как крайней запутанностью политических группировок, так и необходимостью для правительства заниматься техническими проблемами, порожденными экономикой, мог бы начать свой новый подъем после того, как политическая демократия избавилась бы от этих слишком широких функций.

Проблему кризиса парламентаризма можно решить путем перераспределения власти между государством и «организованным обществом», между демократией политической и демократией экономической.

Возникает вопрос, в каком направлении призвана эволюционировать система политического представительства. Ни в коем случае нельзя допустить, чтобы здесь, как это иногда происходит, этот вопрос смешивался с проблемами

экономической демократии. В принципе, можно вполне допустить, чтобы экономическая демократия строилась на основе представительства групп, промышленных и профессиональных, а политическая демократия организовывалась исключительно на основе всеобщего представительства граждан. С той минуты, когда различные виды демократии будут решать абсолютно различные проблемы, каждая из них будет организована по-своему, что вполне естественно. Действительно, политическая демократия, представляющая духовные интересы членов какой-либо национальной целостности, неразрывно связана с понятием *гражданина как такового* и, следовательно, с принципом всеобщих выборов. Именно исходя из многогранности демократии важно, чтобы индивидуум мог проявить свое волеизъявление в области организации с учетом всех видов своей деятельности, т. е. не только как производитель, потребитель и т. д., но также и как гражданин. Значит, профессиональное политическое представительство, которое следует четко отличать, подчеркнем еще раз, от «экономических парламентов» (по замыслу абсолютно независимых от государственной организации и уравнивающих ее снаружи), не вызывая противоречий, могло бы рассматриваться только как дополнение к *общему представительству граждан*, а не как институт, призванный заменить это представительство, что привело бы, по сути, к упразднению организации политической.

Следующие соображения свидетельствуют в пользу введения профессионального представительства в сферу политики:

1) эта система решает в первую очередь вопрос демократической организации высших органов политического представительства в той степени, в какой их упразднение кажется несвоевременным или опасным; 2) введение профессионального представительства призвано консолидировать политическое сообщество, чрезмерно ослабленное из-за слишком ярко выраженной профессиональной дифференциации; 3) в собственно политической области оно призвано достичь примирения между конкретной личностью и принципом равенства, индивидуализируя при помощи дифференцированных групп процесс уравнивания; 4) и, наконец, основная проблема, которую призвано решить профессиональное представительство, введенное в саму политическую организацию, — это создание некоего опосредующего органа, элемента равновесия между демократией политической и экономической. Верхняя палата политического парламента, организованная по профессиональному принципу, представляет своего рода буфером, не допускающим резких столкновений государственной и экономической организаций, которые должны оставаться независимыми друг от друга. Само собой разумеется, что эта проблема может стать действительно актуальной только при условии интегрального развития институтов промышленной демократии, ведущего к учреждению экономического парламента, совершенно самостоятельного и отдельного от государственной организации.<sup>136</sup>

<sup>136</sup> Введение представительства социальных органов в современные политические парламенты, как это снова недавно предложил Б. Лавернье в работе: *Lavergne B. Le gouvernement des democraties modernes. 1933*, — будет способствовать, по моему мнению, при современном положении вещей только усилению влияния экономических «конгрегаций» собственников на государство.

## § 6. Должна ли демократия быть централистской?

Чтобы закончить наш краткий обзор, посвященный конкретному будущему демократии, нам следует рассмотреть еще один вопрос. Мы попытались показать, что демократический принцип далеко не ограничивается только политической областью, что он гораздо шире и что будущее демократии — прежде всего в развитии ее многогранного характера, в расцвете ее многочисленных форм, так что временные трудности, возникающие у демократии в той или иной области (например, в области политической), могут быть полностью компенсированы за счет ее распространения и расцвета в других областях (например, в экономической или международной области). Но мы не ответили на упрек в адрес демократии в том, что путем чрезмерной централизации она усилила государство за счет «общества». Нам скажут: «Как можно ожидать от демократии, что в будущем она восстановит равновесие между обществом и государством, если все ее прошлое свидетельствует об эволюции в прямо противоположную сторону? Этатизм проложил себе дорогу через демократию».

Это замечание является результатом ошибочной интерпретации исторических обстоятельств. Конечно, в самом начале, особенно во Франции, демократия имела характер этатистский и централистский. Но уверены ли мы в том, что этот централизм был результатом применения принципов демократии, а не *отжившей еще тогда традиции монархического абсолютизма* в силу особых исторических условий (т. е. необходимость довести до конца борьбу с пережитками феодализма)? Вся проблема в этом. Токвиль в своей известной работе показал, до какой степени элементы старого режима оставались живучими в новом режиме. Среди этих пережитков было, конечно же, пристрастие якобинцев к абсолютной централизации — в этом они были прямыми наследниками монархии. Именно «королевская демократия», как удачно назвал ее знаменитый французский автор (Максим Леруа), проявила враждебность по отношению к децентрализации и общественному *самоуправлению*. Нет никаких сомнений в том, что источник этой враждебности следует искать в прилагательном «королевская», а не в существительном «демократия». Достаточно напомнить, что тенденции федерализма были очень сильны в начале Французской революции и что в дальнейшем жирондисты попытались опираться на них в своей борьбе против монтаньяров. Сама идея «свободной коммуны» — этой основы системы местного *самоуправления*, была сформулирована впервые как следствие демократических принципов докладчиком Национального собрания Туре,<sup>xxvi</sup> а затем подробно разработана Кондорсе. Федерализм и децентрализация соответствуют демократической идее какой-либо целостности, осуществляющей самоуправление на основе свободы и равенства лучше, чем централизм и этатизм, — это тягостное наследие монархического абсолютизма.

Если некоторые течения, некоторые идеологи демократии (в частности, Ж.-Ж. Руссо) проявили противоположные тенденции, то это произошло не благодаря демократическим принципам, а вопреки им. В этом вопросе основную роль сыграла индивидуалистическая основа, приписанная демократии, которая привела к определенному искажению демократии. Именно благодаря

инмешательству механистического индивидуализма было достигнуто некоторое внешнее примирение демократической идеологии и централистских пережитков монархического абсолютизма. Понимаемая в индивидуалистическом смысле конкретная социальная общность рассматривалась как индивидуум в увеличенном масштабе, а *самоуправление* — как единственное волеизъявление этого индивидуума, подводящего итог правам всех отдельных личностей.

Это-то и позволяло относительно легко смешивать идею общности, которая сама собой управляет, и абсолютную концентрацию власти. Понятие права интерпретировалось индивидуалистическим образом, и никакой другой вид права, кроме того, которое регулирует отношения между разрозненными центрами, «отношения с Другим» (по удачному выражению М. Ориу), не принималось во внимание. Именно поэтому принцип правового суверенитета, признаваемый с самого начала основой демократии, не дал тех результатов, которых можно было бы ожидать: вместо того чтобы символизировать, охватить социальную целостность, проникнуть в нее, он подчинил ее себе только как простую доминирующую целостность. Чтобы демократия смогла проявить все свои действительно демократические тенденции, потенциально заключенные в ней, чтобы она смогла окончательно избавиться в своих проявлениях от всех монархических пережитков и совершенно перестала бы быть «королевской демократией», чтобы она смогла полностью развернуть множественность и всеобщность своих аспектов и обеспечить равновесие между государством и обществом, она должна полностью избавиться от индивидуалистических искажений. Для этого важно окончательно преодолеть индивидуалистические предрассудки в области права; это должно привести к новому определению, точному и полному, юридической природы права как «*суверенитета социального права*», и этому мы бы хотели посвятить последние страницы нашего очерка.

## § 7. Демократия и социальное право

Каждая социальная группа воплощает некую идею, каждая социальная целостность заявляет о себе как об источнике нового объективного права и непосредственно участвует во внутренних правоотношениях, повод к которым она дает. Будь то профсоюз или семья, клуб или завод, футбольная команда или акционерное общество, государство или Лига Наций, сам факт существования сообщества, возникшего на основе какой-либо позитивной ценности, порождает новое право, наделенное некоторыми особыми чертами. Если мы условимся, что будем называть правом, обязательный характер которого вытекает из нормативного факта существования любой воплощающей какую-либо позитивную ценность группы, — *правом социальным*, то придется, следуя логике, противопоставить ему право, связанное со взаимоотношениями разрозненных субъектов, взаимоотношениями индивидуума с индивидуумом, с «отношением с Другим», т. е. противопоставить ему индивидуальное право.

Каждая группа, внутреннее существование которой зиждется на ее социальном праве, может внешне войти в разрозненные отношения с другими

группами или индивидуумами (включая своих членов), но при этом подчиняться режиму индивидуального права. Это разграничение между социальным и индивидуальным правом не имеет ничего общего ни с разграничением, которое делают между правом объективным и правом субъективным, ни с традиционной классификацией права — право публичное и право частное.

Любое право, как социальное, так и индивидуальное, имеет одновременно и объективный, и субъективный аспекты: регламентирование взаимоотношений между разрозненными субъектами основано на объективном порядке индивидуального права, а социальное право, порожденное нормативным фактом социальной тотальности, не может рассматриваться без учета того, что оно устанавливает субъективные социальные права (например, права присоединения и участия и т. д.), принадлежащие членам этой тотальности. Разграничение права на публичное право и частное право — искусственное разграничение. Оно зависит от воли государства, и эта воля в разные времена присваивает себе различные области права и придает им характер публичного права.

Ряд авторов (Гирке, Ориу, Салейль и другие) неоднократно отмечали, что частное право содержит, наряду с правом индивидуальным, многочисленные пласты социального права. Не столь часто обращалось внимание на то (хотя сам этот факт, возможно, представляет еще больший интерес), что публичное право может, по логике вещей, содержать в себе, и часто на самом деле содержит, значительную долю индивидуального права. Тот факт, что в рамках публичного права, и в частности конституционного права, существуют нормы *индивидуального права*, чуждые политическому сообществу (которое представляет собой целостность) и адаптированные только для разнородных отношений между разрозненными субъектами, является *признаком антидемократичности того государства, о котором идет речь*. То, что некоторые индивидуальные правоотношения возведены в публичное право, закладывает основы иерархической структуры организации власти. И наоборот, удаление из публичного права всех примесей индивидуального права и сведение его только к праву социальному является наиболее точным выражением юридической сущности политической демократии. Преобразование патримониальной монархии в современное «правовое государство» всегда рассматривалось как удаление из государственного организма элементов частного права и замена их публичным правом, в силу чего монарх становится не владельцем государства, а его органом. Однако при разработке данной конструкции оставались на полдороги, забывая, что публичное право, являясь понятием чисто формальным, с точки зрения материальной вполне может содержать в себе индивидуально-правовые отношения. Конституционная монархия (особенно дуалистического типа) как раз и представляет собой очень простой и наглядный пример подобной структуры публичного права. Индивидуально-правовые отношения, которые определяют обособленное положение монарха по отношению к государству, отношения монарха с другими представителями династии, наследственные права, его имущественное положение и т. д., входят здесь в конституцию как составляющие элементы. Индивидуально-правовой порядок как инородное тело, наталкиваясь на социальное право, исходящее непосредственно из политической

тотальности как таковой, и искусственно проникая в публичный организм, служит здесь прикрытием для произвола и для метаюридической власти.

Настоящая формула «правового государства» — окончательное преобладание порядка социального права над индивидуальным правом порядком в рамках публичного права. Точное юридическое определение политической демократии представляется нам в виде следующей формулировки: сведение публичного права исключительно к чистому социальному праву, порожденному политическим сообществом, основополагающим по отношению к расположенной на поверхности социальной организации. Даже когда социальное право окончательно возобладает в области организации верховной власти, то и тогда элементы индивидуально-правового режима могут еще долго существовать в том или другом отдаленном уголке административной машины. Борьба за демократизацию административной машины, за подчинение всех актов правительства и администрации судебному контролю — значит, стараться окончательно удалить из государственной организации все элементы произвола, зависящие от проникновения индивидуального права, и стремиться полностью наполнить эту организацию правом социальным. Равно как и отказ от абсолютного суверенитета и от всекомпетентности политической демократии означает, по существу, отказ от индивидуалистской концепции структуры государства, основанной на индивидуальном праве (империалистическая концепция), и присоединение к сторонникам более гармоничного определения государства, основанного на том, что социальное право исходит от функционального единства политического сообщества, которое определяет функции государства.

Социальное право — сама сущность демократии.<sup>xxvii</sup> Оно юридически символизирует в юридическом аспекте и воплощает в себе идею коллективного *самоуправления* на основе равенства и свободы; предвещает ее осуществление в области социальной организации, потенциально «присутствуя» в каждом социальном целом и являясь основополагающей по отношению к дальнейшей организационной дифференциации (в той степени, в которой она реализует некую ценность). В каждой социальной группе, в каждой ячейке общества можно четко отличить само сообщество как таковое от организации, стоящей над ним; отличить институт чисто объективный и «доличностный» — от сложного юридического лица, которое опирается на этот институт. Демократия является структурой этой организации. Благодаря демократии организация полностью детерминирована социальным правом, исходящим от чисто объективной тотальности, от интегрального и неделимого сообщества, которое находится в основе любой организации в качестве ее глубинного основания. Таким образом, не только демократия оказывается неразрывно связанной с социальным суверенитетом, но и социальное право может быть реализовано только демократией: *демократия — это организованное социальное право; суверенитет социального права — это демократия*. Данное определение позволяет составить себе точное представление о неполитических формах демократии, в частности, об экономической или промышленной демократии.

Возьмем в качестве примера любой завод или торговое предприятие, или какое-нибудь учреждение при капиталистическом режиме. С одной стороны,

подобный институт заключает в себе объективную группировку людей, объединенных в каких-то определенных целях (рабочие, служащие, хозяева); из этой группировки образуется объективное социальное право, регулирующее отношения между членами этой группировки, и в первую очередь *власть, которую рассматриваемое право имеет над ними*. С другой стороны, над этой группировкой стоит некая организация, предназначенная для юридического опосредования этой власти и точного определения функций каждого из членов группы. Однако при капиталистическом режиме эта вышестоящая организация не определяется социальным правом, исходящим от основополагающего сообщества. Владелец предприятия по своей прихоти учреждает внутренний регламент предприятия, командует всеми, кто у него работает, регламентирует их взаимоотношения и принадлежащие им роли и т. д. — и все это следуя принципам, полностью отличающимся от социального права, и в частности следуя основанным на порядке индивидуального права взаимоотношениям этого самого хозяина с другими владельцами и в зависимости от объема принадлежащих ему вещных прав. Осуществляемая над членами рассматриваемой социальной группы власть, которая по социальному праву закреплена за социальной тотальностью, захватывается и используется в данном случае хозяином при помощи режима индивидуального права, которое, в принципе, не заключает в себе функции власти. Таким образом, в организации капиталистического предприятия происходит явное смешение социального и индивидуального правопорядков, причем последний главенствует над первым. Из этого вытекает тот тип ассоциации доминирования (*Herrschaftsverband* (нем.)), который ставит социальное право на службу индивидуальному правопорядку и посредством подобного отклонения, приводит к смешению индивидуально-правовых отношений с властью, осуществляемой социальным Целым.<sup>137</sup> Экономическая демократия есть не что иное, как восстание социального права внутри каждого предприятия против естественного подчинения этого права инородному порядку индивидуального права. Экономическая демократия стремится подчинить организацию предприятия социальному праву, исходящему от объективного сообщества, основополагающего по отношению к этой организации. Везде, где экономический процесс порождает власть одних над другими, эта власть должна основываться на социальном праве социальной группы, а не на индивидуальном праве, под защитой которого здесь скрывается произвол. Таков окончательный идеал экономической демократии.

Борьба за демократизацию промышленности сводится к тенденции постепенного удаления из организации предприятия элементов индивидуального права и их замены правом социальным. То, что может быть сделано в этом направлении в рамках капиталистического режима, сводится к форме, которую можно сравнить в сфере политики с дуалистической конституционной монархией. Регламентирование процесса внутреннего функционирования промышленных отраслей при помощи коллективных договоров; заводские советы и советы предприятий, организующие представительство рабочих и служащих,

<sup>137</sup> С тех пор как был написан этот очерк, я уточнил, более последовательно и четко развил эти идеи в своей книге «Идея социального права» (1932. С. 15–95).

чтобы дать им возможность участвовать в осуществлении административных функций; рабочий контроль, принимающий участие в инспекторских проверках заводов; и, наконец, учреждение на паритарной основе органов экономического самоуправления<sup>13\*</sup> — вот разнообразные формы ограничения, применяемые социальным правом по отношению к индивидуальному правопорядку в рамках организованной экономической группы. Окончательное торжество экономической демократии, т. е. полная замена в организации предприятия элементов индивидуального правопорядка социальным правом в чистом виде, исходящим от общности заинтересованных лиц — это и есть установление социалистического режима, иными словами, системы, где отношения собственности, основанные на индивидуальном праве, не могут дать повода к возникновению господства одних над другими, независимо от того, являются ли заинтересованные лица изолированными или объединенными в сообщество.

*Следовательно, юридическая формула социализма полностью идентична формуле демократии — это суверенитет социального права.* Демократия и социализм в их истинном значении не нуждаются в примирении: они представляют собой одно и то же явление. Социализм — это экономический аспект демократии. Демократия не может проявить свою истинную сущность и свои разнообразные потенциальные силы, пока она находится в плену у индивидуализма.

Это лишний раз подтверждает тезис, который мы постарались здесь развить: будущее демократии заключается в ее многоаспектности и в ее плюралистическом характере. И поэтому, чем больше мы углублялись в анализ сущности демократии, тем богаче представала перед нами ее идея и тем шире ее перспективы.

---

<sup>13\*</sup> Именно эти органы должны быть призваны к руководству экономикой, к выработке и реализации «плана».

## Глава II

### Социализм и собственность

В широком смысле слова социализм — это система рациональной организации экономики, ставящая себе задачу устранение власти человека над человеком в той степени, в которой такая власть вытекает из отношений собственности.

Социализм, по сути, не борется ни с частной собственностью, ни даже с собственностью индивидуальной; он борется исключительно с вырождением власти человека над вещами во власть человека над человеком.

Следовательно, социализм интересуется разрешением проблемы структуры собственности и проблемы субъектов права собственности только в ракурсе средства, а не цели. Разрешение данной проблемы всего лишь позволяет обозначить такую цель. Если предположить, что передача государству-собственнику монополии на средства производства означает всего лишь углубление вырождения власти над вещами во власть над людьми, и если предположить, что устранение этой последней возможно только путем противопоставления принудительной и безусловной власти государства власти федералистической собственности, организованной в форме независимой целостности и принадлежащей всему внегосударственному «экономическому сообществу» в целом, то тогда проблема собственности с точки зрения социализма предстанет в новом свете.

Недавние попытки подвести под социализм правовую основу и избавить его от искажений коллективизма и централизма смогли лишь привести социализм к пересмотру проблемы проповедуемого социализмом марксистского толка «огосударствления собственности на средства производства». Уже задолго до Первой мировой войны, провала программы военной экономики (*Kriegswirtschaft*) и опыта русского коммунизма ряд значимых лидеров реформизма во главе с Жоресом, Вандервельдом и Бернштейном<sup>xxviii</sup> предложили не оставлять в руках социалистического государства ничего, кроме последнего основания права собственности, а практическую реализацию этого права (т. е. право на владение и пользование средствами производства) передать профсоюзам производителей. В последних теориях английского гильдейского социализма и в послевоенных проектах Всеобщей Конфедерации Труда можно увидеть зарождение идеи непосредственной собственности на средства производства, которая распределяется на началах равенства между государством, профессиональными ассоциациями и кооперативами.

Таким образом, усилиями современной научной мысли проблема социалистической собственности поставлена во всей своей полноте. Но, как мы увидим далее, эта проблема еще далека от более или менее полного разрешения. Предметом настоящего очерка как раз и является проведение обзора и критическое рассмотрение основных вариантов разрешения проблемы соотношения социализма и собственности для того, чтобы извлечь из этого новые идеи, которыми обычно пренебрегают, и прийти таким путем к логическому завершению тех усилий, которые сегодня нацелены на *освобождение социализма от монистического коллективизма*.

## **§ 1. Безусловное принуждение и собственность**

Для того чтобы стать плодотворным, изучение проблемы социализации собственности предполагает предварительное рассмотрение ряда особенностей данного института, которым сопутствуют некоторые формы, обнаруживаемые собственностью. Повсюду, где отношения между лицами и вещами, или, точнее, отношения лиц по поводу вещей, регламентированы правом, там с необходимостью возникает право собственности. Собственность — это правомочие в последней инстанции принимать решение в случае спора (неизбежного при любой форме собственности) между лицами по поводу благ. Отрицать собственность как таковую значит отрицать саму возможность правовой регламентации отношений между людьми по поводу вещей. Совершенно очевидно, что социализм, стремящийся к организации экономики на правовых началах, не только не устраняет института собственности, но и не имеет иного выхода, кроме как опереться на него как на свою основу. И так же, как процесс демократизации государства со всеми вносимыми им изменениями во внутреннюю природу государственного властвования оставляет в сохранности сущность безусловного принуждения этой власти, так же и социализация собственности, в каких бы формах она ни осуществлялась и к каким бы изменениям в рамках собственности она бы ни приводила, не может устранить сущности собственности как правомочия на принятие решения в последней инстанции в случае конфликта по поводу материальных благ. Иными словами, право собственности, независимо от правообладателя (индивида, государства или иных специфических ассоциаций, таких как простые структурные единицы или сложные юридические лица в режиме федерализма) и независимо от той системы регламентации, которой они подчинены (порядок частного, публичного или автономного социального права), с необходимостью заключает в себе ту действительно неограниченную власть, которую оно передает подчиненным его регулированию субъектам.

Существует аналогия между правом собственности и правом государства на безусловное принуждение по отношению к своим поданным, которые не могут ни беспрепятственно покинуть государство, ни избежать его санкций. Это — два наиболее абсолютных права, которые встречаются в коллективной жизни, две последние инстанции, два центра, к которым тяготеют все основные проблемы социальной организации. Собственность, равно как и безусловное принуждение со стороны государства, может стать наиболее действенной гарантией индивидуальной и социальной свободы. Но, искаженные в своей основе, они могут также стать ужаснейшим инструментом порабощения человека. Собственность и государственное принуждение являются могучими и опасными силами. С тем чтобы не быть раздавленным этими силами, человек должен научиться ими управлять: он должен уметь противопоставлять их друг другу для того, чтобы они могли бы составить друг другу противовес и чтобы свобода утвердилась, благодаря объективному взаимному ограничению этих двух основных сил.

Достаточно допустить, что собственность и безусловное принуждение со стороны государства являются двумя наиболее реальными и действенными

силами социальной жизни, для того чтобы опасность сосредоточения их в одних руках стала очевидной. Если во имя свободы Монтескье опасался соединения большого числа государственных функций в одном и том же органе и советовал, чтобы в рамках государства «одна власть ограничивала бы другую», то сколь более зловещим и угрожающим должен быть факт концентрации в единой организации правомочия принимать решения в качестве последней инстанции в споре, касающемся вещей, и правомочия применять безусловное принуждение! Независимо от того, обладает ли государство абсолютной либо же только частичной властью над средствами производства, трансформируется ли такое государство в «функциональную федерацию» либо же нет, никакая форма такой внутренней организации не может устранить того обстоятельства, что государство — собственник по публично-правовому титулу — смогло бы посредством своего права на безусловное принуждение защитить свой собственнический интерес, а посредством своего правомочия на собственность (т. е. правомочия на беспрекословное разрешение споров, касающихся благ) подвести основу под государственную власть. Любое принудительное участие государства в собственности трансформирует последнюю в государственную монополию, основанную на публичном праве, и в силу этого факта отстраняет других возможных участников от такой собственности. Государство, обладающее монополией на безусловное принуждение, включает в данную монополию и все средства производства с того самого момента, когда оно становится собственником. Монополия на принуждение и монополия на собственность смешиваются. Сконцентрировав в своих руках эти две монополии, государство неизбежно трансформируется во всемогущего Левиафана. Любое лицо, любая группа в той степени, в которой они не являются элементом государства (государственным органом, государством, входящим в состав другого государства, публичной функцией), обречены стать жертвой данного режима, будучи лишеными какой-либо реальной экономической основы и какой-либо возможности сопротивления. И при изучении проблемы социализации необходимо помнить о подобном неизбежном положении вещей.

## **§ 2. Трансформация внутренней природы собственности и субъекты собственности**

Мы уже сказали о том, что только собственность, обладающая моральными и гуманными свойствами, только собственность, реализующаяся во всеобщем объединяющем интересе, способна во имя свободы ограничить государственную власть. Здесь речь идет об изменении внутренней природы собственности, самого характера правоотношений между собственником и прочими членами общества, об объеме власти, предоставленной собственникам. Этот вопрос был подробно исследован знаменитым французским юристом, незабвенным Леоном Дюги. Он доказал очевидность того, что римская идея абсолютной собственности, во имя которой безусловный характер власти собственника над вещью может быть ограничен только в том случае, когда использование этой вещи наносит вред праву других собственников — эта идея все больше и больше исчезает из современной юридической жизни.

Мы видим, как вместо нее появляется другая идея — идея *функциональной или относительной собственности*, которая рассматривает собственность как функцию целого и допускает ее ограничение посредством ряда позитивных обязательств, заключая собственность в узкую систему гарантий и ограничений, которые ей вменяются в обязанность во имя общественной солидарности. Централистский социализм никогда не придавал значения этому изменению самой природы собственности; он свел всю проблему к изменению субъектов собственности: вместо индивидуального собственника — коллективный собственник — государство. Некоторые современные авторы, выступая против такой ошибочной постановки вопроса, считают, что центр проблемы социализации не в том, чтобы знать, *кто* является собственником, а в том, *как* реализуются правомочия собственника. Вопросу субъектов собственности они придают второстепенное значение и уделяют ему мало внимания. Однако, с нашей точки зрения, это такая же грубая ошибка, как придавать вопросу изменения субъектов собственности исключительный характер.

Недостаточно говорить о необходимости трансформации внутренней природы собственности; надо указать, посредством чего этого можно добиться. Нужно уточнить, какими конкретными формами организации эта трансформация может быть осуществлена, так как эти формы организации неразрывно связаны с вопросами о субъектах, которых признают собственниками.

Не любое изменение субъектов собственности ведет к изменению самой природы собственности. Как мы увидим далее, только переход собственности в руки субъектов особого вида — не индивидуальных и не коллективных (простых юридических лиц), а сложных личностей,<sup>139</sup> уравновешивающих внутри себя единичность и многообразие (*Gesamtpersonen* (нем.) — собирательные личности. — *Прим. пер.*), о которых обычно не ведает традиционная юридическая мысль, — только такой переход может привести к перерождению природы собственности. Что бы мы сказали о демократе, который справедливо установил, что суть демократии не в переходе абсолютной власти монарха к народу, а во внутреннем преобразовании этой власти, подчиненной праву, и заявил бы потом, что вопрос о том, кому должна принадлежать эта власть, не имеет никакого значения? Если основной пункт демократической доктрины заключается в утверждении, что установить суверенитет права над властью можно только посредством всеобщего контроля народа, который считается обладателем верховной власти, то основной пункт доктрины социализма — в том, чтобы найти такие субъекты, передача собственности которым привела бы к изменению сущности этой собственности. Теория, согласно которой главная в социализации — «объективация собственности» и утверждение того, что высшая форма собственности — собственность «без субъекта» — это всего лишь завуалированный отказ от попытки разрешить проблему практических средств реформирования собственности.

Бесспорно, что ограничение власти, связанной с собственностью, в определенной степени ведет к усилению «объективации» собственности. Но пока

<sup>139</sup> См. мою более подробную работу «Идея социального права» (С. 32 и сл., 67 и сл., 89–94).

собственность остается собственностью, т. е. является движущей силой конфликта, затрагивающего имущественные ценности, она будет обязательно связана с определенными субъектами, которые наделены властью и желанием оставить за собой право на последнее решение. Как безусловное принуждение немислимо в отсутствие субъекта, без организации, которая его осуществляет, так и собственность без субъекта не имеет смысла. Примеры собственности без субъекта, приведенные Дюги, а до него немецким юристом Бринцем,<sup>xxix</sup> такие, как памятники, больницы, приюты и т. д., представляют особые случаи, когда собственность не принадлежит кому-то непосредственно и когда трудно представить себе, как ею можно владеть. Однако нет сомнения в том, что существует реальный субъект, которому принадлежит право распоряжаться судьбой этого объекта (это государство, муниципалитет и т. д.) и который, следовательно, является собственником. Смена субъектов собственности — ключевой момент проблемы обобществления, и избежать этого невозможно. Таким образом, анализ различных возможных форм собственности и ее обладателей является необходимой частью, предшествующей любому исследованию проблемы социализации. Приступим же к нему.

Власть, вытекающая из собственности, *потенциально не ограничена* во всех случаях, когда субъект собственности — любое простое единство, однородная личность (единство которой поглощает множественность), которая может по своей собственной неделимой воле решать судьбу имущества. Не имеет никакого значения, будет ли этот однородный субъект (*Alleineigentümer* (нем.) — единственный владелец. — *Прим. пер.*) собственностью физическим лицом (индивидуумом) или коллективным юридическим лицом (например, муниципалитетом, коммуной, торговым или промышленным предприятием, профессиональным объединением и т. д.); в любом случае юридическое лицо, простое единство, однородный субъект собственности действуют по отношению к собственности как обыкновенный индивидуум. Органы юридического лица, являющиеся его составными частями, не являются собственниками объектов, которые принадлежат юридическому лицу, и не отвечают своим имуществом за свои действия. В спорах относительно вещи, ставшей собственностью юридического лица такого рода, они полностью подчиняются ему. Юридическое лицо, однородный субъект собственности, предстает как расширенный индивидуум, на который мы смотрим через увеличительное стекло, и в своем обладании вещь обособлен от других субъектов (как от тех, которые находятся вне его, так и от тех, которые его составляют) точно так же, как любой физический индивидуум.

Такая же абсолютная изоляция субъектов собственности и такой же потенциально ограниченный характер их власти над вещами наблюдается и в тех случаях, когда собственность принадлежит одновременно нескольким лицам на основе совладения или кондоминиума (например, когда несколько человек купили вместе какую-либо собственность или получили какой-нибудь завод в наследство). На первый взгляд, может показаться, что в этом случае власть, вытекающая из собственности, несколько ограничена, поскольку необходимо иметь согласие всех совладельцев, чтобы располагать имуществом. Но на самом деле связь, объединяющая всех совладельцев, — только видимость. Каждый из совладельцев, отделяясь от других, имеет право требовать раздела всей собственности и, если этот раздел невозможен, — полной

ликвидации имущества путем продажи. Собственники не образуют целого, которое включает в себя их и вещь; они складываются в простую сумму изолированных факторов, в совокупность, которая может распасться по желанию каждого из ее участников.

Таким образом, можно сказать, что индивидуальная собственность и так называемая общая собственность, будучи принадлежностью однородных субъектов, простых единств (коллективная собственность) или их совокупности (совместная собственность), представляют собой — и та, и другая, в своей имманентной структуре — собственность неограниченную, собственность, которая потенциально является эгоистической и не обнаруживает нравственных начал. Ограничить подобную собственность возможно только путем внешнего механического воздействия — препятствия в виде государственного принуждения. Поэтому не удивительно, что авторы, не допускающие существования никакого другого субъекта собственности, кроме простых и однородных субъектов (индивидуалистическая концепция римского права, коллективизм), всю проблему изменения природы собственности сводят к государственному вмешательству в собственнические отношения и к усилению *абсолютной власти* государства. Эта полумера государственного вмешательства является только внешним барьером, сдерживающим натиск произвола собственности; этот произвол, поставленный в условия, в которых он не может реализоваться, наращивает свою скрытую силу. Здесь не может идти и речи о преобразовании имманентной природы собственности в «общественную функцию»: усиленное давление государственной власти, идущее извне, никак этому не способствует. Собственность остается абсолютной. Ее механическое сдерживание весьма желательно в рамках капиталистической системы, но оно никак не является решением проблемы.

Наряду с французскими социалистами — сторонниками кооперативно-го социализма, такими, как Фурье и Прудон, это прекрасно понимали и немецкие авторы, например Христиан Краузе, Аренс, Марло (Винкельбех) и позже Гирке, которые применили идею этического органицизма при построении собственности.<sup>140</sup> Все они разрабатывали в различных формах понятие «федералистическая собственность» (*Gesamteigentum* (нем.) — общая собственность. — *Прим. пер.*), реформированной в самой своей сути внутренним путем, благодаря тому, что вещь передается сложным юридическим лицам, «органическим» составным единствам, в результате чего собственность принадлежит одновременно всей целостности и каждому члену в отдельности. Таким образом, вся собственность имманентно пропитана «социальным правом», не зависящим от государства и исходящим от организации совладельцев, регулирующим внутреннюю жизнь сложного субъекта собственности. Краузе и Марло извлекли из этой концепции, которая фактически привела к преобразованию собственности в социальную функцию, основу своей социалистической системы и в этом пересеклись с Фурье и Прудоном.

<sup>140</sup> См. мою цитированную выше работу (С. 464 и сл., 501 и сл., 508 и сл., 552 и сл.).

### § 3. Федералистическая собственность и государство

Мы дошли здесь до двух основных выводов. Во-первых, концентрация абсолютного принуждения и собственности в одних руках представляет собой огромную опасность. Во-вторых, этическое начало, присущее самой природе собственности, превращая собственность в элемент, способный, благодаря своему идеальному измерению, противопоставить себя государству, требует изменения субъектов собственности: собственность на средства производства должна перейти к сложным юридическим лицам, к федералистическим организациям. Чтобы закончить эту предварительную теоретическую часть нашего анализа, нам остается, во-первых, более подробно описать структуру федералистических субъектов собственности и те изменения, которые они могут принести в саму природу этой собственности; во-вторых, показать, почему государство любого вида — унитарное или федеральное — не может быть многосторонним и федералистическим субъектом собственности, но неизбежно, как бы его ни трансформировали, является однородным субъектом собственности — единством простым и исключительным (*Alleineigentum*).

В федералистической собственности (совместная собственность под общим и нераздельным управлением (*Gemeineigentum*) Целое и каждый его отдельно взятый член являются сособственниками. Собственность «социальной тотальности» внешне проявляется в том, что выход отдельного члена или целой группы членов из сообщества не влечет за собой раздела имущества, как в обычной совместной собственности. Каждый член является владельцем определенной доли объекта и имеет право требовать компенсации при своем выходе, который остается свободным. Так как все сообщество в целом и каждый член в отдельности являются здесь в равной степени субъектами собственности, то имущество как объект собственности, будет всегда принадлежать Целому, а член, выходящий из сообщества, получает только денежный эквивалент своей доли. Как таковая федералистическая собственность может быть организована самыми различными способами. Доли, принадлежащие членам, могут быть равными или неравными. Число членов может быть ограниченным или неограниченным. Входящие в Целое субъекты в отношениях с третьими лицами могут иметь автономную правосубъектность, а могут и не иметь ее. Гирке, который специально изучал этот вопрос, приводит целую серию примеров федералистической собственности в современном праве: собственность командитных товариществ, акционерных обществ, банков, кооперативов потребителей, кооперативов рабочих и, наконец, сельскохозяйственных сообществ. К этому списку можно было бы добавить новый, недавно распространившийся в Америке, тип предприятий (возникший, к несчастью, исключительно по инициативе владельцев, которые заправляют делами в своих собственных интересах), где рабочие, проработав определенное количество лет, становятся акционерами. Институт «акционирования труда» может принимать различные формы и сочетаться с участием в собственности и в управлении предприятием на паритарной основе, и тогда коллектив рабочих предприятия организуется в виде «кооператива

рабочих». Для того чтобы можно было судить о его реальной позитивной ценности, этот институт должен быть применен одновременно и в обязательном порядке во всей отрасли промышленности, если даже и не целиком во всем экономическом сообществе.<sup>141</sup>

Важно отметить, что отношения собственности не всегда обнаруживают этическое начало только потому, что собственность принадлежит федералистическим субъектам. Однако, в принципе, мы обнаруживаем здесь ту особенность, что отношение человека к вещи непосредственно носит отпечаток права, исходящего от союза личностей (владеющих имуществом) между собой как членов некоего вышестоящего Целого. Иными словами, социальное право организации проникает в самую глубь собственности. В этом смысле любая федералистическая собственность виртуально является собственностью урезанной и ограниченной, и от социального права соответствующей организации зависит, чтобы эта внутренняя связь собственности стала эффективной. Возможность продавать каждую долю, возможность сосредоточить эти доли в руках одного человека, вступление в организацию и выход из нее без контроля со стороны организации (как это происходит в современных акционерных обществах) сводит сегодня до минимума такую виртуальную связь. Однако вменение в обязанность принимать участие в собственности в форме личного труда в соответствии с занимаемым положением, выдача акций работникам в зависимости от количества отработанных лет (и, следовательно, невозможность отчуждения или накопления акций), введение внутри сложного субъекта федералистической собственности элементов, представляющих противоположные интересы, как, например, потребителей и производителей, людей, принадлежащих к разным профессиям и, наконец, запрет на отчуждение объекта федералистической собственности без единогласного согласия всех членов целостности (индивидуумов или групп) — все эти и многие другие предписания, которые могут быть продиктованы социальным правом, исходящим от порожденной федералистической собственностью организации, — способны довести до максимума внутреннюю связь и внутреннее ограничение этой собственности. Впрочем, современные формы кооперативной собственности, такие, как мы наблюдаем в потребительских кооперативах типа Рошдаля, дают нам достаточно наглядный пример эффективной реализации «связанного»<sup>142</sup> характера федералистической собственности.

Особо важная черта федералистической собственности состоит в том, что актуализация ее «связанного» характера не вызывает сколько-нибудь значительных изменений в положении членов-собственников по отношению к объединяющему их Целому: степень их подчиненности Целому ничуть не

<sup>141</sup> Полный провал французского закона 1917 г. об участии трудящихся в прибылях в акционерных обществах, который ограничивался необязательным приобретением акций и пренебрегал принципом паритарности, не может служить серьезным аргументом против жизнеспособности этого института.

<sup>142</sup> Если нам позволять дать такой перевод немецкого выражения «*gebundenes Eigentum*» (нем. — *связанная собственность*). В немецком языке прилагательное «*gebundenes*» означает одновременно и связанная, и объединенная. — Прим. пер.), которому трудно подобрать эквивалент на французском языке.

возрастает. Учитывая, что каждый член является в отдельности собственником своей идеальной доли, он полностью сохраняет свободу выхода и может забрать свою долю в виде ее денежной компенсации. Чем больше федералистическая собственность оказывается «связанной» и ограниченной, тем большее значение приобретает воля каждого собственника — индивидуума или группы — в пределах сложного субъекта, участником которого он является. *Данный тип федералистической собственности может быть с успехом применен не только на одном отдельном предприятии, но и в целой отрасли промышленности, в отношениях между местными и центральными органами этой отрасли, во взаимоотношениях между организациями потребителей и производителей, в отношениях между различными профессиями, короче — в экономической жизни страны в целом.* И только доведенная до своих предельных границ, только нашедшая применение во всем «экономическом сообществе», только тогда федералистическая собственность сможет в полной мере проявить все заложенные в ней способности внутреннего преобразования самого характера собственности. И это будет социализацией. Экономическое сообщество, организованное на социалистической основе, передаст собственность на средства производства и на землю сложному федералистическому субъекту, членами которого будут и группировки производителей и потребителей, и входящие в них индивидуумы, взятые по отдельности: все они без исключения будут собственниками идеальных долей, денежную компенсацию которых они будут вправе требовать в случае своего выхода из организации. «Экономический федерализм» возможен только в форме федералистической собственности (в том смысле, который мы придаем этому термину) и при условии, что она как общая собственность будет закреплена за всем экономическим сообществом в целом и всеми составляющими его членами в частности. Любое другое решение неизбежно приведет к превращению федерализма в централизм. Федералистическая собственность исключает монополию в принципе и признает за каждым членом (индивидуумом или группой), вышедшим из экономической организации, право свободной конкуренции. Другой вопрос, будет ли при социалистическом режиме это право виртуальной конкуренции иметь практическое значение, но в любом случае экономическая свобода должна быть полностью гарантирована.

Теперь нетрудно понять, почему государство, в силу присущих ему свойств, неспособно ни быть, ни стать субъектом федералистической собственности. Государство — это организация абсолютно принудительная и основанная на безусловном принуждении, это организация, из которой свободный выход невозможен. В этом-то и заключается его положительная роль и его основная миссия стержня правопорядка, без которого право не может достаточно эффективно выполнять свою миротворческую функцию в общественной жизни. Неизбежными составляющими элементами государства являются безусловное подчинение ему его членов, относительный суверенитет (монополия безусловного принуждения, преобладание Целого над частями). Допустимо построение государства как сложного и многостороннего субъекта. Это особенно четко проявляется в тех случаях, когда государство принимает форму политической федерации. Но в том, что касается собственности, государство во всех аспектах остается простым субъектом права, однородным

субъектом собственности до тех пор, пока эта собственность признается его монополией. Собственность, возведенная до уровня института публичного права, является собственностью исключительно государства — простого и неизменного субъекта (*Alleineigentum*), собственностью, не принадлежащей ни частям этого государства, ни гражданам, являющимся его членами. И когда она принадлежит государствам — отдельным членам федеративного государства, она приобретает характер однородной коллективной собственности; многогранность поглощается единством, т. е. не имеет ничего от федерализма. Собственность может одновременно принадлежать и Целому, и составляющим его элементам только при условии, что эти составные элементы пользуются правом свободного выхода из Целого и могут получить денежный эквивалент своей доли — что абсолютно невозможно в случае ассоциаций публичного права. В имущественных спорах между государством и составляющими его элементами государство является окончательным судьей с двух точек зрения: в качестве высшего обладателя государственной власти и как уникальный субъект права собственности. Понятия федералистической собственности и собственности публичного права есть понятия взаимоисключающие. И поскольку мы пришли к мысли, что преобразование глубинного характера собственности возможно только путем передачи собственности сложным субъектам, постольку можем считать, что данный вывод является еще одним возражением против всех возможных форм огосударственной собственности. Собственность государства абсолютно неограниченна, полностью эгоистична в силу двух своих черт: 1) она концентрирует в руках одного субъекта право безусловного принуждения и право окончательного решения в имущественных спорах; 2) она неизбежно является собственностью однородного субъекта, поглощающего свои составляющие компоненты (*Alleineigentum*), она также исключает идею федералистической собственности. Получив такие результаты, мы можем приступить к изучению наиболее характерных решений проблемы социализации.

Мы не будем останавливаться на централистских системах коллективизма, которые провозглашают государство (постмарксистская социальная демократия, подвергшаяся влиянию Лассалья) или механистическое общество, еще более сконцентрированное на единстве, еще более всеобъемлющее, чем государство (сам Маркс и коммунисты), в качестве неограниченного собственника средств производства и в качестве непосредственного руководителя экономического процесса. Критика подобных концепций, единственным преимуществом которых является более или менее глубокая логическая последовательность, звучала много раз, особенно в последние годы в свете русского опыта, поэтому предварительные теоретические рассуждения, сформулированные в начале этого исследования, вполне достаточны, чтобы констатировать их несостоятельность. Мы сконцентрируем все наше внимание на более сложных и более глубоких системах социализации, которые стремятся избежать прямой национализации экономики, но которые, по нашему мнению, все-таки различными путями невольно приходят к «этатизму».

#### § 4. Противоречия децентрализующего коллективизма

Идеи «децентрализующего коллективизма» были разработаны в конце XIX в. многими очень известными и очень последовательными представителями реформистского социализма: сначала во Франции — Полем Бруссом,<sup>143</sup> затем, в особенно четкой форме, Жоресом и Ж. Ренаром; в Бельгии — Вандервельдом<sup>144</sup> и Детре, последователями учения Чезаре де Пепе<sup>143</sup> в Англии — Сиднеем и Беатрис Вебб; и, наконец, в Германии, как это ни странно, — Эдуардом Бернштейном.

«Государство, — заявляет Бернштейн (идеи которого относительно данного предмета никак не повлияли на других немецких реформистов), — было бы безрассудным, если бы оно захотело взять непосредственно в свои руки управление процессом производства и распределения» (*Bernstein E. Geschichte und Theorie des Sozialismus*. 1901. S. 242). «В условиях социалистического режима непосредственную эксплуатацию предприятий необходимо доверить автономным ассоциациям (*Genossenschaften* (нем. — товариществам. — *Прим. nep.*)) производителей» (*Bernstein E. Voraussetzungen und Ziele*. S. 133, 162, 34). «Речь может идти только о верховной собственности государства (*Obereigentum* (нем. — верховная собственность. — *Прим. nep.*)) на средства производства (*Geschichte und Theorie des Sozialismus*. S. 371). «Чрезмерный этатизм немецкой социал-демократии представляет огромную опасность» (Предисловие Бернштейна к французскому изданию: *Bernstein E. Voraussetzungen und Ziele*). «Социализм совсем не желает расширения области государственного принуждения; ради сохранения своей природы он должен помнить, что представляет собой антииндивидуалистический и организирующий либерализм» (*Organisatorischer Liberalismus*).

Еще раньше Жорес очень подробно и логично излагал эту концепцию, начиная с 1895–1896 гг., — за несколько лет до Бернштейна. Учитывая рамки нашего исследования, здесь мы не будем давать полного анализа его системы, несмотря на то что в отношении децентрализации она идет дальше, чем все прочие аналогичные системы.<sup>144</sup> «Как только государство провозглашается собственником средств производства, — пишет Жорес, — можно представить себе саму организацию производства двояко. Либо каждой отрасли промышленности будет руководить государственная администрация и, таким образом, производство будет огосударствлено, либо государство передаст, на определенных условиях, действительную собственность и использование средств производства профессиональным группировкам и производство станет самостоятельным и корпоративным» (*Jaurès G. Revue socialiste*. 1896. Vol. 2. P. 129 et suiv.). Жорес считает первую систему абсолютно недопустимой:

<sup>143</sup> См. работы Чезаре де Пепе: *Paeppe C.* 1) *Les services publics* и 2) *Deux essais sur le collectivisme* (1868–1875). Пепе старался примирить в Первом Интернационале прудонистов и марксистов.

<sup>144</sup> Недавно вышедшая в свет работа Вандервельда: *Vandervelde L. Le socialisme contre l'Etat*. 1919, — подробно развивает эту же концепцию. Так же как и Пуассон (*Poisson*) в работе «*Coopération et socialisme*» (1923), где он только схематично заменяет сообщества производителей кооперативами потребителей.

«Отдать управление национальным трудом в руки государственных чиновников и государственных органов, которым и так уже принадлежат вооруженные силы и дипломатия, означало бы наделить нескольких людей такой властью, по сравнению с которой власть азиатских деспотов — ничто, потому что она распространялась только на общество и не управляла самой экономической жизнью» (Ibid. P. 143; Cf.: P. 130, 137, 154; *Jaurès G. Revue socialiste*. 1895. P. 408). Необходимая свобода может быть обеспечена только в той степени, в какой высшая собственность государства уравновешена правом владения и пользования, принадлежащим самостоятельным организациям, только в той степени, в какой «социализация выступает посредником между централизующей дисциплиной государства и децентрализующей деятельностью профессиональных объединений» (Ibid. 1896. Vol. 2. P. 138; сравни с речью Жореса в Палате депутатов в 1906 г., посвященной «*организации будущего*»). Не только одно отдельно взятое предприятие должно управляться самими заинтересованными лицами, но и целые отрасли промышленности, как и вся экономическая жизнь страны в целом, должны управляться верховным советом труда, состоящим из представителей предприятий, отраслей промышленности, профессиональных объединений, а также из представителей государства. Этот верховный совет должен выработать общий план производства, определить необходимый объем работы и распределить его между корпорациями.

Однако можно задать вопрос, в каких отношениях, по мнению Жореса, находятся принадлежащая государству собственность и действительная собственность автономных групп, с одной стороны, и верховный совет труда и политический парламент государства — с другой.

И здесь в системе Жореса появляются неясности и противоречия, вытекающие из самой сути его концепции. Исходя из неоспоримого факта, что высшая собственность на средства производства не может быть передана ни частному предприятию, ни совокупности профессиональных объединений или промышленных предприятий, так как это означало бы дезорганизовать экономический план и дать возможность профессиональной группе эксплуатировать в своих эгоистических интересах все общество целиком, Жорес считает возможным сделать вывод о том, что собственность должна принадлежать государству, которое должно иметь решающее слово в экономической жизни. «Верховный совет труда должен входить в государственную организацию; он должен быть особым органом государства и только он призван представлять всеобщий интерес» (*Jaurès G. 1) Revue socialiste*. 1896. Vol. 2. P. 138; 2) *Revue socialiste*. 1895. P. 263–264, 139, 152, 388). Государство как главный собственник средств производства и воплощение всеобщего интереса,<sup>145</sup> сохраняет право предписывать профсоюзам те условия пользования и использования средств производства, которые кажутся ему желательными. Вынуждая корпорации передавать ему весь доход, государство непосредственно, в качестве решающего фактора, участвует в распределении социальных благ.

<sup>145</sup> По поводу монистической концепции всеобщего интереса и догмы, по которой государству принадлежит монополия представлять его, см. мою статью «*Les Syndicats et l'intérêt général*», опубликованную в журнале «*L'Homme réel*» (1933. № 1. P. 13–19), и мою книгу «*Идея социального права*» (С. 39 и сл.).

Таким образом, самостоятельные корпорации не только полностью подчинены в своей деятельности политическому суверенитету государства, воплощенному в утвержденном парламентом законе, но и связаны «экономическим суверенитетом государства» как главного собственника (*Ibid.*).

Нетрудно заметить, что, согласно данной концепции, независимость права владения и пользования самостоятельными корпорациями представляется очень шаткой. Безраздельно владея политической властью и будучи наивысшим собственником, государство может не только отнять и предоставить это право пользования той или иной корпорации по своей воле, но и законодательно установить ограничения этого права; по своему усмотрению ограничить самостоятельность корпораций; и, наконец, государство может в одностороннем порядке упразднить всю систему децентрализованного управления экономикой.<sup>146</sup> Здесь нет никакой реальной защиты от экономического всемогущества государства, которого так опасался сам Жорес.

Подобная система, как признает сам Жорес, фактически становится осуществимой лишь в той степени, в которой независимые профессиональные производственные корпорации наделены публично-правовыми функциями (*Ibid.* 1895. P. 388). Если государство является высшим собственником и если ему принадлежит монополия на средства производства, право пользования своей собственностью, которым оно обладает в силу положений публичного права, оно может передать только объединениям, также подчиненным публичному праву, а не частным корпорациям. Только объединения этого порядка, наделенные властью безусловного принуждения, способны организовать экономический режим, на основе которого зиждется монополизированная государственная собственность. Вот почему еще предшественник Жореса, Поль Брусс, разрабатывавший план децентрализующего коллективизма, «в котором государство предоставляет капитал, а рабочие объединения — рабочую силу», пришел к выводу, что эта система осуществима только путем превращения профсоюзов в самостоятельные государственные службы (*Brousse P.* 1) *La propriété collective et les services publics.* 1883. P. 29, 22; 2) *Trois Etats.* 1884. P. 11, 5), т. е. в специфические органы государства. Жорес после многочисленных попыток противопоставить самостоятельные организации государству вынужден был признать, что «при социалистическом режиме все станут чиновниками» (*Jaurès G. Revue socialiste.* 1895. P. 406) и что будет, в строгом смысле этого слова, «только один производитель и торговец — государство» (*Ibid.* P. 263).

Концепция децентрализующего коллективизма явным образом ведет к порочному кругу. Чтобы избежать подчинения всего экономического процесса безусловному принуждению, навязанному государством и государственным правом, право на пользование средствами производства передано независимым корпорациям. Но последние сливаются с государственной организацией,

---

<sup>146</sup> Прудон в своей работе «*Théorie de la propriété*», вышедшей уже после его смерти, предвидел создание децентрализующего коллективизма и отказался от него, доказав, что «сленное владение» неизбежно является данью субординации и иерархии. Субъект «высшей собственности» неизбежно доминирует над держателем (P. 145 et suiv.; моя позиция отражена в книге «Идея социального права» (С. 395 и сл.)). Именно такой критике подверг Прудон свои собственные концепции, изложенные в его двух первых работах, посвященных собственности.

становятся составной частью ее административной системы и превращаются в органы осуществляемого этой системой безусловного принуждения. В итоге сложно сказать, какая из этих двух систем более угрожает свободе: простое огосударствление, которое напрямую подчиняет работников государственной бюрократической системе, но поддерживает свободу и независимость профессиональных объединений, которые могут бороться с государством-работодателем за защиту своих интересов, или децентрализующий коллективизм, который ценой подавления свободы профсоюзов получает право на управление государственной собственностью через независимые корпорации, которые, будучи превращенными в государственные органы (т. е. в составные части государственного административного аппарата), могут быть полностью упразднены единоличным решением государства... Коллективизм остается коллективизмом, вот почему Жорес, этот проникновенный и глубокий мыслитель, который прочувствовал всю сложность проблемы, вынужден был, в конце концов, утешать себя и читателей таким достаточно бессодержательным и бесцветным изречением: «Обобщественное государство-работодатель — это упраздненное государство-работодатель» (*Jaurès G. Revue socialiste. 1895. P. 645*), — и рассматривать социалистическую собственность как род неограниченной собственности единообразного коллективного субъекта — одного огромного гипертрофированного индивидуума (*Jaurès G. Etudes socialistes. 1900. P. 235, 160, 168, 157; Jaurès G. Revue socialiste. 1986. P. 260, 261*).

## § 5. Порочный круг экстремистского синдикализма

Децентрализующий коллективизм во главе с Жоресом без достаточной причины видел государство единственным возможным представителем общественного интереса нации<sup>147</sup> и вследствие этого настаивал на сохранении в руках государства монополистической собственности на средства производства и на включении профсоюзов в государственный административный аппарат. Предвоенный экстремистский синдикализм — прямое противопоставление коллективизму — предполагал разрубить гордиев узел путем категорического отрицания государства и передачи высшего права собственности объединению локальных «бирж труда» и национальным профессиональным организациям.

Заметим, чтобы избежать всякой недосказанности, что, начиная с основателя синдикализма Фернана Пеллутье<sup>xxxiii</sup> и заканчивая одним из его самых видных довоенных теоретиков Лягарделлем,<sup>xxxiv</sup> синдикалисты никогда не предлагали, как им это приписывают некоторые критики, отдать собствен-

<sup>147</sup> Всеобщий интерес является не выражением одних и тех же интересов всеми индивидуумами и группами, а равновесием противоположных интересов (не как абстрактных образов, а как конкретных целей). Существует множество аспектов всеобщего интереса: всеобщий интерес в экономической сфере, например равновесие между противоположными интересами производителей и потребителей, не имеет ничего общего со всеобщим интересом в политике — равновесием между противопоставленными интересами соседних территорий, разных регионов, государственных органов. Если государство может претендовать на представление политического аспекта всеобщего интереса, у него нет никаких прав на представление его экономического аспекта.

ность на средства производства в руки профессиональных объединений, рассматриваемых изолированно друг от друга, таким образом, например, что «союз шахтеров становится собственником шахт, рабочие текстильной отрасли — собственниками прядильных фабрик, рабочие-металлурги — собственниками металлургических заводов». Напротив, синдикалисты, ясно осознавая, что такая система может только усилить корыстные проявления обладания собственностью и привести к взаимной эксплуатации различными профессиональными группами друг друга и к полной зависимости потребителя от них, утверждали, что собственность на средства производства будет целиком и одновременно принадлежать профсоюзам различной специализации. Пеллутье недвусмысленно говорит об «общественной неделимой собственности» (*Pelloutier F. Histoire des Bourses du Travail. 1902. P. 198, 162*), т. е. не о собственности отдельных объединений и не о механическом совладении, а о понятии, аналогичном «федералистской» собственности. Каждый профсоюз в действительности имеет право выйти из общей организации, участие в которой не носит обязательного характера и которая не располагает властью безусловного принуждения, но он не наделен правом требовать раздела собственности, а может только получить компенсацию своей доли.

Сам Пеллутье и его самые близкие последователи предлагали передать эту неделимую общественную собственность в руки локальных «бирж труда», представляющих объединение всех профсоюзов отдельного района (*Ibid. P. 161, 88*). Данные «биржи труда» как институты общей собственности профсоюзов должны были быть, согласно Пеллутье, ответственными за разработку общего экономического плана, за определение количества труда каждого объединения и за распределение между ними продукции, тогда как центральная биржа труда, организация, представляющая собой национальную конфедерацию всех местных бирж, должна была устанавливать цены на продукцию и согласовывать интересы разных регионов (*Pelloutier F. L'Organisation corporative, L'Art social. 1896. P. 102 et suiv.*).

Крайние синдикалисты, ссылаясь на реорганизацию Всеобщей Конфедерации Труда на новой базе и на ее превращение в объединение локальных бирж труда и национальных профсоюзов, модифицировали планы социализации Пеллутье. Это привело их к еще более жесткому применению идей общественной неделимой собственности. Согласно их учению, собственность на средства производства в целом должна одновременно принадлежать всем национальным профсоюзам, всем биржам труда и их национальным объединениям. В результате Всеобщая Конфедерация Труда, к которой переходит к тому же значительная часть функций, отданных Пеллутье локальным биржам, становится основным составным субъектом «общественной собственности». Каждый местный профсоюз и каждое предприятие в отдельности, а не отдельные члены профсоюза становятся совместными участниками подобной «конфедеративной собственности» в соответствии со своими долями (здесь можно увидеть след влияния, оказываемого коллективизмом на синдикализм).

Главные противоречия, составляющие камень преткновения планов социализации революционного синдикализма, берут начало не из проектов устройства общественной собственности, — у них совсем другой источник.

Не исключение государства из числа собственников средств производства, а общее отрицание необходимости государства и желание его полностью разрушить в корне поколебали их построения. Абсолютное пренебрежение независимыми интересами потребителей, которые со многих точек зрения противопоставлены интересам производителей (даже рассматриваемых в совокупности множества сфер деятельности), забвение того факта, что объединения производителей не могут претендовать на представление общественного экономического интереса нации, сделало позицию синдикалистов несравненно слабее, чем концепции децентрализующего коллективизма.

Дважды отрицая государство — как организацию безусловного ограничения (анархистские элементы синдикализма) и как оружие классовой диктатуры (марксистские элементы), революционные синдикалисты не были настолько утопистами, чтобы предположить, что будущее общество сможет полностью обойтись без ряда государственных функций, например без территориальной полиции для обеспечения безопасности, без судов, учреждений обязательного образования и т. д. Следовательно, они были вынуждены отдать эти функции в руки профсоюзных организаций (*Pelloutier F. Histoire des Bourses du Travail*. P. 54, 153, 164). Именно поэтому Сорель<sup>xxxv</sup> советовал профсоюзам «покончить с политической организацией, вырвав у государства одну за одной все (*sic!*) его функции» (*Sorel G. L'Avenir socialiste des Syndicats*. 1899, P. 127, 123). Пуже<sup>xxxvi</sup> прямо признавал, что Всеобщая Конфедерация Труда должна заменить государство (*Pouget E. La G. G. T.* 1908. P. 45), на что намекал еще Пеллутье, упоминая, как бы невзначай, «профсоюзное государство» (*Pelloutier F. Histoire des Bourses du Travail*. P. 170).

Достаточно более или менее внимательно исследовать эту научную конструкцию, чтобы отчетливо проявились присущие ей противоречия.

1. Если политическая организация — государство — признается неспособной удовлетворить требованиям, которые выдвигает организация экономической жизни, казалось бы, логично усомниться и в обратном, а в частности в способности профсоюзной организации, носящей исключительно экономический характер, управлять политическими и государственными делами. Независимо от того, какие функции — экономические или политические — объединены в руках профсоюзной организации или государства, очевиден результат: гипертрофированное усиление соответствующей организации и смешение различных функций.

2. Решающее преимущество профсоюзной организации перед государством заключается, в глазах синдикалистов, в том, что она лишена характера безусловного подчинения. Она допускает свободу выхода, и, благодаря этому, не монополизировать экономику. Но где гарантия, что с упразднением государства профсоюзная организация не присвоит себе власть безусловного принуждения по отношению к своим членам? Если профсоюзной конфедерации не будет противостоять как ее противовес другая организация, которая будет вправе помешать превращению союза профсоюзов в организацию безусловного принуждения и пресекать проявление тенденций к такому вырождению, то нет никакой гарантии против полного захвата политической власти Всеобщей Конфедерацией Труда. Одно государство, противопоставленное профсоюзным экономическим организациям, может служить гарантом

того, что они вновь не выродятся в государство. С распадом государства и с возникновением «профсоюзного общества» последнее неизбежно будет стремиться к тому, чтобы самому трансформироваться в государство. Только обоюдное ограничение и эффективное равновесие между государством и обществом как между независимыми, автономными организациями могут разорвать тот порочный круг, в котором неизбежно обречен находиться экстремистский синдикализм.

3. Этот порочный круг очень четко вырисовывается в недвусмысленной характеристике будущего общества как «профсоюзного государства». В зависимости от того, какие политические функции будут предоставлены Всеобщей Конфедерации Труда, по логике вещей потребуется передать этой организации необходимые для их эффективного осуществления средства и полномочия, т. е. правомочие на безусловное принуждение. Удивительно, но революционные синдикалисты не заметили, что в момент наделения этими полномочиями профсоюзы становятся государственными органами (при самом благоприятном прогнозе — государствами — членами федерального государства на функциональной основе) и что вся экономическая жизнь теперь подчинена государственному праву и праву безусловного принуждения. Все реальное различие между таким результатом и тем, к которому приходит децентрализованный коллективизм, состоит в том, что последний в итоге включает профсоюзы в существующую государственную организацию, тогда как революционный синдикализм строит новое государство на развалинах старого. Прогресс синдикализма состоит только в том, что децентрализованный коллективизм предлагал включить профсоюзы в административный аппарат государственной власти, в то время как экстремистские синдикалисты хотели включить их также в законодательные органы таким образом, чтобы понятие «гражданин» стало идентично понятию «производитель». Но в целом в экономической жизни результат один и тот же: отрицание профсоюзной и личной свободы путем трансформации профсоюзов в средства государственного принуждения.

В частности: а) возведение профсоюзов в ранг органов государственного права ведет к установлению монополии профсоюза в определенной отрасли экономической деятельности и монополии Всеобщей Конфедерации Труда в экономической области в целом; из этого следует, что каждый производитель неукоснительно обязан войти в один из профсоюзов и как следствие возникает государственный запрет заниматься какой-либо экономической деятельностью вне организации, специально наделенной этим правом; б) в той мере, в какой политические права могут быть получены только при членстве в профсоюзе («профсоюзное государство»), давление государства на индивида в политической области оказывается несравнимо более сильным, чем в современном территориальном государстве; в) профсоюзная организация в этих условиях превращается в средство доминирования государства над профсоюзами и профсоюзов — над отдельными индивидуумами, так что любая возможность свободной борьбы профсоюза с государством-работодателем или с заменяющей его национальной профсоюзной конфедерацией, исчезает и профсоюзная деятельность оказывается строго регламентированной; д) в этой

системе не может идти речи о федералистической собственности. Отдельные отрасли промышленности и отдельные профсоюзы, будучи элементами государственной организации, перестают участвовать в собственности на средства производства, потому что у них нет права свободного выхода из организации и, следовательно, нет права требовать возмещения своей идеальной доли, что еще более верно в отношении отдельных членов профсоюза.

Из-за отрицания государства крайний синдикализм приводит к результатам, полностью противоположным тем, к которым он стремился: он ведет к превращению экономической организации в своего рода государство, несравненно более могущественное, чем нынешнее, и к порабощению профсоюзов этим государством. Положение профессиональных союзов как при большевистском, так и при фашистском режиме (не напрасно Сорель в последние годы своей жизни симпатизировал одновременно им обоим) может служить прекрасным примером того порочного круга, к которому неизбежно приводит идея крайнего синдикализма.

Справедливости ради в заключение надо отметить, что одной из причин, подтолкнувших синдикалистскую теорию к невольной этатизации профессиональных союзов, является ошибочное представление о том, что организация производителей сама по себе не является представителем всеобщего национального интереса. Но вместо того чтобы постараться ввести в независимую и самостоятельную экономическую организацию элементы, интересы которых противоположны интересам производителей, т. е. ввести в эту организацию потребителей, вместо того чтобы допускать существование целого ряда смежных равнозначных организаций, воплощающих на равных основаниях какой-то один из множества аспектов всеобщего интереса (например, государственные организации, экономические организации, международные организации), революционный синдикализм пришел к противоречиям, заложенным в концепциях «профсоюзного государства» и однородной коллективной собственности. Синдикализму в данном аспекте не хватало как раз четкого представления о *плюрализме*. Естественно, что дальнейшее развитие теории социализации привело бы к обострению проблемы взаимоотношений между производителями, потребителями и гражданами.

## § 6. Конструктивные сложности гильдейского социализма

Гильдейский социализм, имевший большую популярность в Англии с 1916 по 1923 г. и привлекший к себе общее внимание, представляет собой широкий спектр идей, в котором встречаются весьма различающиеся между собой тенденции. Таким, например, является направление, представленное Пенти и Тейлором, наиболее отдаленное от рабочего движения и в то же время наиболее отсталое с конструктивной точки зрения. Оно приходит к тому же порочному кругу, что и революционный синдикализм, от которого отличается только своим антииндустриализмом, привязанностью к Средневековью и родством с реакционным направлением Честертона<sup>xxxvii</sup> и Беллока. Данное направление отличается, главным образом, отрицанием современного государства и учреждением «гильдейского государства», обладающего

экономической монополией, основанной на публичном праве. Другое более значительное направление гильдейского социализма, представленное Орейджем<sup>xxviii</sup> и Гобсоном,<sup>xxxix</sup> приближается по всем основным пунктам к идеям децентрализующего коллективизма, которые мы уже охарактеризовали выше. Третье течение гильдейского социализма во главе с Дж. Д. Колем,<sup>xi</sup> имевшее и сохраняющее наибольшее число приверженцев (единственное течение, которое в действительности было связано с рабочим движением и полностью закрепило направление деятельности «Лиги гильдейского социализма»), является также и единственным течением, которое создает действительно новую систему социализации: эта система основывается на реально существующем равновесии между экономической организацией «гильдий» производителей и демократическим государством. Каждая из этих двух полностью независимых и равнозначных организаций представляют собой всеобщий интерес национального сообщества, который ни одна, ни другая не выражают полностью и который не содержит возможности окончательного и однозначного воплощения.<sup>148</sup> Это третье направление — единственное, которое характеризует гильдейский социализм как оригинальную теорию. Следовательно, в нашем исследовании трудностей, с которыми сталкивается «гильдизм», мы можем следовать только теории Коля. Его мысль прошла через два различных этапа. В ранних построениях Коля противоречия проявляются особенно четко; позднее ему удалось устранить их по многим решающим пунктам, хотя он еще и не пришел к окончательным выводам.

Основные трудности, с которыми сталкивается мысль Коля, впрочем, очень богатая и тонкая, связаны с проблемой собственности. Несовершенное разрешение проблемы, касающейся определения субъекта собственности, противоречит фундаментальным завоеваниям его теории.

Кому же в системе гильдий, по Колю, должна принадлежать собственность на средства производства? Эта собственность, говорит Коля, не может быть приписана гильдейской организации, так как последняя состоит из одних производителей. Если бы они обладали правом собственности на средства производства, то они смогли бы использовать все остальные элементы нации в собственных интересах. Потребители имеют такие же права на управление экономической жизнью и на средства производства, как и производители. К тому же потребление и распределение с простейшей, технической, точки зрения являются не менее важными факторами экономической жизни, чем производство, и только взаимное равновесие их объективного влияния может привести к рациональной организации экономики. Но из этих полностью верных и бесспорных суждений Коля в своих первых работах делает достаточно неожиданное заключение: государство само конституирует организацию потребителей;

<sup>148</sup> «Равновесие между властью экономической и властью политической, — читаем мы у Коля, — является фундаментальным принципом гильдизма» (*Cole G. 1) Self-Government in Industry.* — Цитата из немецкого издания: 1920. P. 134, 135, 136, 140, 141; 2) *Introduction to Trade-Unionisme.* P. 99): «Конгресс гильдий, наделенный высшей властью, так же легко проявит тиранические наклонности... как и государство с абсолютной властью, которая не уравновешена и не стеснена независимой экономической организацией... Конгресс гильдий являлся бы почти государством, с тем единственным различием, что он был бы построен не только по территориальному, но и по промышленному принципу» (*Cole G. Self-Government in Industry.* P. 27, 28, 264, 31).

следовательно, сделать потребителей силой, равной в правах производителям, означает предоставить государству право участия в собственности на средства производства и в управлении экономическим процессом (Cole G. 1) *Self-Government in Industry*. P. 39, 111, 112, 120, 121, 230; 2) *Labour in the Commonwealth*. P. 182, 197, 212). Коль иногда придает своим идеям столь категоричную форму, что складывается впечатление, что он просто предлагает полностью передать собственность на средства производства в руки государства, оставив гильдиям только право пользования (Ibid. P. 80, 144, 147, 149, 229); в результате может показаться, что он не отделяет себя от децентрализующего коллективизма Жореса и других авторов этого направления. Однако на самом деле идеи Коля сложнее и состоят в другом. Не следует забывать, что в теории децентрализующего коллективизма собственность принадлежит государству как единственному представителю всеобщего интереса, тогда как у Коля государство признается собственником только как представитель одностороннего интереса потребителя. В этой концепции государство не имеет права быть исключительным собственником средств производства, как и гильдии производителей; только вместе данные организации, независимые друг от друга, в конкуренции между собой могут пользоваться этим правом. Следовательно, Коль ведет речь о совместной собственности (*condominium*) государства и федерации гильдий как отличных друг от друга субъектов одной формы собственности. Рассмотрим, к каким результатам приводит такое построение социалистической собственности, и зададимся вопросом, насколько оно приемлемо в целом с юридической и практической точек зрения.

Государство в качестве представителя интересов потребителей и совладельца средств производства располагает исключительно широкими полномочиями в области управления экономическим процессом. Государство на равноправной основе с гильдиями участвует в установлении цен на продукцию, контролирует ее качество, фиксирует долю капитала, необходимого каждому предприятию, участвует в разработке общего плана производства и в управлении каждой отдельной отраслью промышленности (Ibid. P. 230, 232, 111–113, 110, 229). В действительности все управление экономикой сконцентрировано, считает Коль, в руках смешанных комиссий, состоящих наполовину из представителей государства, наполовину — из представителей экономической гильдейской организации.

Нетрудно заметить, что при таком режиме, даже если он реализован в совершенной форме, государство неоспоримо берет верх над организацией гильдий. Равновесие, к которому стремится Коль, здесь явным образом нарушено в пользу государства, соединяющего в своих руках и силу безусловного принуждения, и обязательное участие в собственности на средства производства, что позволяет ему активно влиять на управление и на использование средств производства (здесь Коль предоставляет государству даже большие экономические полномочия, чем децентрализующий коллективизм). Независимое право автономной регламентации, которое признается за Конгрессом гильдий, ненамного меняет положение вещей, так как оно связывает только производителей, но не паритетные смешанные органы, управляющие экономикой в действительности. Положение государства и положение гильдий,

совместно определяющих направление экономического процесса, абсолютно различны: государство, которое в обязательном порядке участвует в установлении цен и в разработке общего плана экономического развития, действует не как частный собственник, а как субъект монополизированной собственности публичного права. Такое его участие придает соответствующим решениям «смешанных комиссий» характер безусловного принуждения, в итоге превращая последних в разновидность государственных служб. Следовательно, гильдейская организация, рассматриваемая в качестве частного собственника, по сравнению с собственником в силу публичного права, каковым является государство, неизбежно отходит на второй план во всем, что касается владения и использования их общей собственности.

Здесь отчетливо проявляются логические противоречия и юридическая невозможность такой собственности, в которой собственники публичного и частного права должны сотрудничать на равных условиях; именно к этому приводят все первоначально созданные Колем в этой области научные построения. Кажущаяся таковой совместная собственность государства и гильдейской организации приводит в итоге к настоящему *societas leonine* (лат. — львиному сообществу. — *Прим. пер.*), т. е. все преимущества от такой совместной собственности (если предположить, что она возможна) получит государство. Собственность гильдий будет лишь фиктивной и только скроет под собой публично-правовой характер собственности на средства производства, принадлежащей государству как простому неизменному коллективному лицу.

Кроме того, речь здесь не может идти о реальной собственности: собственность предполагает общий раздел благ по первому требованию каждого из собственников, что в данном случае будет означать раздел собственности на средства производства, частично относящихся к публичному праву, т. е. собственности монополизированной, по требованию первой же гильдии, — это противоречие в терминах. Право потребовать раздела устранит к тому же и всякую возможность существования того экономического режима, о котором говорит мыслитель: малейшее разногласие между государством и гильдиями, малейший конфликт между самими гильдиями сможет привести к расколу и полному распаду всей экономической организации. Тем более речь не может идти о федералистической собственности государства и гильдий (на самом деле Коля совершенно об этом не думает),<sup>149</sup> поскольку эта форма собственности предполагает общую единую организацию участников такой собственности, а в данном случае, напротив, существуют две абсолютные независимые организации. Еще важнее здесь то, что субъект относящейся к публичному праву монополизировавшей экономики так же мало способен стать субъектом федералистической собственности, как и участвовать в ней. Иными словами, первоначальная система Коля вольно или невольно тяготеет к коллективизму, что находится в полном противоречии с его фундаментальной идеей равнозначности и взаимного равновесия между государственной организацией и организацией гильдейской.

<sup>149</sup> Это тем более удивительно, что в той мере, в которой идеи гильдейского социализма были применены на практике, гильдии как раз принимали характер рабочих кооперативов, т. е. они сформировались на основе федералистической собственности.

Коль сам, кажется, в достаточной степени отдает себе отчет в том, что участие государства в социалистической собственности серьезно угрожает той системе равновесия, которую он хотел бы создать. Единственный выход из этого тупика, который находит Коль, — ослабление формальных правомочий государства как политической организации. Все же оставляя государству право на безусловное принуждение, ученый предлагает лишить его права налагать наказания, которые затрагивают неприкосновенность личной свободы (т. е. тюремное заключение, принудительные работы, депортация и т. д.), и, кроме того, права располагать вооруженными силами и заключать международные договоры.<sup>150</sup> Расшатывая изнутри столь утопическим, а вместе с тем и опасным образом силу государства, которое в итоге оказывается лишеным всякой возможности нормально выполнять свои функции, Коль всеми силами старается искупить свое невольное возвращение к идее государства-собственника.

В своих более поздних произведениях, начиная с предисловия к изданию «Self-Government» (1919) и с «Social Theory» (1920), Коль ясно отдает себе отчет в том, что является основным камнем преткновения его первой системы: определение государства и организации потребителей.<sup>151</sup> В этой переработке собственных взглядов ему помогла критика представителя другого течения гильдейского социализма — Гобсона, который справедливо заметил Колю: а) что у государства есть основы, независимые от экономики, основы территориальные и духовные (*Spiritual State* (англ. — духовное государство. — Прим. пер.)); б) что «гражданин» качественно отличен от «потребителя» и что государство в осуществлении своих функций нередко противоречит интересам потребителей. Например, когда оно запрещает или ограничивает в интересах здоровья нации потребление алкогольных напитков, табака, опиума, всякого рода их заменителей и поддельных продуктов (*Hobson R. Guilds and the State. 1918. P. 24 ff., 32 ff., 105, 108 ff., 350*).

Исходя из этой критики, в своих дальнейших произведениях Коль выделяет три различные и отделенные друг от друга организации: организацию политическую (государство); организацию профессиональную, или гильдии (*на выборных основах*), и организацию потребителей (*consumers and users* (англ. — потребители и пользователи. — Прим. пер.)) (*Cole G. Social Theory. P. 66 and ff.*). Во всех случаях, в которых ранее в системе Коля государство было призвано участвовать в управлении экономической жизнью, эта задача возлагается на независимые организации потребителей и пользователей; смешанные комиссии по установлению цен, по определению общего экономического плана и контролю за качеством продукции должны, согласно новым проектам Коля, формироваться из равного числа представителей организаций гильдий и кооперативов потребителей и пользователей. Следом, по предложению Коля, в 1923 г. был изменен Устав Лиги гильдейского социализма, а статья, провозглашающая совместную экономическую деятельность государства и

<sup>150</sup> Коль предлагает передать все прерогативы высшему судебному органу, учрежденному на паритетной основе и призванному разрешать все споры между государством и гильдейской организацией.

<sup>151</sup> См. предисловие к работе Коля: *Cole G. Self-Government in Industry. 1919. P. 1–6, 14, 16, 18, 19.* — Коль сам признает, что заимствовал эту ложную концепцию у коллективистов (*Ibid. P. 3*).

гильдий была заменена положением относительно сотрудничества гильдий с рядом общественно полезных экономических организаций, и прежде всего с кооперативами потребителей. Таким образом, в новой системе Коля идея предоставления государству частичных прав собственности на средства производства теряет весь смысл своего существования. Совладельцами должны быть признаны именно гильдии и организации потребителей и пользователей. Итак, в 1919–1920 гг. Коль избегает разговора о государстве как о совладельце средств производства, так и не разрешив, однако, вопроса о субъектах социалистической собственности.

Этому есть объяснение. Коль не решил объединить союзы производителей и потребителей в вышестоящую охватывающую их организацию, и разработал крайне искусный и сложный план независимой организации пользователей. Федерация потребителей, согласно этому плану, должна разделяться на четыре основные группы: 1) домохозяйства и индивидуальное потребление; 2) клиенты основных отраслей промышленности; 3) местные и региональные заинтересованные лица (пользователи систем водоснабжения, освещения, отопления, локальных путей сообщения, школ, больниц); 4) заинтересованные лица в рамках национального потребления (на первом месте здесь железнодорожный и морской транспорт, система образования и т. д.). По Колю, первые две группы объединяются в конгресс кооперативов потребления, а две другие, частично входящие в органы местного самоуправления, формируют ряд специальных конгрессов «пользователей»: а) Конгресс народного образования, б) Конгресс социального страхования, в) Конгресс санитарной гигиены и жилищных вопросов и т. д. Все эти конгрессы объединяются для формирования Парламента, общего для потребителей и пользователей, который действует независимо и наравне с государственным парламентом и Конгрессом гильдий (см. предисловие к работе: *Cole G. Self-Government in Industry. 1919. P. 9–19*).

Нетрудно заметить, что в этом проекте искусственно объединены в одно целое, с одной стороны, действительные потребители экономических предприятий, а с другой — пользователи государственных услуг (например, школ и больниц, напрямую никак не связанных с экономической жизнью и представляющих собой государственные учреждения или органы местной власти). Не менее искусственно разделены две первые категории потребителей и гильдейской организации. Гильдии производителей, как и потребительские кооперативы, выполняют специальные экономические функции, равным образом необходимые и ценные: полная их изоляция, отделение одних от других и отрицание возможности объединить их в одной вышестоящей организации абсолютно противоречат природе вещей потому, что только их сотрудничество представляет собой экономическую деятельность. Кроме того, потребители, непосредственно не участвующие, по проекту Коля, в управлении предприятием и в контроле за производством, оказываются отброшенными на задний план экономической жизни, они лишены реальной власти и, таким образом, не занимают того положения, на которое имеют право в силу своей объективной роли в экономическом процессе. Только тогда, когда вся организация экономики, все, что заключено в ней, любая ее ячейка станет смешанной организацией, где будут представлены на паритарной основе производители

и потребители, одинаково участвующие в собственности на средства производства, только тогда потребители будут действительно в состоянии ограничивать эгоистические интересы производителей, не порабощая их при этом в своих собственных интересах. Вместо трех независимых организаций: государства, организации гильдий и организации потребителей, предлагаемых Колем, нужна двойная организация: политическая организация, наделенная всей властью, необходимой для осуществления безусловного принуждения, и экономическая организация, объединяющая на основе равенства профсоюзы производителей и кооперативы потребителей и пользователей. Этой экономической организации, являющейся сложным юридическим лицом, должна быть передана федералистская собственность на средства производства, субъектами которой должны быть одновременно все профсоюзы и все потребительские кооперативы, все их местные и центральные союзы, а также индивидуально каждый их член, рассматриваемый отдельно, но не государство, представляющее собой обладателя публичной власти. К сожалению, Коль в своей системе не смог выйти на эту идею, хотя, без сомнения, он подошел к ней ближе, чем любой другой современный социалист, и проложил к ней дорогу.

В заключение заметим, что конструктивные проекты французской Всеобщей Конфедерации Труда,<sup>151</sup> сближаясь во многом с фундаментальными идеями гильдейского социализма в том виде, как их интерпретирует Коль, отличаются, к счастью, от них в подходе к проблеме участия потребителей. Они допускают равноправных потребителей и производителей во все ячейки и во все органы единой экономической организации (от «заводского совета» до «совета директоров» какой-нибудь отрасли промышленности и «центрального совета труда»), противостоящей государству, но представляющей «всеобщий экономический интерес нации» (*Jouhaux L. La G. G. T. et le mouvement syndicaliste. 1925. P. 186, 188*<sup>152</sup>). Однако в этих структурах, которые, впрочем, мало разработаны с теоретической точки зрения, вопрос о субъектах социалистической собственности остается открытым. Лионская резолюция 1919 г. недвусмысленно заявляет, что «под национализацией мы понимаем передачу собственности самим заинтересованным лицам — объединенным производителям и потребителям» (цитата дана по: *Jouhaux L. Le syndicalisme et la G. G. T. P. 238*); в дальнейшем она признает в качестве субъекта федералистской собственности независимую экономическую организацию, а не государство. Тем не менее в большинстве других формулировок этой резолюции речь идет о передаче собственности на средства производства «под выший контроль государства» и предусматривается только прямое управление, осуществляемое заинтересованными лицами, но не их участие в собственности. Государство призвано участвовать на равной основе с потребителями и производителями в центральном управлении каждой отраслью промышленности (*Ibid. P. 208, 210; Jouhaux L. La G. G. T. et le mouvement syndicaliste. P. 187 et suiv.*). Таким образом, складывается впечатление, что конструктивный синдикализм склонен видеть государство восстановленным

<sup>152</sup> «Представительство всех областей производства и потребления в их гармоничном единстве при подчинении их деятельности директивам всеобщего интереса».

в своих экономических функциях в качестве высшего собственника средств производства.

Подобное непостоянство без труда объясняется тем, что проекты «национализации промышленности»,<sup>153</sup> разработанные Всеобщей Конфедерацией Труда, на деле предусматривали только реорганизацию «государственных служб» (таких, как почта, телеграф, транспорт, водоснабжение, газоснабжение, электроснабжение и т. д.), а не частных предприятий. Не может быть никакого сомнения в том, что в отношении государственных служб, которые частично входят в государственную организацию (например, почта, телеграф, телефон, транспорт) либо в рамки местного самоуправления (электричество, газ, службы водоснабжения), государство, преследуя скорее идеальные цели, а не одну чисто экономическую цель, становится напрямую заинтересованной стороной и естественным собственником соответствующих средств производства (прямым собственником или собственником через посредство муниципалитетов и коммун). В состав государственных служб должны быть включены предприятия, без которых государство как независимая организация вообще существовать не может: например, угольные шахты, так как их продукция необходима для функционирования транспорта, телеграфа, водоснабжения и т. д.

Государственные службы, как бы они ни были реорганизованы и какую бы широкую самостоятельность им ни предоставили, немыслимы вне государственной собственности, относящейся к публичному праву. Но вопрос и состоит как раз в том, чтобы четко разделить социализацию государственных служб, представляющую собой государственную проблему внутреннего порядка, и социализацию исключительно экономических предприятий, интересующую экономическое сообщество, по сути своей, независимое от государства. Здесь требуется решение проблемы, в корне отличающееся от решения, применимого по отношению к государственным службам. Оно может быть найдено только в передаче федералистской собственности на средства производства независимой экономической организации, представляющей всеобщий экономический интерес нации (будучи основанной на принципе равенства производителей и потребителей) и уравнивающей государственную власть, которой принадлежит власть безусловного принуждения. Конструктивный синдикализм, сосредоточиваясь на чисто практических проблемах (действительно, в рамках капиталистической системы можно широко и очень эффективно обсуждать только проблему обобществления государственных служб), не смог надлежащим образом провести это основное и необходимое различие, вытекающее из его собственных предпосылок. Однако его научные заслуги весьма значительны и удачно дополняют идеи гильдейского социализма.

\* \* \*

В заключение отметим, что проблема «социализации» тесно связана с идеей равновесия между государством и «федералистической собственностью» независимого экономического организма, которые противостоят друг другу.

---

<sup>153</sup> На эту тему см. конкретизированную декларацию, содержащуюся в программе-минимум ВКТ, 1927 г. (Atelier. 1928. № 53. P. 349, 350).

Право бессильно без опоры на те грубые и примитивные силы, которые поддерживают его и которые оно может только направлять и облагораживать, но не уничтожать. Для того чтобы обладать способностью организовать национальное производство и утвердить свою независимость по отношению к государству, «социальное право» соответствующего экономического организма, состоящего из объединенных на паритетной основе профсоюзов производителей и кооперативов потребителей, должно опираться на первичную силу собственности, имеющуюся в его распоряжении. А чтобы помешать этой экономической организации превратиться в полновластного господина, ей должна быть противопоставлена другая первичная сила — безусловное принуждение, осуществляемое государством, гарантом всех духовных ценностей нации. Следует также отказаться от взятых отдельно *идеализма* и *реализма*, как от основы всякого политического и общественного созидания. «Спиритуалистический реализм», «идеал-реалистичная система», приводящая в равновесие первичные разнонаправленные силы, чтобы поставить их на службу идеям (метод, яркие примеры использования которого можно найти в построениях Спинозы, Монтескье, Прудона и, совсем недавно, Ориу), — вот система, которая должна обязательно лечь в основу любой позитивной теории социализации. Истинный смысл социализма можно постичь только через *плюралистическую философию права и общества*.<sup>XLII</sup>

## Комментарии

<sup>1</sup> Здесь дается буквальный перевод. «Институт» в данном случае обозначает научный центр по изучению социальных наук и права, а Лионский университет как «секция» — одно из входящих в этот центр учебное заведение. Подобные научные центры (в современном французском языке используется термин «центр») временно создавались несколькими учебными или научными заведениями для проведения конференций. Научный центр, о котором идет речь в тексте, был организован Ж. Гурвичем в Лионском университете в 1933 г. при содействии одного из наиболее престижных научных учреждений Франции — Школы высших исследований в социальных науках (l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales — EHESS), в которой в то время он читал курс лекций по юридической социологии.

<sup>2</sup> 1. «Архивы философии права и юридической социологии» («Archives de philosophie du droit et de la Sociologie juridique») — журнал, созданный в издательском доме «Dalloz-Sirey» в 1931 г. в Париже по инициативе юридического факультета Парижского университета (сегодня — университет права и социальных наук Париж II Panthéon) совместно с гуманитарным факультетом Сорбоннского университета. Основным направлением журнала были проблемы философии и социологии права. Ж. Гурвич был одним из руководителей этого журнала. 2. «Ежегодник Международного института философии права и юридической социологии» («Annuaire de l'Institut international du Droit et de la Sociologie juridique») — периодическое ежегодное издание, созданное под патронажем Ж. Гурвича в 1934 г. Помимо материалов по научной жизни самого Института (в которой участвовали такие авторы, как Г. Кельзен, Г. делья Веккио и др.), журнал публиковал интересные статьи по социолого-правовой, философско-правовой тематикам, по юридической антропологии и этнологии. 3. Журнал

«Ревю метафизики и морали» («La Revue de métaphysique et de morale») образован в 1922 г. в издательстве Armand Colin. Первоначально журналом руководил известный философ Ксавье Леон (Xavier Léon), в журнале публиковались статьи философов преимущественно неокантианской ориентации (в частности, Леон Бруншвиц) и авторов так называемого течения философии Духа (Лесен, Лавель, Набер и др.). 4. Журнал «Философское ревю Франции и зарубежья» («La Revue philosophique de la France et de l'étranger») создан в издательстве Французской университетской литературы («Presses universitaires de France») в 1924 г. В создании этого журнала участвовали все ведущие философские общества Франции, в нем публиковались многие известные философы Франции, Италии, Германии. У французских философов того времени было принято публиковать свои работы сразу в двух названных философских изданиях.

<sup>3</sup> Леви Эммануэль (Levy Emmanuel), 1871–1943 — французский правовед и философ, последователь Дюркгейма, профессор Лионского университета, один из идеологов социализма во Франции. За основу своих исследований Леви взял теорию коллективного сознания Дюркгейма, в рамках которой рассматривал право как доверительное отношение. Право в данном аспекте предстает как реализованная в рамках коллективного сознания двусторонняя связь коллективных ожиданий и коллективных обязательств, которая строится на основании взаимного доверия социальных групп. Индивидуальные правоотношения суть лишь частные проявления этих обязательств и ожиданий. Наиболее полно Леви изложил свои взгляды в неоднократно переиздававшейся работе «Основы права» («Les fondements du droit»). Основные работы: «Sur l'idée de transmission des droits» (1896), «Vision socialiste du Droit» (1899), «L'affirmation du droit collectif» (1903), «Les fondements du droit» (1903).

При подготовке комментариев были использованы материалы Энциклопедического словаря Брокгауза и Ефрона, словаря «Современная зарубежная социология» (М., Политиздат. 1991).

<sup>iv</sup> Дисконтинуальность (фр. — *discontinuité*) — прерывистость, непредсказуемость, скачкообразный характер процесса развития какого-либо явления; континуальность (фр. — *continuité*) — наоборот, равномерность, предсказуемость развития того или иного явления, которое плавно переходит из одного состояния в другое; термины диалектики Гурвича.

<sup>v</sup> Джеймс (Джемс) Уильям (James William), 1842–1910 — американский философ и психолог. Свою философию сам Джеймс характеризовал как «радикальный эмпиризм», провозглашая единственной реальностью непосредственный чувственный опыт индивида. Давая эмпирическую трактовку религиозного опыта, он отвергал традиционный теистический дуализм творца и творения и основанную на нем богословскую концепцию религии и религиозной веры. Хотя религия получает в его теории прагматическое оправдание, она истолковывается как спонтанно возникающие субъективные переживания и описывается в психологических терминах. Всесторонний анализ религиозного опыта, проведенный Джеймсом, и сделанные им выводы позволяют говорить о том, что американский ученый был одним из основателей психологии религии, которая стала в XX в. самостоятельной дисциплиной в рамках религиоведения. Основные сочинения: «Принципы психологии» (1890), «Воля к вере и другие очерки популярной философии» (1897), «Многообразие религиозного опыта: Изучение человеческой природы» (1902), «Прагматизм» (1907), «Значение истины» (1909), «Плюралистическая вселенная» (1909).

<sup>vi</sup> В другом месте Гурвич дает краткую характеристику положений теорий интегрального опыта, обладающих, по его мнению, научной и практической ценностью: 1) в первую очередь это положение об искусственности, конструированности всякого научного опыта, включая и наиболее обыденные его проявления; подобный опыт не относится к опыту непосредственного, но имеет таковой в качестве своего последнего основания; он находится в латентном состоянии и может актуализироваться

только с помощью философской рефлексии; 2) для актуализации этого опыта необходимо длительное очищение опыта, потому что «непосредственное — это наиболее удаленное от нас»; 3) интегральный опыт непосредственного является одним из элементов философского знания и не относится к области знания научного; 4) этот опыт относится к сфере как духовного, так и чувственного; 5) для данного опыта характерен плюрализм; 6) каждый конкретный опыт представляет собой бесконечное множество возможных опытов; 7) интеграция каждого элемента рассматриваемого опыта в Целое позволяет отличить опыт непосредственного от иллюзии; 8) любой духовный опыт проявляется прежде всего в чувственном; 9) интегральный опыт может быть как индивидуальным, так и коллективным; 10) нравственный опыт является одной из разновидностей опыта непосредственного (*Gurvitch G. Morale théorique et science des moeurs. P. 127–132*).

<sup>vii</sup> Валь Жан (Wahl Jean), 1888–1974 — французский философ XX в., представитель экзистенциализма, профессор Сорбоннского университета. Валь сыграл важную роль в становлении академической науки во Франции в послевоенные годы, на этой почве он тесно сотрудничал с Гурвичем. Известен своими переводами на французский язык работ датского философа Киркегора, а также Гуссерля, Хайдеггера и других немецких философов, был популяризатором идей экзистенциализма и феноменологии во Франции. Валь организовал журнал «*Deucalion*» в 1946 г., стал создателем Французского философского колледжа в 1947 г., главным редактором журнала «*Revue de Métaphysique et de Morale*» с 1950 г. вплоть до своей смерти. Основные работы: «*Le malheur de la conscience dans la philosophie de Hegel*» (1929), «*Les études Kierkegaardianes*» (1938), «*Sur l'interprétation de l'histoire de la métaphysique d'après Heidegger*» (1951), «*Vers la fin de l'ontologie*» (1956), «*L'expérience métaphysique*» (1964).

<sup>viii</sup> Брэдли Фрэнсис Герберт (Bradley Fransis Herbert), 1846–1924 — английский философ, представитель неогегельянства.

В своих работах на основе кантианской и гегельянской философии критиковал присущий английской философии индивидуализм (Спенсер, Бентам, Д. С. Милль и т. д.). В духе Гегеля Брэдли утверждал, что индивид может обрести смысл своего бытия только в целом, но при этом Брэдли считал индивида высшей ценностью общества. Задачей общества, обладающего лишь метафизическим превосходством над индивидом, является защита его прав, способствование раскрытию заложенных в индивида способностей. За апологию человека и его чувственной жизни как важнейших элементов социума Брэдли получил прозвище «пророка плоти». Основные работы: «Ethical Studies» (1878), «Principles of Logic» (1883), «Apeargance and Reality» (1893).

<sup>IX</sup> Гонтье де Биран Мари Франсуа Пьер, известен как Мэн де Биран (Marie François Pierre Gontier de Biran, dit Maine de Biran), 1766–1824 — французский философ, один из основателей «рефлексивной философии». Принимал активное участие в Великой французской революции, в течение длительного времени занимал руководящие посты в родном городе Бержерак. В своих работах он разрабатывал вопросы метафизики воли и обосновывал последнюю через введенное им в оборот понятие «скрытый смысл» («sens intime»). Философские взгляды Мэн де Бирана, изложенные в 1792 г. в «Journal intime», послужили своеобразным мостом между материализмом XVIII в. и идеализмом XIX в. Интерес представляет и его жизненный путь от атеизма до принятия христианства. Философия Мэн де Бирана — субъективистская; в центр познавательного процесса он ставит изолированного индивида. Но при этом индивид рассматривается не как абстрактная субстанция, а как деятель, т. е. неотрывно от своего труда и деятельности: «человеческое Я тождественно его деятельности». Проводя различие между активным и пассивным восприятием, он вводит в оборот термин «бессознательное», которым обозначает «ощущение человеком собственного телесного бытия». Основные работы: «Journal intime» (1792), «Influence de l'habitude sur la faculté de penser» (1802),

«Décomposition de la pensée» (1802), «Essai sur les fondements de la psychologie» (1859).

<sup>X</sup> В изданной три года спустя работе «Социологические очерки» («Essais de sociologie») Гурвич поясняет, что возможность такой «трансцендентальной феноменологической редукции» содержится только в этике и правоведении, тогда как в других социологических дисциплинах такая возможность отсутствует (Ibid. P. 21).

<sup>XI</sup> Биль Габриель (Biel Gabriel), 1425–1495 — немецкий богослов Средневековья, профессор Тюбингенского университета, ученик Фомы Аквинского, один из последних представителей схоластической традиции в богословии. В своих работах Биль придерживался номиналистической традиции, которую пытался совместить с некоторыми элементами реализма. Наряду с богословием Биль занимался проблемами политэкономии. По его мнению, цена товара определяется не самими человеческими потребностями, но фактом ограниченности ресурсов и благ. Основные работы: «Sacri canonis Missae expositio resolutissima literalis et mystica» (1576), «Epitome expositionis canonis Missae» (1565), «Sermones» (1585), «Collectorium sive epitome in magistri sententiarum libros IV» (1574), «Tractatus de potestate et utilitate monetarum».

<sup>XII</sup> Васкез Габриель (Vasquez Gabriel), 1549–1604 — испанский богослов, один из наиболее известных последователей Фомы Аквинского. Следуя идеям своего учителя, Васкез внес в них некоторые коррективы. Он постулировал автономию разума и выступал против попыток ограничения человеческой свободы и развития социальной жизни через концепцию предопределения. Так, по его мнению, естественное право заключается в разумной природе человека и сводится к признанию определенных действий либо соответствующими разуму, либо противоречащими ему. Божественный промысел может влиять на такое право, но не является его источником. Сам промысел — это не сущность, а лишь Логос, орудие действия Бога в мире. Основные работы: «De cultu adora-

tionis libri tres et disputationes duae contra errores Felicis et Elipandi» (1594), «Commentariorum ac Disputationum in (partes) S. Thomae» (1598–1615), «Paraphrases et compendiaria explicatio ad nonnullas Pauli Epistolas» (1612), «Metaphysicae disputationes» (1617).

<sup>xiii</sup> Краузе Христиан (Krause Christian), 1781–1832 — немецкий религиозный философ, правовед. В своих главных работах «Прообраз человечества» (1811), «Очерк системы философии права» (1828) первым дал социологическое обоснование теории естественного права. Он считал, что индивид как совершеннейшее существо в мире является одновременно и основой, и частью социальных общностей (семьи, народа, государства и т. п.), жизнедеятельность которых регулируется естественным (для человеческой природы) правом — поэтому для изучения такого права более всего подходит рассмотрение социальных общностей в их становлении и развитии.

<sup>xiv</sup> Ллойд Джордж Дэвид (Lloyd Georges David), 1863–1945 — публицист, политический деятель Англии первой половины XX в., один из лидеров либеральной партии. В период 1916–1922 — премьер-министр Великобритании.

<sup>xv</sup> Спенсер Герберт (Spencer Herbert), 1820–1903 — английский философ и социолог. Ключом к его системе объединенной науки является работа «Основные начала» («First Principles», 1862), в самом начале которой утверждается, что мы ничего не можем знать о последних основаниях действительности. В 1858 г. Спенсер составил план сочинения, ставшего главным трудом его жизни, «Система синтетической философии» («A System of Synthetic Philosophy»), которое должно было включать в себя 10 томов. В серию вошли: «Принципы биологии» («The Principles of Biology». 2 vol., 1864–1867); «Принципы психологии» («The Principles of Psychology»); в одном томе вышла в свет в 1855 г., в двух томах — в 1870–1872); «Принципы социологии» («The Principles of Sociology». 3 vol., 1876–1896), «Принципы этики» («The Principles of Ethics». 2 vol., 1892–1893). Самую большую научную ценность представляют его исследования по социологии,

в том числе труды «Социальная статика» («Social Statics», 1851) и «Социологические исследования» («The Study of Sociology», 1872) и работа в восьми томах, содержащая систематизированные социологические данные, «Описательная социология» («Descriptive Sociology», 1873–1881). Спенсер — основатель «органической школы» в социологии. С его точки зрения, общество — это эволюционирующий организм, подобный живому организму, рассматриваемому биологической наукой. Общества могут организовывать и контролировать свои собственные процессы адаптации, и тогда они развиваются в направлении милитаристских режимов; они также могут позволить более свободную адаптацию, и тогда превращаются в промышленно развитые государства. Однако неумолимый ход эволюции делает адаптацию «не случайностью, но необходимостью». Социальная эволюция является процессом возрастающей «индивидуации». Среди других работ Спенсера — «The Man versus the State», 1884; «Philosophy and Religion. The Nature and Reality of Religion», 1885; «The Proper Sphere of Government», 1843; «Education: Intellectual, Moral, Physical», 1861; «Essays: Scientific, Political, and Speculative», 3 vol., 1891; «The Data of Ethics», 1879; «Justice», 1891; «Facts and Comments», 1902.

<sup>xvi</sup> Паунд Роско (Pound Roscoe), 1870–1964 — американский юрист, глава так называемой социологической школы права, основывающейся на философии прагматизма. Рассматривал право как режим упорядочения человеческих отношений, отводил основную роль в судебном процессе судье, а не нормам права. Философской основой учения Паунда послужили идеи прагматизма — ведущего направления в философии США начала XX в. Краеугольный постулат философии прагматизма гласит: любые теоретические построения необходимо оценивать с точки зрения их практического значения. В соответствии с этим Паунд призывал юристов не ограничиваться изучением «права в книгах» (т. е. права в законе, в нормативных актах) и обратиться к анализу «права в действии». Юридическая наука, считал он, призвана

показать, как право реально функционирует и влияет на поведение людей. Противопоставление «права в книгах» и «права в действии» со временем стало символом всей прагматической юриспруденции в США. Социологическая направленность концепции Паунда наиболее ярко проявилась в трактовке права как формы социального контроля. Согласно взглядам ученого, право является одним из способов контроля за поведением людей наряду с религией, моралью, обычаями, домашним воспитанием и др. Такой подход ориентировал юридическую науку на изучение права в контексте социальных отношений, требовал учитывать взаимодействие правовых норм с иными социальными регуляторами. Все свои разработки Паунд свел в 5-томном сборнике «Jurisprudence» (1959).

<sup>xvii</sup> Катрсын Виктор (Cathrein Viktor), 1845–1931 — немецкий правовед, философ и католический богослов. После начала франко-германской войны в 1872 г. Катрсын был вынужден покинуть Германию из-за своих религиозных убеждений и важной роли в деятельности ордена иезуитов в Германии. Известен своими работами в сфере религиозно-нравственной философии и исследованиями по естественному праву. Центральными темами его работ были обоснование нравственности на идеях естественного права, исследование религиозных истоков социализма. Катрсын считается одним из наиболее авторитетных представителей религиозно-нравственного учения католицизма. Основные работы: «Philosophia moralis» (1904), «Moralphilosophie» (1910–1911).

<sup>xviii</sup> Фоконне Поль (Fauconnet Paul), 1874–1938 — французский социолог и этнолог, последователь Дюркгейма, профессор Тулузского и Сорбоннского университетов. Основу его исследований составляли проблемы нравственности, их сравнительный анализ в примитивных и современных европейских обществах. Единственное крупное произведение Фоконне («Ответственность») написано в 1914 г. и опубликовано в 1920 г. Оно представляет собой прямое продолжение тезисов Дюркгейма, сформулированных

им в работе «О разделении общественного труда». Фоконне трактует преступление как посягательство на «коллективное сознание», а наказание — как реакцию группы на это посягательство. Основные работы: «Responsabilité. Etude et Sociologie» (1920), «Bibliographie et Classification des faits juridiques» (1932).

<sup>xix</sup> Дави Жорж (Davy Georges), 1883–1976 — французский социолог, ученик и последователь Дюркгейма. Дави специализировался по проблемах социологии права и организации, был сторонником социологического объективизма. По его мнению, «социальная группа в сопоставлении со своими индивидуальными элементами представляет собой особое существо, которое чувствует, думает и действует особым образом», а общество является принципом объяснения индивида. Тс же принципы характерны и для правового учения Дави. Все правовые институты он рассматривал как нечто объективное, независящее от воли сторон. Так, в своей работе «La foi jurée» (Р. 374) он пишет: «Договор не есть... изобретение юридического индивидуализма, это объективный институт». Ряд исследований Дави был посвящен изучению правовых институтов первобытных народов, в частности — институту потлача, который Дави считал источником политической власти. Основные работы: «Le Droit, l'idéalisme et l'expérience» (1922), «La foi jurée» (1922), «De clans aux Empires» (1923, в соавторстве с А. Морс), «La sociologie» (1924), «Sociologues d'hier et d'aujourd'hui» (1931).

<sup>xx</sup> Деа Марсель (Deat Marcel), 1894–1955 — французский политический деятель, сторонник идей национал-социализма. В 1933 г. основал социалистическую партию, лозунгом которой было: «порядок, власть, нация». По причине своих антикоммунистических взглядов Деа отказался примкнуть к Народному фронту. В 1941 г. он основал Национальное народное собрание (Rassemblement national populaire), созданное для сотрудничества с немецкими властями и для «защиты расы». Деа был государственным секретарем и министром

труда и национальной солидарности в правительстве Виши. После свержения вишистского режима Деа вступил в монашество неподалеку от Турена, где умер в 1955 г. Основу положений Деа составляла критика существующего капиталистического режима и опасностей, ожидающих общество от коммунизма. Основная работа: «*Perspectives socialistes*» (1933).

<sup>xxi</sup> Ренар Жорж (Renard Georges), 1876–1943 — французский правовед, сторонник теории институционализма, идеолог социализма. Ренар понимал под правом систему институционно оформленных социальных фактов. По мнению Ренара, в обществе взаимодействует бесчисленное множество социальных институтов — коммерческие ассоциации, семья, профсоюзы, партии, различного рода корпорации, государство, церковь и т. п. Всем институтам независимо от их функциональных особенностей и места, занимаемого в обществе, присущи следующие основные признаки: наличие организующей идеи, властность и нормативно-правовой характер. И хотя в рамках любой социальной организации действуют те же конкретные индивиды, институт в силу названных качеств превосходит по длительности существования социальное время жизнедеятельности его членов и потому становится объективной, независимой от субъективизма системой. Критикуя правовую позитивизм, Ренар утверждал, что правовая норма является правовой лишь постольку, поскольку она легитимирована в институте. Отсюда Ренар развивал концепцию правового плюрализма: множеству институтов соответствует, по его мнению, множество юридических систем, которые формируются как противовесы для ограничения прав государства и сдерживания его интервенционистской политики. Соответственно наилучшее общественное устройство Ренар видел в социалистическом режиме, где каждая социальная группа могла бы самоорганизоваться, имела бы возможность выражать свои интересы. Основные работы: «*Le Régime socialiste*» (1926), «*La théorie de l'institution: Essai d'ontologie juridique*» (1930), «*La philosophie de l'institution*» (1931).

<sup>xxii</sup> Ришар Гастон (Richard Gaston), 1860–1945 — французский социолог. Первоначально, как ученик и сторонник Дюркгейма, Ришар принимал активное участие в деятельности созданного Дюркгеймом кружка его единомышленников. Ришар работал в журнале «*Année Sociologique*», но уже в написанных в тот период статьях по социолого-правовой тематике проявил стремление к самостоятельному мышлению вне рамок учения Дюркгейма. Ришар был первым, кто в 1907 г. вышел из группы Дюркгейма из-за несогласия со взглядами своего учителя и стал активным критиком социологического учения Дюркгейма. Ришар сблизился с известным в то время французским социологом Рене Вормсом. Основные работы: «*L'Origine de l'idée de droit*» (1892), «*Le Socialisme et la science sociale*» (1897).

<sup>xxiii</sup> Виндельбанд Вильгельм (Windelband Wilhelm), 1848–1915 — немецкий философ, глава баденской школы неокантианства. Философию рассматривал как критическую науку об общепринятых ценностях. Различал науки о культуре, которые стремятся понять единичные факты, и науки о природе. Рассматривал культуру как процесс осознания и воплощения ценностей. Ставил задачу раскрыть общезначимые предпосылки разумной деятельности, на которых основывается культура. Исследование всех культурных реалий рассматривал как материал для обнаружения основной структуры, которая присуща культурному творчеству во вневременном, сверхэмпирическом существе разума. Основные работы: «*Geschichte der abendländischen Philosophie im Altertum*» (1893), «*Geschichte der neueren Philosophie*» (1878–1880), «*Philosophie in deutschen Geistesleben des XIX Jahrhunderts*» (1909).

<sup>xxiv</sup> Шартье Эмиль, псевдоним — Ален (Chartier Emile, dit Alain), 1868–1951 — французский политический деятель, представитель радикального социализма. Целью общественного устройства является, по Алену, обеспечение свобод человека. Эта цель противоречит сущности государства как иерархической структуры властвования, несовместимой с принципами равенства. Поэтому любое государственное устройство, даже

демократическое, препятствует социальному прогрессу. Ален называет государство «метафизическим тираном», но не призывает к его уничтожению. По его мнению, государство само отомрет в процессе своей эволюции, а задача прогрессивно мыслящих людей — выделиться из толпы и освободиться от опеки государства. Основные работы: «*Eléments d'une doctrine radicale*» (1925), «*Le Citoyen contre les pouvoirs*» (1926), «*Propos de politique*» (1934), «*Politique*» (1952).

<sup>xxv</sup> Местр Жозеф, де (Maistre Joseph, de), 1753–1821 — французский философ, писатель и политический деятель. В философии он был сторонником концепции врожденных идей, истинность которых основана на их божественном происхождении и на «общем разуме», не подверженном заблуждениям. Мир, полагал он, движется Провидением, чьи законы недоступны разуму. Божественная справедливость, по Местру, не имеет ничего общего со справедливостью человеческой, что подтверждается опытом Французской революции с ее безвинными жертвами. Законы Провидения не распространяются на всю реальность, оставляя место вторжению случайности и человеческой свободе, в которой, собственно, и лежит причина зла. В политической философии Местра преобладало «органическое» понимание народа и государства, жизнь и деятельность которого, с его точки зрения, определяются традициями, религиозным чувством и церковным авторитетом. Основные работы: «*Considérations sur la France*» (1796), «*Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*» (1814), «*Les soirées de Saint-Pétersbourg, ou le gouvernement temporel de la providence*» (1821), «*De l'Eglise gallicane*» (1821), «*Examen de la philosophie de Bacon*» (1836), «*Lettres sur l'Inquisition espagnole*» (1838).

<sup>xxvi</sup> Туре Жак Гийом (Thouret Jacques Guillaume), 1746–1794 — французский политический деятель, активный участник Великой французской революции. В 1773 г. Туре избирается депутатом от третьего сословия города Руан. В Национальном собрании выступал за национа-

лизацию имущества Церкви и уничтожение религиозного сословия. Во многом благодаря его инициативам было проведено деление Франции на провинции.

<sup>xxvii</sup> Вот как Гурвич выражает эту мысль в опубликованной в 1918 г. на русском языке работе: «Социальное право есть квинтэссенция демократии. Оно юридически концентрирует и воплощает в себе идею соборного самоуправления на началах равенства и свободы, оно требует их осуществления в организации, порождаясь само еще до всякого организованного расчленения соборного целого, из самого факта данного объединения. И не только демократия неразрывно связана с суверенитетом социального права, но и, наоборот, социальное право не может найти никаких других воплощений, кроме демократии: демократия есть организованное социальное право, и суверенитет социального права есть демократия» (цит. по: Гурвич Г. Д. Будущность демократии // Журнал социологии и антропологии. 2000. Т. 3, вып. 1).

<sup>xxviii</sup> Бернштейн Эдуард (Bernstein Eduard), 1850–1932 — один из руководителей германской социал-демократии и II Интернационала. В конце 90-х годов XIX в. опубликовал в партийной печати серию статей «Проблемы социализма», изданных затем в книге «Предпосылки социализма и задачи социал-демократии» (1899). Исходя из выводов Маркса о том, что ни одна общественно-экономическая формация не погибает раньше, чем производительные силы исчерпают свой потенциал развития, Бернштейн утверждал, что капитализм еще далек от своего конца и завершения. Бернштейн доказывал, что практика не подтвердила ни теории «крушения капитализма», ни идеи «обнищания пролетариата». По мнению Бернштейна, идея социализма как идея далекого будущего отвлекает рабочее движение от борьбы за лучшее настоящее. Отсюда вытекает ставшее знаменитым его суждение о социализме: «Цель для меня ничто, движение же — все». Бернштейн призывал к ревизии (пересмотру) тех положений марксизма, которые не соответствовали новой эпохе, к свободе критики теоретической

части программы социал-демократии, составленной в духе марксизма. Основные работы: «Die Problemen des Sozialismus» (1897–1898), «Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgaben der Sozialdemokratie» (1899), «Geschichte des Socialismus in Einzeldarstellungen» (1895), «Zur Geschichte und Theorie des Socialismus» (1901), «Elend der Philosophie» (1907), «Internationale der Arbeiterklasse und der europische Krieg» (1916), «Socialismus und Demokratie in der grossen englischen Revolution» (1922).

<sup>xxxix</sup> Бринц Алойс, фон (Brinz Aloys, von), 1820–1887 — немецкий правовед, известный своими работами по истории римского права, профессор Пражского, Мюнхенского, Тюбингенского университетов. Помимо своих научных исследований (отличавшихся подобным изложением и анализом исторических источников), Бринц принимал активное участие в политической жизни Австро-Венгерской империи — был одним из парламентских лидеров в чешском и австрийском парламентах, отстаивал интересы немецкого населения империи. Основная работа: «Lehrbuch der Pandekten» (1857–1871).

<sup>xxx</sup> Брусс Поль (Brousse Paul), 1844–1912 — французский политический деятель, сторонник идей социализма. В 1882 г. Брусс основал социалистическую партию, которая получила названия «поссибилистской», или «брусссоистской». Цели данной политической партии состояли в проведении в обществе глубоких преобразований, но без использования революционных методов, а через реформирование системы местного самоуправления и предоставления последней больших полномочий. Брусс критиковал марксизм за свойственный ему утопизм и ратовал за «историческую социологическую науку», за «реалистический социализм», способные на основе исторического опыта определить общественный идеал. Так, в Парижской коммуне он видел не просто народное возмущение, но и продолжение «коммуналистических» традиций Средневековья. Брусс — автор многочисленных газетных статей.

<sup>xxxi</sup> Вандервельд Эмиль (Vandervelde Emile), 1866–1938 — бельгийский поли-

тический деятель, профессор политэкономии в Брюссельском университете, лидер социалистического движения в Бельгии, с 1899 г. — председатель Рабочей партии Бельгии, с 1929 г. — президент Социалистического Интернационала. Вандервельд в течение длительного времени занимал министерские посты в бельгийском правительстве (министр юстиции, иностранных дел, здравоохранения).

<sup>xxxii</sup> Пепе Чезаре, де (Peape Cesar, de), 1842–1990 — бельгийский политический деятель, философ, один из лидеров социалистического движения в Бельгии XIX в. Основатель Народной партии (впоследствии ставшей одной из секций Социалистического Интернационала), участвовал в создании ряда журналов социалистической направленности («La Tribune du Peuple»), («La Voix de l'ouvrier», «Le Peuple»), («De Werker»), известен своими концепциями в области аграрной политики. Основные работы: «Sociale gezondheidsleer. Over de ziekten des schoenmaker eigen en de oorzaken zijner vroegtijdige dood» (1874), «Strekkingen des huidige gemeenen stands» (1875).

<sup>xxxiii</sup> Пеллутье Фернан (Pelloutier Fernard), 1867–1901 — французский мыслитель и политический деятель, идеолог синдикализма (на французском языке — syndicat). На основе прудоновских идеи о возможности самоорганизации общества через автономные ассоциации Пеллутье призывал к изменению общественного устройства путем предоставления профсоюзам властных функций. Каждая профессия должна была быть, по мнению Пеллутье, организована в профсоюз, в рамках последнего избирается совет, а на национальном уровне профсоюзы объединяются в форме федерации. Пеллутье считал, что по аналогии с этой профсоюзной структурой должны существовать и так называемые биржи труда, которые призваны калькулировать потребности и ресурсы общества и предоставлять такие данные профсоюзам. Биржи труда должны были также заниматься распределением и обменом произведенных профсоюзами продуктов. Основные работы: «L'Organisation corporative, L'Art social» (1896), «Histoire des Bourses du Travail» (1902).

<sup>xxxiv</sup> Лягарделль Юбер (Lagardelle Hubert), 1874–1958 — французский философ и политический деятель, один из лидеров анархо-синдикалистского движения во Франции начала XX в., основатель и руководитель ведущего социалистического издания Франции — «Социалистическое движение» (Le Mouvement socialiste), активно участвовал в деятельности Всеобщей Конфедерации Труда. Выступал за решительные меры в борьбе рабочего класса за свои права: забастовки, акции неповиновения и т. п. После первых результатов революции в России Лягарделль начинает постепенно отходить от первоначальных взглядов и сближаться с национал-социалистическим движением; с 1926 г. примыкает к фашистской партии. После прихода фашистов к власти во Франции Лягарделль становится министром труда в правительстве Петена. Основные работы: «Les Intellectuels devant le socialisme» (1901), «Syndicalisme et socialisme» (1908), «Le Parti socialiste et la Confédération générale du travail» (1908), «Michel Bakounine» (1908).

<sup>xxxv</sup> Сорель, Жорж (Sorel, Georges), 1847–1922 — французский мыслитель, теоретик анархо-синдикализма, автор работ по политическим и экономическим проблемам, истории, этике, философии науки и др. Он отвергал рационалистическую интерпретацию общества и истории, идею социального прогресса; стихийное, иррациональное движение масс противопоставлял организованной политической борьбе, насилие (как высшее творческое начало истории) — силе (как выражению авторитарной государственности). Фундаментальным компонентом сознания класса и социальной группы, согласно Сорелю, является миф, который трактуется как объединяющий и побуждающий к действию эмоционально-психологический императив, близкий к религии, поскольку он основан не на знании, не на детерминистских схемах, а на вере. К числу таким образом понимаемых мифов Сорель относил идеи революции и всеобщей забастовки, занимающие центральное место в его воззрениях. Любые формы лидерства, партийной и государственной организации им отвергались. Сорель и другие теоретики анархо-

синдикализма (Лягардель, Берт) резко критиковали государство, демократию и парламентаризм. Основные работы: «Contribution à l'étude profane de la Bible» (1889), «Introduction à l'économie moderne» (1903), «La décomposition du Marxisme» (1908), «Illusions du Progrès» (1911), «Réflexions sur la violence» (1912).

<sup>xxxvi</sup> Пуже Эмиль (Pouget Emile), 1860–1931 — французский политический деятель, идеолог пролетарского движения во Франции начала XX в., известный публицист. Политическая позиция Пуже сформировалась как нечто среднее между анархизмом в духе Бакунина и ортодоксальным марксизмом, а сам он известен как непримиримый боец против буржуазного общества и всего, что связано с капиталистическим строем. Принял активное участие в деятельности Всеобщей Конфедерации Труда Франции. Из-за негативной реакции властей на его ультрарадикальную позицию Пуже несколько раз вынужден был эмигрировать из Франции. Под его началом были созданы такие рабочие газеты, как «La Voix du Peuple», «La Révolution», где печатались и статьи самого Пуже. Основные работы: «Le fondement du syndicalisme» (1908), «La Confédération générale du Travail» (1908), «L'action directe» (1911), «Le sabotage» (1913), «La Partie du Travail» (1922).

<sup>xxxvii</sup> Честертон Гилберт Кейт (Chesteron Gilbert Keith), 1874–1936 — английский политический деятель консервативной направленности, философ, литературный критик. Поначалу Честертон занимал крайне реакционную позицию по отношению к разного рода «социалистическим» нововведениям в социальной жизни; после обращения в католичество (1922 г.) его позиция значительно смягчилась. В экономической сфере Честертон призывал к поддержке мелкого бизнеса. В своих работах Честертону удавалось сочетать элементы разных доктрин и учений и за подобный эклектизм, выполненный в превосходной литературной форме, Честертон называли «королем парадоксов». Честертон излагал свои политические взгляды в форме литературных эссе, газетных статей и т. п. Основные работы: «The Napoleon of Notting Hill» (1904),

«The Man Who Was Thursday» (1908), «Tremendous Trifles» (1909), «Come to Think of It» (1930).

<sup>xxxviii</sup> Орейжд Альфред Ричард (Orage Alfred Richard), 1887–1934 — английский философ, пропагандист учения Г. И. Гурджиева, активист социалистического движения в Англии, редактор влиятельного журнала «New Age», основатель и руководитель журнала «New English Weekly». Политические взгляды Орейджа были сформированы под влияние философо-религиозной доктрины Гурджиева и сводились к призывам о гуманизации социальной политики правительства. В рамках социалистического движения Орейжд основал течение так называемого социального кредитования — доктрины, которая призвала правительство и работодателей инвестировать средства в «человеческий капитал». Работы Орейджа посвящены широкому кругу проблем литературы, философии, психологии, политологии, экономики и т. д. Основные работы: «The Active Mind: adventures in awareness» (1930), «Essays and Aphorisms» (1924–1930), «Commentary on “Beelzebub’s Tales”» (1927), «On Love and Psychological Exercises» (1928–1930).

<sup>xxxix</sup> Гобсон, Джон Аткинсон (Hobson, John Atkinson), 1858–1940 — английский экономист, политический деятель. Сферой его интересов охватывались самые разные темы — от реформы налоговой системы до экспорта капитала. Гобсон считал главной задачей экономической науки поиск способов более равномерного распределения дохода и подчеркивал значимость человеческих ценностей в противовес ценностям рынка. Экономические спады Гобсон объяснял недопотреблением и считал, что от нестабильности и кризисов развитые страны может спасти только экспорт избыточного капитала в менее развитые регионы. Он призывал к борьбе с монополиями и к возвращению к классической модели капитализма, пороки которого, как он считал, можно было бы искоренить с помощью парламентской демократии. Основные работы: «Imperialism» (1902), «Industrial System» (1909), «Work and Wealth» (1914).

<sup>xl</sup> Коль, Джордж Дуглас (Cole, George Douglas), 1889–1965 — английский политический деятель, один из руководителей Фабианского общества, профессор Оксфордского университета. Коль был основоположником теории гильдейского социализма — реформистского течения, возникшего в Великобритании в начале XX в. В рамках данного течения переход от капитализма к социализму представлялся как постепенный процесс вытеснения капиталистических монополий за счет перехода национализированных предприятий в управление национальным гильдиям — объединениям трудящихся, занятых в определенной отрасли хозяйства. Основные работы: «The World of Labour» (1919), «Organized Labour» (1924), «William Cobbett» (1925), «Robert Owen» (1925) «Labour in the commonwealth» (1939), «British working Class politics 1832–1914» (1941), «Britain Trade-unionism to-day» (1945), «The Case for Industrial Partnership» (1957).

<sup>xli</sup> Всеобщая Конфедерация Труда — организация защиты интересов рабочего и профсоюзного движения; создана во Франции в 1894 г. (подробнее см.: Брюа Ж., Пиоло М. Очерки истории ВКТ Франции. М., 1959).

<sup>xlii</sup> Гурвич считает, что основной и необратимой тенденцией глобальных обществ на современном этапе является усиление элементов общины в хозяйственной деятельности, самоннтеграция экономических организаций и работников таких организаций. Это ведет к возрастанию роли социального права, по сравнению с правом государственным, и к возможности «идеального» (по Гурвичу) типа общества — общества, планируемого по принципам децентрализованного плюралистического коллективизма (*Gurvitch G. Déterminismes sociaux et liberté humaine*. P. 318–319) или федеративной плановой экономической демократии (*Gurvitch G. Die Grundzuge der Soziologie des Rechts*. S. 200–202). Этот тип общества еще не находил своего выражения в исторической действительности, некоторые тенденции к построению такого общества Гурвич наблюдал в современных ему странах «народной демократии», особенно в Югославии. Такое общество,

по мысли Гурвича, образуется из многозвенной системы автономных органов управления, децентрализованного планирования экономики, федералистской концепции собственности, самоуправления на всех уровнях общественной жизни. Власть распределяется между государством, муниципалитетами, экономическими группами, объединениями работников, производителей, потребителей и т. п., на низовом уровне создаются «советы». Юридически государство уравнивается в правах с остальными социальными группами, которые уравнивают государственное вмешательство в социальную жизнь системой контроля и самоуправления. Властные конфликты разре-

шаются стоящими над этими группами судебными органами, индивидуальная и коллективная свобода здесь гарантируется системой рационально просчитанных противовесов (*Gurvitch G. Déterminismes sociaux et liberté humaine. P. 323*). К созданию подобной концепции Гурвича подтолкнули те опасные тенденции, которые он наблюдал в современном ему западном обществе — индивидуализм и «маммонизм» (власть денег), ведущие к бездуховности. Этой угрозе, по мнению Гурвича, можно было противопоставить коллективизм: «...не марксистский, ни прудонистский, а преодолевающий и то и другое» (*Gurvitch G. Mon itineraire intellectuelle. P. 164*).

A decorative frame with Art Nouveau motifs, featuring a double-line border and stylized floral and geometric elements at the top and bottom.

МАГИЯ  
И  
ПРАВО

## ВВЕДЕНИЕ

С тех пор как, с одной стороны, Дж. Фрэзер<sup>1</sup> в своих широко известных трудах (из которых<sup>1</sup> мы приведем в пример такие работы, как «Золотая ветвь» (1-е изд. 1890, 3-е изд. в 7 т. 1911–1915), «Магические источники царской власти» (1905) и «Задача души» (1909)) поднял проблему соотношения магии и религии в первобытных обществах и социального значения магии; с тех пор как, с другой стороны, Кодрингтон<sup>II</sup> в своей замечательной работе «Melanesians» (1899) описал *ману* — магическую и сверхъестественную силу, дискуссия на эти темы не затихала. Этнографы, социологи, историки, юристы, философы и теологи приняли в ней весьма активное участие. В частности, во Франции анализ общих проблем магии и ее воздействия на право во многом продвинулся благодаря трудам школы Дюркгейма. Особо следует отметить исследования М. Мосса (*Mauss M., Hubert H. Esquisse d'une théorie générale de la magie // Année sociologique. 1903; Mauss M. Essai sur le Don // Année sociologique. Nouvelle série. 1923; Huvelin P. La Magie et le Droit individuel // Année sociologique. 1906*) и новаторские труды Л. Леви-Брюля о первобытном мышлении.

Несмотря на появление все более и более богатого этнографического материала и все более тонкий и яркий анализ магии путем социологических и психологических наблюдений за первобытными людьми, центральная проблема определения четкой границы между магией и религией, а также объяснения особой роли первой в социальной жизни не нашла какого-либо общепринятого решения (в том, что касается специфической взаимосвязи магии с техникой, наукой, моралью и правом).

Одни исследователи ведут происхождение магии от религии, рассматривая первую либо как искаженную морализующую интерпретацию религии (традиционная теологическая концепция, подхваченная Луази<sup>III</sup> и Аллье<sup>IV</sup>), либо как следствие зарождающегося индивидуализма (Дюркгейм и Ювелен<sup>V</sup>). Другие полагают, что религия происходит от магии (Фрэзер). Наконец, третьи (Мосс, Юбер<sup>VI</sup> и особенно Леви-Брюль, который считал бессмысленным противопоставление магии и религии и объединил их единым термином «предрелигия») находят общую первооснову, от которой произошли и та, и другая.

Так же сильны разногласия и относительно социальных функций магии: для одних магия оказывает благотворное с точки зрения морали воздействие (Фрэзер), для других — деморализующее (Луази, Аллье, отчасти Бергсон), для третьих — нейтральное (Дюркгейм); для одних магия является прародительницей наук (Фрэзер), для других — техники (Мосс и Малиновский<sup>VII</sup>); третьи, напротив, считают ее препятствием для развития и науки, и техники (Бергсон). Для одних незаметно попеременное влияние, которое оказывают магия

---

© М. В. Антонов, пер. с фр., 2004

<sup>1</sup> Отметим среди многочисленных трудов Фрэзера те, которые дополняют приведенные ниже: *Frazer J. 1) Le Bouc emissaire. Etude comparée des religions. 1908 (trad. fr. 1925); 2) Tabou et les perils de l'âme. 1910 (trad. fr. 1927); 3) La Crainte des Morts. I, II series (trad. fr. 1935).*

и религия на право (Фрэзер); для других влияние магии и религии на право взаимно-исключающе, так как магия санкционирует исключительно межиндивидуальное и межгрупповое право (Ювелен); для третьих магия, порождая основные институты межиндивидуального права (обязательство, договор, движимое имущество), воздействует также и на различные виды социального права — наряду с религией (Мосс) или вопреки ей.

Эти колебания и разногласия даже в самых основополагающих вопросах (например, в вопросе о социальных формах магии и религии) оправдывают наше исследование, которое не претендует быть большим, чем формой постановки вопроса и кратким изложением основных тезисов. Не являясь ни этнографом, ни историком, обосновывая свои суждения на работах других ученых, я посчитал небезынтересным разработать критическую систематизацию имеющихся разработок в этой области. После предварительного разъяснения основополагающих понятий магии и религии речь в исследовании пойдет о верификации их противопоставления путем изучения внешних выражений в разнообразных правовых институтах. На них магия и религия воздействуют либо по отдельности, либо в союзе друг с другом, но всегда конкурируя.

Именно критический анализ борьбы и компромиссов между магией и религией, которые проявляются в их *конкурирующем влиянии* на отдельные правовые институты, составит основное содержание нашего исследования. Мы рассмотрим этот вопрос как часть проблематики *юридической социологии*. В непримиримости магии и религии, порожденной противопоставлением не только их субъективной направленности, но и особенно их объективных оснований (мана и сакральное), жидется главный фактор плюрализма и сложности устройства первобытного общества: конфликтов между кланом и фратриями, дифференциации обязательственного и вещного права и в рамках последнего — разграничения между движимым и недвижимым имуществом. Наконец, мы рассмотрим происхождение принципов имманентности и автономии, противостоящих принципам трансцендентности и социального монизма.

Конкретный анализ правовых институтов, существование которых можно проследить извне и в которых отражается противоречие между магией и религией, будет гарантией против любых произвольных построений в этой области, где проникновение в смысл моделей коллективного поведения и их интерпретации оказываются в высшей степени сложными и деликатными.

Для того чтобы найти отправную точку нашего исследования юридических следствий магии, необходимо прежде всего определить свою позицию в дискуссии о соотношении магии и религии. Предварительный анализ различных теорий магии и маны был продиктован отсутствием в этой сфере общепринятых критериев, на которые можно было бы опереться. Выводы, к которым мы сами пришли, связаны с критическим анализом теоретических дискуссий, и их мы считаем нужным воспроизвести в качестве примечаний. Смысл этих подробных примечаний заключается в цитировании фактов, которые приводятся авторами в защиту своих теорий. Эту «предварительную часть» нашего исследования, чтобы отметить ее подготовительный характер, мы приводим мелким шрифтом — кроме тех случаев, где рассматриваются возражения против магии и религии и наших систематических выводов (§ 4 «Предварительного анализа»), которые послужат отправной точкой в собственно научном исследовании.

---

---

## Глава I

# ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ. МАГИЯ И РЕЛИГИЯ

### § 1. Снятие предварительных возражений против концепции несводимости друг к другу магии и религии

Всякая попытка противопоставить магию и религию как несовместимые между собой элементы встречает обычно три предварительных возражения:

А. Как отделить магию от религии, если в действительности они взаимопроникают друг в друга, так как большинство религий содержит элементы белой магии и, наоборот, магия, даже черная магия (колдовство), подразумевает зачастую призывы к божествам?

В. Полностью отделить магию от религии означало бы отделить магию от состояний коллективного сознания, т. е. от общества, воплощение которого и есть религия.

С. Противоборство сверхъестественной трансцендентной силы (бог, тотем) и имманентной сверхъестественной силы (магическая сила, мана) предполагает, что первобытные люди способны проводить различие между «сверхъестественным» и «естественным», — предположение наивное и ошибочное, приписывающее им наши современные представления о естественном.

Проанализируем каждое из этих возражений. Что касается первого, то нет никакого сомнения в том, что религия использует магию в своих собственных целях, как нет никакого сомнения и в том, что магия, особенно в ее развитой форме, в свою очередь использует религию. Однако следует быть осторожным в данном вопросе. Присоединение магии к религии и религии к магии есть частичная победа той или другой над своим противником, полностью изменяющая структуру присоединенных элементов. Магический ритуал, поставленный на службу религиозному культу, становится не чем иным, как средством подчинения трансцендентальной сверхъестественной силе, от которой ждут спасения, тогда как боги, фигурирующие в магии, как раз лишены этой трансцендентности и превосходства (что могло бы позволить человеку звать к ним как к родственным ему имманентным сверхъестественным силам).

Эту ситуацию можно сравнить с аннексией автономных профсоюзов тоталитарным государством, которое тем самым превращает их в государственные органы управления членами профсоюза. Таким образом, вместо противника и конкурента профсоюз становится слугой государства. Можно ли сказать, что эта аннексия исключает необходимость четкого разграничения структуры автономных профсоюзов и структуры государства? Ничего подобного! Точно такой же ответ будет справедливым и для магии и религии,

тем более что они часто выражаются в различного рода группах: религия — в *клане*, а магия — во *фратриях* (возрастные и половые группы, клубы, тайные общества — все они являются магическими братствами<sup>2</sup>). Их взаимопроникновение, взаимное включение друг в друга есть не что иное, как средство борьбы друг с другом. Цель этой борьбы — укротить противника изнутри, захватывая части вражеского поля и отвлекая их от первоначальной задачи.

Что касается второго возражения, то совершенно справедлив тезис о том, что магию невозможно рассматривать как просто личную хитрость мага, пытающегося обмануть остальных членов группы (тенденция Фрэзера), или как простое отклонение власти в пользу индивидуума (Ювелен). Магия основана на коллективных верованиях, и сам маг является таковым только в силу его признания в этом качестве группой.<sup>3</sup> Более того, нельзя сказать, что магия индивидуальна, по крайней мере, в своем отправлении (ведь магические братства в виде фратрий играют в обществе немаловажную роль), и может быть отправляема в той же мере коллективным, в какой и индивидуальным образом. Следует ли из этого факта заключать, что магия не может быть полностью отделена от религии, которая, в свою очередь, всегда коллективна как в своем основании, так и в своем отправлении? Нет, поскольку подобное заключение было бы верным только в том случае, если мы вместе с Дюркгеймом предположим, что религия является культом общества, продуктом обожествления обществом самого себя. Это означало бы отождествление отправления верования с его содержанием. Но коллективные верования могут иметь различное содержание, и ничто не доказывает, что это содержание является простой проекцией коллективного сознания. Таким образом, коллективные верования в сакральную сверхъестественную силу, т. е. в силу трансцендентную, обещающую спасение, и коллективные верования в магическую сверхъестественную силу, имманентную, послушную, вполне могут быть разделены без всякого касательства к социальному основанию магии. Для этого достаточно не сводить коллективное к вынужденному единству, монистическое представление о котором основано на смешении содержания с действиями, охватывающими это содержание и реализующими его. Тогда религиозное, или сакральное, было бы лишено привилегии символизировать коллективное, поскольку противопоставляемое ему магическое также способно на такую символизацию.

Остается третье возражение, касающееся невозможности для первобытных людей проводить различие между естественным и сверхъестественным. Именно это возражение выдвинул Фрэзер (*Frazer J. Rameau d'or. Vol. 1. 1903. P. 3 et suiv.*) в ответ на интерпретацию магии с чисто рационалистической точки зрения как ложного применения ассоциации идей. Именно оно послужило предлогом Дюркгейму для замены противопоставления естественного и сверхъестественного противопоставлением «профанного» и «сакрального» (*Durkheim E. Formes élémentaires de la vie religieuse. P. 33–62*), в то время как сакральное (подразумевающее превосходство, трансцендентность и спасение — хотя Дюркгейм этого прямо и не признает) рассматривается им как

<sup>2</sup> Ср. наши соображения об этом в разделе Б главы II настоящей работы.

<sup>3</sup> *Mauss M., Hubert H. Melange d'histoire des religions. 2 éd. 1926. P. XXV et suiv.*

общий фундамент для религии и магии. Аллье недавно использовал то же самое возражение для утверждения возможности найти сверхъестественное у первобытных людей в том, что для них представляется естественным, и утверждения, что магия, таким образом, возникает лишь позднее в качестве искажения религии (*Allier R. Magie et religion. 1936. P. 22 et suiv.*).

Однако, как это уже дали почувствовать Мосс и Юбер, подчеркивая эмоциональное основание магических представлений (*Mauss M., Hubert H. Esquisse d'une théorie générale de la magie. P. 64 et suiv., 122 et suiv.*), и как это ясно определил Леви-Брюль в своем блестящем анализе «аффективной категории сверхъестественного», речь здесь идет лишь об искусственно созданной трудности. Для того чтобы верить в сверхъестественное, первобытные люди не нуждаются в четком осознании «естественного», поскольку именно интенсивность захватывающих их представления аффектов толкает их к сверхъестественному. Именно «интенсивность эмоции подменяет собой ясность объекта». Каждое из этих представлений сверхъестественного получает настолько сильную аффективную тональность, что «оно тотчас же вновь погружает субъект в аффективное состояние, которое он уже много раз испытывал прежде. Таким образом, он не нуждается в интеллектуальном акте признания этого состояния» (*Levy-Bruhl L. Le Surnaturel et la Nature dans la mentalité primitive. 1931. P. XV–XL*). Цитируя слова шамана Аяа, приведенные К. Рамундсеном: «Мы не верим, мы боимся» (*Ibid. P. XX et suiv.*), — Леви-Брюль демонстрирует, что именно степень интенсивности этого страха и, следовательно, сила аффекта разграничивают для первобытных людей сверхъестественное и естественное, границы которых подвижны. Мистический опыт охватывает всю область опыта первобытных людей, и в его рамках можно выделить «привилегированный мистический опыт, отмеченный силой страха, который как раз ведет к представлению о сверхъестественном» (*Levy-Bruhl L. L'Experience mystique et les Symboles chez les primitifs. 1938. P. 8 et suiv., 45 et suiv., 298 et suiv.*).

Решение проблемы, таким образом, было найдено, но мы считаем, что этот анализ следовало бы углубить. В самом деле, страх — основа «аффективной категории сверхъестественного» — может иметь различный смысл, будь это *страх перед абсолютно высшей силой* («трепет» у Кьеркегора и Хайдеггера) и ожидание спасения через нее или *простой страх*, томительное ожидание, *Furcht* (нем. — страх. — *Прим. пер.*). Например, человек испытывает разного рода страх перед неудачной охотой, перед голодом, перед Богом. В первых двух случаях страх существует лишь до того момента, когда человек начинает верить, что обладает средствами доминирования над внушающими страх элементами; этот страх в некоторой степени похож на страх, испытываемый нами перед электрическим током, с которым мы не умеем обращаться. В третьем случае страх не может быть побежден никаким способом — он требует самопожертвования, полного подчинения и не может быть сдержан ничем, кроме надежды на спасение, даруемой трансцендентной силой. Такое разделение (которое не обязательно должно быть сознательным) страха на *опасение* и *трепет* как раз и приводит к противопоставлению магии и религии. Магическая сверхъестественная сила, будучи имманентной, внушает опасение; религиозная сверхъестественная сила,

будучи трансцендентной, внушает трепет. Именно с опасением, которое можно преодолеть своими собственными силами, связано не всегда оправданное ожидание, которым Бергсон пытался объяснить магию (см. ниже).

В заключение отметим, что если аффективность сверхъестественного вполне объясняет противопоставление естественного и сверхъестественного у первобытных людей, то эти две тональности (трепет — с одной стороны, опасение неудачи и желание удачи — с другой) объясняют непреодолимое противоречие между религиозным сверхъестественным и магическим сверхъестественным, между тотемом и маной — трансцендентной и имманентной мистическими силами.

## § 2. Концепция Джеймса Фрэзера

Согласно Фрэзеру, магия в своей основе носит чисто интеллектуальный характер — в ней нет ничего мистического. Отправной точкой для исследований Фрэзера послужила идея о том, что первобытные люди уже постигают регулярность природы — порядок вещей, возобновляющийся в неизменной последовательности, без какого-либо вмешательства со стороны иных факторов (*Фрэзер Дж. Золотая ветвь. С. 18*).<sup>4</sup> Этот порядок понимается таким образом, что вещи оказывают воздействие друг на друга на расстоянии в силу симпатии. Эта симпатия не имеет никакого отношения к эмоциональности и лишь обозначает связь между существами и вещами через прямое сродство. В этом смысле любая магия является магией симпатической. Но следует различать два вида магии в зависимости от того, лежит ли в ее основании закон подобия или закон соприкосновения, заражения. Мы получаем, таким образом, с одной стороны, «подражательную магию», с другой стороны — «симпатическую магию в строгом смысле слова», или «магию через сходство». Подражательная магия была позднее определена Фрэзером как «гомеопатическая», а магия собственно симпатическая — как «контагиозная магия» (*Frazer J. Origines magiques de la magie. 1920. P. 35–38*), причем эти термины имеют более широкий смысл, поскольку включают в себя даже магические отношения между растениями и неодушевленными предметами.

Эти две разновидности магии являются лишь ошибочным развитием ассоциации идей через сходство. «Магия есть систематическая фальсификация закона природы, в то же самое время она — ошибочное руководство для поведения, лживая наука, бесполезное, бесплодное искусство», «она — незаконнорожденная сестра науки» (*Фрэзер Дж. Золотая ветвь. С. 54*). В этом смысле магия есть «суеверие, часто используемое более хитрыми и более умными для того, чтобы доминировать над себе подобными». Однако это суеверие имело целый ряд позитивных последствий, которые наш автор берется перечислить. Прежде всего, магия стала источником возникновения, с одной стороны, науки и техники, с другой стороны — религии; она способствовала зарождению и укреплению целого ряда социальных институтов первостепенной важности — таких, как монархическая власть и власть государственная, частная собственность, брак, уважение к человеческой жизни, — этих «столпов цивилизованной жизни» (*Frazer J. The Task of Psyche*).

<sup>4</sup> Здесь и далее цитаты приводятся по изданию: *Фрэзер Дж. Золотая ветвь. М., 1983*.

Этот последний вопрос станет главным объектом нашего анализа, и мы к нему вернемся в специальном разделе. А теперь займемся первыми двумя пунктами концепции Фрэзера. Вот как Фрэзер защищает свое предположение, согласно которому магия находится у истоков современной науки. «Магия, — говорит он, — там, где она встречается в чистом виде, предполагает, что одно природное событие с необходимостью неизменно следует за другим без вмешательства духовного или личного факторов. Фундаментальное допущение магии тождественно, таким образом, воззрению современной науки: в основе как магии, так и науки лежит твердая вера в порядок и единообразие природных явлений. У мага нет сомнения в том, что одни и те же причины всегда будут порождать одни и те же следствия... Но власть его, сколь бы великой он ее ни считал, никоим образом не является властью произвольной и безграничной. Он располагает ею лишь постольку, поскольку строго следует правилам своего искусства или природным законам, как он их понимает... Так что аналогия между магическим и научным мировоззрением является обоснованной» (Фрэзер Дж. Золотая ветвь. С. 53). Таким образом, наука происходит из магии, поскольку обе считают, что «ход природных процессов определяют не страсти или причуды личных сверхъестественных существ, а действие неизменных механических законов» (Там же. С. 56).

Аналогично тому, как из науки вытекает техника, т. е. власть над природой, практическая магия предшествует теоретической магии (Frazer J. Les Origines magiques de la Royauté. P. 52). «Маг не упрашивает высшую силу, не ищет благорасположения переменчивого и своевольного существа, не унижается перед грозным божеством» (Фрэзер Дж. Золотая ветвь. С. 53). Если в более развитой магии появляются духи, то «магия обращается с ними точно так же, как она обращается с неодушевленными силами, то есть, вместо того чтобы, подобно религии, умилоствивлять и умиротворять их, она их принуждает и заставляет» (Там же. С. 56). Таким образом, магия дает власть управлять совершенно так же, как и наука; она является предшественницей как науки, так и техники, а маг является прототипом не только ученого, но и инженера.

Фрэзер развивает свои взгляды, заявляя, что магия в первобытных обществах не нуждается в том, чтобы оставаться частным институтом или, тем более, тяготеть к незаконному, запрещенному (колдовство). Магия часто встречается в качестве общественного института, в рамках которого маги формируют некую касту чиновников, отправляющих исключительно белую магию. «Таковы заклинатели дождя, обладающие маной врачи, маги-агрономы, маги-авгуры и т. д. Когда благополучие [клана или] целого племени считается зависящим от исполнения магических ритуалов, профессия общественных магов, будучи одной из самых высоких по социальному статусу, привлекает самых умных и самых амбициозных членов группы, открывая им перспективы почестей, богатства и власти». Наиболее хитрые члены этой касты должны были, более или менее сознательно, иметь склонность к шарлатанству, к обману, но они делали как раз меньше зла, чем маги-верующие. Верующие маги в экзотерическом аспекте, общественные маги в аспекте эзотерическом отдавались научным исследованиям, которым еще более способствовало их положение, свободное от труда на благо клана. «Эти маги были прямыми предтечами не только наших врачей и хирургов, но также наших

исследователей и изобретателей во всех областях естественных наук» (*Frazer J. Les Origines magiques de la Royauté. P. 93–95*). «Занятие общественной магией... внесло вклад в освобождение человечества от рабского подчинения традиции и привело его к более свободной жизни, к более широкому взгляду на мир... Магия была дочерью заблуждения и одновременно — матерью свободы и истины» (*Фрэзер Дж. Золотая ветвь. С. 53*).

Более сложными, по Фрэзеру, являются отношения между магией и религией. Если рассматривать их в развитом состоянии и в чистом выражении, то их взаимное отношение выражается через непреодолимую враждебность, беспощадную борьбу. «В религии заложена, — пишет Фрэзер, — во-первых, вера в существование сверхъестественных существ, во-вторых — стремление снискать их благосклонность. Это предполагает, что ход природных событий в какой-то мере эластичен и изменчив и что можно уговорить или побудить всемогущие сверхъестественные существа для нашей пользы вывести его из руслу, в котором он обычно протекает. Предположение об эластичности и изменчивости природы прямо противоречит принципам магии и науки» (*Фрэзер Дж. Золотая ветвь. С. 53–54*). Маг управляет, а религиозный деятель, в частности жрец, — молит; один обращается к силам равным или низшим; другой — к силам высшим. «Радикальной противоположностью магии и религии объясняется та непреклонная враждебность, с которой священнослужители на всем протяжении истории относились к колдунам. Священника не могла не возмущать высокомерная самонадеянность колдуна, его надменное отношение к высшим силам, бесстыдное притязание на обладание равной с ними властью. Жрецу какого-либо бога с его благоговейным ощущением божественного величия и смиренным преклонением перед ним такие притязания должны были казаться неблагочестивой, богохульной узурпацией... Его интересы, равно как и чувства, часто шли вразрез с интересами соперника, который проповедовал более верную и гладкую дорогу к счастью, нежели тернистый и скользкий путь снискания божественной милости» (*Там же. С. 56–57*).

Несмотря на эту непримиримую враждебность магии и религии, взятыми в своем чистом выражении, Фрэзер считает возможным доказать, что магия исторически предшествовала религии и была ее источником. Вот его аргументы:

1. В то время как религиозные системы различны не только в разных странах, но и в одной стране в разные эпохи, симпатическая магия всегда и везде в своей теории и практике остается, по существу, одинаковой. Универсальность магии и обособление религий могли бы привести к выводу, что магия есть самый глубокий пласт почвы, в то время как слой религии и поверхность науки являются лишь более тонкой коркой (*Там же. С. 60–61*).

2. Магические концепции являются более простыми и элементарными, чем понятия религии, которые требуют более абстрактного и более комплексного мышления. Лишь обнаружение неэффективности некоторых магических ритуалов внушило человечеству сознание его слабости и невежества, ограниченности сил и привело к тому перевороту, который явился рождением религии, все больше и больше набирающей силу против магии. Если вначале приход религии, требующей подчинения человеческого сознания высшим

силам, был неблагоприятен для науки, то впоследствии религия стала способствовать ее развитию, поскольку могла защитить то положительное, что она имела, лишь абсорбируясь в светскую науку. Но этот процесс был долгим, и можно проследить различные переходные стадии сочетания магии и религии.

3. Часто наблюдаемый союз магии и религии, когда жрец одновременно является и магом, а один и тот же ритуал служит и молитвой, и заговором (например, месса святого Секария в Гаскони<sup>VIII</sup>), должен, согласно Фрэзеру, рассматриваться как еще одно доказательство того, что магия старше религии. Переход между ними выражается во взаимной аннексии. Это переходное смешение доходит до своей кульминации в человекобоге, в котором маг, бог и царь совпадают, и в конечном итоге берет превосходство чисто религиозный элемент (Там же. С. 85–110).

\* \* \*

Положения концепции Фрэзера, которые можно назвать рационалистическими и индивидуалистическими, часто подвергались критике; наиболее удачной и детальной оказалась критика со стороны Мосса и Юбера. Многие аргументы из этой критики мы собираемся использовать в нашем исследовании. Кроме того, более ранние труды Леви-Брюля о первобытном мышлении дали ключ для обнаружения основополагающей ошибки Фрэзера, и именно отсюда мы начнем наши замечания, по необходимости очень краткие. Вся теория магии Фрэзера состоит в применении категорий, заимствованных в нашем собственном мышлении для интерпретации мышления в первобытных обществах, таких, например, как подобие, сходство, порядок, причинность. Вот почему он устраняет из магии всякий мистический элемент и видит во всем том, что в ней не соответствует логике и научному опыту цивилизованных людей, лишь «суеверие и обман». С этой точки зрения попытка Фрэзера вывести происхождение наук из магии основана на тавтологии: он находит в ней те элементы, которые сам внес в нее путем ошибочной интерпретации. Принципы соучастия и внутреннего союза, доходящие вплоть до невозможности различить символы и то, что они символизируют, непосредственный мистический опыт, совершенно отличный от нашего и гораздо более богатый, чем наш, будучи истинной основой древних верований в сверхъестественные силы, превосходно объясняют добросовестность магов. То, что неудачи их некоторых операций представляются магам результатами вмешательства мистических причин (например, действия более сильных магов, «непроницаемость» первобытных людей для «положительного опыта», построенного по нашим принципам), исключает всякий обман.

Конкретная характеристика магов, магических действий, ритуалов и представлений, магической эффективности подтверждает деструктивность этих взглядов Фрэзера.<sup>5</sup> Маг — это не злодей, который обманывает своих собратьев, а человек в состоянии экстаза, транса, каталепсии. Внешние физические признаки (стигматы, сбивчивые слова и жесты, увечья и т. д.) или

<sup>5</sup> Критику теорий Фрэзера см. у Мосса и Юбера: *Mauss M., Hubert H. Esquisse d'une théorie générale de la magie // Année Sociologique. 1902–1903. P. 20–85.*

социальные (профессии кузнеца, цирюльника, актера, могильщика, врача, статус чужака и т. д.), по-видимому, определяют их носителей как магов. Маг — это одержимый демонами и потомок демонов. Если только существует каста магов, то доступ в нее открыт лишь через мистическую *инициацию*, подразумевающую контакт со сверхъестественными силами, посвящение и традицию. Вообще маг далек от того, чтобы быть интеллектуалом, — он находится в состоянии экстаза, он одержим, и эти качества ему сообщаются тем обществом, в лоне которого он действует и чьи коллективные экстазы являются *conditio sine qua non* (лат. — непременным условием. — Прим. пер.) эффективности его действия.

Магические акты и ритуалы отнюдь не обладают той простотой, которую им приписывает Фрэзер. Напротив, они в высшей степени сложны — как в условиях их исполнения, всегда таинственных и необычных (время: сумерки или ночь, пятница или суббота; особые астрономические знаки; места: кладбища, могилы, границы деревень, пещеры, крыши; инструменты: мусор, экскременты, волшебная палочка и т. д.), так и в самом их содержании, которое всегда *символично*. Эти ритуалы подразумевают вызов *сверхъестественного*, связь с которым обеспечивают магические символы. Странность и причудливость жестов, загадки, нечленораздельность песнопений соответствуют мистическому содержанию магического действия, которое не имеет ничего общего с логической операцией.

Магические представления не относятся к интеллектуальной сфере и нисколько не опираются на порядок и определенность. «Аффективная категория сверхъестественного» (Левин-Брюль) является здесь доминирующей — это символические образы, эмоции, тенденции, стремления. Основное ментальное представление — это наступление следствия непосредственно за причиной, безграничная возможность творчества — отсутствие разрыва между желанием и его реализацией. «Законы сходства и подобия», о которых говорит Фрэзер, являются лишь внешним предлогом переноса чувств и стремлений. Более того, под тонкой оболочкой этих законов (в случае их действительности) движутся производящие их силы, различные проявления магической сверхъестественной власти — маны,<sup>IX</sup> впервые выявленной Кодрингтоном. Души мертвых, обладающие магическими силами (*тиндало*<sup>X</sup>), и демоны являются другим их аспектом, отождествляемым иногда с силами, производящими эти явления. Как и все, что имеет отношение к магии, демоны являются эмоционально-волевыми символами, мощными магнитами, которые притягивают и отталкивают и которые, помимо их символической функции, напоминают то, что современная философия обозначает термином «ценности». Эмоциональный или волевой коллективный опыт необходим для выработки магических представлений — таких, как создание *ex nihilo* (лат. — из ничего. — Прим. пер.), волшебная сила, демоны.

Подводя итог критики Фрэзера, Мосс и Юбер приходят к следующему заключению по проблеме магической эффективности. «Симпатические формулы не являются ни законами магических обрядов, ни даже законами обрядов, основанных на принципе симпатии. Это всего лишь абстрактное толкование наиболее общих понятий, которые мы находим в магии, и не более того. Симпатия — это дорога, которой следует магическая сила, сама она не

является магической силой» (Мосс М., Юбер А. набросок общей теории магии. С. 188–189).<sup>6</sup> «За законами подобия и сходства существуют магические силы, за магическими силами — магическая среда, магическая атмосфера, а за ней — демонология, связанная со сверхъестественной силой» (Там же). Речь идет о власти, о магическом потенциале — другими словами, о мере интенсивности особой сверхъестественной силы — маны, которая отчасти предшествует магическому ритуалу, а отчасти создается в его ходе, постоянно актуализируясь магом. Верование мага не менее искренне, чем верование его группы. Магия есть состояние коллективного сознания, и именно неинтеллектуальная коллективная психология должна служить отправной точкой для понимания феномена магии. Она демонстрирует, в частности, следующее: если маги пользуются своей маной для того, чтобы получить власть над своими согражданами, чтобы добиться более высокого социального положения, чтобы поднять свой престиж, то коллективные верования, которыми проникнуты маги, дают им для этого средства — ведь мана может быть как маной группы, так и маной индивидуума.

Что касается попытки Фрэзера найти в магии корень науки, то предыдущих замечаний было бы достаточно для того, чтобы от нее отказаться. Учитывая, что критики Фрэзера не всегда приходят к четкому выводу по этому вопросу, мы хотим подчеркнуть, что установки, из которых вытекают наука и магия, нам представляются совершенно несовместимыми. Науке и философии соответствует бескорыстное удивление по отношению к миру; магии — желание доминировать над миром, сопровождаемое страхом по отношению к тем элементам, которыми маг не умеет пользоваться; наконец, религии — трепет и ожидание спасения. Эти три установки нельзя сводить одну к другой, их нельзя также выводить из одного общего источника. В различных цивилизациях интенсивность каждой из этих установок различна. Доминирование «аффективной категории сверхъестественного» в первобытных обществах давало преимущества религии и магии — трепету и желанию обладать властью сверхъестественным путем над бескорыстным удивлением, которое всегда оставалось скрытым. Поэтому наука не производна ни от магии, ни от религии. Техника, напротив, частично произошла от магии в тот момент истории, когда ослабление «аффективной категории сверхъестественного» дало преимущество желанию управлять объектами из-за страха неумения пользоваться ими естественным путем; тогда техника, освобожденная мало-помалу от верования в сверхъестественную ману, смогла косвенно способствовать развитию наук.

Непримиримость упомянутых установок ведет равным образом к необходимости отказаться от теории Фрэзера о магии как источнике религии. Трепет и ожидание спасения не могут происходить от желания управлять миром и от страха потерпеть на этом поприще неудачу. В этом смысле религия и магия являются сосуществующими элементами, соответствующими «трансцендентному сверхъестественному» и «имманентному сверхъестественному». Аргументы Фрэзера в пользу положения о том, что «магия старше

<sup>6</sup> Здесь и далее цитаты приводятся по изданию: Мосс М., Юбер А. Набросок общей теории магии // Мосс М. Социальные функции священного. СПб.: Евразия, 2000.

религии», являются столь же малоубедительными. Во-первых, магия никоим образом не является элементарной — она так же сложна, как и религия. Совершенно недопустимо приводить в качестве аргумента доставшийся нам от Тейлора и давно опровергнутый этнографами предрассудок о том, что элементарное исторически предшествует сложному, ведь первобытные общества не менее сложны, чем более развитые, хотя эта сложность и носит специфический характер. Во-вторых, как мы уже указали, наличие промежуточных форм между магией и религией не доказывает их общего происхождения, но лишь указывает, что в ходе борьбы магия и религия могут частично пользоваться друг другом, поработав захваченные части и отклоняя их силу в направлении, противоположном их сущности. Наконец, в-третьих, даже если верно то, что магические верования всюду одинаковы, тогда как религиозные верования индивидуализированны, то и это не могло бы послужить доказательством в пользу магического происхождения религии. В частности, предполагаемую универсальность магических верований можно было бы легко объяснить диффузным, децентрализованным характером магии, вытекающим из имманентности сверхъестественных сил, на которых она основана. Равно как и своеобразии религий, которое, впрочем, имеет различную степень в различных типах социальных общностей (ведь проводил же Огюст Конт различие между религией кланов и племен, национальными и универсальными религиями!), легко объясняется данным в откровении характером их догм, предполагающих наличие Церкви, организованной для культа, — следствие трансцендентности высшего сверхъестественного существа в религии. Более того, тождественность магических верований является весьма спорной и, во всяком случае, была преувеличена Фрэзером. Действительно, если сравнить, например, магию австралийцев с магией меланезийцев, магию ассирийцев — с магией египтян и индусов, то можно найти весьма четкие различия. Впрочем, могло ли быть иначе, если магия, находясь в состоянии конкуренции и постоянной борьбы с религией, должна была принимать во внимание противника и частично адаптироваться к нему?

Подводя итог, скажем, что Фрэзер лишь поставил этот вопрос первостепенной важности, но не разрешил его, несмотря на все богатство материалов, которое он собрал в своих трудах. Критика его решений постоянно приводила нас к мане — сверхъестественной силе, которую мы рискнули определить как имманентную. Поэтому мы должны последовать нашему замыслу, анализируя различные интерпретации маны в их применении к определению магии.

### § 3. Различные определения маны в их применении к определению магии

#### *А. Открытие Кодрингтона*

В своей работе «Меланезийцы» (*Melanesians*. 1899), вышедшей в свет через несколько лет после публикации первого тома «Золотой ветви», Кодрингтон указал на роль представления «маны» в меланезийской культуре. Речь идет о присутствующей повсюду сверхъестественной силе, которая, по большей части, лишена сакрального

и трансцендентного характера. Открытие в сферах прочих цивилизаций аналогичных представлений: *оренда* и *маниту* в Северной Америке, *арункилта* в Австралии, *ваканда* в племени сиу<sup>xi</sup> — усилило интерес к мане, которая в широком смысле слова стала родовым обозначением и дала место различным интерпретациям и даже более смелым построениям, задуманным в духе апологетики (неискоренимый теизм первобытных племен, по словам Шмидта;<sup>xii</sup> пантеизм как первоначальная форма религии и т. д.). Мы не будем останавливаться на этих построениях, а сосредоточимся исключительно на тех научных интерпретациях, которые связаны с соотношением магии и религии.

Вот как Кодрингтон описал ману: «Меланезийцы верят в существование силы, совершенно отличной от всякой материальной силы, которая действует по-разному, во благо или во зло, и которую человеку очень выгодно использовать для достижения власти... Это мана... В некотором смысле эта сверхъестественная сила — действие нематериального порядка — открывается через физическую силу или через любую находящуюся в распоряжении человека форму власти и превосходства. Мана не закреплена за определенным объектом, она может быть привнесена в любую вещь» (Codrington R. *Melanesians*. P. 118). «Именно в ней источник активности для всего, что делают люди, и всего, что, как они верят, можно сделать в белой и черной магии. Именно благодаря этой власти люди могут контролировать и управлять силами природы, призывать дождь или хорошую погоду, штиль и бурю, насыщать или снимать болезни, предвидеть будущее, приносить счастье или несчастье... Из этого верования исходит все, что называют магией и колдовством. Колдуны, врачи, заклинатели дождя, пророки, гадалки... располагают этой силой. Среди них есть такие, кто делает свое искусство профессией и живет за счет него. Но не существует касты магов или врачей. Каждый человек определенного ранга вступает в контакт с маной и выполняет определенные окултные практики» (Ibid. P. 191 et seq.). Из этих цитат ясно видно, что Кодрингтон рассматривает ману преимущественно как *magical power* (англ. — магическую силу. — *Прим. пер.*), согласно его собственной терминологии, как имманентную сверхъестественную силу, которая нас окружает и проникает в нас, которой человек или группа могут пользоваться и управлять по своему усмотрению. Тем не менее, в других текстах Кодрингтон рассматривает ману как основание религии даже у меланезийцев, и эта двусмысленность вновь возникает и углубляется в целой серии более конкретных примеров, которые мы должны будем обсудить. Откуда она появляется у Кодрингтона? Прежде всего, не изучив в достаточной мере труды Фрэзера, он не осознал социологической значимости проблемы соотношения магии и религии. Аргументируя свою позицию, он заявляет, что присущая живым и мертвым людям в той же степени, что и неодушевленным предметам, мана имеет магический характер, а присущая духам, демонам, божествам мана имеет характер религиозный. Таким образом, дифференциация магии и религии, по Кодрингтону, зависит не от сущности задействованных сверхъестественных сил, а от характера существ и объектов, в которых они проявляются. Однако, как мы далее продемонстрируем, эта концепция совершенно ошибочна, поскольку Вундт<sup>xiii</sup> и особенно Леман<sup>xiv</sup> показали, что мана действует по большей части в отношениях существ одного порядка: например, духи и боги нуждаются в мане лишь для того, чтобы воздействовать на равных себе, а не на людей или вещи, которые им прямо подчинены.

### Б. Интерпретации Мосса и Юбера

В своем фундаментальном исследовании «Набросок общей теории магии» (*Esquisse d'une théorie générale de la magie*. 1903) Мосс и Юбер связали магию с *несакрализованной маной*, противопоставляемой *сакральной мане*. Действительно, помимо условного определения магии (оно особенно бросается в глаза и в некоторой степени даже затемнило окончательные результаты проведенных исследований) они открыли для нас целый мир имманентных сверхъестественных сил. Но из-за своего убеждения (аналогичного убеждению Дюркгейма) в том, что всякая сакральная

сила, как и всякая магическая сила, является исключительно *силой коллективной* — субъективной проекцией восхищающегося самим собой общества, мыслители сочли необходимым свести сакральную и магическую силы к единому знаменателю, рассматривая ману в качестве общего основания и религии, и магии. Все, что относится к сакральному или религиозному, исходит, по их мнению, от маны, но не все, что исходит из маны, доходит до уровня сакрального. Так, Мосс и Юбер попали на путь дюркгеймовской интерпретации, согласно которой отправной точкой исследования должна быть «тотемическая мана», которая к тому же хронологически предшествовала бы магической мане и являлась бы ее провозвестницей. Однако присущая Моссу и Юберу реалистическая тенденция была ближе к признанию параллельного развития магии и религии, весьма отличных в своей структуре от обеих разновидностей маны: маны несакрализованной, или маны в собственном смысле слова, и маны сакральной, первоначальной формой которой является тотем.

Если отказаться от отождествления сверхъестественных сил с подчиняющими их себе коллективными действиями, то не остается никакого смысла в проецировании термина «мана» вне магии и в привязывании сакрального к мане. Мосс и Юбер расчистили почву для признания непреодолимости имманентной сверхъестественной, или магической, силы и трансцендентной сверхъестественной, или религиозной, силы, а научные исследования Лемана и Малиновского подтвердили это воззрение.<sup>7</sup>

Теперь мы можем более подробно исследовать концепции Мосса и Юбера. Религиозные ритуалы всегда «торжественны, социальные, обязательны, регулярны: таковы праздники и таинства. Есть другие ритуалы, которые, напротив, обычно являются сугубо магическими. Это колдовские обряды наведения порчи. Будучи незаконными, они формально запрещены и наказуемы. Этот запрет как бы формально отмечает различие между магическими и религиозными обрядами... Необходимо отметить, что эти две крайности образуют два полюса магии и религии: полюс посвящения и полюс осквернения чарами... Между этими двумя полюсами простирается туманная полоса явлений, специфика свойств которых сразу не ясна» (*Мосс М., Юбер А. набросок общей теории магии. С. 116–117*). Незаконны именно магические действия, в частности, практики, связанные с той или иной техникой, например, техникой врачевания или техникой заклинателя дождя. «Мы пока получили, таким образом, *предварительное* определение магического обряда: это любой тайный обряд, совершающийся приватно, скрытно, не являющийся частью целостного культа и в своей крайней форме стремящийся к запрещенным формам обряда» (Там же. С. 118). Это определение является предварительным вдвойне и остается, по мнению самих авторов, поверхностным: с одной стороны, оно демонстрирует лишь тот аспект магии, который воспринимается с точки зрения религии, и помещает столь существенный раздел магии, как белая магия и социальная магия, в категорию переходных элементов; с другой стороны, оно не касается глубинного основания магии, исследование которого составляет основную заслугу рассматриваемой работы Мосса и Юбера.

«Таким образом, в магических ритуалах, — пишут авторы, — мы обнаруживаем не только искомое понятие священного, но и его источник» (Там же. С. 205). Однако, по их мнению, мана связана с желаниями, аффектами, стремлениями к ценностям. Демоны, или в более широком плане, мана — лишь иное название ценностей; они действуют как мощные магниты, освобождающие интенсивные эмоциональные и волевые состояния (Там же. С. 207 и сл., 210 и сл.). В идее маны «нет ничего интеллектуального, ничего экспериментального, ничего, кроме ощущения существования общества и его предрасудков» (Там же. С. 211). Желания, аффекты и стремления, предел которых составляет мана, имеют, по мнению Мосса и Юбера, коллективный характер (Там же. С. 214). «Речь идет, по существу, о признанных обществом относительных значимостях. Они зависят не от внутренних свойств вещей и людей, но от

<sup>7</sup> См. ниже: подпараграф Д настоящего параграфа.

статуса и положения, приписываемых им всемогущим общественным мнением и пред-  
 расудками» (Там же. С. 206). Таким образом, мана и магия являются следствием «кол-  
 лективных желаний и страхов, взаимной экзальтации» связанных между собой ин-  
 дивидуумов (Там же. С. 214). Иначе говоря, мана не только предполагает коллективные  
 аффективные действия для своего понимания, но она является просто продуктом,  
 проекцией этих действий, аспектом произведенной обществом коллективной силы,  
 что делает чрезвычайно сложным четкое разграничение между магической сверхъесте-  
 ственной силой (в терминологии авторов — несакрализованная мана) и религиоз-  
 ной сверхъестественной силой (сакральная мана).

Но прежде чем подойти к этому разграничению, мы должны воспроизвести в  
 высшей степени удачную характеристику сущности маны, данную нашими авторами,  
 которая распространяется по большей части на несакрализованную, или маги-  
 ческую, ману. Против интерпретации маны как субстанции (Кодрингтон) и ее про-  
 тивоположной интерпретации как действия и качества (*Wirksamkeit und Attribut*  
 (нем. — действенность и атрибут. — *Прим. пер.*) у Вундта и Лемана) Мосс и Юбер  
 справедливо замечают, что категории нашей ментальности неприменимы здесь, в  
 иной ситуации: «Мана представляет собой не просто некую силу или сущность —  
 это и действие, и свойство, и состояние. Другими словами, это одновременно суще-  
 ствительное, прилагательное и глагол... Короче говоря, это слово объединяет мно-  
 жество идей, которые мы обозначаем такими выражениями, как колдовская сила,  
 магическое свойство вещи, магическая вещь и сверхъестественное существо; иметь  
 магическую силу, быть заколдованным, действовать с помощью магии» (Там же.  
 С. 195). «Здесь смешиваются представления о деятеле, обряде и вещи — это смешен-  
 ние нам кажется фундаментальным в магии» (Там же). При этом качество (напри-  
 мер, богатство, социальное положение и т. д.; горячий, упругий), *передаваемая по-  
 движимость*, контагиозность и эффективность не путаются с мистическими духами  
 (духи не имеют маны, тогда как не-духи (группы, люди, вещи) могут ею обладать  
 (Там же. С. 198); мана укрепляет механическое действие, не нарушая его. «Именно  
 благодаря ей крепко стоит дом, лодка устойчива на воде, сеть удерживает улов»  
 (Там же. С. 197).

Из этих глубоких и ярких характеристик можно было бы сделать вывод, которого  
 авторы не делают и которого они, кажется, даже избегают, хотя он и напрашивается.  
 Этот вывод состоит в том, что мана есть сверхъестественная сила, близкая человеку  
 и миру и находящаяся с ними на равных, — это имманентная сверхъестественная  
 сила. Если то, что Мосс и Юбер говорят по поводу существа маны, относится ко  
 всем ее разновидностям (а они не делают никаких оговорок по этому поводу), то  
 мана никогда не могла бы быть силой высшей, отдаленной, сакральной, трансцен-  
 дентной. Она не имела бы ничего автономного, реализуясь непосредственно в силах  
 реальных: физических, психических, органических; она бы не управляла, не требо-  
 вала подчинения, не предполагала бы благодати, не приносила бы спасения. Но тогда  
 рассмотрение сакрального как разновидности маны не только не является необходи-  
 мым, но кажется скорее обойденным в ходе исследований наших авторов. Мана,  
 когда ее описывают в деталях и конкретике, далека от утверждения в качестве своего  
 источника магии и религии и сама оказывается исключительным основанием магии;  
 она встает в непреодолимое противоречие с сакральной сверхъестественной силой —  
 основой религии. Социальные истоки магии, на которые справедливо указывают Мосс  
 и Юбер, не находясь в прямом отношении с этим вопросом, если учитывать, что  
 само социальное всегда многообразно и сложно, плюралистично по своей сути (с  
 разными степенями актуализированности и виртуальности — ведь противопоставле-  
 ние религиозного клана и магических фратрий является характерным для любого  
 первобытного общества). Разные группы в рамках глобального общества различа-  
 ются как раз своим содержанием, расходящимся с их коллективными действиями,  
 охватывающими, в частности, имманентные сверхъестественные силы (мана), с од-  
 ной стороны, и трансцендентные сверхъестественные силы (сакральное, тотем) —  
 с другой.

Проведя четкое различие между этими двумя противоположными силами, но сведя их более конструктивным образом к двум разновидностям родового понятия маны, Мосс и Юбер оказались вынуждены искать дополнительные критерии для промежуточного разграничения магии и религии. Признавая возможность коллективного отправления магии, общественных магических ритуалов, магических движений групп (жесты, танцы, песни), авторы увидели отличительный признак магии в том, что ее отправление чаще всего является индивидуальным, диффузным, «частным». Если сказать, что, «имея общество своим благодетелем и посредником, магия имеет в качестве инициатора своего развития только индивидуума», будет преувеличением, то верно, говорят они, что магия характеризуется способностью индивидуумов «присваивать себе коллективные силы (мана)», что магия, развиваясь, «начинает использоваться исключительно индивидуумами» (Там же. С. 178, 224–225), и это объясняет ее тенденцию к запрещенному и незаконному. Эти характеристики, преувеличенные Ювеленом, привели его к определению магии как «искажения индивидуумом происходящей из сакральной власти, используемой им в свою пользу» (*Huvelin P. La Magie et le Droit individuel // Année sociologique. 1906; см. также § 2 главы II настоящей работы*). Мосс и Юбер в предисловии к своей книге «*Mélanges d'histoires et des religions*» (2 éd. 1926. P. XXIII–XXV) высказались против этой интерпретации, которую они осудили как упрощенную, отмечая, что для них «магическое действие, даже незаконное, остается социальным, что не всякий магический ритуал является незаконным, и что, наконец, магическая мана не является сакральной, а магия не есть просто производное от религии».

Этим возражением они сами признали трудности, с которыми столкнулись, сводя магическую сверхъестественную и сакральную сверхъестественную силу к одному основанию, вместо того чтобы их противопоставить как несводимые друг к другу. В конечном итоге они видят истинный критерий различия в *различном основании* магии и религии, а не в их *единообразном отпращивании*. Впрочем, в замечательном исследовании М. Мосса «Дар» непримиримое противоречие между магической маной и сакральным, ведущее к противоречию между обменами, обязательствами, отчуждаемой и передаваемой собственностью и неотчуждаемой собственностью, выступает со всей ясностью.

### В. Теория «тотемной маны» у Дюркгейма

Используя разработки своих учеников Мосса и Юбера, Дюркгейм поменял их направление. В работе «*Les Formes élémentaires de la vie religieuse*» он отказался от основополагающего различия между маной несакрализованной (единственной подлинной маной) и маной сакральной, поставив сакральное у основания магии в той же мере, как и у религии. Он вывел ману из тотема и нашел, таким образом, истоки религии в магии. Тотем, по его мнению, — не что иное, как символ конкретизированной и локализованной клановой маны, которая становится абстрактным понятием, а неожиданный термин «тотемная мана» оказывается как раз в духе Дюркгейма (*Ibid.* P. 268 et suiv.). Мана — общее основание как религии, так и магии — «есть неопределенная власть, безымянная сила, безличность которой сравнима с безличностью сил физических» (*Ibid.* P. 285 et suiv., P. 293 et suiv., P. 343 et suiv.). Эта сакральная, безличная и безымянная сила проявляется прежде всего в виде тотемного принципа, где мана сакральна для всех, а тотем сакрален для клана. «Абстрагирование маны в тотем происходит при переходе от клановой структуры к племенной сообществу» (*Ibid.* P. 279–280). «Понятие единой и всеобщей маны могло родиться лишь с момента, когда единая религия стала развиваться вне клана» (*Ibid.* P. 281). Тотемная мана, обретя более общий характер благодаря переходу от клана к племенной структуре, индивидуализируется в конкретных душах. Последние суть не более чем точки приложения, производные безличных и безымянных сил, которые образуются в группе (*Ibid.* P. 370–379). Таким образом, «идея души обязана происхождением своему вторичному источнику: проистекающая из безымянной и безличной силы — маны, идентичной сакральному, по своему происхождению она носит чисто религиозный характер. Этим источником является тотем, воплощение клана» (*Ibid.*

P. 382). Роль безымянной маны потому подтверждает философские теории, которые видят источник личности в безличной первопричине (Ibid. P. 389). В то же время можно проследить, как религия порождает понятия физической силы, причинности и использует эти научные понятия: ведь у их истоков лежат мана и манипуляции ею (Ibid. P. 90–292).

Поскольку, по мнению Дюркгейма, сакральное лежит в основании как религии, так и магии, абстрагирование тотема в ману ведет одновременно к возникновению и племенной религии, и магии. Критерии различия между этими последними должны быть найдены в ритуалах, в характере запретов и соответствующих санкций. Религия носит вдвойне социальный характер: по своему содержанию (сакральное) и по своему отправлению (всегда коллективное и предполагающее определенную группу, связанную с культом и с конкретной символиккой). Религия по необходимости предполагает существование Церкви. Напротив, магия социальна лишь по своему содержанию; что касается ее отправления, то она носит гораздо более индивидуальный, диффузный характер, так как существование магических братств не является принципиальным для магии. Во всяком случае, не существует магической церкви, а отправление магии оставляет свободное поле для индивидуальной инициативы, для отделения мага от группы и развития эгоизма.

К этому критерию присоединяется еще один, так или иначе с ним связанный. Нарушение религиозных запретов сопровождается порицанием, общественным неодобрением — теми санкциями, которые Дюркгейм называет синтетическими. Нарушение же магических запретов имеет следствием только те санкции, которые он называет аналитическими и которые вытекают прямо из запрещенного действия, поскольку эти санкции подобны тем, что сопровождают нарушение технических правил, например, гигиенических. «Даже если святотатство наказывается болезнью или естественной смертью того, кто его совершил, святотатец оскорбляет еще и общественное мнение, которое поднимается против него; святотатство делает его виновным в глазах общества. Напротив, магический запрет санкционируется лишь чисто материальными последствиями, которые должно иметь запрещенное действие с практически физической неизбежностью. Не подчиняясь ему, человек подвергается риску как тот больной, который не следует рекомендациям своего лечащего врача. Но непослушание не составляет вины; оно не приводит общество в негодование. Не существует магического греха» (Ibid. P. 429–430).

Скрытый индивидуальный эгоизм магии и технический, категоричный характер правил, которые из него вытекают, ясно демонстрируют, по мнению Дюркгейма, что мораль всегда находится на стороне религии, а не на стороне магии. Религия — это источник морали, а магия — скорее вне морали, будучи с этой точки зрения нейтральной. Социология, если верить в этом Дюркгейму, подтвердила бы традиционные теологические постулаты.

Заключение, которое Дюркгейм выводит из всех этих соображений, прямо противоположно мыслям Фрэнзера. Религия, очевидно, исторически предшествовала магии и дала ей начало, продолжая доминировать над ней. «Магия не есть, как утверждал Фрэнзер, первопричина, от которой произошла религия. Совсем наоборот — именно под влиянием религиозных идей сложилось предписания, на которых покоится искусство мага. Вера, которую внушает магия, — лишь частный случай религиозной веры» (Ibid. P. 517). «Мы знаем теперь, отчего происходит так, что магия полна религиозных элементов: она произошла от религии» (Ibid. P. 518).

Интерпретации Дюркгейма, например, о критериях различия, которые он устанавливает между магией и религией, представляются нам весьма спорными. Могут ли два феномена, имея общее основание в сакральном (совпадающем с маной), различаться в своих отправлениях и в тех санкциях, которые они влекут за собой? Откуда происходит это различие, и не следует ли искать его в различии оснований обоих явлений? В самом деле, именно трансцендентность и превосходство сакрального, предполагающего подчинение, благодать и спасение, объясняют необходимость коллективного отправления религиозных ритуалов в церкви, которая тем самым поддерживает конкретные догмы, навязываемые определенной группе. И как раз имманентность

магической маны, благотворной для объектов и субъектов, через которые она проникает (находясь в их распоряжении), делает возможным диффузное, индивидуальное отправление в той же мере, что и коллективное отправление магического ритуала. Но тогда проявляется вся искусственность сведения магической маны и религиозности к одному и тому же принципу. Это построение распадается в размышлениях самого Дюркгейма, когда речь идет об объяснении различия религиозных и магических санкций. Дюркгейм делает следующее важное признание: «Религиозный запрет с необходимостью подразумевает понятие сакрального; он происходит из уважения к объекту, которое внушает сакральное, и имеет целью помешать нарушить это уважение. Напротив, магические запреты не предполагают ничего, кроме совершенно светского понятия свойства — качества. Вещи, которые маг рекомендует держать отдельно, — это те вещи, которые, в силу их характерных свойств, нельзя безопасно смешивать или соединять... Невозможно изучать одновременно и под одним названием два столь различных порядка фактов без возникновения путаницы» (Ibid. P. 340).

Таким образом, сакральное, постулируемое как общее основание магии и религии, внезапно исчезает из первой, как только речь заходит о реальной действительности. Считая бесспорным проведенное Дюркгеймом противопоставление религиозных и магических санкций, мы не можем допустить, что оно должно с необходимостью вести к связыванию происхождения морали с действием религии и приписывать магии аморальность. Тому есть две причины: а) в каждом коллективном и индивидуальном опыте существует множество аспектов морали. Мораль, связанная с религией, есть по преимуществу мораль долга и Высшего Блага, а мораль, связанная с магией, — это мораль действия и творческой свободы, первая форма светской и земной морали, призывающей к независимому усилию действующего лица; б) в морали санкции играют подчиненную и периферическую роль, так как нравственная жизнь проходит в своих наиболее существенных проявлениях вне санкций, которые, таким образом, не могут служить точкой отсчета для измерения взаимоотношений морали с религией и магией.

Искусственное отождествление магической маны, которой можно управлять и которую можно увеличивать или уменьшать независимым усилием, с сакральным, требующим подчинения, ведет Дюркгейма к ряду трудностей, помимо только что указанных нами. Так, ему приходится утверждать, что первобытная религия не предполагает страха, чувства слабости и зависимости. «Первобытный человек не представляет себе божества в недостижимой высоте, подавляющего его своим превосходством; наоборот, оно очень близко к нему. Никогда, наверно, божество не было так близко к человеку, как в тот период истории, поскольку оно живет в объектах, непосредственно окружающих человека, и является частично имманентным самому человеку» (Ibid. P. 320). Иначе говоря, сблизив магию с религией, Дюркгейм становится перед необходимостью приписать первобытной религии некоторые основополагающие характеристики магии: некий вид имманентности, призыв к чисто человеческому усилию, близость к элементам, через которые она проникает. Это, однако, нисколько не согласуется с положительными фактами этнографии и истории религий, которые показывают, что нигде религия не подавляет человека больше, чем в первобытном обществе, и что лишь самые развитые религии, такие, как христианство и буддизм, вызывают, по крайней мере частично, к человеческой свободе для того, чтобы подняться до уровня божества.

Сближение магии и религии, то в пользу последней, то в пользу первой, подчас убеждало этнографов от теологии во главе с патером Шмидтом в обратном. Они пожелали доказать, что тотем был лишь религиозным символом, хотя и исключительно магическим. Поскольку тотем по большей части предстал в качестве животного и поскольку Дюркгейм счел возможным утверждать, что тотем — это магическое средство, посредством которого индивидуум находится в отношении с клановой маной, патер Шмидт заявил, что тотемизм был лишь магией охотников. Первобытные люди, забыв, очевидно, о первом религиозном откровении (след которого можно найти у пигмеев экваториальных лесов) и заменив религию магией в форме тотемизма, пришли к своего рода деградации, когда магия должна была бы

вытеснить религию. На этом примере ясно видна опасность построений Дюркгейма. Если происходит смешение первобытного божества с магической силой, если связывать между собой тотем и ману, то вполне можно рассматривать оба этих элемента как в качестве религиозных (у Дюркгейма), так и в качестве магических (у Шмидта). Решающим же является тот факт, что оба этих принципа совершенно несовместимы: в то время как тотем воплощает сакральную сверхъестественную силу, высшую и трансцендентную, которой подчиняются и которая не может быть использована человеком, мана представляет собой имманентную сверхъестественную силу, близкую человеку, вызывающую к его автономному усилению и могущую подвергаться воздействию с его стороны. Поэтому образование понятия тотема, происходившее в момент перехода от клана к племени, может приводить только к такому божеству или к такой религии, которые будут носить более абстрактный характер, но никак не к магии или мане.

Характеристика магической маны как безличной и безымянной силы и попытка вывести идею души из маны не менее спорны. Противопоставление личного и безличного не соответствует первобытному мышлению, и мы увидим, что мана является одновременно личной и безличной. Что касается души, то она — лишь вместилище религиозного греха, другой полюс сакрального, из которого ее невозможно вывести, как нельзя вывести выпуклое из вогнутого. Во всяком случае, она не имеет никакого отношения к магической мане, поскольку душа может иметь ману, а может ее и не иметь, а неодушевленные объекты так же, как и божества, обязательно имеют ману.

По сути, дискуссия по проблеме соотношения религии и магии, тотема и маны носит у Дюркгейма скорее искусственный характер. Поскольку религия рассматривается как полное, тотальное воплощение общества, а магия оказывается благотворной для индивидуума, Дюркгейм старается показать, что магия вытекает из религии подобно тому, как индивидуум есть производное от общества. Однако если согласиться с положением о взаимообусловленности индивидуальной и коллективной перспектив и если принять во внимание реальную роль магии в социальной действительности, которая благоприятна для индивидуума скорее косвенным образом (множественностью фратрий, которые магия выставляет против клана), чем прямым, ясно, что суть проблемы находится не там, где ее искал Дюркгейм. Существо проблемы — в противопоставлении двух сверхъестественных непримиримых сил, постигаемых в различных коллективных действиях и имеющих то независимые друг от друга, то конкурирующие социальные последствия.

### Г. Теория магии по Бергсону

Бергсон в своей работе «Два источника морали и религии»<sup>8</sup> использовал выводы Мосса и Юбера в совершенно ином направлении, чем Дюркгейм, и не менее искусственно, чем последний, увязывал эти выводы с принципами своей философской концепции. Для исследования соотношения магии и религии следует, по его мнению, прежде всего четко противопоставить религию статическую, соответствующую «закрытому обществу», основанному на инстинкте, религии динамической, соответствующей «открытому обществу», чьим основанием является мистическая интуиция. Магию можно сравнивать только со статической религией, и она совершенно несоизмерима с динамической религией, а между этими двумя разновидностями религии нет никакой связи.

Статическая религия, в зависимости от которой следует определять магию, несет двойную задачу. С одной стороны, «религия... есть защитная реакция природы против разлагающей силы ума» (Там же. С. 130), угрожающей инстинктивной и инфра-интеллектуальной социальности, которая есть основа закрытого общества. С другой стороны, «[статическая] религия есть защитная реакция природы против созданного умом представления о неизбежности смерти» (Там же. С. 140), подавляющего

<sup>8</sup> Цитаты приводятся по изданию: Бергсон А. Два источника морали и религии. М., 1994. — Прим. пер.

и уменьшающего жизненный порыв. Переходя к обобщениям, Бергсон дает следующую формулировку магии: «...это защитные реакции природы против созданного умом представления о гнетущей полосе непредвиденного между существующим началом и желаемым результатом» (Там же. С. 150). Эти защитные реакции, выражающиеся в способности к воображению», представляют собой «застрахованность от страха», в то время как религиозная вера означает по большей части «доверие» и гарантию, а не страх (Там же. С. 163–170).

Магия имеет то общее со статической религией, что она тоже выполняет утешающую функцию и представляет собой защитную реакцию инстинкта против «того, что может быть угнетающим в деятельности ума» (Там же. С. 221). Но эта реакция проявляется в другом направлении. В магии речь идет не о том, чтобы бороться с исчезновением инстинкта социальности под угрозой интеллекта, «а о том, чтобы посредством определенных убеждений застраховать себя от некоторых опасностей познания» (Там же. С. 174). Магические представления являются воображаемыми представлениями о человеческом всемогуществе и выступают в качестве утешения для интеллекта, «еще не способного познать мир и основать науку». Есть в первобытном обществе довольно большая часть опыта, на которую *homo faber* (лат. — человек делающий. — *Прим. пер.*) не способен воздействовать. Не обладая способностью воздействовать на природу, он надеется, что природа будет действовать в его пользу. «Природа, таким образом, проникается здесь человечностью. Он [первобытный человек] прибавляет ко всему, что ускользает от нашего воздействия, веру в силы, которые принимают во внимание человека. Таким образом, Вселенная наполняется намерениями» (Там же. С. 175–176). Таким, по-видимому, было происхождение маны или оренды, с которыми Мосс и Юбер связали магию после полного провала попытки Фрэзера объяснить магические ритуалы через такие интеллектуальные принципы, как «подобное воздействует на подобное» и «часть равна целому» (Там же. С. 178–181).

Именно влияние инстинкта на интеллект, отчаявшийся в своей способности реализовать свои желания, дает объяснение психологии магии. «Возьмем, например, первобытного человека, который хочет убить своего врага. Но враг далеко; поразить его невозможно. Неважно! Наш человек в ярости; он изображает, чтобы устремляется на врага. Бросившись на него, он идет до конца; он сжимает в руках свою жертву, которую, как он верит или как он хочет верить, он держит и душит. Он, однако, хорошо знает, что результат достигнут не полностью. Он сделал все, что зависело от него: он хочет, он требует, чтобы вещи взяли на себя остальное» (Там же. С. 179). «Это могло произойти только при условии, что материя была в каком-то смысле намагничена, если она сама повернулась к человеку с тем, чтобы получать от него поручения, выполнять его приказания. Но, помимо того, она была пропитана человечностью, т. е. заражена силой, способной входить в намерения человека... [силой, которая] оставалась подчиненной человеку, чтобы была возможность механически влиять на нее» (Там же. С. 178–179). «Такие слова, как мана, оренда, ваканда... выражают как эту силу, так и престиж, которым она обладает. Они указывают на то, что делает так, чтобы вещи поддавались магическим операциям. Что касается самих этих операций... они начинают акт, который сам человек не может завершить. Они содержат такое действие, которое не доходит до того, чтобы произвести желаемый результат, но которое достигло бы его, если бы человек умел заставить вещи быть благосклонными к нему» (Там же. С. 180).

«Магия, таким образом, является врожденной человеку, будучи лишь экстериоризацией желания, которым наполнено его сердце» (Там же), и сводится, в конце концов, к двум элементам:

- 1) к желанию воздействовать на все что угодно, даже на то, что недостижимо;
- 2) к идее о том, что вещи заряжены или могут быть заряжены тем, что мы назвали бы человеческим флюидом.

Нужно обратиться к первому элементу, чтобы сравнить между собой магию и науку, и ко второму элементу, чтобы выявить связи магии и религии (Там же. С. 182).

Наука предполагает усилие, победу над множеством обстоятельств. Магия, напротив, представляет собой действие без усилий, продукт лени, которая мало-помалу отравляет общество. Магия есть, по мнению Бергсона, противоположность науки (Там же. С. 183–185). «Она отделена [от науки] той же дистанцией, что существует между желанием и волей. Отнюдь не подготавливая приход науки, как это утверждалось, она явилась значительным препятствием, с которым методическое знание должно было бороться» (Там же. С. 185).

Магия и статическая религия имеют общий исток, который обнаруживается вовсе не в мане, как полагали Мосс и Дюркгейм, но исключительно в том психологическом отношении, которое характеризуется защитной и успокаивающей реакцией против того, что могло встретиться обескураживающего и разрушительного в деятельности интеллекта. Однако «магия и [статическая религия] *расходятся* в таком случае прямо от общего источника, и не может идти речи о том, чтобы выводить религию из магии [или магию из религии]: они современницы» (Там же. С. 188).

Из того факта, что магия успокаивает интеллект в его собственном бессилии, в то время как религия защищает инстинктивную социальность против разрушающей деятельности все того же интеллекта, следует целый ряд критериев различия между магией и статической религией. Идея человеческого флюида, которым насыщены или могут быть насыщены вещи и субъекты, т. е. идея маны, есть идея чисто магическая, с которой религия не имеет ничего общего (Там же. С. 188). «...Если первобытный ум замечает вокруг себя, в явлениях и в событиях скорее элементы личности, чем полные личности, то религия в только что отмеченном понимании, в конце концов, усилит ее элементы настолько, что превратит их в личности, тогда как магия считает их приниженными и как бы растворенными в материальном мире, где можно добиться их эффективного действия» (Там же. С. 177, 188 и сл., 222). «Само собой разумеется, что религия, понимаемая таким образом, противостоит в этом случае магии. Последняя преимущественно эгоистична, первая же допускает бескорыстие, а часто даже требует его. Она настаивает на принудительном получении согласия природы, другая взывает к милости бога. Главное же — магия осуществляется в полуматериальной, полуморальной среде...» (Там же. С. 188 и сл.). Иначе говоря, все элементы магии и статической религии, которые, по мнению Бергсона, являются различными, если не принимать в расчет их общее происхождение, состоят в утешающей функции, которая, впрочем, сама действует в обоих случаях в различных направлениях.



Бергсон со свойственными его психологическим исследованиям тонкостью и гибкостью превосходно продемонстрировал связь магии с коллективной и индивидуальной эмоциональностью. Он мастерски описал то, что уже подчеркивали Мосс и Юбер, в частности, что мана является пределом желаний, как сказали бы сегодня, ансамблем желаемых ценностей. Он очень удачно подчеркнул исключительно магическую природу маны, настаивая на ее имманентном характере (человеческий флюид) в противоположность сакральному религии, по необходимости возвышенному и трансцендентному. Наконец, защищая положение об общем происхождении статической религии и магии, он свел его к сходству психологических отношений, где исключена всякая тождественность основания. Несмотря на все эти преимущества, интерпретация Бергсона представляется нам заслуживающей некоторых оговорок.

Мы должны прежде всего оспорить сходство психологических отношений, состоящее в установлении *утешающей веры*, которое Бергсон находит у истоков магии и статической религии. Во-первых, утешающая вера не столько противоположна страху, сколько представляет другой его аспект — трепет и спасение в религии, простое опасение и вера в свои собственные силы в магии являются для каждой из этих пар перемежающимися чувствами, которые невозможно разделить. Но следует учитывать, что Бергсон избегает проводить различие между трепетом и опасением,

между утешением как ожиданием благодати и избавления, и утешением как утверждением в вере в собственные силы. Мыслитель, видя психологическую разницу между магом, который приказывает, и религиозным человеком, который подчиняется высшей силе, ослабляет это различие, считая возможным утверждать, что в магии речь идет только о желаниях, а не о волеизъявлении. Однако это различие, взятое в качестве противопоставления, представляется сомнительным: ведь желание — это тенденция, а волеизъявление — это та же тенденция, но уже сопровождаемая сознанием. Желание и волеизъявление суть только разные стадии одного и того же процесса, и между ними существует целый ряд переходных ступеней. Более того, основное желание, реализующееся в магии, состоит в стремлении властвовать над миром и себе подобными, и это желание часто сочетается с сильной волей, предполагающей максимум усилий. Магия есть сочетание аффектов: страх перед неизвестными силами, которыми человек желает овладеть с помощью воли, — овладеть тем, чего он желает и чего боится. Оно усиливается тем, что маг желает не только управлять маной, но также увеличивать и уменьшать ее, и даже частично создавать. Это положение мага как творца, демиурга есть проявление сильнейшей воли.

Таким образом, не существует общего источника религии и магии не только с точки зрения составляющих их элементов, но и с точки зрения психологической. Мы знаем уже, что, с точки зрения психологии, они столь же непримиримы, как *требет* перед высшими трансцендентными силами и *простое опасение* имманентных сил, которыми человек не умеет управлять, как подчинение и управление, как гетерономия и автономия.

Поскольку характеристика утешающей функции, общей для магии и для статической религии, основана у Бергсона на противопоставлении мистических социальных инстинктов, интеллекта и интуиции, мы должны сделать оговорку, что только социальная жизнь животных имеет чисто инстинктивную природу. Социальная жизнь человека основана преимущественно на сознательных, эмоциональных, волевых и интеллектуальных действиях различного рода. Так, реальная социальная жизнь сама является одновременно сознательной и сверхсознательной, а не подсознательной. Отсюда следует несколько выводов: 1) утешающая функция не действует в пользу инстинкта против интеллекта, но действует в соответствии с опасением перед конкретными сверхъестественными силами, испытываемыми в коллективных институтах; 2) противопоставление «закрытого общества» и «открытого общества», статической и динамической религии соответствует лишь разным *степеням* социальной жизни внутри каждой реальной группы (например, различным степеням глубины и интенсивности коллективного сознания: социабельности в форме массы соответствует закрытое общество и статическая религия, социабельности в форме общности — открытое общество и динамическая религия); 3) вот почему, вопреки мнению Бергсона, противоположение статической религии и религии динамической не имеет никакого отношения к проблеме различия между магией и религией. Магия равным образом противоположна любой религии, будь она статической или динамической; речь здесь идет об основополагающем противоречии на основе двух разных отношений к двум непримиримым между собой сверхъестественным силам, а не о разных степенях интенсивности одного и того же отношения к одной и той же силе; 4) поэтому «способность воображать» действует в магии и в религии в двух абсолютно разных психологических направлениях: она толкает религию к принижению человека, а магию к самоутверждению, коллективному и индивидуальному.

Мы не можем также принять характеристику магии, с одной стороны, как необходимо эгоистической, а с другой — как препятствующей науке. Что касается первого пункта, Бергсон лишь повторяет расхожий теологический предрассудок, принимаемый также Дюркгеймом, об аморальном характере магии или об ее внеположности по отношению к морали, и о нравственном, бескорыстном характере религии. Не только изучение положительных фактов показывает, что магия, отправляется ли она как общественная функция (заклинатели дождя и лечащие маной врачи) или как функция независимая, часто бывает бескорыстна и требует самоотречения. Даже из опыта следует, что призыв к активности, усилению, творчеству,

вытекающий из магии, может очень содействовать развитию независимой морали. Удивительно, что Бергсон, который настаивает на плюралистичности морали, вплоть до полного разделения (хотя и необоснованного) морали на открытую и закрытую, не видит при этом, что магическая мораль и мораль религиозная в равной степени представляют собой отдельные сферы нравственности или, как мы бы сказали, различные уровни морального опыта. Поскольку всякая независимая деятельность допускает возможности злоупотреблений, магическая мораль, в силу присущего ей стремления выйти за рамки долга, легче склоняется к эгоистическому искажению, чем мораль религиозная. Но искушение всегда сильнее там, где выше интенсивность этического элемента.

Что касается конфликта между магией и наукой, в рамках которого первая препятствует развитию второй, то этот вариант нам представляется столь же спорным, как и обратный (Фрэзер), провозглашающий магию источником науки. Между магией и наукой так же невозможно констатировать противоречие, как и связь, — по той простой причине, что речь здесь идет о двух различных отношениях, утверждающихся на двух различных планах: магия, как мы уже отмечали, возражая Фрэзеру, связана с тенденцией повелевать миром и людьми, в то время как наука связана с бескорыстным удивлением, изумлением перед миром. Магия смогла стать источником развития техники, которая имеет то же самое психологическое основание, что и магия. Что же касается наук, то они, в противовес утверждению сторонников прагматизма, не имеют никакого отношения к *homo faber*, а значит, не могут ни находиться в конфронтации, ни порождаться магией. Если науки развиваются в обратном по отношению к магии направлении, то это является следствием не прямого противоречия между ними, а общего ослабления влияния «аффективной категории сверхъестественного» на интеллект.

#### Д. Описание маны у Лемана и Малиновского

После обсуждения этих теорий и перед формулированием окончательных выводов по поводу маны и магии вернемся к конкретным фактам, с которыми мы уже сталкивались благодаря фундаментальному исследованию Мосса и Юбера. По-видимому, наиболее полное описание проявлений маны в меланезийском обществе дается в книге ученика В. Вундта — Лемана (*Lehmann J. Le Mana. 2<sup>e</sup> éd. 1922*). Уточним конкретный механизм действия маны, Леман прежде всего констатирует, что термин «мана» с лингвистической точки зрения имеет несколько значений (которые мы уже частично встретили у Мосса и Юбера). В меланезийском языке слово «мана» означает *думать, любить, желать*, а также *объект*, о котором думают, который любят и который желают. Мана означает затем *успех, счастье* и т. д. Этот термин означает и *сверхъестественную силу*, которая ведет к успеху и к счастью и которую любят и желают. Еще одно значение термина «мана» — *социальный престиж*, которым пользуются, *степень социального роста, занимаемое место в социальной иерархии и объем находящейся в распоряжении социальной власти*. Понятие «мана» означает, наконец, *сверхъестественное действие* путем использования соответствующих сил. В последнем значении, по утверждению Лемана, заключен основной смысл термина, от которого происходят все остальные, поскольку «мана» как прилагательное и «мана» как существительное происходят здесь от глагола *действовать эффективно*. Корнем, от которого производны все смысловые значения термина «мана», является *potentiel surnaturel d'une efficacité active; das ausserordentlich Wirkungsvolle* (Ibid. P. 6) (фр. — сверхъестественный потенциал активной действенности; нем. — необыкновенная полнота действия. — Прим. пер.), *das potenzierte übernatürliche Können* (Ibid. P. 11 et suiv.) (нем. — потенциальная сверхъестественная способность. — Прим. пер.). Таким образом, мана как основание магии прямо подразумевает максимум усилия, даже творческой активности деятеля, что столь характерно для магического отношения. Леман считает, что посредством проведенного исследования он исключил интерпретацию маны как субстанции, хотя было бы более точным признать, что в сущности маны сплаваются в единое целое *субстанция, качество и действие*,

как сплавляются существительное, прилагательное и глагол. Можно было бы рискнуть сказать, со всеми оговорками, что мана есть субстанция, состоящая в действии, во время совершения которого передаются магические свойства. Леман описывает три вида маны, действующей в меланезийском обществе.

*А. Мана тангата* — это мана, которая действует в отношениях между людьми, индивидуумами или группами, т. е. *человеческая мана*. Она может быть как коллективной, так и индивидуальной. Так, герой меланезийцев Тэ Каоти, который спровоцировал кровавые восстания против англичан, был охарактеризован маори как «мана тангата» — человек, обладающий необъятной, выдающейся силой. Он имел ману, поскольку у него были гений, храбрость, удача (Ibid. P. 9). Способности маны тангаты, которые имеют весьма различные степени, могут проявляться у людей из самых низких слоев населения, но они проверяются их успехом, их возвышением до верховной власти (Ibid. P. 10). Здесь уже намечается переход от индивидуальной маны к мане коллективной. Этот переход носит очень заметный характер, когда термин «мана» употребляется прямо в смысле социальной власти, отправляемой индивидуумом. О военачальнике, к примеру, говорят, что его мана действует на тот или иной клан, в тех или иных территориальных границах. Это означает, что под его началом находится та или иная группа людей. В то же время военачальник теряет свою индивидуальную ману в случае тяжелых военных поражений из-за неудачи в исполнении своих социальных функций (Ibid. P. 11).

Уже в этом факте можно увидеть, наряду с индивидуальной маной, существование коллективной маны, принадлежащей различным группам. Вожди этих групп сочетают свою личную ману с маной того сообщества, которое они представляют (Ibid. P. 12 et suiv.). Например, преемник военачальника присваивает себе ману двоюко: с одной стороны, он присваивает себе способность представлять ману, мистическую силу, престиж группы, а с другой стороны, он завладевает личной маной своего предшественника. Передача маны никогда не совершается путем простого рождения или имитации поведения, а предполагает магическую инициацию, действительностью которой признается сообществом (Ibid. P. 18). Способность представлять ману группы может быть потеряна не только в случае неудачи, но и из-за определенных магических операций, совершаемых другими людьми. Например, если во время сна вождя кто-либо переступает через его тело, вождь считается потерявшим свою способность представлять коллективную ману. Другой пример: рассказывают, что сын одного очень могущественного вождя, поднявшись на крышу дома, в котором был его отец, невольно лишил отца всей маны, которой тот обладал, оказавшись выше него (Ibid. P. 12). Коллективная мана, отличная от той, которую представляют официальные вожди, — это мана клубов и тайных обществ, весьма распространенных в Меланезии. Участием в таких обществах, обладающих своей коллективной маной, индивидуум усиливает свою личную ману; поднимаясь по ступеням иерархической лестницы братства, он усиливает степень своего участия в коллективной мане. Впрочем, это восхождение облегчается обладанием личной маной до вступления в группу. Так, в понятии маны тангаты (человеческой маны) можно констатировать наличие индивидуальной маны.

Интересный случай проявления маны тангаты — это борьба между двумя или несколькими магами, или между магическими братствами. Каждый маг и каждое братство обладают маной в различной степени, а результаты их борьбы показывают, у кого ее больше (Ibid. P. 33 et suiv.). Индивидуальная и коллективная мана могут быть усилены, если заинтересованные лица в полной степени посвящены в магические ритуалы; как индивидуумы, так и группы могут даже создавать свою собственную ману (Ibid. P. 34 et suiv.). Все это показывает, насколько мана тангата близка к человеку, который ее приобретает, теряет, усиливает или ослабляет своими действиями.

Кодрингтон и особенно Леман хорошо продемонстрировали ту роль, которую играет мана тангата (индивидуальная или коллективная) в производстве меланезийцев, основной формой которого является рыболовный промысел, а в частности — добыча жемчуга (Ibid. P. 35). Интенсивность производственной деятельности может, по-видимому, послужить средством приобретения маны: так ловец жемчуга,

погружаясь в глубину моря и быстро оттуда возвращаясь, может приобрести очень сильную ману, способствующую его занятию (Ibid. P. 36).

Недавно Малиновский, который подробно изучал магию туземцев Тробрианских островов, подтвердил эти утверждения. «Труд и магия, — говорит он, — нераздельные понятия, как раз по той причине, что, по представлениям туземцев, труд нуждается в магии, а магия имеет смысл только как необходимый элемент труда» (*Malinowski B. Argonauts of the Western Pacific. 1922. P. 414*). «Маг производит впечатление не великого жреца, который отправляет культ в торжественной церемонии, а скорее рабочего-специалиста, который должен выполнять определенную работу» (Ibid. P. 142). «Последствия магии — это нечто, что добавляется ко всем прочим следствиям человеческих действий... В магии садоводческого дела та часть успеха, которая происходит от почвы, дождя, человеческого труда, никоим образом не игнорируется. Тем не менее, никому не пришло бы в голову возделывать сад, не прибегнув к необходимым магическим операциям. От них ожидается именно то, что человек ожидает от удачи, счастливого случая. Отправлять магию означает привлечь удачу на свою сторону» (Ibid. P. 420–421).<sup>9</sup> Так, магия — призыв к мане — вступает в действие повсюду, где труд предполагает элементы риска или опасности. В то же время «магия есть активный элемент организации труда. Она сообщает [деятелю] сильную уверенность в своей способности достичь успеха» (*Malinowski B. Myths in Primitive Psychology. 1926. P. 107–117*).<sup>10</sup> Леви-Брюль, приводя эти тексты в своей работе «Мистический опыт и символы у первобытных людей» (1938), делает ту критическую оговорку, что сужение сферы применения магии для труда, сопряженного с риском, в предприятиях, чей успех не гарантирован, не может рассматриваться как феномен, характерный для всех первобытных обществ (*Levy-Bruhl L. Experience mystique et les Symboles chez les primitifs. P. 53*). Он, очевидно, прав. Тем не менее, если взять ту особую разновидность маны, которой является человеческая мана (мана тангата в Меланезии), и если ограничиться констатацией того, что одна из областей ее применения связана с трудом, характеристики Малиновского становятся верными для всех обществ. Более того, их значение может быть расширено, если из него вывести то важное утверждение, что мана и магия всегда подразумевают призыв к увеличению личного усилия деятеля (индивидуума или коллектива), к его имманентной способности к творчеству и производству.

В. Мана животных, растений и неодушевленных объектов. Наряду с человеческой маной меланезийцы, как показывает Леман, верят в ману, существующую в природе независимо от человека и его участия (*Lehmann J. Le Mana. P. 38–53*). Роль, которую играет эта разновидность маны, ясно показывает, по мнению автора, что мана не зависит не только от духов, но и от человеческой души и сознания человека. Мана животных, растений и неодушевленной природы также демонстрирует, что мана — это не только простое присвоение магом неких качеств, но и настоящая сверхъестественная сила, распространенная в мире, которая существует даже тогда, когда человеку нет до нее дела. В самом деле, эта мана может действовать среди животных, растений, камней и скал совершенно независимо от вмешательства человека и его сознания. Некоторые животные (например, птицы, по меланезийским поверьям) и определенные растения обладают очень сильной маной. Человек может иногда, путем огромных усилий, суметь использовать эти особые и независимые от него формы маны, подчинив их своей мане тангате (отсюда — применение определенных камней и растений в магических ритуалах).

Можно было бы возразить на этот довод, приводя в пример недавно обнаруженный Леви-Брюлем (*Levy-Bruhl L. La mythologie primitive. 1935*)<sup>11</sup> факт того, что животные в представлениях первобытных людей часто рассматриваются как человеческие

<sup>9</sup> Особо см. главу XVII указанной выше книги Малиновского (*Malinowski B. Magic and the Kula // Argonauts of the Western Pacific. P. 392–427*).

<sup>10</sup> Кроме главы IV (*Myths of Magic*) цитированной книги Малиновского см. его статью «*Magic, Science and Religion*» (*Science and Reality. 1925. P. 69–78*).

<sup>11</sup> *Levy-Bruhl L. La mythologie primitive. 1935. P. 45 et suiv., 81 et suiv., 160 et suiv.*

существа, скрытые под шкурами и перьями животных и птиц. Но, поскольку мана приписывается также растительному миру и особенно неодушевленным предметам, эти утверждения теряют свою доказательственную силу. Камни при помощи своей маны могут воздействовать на другие камни (например, кораллы, которые обладают особой маной), скалы — на другие скалы, целые местности — на другие местности. Поэтому при изучении маны следует, по справедливому заключению Лемана, отказаться от любого анимизма. Мана — это имманентная сверхъестественная сила, которая может соединяться с любым одушевленным или неодушевленным объектом так же, как и с человеческой душой, индивидуальной или коллективной.

С. *Мана атуа*. Между тем, мы подходим к третьей разновидности маны — *мане атуа*, которая свойственна духам и богам. Мана атуа, что чрезвычайно важно, не участвует в отношениях богов и духов с людьми, так как в этих отношениях она им не нужна — настолько они выше человека, который им полностью подчинен уже тем фактом, что они — боги и духи, воплощение трансцендентной сверхъестественной силы. Духи и боги нуждаются в мане только в отношениях между собой. В своих конфликтах и спорах они не могут обойтись без магических ритуалов и имеют тем больший успех, чем большее количество маны атуа им удалось привлечь к себе. Тем не менее, не всем духам удастся получить ману, и не все боги обладают ею в одинаковой степени.

Это доказывает, насколько неверно было бы отождествлять или причислять к одной категории ману, сакральное и Божественное. Мана атуа является основанием магии, используемой духами и богами в отношениях между собой, в своем собственном кругу. Мана во всех своих разновидностях всегда остается имманентной сверхъестественной силой, лишенной превосходства и трансцендентности, распространенной в человеческих, природных и божественных мирах, повсюду находясь в близких отношениях с элементами, которые она проникает, отождествляясь с ними. Эта сила может соединяться с духами и богами так же, как с человеческими душами и видами человеческой деятельности, животными, растениями и неодушевленными предметами; она может так же от них отделяться, она не сплавлена ни с одним из этих элементов. Она повсюду сохраняет свою специфику — быть *потенциалом эффективной деятельности в отношениях с существами одного и того же вида и уровня, одного и того же онтологического ранга*.

Это подтверждается, помимо всего прочего, тем фактом, что мана, свойственная жрецам, является не маной атуа, а маной тангатай, маной чисто человеческой. В то же время, находясь на службе у богов, жрецы обладают, отраженно, и частичной трансцендентной сакральной силы богов — поддержкой, которой они пользуются, будучи подчинены ей в большей степени, чем другие. Но эта сила не есть мана, и тем более — не мана атуа. Жрецы обладают маной настолько, насколько они обладают престижем и удачей в дополнение к тем, что вытекают из их жреческих обязанностей, которые достигнуты их собственной волей, энергией и предпринимчивостью в делах житейских. Тогда они демонстрируют ману тангату — чисто человеческую ману (Ibid. P. 27–33).

Объективные и детальные описания функционирования маны в Меланезии, сделанные Леманом, мы привели настолько подробно, насколько возможно, дополняя их определенными замечаниями Малиновского о магии туземцев Тробрианских островов.

Сочетая эти описания с критическим изложением различных теоретических интерпретаций маны, которые мы привели, попытаемся теперь сформулировать общие выводы о специфике маны и магии в их отношении к сакральному и религии.

#### § 4. Общие выводы о природе маны и магии

##### А. Различие между маной и сакральным

Мы считаем возможным сделать следующие выводы по вопросу специфики маны (основания магии) в ее противоположности сакральному и божественному (основанию религии):

1. Мана является широко распространенной сверхъестественной силой, утверждающейся в качестве мощного магнита коллективных и индивидуальных эмоциональности и воли.

2. Эта сила действует по преимуществу в отношениях между существами одного и того же онтологического уровня, а не в отношениях между высшими и низшими существами (между людьми, животными, растениями, камнями и богами). Лишь ценой особых усилий со стороны человека его мана может проникать в ману низших существ.

3. Оба предыдущих свойства делают сверхъестественную силу, которая называется маной, *имманентной* существам, среди которых она действует; мана родственна этим существам, может использоваться ими, подвергаться их манипуляциям, уменьшаться или увеличиваться их действиями.

4. Мана может частично быть созданной в результате удачного действия, поскольку магический ритуал может служить как вхождению в контакт с маной, так и ее созданию. Таким образом, в отношении между магом и маной образуется нечто, напоминающее *демиурга*, поскольку каждый человек, совершающий усилие для увеличения своей маны или маны своей группы, и каждая группа, действующая подобным образом, становятся в определенной мере в положение творца мира.

5. Мана, имея характер субстанции, действия, потенциала эффективности, является одновременно и персонифицированной, и безличной. Принцип участия, открытый в первобытном мышлении Леви-Брюлем, согласно которому «все участвует во всем», есть одно из наиболее важных свойств маны. Поэтому всякая дискуссия на тему безличного, анонимного или личного характера маны нам представляется поверхностной — мана совмещает в себе оба эти свойства, и между ними не провести границу.

6. Как сила одновременно и безличная, и личная, мана может при этом быть или коллективной, или индивидуальной в зависимости от тех субъектов, от которых она исходит. Можно различать ману группы и ману индивидуума. В этом смысле не только магическое братство, мужской клуб и всякая фратрия обладают коллективной маной; ею обладают также кланы и племена. Тем не менее, из-за того, что эти последние объединения имеют религиозное основание и получают свою силу от сакрального, их имманентная мана оказывается сокрытой под религиозностью.

7. Как разновидность имманентной жизненной энергии, рассеянной в мире и действующей среди существ одного уровня, мана не является привилегией некой особой касты магов или неких тайных обществ. Все существа в определенной степени обладают и пользуются ею. В частности, всякий человек и всякая группа являются магами, хотя бы в латентном состоянии. Поэтому во всех человеческих отношениях мана проявляется даже без участия специальных магических ритуалов. Эти последние лишь актуализируют ману, присутствующую потенциально, либо создают новую ману. Профессиональные маги, белые или черные (колдуны), являются лишь актуализирующими ману агентами, обладая особыми навыками и ловкостью; мана доступна всем и в зачаточном состоянии присутствует повсюду. Клубы и тайные общества лишь воплощают и используют коллективную ману в ее первоизданной чистоте, не искаженную подчинением сакральному, как это происходит в клане.

8. Мана не тождественна ни сознанию (индивидуальному или коллективному), ни душе, ни духу, ни тем более — сакральному или божественному, от которых она совершенно не зависит по своей сути. Мана может соединяться с каждым из элементов одного вида. С этой точки зрения, в сочетании с божественным мана встречается очень редко, поскольку такое соединение возможно лишь при политеизме, где отношения между богами могут представляться по аналогии с отношениями между людьми.

9. Мана по своей сути не имеет ничего общего с сакральным, божественным, с религией. Это сверхъестественная сила, которая не является сакральной, которая не подразумевает послушания или подчинения и не приносит спасения. Мана — это имманентная сверхъестественная сила, в то время как сакральное — это трансцендентная сверхъестественная сила. Мана не превосходит тех существ, которые ее используют. Она ставит человека, в частности магов и магические общества, в положение творцов. Мана усиливает веру человека, группы, индивидуума в их собственную силу и энергию. Будучи имманентной сверхъестественной силой, мана благоприятствует развитию имманентного усилия, расцвету автономии и творческой деятельности, свойственных человеку. Первый конфликт между принципами трансцендентности и имманентности в человеческом разуме произошел в результате противопоставления сакрального и маны. Поэтому мана, несмотря на свойственный ей сверхъестественный элемент, является движущей силой процесса *секуляризации*. Обмирщение магии и превращение ее в технику, с одной стороны, и в автономную мораль, с другой стороны, — это естественная эволюция, связанная с исчезновением страха перед силами, которыми человек манипулирует, в то время как сакральное и религия исключают всякое обмирщение, которое может только ограничить поле деятельности этих сил, но не изменить их.

### Б. Определение магии и религии

Из всех вышеперечисленных свойств следует, что *магия* и *религия* несовместимы как в силу своих *оснований*, так и в силу тех последствий, которые они вызывают в субъективной психологии.

Обладание имманентной маной, которая «срастается» с теми существами, в которые она проникает, применительно к человеку (коллективу людей или индивиду) напоминает положение хозяина, который отдает приказы, и демиурга, который творит. Психологическое основание магии лежит в неограниченном желании владеть миром путем творческого усилия, — в желании, сопровождаемом страхом не совладать с высвобождаемыми человеком силами.

Трансцендентности *сакрального*, всегда превосходящего тех людей, которые ему подчиняются в ожидании благодати и спасения, у человека соответствуют пассивная униженность и безграничная субординация, вытекающие из чувства непоправимой неполноценности. Психологическое основание религии лежит в непреодолимом трепете и чувстве покинутости, слабости, другой полюс которых есть ожидание спасения, принесенного одним-единственным снисхождением некоей трансцендентной силы.

Магия может быть публичной или тайной, белой или черной (эти две пары противоположностей не являются коррелирующими, так как всякая черная магия является тайной, и наоборот, белая магия может быть как публичной, так и тайной), наконец, коллективной или индивидуальной. Религия, напротив, всегда является коллективной в своем основании (догма, открывшаяся группе) и в своем отправлении (культе) и имеет ярко выраженную тенденцию быть исключительно публичной.

Этого, очевидно, недостаточно для того, чтобы искать различие магии и религии в противопоставлении общества и индивидуума. Магия благоприятствует развитию индивидуализма косвенно в гораздо большей степени, чем напрямую. Во-первых, конкуренция между маной и сакральным, магией и религией, имея следствием плюрализацию групп в первобытном обществе и ограничение влияния клана тайными обществами, группами инициации и клубами, создает, таким образом, более благоприятную для развития индивидуализма атмосферу. А индивидуум в своем самоутверждении обычно пользуется противостоянием нескольких групп в лоне того общества, в котором он живет. Так, мана благоприятствует индивидуализму, не будучи с необходимостью связанной с индивидуумами, в своей коллективной форме весьма эффективно ограничивая сакральное. Здесь лежит самое основание утверждения межгрупповых и межиндивидуальных прав внутри общества; отсюда происходит влияние магии на так называемое индивидуальное право, усиливаемое гибкостью маны, допускающей отчуждение благ, в которые она проникла.

Однако в магических сообществах, которые могут в конкретных ситуациях доминировать над кланами, магия может влиять на социальное право самого клана и глубоко трансформировать его. Более того, магические сообщества могут порождать внутри себя собственное автономное социальное право. Невозможно поэтому ограничивать роль магии одним только развитием межиндивидуального и межгруппового права, хотя в этой области, как мы увидим, роль магии особенно важна.<sup>12</sup>

Во-вторых, сама вера в независимость, в творческую силу коллективной или индивидуальной человеческой воли косвенно способствует развитию самосознания личности и ее частичному освобождению от влияния социального Целого. Это тем более существенно, что мана опять-таки может быть как коллективной, так и индивидуальной, а сила маны проверяется, помимо всего прочего, успехом, богатством, социальным престижем. Находясь в таком сочетании с экономическими и политическими факторами, магия становится источником еще большей дифференциации индивидуумов в первобытном обществе, чему благоприятствует плюрализм групп, ведущий к конкуренции магии с религией.

В общем, можно сказать, что непримиримое противоречие магии и религии в первобытном обществе является мощным фактором его развития, его эволюции и его трансформаций, а не стагнации, как, по-видимому, думает Бергсон.

<sup>12</sup> По всем этим вопросам см. наши рассуждения ниже: § 2 главы II.

## В. Магия как один из источников развития техники и морали

Из всего вышесказанного с необходимостью следует, что нет ничего более ошибочного, чем рассматривать религию как источник магии или магию как источник религии. Поскольку известно, что речь идет о двух диаметрально противоположных сверхъестественных силах и отношениях, магия и религия не могли породить друг друга и не могли произойти от общего первоисточника. Не пересекаясь с самого начала, они, тем не менее, могут встречаться и проникать друг в друга в ходе своего развития, взаимно изменяясь. Эта встреча и эта деформация отражаются в социальных отношениях: в конкуренции их воздействия на одни и те же институты.

Более сложной является проблема отношения магии и науки. Корректируя концепцию Фрэзера, который видел в магии источник науки, и избегая противоположного преувеличения Бергсона, рассматривавшего магию как помеху развитию науки, Мосс и Юбер пришли к выводу о том, что положительная наука произошла из магии благодаря использованию техники, в то время как философия — полностью бескорыстное познание — ведет свои истоки от религии. Мы далеки от того, чтобы отрицать философскую подоплеку религий и тем более — тесные отношения между магией и техникой: ведь нельзя же отрицать частичное влияние магии на положительные науки. Как мы уже заметили, не разделяя утверждения прагматиков, мы считаем, что истинное основание всякого человеческого познания — как положительного, или собственно научного, так и философского — лежит в *бескорыстном удивлении*, совершенно не сопоставимом ни с *желанием властвовать над миром* (магия и техника), ни с *трепетом и ожиданием спасения* (религия). Нужды техники, которая, бесспорно, произошла от магии и заняла ее место, когда страх перед используемыми человеком силами перестал порождать веру в имманентное сверхъестественное, могли привести к научным изысканиям. Но эти изыскания были тем качественнее и успешнее, чем более они были бескорыстны. Если технические приемы могли частично вдохновлять положительные науки, то открытия этих последних полностью возобладали над техническими достижениями, как только они перестали быть связанными со сверхъестественным. Техника, связанная с магией, имеющая то же психологическое основание, что и последняя, подменяя ее, находит нового хозяина в лице бескорыстной науки, которая полностью над ней доминирует. Не существует переходного звена между *магией* и *наукой*, поскольку обе они действуют в гетерогенных сферах, а вторая подменяет первую в области техники. Сама техника лишь частично происходит от магии; не связанная с рисками и опасностями, она практикуется в первобытных обществах без обращения к сверхъестественному (Б. Малиновский). Человеческий труд в этих обществах представляет собой сплетение естественной техники с техникой магической. Но невозможно отрицать, что их психологическая основа едина или почти едина и что любое, более или менее сложное, техническое усилие берет свое начало в магии.

Обсуждая различные теории, мы уже имели возможность рассмотреть теологический предрассудок, имеющий глубокие корни и разделяемый некоторыми социологами и философами. Суть его в том, что магия всегда была

аморальной или, как минимум, нейтральной с точки зрения морали, а последняя является исключительной принадлежностью религии. Одно только различие между белой и черной магией, между коллективной и индивидуальной магией (эти две пары взаимно пересекаются) должно было бы предостеречь против подобной концепции. Очевидно, что если бы мораль сводилась к табу и санкциям, то можно было бы признать религию в большей степени моральной, чем магию. Ведь религиозные запреты санкционированы общественным порицанием, а магические запреты (которые следует, скорее, называть «заклятьями») санкционированы только автоматически следующими за их нарушениями неблагоприятными последствиями; поэтому в религии и прощаются табу в истинном смысле этого термина. Но подобная концепция морали явилась бы одновременно как поверхностной, так и догматической. В лучшем случае запреты и табу, нарушение которых не одобряется обществом, могут соответствовать только «морали долга», от которой особняком стоят более глубокие слои моральной жизни, «морали ценностей и творческой свободы». А эта мораль скорее соответствует магическому ритуалу. Мана в своих различных проявлениях (как это уже было отмечено, например, Моссом), будучи мощным магнитом воли и эмоциональности человека, заменяет в первобытных обществах то, что мы называем миром ценностей. Божественное же и сакральное находятся выше ценностей, выходя за пределы противопоставления ценностей и бытия, равно как положительных и отрицательных ценностей. Напротив, в мане эти противоположности проявляются в полной мере — отсюда само различие между белой и черной магией, т. е. конфликт положительных и отрицательных ценностей. Поскольку отрицательные ценности к тому же не являются моральными ценностями, совершенно очевидно, что не связанный с положительными ценностями сектор магии не может иметь отношения к коллективной и индивидуальной морали. Но в этом секторе такая связь существует и даже дает возможность рассматривать магию как благоприятную среду для развития определенного аспекта морали. Моральные ценности избавляют от обязанностей и возвышают своих адептов посредством творческой свободы. Поэтому очень хорошо видно, как магия, возводя человека в положение демиурга и взывая к имманентному усилию и к духу коллективного возмущения против настоящего во имя будущего, против совершенного во имя совершаемого и долженствующего совершиться, против традиции во имя творчества, могла благоприятствовать утверждению этого глубинного аспекта моральной жизни. Мораль имманентности и действия, светская мораль (не поработенная и задушенная дисциплиной категорического императива Канта, который становится на место сакрального) своим источником имеет, как мы полагаем, определенные элементы магии.

Возьмем пример, приведенный Леоном Марийером в его хорошо известной полемике против сведения морали к религиозным запретам и табу. Мораль, говорит он, рождается не в тот момент, когда муж беременной женщины, следуя религиозному табу, запрещающему ей рожать в своей деревне, подвергает ее жизнь и жизнь ребенка холоду и опасностям леса, а напротив, когда он возмущается против этого табу и нарушает его. Но, добавим мы,

подобное возмущение имеет безусловно магическое происхождение, так как только магия может дать человеку или группе достаточную силу, чтобы противостоять предписаниям религии.<sup>13</sup> Мы все же не будем заходить так далеко, как Вестермарк, Ирвин Кинг, Эдвард Майер и Марийер, и не станем отрицать возможной связи религии с хотя бы одним из аспектов морали. Но мы считаем возможным утверждать, что магия связана с другим ее аспектом и что этот аспект носит наиболее фундаментальный характер: именно он уготовил самое большое будущее развитию человеческой цивилизации.

Нам представляется важным на данном этапе исключить прежде всего предрассудок как о не-моральном, так и об аморальном характере магии. Не преувеличивая ее морализующей роли, как это сделал Фрэнгер, можно утверждать, что магия в некотором смысле была очень сильным стимулятором морали труда, усилия, освобождения, протеста, творческой свободы.

Тем менее удивительно находить магию в основании права, которое сопровождает мораль как ее тень или отражение, играя роль прикрытия, защиты, гарантии для реализации морали. Но так как в юридической жизни обязанности, нормы (и, следовательно, табу и санкции) играют бесконечно более важную роль, чем в моральной жизни, влияние магии и религии на право оказывается крайне запутанным. Противопоставление двух основополагающих разновидностей права: социального и индивидуального права (к последнему относится и межиндивидуальное, и межгрупповое право), с одной стороны, общего социального права и партикулярного социального права — с другой позволяет в точности проследить конкуренцию магии и религии в правовой жизни. Поэтому изучение влияний магии в сфере права, которому будет посвящена основная часть этого труда, подтвердит непримиримость магии и религии, которую мы посчитали необходимым предположить, и послужит объективной проверкой этого предположения.

---

<sup>13</sup> См. об этом любопытные замечания Малиновского (*Malinowski B. Moeurs et coutumes des Melanesiens. trad. fr. 1933. P. 59–61*).

---

## Глава II

# ЮРИДИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНИЕ МАГИИ

### Предварительные размышления. Постановка проблемы

Тот факт, что первобытные юридические институты тесно связаны с верой в сверхъестественные силы, уже долгое время привлекал внимание исследователей. Никто не выявил эту связь лучше, чем Фюстель де Куланж в своем классическом труде (*Coulange F. de. La Cité antique. 1864*). «Сравнение верований и законов, — писал он, — показывает, что [вера в сверхъестественное] создала греческую и римскую семью, установила институт брака и власти отца, упорядочила степени родства, освятила право собственности и право наследования» (Ibid. P. 3). «Та же самая [вера], расширив и распространив понятие семьи, создала более крупную ассоциацию — город и стала править там, как в семье. От нее произошли все институты, как и все право древних народов. От нее город заимствовал свои принципы, свои правила, свои обычаи, свои магистратуры» (Ibid. P. 4). Так, «архаическая царская власть имела сакральный характер. В Греции жрец общественного очага носил имя царя. Иногда ему давались другие титулы. Под различными именами: притана, архонта и др. — мы находим персонаж, который в основном является главой культа; он поддерживает очаг, он совершает жертвоприношение и произносит молитву, он председательствует на религиозных трапезах» (Ibid. P. 203). Поэтому, по мнению Фюстеля де Куланжа, «идея частной собственности была укоренена в самой религии» (Ibid. P. 63). «Между богами очага и земли люди древности видели мистические отношения. Домашнее божество дает семье право собственности на землю и на дом» (Ibid. P. 63, 67). «Земля принадлежит семье в той мере, в которой она не может быть отчуждена от нее, поскольку она принадлежит домашним божествам и погребенным предкам. Именно религия гарантировала собственность. Сами границы собственности были божествами» (Ibid. P. 63). Обобщая и незаметно переходя от недвижимости к собственности вообще, Фюстель де Куланж заключает: «Через религию было установлено право собственности... от которого происходит вся цивилизация» (Ibid. P. 69–70).

Когда Фюстель де Куланж писал эти строки, не было и речи о проведении различия между религией и магией, поскольку соответствующие этнографические факты не были известны. Тогда религией называлась любая вера в сверхъестественные силы, и Фюстель де Куланж, с того момента, как он открывает связь первобытного правового института с верой в сверхъестественное, без всяких колебаний говорит о вмешательстве религии в жизнь

права. Вопрос стал намного сложнее с открытиями, положительные результаты которых мы уже попытались изучить в первой части настоящей работы. Применительно к любому первобытному правовому институту встает вопрос: отражаются в нем верования в ману — имманентную сверхъестественную силу или в сакральное — трансцендентную сверхъестественную силу (например, недвижимость можно соотнести с религией, движимое имущество — с магией). Таким образом, выдвинутая Фюстелем де Куланжем проблема намного деликатнее, чем он предполагал, и в силу этого намного увлекательнее, поскольку связана с проблемой различных видов права в их борьбе друг с другом и позволяет детально исследовать становление правовых институтов. Отсюда и само название нашего исследования, предлагающее рассматривать магию в ее противопоставлении религии и в ее борьбе с ней в роли специфического фактора жизни права.

Концепция Фюстеля де Куланжа требует оговорок еще по двум пунктам. Для него вера в сверхъестественные силы, которую он однозначно отождествляет с религией, была единственной причиной, которая породила право и его различные формы. Однако мы считаем, что магию, как и религию, можно рассматривать лишь как *фактор* юридической жизни среди множества других факторов (например, демографических, экономических, политических и т. д.), поскольку причинное объяснение в собственном смысле слова можно искать лишь в *тотальных социальных явлениях*, по весьма удачной терминологии Марселя Мосса. Объяснения следует искать в целостности качественной социальной типологии, где все аспекты социальной жизни интегрированы в их взаимопроникновении. Вера в сверхъестественное, магическая или религиозная, будучи только абстрактным аспектом конкретной всеобщности, может служить лишь *для описания, но не для причинного объяснения*. Поэтому мы будем избегать говорить о магии или о религии как *причинах* права или как одной из его разновидностей и ограничимся констатацией проникновения в тот или иной юридический институт магических или религиозных верований, не выходя в нашем исследовании за рамки описания.

Наконец, и это последний пункт, Фюстель де Куланж напрасно рассматривает семейный очаг как ячейку первобытного общества, поскольку современные социологические исследования видят ее в клане, ибо само родство в первобытном обществе является мистической связью с тотемом (Дюркгейм). Поэтому не обязательно, что культ предков в семье является религиозным, а не магическим.

Тем не менее заслуги Фюстеля де Куланжа в области исследований, касающихся связи правовых институтов с верой в сверхъестественные силы, очень велики. Даже проводя четкое различие между влиянием магии и религии, следует отдать должное этому великому ученому в плане изучения роли религии (вопреки определенным преувеличениям Фрэзера, который приписывает магии происхождение всех правовых институтов).

\* \* \*

Три автора различным образом подошли к связи магии и права в первобытных обществах. Это Джеймс Фрэзер, Поль Ювелен и Марсель Мосс. Результаты, к которым они пришли, каждый со своей стороны, далеко не тождественны. Напротив, они постоянно вступают в противоречие и дополняют

друг друга лишь отчасти. Впрочем, если учесть, что разработанные ими концепции природы магии и ее отношения с религией различны, то уже только по этой причине они не могли не прийти к различным результатам.

Считая, что магия исторически предшествовала религии, Фрэнгер, естественно, склоняется к тому, чтобы повсюду находить влияние первой. Поэтому для него все без различия виды права происходят от магии: социальное и партикулярное право; уголовное и гражданское право; право собственности, право брака и политическое право, в частности королевское право. Более того, от него ускользает чисто социологический аспект проблемы: сводя магию к ассоциациям слабых в прикладном отношении идей, он не видит не только мистического характера магических верований, но и их коллективного характера и их интеграции в единое целое социальной жизни. Поэтому связь магии и права ставится у него вне Целого и рассматривается лишь как простой феномен индивидуальной психологии.

Поль Ювелен, интерпретируя магию как искажение религиозной власти индивидуумом и настаивая на направленности магии к незаконному, невольно склоняется к признанию влияния магии только на индивидуальное право. Он связывает всякое без исключения социальное право (внутреннее право группы) с религией и всякое без исключения индивидуальное право (или, скорее, межиндивидуальное или межгрупповое) — с магией. Мыслитель делает прогресс по сравнению с Фрэнгером, разделяя в правовой жизни, в зависимости от видов права, конкурирующее влияние магии и религии. Тем не менее эта весьма спорная концепция магии приводит к тому, что Ювелен не видит различия между влиянием магии в сфере социального права в качестве независимого права подгрупп (тайные сестры, общества мужской инициации, клубы) и ее косвенным влиянием на политическое право — социальное право города. Более того, та же ошибочная концепция магии приводит Ювелена к порочному кругу: магия порождает индивидуальное право, и та же самая магия предполагает злоупотребление индивидуальным правом, на которое она опирается для того, чтобы исказить социальное и религиозное право. Таким образом, индивидуальное право, которым злоупотребляют в магии, предшествует этой последней, обретая в ней свои корни.

Есть один пункт, в котором, судя по всему, столь противоположные концепции Фрэнгера и Ювелена соприкасаются. Оба, говоря о влиянии магии на право, рассматривают лишь санкции, которые сопровождают право (любое право — согласно Фрэнгеру и только индивидуальное право — согласно Ювелену). Эти мыслители не анализируют вмешательство магии в сам процесс образования права или одной из его разновидностей, а строят свои рассуждения на предположении того, что право, существуя задолго до появления магии, лишь призывало магию себе на помощь для обретения большего количества санкций, большего уважения. Это означает ошибку в видении основополагающей проблемы влияния магии на правовое регулирование и на саму структуру определенных правовых институтов. Недостаточно, например, доказать, что индивидуальное право прибегает к магическим санкциям (Ювелен) или что царская власть заставляет себя уважать, прибегая к магии (Фрэнгер), чтобы подтвердить, что магия была фактором самого появления индивидуального права или царской власти; их появление могло быть

спровоцировано совсем иными факторами, а магические санкции, присоединенные в процессе эволюции, могли бы подвергнуться такой операции скорее в результате случайности.

Поэтому следует изучить влияние магии и религии на *сам дух* рассматриваемой разновидности права, на вдохновляющую право идею справедливости, на форму связи, которую она устанавливает между отдельными субъектами в одном аспекте, субъектами и объектами в другом аспекте. Но подобное исследование предполагает ясное сознание нерушимой связи между магией и маной и демонстрацию действия маны в правоотношениях. Именно в этой сфере лежат исследования Марселя Мосса, что и объясняет особую значимость его работ, которые послужат нам проводниками как в нашей критике, так и в наших выводах. Не ограничивая влияние магической маны на индивидуальное право, М. Мосс продемонстрировал важность той роли, которую играет мана в развитии обменных отношений, в частности таких, как дар, потлач, договорное право и производное от этих явлений обязательственное право. Ученый выявил тот факт, что возможность самого отчуждения была связана с гибкостью магической маны, и указал, что присвоение отчуждаемых вещей (движимая собственность) было лишь следствием проникновения в эти вещи маны индивидуумов и групп. Его исследования открыли очень широкие перспективы: в них поставлен вопрос о причинах различного происхождения движимой (отчуждаемой) и недвижимой (неотчуждаемой) собственности; недвижимость последней является лишь следствием недвижности сакрального, религиозного, божественного, которыми она пронизана.

Стараясь избежать систематизации и не упрощать сложности фактической действительности, Мосс не считал нужным продолжать изучение этого противоречия, которое могло бы открыть всю его глубину. Это привело мыслителя скорее к признанию влияния фактора магии и фактора религии на жизнь права, чем к четкому их разграничению. Здесь вновь проступает уже подвергнутый нашей критике тезис о происхождении магии и религии от общего первоисточника (поскольку мана подразделяется на две разновидности, «магическую» и «сакральную», что представляется М. Моссу наилучшей гарантией связи магии с коллективным сознанием). Сама по себе его идея правильна и справедлива в отношении *тотальных социальных явлений*, в которых магическое, религиозное, экономическое, политическое, юридическое представляются как бы проникнутыми друг другом и нерушимо связанными между собой. Тем не менее ни один из этих двух тезисов не предполагает, как нам кажется, необходимости отказа от исследования влияния права при условии четкого отграничения права от магии и религии.

Если проводить различие между коллективным сознанием и его духовными значениями и если учитывать, что два значения: имманентная сверхъестественная сила — мана, и трансцендентная сверхъестественная сила — сакральное — расходятся между собой во всех своих свойствах и характеристиках, то нет никаких причин считать их происходящими от одного источника. Если при этом принять во внимание то, что дифференциация аспектов социальной действительности есть необходимое условие для придания тотальным социальным явлениям конкретного значения, и то, что описание этих аспектов

и их отношений проходит не в рамках причинно-следственного объяснения, — нет причин отказываться от столь удачно начатого М. Моссом изучения влияния магической маны (противопоставляемой мане религиозной) на определенные разновидности права, даже вопреки данным самим Моссом оценкам. Мы берем на себя риск осуществить систематизацию там, где вдохновивший нас на это исследование мэтр пожелал отказаться от всякой систематизации и всякого разделения.

Ввиду этих предварительных замечаний план, которому мы будем следовать в этом разделе, намечается сам собой. Прежде всего, мы детально изложим взгляды Фрэзера, Ювелена и Мосса на юридические следствия магии, поскольку каждый из них снабжает нас ценными этнографическими и историческими материалами, поучительными и яркими интерпретациями, которые мы подвергнем критическому анализу. Затем мы изложим наши систематизированные выводы, конкретизируя те виды права, в которые вмешивается исключительно магия, виды права, связанные исключительно с религией; анализируя в определенных правовых институтах конкурирующее влияние магии и религии, сочетание которых всегда искажает либо ту, либо иную, ставя ее на службу противоположной силе.

## § 1. Юридические следствия магии по Джеймсу Фрэзеру

Анализ юридических следствий магии сконцентрирован в основном в двух работах Дж. Фрэзера: «Магические источники происхождения царской власти» (1905; пер. на франц. яз. 1920) и «Задача души» (1909; пер. на франц. яз. 1914).<sup>14</sup> Большая часть материалов, использованных в первой из этих работ, уже была собрана в первом томе основополагающего труда Фрэзера «Золотая ветвь» (1890; 2-е изд. 1911); он даже дает краткое резюме этой работы в первой главе исследования «Задачи души». Поскольку размышления автора о роли магии в эволюции политического права стоят особняком от других исследований и требуют более сложного критического анализа, мы разделим наше изложение на две части. Сначала мы рассмотрим влияние магии (которое Фрэзер считает установленным) на право частной собственности, брака и защиты человеческой жизни, а затем перейдем к предполагаемому влиянию магии на политическое устройство общества.

Но прежде всего вернемся к выводам Фрэзера, приводимым им в своих исследованиях и являющимся весьма типичными для того научного духа, которым они проникнуты:

1. «У некоторых народов в определенные периоды суеверие укрепило уважение к правительству, в частности правительству монархическому, содействуя, таким образом, установлению социального порядка».

2. «У некоторых народов в определенные периоды суеверие укрепило уважение к частной собственности, содействуя, таким образом, обеспечению ее использования».

<sup>14</sup> См. также: Табу и опасности души (1911; пер. на франц. яз. 1927), в частности, главы I, IV, V.

3. «У некоторых народов в определенные периоды суеверие укрепило уважение к браку, содействуя, таким образом, более строгому соблюдению правил сексуальной морали как у состоящих, так и у не состоящих в браке индивидов».

4. «У некоторых народов в определенные периоды суеверие укрепило уважение к человеческой жизни, к обеспечению ее сохранности». «Эти институты, правительство, индивидуальная собственность, брак, уважение к человеческой жизни являются столпами, на которых покоится все здание гражданского общества... Отсюда следует, что, укрепляя их, суеверие оказало великие услуги цивилизации. Оно снабдило социальные массы мотивом для общепользней деятельности...» (*Frazer J. La Tache de Psyche*. P. 291–292).

Фрэзер, таким образом, полностью расходится с теологическим пред-рассудком, приписывающим всякой магии аморальное, антисоциальное, даже криминальное значение. Он подтверждает свои тезисы констатированием положительной роли магии — возможно, чересчур догматично и не принимая во внимание в достаточной степени разнообразие и относительность всех ценностей в различных цивилизациях и в различные исторические эпохи. Поэтому, развивая наше изложение юридических следствий магии, мы должны ограничить его энтузиазм и его преувеличения. Заслуга исследований этого мыслителя, тем не менее, останется весьма значимой.

*А. Магия и частная собственность,  
брак и защита человеческой жизни по Фрэзеру*

Согласно Фрэзеру, частная собственность или, более точно, индивидуальная собственность, опирается на «индивидуальные табу», которые являются магическими проклятиями, привязанными к вещам (*Frazer J. La Tache de Psyche*. Chap. II. P. 33–78).<sup>15</sup> «Этот факт, — говорит он, — нигде не проявляется столь очевидно, как в Полинезии... Цель табуирования состояла в том, чтобы снабдить вещи в глазах туземцев магической ценностью, которая делала владение ими практически невозможным для всех, кроме их обладателя. Так, [магическое] табу становится мощным инструментом для укрепления уз собственности». У маори «это мистическое качество сообщалось всему имуществу, в частности одежде, оружию, украшениям и орудиям труда, по существу, всему, чего касаются люди. Это препятствовало кражам и потерям вещей... Всякое преступление влекло для преступника различные виды [немедленного] наказания, среди прочих, смертельную болезнь» (*Ibid*. P. 34–35). «Когда какой-либо индивидуум хотел защитить свой урожай, свое жилище, свою одежду или что бы то ни было, ему оставалось лишь табуировать их [путем магических проклятий], и его имущество находилось, таким образом, в сохранности». Чтобы указать на то, что предмет магически защищен, «человек оставлял на нем метку. Так, если он хотел воспользоваться определенным деревом в лесу, чтобы вырезать пирогу, он привязывал к его стволу соломенный жгут, если он хотел сохранить для себя массив тростника в болоте, он укреплял в нем шест, увенчанный пучком травы и т. д. (*Ibid*. P. 38).

<sup>15</sup> *Frazer J. Tabou et les Perils de l'ame*. 1927. Chap. V. P. 189–263.

Повсюду эти магические табу «усиливали узы частной собственности» (Ibid. P. 40). Так, на Маркизовых островах, где социальная дифференциация сильно развита, запреты, происходящие от магических проклятий, защищали богатых от возможной узурпации со стороны их бедных и завистливых соседей» (Ibid. P. 41). Будь то «табу морской щуки», «табу акулы», «табу палки от креста», «табу на язву желудка», «табу грома», смысл всегда один и тот же: запрет на прикосновение, проистекающий из магического проклятия против преступника, наказание которого символизировалось подвешенным амулетом» (Ibid. P. 43–45). У малайцев можно даже проследить систему: прихода болезни или другого бедствия, которое немедленно поразит преступника, варьируется в зависимости от магического заклятия (Ibid. P. 45–50).

Не желая настаивать на этом факте, Дж. Фрззер показывает некоторыми приводимыми примерами, что магические запреты и санкции не влекут за собой общественного порицания и что, таким образом, магический запрет или заклятие ничего общего не имеет с *религиозным табу* (за которым и следовало бы закрепить термин «табу»), чтобы избежать недоразумений). Ловкий вор может отвратить магическое заклятие, наложенное на запретную вещь, и присвоить себе тогда вещь безнаказанно и, так сказать, легально (Ibid. P. 52–54). Например, тороджа с острова Сулавеси считают, что достаточно бросить горсть земли в ствол дерева, защищенного меткой собственности, произнося проклятие, чтобы расколдовать его и иметь возможность безопасно присвоить себе его плоды (Ibid. P. 52–53). Некоторые методы воздействия могут даже обратить магическое проклятие против того, чью собственность оно должно было бы охранять. Для этого используют доски, позволяющие подняться на дерево, а после кражи относят их с предосторожностями, чтобы не касаться земли и ствола, изолируя, таким образом, заклятие, заключенное тогда в своей собственной скорлупе. Это защитное заклятие обратится против самого своего владельца, как только он подойдет к своей собственности. Туземцы также подвешивают себя за ноги на дереве, имеющем магическую метку, и жуют при этом определенную пищу — тогда защитное заклятие не только не имеет больше силы, но и становится источником бедствия, которое принесет смерть своему владельцу (Ibid. P. 53–54).

Эти примеры хорошо демонстрируют не только разницу между магическим запретом и религиозным табу, но и неоднозначность запретов и санкций первого разряда, которые в указанных случаях могут как защищать собственность, так и уничтожать ее, давая преимущество ловким вора.

В действительности существует ряд магических заклятий, которые налагаются на удачливого вора, т. е. налагаются на вора *post factum* (лат. — после события. — *Прим. пер.*); это чисто устные заклятия, многочисленные формулы которых приводит Фрззер (Ibid. P. 60–74). Мы приведем одну из них в сокращенном виде: «Если вор — мужчина, пусть он терпит поражение во всех своих делах! Пусть он страдает от болезни, которая его не убьет, но сделает бессильным, мучает его без остановки... Если он сядет в лодку, пусть она перевернется и он утонет. Если он пойдет на рыбалку, пусть его убьет крокодил и пусть родители найдут только его труп» и т. д. «Если вор — женщина, пусть она остается бесплодной или, если она забеременеет, то пусть ее ребенок родится мертвым. Или, еще лучше, пусть она умрет во время родов!

Пусть она страдает от болезни, свойственной женщинам, и пусть ее жизнь убывает из года в год» (Ibid. P. 63–64). «Толпа слушает эти проклятия, — пишет Фрззер, — в молчаливом ужасе, и чаще всего на следующий день украденная вещь оказывается возвращенной».

Другое средство магически наказать совершенную кражу — это весьма распространенный в различных кругах первобытной цивилизации обычай сжигать следы вора: его ноги сгорают в то же самое время, и он будет отныне неспособным ходить. Фрззер забывает только указать, что вор, совершив это злодеяние, может в свою очередь также прибегнуть к магии, чтобы обеспечить себе безнаказанность и сохранить присвоенное имущество, и что магическое заклятие может, таким образом, использоваться в противоположных целях.

Вообще, все многочисленные примеры Фрззера уже предполагают наличие частной собственности прежде всякого магического ритуала. Заклятия, о которых он говорит, являются лишь мерами защиты имущества, уже приобретенного индивидуумом, и ни в коей мере не объясняют факт приобретения имущества как таковой.<sup>16</sup> Более того, Фрззер без разбора приводит запреты, защищающие движимое (отчуждаемое) имущество и недвижимое (неотчуждаемое) имущество, которые относятся к различным видам, что приводит его к смешению чисто магических запретов и религиозных табу, исходящих из сакрального.

Это смешение запретов и табу становится особенно заметным, когда Фрззер подходит к изучению *влияния магии на брак* (Frazer J. *La Tache de Psyche*. P. 79–206). Ужасные сверхъестественные последствия, приписываемые безнравственному в сексуальном отношении поведению, инцесту и адюльтеру, по мнению Фрззера, первоначально исходят от магии. Они являются прямыми и автоматическими следствиями (аналитические санкции), а не косвенными следствиями (синтетические санкции) гнева богов, которых оскорбляют сексуальные акты (Ibid. P. 115). Поскольку религия начинает действовать лишь в более позднее время, она сама требует объяснения, а единственное объяснение, которое может быть дано по поводу недовольства богов, состоит в идее сексуального греха; поэтому предшествовать ей должны были именно магические представления. Эти представления основаны на вере в то, что инцест и адюльтер автоматически нарушают равновесие природы, вредны для хорошего урожая, для нормального размножения животных, для хорошей погоды, наконец, для жизни и здоровья людей (групп и индивидуумов) (Ibid. P. 184–187).

По принципам симпатической магии сексуальные отношения, считающиеся нормальными, имели тенденцию благоприятствовать размножению животных и растений и, таким образом, гарантировать продовольственную безопасность группы. Понятно, что, наоборот, адюльтеры и инцесты должны были автоматически наносить роковой удар по существованию племени, заставляя плодородие иссякнуть у его источника. «Поэтому неудивительно,

<sup>16</sup> Фрззер приводит лишь один пример, в котором речь идет о настоящем *приобретении имущества* с помощью магии: это верование круаров (Центральная Индия) в то, что дух «собственника прячется в вещах, которые его окружают» (Ibid. P. 58). Но, не отдавая себе отчета в том, что речь идет здесь о магических принадлежностях, личной мане, проникающей в вещи и связывающей их с субъектом, Фрззер не знает, как воспользоваться этим примером.

что повсюду, где царят суеверия, все общество, считая, что его существованию угрожает безнравственное в сексуальном отношении поведение, яростно обращается против виновных, чтобы избить, сжечь, утопить или другим способом истребить их, избавляясь от столь опасного (неподконтрольного) очага инфекции» (Ibid. P. 188). Магии достаточно, согласно Фрэзеру, чтобы объяснить сексуальные запреты, поскольку религиозные табу позднее лишь повторяют их, давая им теоретическое обоснование — гнев богов, который санкционирует магические запреты (Ibid. P. 186, 189). Вот почему Фрэзер считает возможным приводить религиозные табу и магические запреты как доказательство влияния магии на укрепление уз брака, не слишком их разграничивая. Не разделяя этот подход, мы приведем лишь те примеры, в которых бедственные последствия адюльтера и инцеста, по-видимому, происходят прямо, а не связываются с божественным гневом и идеей греха.

Туземцы из Ассама в Бирме устанавливают отношение между урожаем и поведением полов. Пока урожай не собран, любая сексуальная невоздержанность может его погубить (Ibid. P. 81). Батаки с острова Суматра верят, что адюльтер и инцест вызывают нападения тигров, крокодилов или других животных, либо гибель урожая. Даяки с острова Борнео уверены, что когда дождь идет целыми днями, а урожай гниет на полях, то это результат того, что кто-то из них тайно предался плотским утехам (Ibid. P. 85). Подобным образом мыслят и на островах к югу от Индии, где названное следствие приписывается инцесту и где считается, что дождь не прекратится, пока виновные не будут найдены и наказаны. Дети, рожденные от инцеста и адюльтера, повсюду рассматриваются как вестники несчастья, чье присутствие в высшей степени вредно для успешного урожая или охоты; они должны быть преданы смерти.

Правила взаимного социального дистанцирования членов одной и той же семьи или одного и того же клана имеет, согласно Фрэзеру, чисто магическое происхождение (Ibid. P. 139–178) — будь то зять, который должен прятаться в присутствии своей тещи, или дочь в присутствии своего отца, или сын, избегающий матери и сестер, или, наконец, тесть и зять, взаимно избегающие друг друга, — речь всегда идет о чисто магических запретах, поскольку последствия нарушений (болезнь, смерть, голод и т. д.) проявляются чисто автоматически, подобно последствиям нарушения правил гигиены.

Самые интересные примеры вмешательства магии в сексуальные отношения и в брак (эти примеры мы рассматриваем как единственные бесспорно вытекающие из магии) являются теми случаями, когда религиозные табу, запрещающие инцест и адюльтер, снимаются в исключительные моменты, поскольку это временное разрешение считается средством обеспечения удачи в трудных предприятиях (Ibid. P. 105–115). Так, в одном из племен народности тонга в Африке охотник на гиппопотамов, чтобы добиться удачи в своих подвигах, должен, когда приближается благоприятное для охоты время года, призвать к себе собственную дочь и вступить с ней в сексуальные сношения. Этот инцестный акт, строго запрещенный в обычное время, делает из него смертника и дает храбрость, необходимую для нападения на гиппопотама (Ibid. P. 105–108). На Мадагаскаре в одном диком племени перед тем как пойти на охоту, рыбалку или в любую другую экспедицию, связанную с риском,

обычным делом является совершить инцестный акт с ближайшей родственницей (сестрой, невесткой и т. д.) в надежде таким образом обеспечить успех предприятия (Ibid. P. 109).

Фрэзер сопровождает изложение этих примеров, невыгодных для его тезиса и демонстрирующих восстание магии против религиозных сексуальных табу, следующим замечанием: «Каково истинное намерение, которое руководит этими исключительными и намеренными отклонениями от правил привычной морали? Вот что трудно понять... Ограничимся тем, что отдадим себе отчет в незнании тайных уголков первобытной мысли» (Ibid. P. 109).

Мы считаем, вопреки Фрэзеру, что во всем этом нет большой тайны, поскольку приведенные примеры показывают всего лишь то, что автор пошел по ложному пути, приписывая магии решающее влияние на укрепление уз брака, и что она выполняет эту функцию лишь в очень ограниченной степени, — постольку, поскольку она присоединяется к религии и ее целям, а не к своим собственным. Наоборот, магия сама по себе, не подчиненная религии, а находящаяся в борьбе с ней, содействует индивидуальному или групповому освобождению от общественных табу с религиозным основанием, прибегая к инцесту и адюльтеру.<sup>17</sup>

Это заключение уже напрашивается, когда мы задаемся вопросом, которого избегал Фрэзер и который, тем не менее, является основополагающим: откуда идет само различие между законным и незаконным в сексуальной жизни? Фрэзер, как всегда, говорит только о санкциях, наказаниях безнравственности, но не о *самом критерии безнравственности*. Однако, как показал Дюркгейм в своем классическом исследовании об инцесте и в самых сильных местах «Элементарных форм религиозной жизни», понятие инцеста происходит из *тотемной экзогамии*, основанной на мистическом родстве членов одного и того же клана с тотемом.

Таким образом, осознание границ незаконного в сексуальной жизни имеет основанием религию, гнев трансцендентных сверхъестественных сил, предстающих в виде тотема. Сексуальные запреты являются религиозными табу, а их нарушение есть *грех по отношению к божеству*, сакральному, которому инцестом и адюльтером наносится тяжкое оскорбление. Гнев первобытных богов против клана, в котором совершен инцест, является потому не результатом прямых магических последствий этого акта, но настоящим наказанием богов, сопровождаемым общественным неодобрением, порицанием. Никто после исследований Фрэзера не усомнится в том, что в религиозные санкции, сопровождающие оскорбление сакрального сексуальной невоздержанностью, входят магические элементы; но это ничего не меняет в ситуации, поскольку известно, что магия часто находится на службе религии, превращаясь, таким образом, в ее технический суррогат.

<sup>17</sup> См. по этому вопросу: Malinowski B. 1) La Sexualité et sa Repression dans les sociétés primitives (trad. fr. 1932); 2) Moeurs et Coutumes des Melanésiens (trad. fr. 1933). В последней работе он, в частности, пишет: «Нейтрализовать при помощи магии последствия инцеста для клана составляет, возможно, наиболее показательный пример методического обхода закона. Это единственный традиционный способ не посчитаться с браком и с запретом адюльтера» (Ibid. P. 59). «С точки зрения первобытного прелюбодея, нарушение экзогамии является опытом... в высшей степени интересным и соблазнительным. Большая часть моих информаторов не только допускала возможность этого нарушения, но и хвасталась тем, что совершала его не раз» (Ibid. P. 61), все так же с помощью магии.

Неудача Фрэзера при демонстрации первостепенного значения магии в заложении семейных уз не может удивлять, так как первобытная семья не отделяет себя от клана, совпадающего и с религиозной общностью, и с городом. Право, которое управляет этой «семьей—кланом—городом», является *общим социальным правом*, основание которого имеет религиозную природу. Отказ от разграничения между видами права (социальное и индивидуальное право, общее и частное право) имело здесь, как и в других местах, плачевные последствия для исследований Фрэзера.

В завершение нашей критики заметим, что протест против религиозных табу, касающихся сексуальной жизни, возмущение, вдохновленное магией (наряду с наиболее значимым из приведенных Фрэзером<sup>18</sup> примеров — магических фратрий мужской инициации), могут иметь, в зависимости от обстоятельств, то положительную, то отрицательную функцию; они играют негативную роль, когда способствуют простому распадению семейных уз; они играют позитивную роль, когда содействуют ограничению слишком строгих религиозных запретов, чрезмерных для данных социальных обстоятельств, и способствуют дифференциации между семейным правом и правом «клана—церкви—города».

Перейдем теперь к положению Фрэзера о том, что *вмешательство магии утвердило уважение к человеческой жизни*, содействуя ее защите (Ibid. P. 207–289).<sup>19</sup> Речь идет о влиянии магии в уголовном праве, запрещающей и наказывающей убийство. Это право в первобытных обществах обеспечивается санкциями исключительно по инициативе самих заинтересованных лиц (месть, примирение и договор, устанавливающий стоимость примирения); только право, защищающее богов, жрецов, вождей и недвижимую собственность, сопровождается публичными репрессивными санкциями, применяемыми от имени общества в целом.

Запрещающие человекоубийство санкции, связанные с частной инициативой, основаны, по утверждению Фрэзера, на *ритуалах магического очищения* (Ibid. P. 224 et suiv.). Всякое намеренное или невольное убийство, совершенное на войне или в частной жизни, порождает, по убеждениям первобытных людей, необходимость очищения. Так, у племени базуто «воины, когда они возвращаются домой, как можно скорее должны избавиться от крови, которую они пролили, в противном случае тени жертв будут постоянно их преследовать. Поэтому они процессией идут к ближайшей реке, и там, как только они входят в воду, колдун-маг бросает в поток очищающую субстанцию». В принадлежащем народности тонга племени банту «совершивший убийство находится под таинственным и роковым влиянием «нуру» и должен потому подвергнуться медико-магическому лечению. Нуру — это душа жертвы (она входит в душу убийцы), которая может довести убийцу до безумия: его глаза раздуваются, выходят из орбит, в них пылает безумие. Он теряет голову, испытывает головокружение, и жажда крови может привести к уничтожению своей собственной семьи». Для того чтобы избежать этих бедствий, убийца должен прекратить пить и не иметь сексуальных отношений в течение

<sup>18</sup> См. ниже.

<sup>19</sup> См. также: *Frazer J. Tabou et les perils de l'âme. Chap. IV. P. 137–158.*

определенного периода времени, после чего маг снимает с него нуру, которым он наполнен (Ibid. P. 225–230).

В других племенах туземцы после битвы или убийства проводят целые недели за пределами своей деревни, чтобы отмыть свое оружие от следов крови жертв и очиститься самим. Если в деревне случается какая-то беда или болезнь, это означает, что им не удалось освободиться от магических угроз, которые над ними нависали, и они оказываются виновными в этом несчастье» (Ibid. P. 230–234). В различных первобытных племенах убийство, виновник которого не найден, порождает целый ряд еженедельных магических ритуалов, которые автоматически насылают наказания на убийц, которые не очистились и представляют, таким образом, источник бед для целой группы (Ibid. P. 237 et suiv.).

Неочистившийся убийца может представлять опасность для всего сообщества еще и потому, что души жертв наносят вред не только убийце и его близким, но и его собственным родителям, принявшим цену крови, а также и всей группе, и всем живущим в племени. Вот почему из страха магического заражения убийцу избегают, его боятся не потому, что его не одобряют, а потому, что он распространяет инфекцию. На следующем этапе развития общества это приводит к появлению обычая изгнания убийцы, что является переходом к общественным санкциям против человекоубийства. И Фрэзер заключает: «Уважение к человеческой жизни было первоначально основано на грубом эгоизме и страхе магических санкций, предпринятых самим убитым. Этот страх содействовал не только усилению уважения к человеческой жизни, не позволяя жестоким людям с натурой, склонной к насилию, или с дурными намерениями проливать кровь, но и, косвенно, благотворному результату появления общественных санкций. Легенда об Оресте в Древней Греции ясно показывает это развитие» (Ibid. P. 286–288). В реакции против человекоубийства нет плавных переходов: сначала магическое очищение, затем религиозная жертва и наказание, наконец, гражданское обвинение. «Маг здесь удаляется, чтобы дать место жрецу, жрец удаляется, чтобы дать место судье и палачу» (Ibid. P. 287).

Исследования Фрэзером роли магии в защите человеческой жизни представляются более удачными, чем те, что касаются магии и брака. Необходимо сделать при этом целый ряд оговорок. Прежде всего, Фрэзер отождествляет человеческую душу с магической силой, в то время как последующие исследования маны показали, что она, будучи потенциалом имманентной сверхъестественной действительности, лишь добавляется к различным существам: неодушевленный предмет, душа, дух, бог. Сама душа является, по существу, идеей религиозной: это противоположный полюс сакрального — точка вхождения благодати и спасения. Не будучи производной от понятия тотема, душа участвует в нем через мистическую связь (принцип «участия» у Леви-Брюля): раздражение души убитого и его мечь, о которой говорит Фрэзер, были бы иначе раздражением и мечью божества, что, очевидно, увело бы нас далеко от магии в истинном понимании и вновь привело бы к религии как первоначальному основанию подавления человекоубийства.

Но тогда как объяснить тот неопровержимый факт, что защита против убийства оказывается производной скорее от индивидуального права, чем

от общего социального права, что санкции налагаются по частной инициативе и имеют характер магического очищения, действующего автоматически? Это значит, что в первобытном уголовном праве речь идет не об отмщении души убитого и о мерах ее успокоения, как полагает Фрэзер, а о совершенно ином. Речь идет о попытке убийцы и его близких присвоить себе ману жертвы. Магические ритуалы очищения являются не чем иным, как ритуалами *магического присвоения*, максимально далекими от всего, что связано с жертвоприношением, замаливанием грехов или угрызениями совести. После убийства перед убийцей стоят две задачи: 1) чтобы мана убитого, во владение которой он вошел, не причинила ему вреда — не потому что он убил, а потому, что это *мана другого человека*; 2) чтобы бóльшая часть этой маны послужила тому, чтобы сделать убийцу более сильным с магической точки зрения. Отсюда различные магические ритуалы после убийства и беспокойство по поводу неумения распоряжаться новой магической силой, которая высвободилась и которая может причинить вред, если не сумеет ее направить и усмирить. Отсюда и возрастающая сложность тех ритуалов, которые стали все более и более трудоемкими по мере роста социальной и индивидуальной дифференциации, делающей присвоение чужой маны все более и более трудным. Отсюда и необходимость объединяться, договариваться с близкими жертвы или, в крайнем случае, с целым кланом, которому она принадлежала. С одной стороны, если убийца не примирится с окружением жертвы, то, возможно, это окружение присвоит магическую силу убитого; с другой стороны, родственники последнего побуждаются к мести тем фактом, что они стали магически более слабыми в той же мере, что и экономически: в самом деле, убийство лишило их частицы маны (которая является одновременно индивидуальной и коллективной), так как предполагается, что эта частица отходит в распоряжение убийцы.

Так можно проследить, что меры магической защиты человеческой жизни являются лишь средствами борьбы между лицами, заинтересованными в присвоении себе частиц маны убитого.

Нужно ли говорить, что при оправданности этой интерпретации магия может как толкать на убийство, так и защищать от него? Чем более легким считается присвоение маны убитого, тем более велико искушение человекоубийства; чем это присвоение оказывается более сложным, трудным и рискованным (что является следствием дифференциации), тем более эффективно оно препятствует убийству. Фрэзер сам приводит несколько примеров, которые подтверждают наши, а не его взгляды. Маори, когда они кого-то убивают, пробуют на язык кровь жертвы, чтобы присвоить себе магическую силу жертвы и сделать ее дружественной, а не враждебной себе (Ibid. P. 220–221). Индейцы арикара и скифы, согласно античным легендам, делали так же (Ibid.). У некоторых племен Южной Нигерии, а также в Бирме не только убийцы, но и палачи и воины слизывают кровь с орудия убийства, что является единственным средством присвоить себе ману их жертв (Ibid. P. 221–223). Даже Орест, матерубийца, после того, как выпил собственной крови, которая есть также и кровь его матери, чувствует облегчение и успокоение после убийства (Ibid. P. 219–220).

Переход от магических санкций к публичному наказанию человекоубийства, подразумевающему коллективное неодобрение и вину, совершается

отнюдь не через незаметные стадии, как утверждает Фрэзер, а через прямое вмешательство религии, подавляющей магию. Это предполагает одухотворение религии, основанной на идее персонифицированных божеств, делающих человека ответственным за сакрализованные ими индивидуальные душу и жизнь. Тогда человекоубийство становится возмущением против богов, влечет за собой грех и заслуживает религиозного наказания, связанного с наказанием общественным: виновный, как показал Поль Фоконне в своей известной книге, — это точка сосредоточения гнева общества.<sup>20</sup> Уголовное право, защищающее человеческую жизнь, переходит от индивидуального права и магии в область общего социального права и религии, продолжая использовать магические санкции, оторванные от своей цели и поставленные на службу религии.

### Б. Магия и царская власть по Фрэзеру

После Фюстеля де Куланжа религиозная основа архаической царской власти считалась общепризнанной — сакральный характер царской власти, во всяком случае в Греции и Риме, несомненен. Фрэзер, движимый своей общей концепцией, согласно которой магия предшествовала религии, исследовал следующие вопросы: а) не могла ли магия до появления религии служить основой зарождающейся царской власти; б) нет ли следов зародившейся и даже развитой царской власти в чисто магических элементах; в) не пользовалась ли, наконец, архаическая царская власть магическими заклятиями и запретами под личиной мер защиты.

Что касается первого пункта, вот как Фрэзер формулирует результаты своих изысканий. «Маги, — утверждает он, — постепенно превратились в царей — до того, как их стали рассматривать как жрецов или как воплощение богов» (*Frazer J. Les Origines magiques de la royauté*. P. 32–33.) Общественные маги (заклинатели дождей, урожаев, целители и т. д.), от деятельности которых зависит благосостояние целого клана, приобретают тем самым важность и весьма сильное политическое влияние. В то же время эта профессия привлекает самых умных и самых амбициозных людей (*Ibid.* P. 84 et suiv.). Общественные маги были самым первым профессиональным классом, первым следствием разделения общественного труда. Это разделение, в сочетании с магией, посредством влияния престижа магов, повлекло переход от геронтократической демократии (совет старейшин клана) к монархии, сосредоточивающей политическую власть в руках самого ловкого и предприимчивого человека (*Ibid.* P. 86–91, 163–166). Маги, ставшие царями, постепенно превратились в царей-жрецов и в живых царей-богов, и именно в момент вытеснения магии на второй план каста профессиональных магов начала поставлять обществу ученых (*Ibid.* P. 165 et suiv.). Магия, порождая царскую власть, появилась в новой роли благодетеля человечества, поскольку она разбила застойную, имевшую плачевные результаты однородность геронтократии и по инициативе царей-магов допустила изменения «для того, чтобы довести до конца те предприятия, на которые прежде не хватало

<sup>20</sup> *Fauconnet P. La Responsabilité*. 1920.

нескольких поколений». Она также содействовала тому, чтобы по фантазиям и капризам все тех же деспотов-магов «освободить человечество от рабского служения традиции, она помогла ему обеспечить более широкую и более свободную жизнь» (Ibid. P. 87–91).

Какие же доказательства приводит Фрэзер в пользу этого положения? Прежде всего — прямые, приводя многочисленные примеры того, что в первобытных обществах политические лидеры в качестве главной задачи имели насыщение населения, лечение больных и ворожбу на хорошую погоду путем магических ритуалов (Ibid. P. 92–138). Так, в племенах Юго-Восточной Австралии вожди являются лекарями, носящими имя *мобунг-баи*, при этом слово «мобунг» означает магию (Ibid. P. 114–115). В Новой Гвинее вожди, чья власть более сильна, чем в Австралии, имеют в качестве основной обязанности управление природой, успокаивая океан, вызывая благоприятные ветры, делая плодородными растения и т. д. (Ibid. P. 117–118). В Восточной Африке вожди целых племен не нуждаются в административном аппарате для управления, поскольку веры их подданных в их магический дар достаточно, чтобы обеспечить им абсолютную власть (Ibid. P. 119 et suiv.).

Один миссионер рассказывает, что в племени кик (нильские негры) вождь племени был признан таковым благодаря своему дару чревоушителя. У него была клетка, откуда слышалось рычание воображаемых львов и гиен, и он заставлял верить, что эти дикие звери охраняют его жилище. Потому подарки в виде буйволов прибывали к нему откуда-то, и он таким образом собрал большое богатство (Ibid. P. 124). Среди южно-африканских кафров «должности» заклинателя дождей и царя-вождя отождествляются настолько, что царь никому не позволяет заниматься этим ремеслом, которое является царской монополией (Ibid. P. 127 et suiv.). В Меланезии царскими знаками являются талисманы, вызывающие магические чудеса, и обладание ими означает обладание тронном. Как только царь их теряет, подданные тотчас же считают себя свободными от долга верности по отношению к нему (Ibid. P. 130–131). С этого момента они будут чувствовать долг верности к тому, кто захватил магические знаки (Ibid. P. 131–133).

Существование «живых царей-богов» в Перу до открытия Америки, на юго-востоке Африки, в Индии, наконец, в Тибете, как и отголоски этих верований в Египте, Китае и Японии кажутся Фрэзеру подтверждением его тезиса (Ibid. P. 139–173). Ведь, по его мнению, «общественный маг имеет тенденцию становиться, как растение становится цветком, в своем окончательном выражении богом и царем в одном лице» (Ibid. P. 141). Ведь всемогущий маг поднимается до ранга земного божества и трансформируется затем в «сына бога», а трансцендентность божества, чьим потомком он является, добавляет авторитета его политической власти.

Косвенные доказательства в пользу этого положения, которые могли бы подтвердить и утверждение о том, что в следах всякой царской власти всегда сохраняются магические элементы, Фрэзер находит, анализируя свойства царской власти в более близкие нам времена. В качестве перехода к этому второму ряду доказательств он настойчиво приводит пример *Лесного Царя*, жреца Дианы в Неми, недалеко от Рима (Фрэзер Дж. Золотая ветвь. С. 9–17, 159–165, 655–668). Жрец богини имел статус царя, его вотчина называлась

«царством», и вот каким странным образом эта власть была им достигнута. Он был беглым рабом, который получил доступ к трону, убив своего предшественника, сумев предварительно сломать ветку определенного дерева в роще. Лесной Царь рассматривался как воплощение мифического персонажа, Вирбия, смертного любовника Дианы и символа магической силы растений, дающей плодородие.

Зависимость жизни царя от сорванной ветки дерева обладает, по большей части, магическим характером, и его убийство преемником связано с умерщвлением царя-мага, которое можно проследить в различных первобытных обществах (например, дагомеи)<sup>21</sup> и которое состоит в ритуале передачи маны его наследнику. В княжестве Каликут в Индии после двенадцати лет царствования отмечали большой праздник, и в разгар веселья и радости каждый мог напасть на царя, убить его и царствовать вместо него, присваивая себе его магическую силу путем убийства (*Frazer J. Les Origines magiques de la royauté*. P. 330–333). Объяснение всех этих обычаев, играющих роль правил доступа к трону, состоит в задаче передачи наследнику магической силы царя, не уменьшенной ослаблением тела от старости и, если речь не идет о его потомке, в выборе через испытание претендентов по силе их маны.

Первые цари Греции и Рима, согласно Фрэзеру, превосходили жрецов — они были живыми божествами и, наконец, магами (*Ibid.* P. 215–312). Они заменяли собой в Риме Юпитера и носили титул царя-громовержца (*Ibid.* P. 223, 215 et suiv.). Каждый год они совершали церемонии сакрального брака, которые должны были обеспечить плодородие земли, продолжение магического размножения растений. Их преемниками становились обычно не сыновья, а зятья, поскольку последние, как чужеземцы по происхождению, отличались в беге и в играх (*Ibid.* P. 254–261). Эта форма преемства, которую можно проследить наиболее четко в Афинах, Китае, Африке, у германских племен, в Индии, по происхождению носит полностью магический характер и напрямую связана с убийством царя его преемником (*Ibid.* P. 262–296). Чтобы стать женихом дочери царя и наследником трона, следовало доказать наличие своих магических сил в состязании гладиаторов, атлетов или бегунов. В больших народных поэмах, таких, как «Рамаяна» у индусов, «Песнь о Нибелунгах» у германцев и даже «Одиссея», можно найти описание этих обычаев (*Ibid.* P. 293–295). Вместо того чтобы прямо сравнить ману царя с маной его убийцы, его преемник доказывает, что он обладает не меньшей силой, и забирает его дочь.

Короли Англии и Франции сохранили остатки своих магических сил вплоть до революций XVI–XVII вв. Так, королям Англии приписывалась власть лечить золотуху наложением рук, эта болезнь даже получила название «королевской болезни». Короли Франции претендовали на ту же целебную магическую силу. Людовик XV и Людовик XVI еще прикасались к тысячам больных золотухой, и даже после Реставрации Карл X в 1824 г. имел возможность сыграть роль мага-лекаря.<sup>22</sup> Вообще, эта вера в магические силы

<sup>21</sup> *Frazer J. Le Bouc emissaire. Etude comparée des religions* (trad. fr. 1925).

<sup>22</sup> *Frazer J.* 1) *La Tache de Psyche*. P. 29–31; 2) *Les Origines de la Royauté*. P. 135–138. — См. также работы Марка Блока (*Bloch M. Les Rois Thaumaturges*. 1921), который исследовал в деталях данный вопрос и чьи мысли послужат нам в качестве критики тех выводов, которые считает возможным извлечь Фрэзер.

королей была широко распространена в Средние века, когда матери приносили новорожденных для королевского прикосновения, чтобы обеспечить им крепость и быстрый рост, а земледельцы просили своих монархов прикоснуться к посевам.

Царская власть не только имеет магические основы и сохраняет в своих запасниках магические элементы — согласно Фрэзеру, магия послужила мощным средством защиты власти царя. Речь идет о «магических табу», которыми личность царя наделяется в первобытных обществах. В Меланезии и Полинезии вожди защищены магическим кругом, как бы сильным электрическим разрядом. Тот, кто слишком близко подойдет к вождю, прикоснется к нему или даже к его вещам, оружию, пище, рискует упасть замертво или тяжело заболеть, если только он не обладает маной более сильной, чем у вождя, и не сможет, таким образом, свергнуть его (*Frazer J. La Tache de Psyche*. P. 9–17). Все, что окружает вождя, проникнуто его маной и действует как смертельный яд на всех его подданных, которые не могут непосредственно переносить интенсивность царской магической власти. Для того чтобы безопасно войти в прямой контакт с вождем, его знаками, оружием, пищей, любой принадлежащей ему вещью, необходима предварительная иммунизация, которая состоит в особых магических ритуалах (например, прикосновение к ногам вождя с его разрешения, присутствие при определенных жестах, которые он совершает, и т. д.) (*Ibid*. P. 13–17). Можно ли сомневаться, заключает Фрэзер, что магия утвердила в первобытных обществах уважение к монархической власти, защищая вождей от неуважительного поведения их подданных?

Фрэзер делает следующие выводы: 1) магия является первоосновой царской власти: цари являются, прежде всего, магами, затем — живыми богами, наконец, — жрецами божества; 2) магия, даже когда царская власть превращается в жреческую функцию, имеющую основание в религии, продолжает проникать в царскую власть, так как магические обряды не лишены связи с сакральным; 3) наконец, магия послужила мощнейшим и эффективнейшим средством защиты личной власти царя, окружая его власть автоматическими сверхъестественными санкциями, т. е. санкциями магическими.

Фрэзер считает, что эти три положения внутренне связаны и что два последних являются решающими доказательствами истинности первого. Тем не менее, мы начнем нашу критическую оценку идей Фрэзера с демонстрации того, что вполне возможно принять второе и третье положения Фрэзера, отбросив его основополагающую концепцию, с которой они связаны лишь искусственным образом, — через то ошибочное предположение, что магия является историческим источником религии.

В основании царской власти, как и в отправлении большинства религий, даже развитых, можно найти магические ритуалы — только отклоненные от своей цели и поставленные на службу целям религиозным; эти ритуалы должны рассматриваться как технические средства для усиления царской власти, построенной на совершенно ином основании. Это основание — религиозное.

В самом деле, во всех примерах проявлений исторически признанной царской власти, которые приводит сам Фрэзер, речь идет именно о царях —

или жрецах бога, или воплощенных богах, или царях милостью Божьей. Если, к примеру, королям Англии или Франции приписываются магические силы, то это, как ясно показал Марк Блок<sup>xv</sup> в своей замечательной работе «Les Rois thaumaturges» (1921), подчиняется строгому условию официального религиозного помазания короля на царствие. Так, магические способности даруются королям лишь после венчания на царство, а не на их пути к трону. Царь может править в течение долгих месяцев, не отправляя магической власти; такая власть появляется только тогда, когда он помазан на царствие Церковью. В случае конфликтов или столкновений, даже не слишком серьезных, между королем и Церковью (недостаточное усердие в церковных службах, задержка с исповедью, слишком легкомысленное поведение с точки зрения церковных властей) его магические способности немедленно исчезают, чтобы вновь появиться после примирения. Ясно, что короли милостью Божьей, отправляя магию, не располагали личной, семейной или династической маной, а действовали как представители публичной власти с чисто религиозным основанием власти, освященной и официально утвержденной Церковью; они действовали во имя *сакрального*, которому их магические следы царской власти были полностью подчинены.

Теперь займемся любимым примером Фрэзера: архаическая преемственность трона посредством убийства предшественника. Фрэзер при объяснении ее ссылается на желание сохранить нетронутой и в полноте сил магическую власть убитого царя и передать ее в целостности преемнику. Его объяснение представляет собой логическую ошибку, поскольку заведомо предполагает, будто царская власть сводится к власти чисто магической. Фрэзер сам говорит то о *мане* царя, то о его *душе*; он опирается то на идею простой передачи и присвоения *магической силы*, то на идею *жертвы*. Однако душа и жертва являются по большей части понятиями религиозными, связанными не с маной, а с сакральным, с трансцендентной сверхъестественной силой.

Не будет ли здесь более правдоподобным предположить, что настоящего царя посвящают богу, прося его хранить в целостности и сохранности публичную власть, основателем и основанием которой является бог? Речь идет о высшей жертве, которую может принести племя богу для того, чтобы целостность и сохранность племени, а также порядок в нем получили поддержку: умоляя о благодати и спасении, в жертву приносится живое воплощение группы — царь, чтобы более расположить бога к благоволению этой группе. Никто не станет отрицать того, что в этой церемонии, по большей части религиозной, проявляются равным образом магические элементы (например, выбор преемника, призванного совершить жертвоприношение и тем самым присвоить ману предшественника, даже если преемник является его родным сыном). Но эти элементы опять полностью подчинены религии и вытекающей из нее публичной власти, поскольку магия здесь включена в религию и отклоняется от своей собственной цели. Впрочем, если было бы иначе, царь мог бы быть убит своим преемником в любой момент, а не в назначенный заранее и торжественно одобренный день, поскольку состязание магических сил является здесь лишь средством испытания, чтобы найти человека, достойного исполнить религиозный ритуал жертвоприношения и стать живым воплощением группы.

Можно было бы продолжить до бесконечности анализ примеров, подтверждающих, что магические следы царской власти ничего не доказывают касательно ее основания и происхождения. Мы ограничимся замечанием, что восточные цари-боги (в частности, в Египте, Китае и Японии), приводимые в пример Фрээрером, доказывают своим существованием совершенно противоположное тому, что он желает доказать. Царь-жрец становится царем-богом в той мере, в которой он рассматривается как живое воплощение бога, с которым он, впрочем, никогда не отождествляется полностью, но в котором Бог принимает участие. От *превосходства* и *трансцендентности* Бога происходит его собственное превосходство, которое не имеет никакого отношения к положению мага. Могущество последнее не может выходить за пределы управления имманентными сверхъестественными силами, с которыми он может, в крайнем случае, отождествляться, частично их создавая. Царь-живой бог, напротив, является не менее чем посредником сакрального, абсолютно высшей силы, что представляет собой деформацию религиозных представлений в том смысле, что сакральное сосредоточивается в человеке, рассматриваемом как воплощение социальной группы. Восточные цари-боги могли бы, таким образом, послужить скорее доказательством положения Дюркгейма, который видел в религии лишь обожествление обществом самого себя, нежели положения Фрээрера о магическом происхождении царской власти. Можно было бы только добавить, поправляя Дюркгейма, что это самообожествление общества ни в коей мере не происходит постоянно и не является необходимым свойством всякой религии.

В заключение скажем, что, во всяком случае вопреки Фрээреру, магические истоки царской власти ни в коей мере не объясняют ее *сакрального* характера и ее трансцендентного *превосходства*, — эти свойства не имеют никакого отношения к магии.

Рассмотрим теперь основное положение Фрээрера, согласно которому самые ловкие общественные маги стали первыми царями, сосредоточив в своих руках социальную власть, которая прежде принадлежала геронтократии клана или племени. При формулировании Фрээрером этой точки зрения сразу же чувствуется необходимость в проведении различий, которые у него отсутствуют. С учетом того, что царская власть является лишь особой формой социальной власти группы, которая ей предшествует, встает *три вопроса*: 1) каково основание социальной власти, отправляемой в группе? 2) как эта социальная власть, которая в клане представляет власть жреческую, семейную и политическую, превращается в собственно политическую власть, дифференцировавшуюся от остальных (это вопрос происхождения государства)? 3) как политическая власть государства, наслаиваясь на клан, сосредотачивается в руках одного человека, давая рождение царской власти?

Если бы Фрээрер при постановке проблемы разделил эти три вопроса, то он бы сразу же понял, что ситуация намного сложнее, чем он предполагал. Поскольку религия является единственным основанием социальной власти клана и поскольку влияние магии на процессы образования государства и сосредоточения политической власти в руках царя сочетается с влиянием религии, то именно магическому сообществу, одержавшему победу над кланом, дается основать государство; но возникшая политическая власть сама

становится религиозным институтом и подчиняется социальной власти группы, в то время как глава магического общества, став царем, захватывает с помощью своей личной маны и в пользу своего индивидуального права общее социальное право и политическое право группы, преобразовывая их в личную власть. Таким образом, в основании государства и царской власти лежит сложное сплетение взаимных искажений религии магией и магии религией, которые Фрззер не сумел различить, хотя и смог почувствовать важность значения магии в преобразовании социальной власти клана в политическую царскую власть.

Прямые доказательства, приводимые Фрззером в пользу способности магии самостоятельно порождать политическую власть царей, которая якобы непосредственно происходит от магической власти ловкачей, ни в коей мере не являются убедительными. Ни монополия роли целителя или заклинателя дождей, установленная некоторыми царями в Африке, ни роль маны в отпращивании царской власти в Меланезии и Полинезии ничего не доказывают, помимо использования магии обладателями публичной власти в целях усиления своего престижа и оправдания своего индивидуального права на отпращивание царской власти, основание которой следует искать в другом месте. Анализ Фрззера полностью лишен социологического духа. Он не видит ни реального существования группы как единого *Целого*, ни роли коллективных верований (в коллективном сознании), ни, наконец, реальности социальной власти, напрямую исходящей от единого Целого, по отношению к которой политическая власть и монархия являются лишь отдельными разновидностями. Он не замечает, что всякая власть в группе и над группой есть функция социального права, внутреннего права объединения, соответствующая социальности в форме частичного слияния в «Мы», на которую в качестве надстроек наслаиваются организации группы, и в частности организация политическая. Именно отсутствие собственно социологического подхода, наивный индивидуализм в сочетании с интеллектуализмом помешали Фрззеру детально исследовать проблему влияния магии на преобразование социальной власти — порожденной религией и имеющей ее в качестве основания — в политическую власть царей.

Фрззер игнорировал роль экономического фактора в его взаимосвязи с фактором магии: глава магического сообщества, захватывая жреческую и семейную власть, которая прежде отпращивалась геронтократией клана, сочетает магический престиж с престижем богатства, накопленного во время потлача;<sup>23</sup> будущий царь является магом в той же мере, что и торговцем, и военным вождем (при этом мужская часть населения служит ядром армии и полиции), а развитие личной политической власти сопряжено с развитием договорных отношений и экономической дифференциацией (*Davy G. La Foi jugée*. 1920).

Анализ выявленных Моссом «тотальных социальных явлений» полностью отсутствует в работах Фрззера, который не воспользовался в достаточной мере теми материалами первостепенной важности, которые он собрал с неподражаемым терпением и которые, во всяком случае, делают неизбежным

<sup>23</sup> См. § 3 настоящей главы.

глубокое видоизменение классической теории царской власти Фюстеля де Куланжа. Как мы увидим позднее в наших систематических выводах, истину в данном случае следует искать где-то посередине: ни религия, ни магия сами по себе не были способны послужить основанием царской власти, основа которой зиждется на сложном сплетении их конкурирующего влияния и их частичных компромиссов, а также на синтезе социального и индивидуального права.

## § 2. Магия и индивидуальное право по Ювелену

Поль Ювелен под влиянием концепции Дюркгейма (который полагал сакральное общим основанием магии и религии, делая акцент на тех возможностях присвоения коллективных сил, которые открываются индивидууму магией) пришел к заключению, что следует ограничить влияние магии на юридическую жизнь исключительно сферой индивидуального права. В противоположность Фрззеру, который связывает происхождение всех правовых институтов с магией, Ювелен пытается показать, что магия имела особую функцию в юридической жизни, а именно: «вводит индивидуальную деятельность в правовую сферу» (*Huvelin P. La Magie et le Droit Individuel // Année sociologique. 1906. P. 42*). Само понятие индивидуального права, «такое, каким его постепенно определили философы и юристы, смешивается с понятием источников магической деятельности, такой, как ее задумали колдуны и алхимики» (*Ibid. P. 44*).

В этом нет ничего удивительного, учитывая сам характер магии (в интерпретации Ювелена, которую мы уже имели возможность вкратце охарактеризовать), а также поскольку магический ритуал «является лишь религиозным ритуалом, отклоненным от своей обычной социальной цели и использованным для реализации индивидуальной веры или воли» (*Ibid. P. 46*), а магия основана на злоупотреблении правом в виде «искажения коллективной власти индивидуумом в личных целях».

Связанная с индивидуальной деятельностью, магия могла развиваться в двух противоположных направлениях. В первом случае ее индивидуальный характер проявлялся в защите признанного незаконным, запрещенного под угрозой публичных санкций, нацеленных на борьбу с колдовством. В другом, наоборот, она превращается в «юридическую технику частного права, признанную даже социальным правом», поскольку магия оказывает помощь в санкционировании договоров, залогов, всевозможных обязательств, частной собственности и т. д. В двух основных работах (*Huvelin P. 1) Les Tablettes magiques et le Droit romain. 1900 // Etudes d'histoire du Droit commercial romain. 1929. P. 219–272; 2) La Magie et le Droit Individuel. 1906*) внимание Ювелена привлекает этот последний аспект вопроса.

Ювелен, прежде всего, подчеркивает, что в первобытных обществах многие правоотношения имеют строго религиозный характер. Это — «внутренние социальные права», уставное право групп и ритуалы, которые служат для их санкционирования (*Huvelin P. La Magie et le Droit Individuel. P. 5*).

Внутреннее социальное право каждого клана, каждой фратрии, каждой семьи «приводит к ряду положительных ритуальных обязательств и табу. Этот религиозный отпечаток часто принимает особые формы. Так, в кланах и во всех тотемных фратриях все права вытекают из религиозных связей, которые связывают людей с их тотемом. В патриархальных семьях внутреннее социальное право составляет ответвление культа предков» (Ibid. P. 6). «В социальных объединениях, более крупных, чем клан или семья, существует вторая составляющая внутренних социальных прав, совокупность которых формирует то, что называется внутренним публичным правом; оно включает в себя не только репрессивное (уголовное) публичное право, но и конституционное, и административное право. Религиозный характер уголовного права не нуждается в доказательствах. Что касается религиозности конституционного и административного права, то она четко проявляется при анализе источников таких понятий публичного порядка, как суверенитет, публичная власть, государство, на которых и покоится право» (Ibid. P. 7).

В частности, опираясь на теорию Фюстеля де Куланжа и не извлекая должных выводов из теории Фрэзера (работа последнего «Магические источники царской власти» (1909) еще не вышла в свет, и автор, упоминая первый том «Золотой ветви», не приводит цитат из второго тома и не извлекает из него никаких выводов), Ювелен пишет слишком категорично и, очевидно, не входя в нюансы: «Теория божественного права на царскую власть или, более широко, божественные источники принципа публичной власти являются не чем иным, как кристаллизацией религиозного принципа, который изначально проявлялся в институте царей-жрецов и в табу на личность вождей» (Ibid.).

Наконец, сама техника, которой располагает социальная власть для того, чтобы санкционировать обе формы внутреннего социального права, является полностью религиозной. Под названием процедуры и разбирательства понимаются по большей части жертвенные ритуалы; эта техника лишь подразумевает волю богов. То боги напрямую открывают свою волю в праве через оракулов и ордалии, то они открывают ее косвенно, используя в качестве посредников старейшин, мудрецов, судей, жрецов и царей. «Юридическое пророчество, божественное повеление и табу не ограничиваются подтверждением права на прошлое время; они имеют тенденцию к фиксации правоположений на будущее в качестве общезначимой нормы, учитывая, что речь идет о проявлении высшей воли — воли богов» (Ibid. P. 8–9).

Совершенно иной становится ситуация, когда мы переходим от социального права к праву индивидуальному, «внутреннему праву» индивидуумов и групп. Это право проявляется только на более развитых стадиях социальной жизни, когда разделение труда, способствуя органической дифференциации, создает более благоприятную ситуацию для освобождения от исключительного влияния религии и от социального права в пользу индивидуальной активности. Эта последняя долгое время пользовалась поддержкой магии для того, чтобы реализоваться в праве.

Это проявляется уже по отношению к вещному праву, основной формой которого является право собственности. Изначально всякая собственность является недвижимой и неотчуждаемой, обладает публичным и коллективным характером и основана на религии и сакральном праве, которые окружают

ее уважением, обязательным для сакральной вещи (*Huvelin P. 1*) Ibid. P. 10; 2) Cours élémentaire du droit romain. 1927. Vol. I. P. 426 et suiv.; P. 444 et suiv.). Но наряду с религиозной, коллективной и публичной собственностью появляется индивидуальная, частная и движимая собственность. Первое благо, которое человек может использовать строго в личных целях, — это его тело. Затем — так называемое телесное имущество, получившее свое название потому, что является в некотором смысле частями тела, *mobilia quae ossibus inhaerent* (лат. — движимое имущество, принадлежащее костям. — *Прим. пер.*), т. е. одежда, оружие, орудия труда и т. д.; затем — другие виды имущества. Собственность на землю становится индивидуальной лишь гораздо позднее и очень медленно; она лишь приближается к той движимой собственности, которая свойственна личным вещам в наши дни.

Тем не менее, защищающие индивидуальную и движимую собственность санкции в своей основе обнаруживают, по Ювелену, магические, а не религиозные ритуалы (*Huvelin P. Magie et le Droit Individuel. P. 11*). Реститутивные санкции являются более поздними по отношению к репрессивным санкциям, а потому речь может идти здесь только о магических наказаниях воровства (Ibid. P. 12–13). К колдовству, проклятиям, заклинаниям, чарам прибегают в основном тогда, когда воровство не является очевидным, по инициативе обворованного для того, чтобы наказать вора (Ibid.).

К многочисленным примерам, с которыми мы ознакомились благодаря Фрэзеру, Ювелен добавляет анализ греческих и латинских *Tabellae defixionum* (лат. — Таблицы заклинаний. — *Прим. пер.*), содержащих письменные магические заклинания (ср., в частности: *Huvelin P. Les Tablettes magiques et le Droit romain. P. 219–240*). Эти письменные формулы, как и *concepta verba, nuncupationes, devotions* (лат. — словесные заклинания, наименования, проклятия. — *Прим. пер.*), должны действовать автоматически, что также предусматривается текстом закона Двенадцати таблиц относительно сглаза на урожай (Ibid. P. 235).

Магические ритуалы, санкционирующие индивидуальную собственность, могут сочетать в себе две цели: наказание вора и возмещение ущерба. Когда ущерб еще может быть возмещен, заклятие налагается лишь *условно*, чтобы оно произвело действие в случае, если вор не возместит ущерба, и действовало до тех пор, пока он не возместит ущерб (*Huvelin P. Magie et le Droit Individuel. P. 15–18*). Магическое проклятие с большей силой действует на украденную вещь, чем на вора. Обворованный наложит сглаза на эту вещь, которая отныне будет вредить тому, кто к ней прикоснется. Так, исландские скальды рассказывают, как ограбленный карлик Андвари заколдовал украденное сокровище. Кто будет им обладать, заплатит за это жизнью: «Это золото породит смерть; восьми князей оно будет погибелью; никто не извлечет пользы из моих сокровищ». Этот мотив был использован Вагнером в тетралогии «Кольцо Нибелунга» — карлик Альберих заколдовывает золото Рейна (Ibid. P. 18).

Магическое проклятие, связанное с похищенной вещью, объясняет, по видимому, следующие черты, иначе малообъяснимые, законодательства, направленного против воровства в более развитых обществах. Так, римское право запрещает *usurpation* (лат. — присвоение. — *Прим. пер.*) — обладание краденными вещами, в чьих бы руках они ни находились. Этот запрет не

связан с негативной характеристикой обладателя, поскольку он поражает не только вора и укрывателя, но и честного обладателя. Изъян, который марает украденную вещь, имеет скрытый характер, и владелец может не знать о нем. Всеми этими свойствами запрет обладания контрастирует с религиозными табу, с которыми римское право знакомо в форме сакрального характера границ, бюстов, могил, форума и т. д. Эти табу в основном известны всем, являются общественными и постоянными (Ibid. P. 19–21).

Первая форма обязательств — это обязательства *ex delicto* (лат. — из правонарушения. — Прим. пер.), следствия нарушений в сфере частного права. В противоположность публично-правовому нарушению, которое затрагивает сильные состояния коллективного сознания, частноправовое нарушение затрагивает определенное состояние индивидуального сознания, и именно потерпевшее ущерб лицо берет на себя инициативу применить санкции против нарушений. Указанные санкции имеют по большей части магический характер, который пронизывает всю процедуру реституции и репарации, столь характерных для обязательственного права; *nexum*<sup>xvi</sup> древнеримского права является одновременно магической и юридической связью (Huvelin P. Les Tablettes magiques et le Droit romain. P. 258–260).

Во всех первобытных обществах против просрочивших должников используют магические ритуалы: такова, например, процедура голодания и самоубийства кредитора у дверей должника, которая считалась раньше особенностью Индии, но встречается также в древней Ирландии, у евреев, в Персии, Греции и т. д. Пост и самоубийство играют здесь роль магических проклятий, автоматически привлекаящих неудачу против непорядочного должника.<sup>24</sup> Так, магические санкции заменяют месть, которая не может быть осуществлена (как *иллапуринжа*,<sup>xvii</sup> замеченная Спенсером и Гилленом<sup>xviii</sup> в Австралии), и становятся мало-помалу юридической техникой защиты *obligatio ex delicto*<sup>25</sup> (лат. — деликтного обязательства. — Прим. пер.); отсюда совершается незаметный переход к обыкновенным обязательствам.

*Obligare aliquem* (лат. — обязывать кого-либо. — Прим. пер.) означало в Риме первоначально «связывать кого-либо магическими формулами или церемониями» (Huvelin P. Les Tablettes magiques et le Droit romain. P. 243–244). *Obligare* или *alligare* (лат. — обязывать. — Прим. пер.) связаны с *damnare*, термином греческого происхождения, означающим «связывать», «поработать», «укрощать» (Ibid. P. 245–251). «Когда человек связан (*obligata, alligata, damnata*) магической формулой, как разрушить чары? Следовало сначала «развязать», *solvere* (лат. — развязать, отпустить. — Прим. пер.) этого человека» (Ibid. P. 258), что означало, помимо реституции, новые магические ритуалы (Ibid. P. 259). «Формула, произносимая по формальному обязательству в момент погашения долга: «*Quod ego tibi millibus condemnat (jus suum), me eo nomine a solvo liberoque hoc aere aeneaque libra*» (лат. — то, что мне суждено тебе отдать (по праву), я во имя его развязываю и возвращаю наличными медными деньгами. — Прим. пер.), — полностью пронизана магией: она отмечает разрыв магической связи *damnation* (лат. — заклятие. — Прим. пер.),

<sup>24</sup> Huvelin P. Magie et le Droit Individuel. P. 22–23.

<sup>25</sup> Ibid. P. 23–24.

соединяющей самого человека с его должником, разрыв, который зависит от воли кредитора, *me eo nomine a solvo* (лат. — я во имя его развязываю. — *Прим. пер.*), и знаменует установление магического равновесия» (Ibid. P. 260).

Как позднее заметил Анри Леви-Брюль в своем замечательном сборнике «*Quelques problemes du droit romain*» (1934), слиток бронзы (*aes, rondusculum*), указанный в названном выше документе, играет, как можно предположить, не денежную, а магику-юридическую роль. «Он представляет личность кредитора, он является его [магическим] символом. В то же время он вручается кредитору... как предмет... и это тот же самый слиток бронзы, возмещае-мый кредитору в момент освобождения. Точнее, возмещение *aes* (лат. — медь. — *Прим. пер.*) совершает освобождение» (Ibid. P. 144). Но *aes*, или *stips* (лат. — денежный взнос. — *Прим. пер.*), связанные со *stipula* (лат. — ростки. — *Прим. пер.*), откуда — *stipulation* (лат. — условие. — *Прим. пер.*) и *festuca* (лат. — стебель. — *Прим. пер.*), «могут быть заменены любым предметом движимой собственности, имеющим близкое отношение к должнику, например, его кольцо, перчатка, нож (*Huvelin P. 1*) Ibid. P. 144 et suiv.; 2) *Stipulatio et stips*. P. 273 et suiv.), т. е. речь здесь идет о магических символах человека, который напрямую обязывается или освобождается в результате формального обязательства, соприкасающегося с маной должника.

Теперь ясна та роль, которую должна была сыграть магия в развитии договорных отношений, в обязательствах *ex contracto* (лат. — из договора. — *Прим. пер.*). Обязательства, вытекающие из добровольного соглашения, заключение и исполнение договоров не были, согласно Ювелену, изначально гарантированы ничем, кроме магических ритуалов. Это означает, что договор едва ли можно считать источником обязательства в первобытных обществах. Способность индивидуальной воли производить юридические последствия реализуется исключительно через связывание не только на настоящее, но и на будущее время. Если для того, чтобы призвать к порядку правонарушителя, который ускользал от прямого возмездия, пользовались исключительно магией, и если обязательство как таковое представляло собой магическую связь между личностями кредитора и должника, то было естественным пользоваться магией и для того, чтобы связать стороны, участвующие в договоре и взаимно подчиняющиеся обоюдной магической власти: каждая из сторон в определенных условиях заранее допускала возможность подвергнуться проклятию другой стороной либо самой собой. Магические проклятия зачастую обнаруживаются во всех договорах Древнего мира. Например, хартии франкской эпохи и Средних веков (VI–XI вв.) дают нам полные каталоги анафем и магических заклятий, нацеленных на усиление договоров (*Huvelin P. Magie et le droit individuel*. P. 27–28).

Помимо намеренных проклятий, в более первобытных формах связь воли сторон через договор находит магическое основание в *залоге*, применение которого мы видели в долговом обязательстве, в древнегерманском праве называвшемся *вадиум*.<sup>XIX</sup> Вадиум магически связан с жизнью и человеком, который выступает в качестве залогодержателя; воздействуя на вадиум, человек воздействует на его хозяина. Оставить вадиум во вражеских руках означает подставить себя под наихудшие проклятия. Обе заключающие договор стороны, обмениваясь вадиумом, заключают таким образом соглашение,

делая взаимозависимыми свои личности (Ibid. P. 29 et suiv.) (после всех наших исследований мы бы скорее сказали — маны своих личностей).

Другой формой влияния магии на договорные отношения является клятва; отсюда термин «данное слово», которым обозначались в Средние века договоры (Ibid. P. 31–33). Магическое заклинание, содержащееся в клятве, порой выражается в особых формах или символических жестах: бросание камня, палки, оружия, разделение осколков какой-либо вещи часто имели значение проклятия в договорной клятве (Ibid. P. 33–34).

Наконец, последняя форма магической власти, предназначенная для обеспечения исполнения договоров, — это форма документа. Документ рассматривается в малоразвитом обществе не как простое соединение условленных знаков, которые не имеют иной ценности, кроме как средства передачи информации. Буквам, написанным словам приписывается таинственный характер, действительная магическая сила — это то, что написано, нерушимо и должно будет сбыться независимо от воли сторон. Так, в Древних Греции и Риме, чтобы освободить людей, чьи имена были записаны на *Tabellae defixionum*, нужно было их разрушить или исправить, также прибегая к магическим ритуалам (Huvelin P. *Les Tablettes magiques et le Droit romain*. P. 59). Древние германцы записывали обязывающие их руны на палках или на оружии, так как руны дают магическую силу оружию, а оружие дает свою материальную силу рунам. Не стоит удивляться, что составление договора в письменном виде усиливает его эффективность через использование магии (Huvelin P. *Magie et le Droit Individuel*. P. 34 et suiv.).

По Ювелену, все проявления индивидуального права, права на движимую собственность, обязательства *ex delicto*, вытекающие из передачи взаймы, наконец, договорное право, санкционированы магическими ритуалами и пронизаны тем самым духом магии, который ввел индивидуальную деятельность в право и который представляет собой отклонение коллективной сакрализованной власти в пользу индивидуального права.

\* \* \*

У нас уже был случай указать на узость концепции магии у Ювелена и на порочный круг, который она подразумевает. Рассматриваемая концепция предполагает предсуществование индивидуального права, что необходимо для искажения религиозной власти, из которого и должна была зародиться магия. Для обращения власти в свою пользу через злоупотребление правом следует сознавать это право как индивидуальное. Это положение Дюркгейма, согласно которому священное имеет общее основание с магией и религией, отличающихся друг от друга только по формам отправления, связано с рассмотрением магии как производной религии и в конце концов приводит Ювелена к преувеличению степени индивидуализма в магии.

Он не принимает в расчет ни общественных магов, ни магических обществ (тайные общества, клубы, общества инициации), где магия отправляется коллективно и где индивидуализм является лишь косвенным свидетельством плюрализации подгрупп.

Сама связь религии и социального права, определенного как внутреннее право группы, является весьма спорной, поскольку предполагает социальный

монизм, который не соответствует реальному положению дел в первобытных обществах. Магические общества и фратрии имеют свое собственное социальное право, основанное на магии и противоположное социальному праву клана, основанному на религии.<sup>26</sup> Только *социальное право, берущее начало в магии, было индивидуальным социальным правом, а социальное право клана, происходящее из религии, — общим социальным правом.*

Нужно сказать, что, по существу, противопоставление социального и индивидуального права имеет своей основой противопоставление двух различных форм социальности (путем взаимного проникновения или частичного слияния и простой взаимозависимости или разграничения), которые находятся в состоянии конкуренции и во внутренней жизни каждой группы сочетаются по-разному. Социальность путем слияния всех трех форм: массы, общности и всеединства — может проявляться в связи как с магическими верованиями, так и с религиозными, как с маной, так и со священным.

Поэтому нет никакого основания априори исключать влияние магии на социальное право. Можно сказать только то, что *общее социальное право*, порожденное кланом, а в определенные более развитые эпохи — государством, опирается на религию, в то время как партикулярное социальное право и индивидуальное право в одну и ту же историческую эпоху опираются на магию.

Более того, допуская преувеличения в противоположном Фрззеру смысле, Ювелен не подозревал о возможности сложного переплетения конкурирующего влияния магии и религии на одни и те же правовые институты: создание государства в результате победы магических обществ над кланом и образование царской власти являются тому ярчайшими примерами. Тем не менее, именно для этих случаев, и только для них, формула Ювелена об «искажении власти» является верной. Так не зарождаются ни магия, ни индивидуальное право; тогда как политическая власть, и в частности царская власть, действительно является производным от присвоения общей социальной власти с религиозным основанием главой магического общества — последний подчиняет себе индивидуальное право, заставляя магию выступать против религии, на службу которой она впоследствии становится.<sup>27</sup>

Несмотря на слишком упрощенный характер, заслуга исследований Ювелена состоит в привлечении внимания к особой роли магии в образовании индивидуального права. Особый интерес вызывает указание им на взаимопроникновение магического и юридического начал в обязательстве и на связь отчуждаемой (движимой) собственности и магии. Но, не учитывая специфику магической силы — маны, или имманентного сверхъестественного, Ювелен не смог довести свои исследования до конца. Он должен был остановиться, подобно Фрззеру, на описании влияния магии на санкции, что несколько не объясняет *основания самой структуры* рассматриваемых правовых институтов (например, феномены присвоения движимой собственности и их отчуждение, или двусторонний характер обязательств).

<sup>26</sup> См. ниже.

<sup>27</sup> См. далее подпараграф Б § 4 настоящей главы.

Заслуга постановки вопроса на этом последнем основании, связывания самой природы определенных правовых институтов с внутренним характером маны принадлежит Марселю Моссу, который значительно углубил понимание феномена «несакрализованной маны».

### § 3. Магия и первобытные формы обменов

В своей великолепной работе «Etude sur le Don, Forme archaïque de l'échange» (Année sociologique. Nouvelle série. Vol. 1. 1923–1924) М. Мосс подверг тщательному анализу верования в сверхъестественное, которыми были вдохновлены обмены в отсталых обществах. Он начинает с того, что привлекает внимание к «добровольному характеру, так сказать, свободному и безвозмездному, хотя и принудительному и корыстному, повинностей и даров» (Ibid. P. 33). «Каково правило, согласно которому в обществе принятый подарок обязательно отдаривается?» И «какая сила присутствует в передаваемой вещи, которая влияет так, что даритель дарит ее?» (Ibid. P. 33). Эта сила является, по Моссу, магической маной дарителя, пронизывающей вещь и могущей повредить принимающему дар, если он не предпримет предосторожность действовать по принципу «подарок за подарок» и отблагодарить своего партнера частицей своей собственной маны, присутствующей в вещи, отданной взамен.

Доказательство этого положения лежит в детальном описании механизма первобытных обменов; мы будем следовать за движением этого механизма под руководством автора данной концепции. Эти обмены характеризуются с внешней стороны тремя следующими чертами: «а) прежде всего, взаимные обязательства, обмены и договоры действуют не на индивидов, а на общества; задействованные при обменах лица являются юридическими лицами: кланы, племена, семьи, которые сталкиваются и взаимно противопоставляются, встречаясь на одной территории, либо в группах, либо через посредство своих вождей, либо одновременно двумя способами; б) они обмениваются не только имуществом и богатствами — вещами, имеющими экономическую ценность: сюда входит [также] обмен вежливостью, пирами, ритуалами, военными услугами, женщинами, танцами, ярмарками; в) наконец, повинности и ответ на них предпринимаются скорее добровольно, через подарки [дары], хотя бы по сути они и были строго обязательными, под угрозой частного конфликта или гражданской войны». «Мы [предлагаем] называть это системой *всеобщих повинностей*» (Ibid. P. 36–37).

*Потлач*<sup>28</sup> — это термин, заимствованный у индейцев чинук и квакиутль. Он означает то действия питания и потребления, то пир, то ярмарку, то дар, представляющие собой, согласно Моссу, разновидности системы всеобщих повинностей. Особенность потлача состоит в принципах соперничества и антагонизма, которые здесь доминируют. «Все начинается борьбой вожаков за установление иерархии, которой впоследствии будет пользоваться клан...

<sup>28</sup> Первым привлек внимание к институту потлача американский этнограф Боас; во Франции в своих заметках к «Année sociologique» (1 série) вынес на обсуждение тему Ж. Дави (Davy G. La Foi jurée. 1920); проблема потлача затем вновь подвергалась исследованиям Мосса в его работе о феномене дара.

Там доходят до совершенно излишнего уничтожения накопленных богатств с тем, чтобы затмить вождя» (Ibid. P. 38–39). Потlach определяется здесь «как система всеобщих повинностей антагонистического типа», т. е. наполовину коллективные, наполовину индивидуальные обмены добровольными дарами с ярым соперничеством.

После северо-востока и юга Америки следы подобных институтов были найдены в Меланезии, Папуа, Полинезии, Южной Америке, наконец, в Африке. Можно найти пережитки потлacha, понимаемого в широком смысле (как родовое понятие) и в классическом индийском и германском праве. Мосс в той или иной форме находит этот магический элемент в институтах каждой цивилизации.

Начиная с Полинезии, Мосс изучает существование потлacha в форме празднования брака и рождения. Элемент соперничества, очевидно, отсутствует, но оба других важных элемента здесь явно в наличии: элемент маны, почести, престижа, проявляющиеся в виде богатства, и элемент абсолютного обязательства воздать за принятые во время праздника дары под угрозой потери маны — этой магической власти, которая является источником всякого успеха и всякого социального положения. Так, этнограф Тернер утверждает: «После праздников рождения ребенка, приняв *алоа* и *тонга*, муж и жена не становятся богаче, чем были прежде, поскольку принятые сокровища получены в обмен» (Ibid. P. 42–43). Праздник рождения ребенка становится средством обмена имуществом по мужской и по женской линии. У племени маори тонги, в частности, строго закреплены за человеком или группой, которые их дают или принимают. Они являются проводниками магической энергии, маны своих обладателей. В одном из заговоров маори просят обменные дары уничтожить тех, кто приняли их со злым умыслом, без всякого желания ответного дара. Это означает, что обменные вещи содержат в себе магическую силу, способную нанести вред, если обязательство воздать за нее не было соблюдено (Ibid. P. 45).

Эта магическая сила называется у маори *хау*<sup>xx</sup> — силой, которая составляет связь между человеком и вещью; будучи, таким образом, основой присвоения отчуждаемой собственности, она может отомстить новому владельцу и даже стать причиной его смерти, если этот последний откажется действовать по принципу «подарок за подарок». Один туземец маори следующим образом прокомментировал концепцию обменов между своими согражданами (сообщено Элдсоном Бестом: «Тонга — частная собственность — имеет хау. Вы мне даете нечто. Я передаю его третьему лицу; он, в свою очередь, дает мне другую вещь, поскольку его побуждает хау моего подарка, а я обязан отдать вам эту вещь, поскольку необходимо, чтобы я вернул вам то, что на самом деле является продуктом вашей тонги» (Ibid. P. 47).

Суть заключается в том, что полученный и обменный подарок не является инертным. Даже оставленный своим дарителем, он сохраняет в себе нечто. Данной вещью даритель получает власть над получающим подарок, как он имеет эту власть через ту же вещь над вором, поскольку имущество одухотворяется хау, а это хау обязывает воздавать (Ibid. P. 47–48). Эта магическая сила преследует не только первого, получившего дар, а затем второе, третье лицо, но и любого человека, которому тонга будет передана.

Подобный факт освещает два важных момента. Прежде всего, мы понимаем природу юридической связи, созданной передачей вещи, которая состоит в обязательстве воздать за нее. Затем мы начинаем понимать, что связь с вещью и через вещь есть связь духовная, магическая по преимуществу, поскольку вещь пропитана маной собственника (Ibid. P. 48–49). Отсюда следует, что давать кому-либо вещь означает дарить ему часть себя, часть своей маны. «Совершенно ясно, что в потлаче следует вернуть другому то, что на самом деле является частицей его природы и его сущности [его магической силы, его маны]. Сохранение этой вещи было бы опасным и даже смертельным... потому что эта вещь происходит [от другого] человека не только морально, но и физически и духовно» [магически]. Эта пища, это имущество, эти женщины и т. п., подаренные и принятые, дают власть над самими одаряемыми. Наконец, подаренные вещи, проникнутые таинственными флюидами собственника, стремятся вернуться к нему обратно либо создать равновесие, которое их заместит» (Ibid. P. 49).

Другим аспектом вопроса является аспект обязательства принять [подарок] и обязательства одарить, которые в меньшей степени присущи потлачу. «Так, у даяков любая группа (домочадцы, гости, хозяин) не свободна в том, чтобы не просить гостеприимства, отказаться принять предложенную пищу, не принять подарков, не заключить договор на определенных условиях и т. д.» (Ibid. P. 50). Обязательство дарить для них менее важно. Отказываться дарить, не приглашать, как и отказываться брать равносильно объявлению войны; это значит — отказывать в союзе. «Дарят потому что должны, потому что тот, кому дарят, является в некотором роде собственностью, которая принадлежит дарителю». Это право давит как духовная связь. Все это «уже не кажется противоречием, если учитывать, что до смешения ман разных людей в вещах в последних уже присутствуют духовные блага», которые в разной степени пропитаны маной индивидов и групп» (Ibid. P. 51–53). «Все движется так, как если бы существовал непрерывный обмен между духовной материей [гибкой и эластичной], включающей в себя вещи и людей, между кланами и индивидами, разделенными по рангам, полам и поколениям» (Ibid. P. 53), т. е. действие имманентного сверхъестественного — маны.

У пигмеев Африки, у некоторых австралийцев и жителей Андаманских островов встречаются те же предписания. Вот как Браун характеризует положение дел у последних: «Никто не свободен отказаться от предложенного подарка. Все, мужчины и женщины, стараются превзойти друг друга в щедрости. Как будто существует нечто вроде соперничества — кто сможет дать вещь наибольшей ценности. Подарки скрепляют брак и создают некое родство между двумя парами родителей» (Ibid. P. 62). «По сути, — замечает со свойственной ему находчивостью Мосс, — подарки являются смешениями». Смешиваются маны вещей; смешиваются вещи в мане. «Смешиваются жизни [и вещи], и, таким образом, люди и вещи выходят каждый из своей изолированной сферы и смешиваются между собой. Таковы договор и обмен» (Ibid. P. 63).

Говоря о Меланезии, Мосс утверждает, что недавно описанные некоторыми этнографами институты, такие, как праздники и ярмарки: *пилу-пилу* и особенно *кула*<sup>xxi</sup> пропитаны тем же духом и представляют собой разновидность

потлача (с той лишь разницей, что здесь используется нечто вроде денег). «Наши праздники, — сказал один меланезиец, — подобны движению иглы, которая связывает пучки соломенной крыши, чтобы сделать эту крышу единой» (Ibid. P. 64). Эта связь осуществляется посредством маны, которая объединяет обмены между людьми и вещами и включает последние в человеческое общество.

Малиновский привел описание того, что понимается в некоторых регионах Меланезии под кулой. Кула есть большой потлач между племенами, который захватывает целые части Меланезии. Этимологический смысл этого термина заключается в идее круга — это экспедиции, морские обмены, временные циклы, сопровождаемые праздниками и пирами. Торговля в кула, очевидно, является прерогативой вожаков, поскольку, с одной стороны, они обладают наиболее сильной маной, а с другой — они являются владельцами флота, вождями племен, коммерсантами — как одариваемыми, так и дарителями. Сам процесс дарения совершается торжественно и одновременно с преувеличенной скромностью. Приносятся извинения в том, что дарят так мало, упор делается на то, что совершенно неважно, что будет получено в обмен, и что ответный подарок будет принят лишь по настоянию, и только если подарок будет брошен к ногам. Основные объекты обмена — это *вайгвы*, подобие браслетов и кольцо из монет, вырезанных из ракушек и украшенных жемчугом. Эти украшения оживляются или, скорее, пропитываются маной своих обладателей. Они обладают таинственной, магической силой. Они до такой степени захватывают личность, что некоторые люди им даже присваивают имена. Тем не менее, они не являются предметами культа, не представляют собой священного, являются отчуждаемыми, то есть происходят от имманентного сверхъестественного, а не от трансцендентного. «Простое касание, — пишет Мосс, — передает их свойства. Их кладут на лоб, на грудь умирающего, их трут о живот, ими трясут перед носом. Они сами принимают участие в договоре», и их передача сопровождается ритуалами и магическими формулами (Ibid. P. 71–76). Первый подарок (*вага* или *куду*) есть то, «что запирает на засов сделку», «зуб, который разрезает, проникает». То, что отдается взамен — *йотиль*, является обязательным; его ждут, и он должен быть эквивалентным дару; при первом же удобном случае его можно захватить силой и отомстить за него при помощи магии.

Если человек не может сразу дать ответный подарок, делается маленькое приношение, нечто вроде промежуточного подарка; оно смягчает кредитора-дарителя, поскольку мана пропитывает отданную вещь, но не освобождает должника. Человек, «тяжелый на кулу», т. е. одариваемый, который недостаточно щедро воздает за кулу, подвергается презрению. Он одновременно теряет свою ману, свой социальный престиж, свою коммерческую репутацию, лишается статуса лидера, положения вождя (Ibid. P. 76–78).

Таким образом, принять первый дар означает вступить в целый ряд операций обмена. С другой стороны, чтобы найти лучшего партнера, следует постараться блеснуть и тем самым убрать конкурентов, побуждая их к изобильным обменам наиболее ценными вещами: выставление напоказ своего величия, соперничество, конкуренция также влияют на кулу, являясь причиной все большей социальной дифференциации и, стало быть, усиления

активности и инициативности индивида. Можно привести также другие формы потлача в Меланезии, например, *сагали*<sup>xxii</sup> — выставление напоказ огромного количества пищи по различным поводам (урожай, погребальные пиршества, завершение важных построек и т. д.) и *кере-кере*<sup>xxiii</sup> — всеобщий праздник времен года (Ibid. P. 81 et suiv.).

В Меланезии, например, можно увидеть, «что часть людей, сравнительно богатых, производящих существенные излишки товара», осуществляют обмены равно в бескорыстной и обязательной форме. Это обязательство основано на магических связях между вещами и людьми. Полученные в обмен вещи никогда не отделяются полностью от тех, кто их дал; связь, которая устанавливается через ману, пропитывающую субъекты и объекты, является одновременно гибкой (допускает отчуждение) и нерушимой: отсюда обязательственное право (Ibid. P. 85–87).

Весьма детально рассмотрев потлач в Северо-Западной Америке (Ibid. P. 87 et suiv.), Мосс показывает, что это явление пропитано теми же самыми магическими верованиями, что и системы всеобщих повинностей в других цивилизациях. Только три черты в них проявляются более рельефно: преувеличенное соперничество, доверие и почести (Ibid. P. 91). Общее принятие пищи, распределение провизии, которые преобладают в американском *потлаче*, не могут быть отдарены немедленно. Отсюда понятие кредита, начиная с момента одаривания до того момента, когда принимают взамен. Ни в каком другом обществе социальный престиж вождя или коллективный социальный престиж его клана не связаны в большей степени с щедростью даров и с точностью, с которой он воздает за дары в предусмотренный срок. Потребление и уничтожение в американском потлаче лишены пределов. Тот, кто войдет в более безумные траты, тот станет более богатым потлачами, одаренными ему бенефициаром. Социальное положение в кланах, а также в тайных магических обществах, находящихся в конкуренции с ними, достигается войной собственности, о чем непосредственно говорится в песне племени маа: «Мы состязаемся в собственности» (Ibid. P. 94). «Потлач — это борьба богатств», решающее испытание, в котором побеждают и проигрывают положение в группе, как это бывает в игре, в беге, в состязании, на войне (Ibid. P. 94–95).

Чтобы лучше понять сущность американского потлача, по мнению Мосса, недостаточно рассматривать его в юридическом и экономическом аспекте (как это делали Дави и Леонард Адам). Его магический аспект также не является достаточным, поскольку сложность института весьма высока. «Потлач является чем-то большим, нежели просто юридическим феноменом: он относится к числу тех феноменов, которые мы предлагаем называть «тотальными». Он является религиозным, мифологическим, шаманским, поскольку вожди, которые вступают в него, представляют собой предков и богов, имена которых они носят, танцы которых они исполняют и духами которых они одержимы. Потлач является экономическим феноменом, и следует соизмерять ценность, причины и следствия этих огромных сделок. Потлач является также феноменом социальной морфологии: он принимает различную демографическую плотность в зависимости от того, какие племена собрались, и в зависимости от моральной плотности их институтов. Он является феноменом

коллективной психологии, возбуждением, доказательство чему представляют его участники. Он является феноменом эстетики и фольклора. Наконец, с точки зрения юридической, он является одновременно статутом и договором, обязательством и вещным правом собственности, доверием и подарком, а участвующие в обмене вещи имеют прямое отношение к [магической] связи, которая устанавливается между людьми (Ibid. P. 99–100).

Особо жесткий характер обязанность давать потлачи принимает в Юго-Западной Америке. От потлача зависят жребий вождей, престиж племен. Его посредством они доказывают свое богатство и свой успех, свою «фортуна», происходящую из маны. К тому же наличие потлачей является основополагающим в военном, юридическом, экономическом и даже религиозном «признании» вождей. Забыть пригласить на потлач — это тяжкое оскорбление, которое может повлечь за собой серьезные магические санкции (Ibid. P. 100–105). Отказаться от приглашения почти настолько же опасно. «Действовать таким образом означает показать, что человек боится необходимости сделать ответный шаг» — это значит заранее признать поражение, «это значит потерять вес своего имени», если только человек не одержал победу в предыдущем потлаче; отказ подразумевает в этом случае обязательство дать более щедрый потлач, чем это является необходимым (Ibid. P. 106). Обычно потлач должен быть отдан тем способом, которым он был принят. Норму составляют от 30 до 100 потлачей в год. Обязательство возвращать является неизбежным; оно санкционируется не только «потерей лица и ранга», но и угрозой потери свободы, вплоть до рабства (Ibid. P. 107–109).

Вещи, полученные в обмен на потлачах, пропитаны магическими силами, которые ведают оборотом даров. Отданные и возмещенные вещи обладают неравными магическими свойствами: так, отчуждаемые вещи различаются в зависимости от того, идет ли речь о провизии или о драгоценностях, таких, как украшения, блюда, ложки, одеяла из шкур или тканей, наконец, украшенные гербом трубы. Драгоценности обладают особенно насыщенными магическими свойствами и более тесно связаны со своим обладателем. «Совокупность этих драгоценностей составляет магическое наследие, которое часто отождествляется и с дарителем, и с реципиентом. Во всяком случае, совокупность этих вещей всегда пропитана духовным» [маной]. «Более того, вещи находятся в коробке или, скорее, в украшенном гербом ящике, который сам обладает мощной индивидуальностью, который передает информацию, который связан со своим обладателем», который содержит его ману (Ibid. P. 113–114).

«Каждая из драгоценностей имеет, впрочем, свое производящее свойство (Ibid. P. 117). Посуда и столовые ложки являются неисчерпаемыми подателями пищи и т. п.» (Ibid. P. 118). Однако трубы с гербами — это основные вещи, участвующие в обмене на потлачах, являющиеся объектами магических верований. Они обладают индивидуальностью и собственной жизнью, своей «ценностью» в истинном значении слова, которое изначально имело как экономическое, так и магическое значение (Ibid. P. 120–121). Трубы обладают свойством привлекать другие трубы, становясь «добытчиками» труб (Ibid. P. 122). «Часто [индейские мифы] отождествляют всех духов, приносящих трубы, владельцев труб и сами трубы. Труба требует передачи и требует от

одариваемого, чтобы он, в свою очередь, передал ее; именно ее кладут в могилу вождя и т. п.» (Ibid. P. 123). Так, вместе с вещами передаются и обмениваются богатство, удача, престиж, наконец, мана. «Круговорот имущества следует за круговоротом людей, пиршеств, ритуалов, церемоний, танцев, даже шуток и оскорблений» (Ibid. P. 124–125) в едином целом, составленном маной, имманентной людям, а также вещам, связывая их между собой.

Эти весьма удачные мысли, показывающие путь для решения не только проблемы основания обязательства, но и проблемы присвоения отчуждаемых вещей, Мосс подтверждает и проверяет, двигаясь от этнографии к истории права. Даже в древнем римском праве, несмотря на тот факт, что оно довольно рано освобождается от влияния сверхъестественного, некум, как обнаружил Ювелен, представляет связь между людьми через вещи, пропитанные магическими силами, а основой этой связи, предположительно, является дар (Ibid. P. 129–132). В классическом индийском праве Мосс находит детальную регламентацию даров, основанную на магической силе подаренных вещей, равно как и конкретные ссылки на потлач (в «Махабхарате»). Отданная пища рассматривается в индийской мифологии как приносящая плоды для дарителей. Обычай принимать дары странным образом напоминает обычай, связанные с потлачем. Так, брахман сначала отказывается от всех даров, даже от даров царя, но затем, когда он их принимает, уступая просьбам, он должен вернуть их эквивалент, чтобы не попасть в зависимость от дарителя. По законам Ману: «Дар одновременно является тем, что следует отдать, и тем, что следует принять и что, тем не менее, опасно брать». Поэтому подаренная вещь, по сути, является обоюдною связью, которую нельзя разрушить, а порча или недоброжелательство дарителя находится в самой вещи. Вот почему не должно ни в коем случае вкушать пищу у врага (Ibid. P. 151). С другой стороны, брахманское право четко отождествляет имущество с личностью его обладателя в том, что касается как череды обменов, так и воровства. Древний кодекс Будхаяна утверждает: «Собственность брахмана убивает виновного до третьего колена; собственность брахмана есть по преимуществу яд». Она содержит в себе автоматические санкции, т. е. санкции магические, которые вступают в действие, даже когда к этой собственности прикасаются, не имея в мыслях воровства (Ibid. P. 147–148).

В германском праве термин «дар» (*Gabe*) связан с термином *Hingabe* (нем. — отдавать себя, сдаваться. — *Прим. пер.*) и *Vergeben* (нем. — раздавать, прощать. — *Прим. пер.*); термин *Gift* имеет одновременно смысл яда и дара (Ibid. P. 155 et suiv.). Вадим-залог, как уже показал Ювелен, позволяет заключающим договор сторонам магически воздействовать друг на друга. Речь идет здесь не только о магических санкциях залога, которые в основном и привлекли внимание Ювелена, но также и о встрече и слиянии в одной и той же вещи магических сил кредитора и должника (Ibid. P. 156). Вадим напрямую затрагивает честь, престиж, ману дарителя; он остается в зависимости (магически) положении до тех пор, пока не освобождается и не берет обратно предмет, в котором скрыта частица его самого. С другой стороны, если мана должника сильнее маны кредитора, магическая сила вадима может быть угрожающей, опасной для этого последнего. Недоверие и страх кредитора выражаются в ритуале, который требует от должника бросить

залог к ногам кредитора или положить его на землю, но не вручать его (Ibid. P. 157 et suiv.).

Магическая опасность данной или отданной в залог, или отчужденной вещи особенно усиливается, согласно древнегерманскому праву, если тот, кто передает вещь, действует из дурных побуждений. Это объясняет двойственный смысл слова *Gift*: дар и приданое — с одной стороны, яд — с другой. Эта тема смертельного дара, чужого имущества, переданного и присвоенного, становящегося вестником несчастья, представляет собой основу германского фольклора. Золото Рейна носит роковой характер для того, кто его завоюет, чаша Хагена смертельна для героя, который пьет из нее. Приведем только, следуя за Моссом, строфу, которой герой Хрейдмар отвечает своему противнику Локи:

*Ты дал подарки,  
Но ты дал не подарки любви,  
Ты не дал с доброжелательным сердцем,  
Вы уже лишились бы жизни,  
Если бы я знал раньше об опасности.*

(Ibid. P. 158)

Так предстает перед нами, в сжатом виде, полученное благодаря исследованиям Мосса весьма богатое и яркое собрание<sup>29</sup> материалов, касающихся происхождения договора и обязательств, сопряженных с дарами, и основания присвоения отчуждаемых вещей. Интересуясь по большей части «тотальными социальными явлениями», в которых наблюдается одновременное воздействие магии, религии, экономики и права, Мосс демонстрирует сильнейшее влияние чисто магического фактора в установлении первобытных форм обмена.

Тем не менее Мосс не приемлет идею раздельного изучения социальных влияний магии и религии, утверждая, что основной метод рассмотрения «тотальных, или завершенных, социальных явлений» воспрепятствовал бы такому порядку исследований. Это единственное место, где в этой части нашего исследования мы позволим себе критику, уже начатую в «Предварительных размышлениях».

Мы далеки от того, чтобы отрицать огромную методологическую ценность идеи «тотальных социальных явлений», которая, в частности, весьма удачно исключает упрощенные причинно-следственные объяснения в социологии, поскольку причины не могут быть найдены ни в социальных, ни в демографических основаниях, ни в праве, ни в магии, ни в религии, но в неразрывном целом социума определенного типа, по отношению к которому все вышеперечисленные проявления суть лишь более или менее абстрактные аспекты. Мы не можем согласиться только с тем особым значением, которое Мосс считает возможным придать этому принципу в обсуждении проблемы связи магии с определенными разновидностями права. Речь тогда шла бы не о поиске причин, но о конкретном описании глубинного взаимопроникновения

<sup>29</sup> Мосс приводит также примеры из древнекитайского права, где различные владельцы считаются навсегда связанными через переданную им вещь, что можно объяснить только проникновением в вещь маны ее последовательно сменявшихся собственников (Ibid. P. 158 et suiv.).

определенных аспектов «тотальных явлений». И они остались бы лишены содержания, если бы мы не были привязаны к исследованию их дифференцированных аспектов и весьма тесных отношений, которые устанавливаются между этими последними (ибо эти дифференцированные аспекты, в конце концов, включаются в единое Целое).

Говоря об первобытных обменах в виде потлача как о тотальных социальных явлениях, Мосс приводит такой конкретизирующий пример: «Эти обмены являются *магическими*, поскольку быть красивым, удачливым, самым сильным и богатым, чего ищут в потлаче, значит иметь доказательство наличия маны и умения владеть ею». «Позднее мана подтверждается в распределении богатств», приобретенных благодаря ей (Ibid. P. 171–175). «Они являются религиозными», поскольку кланы и их боги участвуют в обменах, а потлачи зачастую сопровождаются отправлением культов (Ibid. P. 180). «Они являются юридическими, связанными с частным или индивидуальным правом, обязательством, договором, индивидуальной собственностью», они касаются публичного, социального права, изменяющего положение вождей и иерархию между кланами (Ibid. P. 179–180).

В силу избранного подхода Мосс считает своим долгом (несмотря на его собственные утверждения о различии между сакральной неотчуждаемой вещью и вещью, пропитанной магической маной, допускающей через свою гибкость дары, обмены и отчуждение) упорно настаивать на несколько сглаживающих указанное различие примерах: передача коров в Индии, которые играют роль священных животных и над которыми тяготееют общественные табу (Ibid. P. 148–149), приписывание трубам с гербами божественных качеств (Ibid. P. 119, 122); чрезмерные разрушения во время потлачей, которые, очевидно, ведут происхождение от религиозных жертв богам, и т. д.

На этих примерах можно было бы увидеть, что пограничные случаи, которые сами должны объясняться конкуренцией магии и религии, позволяющей ослабить жесткие связи, делающие сакральную вещь неподвижной, характеризуется мягкими и гибкими связями применительно к магической мане. Мосс, наоборот, считает, что таким образом он приходит к демонстрации нерушимой связи между магией и религией, которые действуют в одном и том же духе, в одном и том же направлении. Здесь и возникает его спорная концепция о происхождении магии и религии от одного источника, снимающая противоречие между имманентным и трансцендентным сверхъестественным.

Таким образом, с первого же шага Моссу приходится чрезмерно сблизить различные аспекты «тотальных социальных явлений» вместо того, чтобы сначала дифференцировать их самым тщательным образом, а затем, после отдельного анализа и описания их взаимосвязи, включить их в единое Целое. Этот последний метод представляется нам единственно приемлемым, поскольку в рамках любого другого метода присутствовал бы риск не только лишить «социальную тотальность» всего ее скрытого содержания, но и лишить социологию отправной точки в ее наблюдениях, делая невозможным проведение различия среди элементов, составляющих общество. С философской точки зрения, конкретная связь различных аспектов единого Целого общества

заключается не в тождественности этих аспектов, но, напротив, во взаимопроникновении различных элементов, связанных именно этим непреодолимым различием.

Нам кажутся равно недопустимыми как отказ от противопоставления роли магии и религии в социальной жизни, так и отказ от проведения различия между индивидуальным и социальным правом, между отчуждаемыми и неотчуждаемыми вещами, обязательственным и вещным правом, локальными группами и группами по роду деятельности и т. д., несмотря на неоспоримый факт их взаимного пересечения во многих местах.

Никто лучше Мосса не продемонстрировал ведущую роль магии в установлении обязательств (дар, договор и т. д.) и в присвоении отчуждаемых вещей (противопоставляемых вещам сакральным), и никто не открывал такой широкий путь для верификации различных и противоположных друг другу социальных последствий магии и религии. Никто с большей энергией не указал на возможность переплетения в одних и тех же институтах магических и религиозных влияний. Однако вместо того, чтобы разделить это переплетение как результат конкуренции обеих сверхъестественных сил, противоречивых и несводимых друг к другу, постоянно находящихся в борьбе, — имманентного и трансцендентного сверхъестественного, — Мосс увлекся идеей их гармонии и сотрудничества, их обоюдного влияния, идущего в одном и том же направлении. Он связал эту искусственную гармонию со спорной идеей общего происхождения магии и религии, с использованием, по большей части в монистическом аспекте, принципа «тотальных социальных явлений».

Если отказаться от этих двух элементов концепции Мосса, имеющих, скорее всего, случайный характер, и взять за основу ценные достижения его исследований, то можно прийти к систематическим выводам. В рамках этих выводов противопоставление юридических последствий магии и религии становится необходимым и с очевидностью верифицируется в случаях их конкурирующего влияния на одни и те же правовые институты (например, образование государства и установление царской власти).

#### § 4. Общие выводы о роли магии в жизни права

##### А. Магия и индивидуальное право

Влияние магии на индивидуальное право было детально изучено благодаря трудам П. Ювелена и М. Мосса.

Поскольку аспект справедливости, реализующийся в индивидуальном праве, отличается от того, который реализуется в социальном праве, можно противопоставлять магическую и религиозную справедливость. Магическая справедливость, основанная на имманентности, является скорее уравнивающей, а религиозная справедливость, основанная на трансцендентности, — скорее распределяющей. Следы этого противопоставления можно найти в древнегреческих народных верованиях в «богинь» справедливости Дике и Темис, из которых первая является не богиней в полном смысле этого слова, а лишь добрым духом примирения и согласия, в то время как вторая, бесспорно являющаяся богиней, воплощает собой дисциплинарную и уголовную юрисдикцию целой группы.

Поскольку магия находится в основании социального права, партикулярного социального права фратрий, противопоставляемых клану, и поскольку магия и религия зачастую конкурируют в процессе создания одного и того же правового института, невозможно связать магию единственно с уравнивающей справедливостью. Магия вторгается также в третью форму справедливости, которую можно было бы обозначить как справедливость интеграции (имманентная социальная справедливость), и способствует смягчению и модификации распределяющей религиозной справедливости.

В этом аспекте мы и подведем итоги анализу роли магии, начиная со структуры индивидуального права, и перейдем затем в сферу социального права. При этом мы будем различать те случаи, когда во всех сферах (обязательственное право и право на отчуждение собственности, автономное право фратрий, противопоставляемых клану) действует только магия, и те случаи, когда ее влияние переплетается с влиянием религии и ведет к эволюции в противоположном направлении (в рамках индивидуального права — это уголовное право, защищающее человеческую жизнь, в рамках социального права — это учреждение государства и царской власти).

*1. Изолированное воздействие магии на индивидуальное право (обязательственное право и право на отчуждение собственности)*

Труды Дж. Фрэнзера, П. Ювелена и М. Мосса не оставляют никаких сомнений в решительном влиянии магии как на внутреннюю структуру обязательственного права и права на отчуждение собственности, так и на санкции, которые их защищают. Потлач, дар, предоставление займа, договор, обмена в широком смысле слова, наконец, обязательства *ex delicto* пронизаны (благодаря тем узам, которые они устанавливают между индивидами) маной, имманентной сверхъестественной силой, гибкой и передаваемой, связывающей и обязывающей. Мана может быть как коллективной, так и индивидуальной, пронизывая обмениваемые вещи, равно как и людей, которые ими обмениваются; она существенно расширяет сферу активности субъектов в «отношениях друг с другом» (межгрупповыми и межиндивидуальными), давая этим отношениям основание одновременно прочное и лишенное ригидности.

Благодаря принадлежащим ему вещам субъект (индивид или коллектив) первобытного общества утверждается одновременно в слишком широкой, малодифференцированной сфере. Он более могуществен, чем субъект в цивилизованных обществах в силу территориальной разбросанности своих вещей, и менее силен по своему статусу и по степени своей автономности. Магия и экономическая дифференциация в своем сочетании (первая побуждает субъектов к вступлению во взаимные обязательства посредством их автономной инициативы и к обретению индивидуальных прав через расширение своего личного влияния, вторая наполняет эту индивидуальную деятельность различным содержанием), таким образом, косвенно содействовали освобождению части юридической жизни от жесткой религиозной регламентации; они благоприятствовали ограничению социальности через частичное слияние, через взаимное влияние и разграничение, которые являются

косвенными результатами межгрупповой конкуренции: с одной стороны, религиозными группами, семейной и местной — кланом; с другой стороны — магическим обществом — группами по роду деятельности и обществами мужской инициации (см. подпараграф Б настоящего параграфа).

Изолированное воздействие магии на индивидуальное право проступает особенно ясно в факте образования права неотчуждаемой и недвижимой собственности, поскольку первая является преимущественно средой для развития индивидуальной собственности, а вторая — для поддержания коллективной собственности. Любое присвоение в первобытных обществах состоит в проникновении вещей сверхъестественными силами; таким образом, участвуя в социальной жизни, вещи становятся собственностью. Но поскольку существует две сверхъестественные несводимые друг к другу силы — трансцендентное сверхъестественное, или священное (первой исторической формой которого является тотем), и имманентное сверхъестественное, или мана, — то последствия проникновения вещи сверхъестественным оказываются совершенно различными.

Когда вещь пропитана сакральным, когда она принадлежит богу или посвящена его имени, она становится неподвижной из-за этой ригидной связи, она связана с трансцендентным, перед лицом которого как индивид, так и коллектив бессильны. Вот почему вещь, которая считается священной, становится тем самым неотчуждаемой. В тотемных обществах, в которых действует принцип взаимоучастия, этот процесс заходит еще далее. Тотем и священные вещи, которые ему принадлежат, например, земля, которую занимает клан, взаимоучаствуют друг в друге — тотем одновременно является субъектом и объектом собственности, представляя собой часть самого символизируемого тотемом божества.

Отчуждение священных вещей, например, земли, могил, возвышенностей, посвященных тотему, — это не только святотатство и узурпация прав бога, это также и отрицание бога и, тем самым, моральное самоубийство клана. Люсьен Леви-Брюль в своих замечательных трудах о первобытном мышлении привел многочисленные примеры трагического непонимания, которые противопоставляют в этом плане туземцев и европейцев, когда последние считают себя собственниками земель первых. Европейцы, заплатив условленную цену на основании принципа отчуждаемости недвижимой собственности, распространенного в их странах, требуют от туземцев освободить землю. Туземцы отказываются, они не могут не отказаться, поскольку рассматривают землю клана как священную, посвященную их тотему, который выбрал ее в качестве своего жилища и частично отождествил себя с ней; таким образом, земля является в той же степени неотчуждаемой, что и сам тотем, ведь бога невозможно отчуждать, продавать или обменивать. Суммы, которые платят европейцы, представляются приверженцам тотемизма лишь платой за разрешение жить на земле клана и, тем самым, пользоваться защитой тотема, которому эта земля принадлежит. Они предпочитают быть убитыми на месте, посвятить свою жизнь тотему, чем предать его, предавая самих себя разрушением той религиозной связи, которая их соединяет.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> *Levy-Bruhl L. L'Âme primitive. 1927. P. 122–124.*

Можно также найти другие следы принципа неотчуждаемости священных вещей — это происхождение недвижимой собственности в римском праве. В самом деле, римское право ставило священные вещи в прямом смысле слова *extra patrimonium et extra commercium* (лат. — вне наследования и вне торговли. — *Прим. пер.*), в этом отношении разделялись: *res sanctae* (лат. — священные вещи. — *Прим. пер.*), посвященные подземным богам (например, границы участков); *res religiosae* (лат. — религиозные вещи. — *Прим. пер.*) (погребения и могилы); *res sanctae* (лат. — священные вещи. — *Прим. пер.*), посвященные небесным богам (храмы и их территории; объекты, участвующие в культе); все эти вещи, как принадлежащие богу, рассматривались в качестве *res nullius divini juris* (лат. — ничейные вещи, принадлежащие богу по праву. — *Прим. пер.*) (Huvelin P. Cours élémentaire de droit romain. Vol. 1. P. 414). Не было ли *ager publicus* (лат. — общественное поле. — *Прим. пер.*), считающееся неотчуждаемым, изначально священной землей, плоды которой были предназначены для жертвоприношений и культов?

Совершенно иным является следствие присвоения вещи через проникновение в нее маны — имманентного сверхъестественного, магической силы. Коллективные и индивидуальные субъекты, способные использовать свою ману, управлять ею, усиливать или ослаблять, даже частично создавать ее, располагают проникнутыми маной вещами по своему усмотрению. Здесь вещи зависят не от трансцендентной, а от имманентной сверхъестественной силы и, через нее, от автономного сознания человека. Поскольку мана является гибкой и подвижной, то магические связи, которые связывают собственника с его имуществом, также являются гибкими, подвижными: они подразумевают движение, изменение и распоряжение со стороны личности. Так, собственность, основанная на магическом присвоении, по своему существу является отчуждаемой, «движимой», задействованной в передачах и обменах. Она постоянно расширяется и сужается в зависимости от изменчивой интенсивности маны, поскольку магическое присвоение составляет заряд маны, пронизывающей вещи и индивидуальных и коллективных субъектов, а в основании перераспределения собственности через обмены лежит сочетание и равновесие различных ман.

Мосс был глубоко прав, ставя дар и обмены в широком смысле в самый центр феномена магического присвоения отчуждаемых вещей. Так, коллективные и индивидуальные субъекты, которые присваивают окружающие их вещи силой маны, не могут осознавать протяженности и границ своей собственности, своего богатства иначе, как *давая и обменивая его*: только лишаясь вещи, они чувствуют свою магическую связь с ранее приобретенными вещами, и только получая встречную вещь, они проверяют интенсивность этой вещной связи. Акты обмена актуализируют чувство собственности отчуждаемых вещей, поскольку право собственности в этом плане происходит от сочетания проникновения вещи маной субъекта и его «отношений с другими», которые состоят в отчуждении и передаче этих вещей.

В межиндивидуальных и межгрупповых отношениях происходят конфронтация и определение сфер своей и чужой собственности (как с точки зрения индивида, так и с точки зрения коллектива): магических сфер и сфер реальной собственности на вещи, проникнутые своей и чужой маной. Можно

сказать, что коллективные и индивидуальные субъекты через столкновение и равновесие их магических сил (что имеет место при обменах) в самом деле испытывают существование, масштабы, силу связанности и защиты их имущества, присвоенного маной и, стало быть, отчуждаемого и движимого. Эта проверка относительной силы маны есть в то же время проверка реальности другого человека, проверка наличия в распоряжении субъекта движимой собственности.

Отсюда видно, что всякая собственность, имеющая своим источником магию и поэтому движимая, отчуждаемая, независимо от того, принадлежит ли она группе или индивиду, связана с индивидуальным правом или, точнее, с межиндивидуальным и межгрупповым правом. Это право соответствует социальности путем уравнения и ограничения (отношения с другими), первая форма которых состоит в столкновении и равновесии различных ман в отчуждаемых вещах, присвоенных или обмененных с помощью все той же магии.

Магическая отчуждаемая собственность, несмотря на то, что она происходит от индивидуального права, не обязательно сама по себе является индивидуальной — она может быть и коллективной (если принадлежащие группе пищевые продукты, добытые, например, на охоте или на рыбалке, отданы в обмен в *потлаче*, то группа обладает на эти вещи индивидуальными правами, следующими из их насыщенности коллективной маной). Таким образом, возникает вопрос, не содействовала ли магия учреждению не только *движимой собственности*, но и *частной собственности*? Неотчуждаемая сакральная собственность всегда является коллективной. Отчуждаемая магическая собственность, напротив, может быть как коллективной, так и индивидуальной в зависимости от того, принадлежит ли мана, пропитавшая вещь, индивиду или группе. Все же этого утверждения недостаточно для ответа на поставленный вопрос, поскольку речь идет о том, благоприятствовали ли гибкость и отчуждаемость магической собственности усилению индивидуальной собственности, ограничению и вытеснению коллективной собственности в этой области. У нас есть возможность ответить на этот вопрос.

Магия, содействуя развитию отчуждаемой и обмениваемой собственности, второй раз вмешивается в отношения собственности с тем, чтобы содействовать здесь индивидуальной активности, соперничеству и дифференциации. Мы уже видели, что удача, успех, ловкость, красота, физическая сила, богатство, социальный престиж рассматриваются как доказательства личной маны. Чем сильнее личная мана, чем сильнее она заряжает окружающие индивида вещи, которых он касается и которыми пользуется, тем больше шансов, что эти вещи станут его личной собственностью. Интенсивность маны индивида определяет как границы круга вещей, которые им магически присвоены, так и глубину проникновения его маны в эти вещи, т. е. силу связи собственника с его собственностью. Могущественный индивид, от которого исходит особенно сильная мана, распространяет свое влияние на более широкий круг вещей и заряжает их своей маной особенно сильно. Он становится, таким образом, собственником наибольшего количества магически защищенных богатств, что подтверждает связь маны и богатства. Та же сила индивидуальной маны усиливает обязательство вернуть дар и соблюсти договор, поскольку степень интенсивности обязательства по принципу «подарок за подарок» прямо

пропорциональна силе маны, которой заряжена подаренная вещь. Дар магически могущественного человека более опасен для получателя, чем дар человека магически слабого; поэтому он требует более интенсивного чувства обязательства возврата.

Магия содействовала усилению индивидуальной собственности также и через потлач (роль которого в развитии индивидуальных дифференциации и соперничества, экономического неравенства и межиндивидуальных договоров нам известна благодаря трудам Мосса и Дави). Индивиды, которые в результате обмена собственности выходят обогащенными из потлача, приносят усиленное чувство частной собственности. Эта собственность оказывается вдвойне защищенной: через накопление богатств и через проверку могущества маны — основания самого титула владения, как предыдущего, так и нового. Вот в каком смысле можно утверждать, что магия является основанием как движимой, так и индивидуальной собственности.

Само собой разумеется, что применительно к первобытному обществу движимая, отчуждаемая собственность, основанная на магии, и собственность недвижимая, неотчуждаемая, основанная на религии, несколько не соответствуют нашим понятиям об этих двух видах собственности. Теперь не только оба эти вида вещей отчуждаемы (для покупки здания требуется лишь соблюдение больших формальностей, а они с каждым днем упрощаются), но поменялись и границы этих категорий. По сути, если не брать в расчет земли и домов, которые на ней построены, храмов и могил, то приписывание предмету священной силы или проникновение его магической силой являются вопросом факта и веры, которые меняются в ходе истории. Так, предмет, который прежде рассматривался как священный и поэтому неотчуждаемый, может стать со временем более или менее отчуждаемым благодаря освобождению (в той или иной степени) от религиозного влияния и благодаря все более увеличивающейся зависимости от магического влияния и обменов (например, коровы в Индии [религиозное табу, запрещающее их употреблять в пищу, сохраняется, но они становятся отчуждаемыми] или медные трубы с гербами в Америке). Религия и магия могут, таким образом, конкурировать в отношении предметов собственности, но их влияние идет здесь, как и в прочих сферах, в двух диаметрально противоположных направлениях: религия делает собственность недвижимой через установление ригидных связей, а магия освобождает ее и делает движимой.

\* \* \*

В завершение заметим, что полагаем возможным найти следы противопоставления между *res mancipi* и *res nec mancipi* (лат. — манципируемые и не манципируемые вещи. — Прим. пер.), которое всегда казалось историкам римского права загадочным «и над которым напрасно проницательно работали несколько поколений романистов, так и не пришедших к согласию» (*Visshcher F. de. Mancipium et res mancipi // Studia et Documenta Historiae et Juris. 1936. Fasc. II. P. 3–4*). Действительно, прибегая только к логике, трудно понять, почему земли, расположенные в Италии или в странах, пользующихся *jus italicum* (лат. — итальянским правом. — Прим. пер.), являются *res mancipi*, требующими для своего отчуждения особых формальностей, в то

время как поместья в провинции, городской сервитут, козы, овцы, свиньи являются *res nec mancipi*, передача которых не требует никаких формальностей. Популярное экономическое объяснение Бонфанта,<sup>xxiv</sup> согласно которому *res mancipi* включали в себя самые полезные элементы и инструменты для земледелия и которым потому приписывалась особая социальная значимость (Bonfante С. 1) *Res mancipi et nec mancipi*. 1883; 2) *Forme primitive et evolutione della proprieta romana*. 1918), было недавно совершенно развенчано Ф. де Вишером<sup>xxv</sup> (*Visscher F. de. Mancipium et res mancipi*). Вишер вспомнил, что лошади, по способу их седлания, служили только военным нуждам, а мулы и ослы — только торговле, а не земледелию, в то время как *res nec mancipi*, такие, как козы, овцы и свиньи, были одним из основных элементов земледелия (животноводство): это подтверждается тем фактом, что *instrumenta fundi* (лат. — орудия земледельческих работ. — *Прим. пер.*) не были тождественны *res mancipi* (*Ibid.* P. 6–14).

Вишер дает объяснение не логического, а исторического плана: *res mancipi* первоначально относились к числу животных и территорий, подчиненных «распорядительной власти» главы семейства, который пользовался могуществом, напоминающим *imperium* и распространявшимся как на войне, так и в мирном состоянии; все, что непосредственно подчиняется его воле, есть *mancipium*. Лишь позднее этот принцип стал пересекаться с принципом собственности, давая рождение *res mancipi* (*Ibid.* P. 15–64). Теория Вишера ясно показала квази-публичный характер *res mancipi*, но она отнюдь не объясняет, каким образом происходят освобождение *res nec mancipi* от этой власти и включение неиталийской недвижимости в эту категорию. Впрочем, единственным возможным объяснением нам представляется связь *res mancipi* с религией, а *res nec mancipi* — с магией. Итальянская земля посвящена римским богам, бык — это священное животное, рабы-иностранцы (*Levi-Bruhl H. Theorie de l'esclavage*. P. 15–33) в древности должны были приноситься в жертву; лошади, мулы и ослы, по-видимому, выполняли какую-то функцию в религиозных церемониях. Напротив, земля за пределами Италии более не является территорией римских богов; козы, свиньи, овцы — это лишь продукты потребления. Все эти предметы присваиваются только магическим, а не религиозным путем; их связи с коллективными *familia* (лат. — семьями. — *Прим. пер.*) или индивидуальными собственниками являются гибкими и подвижными. Не будучи священными, они отчуждаемы по своей сути, отчуждаемы без формальностей — они являются *res nec mancipi*.

## 2. Конкурирующее воздействие магии и религии на индивидуальное право (уголовное право, защищающее неприкосновенность человеческой жизни)

Уголовное право в истинном смысле этого слова имеет в первобытных обществах сакральный характер и опирается на религию. Только сакральные персоны и вещи, посвященные богам (жрецы, вожди, предметы культа, эмблемы, храмы, могилы, недвижимость, границы этой недвижимости), защищены публичными репрессивными санкциями, соблюдаемыми во имя всего общества.

Покушение на сакральных персон и вещи рассматривается как покушение на самого бога, как кощунство и святотатство, религиозный грех. Первобытовое уголовное право есть не что иное, как защита от святотатства сакральных вещей, над которыми тяготеют общественные табу; санкции, которые его сопровождают, проникнуты идеей жертвы — искупления греха.

Однако неприкосновенность человеческой жизни изначально не была предметом защиты со стороны уголовного права, она не рассматривалась как священная, и убийство не считалось святотатством. Следуя рассуждениям Фрэзера, мы смогли понять, до какой степени частная инициатива по защите человеческой жизни, месть, полюбовная сделка, выкуп и т. п. пропитаны магией, ведь ритуалы магического очищения убийства повсюду сопровождают убийства. Но, в противоположность Фрэзеру, мы попытались показать, что магическое очищение являлось по сути лишь магическим присвоением маны жертвы его убийцей и что в этом смысле действие магии по отношению к неприкосновенности человеческой жизни было двояким: она могла как защищать от убийства, так и провоцировать его,<sup>31</sup> согласно тайным условиям магического присвоения маны убитого. Понадобилось, чтобы ритуалы очищения-присвоения стали слишком трудными и сложными и чтобы страх магического заражения, распространенного убийцей в группе, стал особенно сильным, чтобы магия на самом деле стала защищать от убийства, т. е. содействовала учреждению индивидуального права неприкосновенности человеческой жизни. Но эти условия в действительности не были соблюдены до тех пор, пока индивиды не оказались в достаточной мере дифференцированы и пока не стали четко обозначаться индивидуальности, которым стали приписываться своеобразие, особый характер.

Сразу после дифференциации индивидуальностей начинает проявляться действие религии в плане защиты человеческой жизни. Так как индивидуальная душа является лишь другим полюсом священного, точкой возникновения религиозного греха, она сама становится священной, и убийство, таким образом, оказывается святотатством, вызывающим гнев богов. Это происходит после того, как индивидуумы в достаточной мере обозначают свою автономию; данный процесс протекает параллельно (если исключить все прочие факторы, например, экономический) со спиритуализацией и гуманизацией религии, переходу от тотема к *личному богу*. Боги берут на себя ответственность за индивидуальную душу и жизнь в той мере, в которой они сами становятся *личностями*. Убийство воспринимается как бунт против Бога, который создал человека по своему подобию, оно подразумевает религиозный грех, за которым следует кара божья, сопровождаемая общественным неодобрением. Именно в этот момент встречи религии и магии в защите человеческой жизни и зарождается уголовное право, препятствующее убийству, в это же время зарождается индивидуальное право неприкосновенности жизни.

Роль магии — содействовать индивидуальной дифференциации и связать убийство с необходимостью очищения и опасностью магического заражения, возникающей в результате убийства. Религия действует, связывая убийство

<sup>31</sup> Возможно, каннибализм включает элемент магического присвоения маны жертвы через поглощение ее крови.

с понятиями святотатства, греха и искупления, возвышая человеческую жизнь вплоть до ее сакрализации. Идет ли здесь речь о гармоничном сотрудничестве религии и магии, протекающем с незаметной эволюцией? Мы полагаем, что нет. Магическое присвоение маны жертвы и идея святотатства и искупления несводимы друг к другу. Религия и магия находятся здесь в состоянии борьбы, и лишь в результате частичной победы религии над магией защита человеческой жизни становится разновидностью уголовного права. Тем не менее, без влияния магии этот результат не был бы достигнут. Поэтому индивидуальное право неприкосновенности человеческой жизни является следствием конкурирующего воздействия магии и религии в этой области, что подтверждается следами магических санкций, действующих автоматически при наказании убийства через посредство религии, которая, таким образом, ставит магию себе на службу, используя ее в своих целях.

### Б. Магия и социальное право

При критическом рассмотрении концепций Ювелена мы убедились, что ошибочным было бы ограничивать влияние магии на право единственно индивидуальным правом, основывая социальное право полностью на действии религии. Это означало бы, прежде всего, смешение общего социального права, связанного в первобытном обществе с религией (это право неотделимо от клана, который в общих чертах представляет основанную на тотемическом родстве религиозную группу [церковь] и локальную группу), со всем социальным правом в целом, которое может быть и партикулярным. Это означало бы повторение традиционной ошибки, допущенной однажды Морганом<sup>xxvi</sup> и Тэйлором<sup>xxvii</sup> (эту ошибку повторил и сам Дюркгейм), — видеть в первобытном обществе лишь гомогенность и монизм, игнорируя сложность фратрий (группы по возрасту и полу, мужские клубы, тайные общества и т. п.), которыми насыщены отсталые общества и которые составляют конкуренцию клану, ограничивая его воздействие на индивида. Как мы покажем далее, фратрии (существование которых в первобытных обществах было открыто благодаря исследованиям многочисленных этнографов, таких как Шюрц<sup>xxviii</sup> (труд «Alterklassen und Mapperbunde» был издан еще в 1902 г.), Штейнметц,<sup>xxix</sup> Фробениус,<sup>xxx</sup> Малиновский, Пешель,<sup>xxxi</sup> Жюно,<sup>xxxii</sup> Хофстра, Лоуи<sup>xxxiii</sup> (см. краткую характеристику проблематики в «Traité de sociologie primitive» (trad. fr. 1935. Chap. X–XI. P. 255–331), целиком и полностью связаны с различными видами магических обществ, а образующееся из них автономное право предстает в качестве партикулярного социального права с магической основой. Наконец, ограничивать вместе с Ювеленом влияние магии исключительно индивидуальным правом означало бы (даже опустив тот факт, что магическая сила (мана) может быть как индивидуальной, так и коллективной) исключение из рассмотрения важных случаев конкурирующего влияния магии и религии на институты, возникающие из общего социального права, — в частности, влияния на переход от клана и племени к государству, на конституционное право этого последнего и на монархическую форму правления.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> См. § 2 настоящей главы.

Как мы уже говорили, мы подведем здесь итог сначала изолированному воздействию магии на социальное автономное право и партикулярное право фратрий, а затем конкурирующему влиянию религии и магии на установление государства и монархической власти.

### 1. Изолированное воздействие магии на социальное право (автономное и партикулярное право первобытных фратрий)

Начнем с уточнения различных характеристик фратрий, которые этнографы наблюдали в первобытных обществах Австралии, Африки, Меланезии, Полинезии и Северной Африки. Вопреки суждению Шюрца, утверждавшему, что эти фратрии всегда имеют основание в группировках по полу и возрасту, в частности в группах мужской инициации, в сочетании с градациями возраста (особенно связанными с достижением мужской зрелости), чтобы развиться затем в клубы и, наконец, в тайные общества, этнографы установили: не существует никакого линейного развития; клубы могли возникнуть, не основываясь на градациях по полу и возрасту, а различные типы фратрий, в случае независимого друг от друга происхождения, могли сочетать различные способы развития.

Опишем отдельно каждый тип ассоциаций, которые действуют на свой собственный страх и риск, противопоставляя себя клану с его традицией.

а) Одной из наиболее заметных форм фратрий в первобытных обществах являются *группы мужской инициации*, поскольку их члены проживают в специальных «мужских домах», в частности, в Африке, Азии, Меланезии, Новой Гвинее. Когда молодые люди клана достигают возраста половой зрелости, они перестают жить в домах своих родителей и живут в группе. Они пользуются в пределах своего мужского дома большой сексуальной свободой; им не нужно принимать в расчет обычаи своего клана; обыкновенно считается разрешенным насилие над самыми старыми и самыми молодыми мужчинами, которые приблизятся к их дому или которых они встретят, отделяясь от группы. Женщины, которые к ним приходят или которые у них живут, относятся к особой категории — они противопоставляются всем остальным женщинам и отчасти напоминают категорию проституток. Иногда неженатые молодые люди долгое время остаются в этих мужских домах (например, у масаев, в течение 14 лет — с 16 до 30 лет); возраст брака обычно наступает к моменту выхода из мужских домов.

До тех пор пока молодые люди не вступили в брак, они остаются в этих домах очень долго, часто занимаются особыми ремеслами, например, преимущественно военным, кузнечным делом, иногда занимаются танцами. Вступление в мужской дом связано с ритуалами инициации, порой очень сложными. Обычно все его обитатели носят *маски*. Очень часто магические запреты тяготеют над входом и выходом из дома и автоматически воздействуют на не прошедших инициацию. Различные заклинания существуют даже внутри дома, и те, кто туда входит, подвергаются целому ряду магических ритуалов. Маски, которые они носят, не могут иметь другого значения, кроме магического. Тот, кто покрывает себя магической маской (в первобытных обществах), взывает к магической силе, под защиту которой он становится.

Речь здесь идет о коллективной мане группы мужской зрелости, которую мы рассматриваем. Часто наблюдаемая связь между этими группами и кузницами свидетельствует о важности магического элемента в мужских домах, поскольку кузнец в древности всегда является магом.

Мы полагаем, таким образом, обоснованным заключение, что мужской дом, который есть одновременно «прибежище сексуальной терпимости, казарма, фабрика и место для получения удовольствия», является еще и в немалой степени особым местом магических операций, *особым типом магических обществ*. Очевидно, что основа связи между членами групп мужской зрелости возникает из естественных склонностей, равно как и из магии. Но, чтобы освободиться, хотя бы на время, от исключительно религиозного влияния клана и создать отдельную группу, необходимо, чтобы молодые люди в первобытных обществах опирались на сверхъестественную силу, несводимую к сакральному, — на свою коллективную ману. Колдовские ритуалы в мужских домах полностью подтверждают эту точку зрения. Поэтому, вне всякого сомнения, юридическая регламентация внутри этих домов, без которой их существование не было бы возможным, не имеет ничего общего с религиозным правом клана и может обладать только магическим основанием.

б) *Ассоциации, образуемые собственно по половому признаку (мужские, иногда женские)*. Дома мужской зрелости иногда посещаются всеми мужчинами клана, которые проводят там большую часть времени. Таков обычай в Австралии, не редкость он и в Азии, где возраст не имеет значения. Напротив, в Судане у племени вадуа для каждой возрастной категории существуют специальные здания, где проводятся собрания. Во всех этих случаях элемент магического родства виден, возможно, менее явно: там зачастую произносятся магические заклинания, а внутренний распорядок этих ассоциаций противопоставлен распорядку клана.

с) *Клубы* отличаются от первых двух видов фратрий тем, что вход в них закрыт, а допуск не зависит от таких природных качеств, как возраст, а иногда и пол. Чтобы вступить в них, нужно быть ловким в какой-либо сфере деятельности, например, в охоте или рыбной ловле, или быть очень богатым, чтобы заплатить высокий вступительный взнос. В обоих случаях речь идет о людях успешных и удачливых, т. е. обладающих особенно сильной и уже утвердившейся личной маной. Это подтверждается тем фактом, что инициация вступления в клубы является серьезным магическим испытанием: положительный результат, свидетельствующий об интенсивности маны кандидата, является условием *sine qua non* для вступления, которое выполняется с большим трудом.

Эти клубы почти всегда имеют свои собственные танцы и магические ритуалы, которые влияют на плодородие земли, на дождь, на изобилие домашнего скота, дичи и рыбы, на успех на охоте и рыбалке. Поэтому несомненно, что клубы имеют основанием, а также и целью своей деятельности магию. *Магические общества в точном значении этого термина являются открытыми обществами, деятельность которых происходит среди бела дня, среди людей, и члены этих обществ известны всем.* Очевидно, в этих условиях они занимают лишь *белой магией*, по подобию общественных магов, но, в отличие от этих последних, не ради целого клана, а в пользу своей особой группы, своей общности. Уже Кодрингтон заметил, что клубы

в Меланезии и в Полинезии, где они особенно распространены, несмотря на утилитарные функции<sup>33</sup> (например, кассы страхования), находят свое основание в мане, которой они совместно манипулируют.

Посвящение в члены клуба, предполагающее интенсивную личную ману, делает эти клубы более благоприятными в плане проявления индивидуализма их членов. Иерархическая дифференциация (в частности, в Меланезии и Полинезии, где клубы имеют четко выраженный аристократический и плутократический характер) основаны на личной мане, утвердившейся до вступления в клуб. Поскольку коллективная мана клубов в существенной степени ограничена дифференцированной маной их членов, клубы являются благоприятной средой для развития личной власти вождей, которые в них правят. Если ассоциации мужской зрелости по полу или по возрасту носят скорее эгалитарный характер, то клубы, как и магические общества, противопоставляют полудемократической геронтократии клана личную власть своих вождей, которые утверждаются зачастую одновременно как военные вожди. Все это характерно и для тайных обществ.

д) *Тайные общества, а точнее, тайные магические общества*, — это ассоциации, которые играют особенно важную роль в первобытных обществах и порой оказывают сильное содействие образованию организации. Они не отличаются от клубов ничем, кроме одного: личность их членов тщательно скрывается и они занимаются как белой, так и черной магией (колдовством). Тайные общества, в отличие от клубов, более агрессивны, носят угрожающий характер, и дух единства в них также более интенсивный.

Тайные магические общества существенно ограничивают влияние клана и входят в открытый конфликт с ним. Они легко становятся органами мести и правосудия: сильнейшие дисциплинарные санкции, применяемые к их членам, легко превращаются в акты мести, направленные против непосвященных, в частности против официальных представителей клана. Они почти всегда вооружены, представляя собой настоящие военные организации. Иерархия рангов и личная власть вождей здесь еще сильнее, чем в клубах, которые являются ассоциациями более мирными. Иногда эти тайные общества вырождаются в банды разбойников и бандитов, иногда они становятся свитой царя, выполняют, как это можно наблюдать у некоторых народов в Африке, функции ночных стражей, полиции, армии, будучи, таким образом, включенными в организм зарождающегося государства в качестве правящей элиты. Здесь уже заметна роль тайных магических обществ в формировании государства и монархической власти, наслаивающейся на власть клана, — данный вопрос мы рассмотрим в следующем подпараграфе, посвященном конкурирующему воздействию социального права магии и религии.

Магический элемент абсолютно доминирует в этих тайных обществах. Инициация, проводимая для выявления личной маны кандидатов, представляет собой еще более суровые испытания, чем в клубах; военные качества, физическая сила, дух инициативы и предприимчивости в выборе кандидатов доминируют над экономическим положением. Маски, ритуалы и особые

---

<sup>33</sup> Для Камеруна эта утилитарная сторона клубов, которые называются *юзу*, была описана миссионером Келлером.

магические предметы, символы, магические военные танцы, запреты с автоматическими магическими санкциями составляют самую основу тайных обществ, коллективная магия которых является единственной связью между их членами. Дисциплина внутри тайных магических обществ особенно сильна, а их дух является весьма воинственным. Поэтому их уставное и дисциплинарное автономное право (т. е. их партикулярное социальное право) оказывается намного более интенсивным, чем общее социальное право клана, с которым это магическое общество находится в состоянии конфронтации.

Магические тайные общества особенно распространены в Африке и в Меланезии. В Камеруне Фробениус нашел не менее сорока тайных обществ этого типа. В Западной Африке тайные магические общества играют особенно важную роль в социальной жизни. Они имеют свои собственные суды, которые иногда тайно разрешают конфликты между кланами. Некоторые из этих тайных магических обществ, такие, как *нурра*,<sup>xxxiv</sup> объединяют членов, принадлежащих к различным кланам и даже к различным племенам, представляя собой самые многочисленные ассоциации, которые известны в рассматриваемых цивилизациях.

Иногда такие тайные общества, как *лумбо-дьюмбо* или *симбо* у некоторых африканских народов, совершают обряд инициации своих членов в очень раннем возрасте (13 или 14 лет), сочетаясь, таким образом, с ассоциациями мужской зрелости. У других народов, сидуанго и луанго, где царская власть уже развита, магические общества находятся непосредственно на службе у этой власти, они являются ее полицией, ее армией, даже ее административным аппаратом; в то же время они помогают царю в осуществлении его магических функций целителя и заклинателя дождя и пр. Каждое магическое общество имеет свои собственные маски, символизирующие его коллективную ману и помогающие его членам быть узанными и признанными. Фробениус весьма детально изучил маски африканских магических обществ.

В Меланезии большая часть мужского населения принадлежит к одному из тайных обществ (*азаг, дюк-дюк*), только самые бедные и презираемые люди остаются вне этих обществ. Подобная ситуация характеризует и остров Банкс, где тайные общества (*тамат ливоа*) имеют ложи. Обряды посвящения здесь особенно жестоки, по времени охватывают несколько недель или даже месяцев и включают в себя различные физические страдания (например, посвящаемый должен несколько дней провести без еды и питья). Непосвященные под страхом магических санкций, вплоть до лишения жизни, не должны приближаться к местам собраний тайных обществ. Эти последние имеют, само собой разумеется, свои собственные маски, свои собственные ритуалы, танцы, песни, музыку, звуки которых навевают страх на непосвященных, которые прячутся, как только их заслышат, чувствуя себя в опасности. Несмотря на тот факт, что *азаги, дюк-дюк* и *такмат* интегрируют большую часть мужского населения, эти общества остаются вне организации кланов, племен, семей, которые существуют параллельно и конкурируют с тайными обществами.<sup>34</sup>

На северо-западе Америки тайные общества развиты очень сильно и отчетливо проявляют свою независимость от клана (эти общества включают

<sup>34</sup> Lowie R. *Traité de sociologie primitive*. P. 272–278.

в себя членов различных тотемных кланов, а их символика не имеет никакого отношения к клановому тотему); при этом они демонстрируют мирный, неагрессивный и до некоторой степени плутократический характер (в них допускаются только богатые люди, а обряд посвящения становится мягче с повышением вступительного взноса). Боас,<sup>xxxv</sup> который первым привлек внимание к *потлачу* в племени квакиутль, также описал и тайные магические общества в этом же племени; они часто принимают участие в *потлачах* между кланами или организуют *потлачи* между собой. Внешне это в основном общества танцев, которым предаются во время долгих месяцев зимы, а непосвященные играют роль зрителей. Эти зимние танцы являются магическими ритуалами, гарантирующими изобилие на охоте и в урожае на будущий сезон, а коллективные движения порождают мистический экстаз. У племени квакиутль два основных тайных общества — это *хаматца* и *хамшамтце*, происхождение которых, по предположению Боаса, военное, но военное и магическое искусство, как мы могли заметить, здесь смешиваются. Это подтверждается тем фактом, что у других народов Северной Америки, например, у оджибве, тайные общества называются *мидевивин*, что означает «магия», а их члены часто являются целителями.<sup>35</sup>

Резюмируя итоги свойств различных фратрий, которые противопоставляются в первобытных обществах кланам и конкурируют с ними, мы можем сделать такие выводы. Во всех случаях речь идет о *группах по роду деятельности*, которые не зависят от уз соседства, религиозного культа и отношений тотемного или семейного родства, т. е. не зависят от *клана*, который и представляет собой неделимое единство этих трех последних элементов (*религиозная группа, локальная группа и группа по родству*). Группы по роду деятельности зиждутся исключительно на магии (клубы и тайные общества) либо тесно связаны в своем функционировании с ней (общества инициации, мужские и женские группы), причем всякая более или менее рискованная деятельность, всякое отдельное усилие в первобытных обществах принимается с необходимостью магический характер. В этом смысле все фратрии или группы по роду деятельности имеют магический характер в широком смысле этого слова, что позволяет им эффективно противопоставлять себя клану, частично освободиться от его власти и даже иногда представлять угрозу самой его структуре, как это происходит в тайных обществах Африки.

Очевидно, что с этой точки зрения магия оказывает сильнейшее влияние на существование социального права; ее прямое воздействие порождает автономное и партикулярное социальное право, ограничивающее общее социальное право клана; она является фактором роста плюрализма групп в первобытных обществах. Магия косвенно воздействует на самую структуру религиозного клана, угрожая рассеять членов клана по тайным обществам, и вызывает, таким образом, глубокие трансформации, в которых влияние магии и влияние религии переплетаются (см. следующий подпараграф). Излишне повторять, что магия посредством поощряемого ею социального плюрализма, помимо прямого вмешательства в установление индивидуальных прав, косвенным образом утверждает их и дополнительно расширяет сферу их влияния. Индивид, состоящий одновременно как в клане, так и в магическом

<sup>35</sup> Ibid. P. 278–292, 314 et suiv.

обществе, которые находятся во взаимной конфронтации, может использовать эту конфронтацию в собственных интересах и пользуется тем ареалом свободы, которая возникает в результате столкновения и ограничения влияний конкурирующих групп.

## 2. Конкурирующее влияние магии и религии на социальное право (образование государства и установление царской власти)

Критически рассматривая теории Фюстеля де Куланжа и Фрззера, первый из которых утверждает религиозное основание государства и царской власти, а второй — их, по сути, магическое происхождение, мы уже показали, что ситуация здесь гораздо сложнее. Речь идет о конкурирующем влиянии религии и магии на эти институты. После описания роли магических обществ в изменении структуры клана, в образовании личной власти вождей, в обретении фратриями (сразу после образования государства и царской власти) своего функционального предназначения в качестве свиты царя, органов полиции или армии (феномены, особенно характерные для Африки), мы конкретизируем нашу гипотезу.

Политическая, жреческая и семейная власть клана, которая предшествует государству, бесспорно, основывалась на религии. Но эта власть, рассеянная в группе, не была представлена отдельной дифференцированной организацией и находилась в руках всех старейшин, геронтократии клана, жрецов, отцов семейства, действующих в соответствии с привычным им общим социальным правом. Государство зарождается, когда на непосредственную социальную власть группы насаждается власть более удаленная — политическая власть, которая сконцентрирована в особой организации принуждения, освобожденной от влияния кланов и племен и правящей сверху. Установление политической власти государства, более абстрактно и формально подчиняющей себе кланы, по-видимому, является следствием экономической дифференциации, развития частной собственности и первых проявлений борьбы классов — так утверждали одни (Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства). Оно является следствием наслоения армии на клан, эффективной военной организации — так утверждали другие (например, Йенкс и Гумплович).

Тем не менее, ни экономическая, ни военная деятельность в первобытных обществах не могут быть отделены от магии; все группы, формирующиеся по роду деятельности, противопоставляют себя кланам и находятся в постоянной борьбе с ними, и, как мы уже видели, выступают в роли магических обществ (в частности, обществ военного искусства, мужской инициации). Более того, именно в их среде развивается личная власть вождей, могущих противопоставить себя эгалитарной геронтократии клана. В особой форме клубов эти общества представляют собой плутократические объединения богатых, факторы экономической дифференциации; они участвуют в *потлачах*, которые сами по себе являются мощными факторами накопления социального и экономического престижа и развития движимой собственности удачливыми индивидами, которые приходят к власти в клубах. Параллелизм между развитием потлача-договора и концентрацией политической власти в руках вождей, который был отмечен Дави (*Davy G. La foi jurée*), находит здесь новое подтверждение. Задействованные в обменах экономика, магия и, наконец, коллективная магия фратрий, отделившихся от клана и

враждующих с ним (в частности, с помощью оружия), сочетаются здесь в одном общем результате: *в победе магических обществ и их вождей над кланом*,<sup>36</sup> захвате ими социальной власти в рамках целой группы.

Одерживающие победу магические общества наслаиваются тогда на кланы и племена, не растворяясь в них и не разрушая их напрямую. Самый сильный магически и экономически вождь становится царем, а члены магического общества — его «свитой»: полицией, армией, государственным аппаратом зарождающегося государства. Но, победив религиозный клан, магическое общество, ставшее отныне базой государства, как бы попадает в плен к побежденному. Начиная с царя все общество предоставляет себя в распоряжение религии и жречества и теряет чисто магический характер. Общая социальная власть, которую представляют теперь царь и его свита, становится властью на чисто религиозной основе, а сам царь — жрецом или, скорее, подчиняет свой прошлый статус мага новому статусу жреца, наследуя геронтократии клана. Магия сама по себе была не способна породить общее социальное право, действующее в интересах целого общества: она содействовала лишь трансформации той власти, основанием которой была и оставалась в течение долгого времени религия, в политическую власть государства, сконцентрированную в одних руках. Партикулярное социальное право магических обществ, одерживая победу над социальным правом клана, подчинилось ему, придав этому праву новое выражение в форме политического права государства и содействуя его искажению индивидуальным правом царя.

Если сосредоточение социальной власти клана в политической организации, абстрактной и доминирующей (государство), равно как и искажение этой власти индивидуальным правом царя в немалой степени являются следствием частичной победы магии над религией, то религия, в свою очередь, одерживает победу и над магией: она подчиняет жречеству магические общества, которые до сих пор составляли конкуренцию клану, путем их включения в качестве подчиненных органов в организацию глобального общества, основание которого остается преимущественно религиозным.

Таковы, как мы полагаем, эти в высшей степени сложные, конкурирующие между собой факторы: магические, экономические, военные — с одной стороны, религиозные — с другой. Они были задействованы в образовании государства и царской власти. Аргументы в пользу этой гипотезы были приведены в ходе наших рассуждений, и нам нет нужды к ним возвращаться.

\* \* \*

Мы можем, таким образом, заключить наше исследование утверждением, что четкое противопоставление магии и религии, маны и сакрального, имманентности и трансцендентности сверхъестественных сил, которое верифицируется изолированным исследованием их дифференцированных социальных последствий, не только не мешает, но и, напротив, единственно дает возможность описать и расшифровать их воздействие на установление одних и тех же феноменов в форме конкуренции, борьбы и временного компромисса.

<sup>36</sup> М. Шюрц, а под его влиянием и Лоун (*Lowie R. Ibid. P. 386, 417*) предполагали подобную роль фратрий в установлении политической организации, не уточняя, однако, свою гипотезу и не ища связей между политогенезом и магией.

симфонии; но это не мешает «признавать» юридическую ценность требования, чтобы никто не мешал аудитории слушать, и даже переживать эмоцию негодования при попытке нарушить это требование. В действенном признании ценности заключается «ядро» права. Так я позволил бы себе формулировать мысль Гурвича.

По своему составу интуитивное признание, составляющее сущность правового переживания, сложно; в нем взаимно проникаются: 1) интуитивное признание моральных ценностей и 2) интеллектуальное признание меры, типичного. Ибо признавать можно только более или менее общее, типичное, а не единичное. Юридическое переживание, таким образом, охлаждает пыл морального переживания и подвергает логической обработке заключающиеся в ней духовные (интеллектуальные?) элементы. Это промежуточное образование между моральным и логичным. Комбинация морального и логичного образует характерную для права сферу справедливости. Отмечу, что уже в этих суждениях проступает затрудненность «радикального эмпиризма» для исследователя, который, подобно Гурвичу, погружен в бесконечно сложную атмосферу современной философии, в особенности немецкой.

Перейдем к моменту коллективного признания. Акты индивидуального признания имеют смысл правовых, только если эти признания — сходящиеся, если это схождение выражается в частичном слиянии сознаний или по крайней мере в их частичной зависимости. Только при наличности такого коллективного признания нормативный факт создает авторитет, без которого не может быть права. Чисто индивидуальное признание, не связанное с коллективным, не образует правового переживания. Но, конечно, невозможно коллективное признание индивидуальных прав. Однако правовые переживания не вполне однородны. Они различаются в зависимости от того, относятся ли к индивидуальному праву «сочетания» (координации) или к социальному праву «включения» (интеграции). В первом случае дело идет о схождении актов сознания, остающихся обособленными и лишь обнаруживающими взаимную зависимость; во втором — дело идет о таком схождении, которое оказывается как бы причастностью к единому акту. Правовые переживания первого рода возможны лишь на основе таких же переживаний второго рода. Вот почему социальному праву включения принадлежит первенство сравнительно с индивидуальным правом сочетания.

Коллективные акты признания имеют своим предметом «нормативные факты». Добраться до их природы, по мнению Гурвича, нелегко. Непосредственно объектами признания кажутся твердые и установленные правила, ощущаемые как действующие, позитивные. Но это, по его взгляду, только более или менее пустая рамка, которая наполняется конкретной жизнью лишь благодаря вмешательству подвижного и динамичного, неорганизованного или интуитивного права. Этот более глубокий слой невидимо присутствует даже там, где признание в первую очередь направлено на статичное и организованное право; во многих же случаях признание обращено непосредственно на это подвижное право, за отсутствием наперед данной регламентации.

Но никакая норма права, даже свободного или динамичного, не может дозвель себе. Она требует какого-то обоснования своей обязательной силы — лежащего под ней «нормативного факта», прямо воплощающего ценность

и архаичных обществ в качестве ответа на социальные потребности. Предназначение правовых институтов — служить формами социальной интеграции. Юверлену принадлежит ряд замечательных исследований по сравнительному анализу правовых институтов различных обществ и взаимосвязи права с другими социальными регуляторами (религией, магией и т. п.). Основные работы: «Etude historique sur le droit des marchés et des foires» (1897), «La notion de l'“iniuria” dans le très ancien droit romain» (1903), «Histoire du Droit commercial» (1903), «Magie et droit individuel» (1907), «Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain» (1915), «Tablettes magiques» (1928).

<sup>VI</sup> Юбер Анри (Hubert Henri), 1872–1927 — французский социолог и этнолог, один из самых верных последователей Дюркгейма. Практически все свои крупные научные исследования Юбер провел совместно с Марселем Моссом. Вместе с ним он читал в *Ecole pratique des hautes études* лекции по истории первобытной религии. Известен своими исследованиями социальных структур первобытных обществ, работами по археологии, лингвистике, фольклору первобытных народов. Автор многочисленных статей в *Année Sociologique*. Основные работы: «Representation du temps» (1905), «Esquisse d'une théorie générale de la magie» (в соавторстве с М. Моссом — 1903), «Comment les mots changent de sens» (1906), «Melanges d'histoires et des religions» (в соавторстве с М. Моссом — 1926), «La Théorie de la Magie» (в соавторстве с М. Моссом — 1931), «Les Celtes» (1932).

<sup>VII</sup> Малиновский Бронислав (Malinowski Bronislaw), 1884–1942 — английский антрополог польского происхождения, один из основателей функционалистического направления в социологии, профессор Краковского, Корнуэльского, Йельского университетов. Проведенные в период 1914–1918 гг. полевые исследования в Меланезии и написанные по их результатам работы «Аргонавты западной части Тихого океана», «Сексуальная жизнь дикарей Северо-Западной Меланезии» и др. принесли Малиновскому мировую известность за глубокий анализ

первобытной системы хозяйствования, магии, мифов первобытных народов. В своих работах по общей социологии он критиковал распространенные в социологии того времени исторический анализ и «диффузионные» объяснения культурных различий; вместо этого он стремился анализировать функции каждого культурного элемента в контексте всей жизнедеятельности общества. Основные работы: «Argonauts of the Western Pacific» (1922), «Myth in Primitive Psychology» (1926), «The Father in Primitive Psychology» (1927), «The Sexual Life of Savages in Northwest Melanesia» (1929), «Coral Gardens and their Magic» (1935), «A Scientific Theory of Culture» (1944), «The Dynamics of Culture Change» (1945).

<sup>VIII</sup> Месса Святого Секария (Messe de Saint-Secaire) — мистический обряд заклятия врагов, распространенный в Гаскони (Франция) с XIV в. Эта месса (имя Секарий — вымышленное и не упоминается среди имен христианских святых) служилась сатанистами по ночам в заброшенных церквах, а сам обряд состоял в имитировании таинства причащения: заполнении священной чаши водой, в которой был утоплен младенец, произнесении магических заклятий, способных навлечь несчастье на врагов, и выполнении ряда ритуальных действий, связанных с христианской символикой. Этот обряд описан, в частности, у Дж. Фрэнзера в «Золотой ветви» (см.: Фрэнзер Дж. Золотая ветвь. М., 1983. С. 56).

<sup>IX</sup> Мана — в представлениях жителей Меланезии — мистическая сила, которая пропитывает человека и весь окружающий его мир. Впервые этот феномен был открыт английским миссионером Р. Кодрингтоном в 1881 г. Впоследствии термин «мана» стал одним из центральных в словаре антропологов — М. Мосса и А. Юбера использовал его для объяснения ментальности первобытных людей, для Э. Дюркгейма мана послужила ключом для описания религии австралийцев, хотя термин понимался этими мыслителями по-разному. Для Мосса мана означала основание априорных суждений (см.: Мосс М. набросок общей теории магии // Социальные функции священного. СПб., 2000. С. 185–223), тогда как

К. Леви-Строс считает ману величиной неопределенного значения, лишенной внутреннего смысла и отражающей стиль мышления первобытного человека (см. предисловие Леви-Строса к работам М. Мосса: *Леви-Строс К. Предисловие // Мосс М. Социальные функции священного. С. 430 и сл.*).

<sup>x</sup> Тиндало — в представлениях жителей Меланезии — души умерших, к которым обращаются за помощью. Способностью помогать обладать души лишь тех, кто при жизни проявил магическую или религиозную силу, творя чудеса или совершая подвиги. Меланезийцы рассматривают тиндало как реальную действенную силу, способную вмешиваться в ход их жизни помимо их воли, и поэтому задача состоит в том, чтобы «задобрить» этих духов и привлечь их на свою сторону. Это представление неразрывно связано с представлениями о мане — сверхъестественной силе, носителем которой зачастую и являются тиндало.

<sup>x<sup>1</sup></sup> 1) Орнда — в представлениях ирокезского племени гуронов в Северной Америке (совр. Канада) — сверхъестественная сила, позволяющая производить те или иные действия мистическим способом. Это явление схоже с маной в представлениях меланезийцев в Океании; 2) маниту — в представлениях индейской народности англокинов в Северной Америке — совокупность магических и религиозных существ, сил и качеств. Это слово означает всякое незнакомое существо и вещь, для которых не находится подходящего имени; 3) арунгилта — в представлениях племени арунта в Новом Южном Уэльсе (Австралия) — злая мистическая сила, вызванная колдовскими обрядами; 4) ваканда — в представлениях североамериканских индейцев сиу — мистическая сила, населяющая окружающий их мир; по своим характеристикам она схожа с маной и орендой.

<sup>x<sup>2</sup></sup> Шмидт Вильгельм (Schmidt Wilhelm), 1868–1954 — немецкий этнолог и антрополог, католический священник. По мнению Шмидта, «древнейшие культуры», и прежде всего «экзогамно-моногамная», представленная ныне пигмеями, тасманийцами, юго-восточными

австралийцами (хотя и не в чистом виде), отличались, в числе других особенностей, наличием представления о едином Боге, верховном существе, создателе мира и людей; это был чисто моральный образ, лишенный мифологических черт и составлявший предмет религиозного почитания; другие, более грубые формы верования — магия, анимизм, фетишизм — еще отсутствовали. Позднейшие культуры, наслаивавшиеся на эту первоначальную культуру, принесли с собой элементы более низменных и грубых представлений, затемнивших исконный морально-чистый образ Бога: это были тотемизм и связанная с ним «солярная» мифология (принесенные «тотемической культурой»), позже — «лунарная» мифология (принесенная «двухклассовой культурой») и т. п. Поэтому почти у всех современных народов, даже у самых отсталых, образ верховного Бога выступает не в первоначальном чистом виде, а в смешении с мифологическими чертами. Основные работы: «Die Stellung der Pygmanvölker in der Entwicklungsgeschichte des Menschen» (1910), «Der Ursprung der Gottesidee» (1908–1910), «Kulturkreise und Kulturschichte in Sudamerika» (1913), «Die Gliederung der australischen Sprachen» (1919), «Die Sprachfamilien und Sprachkreisen der Welt» (1926).

<sup>x<sup>3</sup></sup> Вундт Вильгельм (Wundt Wilhelm), 1832–1920 — немецкий психолог, физиолог и философ, основавший в 1879 г. в Лейпцигском университете первую в мире лабораторию экспериментальной психологии. На основе понимания психологии как науки о непосредственном опыте, открываемом в результате тщательной и строго контролируемой интроспекции, он пытался выделить простейшие элементы сознания (ощущения и элементарные чувства) и установить основные законы душевной жизни. В качестве методологического эталона рассматривалась физиология, в силу чего психология Вундта получила название «физиологической». Вундт пытался подходить к исследованию высших психических процессов при помощи других методов (анализ мифов, обрядов, религиозных представлений, языка), что нашло отражение в его 10-томном труде

«Психология народов». Основные работы: «Beiträge zur Theorie der Sinneswahrnehmungen» (1862), «Vorlesungen über die Menschen- und Thierseele» (1863), «Lehrbuch der Physiologie der Menschen» (1865), «Die Völkerpsychologie» (1900).

<sup>xiv</sup> Леман Иоган Эдвард (Lehmann Johannes Edward), 1862–1930 — датский геолог и историк религии. Религиозные и магические практики первобытных народов Леман рассматривал как особые психические явления, связанные с недостаточным развитием культуры и образования. Магия для него — это всего лишь практическая реализация суеверий, образование которых связано с психологическим феноменом ожидания и с производными от него ошибками восприятия (иллюзиями, галлюцинациями и т. п.). Основные работы: «Die polynesischen Tabusitten» (1899), «Zarathustra» (1900), «Beiträge zu einer optimistischen Weltanschauung» (1908), «Aberglaube und Zauberei von den ältesten Zeiten bis in die Gegenwart» (1908), «Le Mana» (1922), «Die Pfahlbauten der Gegenwart» (1924).

<sup>xv</sup> Блок Марк (Bloch Marc), 1886–1944 — французский философ, антрополог, историк, профессор Страсбургского и Сорбоннского университетов, основатель (вместе с Л. Лефевром) и руководитель журнала «Annales d'histoire économique et sociale». В своих работах Блок вопреки устоявшейся традиции анализировал не события политической истории, а повседневную жизнь рядовых членов общества. Он ввел в историю ряд концепций философии А. Бергсона: «la longue durée», «mentalité», которые, по его мнению, позволяли анализировать историю не как застывший феномен, а в ее становлении. Блок развертывал историю становления социальных институтов так, как этот процесс представлялся людям, жившим в ту или иную эпоху. Он подверг критике историцизм, господствующий во французской исторической науке, позволявший увидеть события отдаленного прошлого только через призму концепций гораздо более позднего периода. Был расстрелян фашистами в 1944 г. за участие в движении Сопротивления. Основные работы: «Rois et Serfs» (1920), «Les Rois thaumaturges» (1924), «Les Caracteres originaux de l'histoire

rurale française» (1931), «La Société féodale» (1939–1940), «L'Apologie pour l'histoire ou Metier d'historien» (1949).

<sup>xvi</sup> Nexum (нексум) — институт древнеримского гражданского права, суть которого заключается в том, что должник обеспечивает обязательство залогом своей свободы. В случае неисполнения обязательства кредитор вправе обратиться к залогодателя-должника в рабство.

<sup>xvii</sup> Иллапуриджа — магический обряд заклятия врагов, распространенный в австралийском племени арунта. Этот обряд заключается в том, что маг, желая наслать порчу, смешивает остатки пищи, недоодежной околдовываемым человеком, с воском и жиром и сжигает их, либо прокалывает предмет, представляющий душу жертвы, и бросает его в направлении того места, где живет околдовываемый.

<sup>xviii</sup> Спенсер Уолтер Болдуин (Spencer Walter Baldwin), 1860–1929 — английский биолог и этнограф. Спенсер считается первым этнографом, которому удалось собрать (вместе с Ф. Гилленом) и систематизировать обширные материалы полевых исследований по фольклору, культуре аборигенов Центральной Австралии. Все основные работы Спенсера были написаны в соавторстве с Ф. Гилленом.

Гиллен Френсис Джеймс (Gillen Francis James), 1856–1912 — австралийский антрополог, соратник Б. Спенсера. Гиллен считается основателем антропологии как науки в Австралии. Им зафиксировано и описано множество обычаев, ритуалов, представлений туземных народов Австралии. Основные работы Спенсера и Гиллена: «The Native Tribes of Central Australia» (1899), «Magic amongst the Natives of Australia» (1901), «The Northern Tribes of Central Australia» (1904).

<sup>xix</sup> Вадиум — институт древнегерманского права, впервые описанный римским историком Тацитом. Вадиум представлял собой магическое обязательство, суть которого состояла в залоге должником своей жизни у кредитора по основному обязательству. Основное обязательство не должно было быть вещным — речь могла идти просто о воздержании от определенных действий.

(обеспечение обязательства таким залогом могло быть и двусторонним, если стороны взаимно обменивались вадидумом. В случае неисполнения обязательства или совершения правонарушения, которому этот вадидум должен был воспрепятствовать (например, осуществления выказанной ранее угрозы убийства, вооруженного нападения на именные, невозврата долга), кредитор получал право на жизнь должника.

<sup>xx</sup> Хау — магическая сила, символизирующая для племени маори (острова Маори в Полинезии) связь человека с вещью. Понятием «хау» маори обозначают любые действия человека по распоряжению вещью, ее приобретению и т. п. М. Мосс в своем «Очерке о даре» приводит концепцию хау для иллюстрации теории «тотальных социальных явлений».

<sup>xxi</sup> Кула — институт межплеменного обмена, распространенный на островах Восточной Гвинеи. Б. Малиновский, в частности, описал этот институт у туземцев Тробрианских островов. Суть его заключается в ритуальном и некоммерческом обмене связками ракушек между разными племенами в определенные временные периоды. Связка ракушек, привезенная представителями одного племени в другое, не используется членами последнего и должна быть возвращена первому племени по прошествии некоторого времени. Такая церемония, по мнению Б. Малиновского, свидетельствует о стабильности отношений обмена между племенами и о готовности племени соблюдать свои договорные обязательства. См.: *Malinowski B. Argonauts of the Western Pasifics*. London, 1960; *Uberoi J. P. Politics of the Kula Ring*. Manchester, 1962.

<sup>xxii</sup> Сагали — общее название для разнообразных практик раздачи пищи, с которыми связаны практически все значимые события социальной жизни туземцев Тробрианских островов в Полинезии. Один или два клана организуют изобильное застолье, а другой клан пользуется этим. Через несколько дней, наоборот, облагодетельствованный клан угощает ранее устроившие застолье кланы. Этот ритуал может повторяться до бесконечности и прерывается лишь в случае конфликта

кланов. Впервые описан Б. Малиновским (*Malinowski B. Argonauts of the Western Pasifics*).

<sup>xxiii</sup> Кере-кере — обычай гостеприимства, распространенный у народности маола в Меланезии. Этот обычай заключается в том, что находящееся в родстве с хозяином лицо имеет право попросить у него любую пищу, а хозяин обязан ее отдать, если пища у него есть. Практически все кланы маола считаются состоящими в родстве, а потому просить может почти каждый. Участие в этом обряде приносит дарителю социальные престиж и уважение, поэтому цель для участвующих в кере-кере — дать просящим лучшую пищу и в наибольших количествах.

<sup>xxiv</sup> Бонфант Пьетро (Bonfante Pietro), 1864–1932 — итальянский историк и юрист, специалист по истории римского права. По его мнению, основой для исторического исследования должна быть обстановка в обществе, где ведущую роль играют экономические факторы. Развитие каждого из правовых институтов подчинено своим закономерностям, которые лишь в большей или меньшей степени совпадают с общим направлением развития права в целом. Как правило, причиной изменения правовых институтов являются меняющиеся потребности экономики. Известны его исследования о природе манципации, о параллелизме развития частного и публичного права в Древнем Риме. Основные работы: «Res mancipi et nec mancipi» (1883), «Istituzioni di diritto romano» (1896), «Diritto romano» (1900), «Storia del diritto romano» (1903), «Teoria del possesso e degli istituti possessori» (1905–1906), «Delle obbligazioni» (1906–1907), «Le obbligazioni» (1912), «Lucri a causa di morte» (1914–1915), «Scritti giuridici varii» (1916), «Lezioni di storia del commercio» (1924–1925), «Corso di diritto romano» (1925–1933).

<sup>xxv</sup> Вишер Фердинанд де (Visscher Fernand de), 1891–1958 — французский правовед, известный своими исследованиями по истории римского права. В своих работах Вишер разделял историю римского права на два периода: «феодализм» (древность) и «капитализм» (императорский Рим). Он критиковал постулирование в рамках исторического

материализма первостепенного значения производства и материальной стороны общественной жизни и ратовал за целостное, тотальное изучение римского права, где равную значимость имеют как экономические отношения и посредующее их вещное право, так и институты религиозного культа с их специфическими формальностями при совершении сделок и т. п. Основные работы: «La conditio et la procedure formulaire» (1923), «La lex Poetalia et le regime des delits privés au V-e siecle de Rome» (1929), «Il sistema romano della nossalita» (1930), «Mancipium et res Mancipi» (1936), «Le regime romain de la noxalite» (1947), «Propriété et pouvoir familial dans la Rome antique» (1952).

<sup>xxvi</sup> Морган Льюис Генри (Morgan Lewis Henry), 1818–1881 — известный американский историк и этнограф, один из родоначальников антропологии, этнологии и культурологии, сторонник эволюционизма. 40 лет жизни посвятил изучению прокезов и других индейских племен. Исследував быт и старинные обычаи индейцев, он пришел к идее рода как основной ячейки первобытного общества. Родовая структура общества, по Моргану, — это ключ к пониманию всего общества в целом. Историю человечества Морган разделил на два периода: ранний, когда общественный строй основывался на родах, фратриях и племенах, и поздний, когда общество стало территориальной, экономической и политической общностью. Первобытный род он понимал как сложнейший социокультурный институт, важное культурное изобретение, которое менее развитые народы заимствовали у более развитых. Морган полагал, что отстоящие далеко друг от друга народы не могли каждый раз заново открывать его. Род — продукт высоко развитого общества. Причина заимствования родовой организации одними народами у других кроется в ее очень высокой эффективности. Морган был одним из первых исследователей семьи как особого социального и культурного института. Основные работы: «The Indian Journals» (1859–1862), «Houses and House-life of the American Aborigines» (1865), «System of consanguinity and affinity of the human family» (1877),

«Ancient Society» (1881), «Houses and house-life of the American Aborigens» (1881).

<sup>xxvii</sup> Тэйлор (Тайлор, Тейлор) Эдуард Барнетт (Tylor Edward Barnett), 1832–1917 — английский этнограф, исследователь первобытной культуры, один из основоположников и крупнейший представитель эволюционистского направления в этнологии. Тэйлор пытался вскрыть закономерности развития культуры вообще. Эту эволюцию он понимал как естественно-исторический процесс, происходящий по объективному закону. Эволюция человечества шла от дикости через варварство к цивилизации. Из всех явлений культуры основное внимание Тэйлор уделял религии. Исходной формой религии он считал веру в духовные существа, которую он назвал «первобытным анимизмом». Вера возникла в результате попытки дикарей объяснить явления сна и смерти через существование души. В последующем из понятия души развились представления о духах, олицетворяющих силы природы, животных и растений. Дальнейшая эволюция анимизма подготовила появление политеизма, который в последующем трансформировался в монотеизм. Основные работы: «Researches into the Early History of Mankind and the Development of Civilization» (1865), «Primitive Culture» (1871), «Anthropology» (1881), «The Matriarchal Family System» (1896).

<sup>xxviii</sup> Шюрц Генрих (Schurtz Heinrich), 1863–1903 — немецкий этнолог и историк. Интерес Шюрца к этнологии сформировался в период его длительной работы (с 1893 г.) в Бременском этнографическом музее. В частности, он известен своими работами по истории возникновения денежного обращения у первобытных народов. Основные работы: «Die geographische Verbreitung der Negertrachten» (1891), «Die Passe des Erzgebirges» (1891), «Urgeschichte der Kultur» (1900), «Das afrikanische Gewerbe» (1900), «Altersklassen und Männerbunde» (1902), «Völkerkunde» (1903).

<sup>xxix</sup> Штейнмец Самуэль Рудольф (Steinmetz Samuel Rudolf), 1862–1940 — голландский этнолог, правовед и социолог, известный своими исследованиями происхождения правовых институтов

у первобытных народов. Штейнмец — один из основателей сравнительной этнологии. Основные работы: «*Enthnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*» (1894), «*Classification des types sociaux*» (1900), «*Rechtsverhältnisse von eingeborenen Völkern in Afrika und Ozeanien*» (1905), «*Die Philosophie der Krieg*» (1907).

<sup>xxx</sup> Фробениус Лео (Frobenius Leo), 1873–1938 — немецкий антрополог, сторонник теории диффузионизма. Фробениус посвятил себя занятию этнологическими исследованиями в Центральной Африке, неоднократно возглавлял различные экспедиции в Африку, руководил археологическими работами в Европе и Африке. В своих работах он пытался определить сущность культуры, которую он рассматривал как одухотворенное существо; именно Фробениус является автором термина «культурная среда». «Культура» для Фробениуса — органическое существо. По его мнению, каждая культура развивается как живые организмы, она переживает рождение, детство, зрелый возраст и старость и, наконец, умирает. «Культуры живут, рождаются и умирают; это живые существа». Культура отнюдь не создается людьми, народом. Человек скорее продукт, или объект, культуры, чем ее творец. Важнейшие работы Фробениуса: «*Der Ursprung der afrikanischen Kulturen*» (1898), «*Das Zeitalter des Sonnengottes*» (1904), «*Das unbekannte Afrika. Aufhellung der Schicksale eines Erdteiles*» (1923), «*Paideuma, Umriss einer Kultur und Seelenlehre*» (1928), «*Kulturgeschichte Afrikas*» (1933).

<sup>xxxI</sup> Пешель Оскар (Peshel Oscar), 1826–1875 — немецкий географ, этнолог и историк. Известность Пешель приобрел своими разработками по истории земледелия. В работах, посвященных изучению социальных структур первобытных народов, он подвергал критике теорию матриархата. Основная работа: «*Die Volkswissenschaft*» (1874).

<sup>xxxII</sup> Жюно Анри Александр (Junod Henry Alexander), 1863–1934 — французский католический священник, антрополог и этнолог. Осуществляя миссионерскую деятельность в Южной Африке, Жюно подробно исследовал язык и культуру племен, входящих к южноафриканскую

народность тонга. В частности, его исследования посвящены изучению клановой структуры африканских племен. Основные работы: «*La vie d'une tribu de l'Afrique du Sud*» (1893), «*La vie de veuve chez Baronga*» (1908).

<sup>xxxIII</sup> Лоуи Роберт Гарри (Lowie Robert Harry), 1883–1957 — американский антрополог, профессор Калифорнийского университета. Известность Лоуи принесли исследования быта и культуры североамериканских индейцев. Лоуи выдвинул теорию многолинейной эволюции, которая была направлена против монистического подхода к истории человечества. В своих работах Лоуи стремился использовать наработки функционализма применительно к изучению первобытных обществ, сформулировав такой подход в концепции культурной диффузии. По его мнению, культура не есть нечто полностью замкнутое и самобитное: каждая культура заимствует что-то у других культур и, в свою очередь, дает взаимы. Лоуи одним из первых разработал метод сравнительной культурологии при изучении социальных явлений. Основные работы: «*Primitive Society*» (1920), «*Primitive Religion*» (1924), «*The Origin of the State*» (1927), «*An Introduction to Cultural Anthropology*» (1934), «*The Crow Indians*» (1937), «*The History of Ethnological Theory*» (1938), «*Social Organization*» (1948), «*Indians of the Plains*» (1954).

<sup>xxxIV</sup> Пурра — тайное общество у народов Сьерра-Леоне в Африке. Доступ в это общество открыт только мужчинам, но женщины могут участвовать в схожих обществах: ясси и бунду, где действуют почти аналогичные ритуалы. Члены общества пурра разделяются на три группы: вожди, жрецы и толпа. Руководящие обществом лица выполняют как религиозные, так и политические функции, в том числе принимают решения о принятии законов, объявлении войны и т. п. От имени магических покровителей общества руководители пурра могут объявить табу на любую вещь, животное или человека, и это табу обязательно для соблюдения всеми членами общества.

<sup>xxxV</sup> Боас Франц (Boas Franz), 1858–1942 — американский этнограф, лингвист, антрополог, археолог, фольклорист

и культуролог, профессор Колумбийского университета, основатель этнографической лингвистики, «исторической школы» американской культурной этнографии и американского фольклорного общества. Боас считал, что «логический» метод исследований должен применяться в естественных науках, а в истории требуется индивидуальный подход и допустим лишь «эмпирический метод». С этой точки зрения невозможны законы социального развития, периодизация истории, оценка прогресса и определение временной последовательности двух культур. Боас подверг резкой критике использование сравнительного метода в антропологии: каждая культура имеет свои

предпосылки развития, свои критерии оценки и является результатом уникального стечения обстоятельств. Поведение человека, по Боасу, обусловлено не столько его биологической природой, сколько стереотипами поведения, заимствованными в родной для него культурной сфере. Именно последняя и становится для Боаса критерием исследований. Основные работы: «Tsimshian Mythology» (1909–1910), «The Social organization and the Secret Societies of Kwakiutl Indians» (1911), «The Mind of Primitive Man» (1911), «Primitive Art» (1938), «Anthropology in modern Life» (1929), «General Anthropology» (1938), «Race, Language and Culture» (1940).

A decorative Art Nouveau style frame with a double-line border. The top features a symmetrical, interlocking geometric design. The bottom is adorned with stylized floral motifs, including two fan-like shapes on the left and right, and a central triangular element. The frame encloses the text in the center.

СОЦИОЛОГИЯ  
ПРАВА

# ВВЕДЕНИЕ.

## ПРЕДМЕТ И ПРОБЛЕМЫ СОЦИОЛОГИИ ПРАВА

### § 1. Предварительное обсуждение вопроса

Социология права, как более поздняя по сравнению с общей социологией (неотъемлемой отраслью которой она является) научная дисциплина, все еще находится в стадии формирования. Несмотря на постоянно возрастающий интерес, который она пробуждала на протяжении последних десятилетий, несмотря на всю ее актуальность, которую мы пытаемся обосновать, социология права все еще не имеет четко определенных контуров. Различные ее аспекты не достаточно соотнесены между собой как по объекту, так и по тем проблемам, которые требуют разрешения, а также по ее отношению к другим отраслям правоведения. Где же коренятся причины данных проблем в развитии социологии права? Причиной этому является то, что данная новая наука должна бороться за свое существование на двух фронтах. Она столкнулась с мощным противодействием как со стороны юристов, так и со стороны социологов, которые, исходя из противоположных позиций, иногда объединяются для того, чтобы отказать социологии права в научном статусе.

На первый взгляд, казалось бы невероятным, что социология и право могли бы соотноситься между собой, поскольку юристы имеют дело исключительно с *quid juris* (лат. — вопрос права. — *Прим. пер.*), в то время как социологи — с *quid facti* (лат. — вопрос факта. — *Прим. пер.*) в смысле сведения *социальных фактов* к соотношению сил. Отсюда беспокойство многих юристов и представителей философии права, задающихся вопросом, не приведет ли социология права к разрушению всего права как нормативной системы, как принципа фактического регулирования, как оценочного критерия. Отсюда, аналогично, враждебность некоторых социологов, опасющихся того, что вследствие абстрактности социологии права ценностные суждения вновь будут использоваться при изучении социальных фактов. Говоря, что задача социологии состоит в объединении всего того, что традиционные социальные науки произвольно разделяют, социологи настаивают на невозможности отделения правовой действительности от цельной социальной действительности, понимаемой как неразрушимое единство.

Наконец, те, кто предлагает избежать «конфликтов между социологией и правом», четко разграничивая их предмет и метод, приходят к выводу, что характерная для юристов нормативистская точка зрения и характерная для социологов точка зрения, нацеленная на объяснение, закрепляют за социальной действительностью и правом различные сферы бытия, что исключает

саму возможность их взаимодействия. Но, если социологам и правоведам придется полностью игнорировать друг друга и последовательно заниматься сугубо предметом своего исследования, нам придется сделать вывод о том, что социология права и невозможна, и бесполезна. Чтобы покончить со всеми связанными с ней трудностями, достаточно покончить с самой социологией права.<sup>1</sup>

Альтернатива между претензиями на исключительность (и со стороны социологии, и со стороны правоведения), равно как полное разграничение их сфер на два различных научных мира, были преодолены, как это и должно было случиться, в процессе развития и социологии, и юриспруденции.

Никто не охарактеризовал ситуацию лучше, чем крупный французский юрист-социолог Морис Ориу, который говорил, что «недостаток социологии уводит от права, но избыток социологии возвращает к нему». В качестве уточнения нам следовало бы добавить к этому, что недостаток права уводит от социологии, но его избыток возвращает назад. Наиболее значительный американский социолог права, Роско Паунд, выразил подобную мысль с исключительной ясностью: «Возможно, наиболее существенный прогресс в современной науке права — это переход от аналитической к функциональной точке зрения. Функциональная позиция требует, чтобы судьи, юристы и правоведы постоянно имели в виду соотношение права с живой социальной действительностью, т. е. — право в действии». «Тирания концепций является обильным источником несправедливости», — говорил Бенджамин Кардозо,<sup>1</sup> продолживший характеристику «ограниченности логики концепций» посредством социологического описания явлений, происходящих в современном судебном процессе. Подобное же хорошо известное мнение несколько раньше высказал судья О. В. Холмс.<sup>2</sup> «Развитие права не было сугубо логическим; это был опыт, опыт реального социального существования, и юридический процесс, если он только не являлся словесной игрой, не мог не заменить подобного опыта». Борьба против «механистической юриспруденции» (Паунд) или «юридического фетишизма» (Жени) являлась бесспорной тенденцией, характерной для всего правового мышления конца XIX и начала XX столетий. Под видом обсуждения таких тем, как «расширение количества источников позитивного права» и «свободное право», данное направление вызвало обращение правоведения к социологии.<sup>2</sup>

Именно поэтому сегодня никого (ни социологов, ни юристов) не должен смущать вывод о том, что, несмотря на сильное взаимное недоверие, «шпаги этих двух наук, которые каждая выковала своей собственной спецификой, наконец скрестились» (Бужи). Местом поединка как раз и является социология права. Конфликты между социологией и правоведением, ведущие к «невозможности» юридической социологии, явились лишь следствием ограниченности и заблуждений в определении объекта и метода соответствующих наук — социологии и правоведения.

<sup>1</sup> *Kelsen G.* 1) *Der juristische und der soziologische Staatsbegriff.* 1921; 2) *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie // Archiv für Sozialwissenschaft.* 1915. № 39. S. 830–876.

<sup>2</sup> Детальную иллюстрацию подобных взглядов, повлекших за собой масштабную дискуссию, см. в моей книге «Социальное право и современность» (С. 213–333).

Профессор Паунд совершенно обоснованно указал, что «подобные взгляды являются пройденным этапом в юриспруденции так же, как и в социологии».<sup>3</sup> Социология права оказывается несовместимой отнюдь не с самостоятельностью технического изучения права, а всего лишь с аналитической школой Джона Остина<sup>111</sup> (предшественниками которого были Гоббс и Бентам), с континентальным «юридическим позитивизмом» и с «нормативным логицизмом». Социология права не представляет никакой угрозы собственно социологии; она лишь выступает против «натурализма, позитивизма, бихевиоризма и формализма» в социологии. Поскольку именно эти сомнительные и зачастую устаревшие подходы как в юриспруденции, так и в социологии явились препятствием для нормального развития нашей дисциплины, рассмотрим их в первую очередь. Одновременно мы продемонстрируем, как возмужание и юриспруденции, и социологии вело каждую из этих дисциплин по направлению к социологии права.

## § 2. Тенденции в юриспруденции и их отношении к социологии

Аналитическая юриспруденция развивалась по двум направлениям: узкому, связанному с правовым позитивизмом континентальной системы права, и широкому, где право отождествляется с совокупностью примененных судебными органами в процессе судопроизводства правил и принципов. Именно поэтому мы прежде всего рассмотрим «аналитическую» и «юридически-позитивистскую» концепции в узком смысле. Такие концепции, господствующие в учении о праве второй половины XIX века, базируются вовсе не на предположении о позитивности всего права, т. е. его фиксации в данной социальной среде. Их тезис основывался на том, что позитивность права проистекает из предписания вышестоящего и доминирующего органа, а именно государства. Последнее и было объявлено единственным источником права, отделенным как от непосредственного влияния социальной среды, так и от отдельных групп, которым государство навязывает независимый от них и малоподвижный правопорядок. Таким образом, юридический позитивизм и аналитическая юриспруденция, не имеющие ничего общего с социологическим позитивизмом, переносят право в сферу, весьма удаленную от самой живой социальной действительности; в высотах этой действительности парит государство, представляющее собой не столько некую реальность, сколько метафизическую сущность. Для юридического позитивизма, безусловно, вся социология права являлась *crimen laesae majestatis* (лат. — преступлением против королевского величия. — Прим. пер.), против государства и его порядка. Юрист со своей колокольни с презрением взирал на все, относящееся к социальной реальности права. Находясь в формалистическом вакууме своих представлений о святости государства, он с гордостью подвергал сомнению реальность законодательных актов и решений официальных инстанций, что закрывало дорогу любым контактам с социальной жизнью.

<sup>3</sup> Pound R. *Sociology and Law // The Social Sciences and their Interrelations* / By W. F. Osborne, A. A. Goldenweiser. 1927. P. 325–326.

Англосаксонская правовая система, будучи основанной на идее превосходства общего права, связана с «юридическим эмпиризмом» (Паунд) и ориентируется на неписаное и гибкое право, в особенности на прецедентное и обычное право (Кук и Блэкстон<sup>IV</sup>). Вследствие этого последователи аналитической юриспруденции, главным образом американцы, вдохновленные «новаторской концепцией права» (Паунд),<sup>4</sup> настаивали на том, что право скорее зависит от судебной практики, чем от воли государства или любого другого самостоятельного правоприменительного органа. Кроме того, формулу «право есть совокупность правил, примененных судами» можно интерпретировать по-разному. Ее смысл зависит от того, рассматриваются ли суды как государственные органы или же как учреждения «национального сообщества», а более точно — глобального спонтанного общества, являющегося основой как для государства, так и для других групп. Смысл этой формулы меняется исходя из презумпции о самообязывании судов прецедентным, обычным или статутным правом, или же о преобладании свободных судебных решений («десизионизм» (*decisionism*), который предсказывал О. В. Холмс и который был в дальнейшем развит «правовыми реалистами»), или же, наконец, о существовании широкого круга предстающих перед судьей социальных кодексов, непосредственно возникающих из самой социальной действительности (Кардозо и МакИвер<sup>V</sup>).<sup>5</sup>

Отсюда очевидно, что позиция аналитической школы состояла в том, чтобы рассматривать суды прежде всего как органы государства и подчеркивать подчиненность их деятельности прецедентному и статутному праву.<sup>6</sup>

Логический нормативизм, восходя к кантианскому идеализму, основываясь на непреодолимом противоречии между должным (*Sollen*) и сущим (*Sein*) и имея целью устранить возможность существования социологии права вообще, представляет собой лишь возрождение «юридического позитивизма», соединенного с догматическим рационализмом. Согласно этой доктрине, право является не чем иным, как чистой нормой и допускает только нормативный и формальный метод изучения, а любой другой метод оказывается разрушительным для самого объекта исследования. Именно поэтому социология оказывается не в состоянии изучать право, а «правоведение» — не в

<sup>4</sup> См. блестящую характеристику данной проблематики, данную Паундом (*Pound R. The Spirit of the Common Law*. 1921. P. 112–192) и А. Л. Гудхартом (*Goodheart A. L. Some American Interpretations of Law*. P. 1–20 // *Modern Theories of Law*).

<sup>5</sup> *MacIver R. Society, its Structure and Changes*. 1932. P. 287–302.

<sup>6</sup> См. работу главного представителя американской аналитической школы Л. Грея: *Gray L. Nature and Sources of the Law*. 1909 (2 ed. 1921). — Кроме того, интересно наблюдать, что та же самая структура англосаксонской системы общего права, особенно в Соединенных Штатах, благоприятствовала более широкой концепции независимого от государства и превосходящего его права. Это — необходимое следствие верховенства «общего права». Под влиянием исторической школы юриспруденции эти трактовки приобретали преимущественно традиционную форму теории превосходства обычного права, существующего на протяжении столетий. Можно увидеть реальные ограничения этого традиционного направления и предпосылки к ориентации на непосредственное и живое право в работах наиболее позднего представителя американской исторической школы Дж. К. Картера (*Carter J. C. Law, its Growth and Function*. 1907) и в работах английских теоретиков конституционного права конца XIX в. Уолтера Бэйджхота (*Bagehot W. Physics and Politics*. 1873) и А. В. Дайси (*Dacey A. W. 1) Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8 ed. 1915; 2) *Lectures on the Relation between Law and the Constitution*. 1914).

состоянии принимать во внимание социальную действительность. В изучении права все сводится к исследованию основной нормы, *Grundnorm* (нем.), от которой должна проистекать система специальных норм; при этом применима лишь формальная логика. Очевидно, что в рамках данного направления «основная норма» просто заменяет метафизическую сущность государства, отделенного от социальной действительности, о чем и повествуется в тезисах представителей юридического позитивизма.

Кроме того, главный представитель этого течения, Кельзен, находит совершенно допустимым, что правовая система норм, сведенная до основной нормы, тождественна или национальному, или мировому государству и что в этом смысле все право является государственным правом.

Мы не будем заострять здесь внимание ни на внутренних противоречиях, ни на наивном догматизме, ни на неизбежном конфликте с фактами, присущих аналитической юриспруденции, «юридическому позитивизму» и «логическому нормативизму», когда они во имя правоведения стремятся уничтожить социологию права. Роско Паунд и Бенджамин Кардозо привели блестящую и исчерпывающую критику бесплодия аналитической юриспруденции. В более ранних работах я пытался суммировать и синтезировать критику аналогичных континентальных тенденций. Здесь будет достаточным привести следующие соображения.

а) Аналитическая юриспруденция и юридический позитивизм находятся в порочном круге, суть которого в следующем: с одной стороны, государство предполагает право, единственным источником которого оно и является,<sup>7</sup> а, с другой стороны, государство является одним из секторов той социальной действительности, над которой оно призвано возвышаться. По еще более убедительным основаниям за применяемыми и частично создающими право судами можно предполагать существование некоего предустановленного права, которое и организует их деятельность. Более того, судами санкционировано не все право (см. ниже), а лишь один из его секторов, или, скорее, один из его глубинных уровней; но и в рамках этой ограниченной сферы большая часть норм, принимаемых во внимание судами, навязываются последним непосредственно через правовую жизнь общества и входящих в него отдельных групп.

б) «Логический нормативизм», делая отсылку к «чистому долженствованию», уничтожает себя самого, заменяя априорное содержание подобного «чистого долженствования» чувственным эмпирическим содержанием, которое не может быть выражено категорическим императивом.

с) Эти два направления принимают за неизменную основу права те технические приемы систематизации, которые использовались в определенные эпохи (в эпоху римских императоров и в эпоху второй половины XIX столетия в Европе) и сутью которых является сведение всей гаммы правовых норм к общему источнику.

<sup>7</sup> Этот факт был наиболее четко выражен голландским юристом Г. Краббе (см.: *Krabbe H.* 1) *Die Lehre von der Rechtssouveranität.* 1906; 2) *Die Moderne Staatsidee.* 1919 (пер. на англ., 1926); и российским юристом Л. И. Петражицким (*Петражицкий Л. И.* Теория права и государства: В 2 т. 1908–1910). — Относительно этих двух авторов см. мою работу «Идея социального права и современность» (С. 140–149, 270–298).

d) Факты происхождения и существования совершенно не зависящего от государства механизма правового регулирования хорошо известны, ведь государство возникло гораздо позднее и на протяжении многих столетий вмешивается незначительно либо же совсем не вмешивается в функционирование права. Не менее бесспорны конфликты между различными подсистемами права, которые в рамках одного и того же общества утверждали себя как равнозначимые. Все эти факты показывают абсолютно искусственный и догматический характер монистических концепций объекта и метода юриспруденции. Суды, которые зачастую не имеют никакого отношения к государству и которые, даже будучи связанными с ним, иногда все же (особенно в англосаксонском праве) сохраняют характер учреждений комплексного общества, сами играют переменчивую роль в жизни права. Например, как указывал выдающийся антрополог Бронислав Малиновский, наиболее важные механизмы правового регулирования в первобытном обществе действуют без поддержки судов (*Malinowski B. Crime and Custom in Savage Society. 1926*).

С точки зрения самих юристов, аналитическая школа, юридический позитивизм и логический нормативизм в своем предложении отказаться от социологии права с целью обеспечения эффективности юриспруденции имеют успех лишь в том, что касается компрометации последней, обрекая ее на полную бесплодность. Призвание юриста состоит в разрешении конкретных ситуаций в соответствии со строгой системой норм, правил и принципов права, имеющих силу при данных обстоятельствах. Но эти ситуации могут оказаться не полностью охваченными существующими нормами. Более того, обязательность права не может быть установлена путем простой интерпретации и систематизации нормативных актов и судебных решений. Правовые нормы могут остаться полностью бездействующими, т. е. без какого-либо применения вообще, в то время как принимаемые судами решения могут оказаться противоречащими друг другу. Если бы юрист не принимал во внимание реальное, непосредственно действующее, гибкое и подвижное право (которое находится в бесконечном развитии и которое, очевидно, неотделимо от своей социальной сущности), поведение, опыт, институты, представления о праве, он подвергся бы опасности создать абстрактное право, полностью отделив его от существующего права, наиболее эффективного в данной социальной среде. Как же истолковать и систематизировать правовые тексты без наличия того или иного критерия, без проникновения в «дух права», оживляющий его? Чтобы заниматься позитивным правом, а не формальной логикой, правовед не может полностью оторвать свои конструкции от социологических методов исследования действующего права, которое, в силу своего динамического характера, в определенной степени всегда находится в «борьбе против существующих кодексов».

Лучше всего подобную затруднительную ситуацию, в которой оказывается правовед, описал Кардозо в «Парадоксах юридической науки» (*Cardozo B. The Paradoxes of Legal Science. 1928*). «Юридическая функция динамична и креативна... Примирение непримиримого, гармонизация антитез, соединение противоположностей — это серьезные правовые проблемы. Право далеко не всегда регулирует отношения между точно определенными

мнениями, но чаще всего — между явлениями, подверженными изменениям», причем подобные отношения и изменения происходят от спонтанности самой социальной жизни. «Право должно быть стабильным, но в то же время оно не может оставаться таковым» (Р. Паунд). Как же в подобной ситуации юрист может обойтись без социологии права?

Социология права демонстрирует свою необходимость не только для практикующего юриста, но также и для юриспруденции или догмы права той или иной правовой системы. Эта дисциплина изучает паттерны и юридические символы,<sup>8</sup> т. е. юридические категории, значимые в практическом опыте конкретных групп, в пределах конкретного временного отрезка, а также способствует установлению связной системы подобных символов.<sup>9</sup> Поэтому важно знать, что они означают; иными словами, необходимо уточнить, что они выражают, и раскрыть, что они подразумевают.<sup>10</sup> Но это как раз и является призванием социологии права. Кроме того, сами критерии, посредством которых абстрактные нормативные символические значения отделяются от фактической правовой действительности, так же как и принципы, придающие стройность самой системе таких значений, формулируемых догмой права, не могут быть определены без помощи социологии права. Именно она позволяет актуализировать коллективные верования, оживляющие опытное восприятие правовых ценностей в рамках конкретной социальной среды. Таким образом, не представляя никакой угрозы существованию юриспруденции, социология права лишь делает ее более последовательной и эффективной, являясь ее необходимым основанием.

Мы можем прийти к тому же выводу, рассматривая наиболее известные концепции юриспруденции как юридической техники. На первый взгляд, такие концепции показались бы вполне приемлемыми, если только они не связываются, как это изредка и совершенно необоснованно имеет место, с утверждением, что право — это всего лишь техника (такая точка зрения кажется нам ошибочной и опасной). Например, когда судья Холмс писал, что его «представлению о праве не соответствует ничего, кроме предположения о том, что будут делать суды»,<sup>9</sup> а Макс Радин утверждал, что «право есть способ управления сложным социальным механизмом»,<sup>10</sup> они, как я полагаю, имели в виду скорее юриспруденцию, нежели собственно право. В действительности подобная характеристика не помешала Холмсу признать, что «право есть свидетельство и внешняя предпосылка нашей моральной жизни»;<sup>11</sup> такое право, несомненно, не является всего лишь простым техническим средством. Однако даже эти соображения не остановили Холмса от возражений в адрес «циничных» истолкований его слов. Точно так же профессор Радин утверждает, что «человеколюбие составляет, собственно, назначение права», и признает, что право связано если не со справедливостью, то хотя бы с «гуманизмом и милосердием». <sup>12</sup> Так как понятия «моральность», «гуманизм»,

<sup>8</sup> По поводу роли образцов поведения и символов и, в частности, «духовных культурных символов» в правовой жизни, см. § 3, 4, 5 настоящего Введения.

<sup>9</sup> *Holmes O. The Path to the Law // Collected legal papers.* 1921. P. 173, 167–169.

<sup>10</sup> *Radin M. Law as Logic and Experience.* 1940. P. 163, 195.

<sup>11</sup> *Ibid.* P. 170.

<sup>12</sup> *Ibid.* P. 164, 150–151.

«милосердие» с трудом можно рассматривать как «средства и методы», то мы имеем основание предположить, что данные авторы в недостаточной степени проводят различие между правом и догмой права, которая является только одной из дисциплин, изучающих право. Поэтому мы можем без особого затруднения установить, что основополагающим элементом всего права являются некий «идеальный элемент»,<sup>13</sup> справедливость или духовные ценности (что и обнаружили Паунд, Кардозо, Ориу, Радбрух и сам автор этих строк, о чем см. далее в главах IV и V),<sup>14</sup> и рассматривать как средство на службе судебных органов только догму права. Во избежание методологической неразберихи было бы весьма важно признать, что юриспруденция, или «догма права», есть не что иное, как искусство,<sup>15</sup> только предназначенное для практических целей. Лишь социология права и философия права могут быть по-настоящему теоретическими дисциплинами. Юриспруденция же, напротив, является «социальной инженерией»,<sup>16</sup> а различные течения внутри нее (аналитическая и историческая юриспруденция, современные «социологическая юриспруденция» и «правовой реализм») — всего лишь различные средства такой инженерии, предназначенные для обслуживания отдельных потребностей конкретных правовых систем и соответствующих типов социумов.

Но и этот главный элемент любой техники основывается на теоретических дисциплинах, которые служат ей в качестве базиса,<sup>17</sup> равно как и на тех практических целях, служить которым она призвана сама. Медицинская техника опирается на физиологию и анатомию так же, как на цель восстановления здоровья. Искусство мостостроения опирается на механику так же, как и на цель транспортировки тяжелых грузов. Таким образом, можно сказать, что социология права, с одной стороны, и философия права — с другой, есть две теоретические дисциплины, которые должны составлять основание юриспруденции, понимаемой как искусство или, иначе, как юридическая техника. В целях систематического предсказания того, чем будут заниматься суды, социология права предлагает юристу объективное описание социальной действительности права, значимого в данной социальной среде. Философия права предлагает правоведам критерий правовых ценностей, помогая ему достигать конкретных целей через отдельные проявления этих ценностей.

<sup>13</sup> *Pound R.* 1) *The History and System of the Common Law.* 1939, P. 15–16; 2) *The Ideal Element in American Judicial Decision* // *Garward Law Review.* Vol. 45.

<sup>14</sup> *Cohen R. M. Law and Social Order.* 1933. P. 165 et seq., 219 et seq.

<sup>15</sup> Альберт Кокурек в своем впечатляющем труде «*Introduction to the Science of Law*» (1930) попробовал противопоставить чисто теоретическому формальному правоведению, или «науке права», «конструктивную или функциональную юриспруденцию», которая является искусством (P. 32–35). Он расценивает такую «абстрактную логическую теорию правоотношения» (P. 235 et seq.) как отличную не только от техники, но также и от социологии и философии права. Тем не менее я должен указать, что логическая юриспруденция Кокурека представляет мне наследием аналитической школы, родственным «чистой теории права» Кельзена. Она представляет собой абсолютизацию логических элементов, действующих в рамках определенной техники, элементов, которые фактически изменяются сообразно с изменениями самой техники.

<sup>16</sup> *Pound R. Interpretations of Legal History.* 1923. P. 141–157.

<sup>17</sup> См. у Карла Н. Ллевеллина: *Llewellyn K. N. Legal Tradition and Social Science Method* // *Essays on Research in Social Sciences.* 1936. P. 89–120.

Приемы юридической техники, используемые в различных эпохах и культурных сферах (например, в континентальной Европе или в англосаксонских странах, в Англии или в Соединенных Штатах, в Римской республике или Римской империи, в XVIII или XIX столетии или в XX веке), далеко не одинаковы. Легитимация разнообразных и крайне изменчивых приемов юридической техники определяется их целями. Цели эти зависят от сочетания конкретных событий реальной правовой жизни на текущий момент в конкретной обстановке (которые и изучаются социологией права) и от изменчивых юридических взглядов и ценностей (специфика и степень объективности которых — непосредственная область философии права).<sup>18</sup> Например, даже сведение всех источников права к государственному праву или, по крайней мере, к изначально определенным и признанным аналитической школой (юридическим позитивизмом и нормативизмом) абстрактным положениям неизменной «логики права» может быть оправдано только социологией права, которая признает обусловленность юридической техники тем или иным типом правовой жизни.

Другие приемы юридической техники, апеллирующие к социальным функциям, или к антиконцептуалистическому «десизионизму», или к плюрализму равнозначных источников, или к приоритету живого и гибкого права, также не находят иного оправдания своему существованию, кроме задачи обнаружения с помощью социологии совершенно различных ситуаций в правовой действительности, соответствующей разным типам общества.

Юридическая техника, или догма права, может быть лишь частично приспособлена к конкретике правовой действительности, так как изменения в технике зачастую отстают от изменений реальной правовой жизни. Правоведы имеют врожденную склонность к догматизму и консерватизму, к отождествлению относительных приемов юридической техники с вечной идеей, Логосом права. Гипертрофия понятийного аппарата, особая плотность концептуальной оболочки, характеризующие всякую юридическую технику, приводят к «мумификации» категорий и понятий, следствием чего становятся замедленность и немалые трудности в приспособлении юриспруденции к ее «церемониальными мистериями» (Т. Арнольд) к новой живой правовой действительности, к ее бесконечному динамизму, к жизни, пребывающей в постоянном движении, в непрерывном изменении.

Именно там, где углубляется пропасть между традиционными юридическими категориями и правовой действительностью, социология права становится насущной необходимостью. Как раз такая ситуация характерна для нашей эпохи: абстрактные юридические понятия оказываются совершенно неспособными охватить всю полноту турбулентного движения реальной правовой жизни с ее спонтанно возникающими и непредсказуемыми институтами. Юрист более не может сделать ни шагу, не занимаясь при этом работой социолога, без обращения к социологии права. И несмотря на то что социология права, являясь методологической наукой, зачастую отсутствует в системе юридического образования и, в любом случае, никогда не занимает в нем должного места, мы то и дело сталкиваемся с зарождением

<sup>18</sup> См. далее: гл. V и Заключение.

спонтанной социологии права в деятельности как теоретиков, так и практиков юриспруденции.

Очевидно, что противоречия между малоподвижной юридической техникой и необычайно активной правовой жизнью возникли давно. Но раньше — например, в XVII и XVIII столетиях — усилия, которые прилагались для смягчения этих конфликтов и приспособления юридической техники к правовой действительности, шли путем обращения к помощи «естественного права», якобы выводимого из чистого разума, но в действительности — из живого права, борющегося против жесткого права, пребывающего в плену абстрактных категорий. Ныне вследствие чрезвычайной сложности правовой действительности; вследствие обновленной философской среды, которая не гарантирует мышлению ни стабильности, ни единства, ни созидательной способности; и наконец, вследствие развития социологического знания уловка под названием «естественное право»,<sup>19</sup> к которой все еще прибегают некоторые юристы, уже не способна решить эту проблему. В существующих условиях только социология права может предоставить правоведам способ удовлетворительного решения проблем юриспруденции.

Наш анализ взаимоотношений социологии права и юриспруденции преследует цель снять ряд возражений в адрес первой, исходящих от последней. Теперь мы должны таким же образом поступить с критикой, высказываемой социологами. Мы уже отмечали, что социология права конфликтует не столько с социологией, составной частью которой она является, сколько с «социологическим позитивизмом, натурализмом, бихевиоризмом и формализмом». Проясним же суть этих доктрин и покажем, насколько они были разрушительны для развития как общей социологии, так и для развития социологии права, и как они были преодолены.

### § 3. Тенденции в социологии и их отношение к праву

Социологический позитивизм, введенный в оборот Огюстом Контом, принимал различные формы, зачастую противоположные замыслу основателя социологии. Для Конта «социология» имела двоякий смысл. С одной стороны, это — позитивная наука социальных фактов. С другой — «всеобщая наука», наука наук, своего рода «первичная философия», заменявшая собой древнюю метафизику. Второе понимание социологии приводит Конта к отождествлению социологии с философией истории, с теорией прогресса, распространяет на нее этику и религию гуманизма и в итоге смешивает (здесь и в других местах) ценностные суждения и суждения о сущем. Вследствие этого социологии навязывается то, что могло бы быть определено как «империалистическая» тенденция, отрицающая возможность любого другого аспекта изучения социальной действительности и требующая поглощения и растворения в ней любой иной из прежде возникших социальных наук и любого философского осмысления этики, права, религии

---

<sup>19</sup> См. мою статью «Естественное право» (в кн.: *The Encyclopedia of Social Sciences*) и мою работу «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935. С. 103–137).

или истории. Исходя из этого Конт решил отказаться от проведения разделения в рамках социологии, за исключением проведения различия между статической и динамической социологией. Единство общества призвано служить основанием «всеобщего духовного единения» — вот девиз его «позитивной политики».

Позиция Конта исключила для социологии права возможность существования не только из-за концентрации внимания на изучении общих правил развития общества и отрицания специальных отраслей социологии, но даже в большей степени из-за его враждебности к праву, за которым он отрицал какую бы то ни было действительность. Право для него было всего лишь «метафизическим остатком... настолько же абсурдным, насколько и безнравственным». Позитивизм «требует безвозвратного исчезновения правовой идеи». Контовская «социальная точка зрения» не могла допускать ничего, кроме «обязанностей, производных от функций», и сама непосредственно основывалась на нравственности и любви. Общество, согласно Конту, покоится на предустановленной гармонии, которая исключает любые антиномии, любые конфликты, которые бы для своего разрешения требовали те формальные гарантии, которые являются характерной чертой правового регулирования. Единственной уступкой, сделанной Контом, — и именно к ней, если можно так выразиться, сводится признание права с его стороны — является допущение того, что право играет определенную роль в эпохи «революционного перехода», где иллюзия «равенства в правах» питает разлагающий и анархический дух эпохи.

После Конта социологический позитивизм постепенно отказался от отождествления социологии с философией как наукой наук, с теорией прогресса и отказался от своего исключительного унитаризма. Это свело позитивистскую социологию к позитивной науке социальных фактов, но в то же время устранило и духовный элемент, который Конт обнаружил в основании социальной действительности. Последняя все более последовательно трактовалась позитивизмом по аналогии с природной действительностью, преимущественно физической или биологической. При отказе от контовского принципа несводимости друг к другу сфер социальной действительности и при сведении объекта социологии лишь к материальному, чувственно познаваемому социологический позитивизм не отказался от намерения социологии поглотить все социальные науки и оставить за собой философское осмысление социальных фактов. Такая позиция привела к отрицанию возможности существования специальных отраслей социологии и к попытке возмещения некоего универсального синтеза, позволяющего дать монистическое объяснение феномену социальной жизни. Это подтолкнуло постконтовский социологический позитивизм к сведению всей социальной действительности к чувственно познаваемым формам. Подобный подход усматривал в обществе лишь комбинацию «социальных сил» и игнорировал все иные элементы, которые пронизывают и направляют эти силы. Очевидно, что, идя таким путем, социологический позитивизм в значительной степени обеднял социальную действительность. Из-за увлечения чересчур узким пониманием действительности позитивизм встал перед необходимостью исключения из предмета своих исследований таких важных секторов социальной действительности,

как правовая действительность, этика, религия и т. д. Так социологический позитивизм превратился в социальный натурализм, сводящий проблематику социологии к проблемам механики, физики, географии, демографии, наконец, биологии, представляя в трояком облике антропорасизма, социального дарвинизма и органицизма.

Среди данных направлений, возможно, один лишь органицизм хотя бы отчасти принимал во внимание проблему механизмов социального регулирования, включая и право. Это проявилось в работах Спенсера и Шеффле;<sup>vii</sup> данный факт объясняется имплицитным воспроизведением в биологическом органицизме более древних элементов «духовного органицизма», обладающего метафизической основой (Краузе, Аренс).

Именно биологический органицизм первоначально вдохновлял этнографические исследования в сфере права. Но его произвольные предположения исключали какое бы то ни было объективное исследование как специфики социальной действительности, так и той роли, которое право играет в ней.

Социальный психологизм, который преодолел предубеждения натурализма и механицизма благодаря работам Лестера Уорда<sup>viii</sup> (*Ward L.* 1) *Dynamic Sociology*. 1883; 2) *The Psychic Factors of Civilization*. 1897; 3) *Pure Sociology*, 2 Vol. 1908), Габриэля Тарда<sup>ix</sup> (см. ниже) и Дж. М. Болдуина<sup>x</sup> (*Baldwin J. M. Social and Ethical Interpretation*. 1897), все же не научился ни проводить различие между психологическим аспектом социальной жизни (коллективная психология) и индивидуальной психологией, ни избегать узкого субъективизма в объяснении психической жизни, ни отражать специфическую роль права в структуре общества. Совершенно справедливо то, что Тард (см. далее), сам будучи юристом, посредством своих криминологических исследований стал одним из ближайших предшественников социологии права. Справедливо также и то, что Болдуин отвел определенную роль юридическому и этическому регулированию, в то время как Уорд не придавал никакого значения праву, видя в нем лишь только произвольные выдумки. Но это не решающий аргумент в пользу психологической социологии. Фактически, как подчеркнул Роско Паунд в своем важном программном труде «Сфера и назначение социологической юриспруденции»,<sup>20</sup> юристы в своих усилиях по созданию «юридической социологии» или, по крайней мере, теории права, имеющей социологические основания, прибегли даже к использованию социологических теорий, отрицающих правовую действительность. В качестве примеров мы могли бы привести применение механической социологии Л. Гумпловичем (*Gumplowitch L.* 1) *Die sociologische Staatsidee*. 1902; 2) *Grundriss der Sociologie*. 1886; посмертное издание в 1926 г.) и положения социального дарвинизма Ваккаро (*Vaccaro E. Les Bases sociologiques du Droit et de l'Etat*. 1893). Нам кажется бесспорным, что эти авторы, и даже Тард (учение которого будет рассмотрено далее), признали социальную действительность права не благодаря своим социологическим выкладкам, но столкнулись с ней в своей частной юридической практике.

Чтобы завершить этот краткий обзор направлений в социологии, которые неблагоприятно воздействовали на развитие социологии права, мы должны

<sup>20</sup> *Pound R. The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence // Harvard Law Review*. 1912. Vol. 12.

упомануть еще о двух более современных направлениях — немецком социологическом формализме и американском бихевиоризме. Социологический формализм, принципиальные положения которого представляли Георг Зиммель (*Simmel G. Soziologie. 1908*) и Леопольд Фон Визе (*Wiese L. von. System der allgemeinen Soziologie. 2 bd. 1926–1933*; американский перевод Г. Беккера, 1932), ограничивает весь предмет изучения социологии исключительно «чистыми формами межчеловеческих отношений». Так, отбрасывается всяческое культурное и духовное содержание таких форм, как, например, право, нравственный закон, религия, наука, эстетика, равно как и материальный базис общества — демографический, географический, инструментальный, экономический или любой иной. По мнению приверженцев этой концепции, начать изучение не просто абстрактных форм «социальности»,<sup>21</sup> но также и всего спектра конкретных социальных явлений означает необходимость растворить социологию в других социальных науках или в исторической науке. Социология, таким образом, утрачивает свой специфический объект, и поэтому не может быть никакой взаимосвязи между социологией и частными социальными науками! Если эта тенденция и имела некоторую заслугу, отказываясь от первоначального стремления социологии растворить в себе все частные социальные науки, и даже если она способствовала изучению типов социальности и типологии социальных групп, за это была заплачена слишком высокая цена, так как социология оказалась в этом аспекте совершенно бесплодной. Эта концепция — не что иное, как абстрактный и антиисторический рационализм, объединенный с номиналистическим предубеждением против социальной действительности.<sup>21</sup> В своих рассуждениях о методологии формалисты забывают, что объект и метод науки — разные вещи и что один объект (социальная действительность) может быть изучен различными методами: типологическим (в социологии), индивидуализирующим (в истории), нормативным и техническим (в юриспруденции) и т. д. К тому же формальная социология, перечеркивая всю социологию культуры и духовной жизни (социология науки, религии, права и т. д.), которые ныне пребывают на подъеме, совершенно справедливо отвергнута подавляющим большинством современных социологов.

Бихевиоризм поначалу был всего лишь весьма спорным переложением исключительно биогенетической теории условных рефлексов российского физиолога Павлова применительно к психологии. Цель состояла в том, чтобы выявить специфику человеческого поведения в отличие от поведения животных (*Watson J. Psychology from the Standpoint of a Behaviorist. 1914*). Впоследствии подобный подход был применен рядом американских авторов к решению проблем социальной психологии и социологии. Социальный бихевиоризм, в строгом смысле данного термина, ставит своей целью свести всю социальную жизнь к психофизиологическим рефлексам как реакциям на внешние стимулы. Чтобы быть последовательным, бихевиоризм не мог выйти за пределы узкой сферы внешних стимулов и рефлексов-реакций. Но, поскольку на подобном методологическом основании между разными способами

<sup>21</sup> См. по критике социологического формализма мою работу «Социологические очерки» (1938) и работу П. А. Сорокина: *Sorokin P. A. Contemporary Sociological Theories. 1928. P. 488–513.*

человеческого поведения оказываются невозможными какие-либо взаимодействия и связи, не говоря уже о чем-то более глубоком, даже большинство радикальных бихевиористов (например, Флойд Олпорт, Рид Бейн и Джордж Лундберг<sup>21</sup>) вынуждены были ввести, с одной стороны, понятие «социальные стимулы» а с другой стороны, понятие «рефлекторные реакции» (внутренняя среда), переходящее в понятие «рефлекторное поведение». <sup>22</sup> Концепция рефлекторных реакций и рефлекторного поведения вновь вводит в оборот проблему сознания и коммуникации между сознаниями. Здесь вновь возникают все те проблемы, которые стремился устранить бихевиоризм.

Что касается «социальных стимулов» (термина, на самом деле содержащего в себе порочный круг в силу того, что под ним понимается, как известно, то, что бихевиористы предлагали объяснять физиологически и натуралистически), то это — чрезвычайно сложный комплекс взятой в целом социальной и психической действительности. <sup>23</sup> Данный вывод подтверждается тем удивительным фактом, что работы наиболее радикальных бихевиористов переполнены рассуждениями по поводу «социальных паттернов и символов». <sup>24</sup> Как будто эти символы, даже будучи совершенно ошибочно сведенными к простейшим знакам или выражениям, были бы возможны и могли бы иметь силу без понимания их внутреннего значения, без «кинсайта»! В свете всех этих внутренних противоречий и неспособности последовательно продвигаться от отправной точки не удивительно, что среди большинства умеренных бихевиористов (и еще более обширного числа социологов и физиологов, воспринявших значительную часть бихевиористской терминологии по причине того, что она была тогда в моде) все рассуждения сводятся к довольно банальному заключению, в течение длительного времени признаваемому большинством исследователей. Оно состоит, как не без основания подчеркивал Флориан Знанецки, исключительно в требовании того, «чтобы человеческие действия и их изменения как эмпирические факты изучались в духе научной объективности». <sup>25</sup> Это исключает метод субъективного самоанализа, который заменяет менталитет объекта наблюдения менталитетом наблюдателя. Но данный подход никоим образом не исключает метода интерпретирующего понимания, понимания внутреннего значения наблюдаемых индивидуальных и коллективных человеческих поступков, <sup>26</sup> тогда как

<sup>21</sup> *Allport F.* Social Psychology. 1924. P. 148 et seq.; *Bain R.* Trends in American Sociological Theory. P. 107 et seq. // Trends in American Sociology. 1929 / *Bain R.* et alt.; *Marney J. E.* Trends in Social Psychology. P. 134 et seq.; *Lundberg G.* Foundations of Sociology. 1939. P. 221 et seq.

<sup>22</sup> Следует отметить, что бихевиористский принцип «социального стимулирования» является противоречивым с другой точки зрения. Эта предпосылка приводит бихевиористов к наиболее последовательному индивидуалистскому номинализму, если даже не к физиологическому солипсизму. В этом смысле полное отрицание реальности групп и коллективного поведения групп проводится у Ф. Олпорта (*Allport F.* Institutional Behavior. 1933. P. 238 et seq.) гораздо более последовательно, чем признание их реальности у Г. Лундберга (*Foundations of Sociology*. P. 163 et seq.).

<sup>24</sup> См. работы Лундберга (*Lundberg G.* 1) *Ibid.* P. 9 et seq., 45 et seq., 106 et seq., 195 et seq., 253 et seq., 311 et seq., 399 et seq.; 2) *Social Research*. 1929. P. 14 et seq.), которые особенно характерны в этом смысле. Лундберг использует, даже злоупотребляет термином «символ», чтобы скрыть противоречия своей мысли.

<sup>25</sup> *Znaniecky F.* Social Actions. 1938. P. 17 et seq., 52–53.

<sup>26</sup> Нужно отметить, что во Франции наиболее склонные к объективным методам социологии Эмиль Дюркгейм и Люсьен Леви-Брюль признали, наконец, необходимость изучения внутренних

бихевиористская концепция являлась лишь простым возвратом к социальному натурализму, основанному на физиологии. Бихевиоризм не предложил никаких новшеств, но при этом породил полнейшую путаницу относительно той роли, которую играют в социальной жизни регулятивные механизмы, правила, ценности, идеи, короче говоря, духовный элемент.

Так, все перечисленные основополагающие элементы социальной действительности были трансформированы в «стимулы», действующие более или менее механическим способом, в связи с чем и возникли препятствия к развитию социологии права, так же как и всех частных теорий «социального контроля», а в более широком смысле — всемо социологическому изучению «нематериальных аспектов культуры, возвышенных социальных ценностей».<sup>27</sup>

Концепция «народных обычаев и нравов» В. Г. Самнера<sup>XIII</sup> как одна из наиболее фундаментальных попыток социологического исследования может рассматриваться как первый шаг англо-американской социологии к проблемам социологии права и морали. В двух своих работах (*Sumner W. G. 1) Folkways: A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs and Morals. 1906; 2) Science of Society. 4 ed. 1927; в соавторстве с А. Г. Келлером*) Самнер установил, что неповторимый характер социальной действительности по отношению к отдельным лицам и взаимосвязям между ними наиболее явно проявляет себя в регулировании поведения посредством «народных обычаев». Последние сначала проявляют себя бессознательно и анонимно. «Народные обычаи — это привычки и обыкновения общества... потом они становятся регулятором и императивом для последующих поколений. В период своего действия они широко контролируют индивидуальную и общественную деятельность. Поэтому народные обычаи не являются порождениями человеческого промысла и воли. «Регулятивный и императивный характер народных обычаев сконцентрирован в «нравах», «включающих в себя суждения, поскольку последние способствуют социальному благополучию и осуществлению принуждения по отношению к индивидам с тем, чтобы их поведение соответствовало нравам, несмотря на то, что такие нравы не координируются какой-либо властью». «Институты и правила производны от нравов. Институт состоит из понятия (идеи) и структуры». Созидательным институтам (например, собственность, брак, религия) должны быть противопоставлены «предписывающие институты», т. е. право. «Независимо от того, хорошо или плохо они организованы, правовые предписания содержатся в нравах прежде, чем они оказываются в праве, и сопутствуют развитию регулятивной системы». «Невозможно провести четкую линию разграничения между нравами и правом. Различие проявляется в форме санкций, которые в праве более рациональны и организованы».

---

значений человеческого поведения. В своих последних работах Дюркгейм настаивал на роли ценностей и идеалов в социальной действительности, а Леви-Брюль посвятил себя исследованию первобытного мышления (см. мои работы: 1) Социологические очерки. 1938; 2) Теоретическая мораль и наука о нравах. 1937).

<sup>27</sup> Ellwood C. A. *Methods in Sociology*. 1933. P. 54 et seq. По вопросу общей критики бихевиоризма см. работу P. M. МакИвера: *MacIver R. M. 1) Society, its Structure and Changes. 1931. P. 46-96, P. VII et seq., P. 43 et seq., 519 et seq.; 2) Is Sociology a Natural Science? // American Sociological Society Publications. 1931.*

Самнер упорно настаивает на роли «социального регулирования», которое является одной из «жизненно важных потребностей» общества и «необходимо для поддержания жизнедеятельности общества». Но используемые предпосылки и методы не позволяют Самнеру добиться более или менее точного разграничения между простым социальным воздействием, техническим регулированием или, наконец, собственно культурным регулированием, равно как и разграничения в рамках культурного регулирования между регулированием посредством права, морали, религии или эстетики. Самнер исходит из предпосылок, которые являются одновременно и утилитаристскими, и эволюционистскими. Данные предпосылки, несмотря на постоянные усилия по преодолению противоречий, делают для мыслителя невозможным проведение различия между культурными ценностями и паттернами, с одной стороны, и техническими привычками и паттернами — с другой. Самнер даже не в состоянии видеть в технических, моральных и юридических средствах нечто большее, чем лишь стадии в искусственно сконструированной им длящейся эволюции. Единственной особенностью является возрастающее значение санкционирования, которое обусловлено ростом объема повседневной деятельности. Он не замечает, что различные народные обычаи противоречат друг другу как несводимые друг к другу принципы, исключая взаимную преемственность, и что характер санкций — категория, недостаточная для понимания внутренней структуры регулирования, которую эти санкции поддерживают. Мы должны добавить, что концепция Самнера искусственно сводит всю моральную и правовую жизнь исключительно к традиции и обычаю, «инерции и жесткости», исключая элемент спонтанного новаторства, коллективного созидания, бунта или законодательных корректировок. Кроме того, Самнер устраняет из этоса всякий телеологический элемент, духовные ценности, идеал, заявляя, что «нравы, имеющие авторитет факта, являются единственным критерием правильного и ошибочного».

Таким образом, мы должны заключить, что усилия, предпринимаемые Самнером и его школой для того, чтобы дать социологии возможность ориентироваться в изучении социальной действительности, права и морали, не увенчались успехом.

Взгляды Самнера удачно критиковались Ф. Х. Гиддингсом. Этот социолог показал, что автор «Народных нравов» не преуспел в различении «непризнанных и признанных моделей», связанных с социальным моделированием (*Giddings F. H. The Scientific Study of Human Society. 1924. P. 74 et seq., 143 et seq., 69 et seq.*). Согласно Гиддингсу, среди «нравов» в конечном итоге необходимо видеть различия между нравами, проникнутыми моральными ценностями, и *themistes*, нравами, связанными со справедливостью (*Ibid. P. 264 et seq.*). Наконец, этот автор подчеркивал, что «народные обычаи» во всем многообразии их значений должны противопоставляться «государственным обычаям», извечная напряженность между которыми проходит сквозь вышеназванные различия (*Ibid. P. 190 et seq.*). Таким образом, высказанная Гиддингсом критика разрушила эволюционистскую и утилитаристскую гармонию самнеровских построений и показала невозможность построения на подобном основании социологии права и морали. То же самое нужно сказать относительно размышлений Е. Вестермарка<sup>xiv</sup> (*Westermarck E. 1) The Origin*

and Growth of Moral Ideas. 2 Vol. 1907; 2) Ethical Relativity. 1932). Его творчество должно было бы выгодно отличаться от работ Самнера и Келлера, так как он отказывается от утилитаристских соображений и описывает эмоциональные основания нравов. Но радикальный психологический субъективизм мешает этому исследователю найти для социологии права и морали точное место в рамках общей социологии, которую он не отграничивает от этнографии и социальной психологии.

Гораздо более важным для развития социологии в интересующем нас смысле было включение в американскую социологию теории «социального контроля». После создателя этой теории, Э. А. Росса,<sup>XV</sup> сформулировавшего ее основы в серии статей, опубликованных в «Американском социологическом журнале» (1896–1898) и в книге: *Ross E. A. Social Control, A Survey of the Foundation of Order* (1901), — эта проблема стала одним из главных предметов интереса американского социологического сообщества и вызвала к жизни обширную литературу.

Отправными точками концепции Росса явились два основных тезиса. Первым было разграничение между «социальными влияниями» («непосредственное психологическое давление, стимулирование или внушение общества по отношению к индивидууму как проявление социальных сил») и «социальным контролем как регулятивным институтом», «навязывающим коррективы» и «рассчитанным на подавление нежелательного поведения и стимулирование желательного поведения». Вторым тезисом была идея о том, что «порядок» в социальной жизни не является инстинктивным и спонтанным, а основывается на социальном контроле и является его продуктом. Так как общество невозможно без порядка, то социальный контроль — это необходимый составляющий элемент социальной действительности. Второй тезис подкрепляется у Росса двумя неравноценными аргументами. Весьма оправдана его настойчивость в утверждении о существовании в социальной жизни множества неустранимых конфликтов, которые могут быть лишь временно стабилизированы постоянным применением средств социального контроля. Совершенно противоположным этому, однако, является его истолкование «социального» в радикально-номиналистическом смысле, т. е. как соединения обособленных индивидов и даже как разновидности фикции, поскольку единственная связь между индивидами проистекает из социального контроля. По этой причине основание и источники самого социального контроля оставлены без внимания. Среди различных типов социального контроля для Росса — это «краеугольный камень в здании порядка, наиболее специфичный и тщательно выполненный механизм используемого обществом контроля». Интеграция права в общий механизм социального контроля позволяет изучать право в его функциональном отношении к конкретным социальным ситуациям и благоприятствует развитию социологии права. Для последней «право и императивы в том виде, в каком мы их фактически находим, не были бы ни единообразными, ни неизменными, но адаптированными к ситуации, в которой обществу случается оказываться». Даже значение права по отношению к другим типам социального контроля (нравственный закон, религия, искусство, образование и т. д.) может измениться сообразно изменению типа общества.

Подобные идеи Росса принесли значительные результаты в исследованиях выдающегося американского социолога права Роско Паунда, которому Росс посвятил свои «Принципы социологии» (*Ross E. A. Principles of Sociology*. 1902) и который, в свою очередь, постоянно подчеркивает свою преемственность в отношении общего принципа социального контроля, сформулированного Россом (см. далее).

Несмотря на все предпосылки теории социального контроля Росса, последняя не послужила в качестве достаточного основания для действенного преобразования общей социологии, что способствовало бы и развитию социологии права. Прежде всего, четкое противопоставление «воздействия социальных сил» и социального контроля, включающего в себя систему регулирования, было весьма смягчено, если не снято вовсе посредством путаницы, допускаемой автором в анализе: а) «видов контроля», б) «средств (или методов) контроля» и в) «органов контроля». Если мы примем во внимание тот факт, что различия среди видов контроля (право, мораль, религия и т. д.) являются различиями служебных ценностей в той же степени, как их значения в рамках структуры контроля, и что для создания определенного механизма регулирования каждый из видов контроля может использовать совершенно различные методы (или такие средства, как воздействие, стимулирование), мы поймем, что отождествление видов контроля со средствами контроля означает разрушение основы всей концепции. Поэтому Росс вынужден был включить в социальный контроль те явления, которые он первоначально ему противопоставлял (давление, внушение, иллюзия, социальное мнение, привычка, престиж и т. д.), что было следствием игнорирования того, что любой вид социального контроля может использовать перечисленные средства в своем действии в разных направлениях или в разных комбинациях. Как следствие, Росс неосознанно стирает все линии четкого разграничения проблем социального контроля и проблем коллективной психологии, что в дальнейших исследованиях привело к такому расширению понятия социального контроля, которое лишало данное понятие четкого значения. Впоследствии многие авторы приспособили социальный контроль для общепсихологического описания «социальных стимулов».<sup>28</sup>

Отождествление видов контроля с органами контроля было не менее роковым. Фактически органы контроля — это различные социальные структуры (например, различные формы союзов, групп, блоков групп или комплексных обществ), каждая из которых может служить опорой для нескольких видов контроля одновременно и осуществлять контроль в отношении своих собственных членов. Проблема взаимоотношений между социальным контролем и различными типами групп в пределах комплексного общества полностью вышла из поля зрения Росса. Вероятно, это произошло из-за того, что радикальный номинализм концепции Росса не позволил ученому понять реальность коллективных союзов и их специфических порядков. Росс связал различные виды социального контроля только с комплексным обществом.

<sup>28</sup> Автором наиболее разработанной концепции в рамках подобного направления является Л. Л. Бернанд: *Bernard L. L.* 1) *Introduction to Social Psychology*. 1926. Ch. XXXV–XXXVI; 2) *Fields and Methods of Sociology*. 1934. P. 47 et seq.; 3) *Social Control in its Sociological Aspects*. 1939.

Он рассматривал созданный посредством социального контроля порядок как уникальный: как если бы этот порядок был абсолютным, а не относительным принципом и как если бы в каждом обществе не существовало бы неустрашимого плюрализма порядков и необходимых для подобного упорядочивания органов социального контроля! Для Росса существовал всего лишь один способ придать своей теории социального контроля более четкие контуры. После четкого различения видов, средств и органов контроля необходимо было соотнести виды контроля с коллективными духовными ценностями, одухотворявшими их и делающими из них подлинные органы нормативного регулирования. Фактически для некоторых типов социального контроля (мораль, религия и т. д.) Росс предвидел подобный путь, ссылаясь на их связь с «социальными идеалами и оценками». Тем не менее наш социолог не только не настаивал на этой связи, но попросту исключил ее из других типов социального контроля, особенно из права (Ross E. A. 1) *Social Control*. P. 411 et seq., 2) *Principles of Sociology*. P. 423–430), также трансформируя право в чисто техническое средство.

Среди последователей теории социального контроля Росса наиболее сильное стремление определить и ограничить понятие социального контроля путем демонстрации его обязательной связи с идеальными и духовными элементами, которые являются основополагающими принципами социальной действительности, безусловно продемонстрировал Ч. А. Элвуд.

Вдохновленный спиритуалистическим рационализмом, являвшимся основанием социального эволюционизма английского социолога Л. Т. Хобхауза<sup>xvi</sup>,<sup>29</sup> Элвуд настаивает на том, что социальный контроль опирается на «социальный идеализм» в процессе реализации «духовной стороны социальной жизни», представленной «возвышенными культурными ценностями, идеями и идеалами», и действует в этом направлении посредством регулирования поведения. Кроме того, виды социального контроля сведены мыслителем только к тем видам, которые способствуют достижению социального порядка в строгом смысле этого термина, т. е. нравственность, право, религия и образование. Элвуд верит в непрерывный прогресс социальной жизни в направлении все возрастающих одухотворенности и рационализации, сопутствуемых более осознанным, весомым и эффективным социальным контролем.<sup>30</sup> Несмотря на заслуги Элвуда в установлении связи между проблемой социального контроля и проблемой проникновения духовных ценностей в состав и механизм функционирования социальной действительности, ход дальнейшего развития и разработки данной идеи Элвудом вызывает серьезные возражения. Это не вопрос лишь простого содержания сомнительной в целом идеи социального прогресса, основанной на путанице между суждениями о сущем и ценностными суждениями, и не вопрос его убежденности в непрерывной эволюции, которая все более и более отвергается социологами.

<sup>29</sup> *Hobhouse L. T.* 1) *Morals in Evolution*. 1906; 2) *Mind in Evolution*. 1918; 3) *The Rational Good*. 1921; 4) *The Elements of Social Justice*. 1922.

<sup>30</sup> *Ellwood C. A.* 1) *The Social Problem*. 1915. 2 ed. 1924. P. 21–48, 92, 115, 191–99, 207; 2) *The Psychology of Human Society*. 1925. P. 390–468; 3) *Methods in Sociology*. 1933. P. 21 et seq., 129–214. См. также его статью: *Ellwood C. A.* *The Sociological Foundation of Law* // *Green Bag*. Vol. 22. 1910.

Значительно более важным является тот факт, что Элвуд вместо изучения функциональных взаимоотношений между духовной жизнью (которая, кроме того, вовсе не обязательно должна быть рациональной, т. е. рассудочной) и различными проявлениями социальной действительности в духе абстрактного и догматического идеализма рассматривает «духовность» как некое бестелесное и неподвижное царство. Таким образом, он подчиняет социологию своей собственной философской позиции, полностью возвращаясь к чисто идеологическому методу, исключая всю относительность и все бесконечное многообразие символических аспектов, значений и духовных ценностей в социальной действительности.

Так, своим идеалистическим догматизмом Элвуд невольно компрометирует необходимую идею социологии духа, которая у него принимает форму, характерную для древних типов социальной философии, где смешивались понятия «социальный идеал» и «социальная природа».

Очень серьезный вклад в проблему социального контроля и социологии человеческого духа был сделан в работах К. Х. Кули.<sup>xvii</sup> Лишь в своей последней работе «Social Progress» (1918) Кули напрямую ввел термин «социальный контроль», хотя проблема его связи со структурой социальной действительности занимала мыслителя изначально — уже начиная с работ «Human Nature and Social Order» (1902), и особенно с книги «Social Organization» (1909). Вопреки номинализму Росса и позиции Элвуда, которая носила компромиссный характер, Кули придерживается строго «реалистической» позиции в отношении социальных явлений. Он настаивает на несводимости «социального Целого» к его частям и на необходимости признания самобытной специфики социальной действительности. Эта специфика состоит в том, что «самость» и «социальное единство» являются всего лишь абстрактными выражениями «органического и живого разумного Целого», находящегося в постоянном творческом становлении. Эта «созидательность живого разума», в которой самосознание и социальное сознание — «близнецы», дает начало социальным идеалам и оценкам, символам и стандартам, которые одновременно являются и результатами, и создателями социальной действительности. Духовная жизнь, которая через релевантные значения проявляет себя в качестве постоянного элемента социальной действительности как в «Мы», так и в «самости», постоянно выходит за свои пределы. Согласно Кули, этот процесс ведет к тождеству «морального и социального», противоположаемых «чувственному», к идеалу добродетели и праведности, собственно и являющихся «креативным социальным Целым». Социальный контроль, чье регулирование исходит из социальных оценок и идеалов, является, таким образом, имманентным для самосозидания общества процессом.

Социальный «самоконтроль» не может быть изолирован «от общественного сознания»; причем такой самоконтроль возложен не на отдельных лиц, но непосредственно на само живое социальное Целое. Этот контроль проявляется как в комплексных обществах, так и в отдельных группах и обнаруживает множественность органов, сосуществующих в каждой из его сфер. Данная концепция, столь отличная и даже в чем-то противоположная концепции Росса, включает в понятие социального контроля принцип динамичной спонтанности. Это позволяет Кули установить факт того, что посредством

различных правил и стандартов осуществляется не весь социальный контроль, и позволяет подчеркнуть различие между бессознательным (или имплицитным) социальным контролем, и основанным на определенных стандартах рациональным социальным контролем (институционализированным). Эти важные различия, которые были восприняты многими социологами (некоторые из них добавляли к данным различиям еще и другие, например, между организованным и неорганизованным, формальным и неформальным контролем и т. д.), несомненно, имели большую ценность, поскольку, не посягая на разграничение типов контроля сообразно их структурам, в свою очередь, соотношенным с различиями духовных ценностей, они допускают описание регулятивной функции религии, морали, права и пр. *на разных глубинных уровнях* — точка зрения, которая играет очень важную роль в современной социологии права. Если при этом взгляды Кули и имели успех в части углубления проблемы социального контроля и в обнаружении путей для изучения функциональных взаимоотношений между духовными значениями и различными проявлениями социальной жизни, то все же их общесоциологическая основа осталась подвешенной в воздухе. Часто указывалось на полное отсутствие ясности в исследованиях Кули, на его принципиальную нерешительность в выборе между рассмотрением духовных ценностей в качестве простых, односторонних результатов социальной жизни и догматическую идеализацию этой же самой жизни в качестве идеала<sup>31</sup> — данный недостаток был прикрыт отсутствием точности, а сама аморфная концепция креативности, полуреальная, полумистическая,<sup>32</sup> препятствовала Кули в решении проблемы социологии человеческого духа, которую он предугадывал.

Большинство социологов, которые занимались вопросом социального контроля после Кули, вместо углубления его исследований пришли лишь к эклектичным теориям, объединившим влияния Росса, Кули и Самнера,<sup>33</sup> и не внесли в эту важную проблему ничего, кроме дополнительной путаницы.<sup>xviii</sup>

Общие взгляды Кули напоминают в некоторых отношениях взгляды великого мастера французской социологии Дюркгейма, который подробнейшим образом, но с использованием совершенно иной терминологии работал над теми же самыми вопросами. С другой стороны, великий немецкий социолог Макс Вебер в рамках своей реформы социологического метода чрезвычайно логично и четко изложил центральную проблему социологии духовных значений. Так как именно эти два европейских социолога одновременно значительно способствовали основанию социологии права в качестве отдельной отрасли социологии и поскольку именно их учения одновременно и противостояли, и дополняли друг друга, мы остановимся на более тщательном рассмотрении их взглядов.

<sup>31</sup> *Smith T. V. Beyond Conscience. 1934. P. 110–132.*

<sup>32</sup> *Levin S. M. C. H. Cooley and the Concept of Creativeness // Journal of Social Philosophy. 1941. P. 216–290.*

<sup>33</sup> См., напр.: *Park R. E., Burgess E. W. 1) Introduction to the Science of Sociology. 1921. P. 785–864; 2) Social Control // American Sociological Society: Proceedings. Vol. XII. 1917; Lurnley F. E. 1) Means of Social Control. 1926; 2) Principles of Sociology. 1928. P. 48–505; Landis P. H. Social Control. 1939.*

Эмиль Дюркгейм (1858–1917), серьезно трансформируя взгляды Конта и одновременно энергично борясь со склонностью новой науки к натурализму, формализму или догматической метафизике, весьма способствовал тому, чтобы социология права заняла важное место в системе социологии. Он углубил тезис о *специфичности «социального»*, отказываясь признавать какое бы то ни было объяснение социального феномена, проявляющегося в «Целом», кроме как в терминах, отражающих специфический характер этого «Целого», и относя лишь к отдаленному будущему возможность изучения общих законов развития общества. Критериями этой специфичности являются, с одной стороны, «предустановленные институты» (коллективное поведение, выраженное в организациях и практиках), которые осуществляют принуждение и давление, с другой стороны — коллективные символы, ценности, идеи и идеалы, которые пронизывают социальную действительность (и которые позволили Дюркгейму определить «важнейшие социальные явления как ценностные системы»), и, наконец, состояния коллективного сознания, коллективных представлений и стремлений, которые являются неустрашимыми для индивидуального сознания и служат в качестве основания для любого проявления социальной жизни.<sup>34</sup>

1. На поверхности социальной действительности находится географическая и демографическая основа общества, а также строения, каналы связи, инструменты, продовольствие и т. д. Этот целостный материальный базис при этом является социальным только постольку, поскольку он глубоко трансформирован коллективным действием и пронизан символами, идеями и ценностями, которыми его снабдил коллективный разум.

2. Под этой материальной, или, как ее определял Дюркгейм, «морфологической поверхностью», находятся *институты* (предустановленные «пути действия») и коллективные образцы поведения, закрепленные или в привычных действиях, или в организациях; первые из них осуществляют давление, вторые — принуждение в собственном смысле слова.

3. Далее следуют *символы*, соответствующие институтам и служащие объединению различных знаков и средств, например, эмблем, флагов; святынь, ритуалов, догм в религиозной практике; санкций, процедур, уставов, обычаев и т. д. в юридической практике.

4. Ниже символического уровня находятся коллективные ценности, идеи и идеалы, которые обозначаются символами и через которые одухотворяется коллективное поведение. Эти ценности и идеи — одновременно и продукты, и творцы социальной жизни — приводят нас к «свободным и наименее кристаллизованным потокам» коллективного сознания, искомыми выражениями которого они являются.

5. Наконец, мы проникаем на самый глубокий уровень социальной действительности, в сами состояния коллективного сознания — коллективные

<sup>34</sup> Дюркгейм Э. 1) О разделении труда в обществе. 1893 (пер. на англ., 1915 и 1933); 2) Правда социологического метода. 1894 (пер. на англ., 1938); 3) О самоубийстве. 1897; 4) Элементарные формы религиозной жизни. 1912 (пер. на англ., 1926); 5) Философия и социология. 1924; 6) Нравственное воспитание. 1930. — См. наиболее важные статьи Дюркгейма: 1) *Determination du fait moral // Bulletin de la Societe Francaise de philosophie*. 1907; 2) *Jugements de realite et Jugements de valeur // Revue de Metaphysique et de Morale*. 1911. — Критический анализ идей Дюркгейма см. в моей работе «Социологические очерки» (1938. С. 115, 69, 279–306).

представления, коллективную память, коллективные ощущения, коллективные склонности и стремления, коллективную волю и страсти, частично трансцендентные, частично имманентные индивидуальному сознанию.<sup>35</sup>

Этот анализ различных измерений социальной действительности, создаваемой несколькими глубинными уровнями, привел Дюркгейма к признанию необходимости выделения в рамках социологии особых направлений:

I. «Социальная морфология», которая изучает материальную составляющую общества, поддающуюся подсчету и измерению.

II. «Социальная физиология», которая изучает институты, коллективные символы, ценности и идеи и которая включает в себя социологию религии, морали, познания, права, экономики, лингвистики и эстетики. Эта часть социологии, которую Дюркгейм весьма неудачно обозначил социальной физиологией, может быть более удачно названа *социологией человеческого духа*, потому что все «способы действия», с которыми она соприкасается, направляются значимыми символами и ориентируются на ценности и идеи.

III. *Коллективная психология*.

IV. *Общая социология*, которая изучает взаимосвязь всех уровней и аспектов социальной действительности в аспекте, обозначенном Моссом, главным последователем Дюркгейма, как «тотальное социальное явление», и которая описывает типы групп и социальных объединений.

Американская социология в течение последних десятилетий достигла более детальной специализации различных социологических дисциплин, которых иногда насчитывается до 30.<sup>36</sup> Некоторые различия весьма полезны, другие же довольно искусственны, но, что является наиболее поразительным, не существует никакого критерия для таких производных делений, а отдельные участки были выделены совершенно случайно. Дюркгейм сделал первую попытку рационального разделения социологии на специальные дисциплины, попытку, очевидно, не последнюю (см. ниже: § 4 данного Введения). Уделяя, наряду с социологией этики, религии и т. д., отдельное место социологии права в рамках социологии человеческого духа, отличной от социальной морфологии, коллективной психологии и общей социологии, Дюркгейм задал для континентальной социологии новое направление. Он в значительной степени устранил, причем более глубоко и систематически, чем американская теория социального контроля, препятствия, возникшие на пути юридической социологии как результат социологического позитивизма, натурализма и формализма.

Можно даже сказать, что в определенном аспекте вся социология Дюркгейма, особенно вначале, имеет некоторую «юридическую» окраску. И действительно, Дюркгейм видел необходимый критерий социального в «принуждении», в санкционированной императивности, это — необходимая черта права, ставящая превыше всего, даже превыше этики, дисциплину и регулярность. Он полагал, что право есть «видимый символ» всей «социальной солидарности», единая точка отсчета для ее изучения, и провозгласил, «что

<sup>35</sup> По поводу критики концепции Дюркгейма о трансцендентности «коллективного сознания» см. мои «Социологические очерки» (1938. С. 141–169).

<sup>36</sup> См., напр.: *Bernard L. L. The Fields of Sociology // The Fields and Methods of Sociology*. 1934. P. 12 et seq.

количество социальных связей обязательно пропорционально количеству правовых норм, определяющих их», и что «обычная жизнь общества не может развиваться без правовой жизни, простирающейся одновременно в тех же пределах и на те же отношения, причем все существенные вариации социальной солидарности непременно отражаются в праве».

Несмотря на несколько преувеличенное значение для изучения социальной действительности, отведенное Дюркгеймом юридическим символам, что сделало возможным надписать на выстроенном им здании социологии: «не юрист да не войдет сюда», он, как мне кажется, не достиг успеха в преодолении препятствий на пути взаимопонимания юристов и социологов. Для этого есть несколько причин. Во-первых, Дюркгейм не отказался от агрессивной направленности социологии, которая не признавала права на существование за социальными науками, основанными до социологии и оставшимися независимыми. Отдельные отрасли социологии, согласно Дюркгейму, должны были заменить такие социальные науки, как правоведение, экономическую теорию, филологию и т. д. Даже проблемы эпистемологии могли быть решены только посредством «социологии знания». Иными словами, Дюркгейм не признал никакого другого метода изучения социальных явлений, кроме социологического. В частности, предполагалось, что социология права заменит собой систему обучения, сформированную правовыми школами. Дюркгейм забыл, что различные паттерны, символы и, более того, идеи и ценности могут изучаться систематическим методом, который вырабатывает для них связные структуры и проверяет их внутреннюю достоверность исходя из их способности к интеграции в социальное Целое, имеющее самостоятельную значимость. Он забыл также, что философия права, с одной стороны, и юриспруденция — с другой, с их систематическими и техническими методами могли послужить социологии права в качестве отправных точек в ее исследованиях.

Вторая и решающая причина частичной неудачи Дюркгейма в его усилении по созданию социологии права кроется в концепции символической сферы и области ценностей, идей и идеалов, короче говоря, в концепции «духовного» как одностороннего продукта и проекции «коллективного сознания». На основе того бесспорного факта, что некоторые образцы, символы, идеи, идеалы, ценности могут быть определены или осознаны только коллективно, Дюркгейм заключил, что они суть эпифеномены «коллективного сознания» или, в лучшем случае, тождественны ему. Так, он встал перед проблемой выбора между коллективным субъективизмом (в начале своей научной карьеры) и возвышением коллективного сознания к высотам сверхвременного духа (в завершении), забывая при этом, что коллективный разум может в равной степени пребывать в духовном мире идей и ценностей или же проистекать от них, не являясь в этом отношении ни на йоту отличным от индивидуального сознания. Отсюда и склонность Дюркгейма решать философские проблемы посредством социологических рассуждений, вытеснение социологией не только самостоятельных социальных наук, но также и эпистемологии, этики, философии права, в результате чего «коллективное сознание» становится метафизической категорией, Духом. Очевидно, что социология права, основанная на подобных предпосылках, оказывается вне пределов позитивной науки и, заменяя собой философию права, конфликтует с любой

концепцией, признающей различия между сущим и ценностью, фактом и нормой. Уместно спросить, возможно ли на подобном основании различать юридические, этические и религиозные институты, поскольку такое разграничение предполагает разграничение символов, направляющих эти различные системы, и ценностей, вдохновляющих эти символы. Такое разграничение становится невозможным, как только их начинают рассматривать в качестве продуктов или проявлений коллективного сознания, а не как определенное содержание, противостоящее ему.

Третья и последняя причина неудачи Дюркгейма в деле устранения препятствий, которые затрудняли развитие социологии права, коренится в его склонности к сведению всех проблем данной дисциплины к проблемам происхождения правовых институтов. Отождествляя «архаичное» и «примитивное» и признавая эволюционную последовательность смены социальных типов, Дюркгейм пришел к убеждению, что изучение происхождения юридических, религиозных и этических институтов в архаичном обществе могло бы послужить принципиальной отправной точкой для понимания тех же самых институтов в современном обществе. По этой причине все достижения школы Дюркгейма, имеющие отношение к юридической социологии, оказались в сфере генетической социологии права, а эта последняя — в пределах единственного типа общества — общества прошлого. Сейчас область социолого-правовых исследований бесконечно более обширна. *Систематическая социология права*, изучающая отношения между «формами социальности» и «видами права», соединенными и сбалансированными в рамках каждой группы, и *дифференциальная социология права*, изучающая юридическую типологию отдельных групп и социальных объединений, должны предшествовать генетической социологии, применимой только внутри единственного типа общества.

Последние препятствия поступательному развитию социологии права, которые имеют основу непосредственно в самой социологии, были преодолены с помощью реформы социологического метода, осуществленной виднейшим немецким социологом Максом Вебером (скончался в 1927 г.).<sup>37</sup> Вся социология, согласно Веберу, должна быть социологией интерпретативного понимания внутренних значений социального поведения, *verstehende Soziologie* (нем. — понимающая социология. — *Прим. пер.*). Метод социологии может быть только типологическим и состоит в изучении «идеальных качественных типов», например, построения мысленных образов в соответствии с детальными и специфически важными значениями, служащими в качестве точки отсчета при подобном построении. Именно эти строго конкретизированные значения придают качественный характер социальным типам и последовательно противопоставляют их усредненным суммам элементов, получаемым вследствие простого индуктивного обобщения, количественный характер которого никак не применим к социальной действительности, наполненной существенными значимыми смыслами: намерениями, целями,

<sup>37</sup> Среди работ Вебера см. особенно: *Weber M.* 1) *Gesellschaft und Wirtschaft*. 1922; 2) *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. 1922; 3) *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*. 1921. Bd. I–III.

*Wertrational* (нем. — ценностно-рациональный. — *Прим. пер.*), эмоционально-волевыми ценностями и т. д. Работа социолога останавливается при столкновении с исследованием *субъективных значений* и с изучением *вероятности, шансов* социального поведения, соответствующего этим значениям. Проверка объективности этих значений — удел философии, их последовательная систематизация — задача догматико-нормативных наук, таких как, например, юриспруденция или теология. Так, несмотря на рассмотрение значений и в особенности ценностей как опорных точек, социология избавилась не только от ценностных суждений, но также и от любой предвзятой иерархии ценностей, от обсуждения их объективной значимости. В этом и заключается провозглашенная Вебером *Wertfreiheit* (нем. — свобода от ценностей. — *Прим. пер.*) социологии. Но для надлежащего изучения шансов действительного социального поведения на осуществление в соответствии с их смысловыми значениями социологии очень важно использовать результаты последовательной систематизации этих значений, значимость которых совершенно не зависит от их шансов на осуществление.

Субъективные значения, выступая в качестве опорных точек для социологического исследования, не исключают наличие объективных значений, а скорее допускают их, фактически отражают их и одухотворяются ими. Каузальное объяснение в социологии, согласно Веберу, может быть достигнуто только на основе предварительного интерпретирующего понимания значений. Лишь такое понимание предоставляет возможность построения системы идеальных типов, в рамках которой каузальное объяснение становится единственно возможным. Вебер отказывается от изучения происхождения значений, от любого усилия по установлению связи между символами, ценностями или коллективными идеалами и социальной действительностью. Именно поэтому претензии его социологической концепции намного скромнее, чем у его предшественников. Она не требует того, чтобы социологический аспект права, этики, религии и т. д. исчерпывал данный феномен. Напротив, она способствует тому, чтобы социология человеческого духа попала в одностороннюю зависимость от дисциплин, систематизирующих идеальные значения, и при этом сводилась бы к изучению последствий воздействия на поведение систем догм или норм, которые вырабатываются таким поведением.

Рассмотрим в качестве примера методiku Макса Вебера в сфере социологии религии, где его исследования были особенно плодотворны.<sup>38</sup> Он начинает с тщательного изучения постулатов кальвинизма, иудаизма, буддизма и других религий, чтобы выяснить, как они отражаются в реальном социальном поведении и в особенности как они влияют на экономическое поведение. Подобным же образом и в социологии права он прежде изучает различные созданные юристами «правовые системы» в римском, феодальном, капиталистическом и других обществах, а в дальнейшем переходит к вопросу о том, как эти системы норм отражены в соответствующем социальном поведении. Нет необходимости подчеркивать тот факт, что социология права, задуманная таким образом, совершенно не имея в мыслях угрозы в адрес юриспруденции и философии права, допускает наличие этих научных дисциплин

<sup>38</sup> *Weber M. Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie. 3 bd. 1921.*

и даже уступает им преимущество так же, как социология религии предполагает теологию и философию религии и уступает им.

Скромность, конечно, уместна для любой науки и особенно для той, которая, подобно социологии, изначально предъявляла непомерно высокие требования. В этом смысле мы можем только похвалить Вебера за то, что он устранил агрессивность социологии, и за то, что он признал право на существование специальных социальных наук, которые сформировались ранее и которые продолжали настаивать на своей независимости и в дальнейшем. Таким путем Вебер внес особый вклад в дело достижения взаимопонимания между социологами и правоведами, между социологией права и юриспруденцией. Однако возникает вопрос, не зашел ли Вебер слишком далеко, реагируя на концепции своих предшественников, уступая догматико-нормативным наукам. Прежде всего, мы должны спросить, не чересчур ли пострадала его юридическая социология от того способа, которым он разрабатывал связанные системы правовых норм, которые, если можно так выразиться, повисли в воздухе и у которых не оказалось никакой связи с непосредственной правовой действительностью, всего лишь более или менее устойчивыми символами которого они являются.

Как мы видим, для того, чтобы не быть бесплодной, юриспруденция нуждается в социологии права даже больше, чем юридическая социология в юриспруденции. В процессе исследования шансов фактического социального поведения, реализующего жесткие юридические правила, установленные изначально и доработанные в последующем, Вебер не замечает, что за этими жесткими правилами стоят гибкие принципы и принципы *ad hoc*, а за ними, в свою очередь, коллективные верования, придающие праву подлинную эффективность и проявляющиеся в «нормативных фактах»<sup>39</sup> — спонтанных источниках позитивации права, его достоверности, «источнике источников» и основании бесконечного динамизма, составляющего подлинную жизнь права. Постольку, поскольку социология права Вебера искусственно обедняет действительность права, сведенного исключительно к поведению, направляемому жесткими и систематизированными правилами, и искусственно подчиняет юридико-социологическое исследование особому юридическому методу, то она способствует лишь относительному прояснению проблемы и не оказывает существенной помощи юриспруденции. Кроме того, она ограничивает себя юридической типологией комплексных обществ и никогда не касается проблем систематической социологии права или юридической типологии отдельных социальных групп.

Недостатки подобной юридической социологии происходят, однако, не от ее весьма плодотворного метода интерпретативного понимания внутренних смыслов — основы построения идеальных типов. Эти недостатки не происходят и от стремления Вебера достичь взаимопонимания и сотрудничества между социологами и правоведами. Их истинный корень — чрезвычайно узкая теория *социального факта*, которая, очевидно, представляет собой рег-

<sup>39</sup> По вопросу понятия «нормативный факт» см. мои работы «Идея социального права» (1932) и «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935), а также ниже: § 5 настоящего Введения.

ресс по сравнению с результатами размышлений Дюркгейма. Вебер свел социальный факт исключительно к смыслам и поведению, не принимая во внимание никакие другие элементы социальной действительности (морфологическую основу и коллективную психологию), не проводя различия между социальными организациями, практиками и поведенческими инновациями в самих поступках. Более того, явно в русле номиналистического направления, заставляющего вспомнить о Россе, Вебер свел социальные поступки к индивидуальным поступкам, ориентированным на социальные смыслы (связанным с поступками других); он даже не поднимает вопрос о том, как, ввиду его утверждения об исключительности индивидуального духа (автономное сознание), такие значения оказываются возможными. Разработав прекрасный социологический метод, Вебер не знал, как его применить к социуму во всей его полноте. Он обеднил социальную действительность практически вплоть до ее упразднения. Отсюда и чрезмерная вера Вебера в строгую систему смыслов, разработанных догматико-нормативными дисциплинами, которые, по его мнению, заменили все действенные социальные модели, символы и ценности, глубоко связанные со спонтанной жизнью коллективного разума, осуществляющего, постигающего, а в некоторой степени формулирующего и создающего их.

Если и можно утверждать, что коллективно воспринимаемые идеи и ценности не являются продуктами коллективного разума, то подобный тезис не может защищаться в том, что касается символов, которые выражают и содержат идеи и ценности и которые имеют в этом смысле характер результатов социальных действий. Более того, если проверенные на опыте ценности и идеи противостоят коллективному сознанию, то границы их распространения (устанавливаемые особым коллективным опытом) зависят от характеристик того опыта, который приводит к выбору. Так изложена проблема социальной перспективы, обуславливающей и схватывающей определенные аспекты духовного мира идей и ценностей. В этом аспекте смыслы могут быть настолько отделены от социальной действительности, насколько социальная действительность может быть отделена от смыслов: связь здесь не односторонняя, а взаимная и двусторонняя. Проблема функциональных отношений между конкретными формами социальных структур и смыслами, которые их инспирируют (и в создании которых они участвуют), как раз является центральной проблемой социологии ноэтического разума, и она не решена даже Вебером.

Мы увидели, как современная социология все более и более развивалась в направлении, способствующем интеграции в нее социологии права, и социологического изучения духовных ценностей в целом. Здесь мы увидели возникновение проблемы социологии человеческого духа, сконцентрированной в социологии познания и социологии нравственности, которые делают успехи в своем развитии. Проблема социологии познания рассматривалась такими далекими друг от друга мыслителями, как Дюркгейм во Франции и прогегельянский философ Вильгельм Дильтей в Германии.<sup>40</sup> Одновременно

<sup>40</sup> См. собрание его сочинений на немецком языке в 7 т. (1923–1933). Работа Генриха Риккерта «Границы образования естественнонаучных понятий» (4-е изд., 1921), которая оказала влияние на Вебера, посвящена исключительно формалистической методологии и не имеет особого значения для рассматриваемого нами вопроса (см. мою статью: *La Philosophie des Valeurs de M. Rickert // Revue Philosophique. 1938*).

она получила поддержку через интеллектуальную атмосферу прагматической философии Джеймса и Дьюи<sup>xix</sup> и обрела более определенную форму в работах Макса Шелера (*Scheler M. Versuch einer Soziologie des Wissens. 1924*) и Карла Мангейма<sup>xx</sup> (*Mannheim K. Ideologie und Utopie. 1929, англ. пер. с изменениями — 1936*), причем последний соединил марксистское влияние с влиянием Вебера и Шелера. Общее развитие современных аксиологических теорий также имело существенное значение для социологии морали. Соединенная с идеей непосредственного морального опыта коллективного характера, данная ориентация позволила Максиму Шелеру в Германии и Фредерику Рау, современному французскому автору,<sup>41</sup> разработать социологию морали, которая ставит одухотворенную моральную жизнь с ее бесконечными частностями в функциональное соотношение с типами и формами социальных структур.

Важнейшие исследования социальных символов и их роли в социальной жизни и в ноэтической коллективной психике — такие, как работы Эрнста Кассирера (*Cassirer E. Philosophie der symbolischen Formen. 3 bd. 1925*), Люсьена Леви-Брюля (*Levy-Bruhl L. L'Experience mystique et les Symboles chez les Primitifs. 1938*), Г. Х. Мида (*Mead G. H. Self, Mind and Society. 1935*) — выделяют и решают, каждый по-своему, одну из наиболее фундаментальных проблем социологии духовных функций, а именно проблему посредующей роли символов в отношениях между типами социального менталитета и ноэтической сферой. Совершенно другой подход представлен в работах таких авторов, как Жорж Сорель, Вильфредо Парето и, ранее, Турман Арнольд, которые усматривают в символах лишь миражи, мифы и идолы, но, тем не менее, допускают важность их роли в социальной жизни.

Наконец, столь различные авторы, как социологи Р. М. МакИвер, П. А. Сорокин,<sup>xxi</sup> философ Е. Джордан, исходившие из весьма различных позиций и различных проблем, демонстрируют серьезную заинтересованность общей проблемой взаимоотношений между социальной действительностью и духовными значениями.<sup>42</sup>

Чтобы проанализировать все данные направления и концепции, понадобилась бы целая книга. Мы же должны ограничиться указанием на то, что социология человеческого духа все более и более привлекает внимание современных социологов и философов и что методичное изучение проблем социологии права видится нам возможным только на основе социологии

<sup>41</sup> См. мои работы «Теоретическая мораль и наука о нравах» (1937), «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935), «Современные тенденции немецкой философии» (1930), в которых детально анализируются концепции Вебера и Рау и излагаются мои собственные взгляды.

<sup>42</sup> *MacIver R. M. Society, Its Structure and Changes* (особенно см. главу об эволюции культуры); *Sorokin P. Social and Cultural Dynamics. Vol. II. 1937* (особенно см. главу о флуктуациях истины, нравственности и права); *Jordan E. 1) Forms of Individuality. 1927; 2) Theory of Legislation. 1937.* — Интересные рассуждения о проблемах социологии духовных функций или теоретического разума можно также увидеть в работах Толкотта Парсонса: *Parsons T. The Structure of Social Action* (1937); Роберта Мертона: *Merton R. K. 1) Civilizations and Culture // Sociology and Social Research. Vol. XXI. 1936. P. 103–113; 2) The Sociology of Knowledge // Ibid. Vol. XXVII. 1937. P. 493–503; 3) Karl Mannheim and the Sociology of Knowledge // The Journal of Liberal Religion. Vol. II. 1941.*

нозтического разума. Поэтому позвольте нам краткими тезисами достаточно программного характера сформулировать то, что мы понимаем под данной отраслью социологии, поскольку полного согласия среди социологов даже в этом вопросе не имеется.

#### § 4. Социология человеческого духа и структура социальной действительности

Наилучшим подходом к проблемам социологии нозтического разума (или человеческого духа) и к определению ее точного места среди различных социологических дисциплин был бы уровневый подход или глубинный анализ социальной действительности.<sup>43</sup> Этот тип анализа вдохновлен «методом инверсии» (Бергсон) или «феноменологической редукции» (Гуссерль), представлявших собой имманентную направленную вниз редукцию путем последовательного прохождения ряда стадий, нисходящих к тому, что наиболее непосредственно воспринимается в социальной действительности. Очевидно, что все страты или глубинные уровни, которые мы будем различать, в реальной жизни неразрывно связаны, взаимопроникают друг в друга и составляют единое целое.

1) На поверхности социальной действительности мы обнаруживаем доступные для внешнего восприятия вещи и индивидуумов, географическое и демографическое основание общества, подобно сооружениям, способам связи, инструментарию, продовольственным продуктам и т. д. Вся эта материальная поверхность общества является социальной лишь постольку, поскольку она глубоко преобразована коллективной человеческой деятельностью и пронизана символами, идеями и ценностями, приписанными ей коллективным разумом.

2) Если мы углубимся в социальную действительность далее, то мы столкнемся с организациями или организованными надстройками, т. е. коллективными поступками, иерархизированными и стандартизованными в соответствии с установленными заранее жесткими и рассудочными образцами поведения (паттернами). Эти осуществляющие принуждение организованные надстройки имеют возможность дистанцироваться в той или иной степени от спонтанной социальной жизни. Очевидно, что сами по себе организации являются лишь частичными и неадекватными выражениями тех уровней, которые, находясь глубже, представляют более непосредственные ступени социальной действительности.

3) Так мы приходим к уровню моделей, стандартизованных образов коллективных поступков. Эти образцы поведения не должны быть жесткими или установленными заранее. Они могут быть упругими, гибкими, подверженными разной степени модификации, проистекать от обрядов и традиций, постоянно применяться и распространяться на бесконечное число случаев. Нужно отметить и резкое различие между несимволическими образцами, простыми стандартизованными техническими моделями типа экономических и символически-культурных паттернов, связанных с духовными ценностями, и идеями, относящимися к нозтическому, к духовному миру.

<sup>43</sup> См. более подробную трактовку в моей работе «Социологические очерки» (1938. С. 22 и сл.).

4) Под сферой разнообразных образцов поведения (паттернов) мы обнаруживаем неорганизованные формы коллективного поведения. Если они направляются паттернами, то приобретают свойства последних. Тогда их спонтанность, даже там, где оказываются задействованными лишь простейшие образцы поведения, в сильной степени ограничивается стандартизацией. Эти обычные поступки, имея тенденцию к перерастанию в практики, часто совершаются помимо паттернов и даже изменяют их или же им противоречат. Это происходит особенно тогда, когда символические культурные образцы в должной мере прекращают выражать то, что они призваны символизировать.

5) Все это ведет нас к еще более глубокому уровню социальной действительности, к уровню социальных символов. Без них ни организации, ни культурные паттерны, ни модели коллективного поведения, руководствующиеся подобными паттернами, оказываются невозможными. Символы — это не просто выражения или обозначения чего-либо, как они иногда ошибочно определяются. Еще в меньшей степени такие символы являются иллюзиями. Символы — это не совсем адекватные чувственные выражения духовных значений, занимающие место между явлениями и вещами в себе, *an sich* (нем.). Они суть посредники между ними и зависят от обоих. Они одновременно выражают и скрывают, или, точнее, они выражают, скрывая, и скрывают, выражая. То, что они выражают и что они скрывают, с одной стороны, категория духовная, а с другой — реальная (физическая, биологическая, психологическая, социологическая), в которой дух частично воплощает себя, частично открывает себя. Как удачно выразился Джордж Сантаяна, «символы есть нечто таинственное, при этом нечто именно такое, что мы внутренне подразумевали».<sup>44</sup> Социальные символы — это неадекватные выражения духовного царства, приспособленные к конкретным социальным ситуациям, к типичным социальным структурам и к определенным состояниям коллективной ментальности, в которых осуществляются различные аспекты духа и которыми они охватываются. Социальные символы, таким образом, одновременно обусловлены и социальной действительностью, и присутствующим в ней духом; они различаются в зависимости от функционального отношения к этой действительности, равно как и в зависимости от функционального отношения к духу. Именно поэтому символы в одно и то же время являются и продуктами, и творцами социальной действительности и представляют собой основной объект изучения социологии человеческого духа.

Социальные символы могут принимать самые различные формы. Разве язык, посредством которого мы общаемся, не составлен из символов (символических идей)? Разве ценностные символы-лозунги не свойственны группе? Разве полицейский на углу улицы — это не символ ценностей, которые для нас представляет тот или иной порядок? Разве правовые нормы и формы судопроизводства как юридические ценности и идеи не воплощены в рамках определенных институтов? И так далее в отношении других типов символов.

Социальные символы не обязательно связаны с паттернами, не обязательно стандартизированы и обобщены. Они могут являться образами, имеющими значение в отношении единичного акта поведения, они могут возникать

<sup>44</sup> Santayana G. Reason in Society (1932) // The Life of Reason. Vol. 2. P. 196.

и исчезать в связи с единичными ситуациями. Они вовсе не обязательно могут быть отнесены к поступкам. Наоборот, социальные паттерны, как мы уже видели, могут быть всего лишь техническими и несимволическими. Но все культурные паттерны (особенно те, которые выполняют регулятивные и контрольные функции, т. е. содержащие в себе нормативный элемент) преисполнены символических значений, выражающих воплощенные в социальных фактах духовные ценности. Являясь посредниками, социальные символы ставят проблему более глубинных уровней социальной действительности, символизируемых ими.

6) Продвигаясь вглубь, ниже уровня символов мы сразу обнаруживаем те модели коллективного поведения, которые обновляют, разрушают старые паттерны и создают новые. Такое новаторское и непредсказуемое социальное поведение особенно заметно в ситуациях социального волнения: революций, крупных реформаторских эпох, религиозных беспорядков, войн и т. д. Но созидательное коллективное поведение постоянно пребывает в более или менее заметном движении, поскольку, с определенной точки зрения, социальная жизнь является постоянной борьбой между традицией и революцией. Новаторское и творческое коллективное поведение в наименьшей степени зависит от символов. Оно упраздняет одни символы, ослабляет или изменяет другие, создает новые, а иногда и отказывается от них вовсе. В последнем случае такие поступки становятся непосредственными проявлениями социальных связей, опирающихся на коллективные интуиции разной степени интенсивности (массы, общности, всеединство; см. ниже). Эти связи должны резко отличаться от других, опирающихся на коммуникацию посредством условных знаков (различные виды взаимодействия), к которым социологи часто по ошибке сводят всю социальную жизнь.

7) Под уровнем креативных и непредсказуемых социальных поступков, так же как и под уровнем поступков, определяемых символами и культурными паттернами, мы обнаруживаем царство ценностей и коллективных идей, которые, как стимулы, вдохновляют их и служат духовным основанием для символов. Рассмотрим в качестве примера специфику поведения дикого племени и его специфические культурные образцы и символы: эмблемы, танцы, песни и т. д. Как же мы определим, наблюдаем ли мы магическое, религиозное или юридическое поведение, военные или гимнастические упражнения, акт вежливости и т. д., если мы не поймем внутреннего смысла образцов поведения и символов, если мы тщательно не рассмотрим ценности и идеи, которые акторы стремятся осуществить? На этом уровне социальной реальности мы сталкиваемся с действием собственно духовного мира, мира ценностей и идей, которые являются гетерогенными и непреодолимыми для действий, их осуществляющих, и для состояний коллективного сознания, которые схватывают их. Если дело обстоит так, и если это — исключительная область духа, то как мы сможем обойти вопрос о коллективных или социальных ценностях и идеях? Такую возможность нам дает существование аспектов или, более точно, секторов бесконечного, цельного Духа, которые не могут быть осмыслены иначе как в совокупности. Более того, духовность, которая является вневременной категорией, вовсе не предполагает, что любой аспект и сектор всей ее полноты одновременно очевиден и доступен для

определенного состояния коллективного сознания (так же, как и для индивидуального сознания). В различные эпохи, в различных культурных сферах и в различных группах постоянно возникают новые секторы и аспекты духовности, а старые исчезают.<sup>45</sup> Таким образом, область видения духовности может и должна быть социологически ограничена и должна различаться в зависимости от той или иной социальной эпохи, от того или иного социального устройства, без какого бы то ни было влияния на ее объективность и вневременность.

Изучение частичных выражений духовных ценностей и идей, соответствующих социальным структурам, способным к их осознанию и воплощению, ясно определяет структуру социологии ноэтического разума, для которой изучение культурных паттернов и символов является всего лишь шагом на пути к ее конечной цели.

8) Духовные ценности и идеи, подробно охарактеризованные применительно к социальным эпохам и структурам, должны быть осмыслены, проверены и испытаны. Это предполагает наличие коллективных сознаний, стремящихся к таким ценностям и идеям, просвещающих себя с их помощью и встречающих сопротивление с их стороны. Здесь мы проникаем на наиболее глубокий из всех уровень социальной действительности, уровень самого коллективного сознания. Эта коллективная ментальность, которая проявляет себя на каждом из уровней социальной действительности, может быть изучена в состоянии большего или меньшего отчуждения от ее содержания, ее «данных», что и является целью коллективной, или социальной, психологии. Последняя представляется тем более необходимой, что коллективная ментальность четко отграничивается от высшего мира ценностей и идей, которые она может воспринять, но от которых она также может и отклониться. Психология находится точно в той же самой ситуации, что и индивидуальный разум. Эти две категории также встречаются во «взаимообусловленности перспектив» и представляют собой лишь два абстрактных аспекта одного и того же конкретного направления интеллектуальной жизни.<sup>46</sup>

Представляется, что описание уровней глубины социальной реальности<sup>XXII</sup> позволяет нам ясно определить цель социологии человеческого духа, или ноэтического разума, как изучение культурных паттернов, социальных символов, коллективных духовных ценностей и идей в их функциональных отношениях с социальными структурами и имеющими место в обществе конкретными историческими обстоятельствами. Упомянутые элементы участвуют в конструировании социальной реальности, проявляясь исключительно через нее. Именно это присутствие упомянутых элементов в рамках полностью пронизанной ими социальной реальности требует применения в социологии интерпретативного метода понимания внутренних значений,

<sup>45</sup> См. мои работы «Теоретическая мораль и наука о нравах» (1937. С. 130–197) и «Современные тенденции немецкой философии» (1930).

<sup>46</sup> См. мою работу «Социологические очерки» (1938, С. 11–169). — Термин «взаимообусловленность перспектив» принадлежит Теодору Литту: *Litt Th. Individuum und Gemeinschaft*. 1926. — В Соединенных Штатах подобные концепции развивали С. А. Кули, Дж. Дьюи и особенно Г. Х. Мид. Примеры взаимообусловленности перспектив см. в моей статье: *Mass Community and Communion // The Journal of Philosophy*. 1941. August.

«*verstehen*» (нем. — понимания. — *Прим. пер.*), инсайта. Это ведет к тому, что основным социологическим методом является метод исследования качественных идеальных типов (Вебер), исключающий количественное обобщение, характерное для естествознания.

Социология человеческого духа резко отличается от других отраслей социологии, особенно тех, которые изучают материальный базис общества (географический, демографический, экологический, инструментальный и т. д.), от коллективной психологии, исследования исключительно технических образцов и моделей поведения (особенно от экономической социологии) и, наконец, от общей социологии, которая имеет дело с типами социальных структур (группы и формы социальности). Социология человеческого духа использует все подобные исследования, но всегда применительно к своим собственным целям, т. е. для изучения особенностей, свойственных воплощениям духовности. Следовательно, эта отрасль социологии рассматривает иные элементы социальной реальности исключительно как точки отсчета и опоры, как внешние факторы социального изменения, изучаемого с точки зрения генезиса общества.

Специфический характер социологии человеческого духа, в противоположность всем другим социологическим дисциплинам, наиболее четко проявляется в ее взаимосвязи с философией. Сфера духовных значений, ценностей и идей, так же как и их символических выражений, является объектом изучения философии в той же мере, что и социологии ноэтического разума. Здесь философия и социология встречаются. Встречаются ли они врагами или друзьями, являются ли они взаимоисключающими дисциплинами, или же они конкурируют, даже сотрудничают друг с другом? Очевидно, это зависит от тенденций в рамках как философии, так и социологии. Догматический рационализм, сенсуалистический эмпиризм и даже критицизм<sup>47</sup> являются направлениями философии, столь же враждебными социологии духовных функций, как социологический натурализм, позитивизм, бихевиоризм и формализм.

Философия и социология человеческого духа могут признавать друг друга и сотрудничать, только если все подобные течения исключены. Я убежден в том, что одним из основных достоинств социологии ноэтического разума является как раз то, что она настаивает на устранении данных течений. Философия изучает духовную сферу саму по себе, верифицируя объективную действительность ценностей и идей, объединяя их в духовное целое. Но для этого рассматриваемая нами философия нуждается во всех тех фактах, которые имеют отношение к многообразию аспектов и секторов духа, которые воплощаются в реальной жизни и попадают в распоряжение философии через масштабные исследования в рамках социологии человеческого духа. Последняя, изучая ценности и идеи как функции социальных структур, в пределах которых они проявляются, и не ставя вопрос об объективной действительности или достоверности, несомненно, испытывает потребность в философии. Именно философия учит социологию тому, как отличить символы от

<sup>47</sup> Критику догматических предрассудков см. в моей работе «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935. С. 19 и сл.).

символизируемого духовного содержания. Кроме того, только философия может предоставить в распоряжение социологии отличительный критерий, противопоставляя ценности и логические идеи и выделяя моральные, юридические, эстетические и религиозные ценности. Фактически невозможно изучать социальную реальность права, этики, религии или эстетики без использования найденного с помощью философии критерия, позволяющего выделить в реалиях коллективного поведения действие права, этики, религии или эстетики. Таким образом, социология человеческого духа и философия имеют взаимную потребность друг в друге. Не существует социологии познания без теории морали, и наоборот. Не существует теории морали без социологии морали, и наоборот. Нет социологии религии без философии религии, и наоборот. Нет социологии права без философии права, и наоборот. Но как же мы можем выйти из этого очевидного порочного круга? Только лишь признавая *непосредственный коллективный опыт*, будь то опыт логический, юридический, моральный, эстетический или религиозный, иными словами, интегральный опыт, включающий в себя элементы духовные, так же как и чувственные.

В своих последних работах Уильям Джеймс в Соединенных Штатах, Бергсон, Рау и основоположники феноменологии, Гуссерль и Шелер, в Европе указали возможные пути для этого.<sup>48</sup> Социология человеческого духа и разнообразные философские дисциплины — это лишь различные варианты использования данных бесконечно изменчивого и непосредственного интегрального коллективного опыта. Философская рефлексия ведет от символов к такому опыту и устанавливает отличительный критерий непосредственного опыта. Социология человеческого духа открывает важность именно коллективного аспекта данного опыта и описывает для каждой из его сфер всю бесконечную вариативность опытных данных, во всех их частных проявлениях и в функциональном отношении к социальным структурам, в которых они воплощены.

Нам еще представится возможность вернуться к этой сложной проблеме, особенно в заключении данной книги, где мы более детально обсудим отношения между социологией и философией права. Сейчас же достаточным будет заключить, что социология права в поиске своего объекта — социального факта права — не может обойтись без заимствования из философии критерия, основанного на специфике юридических ценностей. Теперь же мы должны заняться поиском определения права для того, чтобы подготовиться к четкому определению области и проблем социологии права.

## § 5. Определение права

Определения права неисчислимы. Среди юристов господствует тенденция к описанию систем, применяемых в каждой из их стран и, следовательно, к простому обобщению специфических приемов юридической техники,

<sup>48</sup> См. относительно этих философов мои работы «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935. С. 25–51) и «Современные тенденции немецкой философии» (1930). — Мое собственное видение непосредственного опыта сформировалось в итоге работы над книгой «Теоретическая мораль и наука о нравах» (1937. С. 125 и сл., 159–196).

приспособленной к конкретным социальным ситуациям. Зачастую, как справедливо отметил Р. Паунд, эти определения в равной степени находятся под влиянием точки зрения гражданина, правоведа, судьи, юриста. Более того, право, как социальное явление, чрезвычайно сложно из-за антиномичности его структуры. В рамках этой структуры сосуществуют автономия и гетерономия, идеальные и реальные элементы, стабильность и подвижность, порядок и созидание, принуждение и убеждение, социальные потребности и социальные идеалы, опыт и научные конструкции и, наконец, логические идеи и моральные ценности (среди более ранних авторов такие идеи можно найти у Прудона, среди современных — у судьи Кардозо, Радбруха, Ориу и автора этих строк<sup>49</sup>). Подобная сложность повлекла за собой многочисленные попытки искусственно вычленить какой-то единственный элемент с целью построения упрощенных дефиниций права, которые закрывали бы глаза на все другие элементы. Отсюда, в частности, различные метафизические, трансцендентальные, нормативные, психологические, прагматические, материалистические и социологические определения права. Все они, несмотря на вопиющую противоположность друг другу, являются в равной степени произвольными и догматическими конструкциями, не представляющими никакого научного интереса, за исключением того интереса, который обусловлен их зависимостью от особенности образа мыслей их авторов. Мы должны добавить, что право может становиться общепризнанным посредством многочисленных и разнообразных технических процедур, играющих совершенно разную роль в различных правовых системах и в различные моменты их существования (обычай, статут, гибкие стандарты и обыкновения, судебные и внесудебные прецеденты, коллективные договоры и коллективные декларации и т. д., выбор приоритета среди которых зависит от господствующих взглядов). Столкновение специфических средств признания права и самого права обусловило третий ряд неприемлемых определений права.

Ни одно из этой массы определений не может быть взято в качестве отправной точки для исследований как в рамках социологии права, так и в рамках философии права. Как уже упоминалось выше, все эти определения способствуют лишь тому, чтобы преградить путь к изучению всей полноты социальной действительности права во всей его глубине и в бесконечном разнообразии типологии. В том, что касается философии права, эти определения служат только тому, чтобы скомпрометировать ее, связывая ее судьбу с рационалистическим догматизмом, который работает лишь с фиксированными и мумифицированными категориями и который, вместо вычленения, попросту растворяет специфику сложной действительности права. При этом с первого своего шага социология права не могла избежать того, чтобы не поднять вопроса определения «юридического факта». Социальная действительность права не является ни непосредственной интуитивной данностью, ни содержанием рационального восприятия, но, скорее, рассудочной конструкцией, которая, кроме того, оказывается оторванной от социальной действительности как от целостного явления. Следовательно, наша дисциплина прежде

<sup>49</sup> См. мою работу «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935. С. 52–80, 200–231).

всего должна отделить юридические факты от тех социальных фактов, которые, будучи в равной степени связанными с духовными ценностями, наиболее родственны фактам юридическим, т. е. от моральных, религиозных, эстетических и иных подобных фактов. И здесь, как мы уже отмечали ранее, различные отрасли социологии духовных функций требуют помощи философии, которая не сужает сферу их исследования, а, наоборот, расширяет ее. В этом и состоит причина того, почему помощь философии, определяющей критерии юридического, в противовес морали, эстетике и религии, может принять вид инвертивной редукции к различным видам специфического непосредственного опыта и бесконечно изменчивым духовным элементам. Если с помощью философии мы сможем точно установить, что составляет формальную структуру непосредственного юридического опыта и какова универсальная характеристика юридических ценностей, мы найдем критерий для определения права. Фактически подобная отправная точка не исключает никакого другого аспекта права, поскольку юридические ценности вдохновляют и пронизывают все глубинные уровни и все проявления юридического. Так как здесь мы не можем развить детального философского анализа,<sup>50</sup> который увел бы нас за пределы нашего изложения, просто сформулируем в качестве тезисов некоторые из результатов подобных исследований.

1. Непосредственный юридический опыт состоит в коллективных актах признания духовных ценностей, воплощенных в социальных фактах. Именно подобное воплощение и осуществление ценностей в фактах лежит в глубине юридического опыта. Акт признания тех фактов, которые осуществляют ценности, кардинально отличается от прямого участия в этих ценностях. Можно, например, не обладать достаточными способностями для постижения эстетической ценности музыкальной симфонии, но это совершенно не препятствует чувствовать негодование по отношению к тому, кто мог бы отвлечь внимание аудитории слушателей. Нарушитель будет рассматриваться как посягатель на «справедливость», иными словами, на юридические ценности. Фактически акт признания лишь косвенно имеет отношение к другим ценностям: таким, как ценности справедливости,<sup>51</sup> специфическим правовым ценностям, в которых непосредственно участвуют акты незмоционального признания. Более того, самыми непосредственными выражениями юридического опыта являются «нормативные факты»<sup>52</sup> и «справедливость», которая направляет их. Эти два элемента тесно связаны между собой и представляют два абстрактных аспекта одного и того же явления. Непосредственный юридический опыт как акт признания, по существу, выполняет функцию связующего звена между эмоционально-волевым восприятием ценностей

<sup>50</sup> Я дал такой анализ в моей работе «Идея социального права» (1932. С. 95–153) и в работе «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1937. С. 13–152).

<sup>51</sup> См. мою статью «Справедливость» в «Encyclopedia of the Social Sciences» (Т. II. P. 509–519).

<sup>52</sup> О нормативных фактах см. мои рассуждения в работах «Идея социального права» (С. 113 и сл.), «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (С. 38 и сл., 138 и сл.). — В Соединенных Штатах профессор Е. Джордан в двух своих наводящих на размышления работах «Forms of Individuality» (1927) и «Theory of Legislation» (1937), посредством своей концепции «реализованных или воплощенных ценностей» или «объективного корпоративного социального устройства» как основания права, пришел к идее, весьма близкой моим идеям о «нормативных фактах».

и интеллектуальным восприятием логических идей. Подобный опыт смягчает чрезмерную «пылкость» в восприятии ценностей, добавляя «прохладу» рассудочного мышления в целях их примирения, поскольку невозможно признать такой нормативный факт, который бы осуществлял равнозначные, но конфликтующие ценности. Нормативный факт может быть признан лишь постольку, поскольку он олицетворяет собой примирение ценностей, хотя бы предварительное и нестабильное, и это примирение достигается посредством справедливости как наиболее логичной, количественно определенной и обобщенной формы, позволяющей другим ценностям быть сбалансированными и осуществимыми. Непосредственный юридический опыт и юридические ценности есть, по сути, промежуточное звено между духовными и чувственными выражениями, так как здесь решающей является чувственно воспринимаемая реализация ценностей, воплощенных в фактах. Действительная важность логических идей и эмоционально-волевых ценностей, так же как и духовных и чувственных элементов в юридическом опыте в целом, различается в зависимости от особенностей географического положения, социальной ситуации или социальных институтов. Это ведет не только к крайнему антиномизму и драматизму юридического опыта, но также и к *чрезвычайно интенсивной изменчивости* в правовых ценностях и в самой справедливости.

2. Справедливость или правовые ценности являются наиболее изменчивыми элементами среди всех духовных явлений, поскольку они изменяются одновременно в следующих направлениях: 1) в рамках изменений ценностного опыта; 2) в рамках изменений опытного восприятия логических идей и их интеллектуальных носителей; 3) в рамках изменений способов взаимосвязи эмоционально-волевого и интеллектуального восприятия; 4) в рамках изменений способов взаимосвязи форм восприятия духовных и нравственных явлений.<sup>53</sup> Из изложенного следует, что определение права как попытки в определенных социальных условиях осуществить справедливость не представляет опасности, если принять во внимание изменчивость аспектов самой справедливости. Данное определение лишь примерно указывает то направление, в котором нам следует искать недогматизированное определение права. Для того чтобы сделать это возможным, мы должны настаивать на том, что сама справедливость не является ни *идеалом*, ни каким-то неизменным элементом. Справедливость не может служить в качестве критерия оценки, так как она — конститутивный элемент всего права, даже того, которое с моральной точки зрения является наихудшим. Именно смешение справедливости с моральным идеалом привело одних к тому, чтобы противопоставить справедливость и «порядок» или «безопасность», а других — к исключению идеи справедливости из определения права. Принципы порядка и безопасности являются неотъемлемыми элементами идеи справедливости, проявлениями той смеси ценностей и логических идей, которая является существенной чертой данной идеи. Существует столько же степеней порядка

<sup>53</sup> Многие примеры таких изменений я привожу в моей работе «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (С. 75 и сл., С. 120 и сл.). — Ср. также мои энциклопедические статьи о справедливости и естественном праве в «Encyclopedia of the Social Sciences».

и безопасности, сколько и аспектов справедливости; и эти принципы бесконечны так же, как относительными являются аспекты самой справедливости (т. е. предварительного примирения конфликта ценностей, воплощенных в социальном факте). Мы можем выразить то же самое, говоря, что «порядок» и «нормативный факт» выступают лишь двумя словесными выражениями одного и того же явления и что есть множество разновидностей и степеней порядка, как есть и различные нормативные факты, без которых справедливость является лишенным какого-либо значения термином.

Среди конфликтующих ценностей, возникающих в социальной среде, именно мораль обладает тенденцией к балансированию и регулированию антиномизма прочих ценностей. Это притязание частично оправдано. Но в сфере моральных ценностей, которые в идеале находятся в гармонии, в реальной жизни возникают непреодолимые конфликты среди таких равнозначных ценностей, как, с одной стороны — самость, *alter ego*, Целое и, с другой стороны — действие, труд и т. д. Сами моральные ценности в целях частичного осуществления всегда требуют предварительного примирения посредством справедливости, и именно такое примирение является наиболее важной задачей справедливости. Следовательно, определенные черты справедливости наиболее ясно проявляются при ее сравнении с моральным идеалом. Моральный идеал, т. е. бесконечное многообразие моральных ценностей, характеризуется некоторой склонностью к творческой свободе. Последняя представляет собой наиболее глубинную и непосредственную данность морального опыта (который символизирует постепенное продвижение в сторону участия в творческой свободе). Моральные ценности наиболее динамичны, наиболее созидательны и движутся по пути постоянного совершенствования. Поэтому они менее всего связаны с тем, что уже установлено. В то же время они отображают такие признаки морали, как уникальность и индивидуальность, а также качественность.<sup>54</sup> Справедливость же, или вся совокупность юридических ценностей, напротив, направлена к поддержанию уже установленных и реализованных нормативных фактов. Правовые ценности позволяют минимум творчества, но они наиболее схематизированы, наиболее обобщены и количественно определены. Так, в них строгая индивидуализация моральных требований заменена на обобщенность предписаний; несравнимые друг с другом субъекты заменены на типы; творческое движение — на некоторую схематическую стабильность нормативных фактов; чистое качество — на количественный элемент. Но именно в рамках обобщенности, где некоторый логический схематизм и количественная определенность поставлены справедливостью на службу эмоционально-волевым ценностям, моральный идеал может продемонстрировать свою творческую силу, богатство индивидуализированных сложных внутренних связей, свое превосходство над всеми другими ценностями. В этом смысле справедливость — необходимое средство, необходимая среда для осуществления морального идеала, но она по сути своей отличается от данного идеала.

<sup>54</sup> См. мое описание морального опыта и моральных ценностей в работе «Теоретическая мораль и наука о нравах» (1937. С. 159–191).

3. Как мы показали выше, определенные признаки права, «юридического» или «официального», проистекают из свойств непосредственного юридического опыта и справедливости. Правовое или юридическое регулирование, или юридический социальный контроль, отличаются от иных видов социального регулирования или контроля (морального, религиозного, эстетического или педагогического) по следующим присущим ему свойствам:

а) *По определенному и ограниченному характеру правовых предписаний* в отличие от неограниченного и бесконечного характера других предписаний, в особенности строго индивидуализированных моральных императивов. Например, предписание «не убий» имеет различные значения в праве и в морали. В праве есть ситуации, в которых убийство возможно, а иногда убивать даже должно (самооборона, война, исполнение смертного приговора и т. д.). С моральной же точки зрения запрещается не только убивать в вышеназванных ситуациях, но и совершать поступки, которые могли бы стать косвенными причинами смерти, начиная с отказа оказать помощь в опасных обстоятельствах и заканчивая бранными словами, способными укоротить чью-то жизнь. Отсюда следует также и то, что подобные правила, хотя и не распространяющиеся на всю область юридических норм, в праве играют несравнимо более важную роль, чем во всех иных областях социального контроля.

б) *По двустороннему или, точнее, многостороннему характеру правового регулирования, образующему императивно-атрибутивную структуру права*, в отличие от исключительно одностороннего императивного характера всех других типов регулирования. Императивно-атрибутивная структура всех правовых явлений заключается в неразрывной связи между обязанностями одних лиц и притязаниями других. Такая связь возможна только в условиях правового регулирования в силу определенного и ограниченного характера правовых предписаний, который предоставляет возможность применения общей меры к взаимосвязанным правам и обязанностям.

Императивно-атрибутивная структура правового регулирования подразумевает, что все право опирается на коллективный опыт и предполагает правотворящий авторитет, не тождественный самим правилам поведения. Только посредством коллективного признания социальных фактов, которые реализуют ценности, оказывается возможным установить тесную взаимосвязь между правами и обязанностями. И только при том условии, что нормы права не являются полностью автономными, оказывается возможным заручиться гарантиями на предмет эффективности подобной взаимосвязи. Таким образом, один лишь юридический опыт непременно является *опытом коллективным*, в то время как моральный, эстетический и религиозный опыты могут быть и индивидуальными, и коллективными. Крупный российско-польский ученый Лев Иосифович Петражицкий (1864–1931), немалой заслугой которого было обнаружение императивно-атрибутивной структуры права,<sup>55</sup> ограничил себя чисто психологическим анализом и поэтому проигнорировал

<sup>55</sup> *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства. 2-е изд. 1908–1910. — О Петражицком см. мои работы «Идея социального права и современность» (1932. С. 279–295); «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935. С. 153–169) и мою статью «Петражицкий» в «Encyclopedia of the Social Sciences». См. также: *Babb H. Petrazizky* // *Boston University Law Review*. 1937–1938. № 17–18; *Meyendorff A.* *Modern Theories of Law*. 1933. P. 20–37.

такой важный вывод из своей концепции, как взаимосвязь между императивно-атрибутивным регулированием и идеей справедливости. Именно по этой причине ученый усмотрел только различие между правом и моралью, упустив из внимания другие виды регулирования и контроля.

в) *По степени обязательности «социальной гарантии» эффективности права, которая обеспечивает реальное соответствие правопритязаний и обязанностей и проявляется в необходимости для всякого права быть «позитивным», т. е. основать свою значимость на нормативных фактах.* Именно нормативные факты объединяют не тождественный правовым нормам правотворящий авторитет и действенные социальные гарантии права, исключая для обоих как автономность регулирования, характерную для морали и эстетики, так и гетерономность, характерную для религии и педагогики. Для того чтобы играть подобную роль в социальной жизни, нормативные факты и социальные структуры, воплощающие ценности, не обязательно должны быть организованы, не нуждаются в заранее установленных средствах внешнего принуждения и еще меньше нуждаются в наличии безусловного принуждения со стороны государства. Смещение всех нормативных фактов с некоторыми из их видов (смещение, которое социолого-правовые исследования способны окончательно устранить) является одной из причин неприемлемости тех определений права, которые связывают свою судьбу с внешним принуждением, властью, организациями и даже с государством. Авторы подобных определений забывают, что данные элементы, как хорошо показали Петражицкий и Краббе, уже предполагают действенность права и основываются на ней, исходя из предпосылки той роли, которую эти элементы играют в правовой жизни. Чтобы обрести роль действенных правотворящих авторитетов, социально гарантирующих строгую взаимосвязь прав и обязанностей, нормативные факты должны соответствовать всего лишь одному условию. Они должны *действительно существовать* и воплощать в себе духовные ценности. Нормативные факты принимают самые разнообразные формы, с которыми мы познакомимся в данной книге, например, формы социальности, формы типов групп и комплексных обществ.

г) *Через то обстоятельство, что, хотя право для своего применения и не нуждается в формально определенном внешнем принуждении, однако не исключается возможность того, что правоприменение может сопровождаться использованием такого принуждения.* В то же время моральные и эстетические предписания исключают возможность применения принуждения, а религиозным и педагогическим предписаниям, наоборот, не свойственна четкость и фиксированность их предписаний. Это следствие таких существенных качеств права, как ограниченность и многосторонний императивно-атрибутивный характер. Для избежания возможных недоразумений, мы полагаем необходимым четко разграничивать *внешнее и заранее установленное принуждение* от однопорядкового феномена санкционирования, а само санкционирование — от социальной гарантии. Любое право, сопровождаемое принуждением, предполагает существование такого права, которое не сопровождается принуждением и которое обосновывает самое это принуждение. Более того, хорошо известно, что даже наиболее важные предписания конституционного права не сопровождаются принуждением, уже не говоря

о международном праве и т. д. *Санкции*, т. е. различные и иногда совершенно спонтанные реакции на нарушения норм, доступны для наблюдения в области морали и эстетики не менее чем в других областях, хотя там они не всегда имеют характер социального порицания, как это бывает в праве. В любом случае все право санкционировано порицаниями со стороны социального организма, в котором это право нарушается, но не все право сопровождается принуждением. Наконец, *социальная гарантия* эффективности, характерная для всего права, обретающего свою действенность от нормативных фактов, — именно та область, где проявляются санкции, в то время как в других областях (мораль, эстетика, религия, педагогика) санкции не являются обязательным выражением социальной гарантии.<sup>xxiii</sup>

д) Таким образом, мы приходим к следующему определению права: *«Право представляет собой попытку осуществить в данных социальных условиях идею справедливости (т. е. предварительного и по своей сущности многообразного примирения противоречивых духовных ценностей, воплощенных в данной социальной структуре) путем многостороннего императивно-атрибутивного регулирования, основанного на неразрывной связи между правопритязаниями и обязанностями; это регулирование обретает действительность через нормативные факты, которые придают регулированию социальную гарантию эффективности, и может в некоторых случаях обеспечивать выполнение своих требований посредством заранее установленного внешнего принуждения, что не предполагается как обязательное».*

е) Возможно, возникнет вопрос о том, что мы будем делать с другими социальными регуляторами, существующими наряду с правом, моралью, религией, эстетикой и педагогикой, — такими, как нравы, традиции, социальные ритуалы, договоры, правила вежливости, этикета или моды или, наконец, обычаи. Ответим, что эта научная категория регуляторов, выступающая в качестве самостоятельной области, является всего лишь результатом заблуждения выдвинувших ее ученых.<sup>56</sup> *Обычаи и традиции* не являются особыми регуляторами, а представляют собой только лишь специфические методы признания различного рода упоминавшихся нами выше регуляторов и должны дифференцироваться именно в рамках этих последних. Например, есть правовые обычаи и традиции, а есть моральные, религиозные, эстетические и педагогические обычаи и традиции. Обычаи и традиции могут, кроме того, иметь отношение не к культурно-духовному, а к техническому регулированию (экономика и т. д.). *Нравы* — это термин, используемый исключительно в отношении архаичных обществ, в которых разграничение ценностей и соответствующих правил еще не сформировалось или сформировалось еще недостаточно.<sup>57</sup> Выражение *«конвенциональные нормы»*

<sup>56</sup> С этой точки зрения весьма показательной является дискуссия, возникшая на Втором конгрессе Международного Института философии права и социологии права (см.: *Time Appuaire: Droit, Moral, Moeurs*. Paris. 1936; издано Ж. Гурвичем). — Приверженцы точки зрения, согласно которой существуют такие особые категории, как традиции, обычаи, нравы, несмотря на неоднократные формулировки данной доктрины, так и не смогли прийти к какому-либо конкретному выводу. Временами они смешивали данную категорию с неорганизованным правом, иногда с социальной этикой. Их оппонентам и критикам, таким как Г. Радбрух, Д. дель Векио и автору этих строк, не составило труда доказать противоречивость их рассуждений.

<sup>57</sup> См. мой доклад на вышеупомянутом конгрессе (Р. 248–249).

(Штаммлер) является противоречием в терминах, поскольку все регулирование в целом и все нормы требуют подчинения вопреки произвольному желанию вовлеченной стороны. Что касается правил *этикета, вежливости или моды* и некоторых *социальных ритуалов*, то мы сталкиваемся здесь или с эстетическим социальным регулированием, или с комбинацией его с правовым регулированием. Такие комбинации возникают тогда, когда императивно-атрибутивное регулирование ориентируется более на эстетические, нежели на правовые ценности. Но это исключительные случаи.

Итак, сформулировав определение права, которое кажется нам одновременно и достаточно широким, и достаточно точным для того, чтобы мы смогли предусмотреть все уровни и проявления социальной реальности права, мы можем приступить к более точному описанию объекта и проблематики социологии права.

## § 6. Определение социологии права

Теперь мы должны дать точное определение структуры этой новой дисциплины, а именно объекта ее изучения, ее методологии, а также тех основных задач, которые она призвана решать.

Социология права — это та часть социологии человеческого духа, которая изучает целостную социальную действительность права, начиная с ее чувственно воспринимаемых и видимых проявлений в образцах коллективного поведения (*кристаллизованные организации, обычная практика и традиции или же поведенческие новшества*) и на материальном уровне (*пространственная структура и демографическая плотность правовых институтов*). Социология права объясняет данные образцы поведения и материальные выражения права через их внутренние значения, которые, в свою очередь, одновременно вдохновляя эти образцы и проникая в них, частично трансформируются ими. В своем развитии она переходит от предустановленных юридических символических паттернов (как то: организованное право, процедуры и санкции) к собственно юридическим символам (как то: гибкие правила и спонтанное право). От последних она переходит к изучению правовых ценностей и идей, выражающих вышеназванные паттерны, и, наконец, — к изучению коллективных представлений и интуиций, которые стремятся к данным ценностям и улавливают данные идеи и которые проявляются в спонтанных «нормативных фактах» — источниках действенности, а точнее — позитивности всего права.

*Юриспруденция, или «догма позитивного права», способна только установить связную систему нормативных паттернов и символов (более или менее жестких или гибких), значимых для опыта определенной группы в определенный период времени и имеющих своей целью облегчение работы судов.* Юридическая же социология предусматривает изучение бесконечно-разнообразия опыта любых социальных образований и групп, описывая конкретное содержание каждого вида подобного опыта (в той степени, в какой они находят свое выражение в доступных для внешнего наблюдения явлениях) и выявляя истинную природу права, скрывающуюся за паттернами и символами.

Здесь мы должны остановиться для разграничения трех зачастую упускаемых из вида проблем социологии права, которые явно дифференцируются друг от друга:

1) *Проблемы систематической социологии права*: изучение проявлений права как функций форм социальности и уровней социальной реальности. Указанные проблемы можно решить только при помощи того, что мы предлагаем назвать *микросоциологией*<sup>58</sup> права.

2) *Проблемы дифференциальной социологии права*: изучение проявлений права как функций реальных социальных коллективов и решение этих проблем осуществляется в рамках *юридической типологии отдельных групп и комплексных обществ*.

3) *Проблемы генетической социологии права*, анализируемые при помощи *динамической макросоциологии права*: изучение закономерностей как тенденций и факторов изменения, развития или упадка права в рамках определенного типа общества.<sup>59</sup>

Для того чтобы понять данное разграничение социологии права на три ее составляющие, необходимо принять во внимание, что каждое общество состоит из множества отдельных групп, и что каждая отдельная группа (любой реальный коллектив), в свою очередь, состоит из множества «форм социальности», т. е. *способов связи с Целым и посредством Целого*. Вот почему, когда мы говорим о социальном типе, необходимо точно знать, что именно подразумевается под этим термином: тип *социальности*, тип *группы* или же тип *комплексного общества*. Например: современные комплексные общества весьма отличаются друг от друга, когда речь заходит о видах различных групп: государство, муниципалитеты, коммунальные службы, профсоюзы, кооперативы, политические партии, религиозные организации, клубы, благотворительные общества, семьи и т. д. Типы данных различных групп четко отличаются от форм социальности, которые их конституируют. Например, в рамках такой группы, как государство, профсоюз или клуб, можно наблюдать различные степени интенсивности и актуализированности межличностных отношений сближения, разделения и слияния в массы, общности, всеединства и т. д. Иными словами, существует множество форм социальности.

Очевидно, что в структуре права, соответствующей типам групп (например, профсоюзное, государственное, кооперативное, каноническое право), и даже «в системах права», соответствующих типам комплексных обществ (а именно, феодальное, буржуазное, европейское, восточное, американское, первобытное и цивилизованное право), всегда существует взаимопроникновение различных «видов права», связанных с множеством форм социальности. Если бы мы не разграничили микрофизическую и макрофизическую социологию права, мы бы упустили всю эту подвижную массу бесконечных напряжений и острых конфликтов, будоражащих действительную правовую жизнь, и закрыли бы глаза на глубины неустрашимого плюрализма, который

<sup>58</sup> См. ниже, гл. II и моя «Социологические очерки» (1938).

<sup>59</sup> См. мою статью: Major Problems of the Sociology of Law // Journal of Social Philosophy. 1941. Vol. 6. № 3.

пронизывает ее и который сам по себе является фактором постоянной трансформации правовой действительности, ее спонтанного динамизма.

Такие рассуждения показывают, что генетическая социология права (которая только и привлекала к себе внимание исследователей в XIX в.) не может развиваться без поддержки микросоциологии права и дифференциальной социологии права, причем первая оказывает содействие исследованию изменений, а вторая — фиксирует дисконтинуальные типы, только в рамках которых возможно выявить закономерности развития. Фактически более уже нельзя говорить о линейном направлении развития правовых институтов. Например, ограничение статута договором, которое Спенсер или Генри Мэн рассматривали в качестве основного принципа развития права, актуально только для первобытного типа общества. В цивилизованных обществах направление развития неоднократно менялось. В современном типе общества можно наблюдать обратную тенденцию — движение в сторону ограничения договора статутом, яркой иллюстрацией чему является развитие профсоюзного движения (см. ниже, гл. IV).

Проведение различия между систематической социологией права или микросоциологией, дифференциальной или типологической социологией права и генетической правовой социологией позволяет избежать целого ряда ошибок и устранить из данной области конфликты научных школ, которые зачастую возникают исключительно из-за неправильного понимания друг друга. Эти конфликты основаны на том, что ученые делают отправной точкой своих исследований только одно из трех установленных нами направлений социологии права, выдвигают его на передний план, делая его приоритетным по отношению к двум другим, смешивая совершенно различные проблемы. Так, в XIX в. интерес был прикован исключительно к генетической правовой социологии, в рамках которой специалисты искали решение всех проблем. Данная тенденция сохраняется у Самнера, Келлера и Дюркгейма. Придя к чрезвычайно продуктивной идее — начать исследования в области социологии права с проблемы взаимоотношений форм солидарности (социабельности) и видов права, т. е. прочувствовав проблемы систематической микросоциологии права, Дюркгейм перевел различия между механической и органической солидарностью (и соответствующее различие между репрессивным и реститутивным правом) в плоскость исторического развития комплексного общества. Генетическая социология права, не делая исключения и применительно к вопросу о качественных типах комплексных обществ (только там она и действует), является ведущим методом дюркгеймовских исследований. И если методология Дюркгейма и дала очень ценные результаты в работах его учеников, то лишь потому, что они ограничивались исследованиями архаических типов общества.

Самые современные представители социологии права — Паунд, Кардозо, Коммонс,<sup>xxiv</sup> Ллевеллин<sup>xxv</sup> и Арнольд в Соединенных Штатах; Канторович, Евгений Эрлих и Гуго Зинцхаймер в Германии; Дюги, Ориу, Леруа и Морен во Франции — занимались в основном социологическим описанием современного состояния права и конфликтов, возникающих в его недрах между формальным правом и спонтанным, живым правом. Их усилия были сконцентрированы, прежде всего (несмотря на значительные расхождения

в концепциях), или на описании модификаций юридической техники и на деятельности судов с учетом основных изменений в рамках социальной действительности права, или же на общем описании трансформации существующей системы права с различных точек зрения, особенно с точки зрения роста правовой структуры экономического сообщества, что находит отражение в возрастающей роли автономного права профсоюзов и трестов. Поэтому в рамках данного направления за исключением некоторых ценных замечаний, высказанных Эрлихом, Паундом, Ориу и Ллевеллином, не были четко разработаны различия между систематической социологией права и генетической правовой социологией, а также между дифференциальной правовой типологией комплексных обществ и отдельных групп и, более того, между микросоциологией права и юридической типологией. Зачастую это приводило лишь к появлению чрезмерно догматических тенденций в данных исследованиях. Некоторые представители социологии права придавали слишком большое значение юридической технике определенного рода и вплотную подошли к отождествлению техники представителей современной «социологической юриспруденции» или же методологии их оппонентов, «правовых реалистов», с судьбой самой социологии. Другие ученые приписывают структуре права, соответствующей определенному типу групп (трудовое, профсоюзное, государственное, церковное, международное право), слишком точные и унифицированные характеристики, как будто в рамках каждой типовой группы никогда не существовало конфликта среди многообразия форм социальности и соответствующих видов права. Наконец, представленное Максом Вебером направление современной социологии права свело всю социологию права к типологии правовых систем, связанных с соответствующими «идеальными типами» комплексного общества. Применительно к данной проблематике это направление привело к ценным результатам. Но здесь были упущены из виду не только проблемы микросоциологии права и генетической правовой социологии, но и проблемы типологии специфических групп и соответствующих структур права. Такое искусственное ограничение социологии права одной-единственной проблемой, сопровождаемое обеднением социальной реальности и, следовательно, правовой действительности, рассматриваемой лишь на одном из глубинных уровней, значительно снизило ценность социологических исследований Вебера, несмотря на все их достоинства.

По нашему глубокому убеждению, социология права не может быть продуктивна, если она не примет во внимание одновременно все три указанные научные дисциплины: микросоциологию права, дифференциальную юридическую типологию групп и глобальных обществ и генетическую социологию права. В то же время она должна учитывать необходимость как автономии, так и тесного взаимодействия между тремя данными подразделами, а также их иерархических взаимоотношений друг с другом. При этом микросоциология права предполагается двумя другими дисциплинами, а генетическая социология права опирается на дифференциальную (или типологическую) социологию права.

В завершение нашего определения целей и задач социологии права укажем на опасность распространенного в наше время ошибочного мнения, смешивающего данную дисциплину с «социологической теорией права». Можно

привести многочисленные примеры подобного смешения, особенно в исследованиях второй половины XIX в. (Иеринг, Пост, Корнфельд в Германии; Дюги во Франции; Ферри<sup>xxvi</sup> и Ваккаро в Италии; Сергеевич, Муромцев и Коркунов в России; в наши дни — Н. С. Тимашев<sup>xxvii</sup> в Америке; и даже Е. Эрлих и К. Левеллин не были полностью свободны от этой ошибки). Обсуждая проблемы социологии человеческого духа и ее взаимоотношений с философией и заимствуя из недогматической философии права критерии для определения права, мы уже указывали на невозможность использования социологии права вместо догмы права. И здесь мы еще раз должны подчеркнуть то, что «социологическая теория права», на наш взгляд, является противоречием в терминах. Задачи социологии права состоят вовсе не в определении права и не в разработке системы юридических категорий или правовых ценностей. Так называемая «социологическая теория права» является лишь позитивистской интерпретацией философии права. Как и все позитивистские доктрины, она стремится, в конечном счете, к выведению ценностей и норм из фактов, игнорируя духовные (нозтические) элементы социальной реальности (в особенности правовой действительности) и подменяя социологию философией, и в итоге только компрометирует научную социологию права, возлагая на нее задачи, которые она не в состоянии ни принять на себя, ни решить.

Перед тем, как рассмотреть основные проблемы социологии права, перечисленные нами, было бы полезно остановиться подробнее на критическом анализе концепций основных предшественников и основателей современной правовой социологии. Таким образом, на конкретных примерах мы смогли бы создать более живую и конкретную картину уже выполненной работы, а также тех трудностей, которые встречаются в данной области.

---

# Глава I

## ПРЕДШЕСТВЕННИКИ И ОСНОВАТЕЛИ СОЦИОЛОГИИ ПРАВА. СОВРЕМЕННЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ

### Раздел I

#### ПРЕДШЕСТВЕННИКИ

Предшественников социологии права очень много, так как данная отрасль знания возникла спонтанно в ходе исторических или этнографических исследований, имеющих отношение к праву, или же в ходе исследований самого права с другими целями, например, такими, как установление социального идеала, или в рамках механистической, реалистической или релятивистской философии права, или же в ходе дискуссии об «источниках права». Разумеется, данная «спонтанная социология права», в отличие от методологически выверенной социологии права, обычно рассматривала только одну из обозначенных нами ранее проблем (в зависимости от характера исследований, в которых она появлялась). Мы видим, что авторы, исследуя конкретные проблемы, связанные или с возникновением права, или со взаимоотношениями между социальной реальностью права и другими социальными явлениями, или проблемы, касающиеся юридической типологии групп, зачастую ошибочно ограничиваются только формами государственного устройства и государственного права. В любом случае исследование взаимоотношений между различными подразделами этой дисциплины в рамках такой дискуссии никогда не рассматривалось.

#### § 1. Аристотель, Гоббс, Спиноза, Монтескье

1. Аристотель (385–322 гг. до н. э.) в античную эпоху и Монтескье (1689–1755) в Новое время наиболее близко подошли к созданию методологически выверенной социологии права. Аристотель предугадал существование той совокупности проблем, которые она призвана решать, а Монтескье под влиянием «социальной физики» Гоббса (1588–1679) и Спинозы (1632–1677) очистил учение от ценностных суждений и предложил систематическое эмпирическое наблюдение в качестве ее основы.

Юридическую социологию Аристотеля мы можем обнаружить в его «Этике» (см.: «Никомахова Этика»; I, V, VIII и IX) и в «Политике»; она интегрирована в его практическую философию, изучающую конечные цели

индивидуального и коллективного поведения, а также средства их достижения. В данном смысле аристотелевская формулировка проблемы не имеет ничего общего с социологией как позитивной наукой. Натуралистический финитизм Аристотеля, нацеленный на поиск «энтелехий» в бытии, приводит его к продолжению этических и политических исследований уже не с помощью диалектической научной конструкции, а посредством описания фактически существующих типов и социальных групп в надежде на то, что в будущем удастся обнаружить их особые энтелехии в роли мотивов (или, скорее, в роли последних причин), которые бы интегрировались в оптимальные и абсолютные цели человеческого поведения. Для того чтобы сформулировать понятие справедливости, Аристотель сначала определяет различные виды позитивного права в их взаимосвязи с *номосом* (реально действующим социальными порядком), с *филией* (социальностью или социальной солидарностью) и отдельными группами (*Koinoniai*), пирамиду которых венчает государство. Определение наилучшей формы правления Аристотель начинает с изучения всех существующих типов правления во взаимосвязи с действительной структурой различных типов общества (он даже дал сравнительное описание основных политических структур Греции, из которого до наших дней сохранился только фрагмент, посвященный политической структуре Афин).

По Аристотелю, любое право, волеустановленное или же независимое от людской воли (и в этом смысле «естественное»), представляет собой лишь рациональную формулировку требований *номоса* («Никомахова этика»; 1129 и сл.). *Номос* — это не совокупность издаваемых государством законов, а живой и спонтанный свод правил, управляющих социальным поведением, фактическое социальное регулирование в конкретной среде («Политика»; 1287а, 132а), и этот динамический порядок выходит за рамки различий между правом, пусть даже гибким и неорганизованным, и социальной моралью. По Аристотелю, право (а именно формально определенные правовые предписания) является более абстрактным и статичным, чем конкретный и динамичный *номос*, от которого право обычно отстает и к которому оно должно постоянно заново приспособливаться, что остро ставит проблему социальной сущности права.

Сами по себе виды права могут быть определены только как функции различных типов *filia* или *koinonia*, поскольку живая правовая действительность может проявлять себя только в социальной среде, а социальная среда представлена формами социальности и отдельными группами.

Обычный перевод термина *filia* как «дружба» сильно затруднил понимание социологических идей Аристотеля. По его словам, не существует ни *koinonia*, ни реальной группы, если в них не реализованы *filia* и право. («Никомахова этика»; 1159b). В каждой группе имеется столько же видов права, сколько видов *filia*, так как право развивается вместе с развитием *filiai*, и то, и другое обращается к одним и тем же лицам и одним и тем же объектам и развивается параллельно друг другу (1160а). «*Filia*» означает социальную связь или социальность вне зависимости от того, на чем она основана: симпатия, удовольствие или интерес; применима ли она к родственным или гражданским чувствам, участию в братствах или каких-либо других добровольных

объединениях, и, наконец, к обычной дружбе, кратковременной или длительной (1156–1162). В случае если *filia* основывается на бескорыстной любви и реализует добро, она становится качеством добродетели, «идеальной солидарностью» («совершенной филией», 1156–1157а), противопоставляемой «фактической солидарности»; но для определения первой Аристотель описывает множество типов последней. И он открывает тот очень важный факт, что если *filia*, даже несовершенная, может при определенных условиях обходиться без права, то право не может существовать без *filia*, выступающей одновременно и основой, и дополнением права. Социальность *filia* оказывается заложенной в отношениях между мужем и женой, между родителями и детьми (1558b) и соответствующими параллельными типами права (1161b). Но Аристотель заявляет, что только единичная форма *filia* соответствует каждой форме правления в *koinonia politike* — в государстве (1161а); и иногда кажется, что он говорит о том, что каждая форма *filia* определяется исключительно *koinonia*, которому она полностью соответствует (1160а, 1161b). Таким образом, он смешивает микросоциологический и макросоциологический подходы — ошибка, с которой мы будем еще неоднократно сталкиваться при рассмотрении иных социолого-правовых построений.

Тем не менее, когда дело доходит до изучения видов права как функций социальных типов, Аристотель четко проводит разделительную линию между юридической микросоциологией и юридической типологией элементарной и более жизненной связи, чем абстрактное право и даже чем *номос*, источником которого оно является (1155а). К сожалению, Аристотель ограничивается описанием конкретных случаев *filia*, вместо того чтобы классифицировать их в соответствии с четкими критериями. Он не рассматривает фундаментальный вопрос: какие типы *filia* являются плодотворными с точки зрения права, а какие типы бесплодны. И хотя мыслитель предвидит наличие важного противостояния в рамках «микросоциологии», проводя различие между *filia* и *koinonia*, он не решается признать, что каждая группа (*koinonia*) содержит множество форм социальности (*filia*). Но Аристотель признает такое различие применительно к профессиональным группам, так как противопоставляя («Никомахова этика»; книга V) право, регламентирующее распределение имущества и наград, договорное право и уголовное право (1130–1131а), он относит их (книга VIII) к различным видам *filia* (1162b, 1160а). Судебное право основывается на «*filia*, связанной нравами», договорное право — на «*filia*, связанной нормами», действующими среди равных (в более жесткой и детерминированной социальности); и в итоге распределяющее право основывается на *filia*, действующей между неравными.

Три данные вида права, основанные на микросоциологическом исследовании, приводят Аристотеля к его знаменитой теории уравнивающей и распределяющей справедливости (или, что точнее — справедливости неравенства) (1301а и сл.). Этим видам справедливости он противопоставляет системы правового регулирования, установленные в соответствии с групповыми типами (*koinonia*): брачно-семейное право (которое имеет отношение к типу экономического производства, предполагающему рабовладение), сельское право, установленное ассоциацией семей, городское право, право различных фратрий и, наконец, право политической группы, государства. Последнее

распадается на столько типов, сколько существует форм правления: монархическое, аристократическое право и право, соответствующее *политии* (наилучшая форма правления), тираническое право (очень неэффективное), олигархическое и демократическое право; при этом три последние формы являются следствием вырождения первых трех и далее также подразделяются на несколько подтипов («Политика»; II, III, 1280 и сл., IV, VI; «Этика»; VIII, XI–XIII).

Тезис Аристотеля о том, что государство, будучи совершенным *koinonia*, обладает метафизическим «приоритетом» по отношению ко всем отдельным группам, которые могут существовать только в качестве подчиненных ему частей (I, 1252b, 1255a; «Никомахова этика»; VIII, 1160a), значительно повышает роль разработанной им юридической типологии групп. По Аристотелю, только государственное право делает возможным существование автономного права отдельных групп и превосходит групповое право в такой степени, что философ затрудняется охарактеризовать последнее как истинное право, обозначая его как что-то «аналогичное праву»; только *dikaion politikon* (гр. — политическая справедливость. — Прим. пер.) является правом в строгом смысле этого термина («Политика»; 1153a; «Никомахова этика»; V, 1143a–1135a). Данное догматическое рассуждение, основанное на априорной статичности, относится также ко всем типам права, порожденным различными *filia*, и отчетливо показывает ограниченность аристотелевской социологии права: поскольку любые социальные связи прикрываются политической связью, вечная иерархия групп и приоритет политического права (единственного права в строгом смысле этого слова) остаются недоступными для какого бы то ни было социологического наблюдения. Последователи Аристотеля сохранили его догматические выводы, но не смогли понять поставленных им более глубоких вопросов, на которые сам Аристотель не смог ответить. Потребовалась гениальность Гроция и Лейбница (см. ниже), чтобы освободить социологию права Аристотеля от рабства перед политической метафизикой.

При таких обстоятельствах неудивительно, что социология Аристотеля добилась конкретных результатов только лишь применительно к политическому праву, в особенности при изучении вопросов происхождения и упадка различных типов политического устройства общества.

В государстве Аристотель отделял политическое сообщество так таковое (*koinonia politike*) от его организованной структуры, формы правительства («Политика»; 1276e). Все политические устройства относительно хороши в той степени, в какой они адаптированы к изменяющейся субструктуре политического сообщества. В данном контексте следует рассмотреть такие элементы, как плотность населения, отрасли производства и экономической деятельности, взаимоотношения между социальными классами, число классов (1289b, 1294–1326a и сл.). Так как равновесие между данными факторами постоянно изменяется, то очень высока степень относительности форм правления. Аристотель изыскивает бесконечные нюансы в подтипах политического устройства, чтобы они соответствовали разнообразию социальных субструктур (1290a–1293b). Считается, что средства, посредством которых поддерживает свое существование любое правительство, равно как случаи

ропуска такого правительства, слишком многочисленны (1301–1316b). То, что Аристотель называет «совершенным политическим устройством», является всего лишь смешанной формой правления, адаптированной к искусственно сбалансированной субструктуре — *koinonia* — не слишком большой, не слишком маленькой, с не слишком плотным и не слишком редким населением, в котором «средние классы» доминируют в экономической жизни и имеют преимущество во всем — все эти факторы гарантируют максимальную стабильность (1294–1297a). Разумеется, данное понятие совершенной формы правления представляет собой догматическую и искусственную концепцию, основанную на комбинации конечных причин и действенных причин, но она насквозь проникнута социальным релятивизмом, который Аристотель настойчиво внедрял в теорию политического права, — релятивизмом, который, похоже, возобладав в его поисках идеального государства.

Подведем итог: Аристотелю, несмотря на соединение социологии права с догматической метафизикой, с высоты птичьего полета удалось разглядеть фундаментальные проблемы данной науки: микросоциологию права, дифференциальную социологию права и генетическую социологию права. Но только в последней отрасли, ограниченной государственным правом современной ему Греции, он добился точных результатов.

Между эпохами Аристотеля и Монтескье в Новое время развивались экспериментальные науки, механистическая теория Декарта, была осуществлена попытка построения «социальной физики права», связанная в основном с именами Гоббса и Спинозы. Мы можем быть краткими при рассмотрении концепций данных мыслителей, так как их имена связываются не с социологией права, а с *социально-натуралистической философией права*, которая базируется на применении механики в изучении социальных явлений, что привело их к чрезмерному индивидуализму, полностью разрушающему ту действительность, которую они хотели изучить, — социальную действительность. Подобно тому, как физики того времени расчленили вещи на атомы, Гоббс и Спиноза разрушали общество, которое они отождествляли с государством, разделяя его на его элементарные составляющие, которые, по их мнению, являются изолированными индивидами, помещенными в гипотетическое «естественное состояние». Механическому движению атомов соответствовало *conatus sui tuendi et conservandi* (лат. — искусство сохранять и оберегать себя. — *Прим. пер.*) тождественных индивидов, совпадающее с «естественным правом», которое ничем не отличается от силы, находящейся в их распоряжении. Происходящее в результате этого «столкновение» атомов-единиц и их механических сил, *bellum omnium contra omnes* (лат. — война всех против всех. — *Прим. пер.*), противоречит их стремлению к самосохранению и заставляет следовать велениям разума: соглашаться объединить свои индивидуальные силы в одну доминирующую силу, силу социальной власти, государства, и, таким образом, достигать равновесия сил и гарантировать порядок и мир (что в свою очередь соответствует целям позитивного права). Теоретики социальной физики избежали растворения права в грубой силе при помощи объединения натуралистического механицизма с рьяным рационализмом, и именно этот рационализм завуалировал явное противоречие

между идеей социальной физики и идеей договора, основанной на принципе *обязательства*, — противоречие, которое подорвало всю доктрину.

Более того, именно подобные различия в толковании роли разума привели к глубокому разрыву между выводами Гоббса и Спинозы, сделанными на основе социальной физики права. В то время как Гоббс ввел понятие требований разума только для того, чтобы положить конец *bellum omnium contra omnes* и прийти к механической силе государства, которое он наделяет полным абсолютизмом, Спиноза, рассматривая причину как силу саму по себе, сравнительно большую, нежели механическая сила, пришел к индивидуальной свободе и демократии. Он заявил, что механическая сила государства была бы неспособна проникнуть внутрь человеческого сознания, так как на ее пути встала бы непреодолимая сила индивидуального разума, связанного с бесконечным Божественным разумом. На этом основании Спиноза в своих «Теолого-политическом» и «Политическом» трактатах провел гораздо более тонкий по сравнению с элементарной политической механикой Гоббса анализ изменчивого социального равновесия — количественно разных сил, которые взаимно контролируют друг друга, составляя различные типы государства.

Подводя итог, мы считаем, что все, что мы можем взять от социальной физики права — это методологический принцип, превосходно сформулированный Спинозой: «Не смеяться, не плакать, но познавать». Используя этот принцип при изучении образцов человеческого поведения с социологической точки зрения, мы можем приступить к исследованию, рассматривая их в качестве внешних объектов: объектов, недоступных для самостоятельного внутреннего анализа.

В знаменитом труде «О духе законов» (1748) Монтескье попытался синтезировать богатое наследие Аристотеля (из которого он сохранил только часть, относящуюся к политической группе) с методом социальной физики, в основном в той форме, которая была дана ей Спинозой. Название его работы имеет двойной смысл, подразумевающий то, что он предлагает: а) оглянуться назад на формальную оболочку правовых норм для того, чтобы понять их духовную основу и их взаимосвязь с формой правления, и следовательно, с изменяющейся социальной субструктурой, лежащей в основе политической группы; б) установить законы в качестве естественных закономерностей («необходимых отношений, вытекающих из природы вещей»), которые объяснят происхождение различных политико-юридических типов их зависимостью от других социальных явлений. С этой точки зрения Монтескье расширяет базу исследований Аристотеля и ставит проблему взаимоотношения социологии права с другими отраслями социологии (особенно с социальной экологией, которая изучает масштабы общества, конфигурацию почвы, географические характеристики и т. д. в аспекте их воздействия на плотность населения).

Это расширение, благодаря которому Монтескье надеется восстановить естественные закономерности жизни права, подчеркнуто названием первого издания книги: «Дух закона, или Об отношении, которое должно существовать между законами и любой формой правления, моралью, климатом, населением, религией, коммерцией и тому подобным». Подобно тому как человеком управляют «несколько факторов» (климат, религия, законы, принципы

правления, прошлый опыт, мораль, этика), формируется и общий дух законов. Но среди данных гетерогенных факторов не может быть установлена никакая иерархия, так как все они равнозначны, а результат их борьбы за первенство зависит от количественного воплощения каждого качественного компонента. В силу того, что нормы закона «зависят от физической конфигурации страны; от того, является ли климат арктическим, жарким или умеренным; от качества ландшафта, его местоположения и размеров; от образа жизни, который ведут ее жители, будь то земледельцы, охотники или пастухи; от степени свободы, которую может позволить себе политическое устройство; от религии населяющих ее людей, их наклонностей, благосостояния, количества, торговли, морали, нравов», каждый из этих факторов приобретает разную значимость в зависимости от конкретной ситуации в рамках рассматриваемого комплексного общества. Релятивизм Монтескье в этом смысле определенно является более последовательным и более глубоким, чем у Аристотеля — он охватывает несравнимо большую сферу, причем Монтескье устраняет опрометчивые утверждения в отношении общих законов социальной эволюции.

Юридическая социология Монтескье вводит в исследование *исторический дух* с его тенденцией к индивидуализации фактов, что стало возможным благодаря обнаружению философом множества факторов изменения окружающего мира. Потребность натурализма в изучении коллективного поведения как физического объекта она переориентирует на фактическое и последовательное эмпирическое наблюдение; она заменяет радикальный эмпиризм рационализм, резко выраженный даже у таких последователей Монтескье, как Кондорсе и Конт. Таким образом, Монтескье впервые освобождает социологию права от всех метафизических и догматических тенденций, подводит ее несколько ближе, возможно, слишком близко, к сравнительному правоведению. В любом случае Монтескье, описывая конкретное содержание юридического опыта в самых разных типах цивилизации, мог с большим основанием, чем любой из его предшественников, сказать о праве: «оно говорит о том, что существует, а не о том, что должно быть», оно «не подтверждает обычаи, а объясняет их». Одновременно его тезис о том, что любая организация и любая власть склонны быть искажаемыми через допускаемые ими злоупотребления, которые можно ограничить только взаимным уравновешиванием политических институтов и властей, предвосхитил появление идеи о неизбежно антиномичной структуре социальной и правовой жизни, тесно связанной с плюрализмом социальных институтов и органов.

Отказ Монтескье от рационализма «социальной физики» и финалистической метафизики Аристотеля в пользу радикального эмпиризма поставил его перед лицом деликатной проблемы специфики реального права по сравнению с насилием, как социальным, так и внесоциальным. На примере многих работ Монтескье можно увидеть, что он прекрасно сознавал, что *духовные значения* проникают в социальную реальность права, вдохновляя и направляя юридические институты и практики.

«Правоотношения были возможны еще до того, как окончательно были сформулированы какие-либо законы. Сказать, что не существует ничего справедливого или несправедливого, кроме предписанного или запрещенного

позитивными законами, — это то же самое, что сказать: прежде, чем наукой был описан круг, все его радиусы не были равными». Более того, сознание, интеллект и воля вмешиваются в человеческое поведение, предлагая возможность нарушения законов и изменения уже принятых законов. «Плохи те законодатели, которые потворствовали порокам, вызванным климатом, и хороши те, которые выступили против них». «Физические факторы ведут человека к умиротворению, и в той же степени этические факторы должны вести к обратному». Следовательно, нет сомнения в том, что социология права Монтескье отказывается от опоры на исключительно натуралистический базис, отстаивая связь между социальной реальностью права и духом (это проявляется в самом названии книги «Дух законов»).

Но так как духовные значения, вдохновляющие правовые учреждения и обычаи, определены и локализованы без всякой иерархии и их невозможно рационально из чего-либо вывести, следовательно, Монтескье мог искать их только в движениях мотивации, в психологической побуждающей силе, управляющей фактическим поведением. Отсюда обнаруженное Монтескье знаменитое различие между «природой» правления («то, что делает его тем, чем оно является», — или его внешней структурой) и «принципом правления» («тем, что заставляет его действовать», — или значениями, которые его одухотворяют).

Сводя всю юридическую типологию групп к изучению форм правления (другими словами, впадая в этатизм); выделяя, несмотря на все богатство собранного им материала, только три принципиальные формы правления (республиканская, монархическая и деспотическая); и, наконец, не предвидя даже самой возможности конфликтов между формой и принципом правления, Монтескье совершенно недопустимо ограничил сферу своих исследований. В то же время его рассуждения о принципах добродетели (честность, дух жертвенности) как побудительной силе, стоящей за республиканскими институтами, о чести («предрасудке каждого индивидуума и каждого сословия») как побудительной силе, стоящей за монархическими институтами, и о страхе как движущей силе деспотических институтов прямо указывают на необходимость исследования духовных значений реального правового поведения и классификации их по группам, из которых они происходят.

Но так как эти заключительные выводы не позволили провести различие между юридическими и моральными значениями, то для того, чтобы определить предмет социологии права, Монтескье вынужден был полагаться на другие критерии: в его работе право выступает, как «установленное законодателем», изначально зафиксированное сверху в строгих формулировках — короче говоря, как сведенное до правовых велений, т. е. до всего того, что узаконено государством. Монтескье также полностью разграничивает право и нравы: «Законы устанавливаются, нравы вдохновляются». «Законы — это особые институты, зафиксированные законодателем; нравы и правила поведения — это институты нации в целом». Социология права Монтескье ограничивается изучением условий, в которых правовые предписания приспособляются к определенным типам общества, которыми они призваны регулировать. Она дает практические советы законодателям, указывая на препятствия, возникающие в социальной среде. Подобная концепция, очевидно,

носит «антисоциологический» характер, так как она ставит законодателя, в более широком смысле — государство, поверх реального общества, а все правовое регулирование в целом — вне спонтанной и живой социальной действительности. Поразительно то явное противоречие, которое обнаруживается между подобным «легизмом» (или правовым позитивизмом) и тем социологическим духом, который пронизывает всю рассматриваемую работу Монтескье.

Итак, неоспоримо то, что Монтескье, приверженный этатистской тенденции, усиленной его интерпретацией государства не в качестве определенной группы или объективного порядка (*koinonia*), а в качестве властвующего субъекта и связанный также необходимостью найти критерий правового (данный критерий как раз и ускользал от Монтескье), так и не смог заметить одну из самых важных проблем социологии права: проблему живой действительности права, спонтанного и гибкого права, от которого организованное и зафиксированное право всегда отстает. В этом смысле ему было далеко до Аристотеля: игнорирование проблем микросоциологии, концентрация на генетической социологии права, применяемой исключительно в политической сфере и, более того, только к организованным надстройкам государства, оказали нежелательное влияние на результаты его исследований. Если к этому добавить то, что, несмотря на силу своего социологического эмпиризма, Монтескье не удалось избежать преследования практических целей (а именно оправдания индивидуалистического либерализма), то мы понимаем, что, несмотря на весь методологический прогресс, достигнутый им, публикация сочинения «*О духе законов*» далека от того, чтобы положить начало социологии права.

## § 2. Доктрины, рассматривающие правопорядок «общества», противопоставляемого государству

Длинная череда этих учений, начиная с Гроция и Лейбница до Прудона во Франции и Гирке в Германии, не ставит проблемы методологической социологии права, однако самопроизвольно делает значительный уклон в сторону изучения юридической типологии групп. Эти учения настаивают на том, что каждая определенная группа и каждая комбинация групп порождает особую структуру права, совершенно независимую по отношению к государству, и различают столько типов «социального права», сколько существует групп. Таким образом, социальная реальность освобождается от какого-либо отождествления, подчиненности или догматической связи с государством благодаря априорному отрицанию иерархии групп — предрассудка, который доминировал у Аристотеля и Монтескье, не говоря уже о Гоббсе и Спинозе. Упорствуя в поисках идеального социального порядка (в данном случае в антиэтатистской федералистской тенденции), основывая свой анализ на догматическом, рационалистском или романтическом спиритуализме, недостаточно принимая во внимание или вовсе не обращая внимания на проблемы генезиса права и микросоциологию права и, наконец, смешивая правовую структуру «общества», противопоставляемого государству, с системой позитивных ценностей, представители этих течений, скатываясь до спекулятивного

догматизма, еще дальше отошли от описательного и позитивного изучения социальной реальности права, нежели Аристотель и Монтескье.

Гуго Гроций (1583–1645), отделивший *appetitus societatis* (лат. — стремление к общению. — Прим. пер.) и базирующиеся на нем *communitates* (лат. — общности. — Прим. пер.) от всех обязательных связей с государством, с одной стороны, и с *corpus mysticum* (лат. — мистическое тело. — Прим. пер.) — с другой, противопоставил этакитскому и религиозному монизму своих предшественников плюралистическую концепцию эквивалентных социальных порядков: международное сообщество, церковь, государства, а также отдельные группы внутри государств порождают свое автономное право, структура которого меняется в зависимости от типа группы. *Custodia societatis* (лат. — привычка общения. — Прим. пер.) является основой всего права, а «автономное общество существ, наделенных ограниченной способностью мышления» и связанных вместе при помощи *appetitus societatis*, является генетическим понятием, а государство есть только особый вид группы, не обладающий никакими привилегиями. Следовательно, считает Гроций, существует столько структур права (не важно, позитивных или естественных), сколько имеется типов групп, и он проводит особое различие между *jus latius patens* (лат. — очевидное право в широком значении. — Прим. пер.), порожденным международным сообществом, *jus civile* (лат. — гражданским правом. — Прим. пер.), созданным государством, и *jus artius* (лат. — право в узком значении. — Прим. пер.), порожденным меньшими группами. Итак, государственное право изнутри и извне окружено автономными структурами права. *Jus artius* далее подразделяется на *jus rectorium* (лат. — право управления. — Прим. пер.), регламентирующее отношения между родителями и детьми, между хозяевами и слугами (семьи, экономические группы), между руководителями и руководимыми (общины, деревни, города), и *jus equatorium* (лат. — уравнивающее право. — Прим. пер.) (брачные союзы, фратрии, добровольные организации).

Еще до Гроция Иоханнес Альфузиус<sup>xxviii</sup> в своем труде «Политика» (1603) различал множество *species consociationis* (лат. — видов союзов. — Прим. пер.) и соответствующих им механизмов правового регулирования. Однако он не смог полностью избавиться от определяющего влияния Аристотеля и остался верным ранее установленной иерархии групп, которую Гроций успешно разрушил своей теорией международного сообщества.

Великий философ Лейбниц (1647–1718) кроме математики всю жизнь занимался вопросами права, возобновив правовую типологизацию групп там, где остановился Гроций. Согласно Лейбницу, право направлено на «совершенствование общества существ, наделенных разумом», и связано в этом смысле с моралью, чье милосердие оно ослабило и ограничило логическими вычислениями; право всегда порождается реальной группой, вместе с которой оно и изменяется. Не только позитивное, но и естественное право по существу являются условными; оба возникают из «истины факта», а не из «вечных истин». Таким образом, возникает необходимость эмпирического исследования видов права, и Лейбниц начинает проводить обширные исторические исследования источников международного права, а также особенностей

германского обычного права по сравнению с римским правом. Именно этот скрытый эмпиризм в сочетании с нежеланием сводить право к властвованию вышестоящего позволил Лейбницу с особой энергией настаивать на очень ограниченной роли государства в правовой жизни, на полной независимости позитивного права от государства, на плюрализме равнозначных групп, порождающих свои автономные правовые структуры, и, наконец, на преобладающей роли обычая по отношению к праву. Данный антиэтатизм, как эмпирический, так и конструктивный, приводит Лейбница после яростной борьбы с предрассудками Гоббса, Пуфендорфа и Аристотеля к выведению всех положений своей теории из того, что общество и государство не могут быть отождествлены, так как «*omnem civitatem esse societatem sed no contra*» (лат. — все государственное есть социальное, но не наоборот. — Прим. пер.).

В небольшой, но чрезвычайно важной работе «*Divisio societatum*» Лейбниц выделил следующие группы, существующие наряду с международным сообществом, государством и церковью: домашние хозяйства, семейные общества, гильдии, страховые общества, религиозные братства, монастыри, деревни, города, регионы и т. д. Ни одна из этих групп не способна удовлетворить все потребности своих членов сразу; обязательно наличие некоторого числа равнозначных групп и федераций; только функциональный и территориальный федерализм в состоянии дать организованное выражение всему обществу в целом. Каждая группа порождает и обладает своим собственным *jus societatis sive congruentium* (лат. — право общества или право согласия. — Прим. пер.) — автономным законом интеграции в целое, правом мира и гармонии (*Leibniz G. De tribus juris gradibus*. P. 12 et seq.); данное автономное социальное право подразделяется на столько типов, сколько существует типов групп, например, социальное право гильдий отличается от социального права государства, которое, в свою очередь, значительно отличается от церковного.

Вся власть происходит от *jus societatis* (лат. — социального права. — Прим. пер.), а все *jus societatis* предполагает наличие гармонии между равнозначными элементами; следовательно, объединения с целью господства, *societas herilis inequalis* (лат. — основанное на господстве общество неравных. — Прим. пер.) и право, которое они создают, возникают не в обычной жизни группы, а из-за ненормального раболепия перед правом индивидуальной собственности. Здесь Лейбниц касается проблемы микросоциологии права и противопоставляет *социальному праву*, действующему внутри каждой группы, межиндивидуальное право в форме *jus proprietatis* (лат. — право собственности. — Прим. пер.), являющееся преимущественно ограничивающим правом, скорее правом войны, а не мира, так как «*interpersonam et rem... perpetuum est jus belli*» (лат. — между вещами и личностями... существует постоянное право войны. — Прим. пер.). Право господства, которое, в принципе, следует применять только к отношениям между людьми и животными, возникает среди людей в том случае, когда социальная власть, исходящая от группы, попадает в зависимость от права собственности, которое через вещи и животных преуспевает в господстве над самими людьми. Эти тонкие исследования, открывающие большие перспективы, были у Лейбница почти подавлены метафизической теорией предустановленной гармонии, заранее

исключающей непреодолимые и драматичные конфликты в бытии, в частности в социальной и правовой сферах бытия. Эта теория не позволила Лейбницу и дальше настаивать на утверждении о существовании противоречий между правовыми структурами «общества» и государства, с одной стороны, и между *jus societatis* и *jus proprietatis* — с другой.

Последователи Лейбница — Вольф, Икштадт, Дарье и в особенности Неттельбладт, — несмотря на свой несравненно больший догматический рационализм, несмотря на свой отказ от самых глубоких прозрений своего учителя, продолжали интересоваться правовой типологией групп, а их классификации соответствующих типов автономных правовых структур были систематичнее и точнее, чем у Лейбница. Дарье и Икштадт, например, различали пять типов структур социального права, согласно типам групп, в которых они возникают: 1) *Jus sociale oeconomicum specialis* (лат. — специальное экономическое социальное право. — Прим. пер.), соответствующее родоплеменному сообществу; 2) *Jus sociale oeconomicum generalis* (лат. — общее экономическое социальное право. — Прим. пер.), соответствующее более масштабным экономическим группам (гильдиям, отраслям производства и т. д.; в эту категорию они также включают города и села); 3) *Jus sociale politicum* (лат. — политическое социальное право. — Прим. пер.); 4) *Jus sociale ecclesiasticum* (лат. — церковное социальное право. — Прим. пер.); 5) *Jus sociale gentium* (лат. — международное социальное право. — Прим. пер.).

Неттельбладт настаивал на различии между *jura socialia societatis* (лат. — социальными правами общества. — Прим. пер.) — структурами автономного права, управляющими внутренней жизнью каждой группы, и внешним правом групп, регулирующим отношения в их рамках, — межгрупповым правом подобного же типа, что и межиндивидуальное право. Поскольку организованная группа представляет собой сложный правовой субъект со своей внутренней жизнью, *nexus juridicus socialis* (лат. — юридическая социальная связь. — Прим. пер.), она является простой социальной единицей в договорных отношениях с другими группами. *Jus sociale societatis* (лат. — социальное право общества. — Прим. пер.) является базисом для *potestas socialis* (лат. — социальной власти. — Прим. пер.), где государственная власть (*imperium*) — это лишь один из типов среди множества других. На основе данных соображений Неттельбладт противопоставляет *regimen societatis* (лат. — социальный режим. — Прим. пер.) — блок экономических групп и их структур права — государственному механизму правового регулирования, *regimen civitatis* (лат. — гражданский режим. — Прим. пер.), и зависящим от него *collegia publica* (лат. — государственные коллегии. — Прим. пер.). Неттельбладт предвидит возможность конфликтов и нестабильности в отношениях между этими двумя блоками. «Таким образом, — пишет он, — возникает двойное правление: гражданское (или публичное) правление и частное правление, которое заключается в социальной власти, принадлежащей автономным группам совершенно независимо от государственной власти».

А. Л. Шуцер, историк, статистик и юрист, сделал из этого вывод о существовании противостояния между *bürgerliche Gesellschaft* (нем. — гражданским обществом. — Прим. пер.) и государством как двумя независимыми правовыми структурами, где первая соответствует всем функциональным группам,

а вторая — всем территориальным группам. Данное противостояние приобрело фундаментальное значение для дифференциальной социологии права и было глубже проанализировано рядом французских и германских мыслителей в первой половине XIX в.

Параллельно школе Лейбница–Вольфа в Германии, физиократы во Франции, вдохновленные философами Мальбраншем и Лейбницем, выдвинули понятие спонтанного правового порядка общества, понимаемого как самостоятельный по отношению к государственному порядку. Кенэ,<sup>xxxix</sup> Летрос,<sup>xxx</sup> Дюпон де Немур,<sup>xxxi</sup> Мерсье де ля Ривьер<sup>xxxii</sup> благодаря своим рассуждениям о «фундаментальном и сущностном порядке (экономического) сообщества», который государство не в состоянии изменить, благодаря осознанию того, что издаваемое государством право всегда уступает экономическому сообществу, одновременно стали основателями политэкономии и пропагандистами социологии права. Рассматривая такое экономическое сообщество не как комплекс отдельных групп, а как единое целое, не менее, чем государство, способное представлять общие интересы, данные авторы пришли к мысли о механизме общесоциального правового регулирования, соответствующего экономической жизни. Так, экономическое право не только не отстает от политического права, но опережает и превосходит его. По мнению авторов, в случае конфликта правовой механизм экономического регулирования аннулирует право, сформулированное государством. «Законы государства, — пишет Дюпон де Немур, — должны быть не более как актом признания базисного права социального порядка. Если законы суверена противоречили бы этому праву, они стали бы необязательными для всех». «Позитивное законодательство государства оказывается, таким образом, по сути своей подчиненным праву общества», — заключает Кенэ. Легко уловить и более глубокие идеи в этих формулировках, устанавливающих иерархию групп вопреки Аристотелю (для которого было характерно отсутствие исторического духа), — они указывают на существование основного противостояния формализованного и спонтанного уровней социальной и правовой жизни, а также на динамический антагонизм между политическим и экономическим аспектами общества.

Исследования по юридической типологии групп в форме противопоставления структур права социального и государственного порядка были возобновлены в XIX в. французскими социалистами Сен-Симоном и Прудоном и кружком германских философов: Фихте и Краузе и их последователями, а также «исторической школой юристов» и «германистами».

Фихте (1762–1814) просто отметил тот факт, что правовой порядок «общества» является бесконечно более богатым, чем правовой порядок государства, как по духовному содержанию, так и по его спонтанной жизненной силе. Он считал оправданным заключение о том, что моральный прогресс сделает государство бесполезным и «заставит его раствориться в обществе». Однако его ученик Краузе (1781–1832), резко ограничив идеализацию «общества» своего учителя, предложил одну из наиболее полных классификаций типов групп и соответствующих типов правовых структур. В своем труде «Прообраз человечества» (1811) Краузе утверждал, что «государство представляет собой только один из секторов жизни общества и что прочие

объединения не подчинены государству, но согласуются с ним». Он различает три фундаментальных типа групп. Во-первых, комплексные общества, такие, как нация и международное сообщество; затем «основные группы», которые осуществляют всестороннее воздействие на жизнь их членов, такие, как семья или союз друзей, деревня или муниципалитет и их различные федерации; наконец, группы, служащие специальным целям, такие, как экономические ассоциации, церковь, государства, педагогические ассоциации и некоторые другие. Каждому комплексному обществу соответствует ряд основных групп, а каждой основной группе — множество групп с ограниченными целями. Право появляется не по чьему-то желанию, а порождается каждой из этих многочисленных групп, которые, таким образом, становятся первичными и объективными источниками плюрализма механизмов правового регулирования. Конфликты и балансы между этими структурами составляют жизнь права. Каждая группа создает свой механизм правового регулирования, который возможен лишь при условии, что каждый коллективный союз, будучи проникнутым индивидуализированным духовным призванием, осуществляет идеальную цель. Ведомый догматическим «панентизмом», Краузе, бывший чрезвычайно реалистичным в своих устремлениях, похоже, не допускает, что группа может осуществлять отрицательные, а не положительные ценности. Смешивая суждения о сущем с ценностными суждениями, он полагает, что на базе юридической типологии групп возможно установить федералистский социальный идеал, действительный всюду и во все времена, идеал, основанный на стабильном и неизменном равновесии между различными правовыми структурами. Эта путаница, даже более выраженная у его учеников (Аренс и др.), не только не умеренная ни малейшим чувством исторического релятивизма, но и сопровождаемая абсолютным отождествлением форм социальности, *Geselligkeit* (нем.) и типов групп, *Verein, Verband, Bund* (нем. — объединение, группировка, союз. — Прим. пер.), скомпрометировала социологические представления Краузе, столь ценные сами по себе.

Савиньи и Пухта, основатели «исторической школы юристов», оказавшей глубочайшее влияние на исследование права в XIX столетии, продолжили то же философское направление, что и Краузе (идеи Фихте), особо усилив иррациональные и романтические тенденции этого направления и следующее из них глубокое уважение к живой исторической реальности права. Согласно их учениям, действующее право развивалось только бессознательно, анонимно и спонтанно. Это развитие неизменно является медленным тихим процессом, аналогичным эволюции языка, исключая возможным резкие потрясения как от государственного законодательства, так и от революций. Такая традиционалистская концепция генезиса права, «построенная исключительно через преемственность, постоянно и незаметно передаваемого последующим поколениям», сочетается с гораздо более глубокой идеей — идеей спонтанной структуры права неорганизованного общества, гибкого и изменчивого *Volksrecht* (нем. — народного права. — Прим. пер.), по отношению к которому государственное право бессильно и способно только признавать его наличие. К сожалению, Савиньи и Пухта свели конфликт между государственным правом и спонтанным живым правом к конфликту между законом

и обычаем, который сам по себе является только процедурой заранее фиксированного формального признания социальной действительности права, переходящей по традиции процедурой *par excellence* (фр. — преимущественно. — Прим. пер.), исключающей любые нововведения. В то же время они отошли от исторической и социологической направленности своих работ, рассматривая римское право как вид «*ratio scripta*» (лат. — писаного разума. — Прим. пер.) и игнорируя другую близкую им правовую традицию — своеобразную традицию германского права. Германские правоведы (Безелер,<sup>xxxiii</sup> Маурер, Вильда, Бэр<sup>xxxiv</sup>) оказались в этом смысле более верными принципу исторического релятивизма, хотя и в немалой степени ограничили традиционализм своих предшественников. Эти правоведы подчеркнули, что спонтанность *Volksrecht* — права неорганизованного общества — может проявляться как в инновациях, так и в обычаях, и обратили внимание на важность автономных механизмов правового регулирования отдельных групп, дополняющих обычай. Но они не избежали новой и очень опасной формы идеализации: идеализации германского права, что в свою очередь затруднило их приближение к социологии права. Мы не будем останавливаться на исследовании гегелевской теории «объективного духа» и «гражданского общества», которая является не более чем диалектическим шагом в создании конституции всемогущего государства. По сравнению с вышеупомянутыми доктринами, эта теория не дала ничего нового с социологической точки зрения и фактически представляет собой значительный регресс по причине этатизма Гегеля, в сочетании с его приверженностью индивидуализму римского права.

Связь между исследованиями по правовой типологии групп и генетической социологии права, предугаданная в некоторых германских учениях, нашла особенно четкое выражение в доктринах французских социалистов Сен-Симона и особенно Прудона.

В работах Сен-Симона противопоставление государства и экономического общества — двух огромных блоков локальных и профессиональных группировок — занимает центральное место во всех рассуждениях. Если, подобно Фихте, он и приходит к предсказанию о растворении государства в обществе, «сопровождающимся окончательным установлением индустриального режима», то только благодаря своей технократической концепции в сочетании с верой в исключительную эффективность любви в социалистическом обществе. Тем не менее он повсеместно подчеркивает, что экономическое общество обладает своим собственным автономным механизмом правового регулирования, а «индустриальная конституция», согласно которой «правосудие коммерческое и промышленное» заменит государственные органы правосудия, для него является первым шагом на пути к организации будущего. Его атаки на право ограничиваются критикой принципов римского права, которое отражает абсолютизм и индивидуализм эпохи императоров, и неприменимы к современному обществу. Отношения между правопорядком государства и правовой структурой экономического общества меняются в зависимости от стадии развития комплексного общества. Государственное право доминирует в военные и метафизические эпохи; оно значительно ограничивается в период легизма и метафизики (инициированный в Средние века созданием свободных автономных городов и общин); оно играет подчиненную

роль и почти исчезает в промышленную эпоху. С другой стороны, право обычно играет более важную роль в «критические периоды» социальной жизни, нежели в «органические периоды», одним из проявлений которых станет «индустриальный режим». Вполне понятен социологический дух, пронизывающий все рассуждения Сен-Симона. Однако генетический анализ преобладает во всех его идеях и угрожает подчинить себе истинную проблему правовой типологии групп.

Прудон (1805–1865), напротив, четко определяет первостепенное значение права как принципа, регулирующего нестабильное равновесие между непримиримыми противоречиями, составляющими всю социальную реальность. Он проводит разграничение между общей социологией и социологией права, которую он помещает между учением о материальных силах и учением о коллективном разуме. В его социологии права доминирует проблема юридической типологии групп, хотя не обойден вниманием и генетический вопрос. Противостояние между государством и «обществом», по Прудону, предполагает противостояние между политическим и экономическим правом; первое, по его мнению, ближе к праву войны, а не к праву мира и сотрудничества, и он предсказывал в своих ранних работах растворение государства в обществе как победу права над силой. Но в зрелый период своего творчества, начиная с работы «Справедливость в революции и в Церкви», Прудон осознает утопизм своей прежней концепции и начинает освобождать структуру противопоставляемого государству общества от фальшивой идеализации. В ходе такой «очистки» он обнаружил множество группировок, составляющих социальную жизнь, взаимно ограничивающих и дополняющих друг друга. Он различает группы производителей, потребителей, взаимопомощи, совладельцев, государства (понимая при этом государство как группу граждан), автономных публичных органов. Мыслитель пошел еще дальше и продемонстрировал, что каждая из этих групп является источником автономного и специфического механизма правового регулирования. Правопорядок, порождаемый незататизированным обществом как единым целым и другими ассоциациями (кроме государства), намного шире, чем механизм регулирования экономического права — термин, который Прудон все же сохранил, наряду с мутуалистским правом, вероятно, для того, чтобы сделать понятным, что напряженные отношения, конфликты и нестабильное равновесие между различными правовыми структурами обычно приводят к антиномичному противопоставлению локальных групп (государство и публичные органы — «политическая федерация») и экономических групп («агропромышленная федерация»). Подобный антиномизм усиливается тем, что экономическая федерация должна базироваться на совместной собственности для оказания сопротивления безусловному принуждению государства. Используя данное исследование для проектов реформ, направленных на создание автономной «социальной конституции» экономики, основанной на «индустриальной демократии», Прудон принимает во внимание конкретные исторические обстоятельства (промышленная демократия заменяет «индустриальный феодализм» и сражается с угрожающим призраком «индустриальной империи» — фашизмом).

Это становится особенно очевидным в его методе рассмотрения проблемы собственности — здесь чрезвычайно удачно подчеркнута относительность

типов собственности (римская, феодальная, капиталистическая, мутуальная). Прудон, несмотря на свой все усиливающийся релятивизм, так и не смог избавиться от стремления идеализировать незататизированное общество и его экономическое право. Догматический рационализм не позволил ему постигнуть изменчивость норм, разрешающих конфликты между различными порядками. Это ограничило его социологию права, поэтому, несмотря на глубокую идею антиномичного плюрализма в правовой реальности, мы должны назвать его доктрину предсоциологией.

В Германии во второй половине XIX в., после того, как Роберт фон Моль под двойным влиянием Краузе, Безелера и французских социалистов сформулировал проблему противостояния общества и государства, двое мыслителей, Отто фон Гирке и Лоренц фон Штейн, продолжили исследование правовой типологии групп. Штейн (некоторые из его теорий оказали влияние на марксизм) вывел свою доктрину из глубочайшего исследования социального движения во Франции и из комбинации теорий Фихте, Краузе и Гегеля. Он признал несовместимость экономического общества и государства, а также возможность их беспрекословной зависимости друг от друга. Несмотря на склонность к реализму, Штейн под влиянием Гегеля сконцентрировал все позитивное в государстве: по его мнению, государство было воплощением духовной активности и принципов равенства и свободы. Экономическое общество, предоставленное само себе, обязательно приведет к порабощению слабых, к объединению по принципам господства. Социальное право, возникающее из такого сообщества, является классовым правом, освящающим власть собственников над обездоленными<sup>xxxv</sup> (хозяин и рабы, лорды и сервы, капиталисты и рабочие). Если экономическое сообщество доминирует над государством, то социальное право поглощает публичное право. Государство в свою очередь приобретает антигалитарный характер и не выполняет своего предназначения, состоящего в ограничении господства классов и в борьбе с вредными влияниями подобного господства. Растворение государства в экономическом обществе обязательно приведет к созданию кастового режима, чему история представляет много примеров. Однако государству снова и снова удастся подняться над экономическим обществом и противопоставить антигалитаристскому социальному праву общества свое публичное право, и в особенности административное право, которое компенсирует социальное неравенство. Более того, подобное вмешательство государства в порядок экономического сообщества зачастую принимает форму создания децентрализованных публичных органов, осуществляющих экономическое самоуправление под патронажем и контролем государства (автономное право таких публичных органов представляет синтез системы социально-правового регулирования и преобладающего государственного права). Таким образом, государство и экономическое общество, находясь в состоянии постоянной борьбы и обмениваясь ударами, *Stoss und Gegenstoss* (нем. — удар и встречный удар. — Прим. пер.), время от времени поочередно берут верх друг над другом, иногда уравнивают друг друга и в различной степени проникают друг в друга. Несомненно, Штейн обладал глубоким видением социальной реальности права и ее противоречивого динамизма, благодаря чему способствовал развитию как типологической, так и

генетической социологии права. К сожалению, избежав опасности идеализации противопоставляемого государству общества, он впал в идеализацию государства, а именно в своего рода правовой этатизм. Согласно теории Штейна, право, соответствующее идее справедливости, следует искать исключительно в римской традиции, и само понятие права имеет исключительно индивидуалистическую основу, поддерживаемую государством. Штейн не смог увидеть, что каждая форма социальности порождает свое собственное право и что каждый механизм правового регулирования совпадает с определенной группой (представляющей собой микрокосм видов права) и иногда может стать ассоциацией господства, а иногда эгалитарной ассоциацией.

Гирке, великий историк права товариществ, *Genossenschaftsrecht* (нем.) в Германии, начал изыскания в противоположном Штейну направлении; его дифференциальная социология права снова направлена на идеализацию автономного права групп в противоположность государству. Гирке охарактеризовал все организованные группы как субъекты их собственного автономного правопорядка, который регулирует их внутреннюю жизнь и представляет собой сложную коллективную личность, *Gesamtperson* (нем.) — синтез единства и разнообразия в конкретно взятой системе. Он провозгласил независимость права от государства и пошел еще дальше, развил систематическую классификацию типов коллективных личностей и их механизмов правового регулирования. Так, с одной стороны, Гирке противопоставляет коллективные личности, организованные по территориальному признаку, и среди них государство, коллективным личностям, сформированным по семейному принципу, а также по экстерриториальному принципу (экономические, профессиональные, религиозные), а с другой стороны, коллективные личности, основанные на сотрудничестве, *Genossenschaften* (нем. — товарищества. — *Прим. пер.*), коллективным субъектам, основанным на господстве, *Herrschaft* (нем. — господство. — *Прим. пер.*). Эти две классификации не полностью перекрывают друг друга в локальных группах: согласно теории рассматриваемого автора, они всегда имеют смешанный характер, в котором встречается и элемент господства, и элемент сотрудничества, в то время как в родственных группах господство и сотрудничество распределены в группах: «родители—дети» и «хозяин—слуга», с одной стороны, и в товариществах, с другой. Только группы, созданные на функциональной основе, могут быть чисто *Genossenschaften* или чисто *Herrschaften*, например, профсоюзы и кооперативы в первом случае, заводы и капиталистические предприятия — во втором. Каждый из указанных различных типов комплексного коллективного субъекта порождает определенный тип структуры социального права (социальное право господства и социальное право сотрудничества, социальное право территориального, семейного, профессионального или канонического типа). Но структура права такого особого типа локальной группы, как государство, превалирует над всеми остальными.

Система права комплексного общества и ее исторический генезис рассматривались Гирке как вечная и драматичная борьба между ассоциациями господства и сотрудничества, как борьба, иногда ведущая к преобладанию одних над другими, иногда к установлению равновесия и взаимопроникновению обоих.

Современная правовая история начинается с превосходства *Genossenschaft* над *Herrschaft*. При феодализме это приводит к победе ассоциаций господства, основанных на земельной собственности. Но с начала XIII в. по XV в. феодализму противостоят возникновение и подъем свободных сбалансированных ассоциаций, представляемых городами (которые первоначально были просто конфедерациями торговли — ассоциациями), гильдиями и товариществами. Однако они быстро превратились в закрытые и принудительные органы и были захвачены государством, которое в XVI в. приобрело фиксированную территориальную форму и поначалу повсеместно имело автократичный и абсолютистский характер. Что касается государства, несмотря на то, что оно, как и все локальные группы, представляет собой смешанный коллективный субъект, находящийся где-то между *Genossenschaft* и *Herrschaft*, в нем может преобладать иногда то один, то другой из этих организационных принципов. Принцип *Genossenschaft* начинает превалировать в государстве с конца XVIII по начало XIX в. в двойственной форме: демократизация центральных органов и развитие местного самоуправления. Но ограничение *Herrschaft* пределами государственной структуры неизменно заставляет государство содействовать развитию свободных ассоциаций, автономных *Genossenschaften* вне их организованных форм. Таким образом, в эту эпоху оно все больше уравнивается автономным экономическим обществом, состоящим из независимых сотрудничающих ассоциаций.

К сожалению, Гирке, несмотря на свою склонность к смешанным случаям, не делает различий между «формами социальности» и «реальными коллективными единицами», и поэтому его правовая типология групп носит слишком упрощенный и общий характер. Его движению в направлении социологии права мешает эта тройная ошибка: приписывание *Genossenschaft* всевозможных позитивных ценностей, хотя это не всегда соответствует действительности; сужение данной формы организации до германского права и превращение ее в идеал; и, наконец, догматичное априорное утверждение правового превосходства государства (во все времена и во всех обстоятельствах) над другими группами. Исследования Гирке в социологии права не смогли расширить границы, установленные Краузе и Прудоном, хотя из всех теорий, которые мы рассмотрели, он пошел дальше всех в расчистке пути для новой научной дисциплины.<sup>60</sup>

### § 3. Всеобщая история права. Сравнительное правоведение. Правовая этнология. Криминология

Третья группа предшественников социологии права в основном занималась проблемами правогенеза, который они предлагали изучить с самых древнейших обществ в поисках постоянной и непрерывной линии развития. В этом они потерпели неудачу из-за невозможности установления однолинейного направления развития (сочетая и сравнивая институты права, возникающие в различных качественных типах общества и в различных цивилизациях).

<sup>60</sup> См. детальное рассмотрение учений, упоминаемых в § 2, и их библиографии в моем труде «Идея социального права» (1932. С. 171–567).

По правде говоря, исследования подобного типа вместо решения проблемы генезиса права (нахождения его факторов) внесли большой вклад в изучение только одного специфичного комплексного общества: *архаичного общества*. Благодаря этим исследованиям в выигрыше осталась не генетическая социология права, а правовая типология комплексных обществ, которая может устанавливать нормы в качестве тенденций и изучать их факторы только в рамках структуры одного качественного типа.

Генри Самнер Мэн в своей работе «Древнее право в его связи с ранней историей общества и его отношение к современным идеям» (1861) ввел рассматриваемый тип исследований, настаивая на существовании определенных аналогий между индусским и ирландским правом. Он обратил внимание на «деревенские общины» (локализованная форма клана) в различных цивилизациях. Эти общины базировались на коллективной земельной собственности и широкой независимости, которые он рассматривал в качестве «зачатков» всего правового развития (*Maine H.* 1) *Lectures on the Early History of Institutions.* 1876; 2) *Dissertations on Early Law and Custom.* 1884). Мэн был убежден в том, что благодаря своим исследованиям в области сравнительной истории он сможет установить общий закон правовой эволюции: «До настоящего времени развитие прогрессивных обществ заключалось в переходе от закона к договору». Этот «закон эволюции», открытый также Гербертом Спенсером, связан с поисками «зачатка» развития, поисками, основанными на убеждении, «что наша умственная конституция стабильна и что правовые институты, в которых она находит свое выражение, менее изменчивы и относительно, чем заявлял Монтескье». Мэн противопоставил этот сравнительный метод «догматическому сравнительному правведению», учитывающему исторические фазы развития и сопоставляющему только правовые институты, существующие на одном историческом уровне. Ученые-теоретики юридической истории последующего поколения, например, Мейтлэнд<sup>xxxvi</sup> и Виноградов, справедливо критиковали метод Мэна, показывая, что необходимо установить параллелизм в историческом развитии, что истинный исторический подход имеет дело с неповторяемыми и строго индивидуальными фактами (Риккерт), что неоднородность и сложность эволюции права в различных типах общества исключают рассмотрение архаичного права как образца универсального генезиса права. Было признано, что внутри своих границ историко-сравнительный метод не в состоянии выйти за рамки отдельного правового типа конкретного комплексного общества (*Vinogradoff P. G. Outlines of Historical jurisprudence.* 1920-1922. Vol. 1).

С этой точки зрения классическая работа Фюстеля де Куланжа<sup>xxxvii</sup> «Античный город» (1864), выявляющая влияние веры в сверхъестественные силы и в особенности влияние религий на существующий в архаической форме греко-римского *полиса* тип права, является более глубокой. Демонстрируя существующую в греко-римской цивилизации связь между домом, королевской властью, земельной собственностью, правом наследования и брака и религией, Фюстель де Куланж не претендует на открытие общих законов, управляющих развитием права, а ограничивается сравнением двух культурных слоев, находящихся друг с другом в очень близких отношениях. Гюстав Глоц<sup>xxxviii</sup> недавно (в своих замечательных работах «*La solidarité de la famille*

dans le droit criminel en Grece» (1904), «La Cité Grecque» (1928)) снова обратился к проблемам, занимавшим Фюстеля де Куланжа. Он справедливо упрекает последнего в излишней упрощенности и сверхобобщении, а также в недооценке сложности эволюции древнего города, которая может развиваться не концентрическими кругами, центром которых являются семейные кланы (*genos*), а только через конфликты и взаимодействие между городским правом и правовым порядком семьи.

Максим Ковалевский,<sup>xxxix</sup> продолживший традиции Мэна, в своих работах «Очерк происхождения семьи и собственности» (1890) и «Современный обычай и древний закон» (1893) обращается с историко-сравнительным методом более благоприятно, чем его предшественник. Ковалевский все еще находит в «сравнительной истории права осуществление социологического эмпиризма в данной сфере». Он убежден, что функцией данной науки является «поиск аналогий, а не различий», и обращает свои усилия не на изучение непрерывного процесса происхождения правовых институтов, но на «воссоздание неясного процесса, который породил более ранние правовые институты», на конструирование архаичного права, хотя сам признает, что «промежуточные связи отсутствуют». Более осмотрительно высказывается Дарест в своих работах «Etudes d'Histoire de Droit» (1889) и «Nouvelles Etudes d'Histoire de Droit» (1902); он ограничивается последовательным описанием древнего права (народ за народом) и выступает против социологического обобщения эволюции права и даже против «правовой этнологии», устанавливающей общий тип архаичного права.

Австрийский юрист Рудольф фон Иеринг, широко известный историк римского права («Дух римского права». Т. I–III. 1865–1869), продолжил исследования в другом направлении. Он рассматривал римское право в более широком социологическом смысле, объединяя его преобразование с эволюцией римского общества в целом и справедливо пытаясь «разрушить чары, которые сдерживают нас и заставляют превращать науку о праве в математику». Затем на базе конкретных наблюдений он сделал попытку построить «социологическую теорию права», действительную для всех времен и мест. Сначала, в противоположность исторической школе юристов, он ограничился констатацией того, что развитие права всегда базируется на осознанной борьбе за права. Он исключал возможность неосознанного развития, медленного и мирного, подобно развитию языка («Борьба за право». 1873). Данный тезис, разумеется, преувеличен и не распространяется на все типы права или на все группы общества; его единственное достоинство заключается в оппозиционности к тезисам его предшественников. В своей работе «Цель в праве» (в 2 т. 1884–1886) Иеринг отважился пойти дальше, превратив зачатки социологии права в чисто догматическую теорию права. Согласно этой теории все право связано с сознательной целью защитить социальные интересы, а здесь свое влияние оказывает государство. Следовательно, все право связано с государственным принуждением. Так, социология права Иеринга начинается с несообразных претензий только для того, чтобы закончиться уступками предрассудкам догматических юристов его времени в пользу этатистской теории права. И в этом он вступает в противоречие с духом социологического релятивизма, «закрывает глаза перед всемирной историей права»

(Г. С. Мэн) и, в более широком плане, — перед живой правовой действительностью.

В этом смысле более интересными были усилия германского историка Б. В. Лейста,<sup>XL</sup> который внес некоторые уточнения в доктрину исторической школы юристов в духе, весьма отличном от работ Иеринга. В своих работах (*Leist B. W.* 1) *Über die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute.* 1854; 2) *Über die Natur des Eigentums.* 1860; 3) *Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts.* 1877) Лейст обобщил свои исторические наблюдения, но не для того, чтобы установить закономерности, управляющие процессом возникновения права, и не для того, чтобы создать новую теорию права, а для того, чтобы поднять одну из фундаментальных проблем систематической правовой социологии: проблему отношений между правовыми нормами, формально определенными в законодательных актах и традициях, и живой правовой действительностью. *Lebensverhältnisse* (нем. — жизненные отношения. — *Прим. пер.*), жизненные социальные отношения порождают свое собственное правовое регулирование, которое и является основой для всех жестких и формальных норм права. Они являются объективным элементом, «физикой права» — *naturalis ratio* (лат. — естественный разум. — *Прим. пер.*) у римлян, что не имеет ничего общего с естественным правом, которое представляет более глубокий уровень права: «реальные правовые институты». Эти институты должны изучаться специальной наукой, отличной от догматико-систематического изучения жестких норм, а также отличной от философии права. Естественнонаучный подход к живой и институциональной правовой действительности, которая может быть изменена посредством проводимой государством и юристами систематизации, но которую даже они вынуждены принимать во внимание, как раз и является предметом социологии права. Лейст не использует этот термин, но в его исследованиях он подразумевается. По словам Гуго Зинцхаймера (*Sinzheimer H. The Task of the Sociology of Law.* 1935. P. 50–53; на нидерландском), Лейст использовал многие из идей таких маститых основоположников современной социологии права, как Ориу и Эрлих. Тем не менее, поместив живую правовую действительность вне рамок позитивного права, которое он связывал с государством, Лейст не смог развить свою точку зрения и свел юридическую социологию к изучению одного-единственного уровня социальной реальности права: уровню спонтанного права.

\* \* \*

В дополнение к вкладу, сделанному представителями исторической школы права и исследователями сравнительного права, мы должны выделить особое место в формировании социологии права этнографам и этнологам. Влияние данной области исследования особенно явно чувствуется в работах Мэна, Ковалевского и Дареста. Но Летурно (*Letourneau P. Evolution Juridique.* 1891) во Франции, Пост в Германии, Штейнмец в Голландии предприняли радикальную попытку использовать работы Леббока,<sup>XLI</sup> Тэйлора, Моргана и других этнологов для построения на базе их обобщений *генетической социологии права*. В частности, германский ученый А. Г. Пост<sup>XLII</sup> в своих работах (*Post A. H.* 1) *Einführung in die Naturwissenschaft des Rechts.*

1872; 2) Allgemeine Rechtslehre auf vergleichend-ethnologischer Grundlage. 1880–1882. Bd. I, II; 3) Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklung: Leitgedanken für den Aufbau einer allgemeinen Rechtswissenschaft auf soziologischer Grundlage. 1884; 4) Die Aufgaben der Rechtslehre. 1891; 5) Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz. Bd. I, II. 1894–1895) выражал веру в то, что этнологическое изучение различных правовых институтов, вероятно, сможет пролить свет на причины генезиса всей правовой жизни и установить законы, управляющие эволюцией права во всех типах общества. Он считал, что подобная этнологическая социология является, возможно, единственно возможным источником теории права, которую она подменяет, «добываясь успеха в определении понятия права при помощи сравнительной индукции». При этом огромные усилия Поста имели результатом лишь создание «каталога правовых институтов, беспорядочно заимствованных из большого разнообразия обществ и каталогизированных произвольным способом» (П. Фоконне). Из подобного исследования не было выведено, и невозможно было вывести ни объяснения этих институтов, ни законов, управляющих их развитием, ни концепции права, отличающей право от морали и религии. Более того, сам Пост чувствовал, что его первоначальный замысел не был полностью реализован. В своих последних работах он признает, «что сравнительная этнография права является лишь частью юридической социологии и что последняя является только одной из основ теории права». С. Р. Штейнмец, предшественник Поста, выпустил три важные работы: *Steinmetz S. R.* 1) *Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe.* 1894; 2) *Rechtsverhältnisse von eingeborenen Völkern in Afrika und Ozeanien.* 1905; 3) *Classification des types sociaux // Annuaire Sociologique.* Vol. III. 1900. Хотя мыслитель полагал, что социология права в сочетании с психологией могла бы заменить теорию права, он был гораздо осмотрительнее, чем его предшественник. По его мнению, сравнительная этнология права, возникшая из «науки о культуре», а не из «науки о природе», может заниматься не поисками общих законов эволюции, а лишь конкретными типами правовой жизни, соответствующими отдельным комплексным обществам, вплоть до архаичного общества, которое само подразделяется на типы. Наконец, социологию права, как любую иную социологию, «нельзя сводить к этнологии». Описание Штейнмцем различных отсталых обществ носит более научный и более осторожный характер, так как прежде чем сделать какое-либо сравнение, данное описание интегрирует каждое конкретное правовое явление во всю социальную жизнь рассматриваемого общества. Таким образом, Штейнмец продвинулся в направлении, развиваемом современными этнографами, такими, как Боас, Гольденвейзер,<sup>XLIII</sup> Лоуи, Малиновский и Турнвальд<sup>XLIV</sup> (см. ниже).

Этнологическая антропология Фрэзера, который проанализировал отношения между магией и религией в архаичном обществе и их влияние на первобытное право (см. его работу «Золотая ветвь» (1890. 3-е изд. 7 т. 1911–1955) и выводы, касающиеся архаичных правовых институтов, в книгах «Магические истоки царской власти» (1905), «Задача души» (1909)), поднимает ряд по-настоящему фундаментальных вопросов, касающихся архаичного права. Несмотря на несколько поспешные обобщения и очень сомнительный эволюционизм, этнология Фрэзера, очевидно, не претендует на то,

чтобы заменить собой всю юридическую социологию или выступать в качестве теории права.

В заключение можно сказать, что этнология права в ходе развития постепенно отказалась от своего первоначального намерения установить общие законы правовой эволюции и разрешить проблемы генетической социологии. Такое «крушение эволюционизма», как указал А. Гольденвейзер, является основной чертой современной этнологии.<sup>61</sup>

Мы обнаруживаем, что, сделав вклад в юридическую типологию конкретного общества — архаичного общества, ранние этнологи не смогли найти удовлетворительного социологического объяснения открытым ими явлениям, так как они были неспособны интегрировать их в общую картину — в «тогальные социальные явления», в рамках которых данные институты и возникли. И только те этнологические работы, которые основывались на строгой методологии (такие, как работы в рамках школы исторической этнологии: Франца Боаса в Америке, функциональной школы Б. Малиновского и А. Радклиффа-Брауна<sup>XLV</sup> в Англии; и в рамках французской школы: Дюркгейма и его учеников — Мосса, Фоконне, Дави), а также новаторская работа по проблеме «первобытного мышления» Л. Леви-Брюля пролили некоторый свет на правовую жизнь первобытного общества и на эволюционные факторы, действующие в рамках данного типа общества.

Для завершения обзора доктрин предшественников социологии права необходимо сказать несколько слов о развитии данной науки в области уголовного права. Итальянские ученые Ломброзо<sup>XLVI</sup> («Преступный человек». 1876) и Гарофало<sup>XLVII</sup> («Позитивный критерий преступности». 1878) высказались против абстрактных классических концепций, которые отделили преступление от преступника и перевели преступление в форму метафизической сущности. Они использовали положения антропологии, психологии и биологии, настаивая на определенной физиологической конституции преступников. После этого ряд криминологов разработали *социологию преступности*, противоположную данной точке зрения. Здесь следует упомянуть только двух представителей данной теории — Энрико Ферри в Италии и Габриеля Тарда во Франции, выводы которых, надо сказать, сильно расходятся.

Энрико Ферри, автор «Уголовной социологии» (1899; пер. на англ. 1917), стремится разрешить все проблемы преступности при помощи «позитивного изучения социальных факторов преступления». В понятие преступления он включает любые действия, которые угрожают «коллективной выгоде группы» и вызывают «защитную реакцию общества, направленную на самосохранение». Так, систематическое изучение норм уголовного права оказывается бесполезным с точки зрения уголовной социологии, а практические реформы («уголовная политика») могли бы следовать непосредственно из формального знания о состоянии преступности. Несмотря на наивный натуралистический позитивизм, выходящий из понятия преступности ее основное значение — нарушение юридических норм и, следовательно, коллективных духовных ценностей, Ферри прекрасно понимает, что уголовная

<sup>61</sup> Goldenweiser A. Cultural Anthropology // Prospects of the Social Sciences / Barnes H. E. 1925. P. 221 et seq.

социология не растворяется в общей социологии, а является частью социологии права. Тем не менее социолог не указывает прямо, в чем состоит специфика ее природы. По всей видимости, он не осознает характера социологии права как разновидности «социологии духа», и это сильно вредит всей его теории, заставляя Ферри колебаться между чистой технологией превентивной социальной гигиены, которая привела бы к наказанию опасных лиц, еще не совершивших преступления, и принципом «*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*» (лат. — нет ни преступления, ни наказания без указания закона. — *Прим. пер.*), который он не был в состоянии сам объяснить социологически. И все же настойчивость, с которой Ферри, используя статистические данные, выявлял «социальные факторы преступления» (изменяющаяся плотность населения, состояние социального мнения и религии, состав семей и система образования, промышленное производство, алкоголизм, экономическая и политическая организация, социальное управление и т. д.); ясность, с которой он обозначил «роль профессионального и гражданского статуса» и возраст; наконец, тезис о том, что формы преступлений изменяются в зависимости от типа общества («в феодальном обществе преобладающей формой преступления было насилие, а в буржуазном обществе — мошенничество и надувательство») — эти тезисы Ферри вносят ценный вклад в генетическую социологию уголовного права. Ясно, что все эти достижения, которые помогли подготовить почву для социологии права, были сделаны исходя из предположения о том, что идеи преступления, наказания, ответственности уже объяснены и сформулированы (не дав ничего для развития теории преступлений, наказания, ответственности), и исходя из презумпции наличия систематической правовой типологии групп и комплексных обществ.

До развития своей теории социальной имитации, состоящей из повторяемости индивидуальных изобретений, широко известный французский социолог Габриель Тард (1843–1904) интенсивно занимался проблемой преступности. Должности судьи и главы отдела уголовной статистики в Министерстве юстиции особо подготовили Тарда для подобного рода исследований; практическая деятельность, без сомнения, стала одним из источников его социологии. В своих работах (*Tarde G. 1) Criminalité comparé. 1888; 2) La Philosophie Penale. 1890; 3) Etudes Penales et sociales. 1892; 4) Les foules et le sects criminelles. 1893 // L'Opinion et la foule. 1901*) Тард направил усилия на изучение преступления; явления, производного от того, что он понимал под социальной действительностью. Он не разделял натуралистических и прагматических предрассудков Ферри. В своих исследованиях «социальных причин преступлений» он ориентировался на «интерментальную психологию» и прекрасно понимал, что социология преступлений не может обойтись одними юридическими символами, идеями и ценностями, которые позднее в книге «Социальная логика» (1893) он назвал «категориями социального сознания». Таким образом, данная наука, далекая от замещения собой правового анализа преступлений, находится, по мнению Тарда, во взаимозависимости с данным анализом, освобождая его «от его схоластического характера». Умеренность целей, которые Тард ставил в рамках своей уголовной социологии, не только не помешала, а наоборот, помогла ему выявить тот факт, что

«преступность определяется организацией общества», и продемонстрировал, «что именно общество подталкивает потенциальных преступников на преступление». При помощи статистики преступности Тард определил роль «профессиональных групп преступников»; он изучил активность толпы и религиозных сект в преступности, скорректировав преувеличения и ошибки Лебона («Психология толпы») и Сигеле<sup>XLVIII</sup> («Преступная толпа»). Мыслитель сравнил понятия «толпа» и «мнение» и показал, что «масса» не обязательно должна рассматриваться как «вирус зла». К сожалению, Тард считал возможным объяснять преступление исключительно как подражание индивидуальной инициативе и попытался основать сам принцип ответственности на «изменчивом характере поступка» в сочетании с «персональным тождеством личности, совершающей поступок». Подобные произвольные умозаключения, противоречащие социологическому методу, отдалили Тарда от социальной действительности и серьезно скомпрометировали его исследования, имеющие очень важное значение в другой сфере, в области криминологии.<sup>62</sup>

Тард дополнил свою уголовную социологию общими исследованиями в рамках социологии права. В двух своих работах (*Tarde G. 1) Les Transformations du Droit. 1893; 2) Les Transformations du Pouvoir. 1899*) он энергично выступил против эволюционистского тезиса о том, что правовые институты развиваются с гомогенным постоянством и что прототипы этих институтов можно обнаружить в архаичном обществе. Его полемика на эту тему имела бы большую ценность, если бы он не соединил ее со своим общим тезисом об индивидуальном новшестве (коллективном повторении при помощи имитации, противопоставления, адаптации), исключив, таким образом, из жизни права ее наиболее фундаментальный элемент — коллективную природу разработки и признания права. Применяя свою общую схему, он пришел к теории нелинейного и непрерывного развития права, которое, по его мнению, движется в направлении расширения круга личностей, связанных одним и тем же законом. В этом, по его мнению, и заключается правовой прогресс. Несмотря на свои ошибки, Тард сделал ценные заключения по некоторым конкретным вопросам: роль, которую он приписывал первичным прецедентам в жизни права, с одной стороны, роль судебных решений судов — с другой стороны; описание эволюции права от традиционного законодательства (разновидность общепринятой имитации), которое, в свою очередь, отступает перед более ранним обычным правом, сочетающим имитацию и обычай, — все это представляет собой интересный вклад в систематическую и генетическую социологию источников права. Поэтому имя Тарда заслуживает того, чтобы его цитировали среди непосредственных предшественников современной социологии права, к рассмотрению методологических основ которой мы сейчас и приступим.

<sup>62</sup> После Ферри и Тарда социология преступности развилась в более точную и четко очерченную теорию, как одну из специальных отраслей социологии права. См. впечатляющий обзор Джереми Холла: *Hall J. 1) Prolegomena to a Science of Criminal Law // Penal Law Revue. 1940. P. 549–580; 2) Theft, Law and Society. 1935.*

## Раздел II ОСНОВАТЕЛИ СОЦИОЛОГИИ ПРАВА

### А. ЕВРОПА

#### § 1. Дюркгейм

Во Введении мы в общих чертах указали то место, которое социология права занимает в социологии Дюркгейма. Ниже мы предлагаем детальный обзор социолого-правовых воззрений этого мыслителя. Кроме двух основных работ, в которых он поднимает правовые вопросы, — «О разделении труда в обществе» (1893, пер. на англ. 1915), «Deux lois de l'évolution penale» (*Année Sociologique*. Vol. IV. 1900), также и все его остальные работы и важные заметки, опубликованные в журнале «*Année Sociologique*», внесли свой вклад в разработку данной области. Любой серьезный анализ учения этого социолога не оставит сомнений в том, что он был далек от сведения социологии права исключительно к проблемам правовогенеза. Дюркгейм внес серьезный вклад в развитие теоретической правовой социологии (изучая отношения типов права к формам социальности и дифференциальной правовой социологии комплексных обществ). Однако из-за убежденности в необходимости связывать эти две области исследования с учением о происхождении архаичного общества, что считалось бы ключом к объяснению всей эволюции права, основой для всех умозаключений Дюркгейма стала его генетическая социология права. Проанализируем взаимосвязь этих трех основных проблем социологии права Дюркгейма.

Работа «О разделении труда в обществе» (1893) за отправную точку берет проблему отношений между формами социальности и видами права. «Видимым символом социальной солидарности [понимаемой как фактическая солидарность, т. е. форма социальности] является право». «Следовательно, мы можем быть уверены в том, что возможно обнаружить отражение в праве всех необходимых разновидностей социальной солидарности». И наоборот, объективная классификация видов права, актуальная для социологического исследования, может быть осуществлена исключительно через классификацию форм социальности. В сущности, различие между публичным и частным правом, «принятое среди юристов, служит только практическим целям» и указывает лишь на право, санкционированное или не санкционированное государством; отношение же последнего к данному вопросу по сути своей переменчиво. Частное право зачастую включает правовые механизмы, аналогичные публично-правовым (например, семейное или профсоюзное право по природе своей не слишком отличаются от конституционного права); само государство существовало не во все периоды существования общества и изначально не играло одинаковой роли в нем. Таким образом, социология права должна проводить разграничение между видами

права. В рамках первой необходимой классификации различаются право, соответствующее «механической солидарности», или солидарности через подобие, и право, соответствующее «органической солидарности», или солидарности через различие. Право, соответствующее механической солидарности, — это уголовное право; правом же, соответствующим органической солидарности, является семейное, договорное, торговое, процессуальное, административное и конституционное право. Все виды права, которые могут быть определены «как нормы с организованными санкциями», противопоставляются «нормам с неорганизованными санкциями», характерным для морального регулирования. Так, два основных типа правового регулирования, наряду с двумя противоположными типами солидарности, проявляются в двух различных видах организованных санкций: право, вытекающее из механической солидарности, сопровождается репрессивными санкциями, а право, вытекающее из органической солидарности, сопровождается реститутивными санкциями. «Репрессивная санкция — это санкция, подразумевающая порицание со стороны общества, позор, независимо от того, принимает ли она форму смертной казни или телесного наказания, лишения свободы и т. д., или просто социального порицания. Реститутивная санкция состоит всего лишь в возвращении к *status quo*; в возвращении нарушенных отношений к их нормальной форме. Это возможно путем возвращения неправомерного проступка к тому исходному состоянию, от которого произошло отклонение, или же путем аннулирования сделанного, т. е. лишением его социальной значимости».

Дюркгейм считает очевидным существование параллелизма между репрессивным правом и механической солидарностью, реститутивным правом и органической солидарностью. В самом деле, репрессивные санкции и уголовное право, которое они сопровождают, защищают наиболее важные социальные отношения. Правонарушение — это разрыв механической солидарности, «преступление против устойчивого состояния коллективного сознания, против коллективного идеала». Более того, «чем больше механическая солидарность преобладает в обществе и «чем более непосредственно индивидуум интегрирован в гомогенное общество, тем сильнее репрессивное право будет превалировать над реститутивным правом. Напротив, реститутивные санкции защищают дифференцирование общества по специализированным функциям, по подгруппам, по индивидуализированным видам деятельности. Реститутивное право гарантирует свободное разделение социального труда, результатом которого оно само и является: это право связано с более гибким коллективным идеалом, который допускает самообособление». В обществе, где органическая солидарность, т. е. солидарность среди несхожих элементов, становится преобладающей, большая часть права выходит за рамки уголовного права и даже начинает превалировать над ним. В частности, параллельное развитие договора и государства, которое сопровождается санкциями реститутивного толка, является наиболее четким проявлением органической солидарности и ее юридических символов.

Более детальный анализ приводит Дюркгейма к выделению определенных подтипов внутри этих двух основных типов правового регулирования

и форм солидарности. Так, в пределах реститутивного права Дюркгейм противопоставляет договорное право и право, не затрагивающее договор (внутригосударственное право, профсоюзное право, конституционное и т. д.). Более того, он замечает, что «в договоре не все договорное» и что часто «наше добровольное сотрудничество создает для нас обязательства, которых мы не желаем», т. е. очень часто под формой договора появляется автономное статутное право многочисленных групп, которые нельзя свести к сумме их членов; это право, по Дюркгейму, было названо «*actes-règles*» (актами-правилами), или «договорами присоединения». Аналогичным образом и органическая солидарность, согласно Дюркгейму, вторгается в «договорную» или разграничительную солидарность, а также в более сильную и позитивную солидарность, которую можно обозначить как солидарность через взаимопроникновение или частичное слияние (см. ниже: гл. II). Он находит, что реститутивное право включает в себя право «чисто отрицательного характера, составляющее ограничение в чистом виде» (такое, как правовые нормы), для которого не находится соответствующего типа солидарности, и «право позитивного сотрудничества», которое само по себе символизирует органическую солидарность и вторгается в два подтипа, о которых мы только что упоминали.

Сами по себе подобные соображения не вышли бы за пределы «микросоциологии права», если бы Дюркгейм ограничил себя лишь исследованием отношений между различными формами солидарности и различными видами права как элементами, сосуществующими внутри каждого комплексного общества и каждой конкретной группы. Но он счел полезным перенести механическую солидарность и органическую солидарность, наряду с репрессивным и реститутивным правом, в разные исторические фазы развития комплексного общества и даже пришел к пониманию этих фаз как степеней нравственного прогресса, приписывая органической солидарности и реститутивному праву большее значение, нежели механической солидарности и репрессивному праву. Систематическая микросоциология Дюркгейма ищет свою основу именно в генетической макросоциологии и даже в теории прогресса, связанной с верой в некий предвзятый идеал.

Для подтверждения этого тезиса Дюркгейм обращается к истории права. Он утверждает, что чем более архаично общество, тем более в нем распространены чрезвычайно сильные и интенсивные репрессивные санкции; чем развитее общество, тем мягче наказания, и по мере развития репрессия практически полностью замещается реституцией. Так, в Ветхом Завете и в законах Ману суровая репрессия является доминирующей, кодексы, защищающие религию, безжалостны в своем требовании искупления греха. Право «Двенадцати таблиц» относится к обществу гораздо более развитому и основывается на более мягких санкциях, не говоря уже о значительном ограничении наказания реститутивными санкциями. Сравнивая первую кодификацию обычаев в христианских обществах (салическое право, право вестготов и бургундцев и т. д.) с правом Средневековья, а вторую — с современным правом, можно отметить следующее: наказания становятся все мягче, а реститутивные санкции все более заменяют репрессивные.

Параллельное развитие договора и государства как следствие прогрессивного господства органической солидарности ведет, согласно Дюркгейму,

к осуществлению равенства, свободы и справедливости в области права и к замене принципа господства на принцип сотрудничества. Члены общества отныне расцениваются не как «вещи, на которые государство имеет право, а как партнеры, без которых оно не может обойтись и перед которыми оно имеет обязательства». Рост государственного влияния состоит только в усилении его функций, реализующихся в намного менее репрессивной форме государственными службами, которые управляют, но не властвуют. Дюркгейм вслед за Сен-Симоном считает, что государство все больше и больше «управляет» и все меньше и меньше «властвует» и что непрерывно расширяющиеся административные функции государства требуют только реститутивных, а не репрессивных санкций. Преобразование государства в ассоциацию равноправного сотрудничества, поощряющую как увеличение договорных отношений, так и утверждение индивидуального права, кажется Дюркгейму вернейшим проявлением преимуществ органической солидарности, прогрессивно устраняющей механическую солидарность.

В более поздних исследованиях Дюркгейм умерил свой начальный оптимизм относительно развития права. Даже в своем труде «Два закона развития уголовного наказания» (1900) он отделил государство от необходимой связи с органической солидарностью и подчеркнул его независимую роль в качестве фактора эволюции наказаний вплоть до того, что государство основывается на принципе доминирования. «Чем сильнее наказание, — читаем у него, — тем ниже тип общества и тем абсолютнее центральная власть». Фактически «структуры общества и органов правления должны быть четко разграничены. Именно поэтому существуют два независимых фактора развития уголовного права. А в силу своей независимости они действуют независимо друг от друга, а иногда даже в противоположных направлениях. Например, иногда происходит так, что на пути от низших к более высоким типам развития не наблюдается ожидаемого смягчения наказаний потому, что в то же время государственная организация нейтрализует влияние социальной организации. Этот процесс является весьма сложным». Поэтому репрессивные санкции не обязательно развиваются в качестве производных от механической солидарности, а государство не обязательно является проявлением органической солидарности. Более того, «когда наказания, влекущие лишение свободы, заменяют телесные наказания», смягчение наказаний благодаря развитию органической солидарности может быть достигнуто без всякого ограния репрессии путем реститутивных мер.

В своей работе «Самоубийство» (1897) и в предисловии ко второй редакции работы «О разделении труда в обществе» Дюркгейм пошел еще дальше в корректировке своего исходного положения, придавая особое значение тому, что усиление государства далеко не всегда бывает результатом укрепления социальной сплоченности путем развития органической солидарности, а может быть, наоборот, результатом социальной аморфности, дезинтеграции, ведущей к одностороннему господству. Социолог красочно описал пропасть, возникшую между централизованным государством XVIII и XIX вв. и массой граждан, лишенных опосредующих их общение корпораций, граждан, рассеянных в мелкую «атомарную» пыль. Он рассматривал эту пропасть как один из факторов, вызывающих увеличение числа самоубийств. Мыслитель

также указывает, что развитие современных армий, наряду с дезинтеграцией экономической жизни, значительно ограничило доминирование органической солидарности в пользу ситуации, весьма напоминающей механическую солидарность. Поэтому совершенно не удивительно, что Марсель Мосс, наиболее компетентный преемник Дюркгейма, писал следующее: «Эта проблема более сложна. Во-первых, в определенном смысле индивидуализм привел наши собственные общества к подлинной аморфности. Дюркгейм часто говорил об этом почти патологическом вакууме, существующем между нашей моралью и нашим правом, между государством и семьей, государством и индивидуальностью. Даже в нашей идее равенства есть нечто механическое. И наоборот, в архаичных обществах было много органического. Но этот органический элемент весьма отличен от нашего». Что означают эти строки, если не осознание несостоятельности генетической социологии права как базиса микросоциологии права? Это ни в коей мере не исключает значимости исследования процессов правогенеза, при условии отказа от несоразмерных претензий и исследования только структуры единичного типа комплексного общества.

Устанавливая классификацию «социальных типов, качественно отличных друг от друга», и изучая «правовые системы», соответствующие каждому из этих типов, Дюркгейм поднял проблему дифференциальной социологии права. Здесь, конечно, он встретился с правовой типологией комплексных обществ, весьма отличной от его микросоциологии права («О разделении труда в обществе»). Первоначально Дюркгейм считал, что сможет выделить тип и структуру комплексного общества, полностью отождествляемого с механической солидарностью и имеющего «правовую систему», совершенно совпадающую с репрессивным правом: это «орда», или односегментарное общество. Мыслитель определяет орду как «настоящую социальную протоплазму» и устанавливает «столь много основных типов комплексных обществ, сколь много существует форм, в которых может объединяться орда, порождая новые общества и способы их объединения». Так, он различает: 1) тип простого полисегментарного общества, сформированного путем повторения кланов (орда, объединенная с превосходящим ее целым), что мы наблюдаем среди австралийских аборигенов и ирокезов; 2) тип простого составного полисегментарного общества, в котором несколько кланов сливаются (например, конфедерация ирокезов или кабиллов); 3) тип сдвоенного полисегментарного общества, такого, как городá, союзы племен (например, римская курия); 4) в противоположность всем этим типам сегментарного общества существует тип организованного общества, «составленный не путем повторения схожих и гомогенных сегментов, а представленный системой организаций. В этом обществе отдельные лица объединены в группы не по принципу наследования, а вследствие особой природы их социальной деятельности». Этот четвертый тип, очевидно, является самым обширным и качественно наиболее отличным от остальных и соответствует в целом любому развитому обществу.

Каждый из этих типов комплексного общества обладает своей собственной религиозной, правовой и экономической структурой. Например, тотемизм преобладает в первом, родоплеменная религия во втором, национальная религия в третьем и частично в четвертом типе, где она позднее стала всеобщей.

Правовая система в первом типе смешана с табу, а верховная власть остается дисперсной; во втором и третьем типах право частично секуляризировано и носит территориальный характер; наконец, в четвертом типе право полностью отделено от религии и верховная власть окончательно централизуется в рамках организации.

В своем исследовании «качественно различных социальных типов» и соответствующих им правовых систем Дюркгейм хотел освободиться от предвзятых взглядов линейной теории эволюции, дифференцируя правовую типологию комплексных обществ от генетической социологии права. Он писал, что «если бы существовал единственный социальный тип, то тогда общества должны были бы отличаться друг от друга только в деталях. Если, напротив, существуют качественно различные типы общества, то никакими силами нельзя будет сопоставить их так, чтобы они разместились подобно однородным отрезкам геометрической прямой. Таким образом, историческое развитие теряет идеальную и упрощенную гармонию, приписываемую ему; оно распадается, если можно так выразиться, на множество составных частей, которые, будучи отличными друг от друга, никогда не смогут быть объединены в непрерывную линию». И все же, если мы пристальнее взглянем на классификацию социальных типов Дюркгейма, то увидим, что с ее помощью он был в состоянии устранить доминирование проблематики правогенеза и предвзятых взглядов о линейной непрерывности развития, но не более, чем он сделал это в своей микросоциологии права. За исключением двух чрезмерно обширных и итоговых главных типов — «сегментарного общества» и «организованного общества» — все остальные выделенные Дюркгеймом типы общества есть всего лишь количественные (повторение сегментов), а не качественные категории; они представляют собой, по выражению Дюркгейма, «иерархию ступеней развития». Таким образом, социология права, едва зародившаяся, теряется в поспешных обобщениях устаревшей генетической социологии, существенный недостаток которой Дюркгейм сохраняет в своей типологии: отождествление «простого» (или элементарного) и «примитивного». Это представление устранено всеми современными социологическими и этнографическими исследованиями, указывающими на огромную сложность первобытного общества, сложность, радикально отличающуюся от сложности нашего общества. Необходимо добавить, что сам Дюркгейм, недовольный своей первой классификацией социальных типов, которая, как он чувствовал, была чересчур количественна и генетична, сделал некоторые существенные поправки в нескольких статьях для журнала «*Année Sociologique*» (1910. Vol. XI; 1913. T. XII). Здесь он различает: 1) общества, сформированные из тотемных кланов (австралийский тип); 2) общества, дифференцированные на основе частично тотемизированных кланов (североамериканские индейцы: здесь дифференциация состоит «в более или менее сложной системе классов, военных порядков, института жречества, разнообразных социальных институтов»); 3) племенные общества, основанные на мужской линии наследования, в которых наблюдается развитие локальных групп (сельские общины) и постоянного центрального правительства (нигерийцы, суданцы, банту и т. п.); 4) национальные общества (среди которых должны различаться несколько типов). Несмотря на то что эта вторая классификация явно

демонстрирует качественный аспект выделяемых типов общества и их существенную неоднородность, в ней все же сохраняется намек на непрерывный генезис.

Проблемы самой генетической социологии права (изучение факторов, задающих изменения в праве) привлекли внимание Дюркгейма в двух аспектах: прежде всего, с учетом морфологического и, в особенности, демографического фактора (объем и плотность населения) и, во-вторых, с учетом религиозного фактора, а точнее, влияния верований в Священное (сюда Дюркгейм, помимо религии, включал и магические верования). Для Дюркгейма было очевидно существование двух форм связи между этими двумя факторами: первая — опосредованная, поскольку «материальная плотность» не может быть отделена от «нравственной плотности», которой она пропитана; другая — прямая связь с коллективным сознанием, изменения которого являются первичным фактором преобразований правовых институтов.

К концу научной карьеры Дюркгейма это утверждение привело его к важному заключению: право, религия, мораль, экономика, эстетика, короче говоря, все основные социальные явления, выступают «ценностными системами, возникающими из коллективных идеалов». Изменение идеального коллективного сознания составляет основу развития правовых институтов; ведь «общество не может создавать или воспроизводить себя без одновременного создания идеала». Путем создания идеала «оно периодически конструирует и переделывает себя» (Дюркгейм Э. 1) *Философия и социология. 1924; 2) Элементарные формы религиозной жизни. 1912).*

Свой способ изучения процесса развития права Дюркгейм применял только к простому типу общества, составленному из тотемных кланов. Это ограничение явилось наиболее сильной стороной его генетической социологии права. Последняя возможна, как мы уже не раз повторяли, только в рамках простой однородной социальной структуры,<sup>XLIX</sup> так как различные факторы преобразования общества неповторимо комбинируются внутри каждого типа общества.

Например, Дюркгейм утверждает, что разделение труда в обществе, а с ним и правовое регулирование, «варьируются прямо пропорционально численности и плотности общества», так как общества, регулярно становящиеся более плотными и более населенными, являются «также и наиболее высоко развитыми». Однако это утверждение, корректное для типа общества, составленного из тотемных кланов, неприменимо не только к современному, но и к любому иному развитому обществу. Очевидно, что численность и плотность социальных связей не всегда идут рука об руку (чрезвычайно многонаселенные общества могут представлять аморфную массу с весьма слабой плотностью социальных связей, как, например, империя Чингисхана; а чрезвычайно развитые общества могут быть очень малонаселенными); миграции, падение рождаемости могут сократить численность населения; правовое регулирование может перейти в наступление на демографическую ситуацию, или борясь с перенаселением, или пытаясь остановить сокращение численности населения. Плотность населения в обществе непостоянна, так как зависит от уровня технического производства. Взаимопроникновение факторов,

влияющих на численность и плотность населения, настолько сложно, а их отношения с правом настолько изменчивы, что при попытке обобщения мы всегда подвергаемся риску перепутать следствия и причины. В этой области мы должны ограничиться анализом конкретных случаев, никогда не забывая, что исключительная причина социальных, а отсюда и правовых изменений всегда находится целиком в типе общества, в «тотальном социальном явлении», как это хорошо сформулировали Мосс во Франции и Кули в Америке (см. ниже: гл. V).

Влияние на развитие правовых институтов, оказываемое изменениями верований в Священное, Дюркгейм обсуждает только в отношении тотемного клана и племенного общества. Поскольку право по сути своей связано с религиозными запретами, нарушения которых сопровождаются осуждением, социальным порицанием, оно становится более гибким и предоставляет место индивидуальной инициативе, в то время как магические запреты, нарушения которых вызывают лишь технические последствия, начинают конкурировать и ограничивать религиозные табу. Священная, безличная и анонимная сила мана сначала представлена исключительно тотемным принципом — богом клана. Но со временем исключительно религиозная тотемная мана обобщается и порождает, с одной стороны, племенную религию, а с другой стороны — магию.

Дифференцирование коллективного и индивидуального права идет параллельно с дифференцированием религии и магии. Религия вдвойне социальна: по своему содержанию (священному), которое является всего лишь проекцией власти общества, и по ритуалу, который всегда коллективен и который предполагает существование церкви. Наоборот, магия, которая порождается религией, а позднее и противопоставляется ей, является социальной лишь по содержанию (мана); в своем осуществлении она гораздо более индивидуалистична и дисперсна. Магия способствует отделению жреца от группы, разрешая манипулировать маной по его индивидуальной воле и в его индивидуальных целях. Коллективное право, связанное религией, таким образом, ограничено индивидуальным правом, связанным с магией. Поль Ювелен, последователь Дюркгейма, широко развил эту идею и дошел до определения магии с точки зрения ее влияния на право, в качестве «изменения индивидом направления власти, возникающей из Священного, и использования ее в своих собственных целях» (*Huvelin P.* 1) *La Magie et le Droit Individual // Annuaire Sociologique.* 1906; 2) *Les Tablettes Magiques et le Droit Romain.* 1900; см. также ниже: гл. IV).

В заключение изложения социологии права Дюркгейма следует заметить, что исследования религиозного и магического факторов преобразования права в архаичном обществе привели его к введению новой классификации видов права — «коллективного права» и «индивидуального права». Эта классификация не совпадает в точности с противопоставлением репрессивного права и других типов права (внутригосударственное, договорное, конституционное), основанных на двух видах солидарности. Одни виды «креститивного права» (т. е. внутригосударственное и конституционное, процессуальное и т. д.) происходят от «коллективного права», а другие (например, договорное право) проистекают из «индивидуального права». Первый вариант

классификации, уже обозначенный разграничением в рамках реститутивного права договорного права и права, выходящего за рамки договора, в дальнейшем усложняется введением классификации, основанной на новом критерии.

Мы не можем останавливаться на обсуждении ценных достижений последователей Дюркгейма (Мосс, Фоконне, Бужи, Дави), но применим результаты их исследований в гл. IV и V, посвященных обсуждению правовой типологии комплексных обществ и факторов, влияющих на преобразование правовых систем.

Подведем итог (настолько сжато, насколько это возможно) концепции Дюркгейма в области социологии права. Мы попытались подчеркнуть богатство и масштаб его замысла, в то же время критикуя сведение правовой микросоциологии и типологии лишь к рассуждениям о правогенезе. Весьма умело подняв проблему отношений между формами социальности и видами права, Дюркгейм не смог прийти к определенным результатам ввиду трех факторов: его классификация форм социальности слишком упрощена; та форма взаимосвязи, которую он установил между правом и организованным принуждением, сомнительна; и, наконец, право является символом не всех форм социальности, а только определенных форм, соответствующих четким условиям, так как другие формы социальности могут оказаться бесплодными с правовой точки зрения.

Подобие и различие могут быть более общими или более тонкими, они могут утверждать или отрицать тождество, или просто равнозначность явлений; они могут относиться иногда к субъектам в целом, иногда к некоторым из их устремлений, иногда к ценностям и объектам, посредством которых устанавливаются отношения между субъектами. Наконец, невозможно найти такие формы социальности или солидарности, которые бы одновременно не предполагали наличия определенных свойств и различий. В этом смысле только «органическая солидарность» является реальной, и именно в ней необходимо искать формы социальности. В конце концов Дюркгейм и сам признал этот факт, хотя так и не пришел ни к какому определенному выводу.

Увязывание права и организованного принуждения исключает из правовой действительности один из наиболее важных секторов, который представляет особый интерес для социологии: спонтанное динамичное право, которое постоянно изменяется, — источник, дающий жизнь организованному праву, с которым оно постоянно вступает в конфликт. Любая осуществляющая принуждение организация предполагает существование этого спонтанного права, служащего основой для организации, и все виды права, предусматривающие санкции, даже размытые (вопреки Дюркгейму, сюда включаются также предписание, санкционированное бойкотом или вендеттой, и т. д.), в конечном счете базируются на несанкционированном праве, которое служит в качестве основы для правовых санкций. И если все виды права гарантированы социально, а реальная действенность права проверяется реакцией неодобрения, то такая *социальная гарантия* представляет собой нечто полностью отличное от правового принуждения, а именно точные и предопределенные меры против преступников, независимо от того, является ли принуждение организованным или диффузным (см.: Введение, § 5).

Даже по одной этой причине невозможно заставить тип принуждения соответствовать определенной форме социальности, так как одна и та же правовая структура в одних случаях может сопровождаться различными типами принуждения, а в других нет. Вопрос усложняется далее тем, что различие между репрессией и реституцией перекрывается различием между безусловным принуждением, которого нельзя избежать, и условным принуждением, которого можно избежать, оставив рассматриваемую сферу общества.<sup>63</sup> Более того, жесткость принуждения зависит от отношений между организованной и спонтанной социальностью, чего Дюркгейм не принял во внимание. Если в первую проникает вторая, принуждение смягчается; если, напротив, первая отделяется от последней, принуждение становится более суровым. Более того, именно эти отношения между организованной надстройкой и спонтанной инфраструктурой в одних случаях ведут к образованию права сотрудничества, в других случаях — права господства (см. ниже: гл. II). Короче говоря, Дюркгейм ошибался, отождествляя: 1) репрессивное право — право, санкционированное безусловным принуждением, и противопоставляемое реститутивному праву право господства и 2) право, санкционированное условным ограничением и право сотрудничества. В реальности же там, где Дюркгейм видит сходство, существует множество комбинаций: право сотрудничества, например, может быть репрессивным и санкционированным безусловным принуждением, право господства может быть санкционированным реститутивными санкциями и условным ограничением (например, сегодняшние концерны, тресты и заводы).

Различные формы социальности символизируются правом только в том случае, если они активны, если они стремятся к достижению общих целей. Различные социальные связи между друзьями, влюбленными, адептами того или иного учения, говорящими на одном языке людьми не порождают ни правового регулирования, ни организации. Следовательно, для установления видов права через формы социальности нам необходимо, не пренебрегая прочими, найти только такие формы, которые могут быть символизированы правом.

Завершая нашу критику, отметим, что Дюркгейм, который в других работах жестко настаивал на роли многочисленных подгрупп в социальной жизни, в своей социологии права обращал мало внимания на фундаментальную проблему юридической типологии отдельных социальных групп: на специфическую природу родоплеменного права, профсоюзного права и права ассоциаций, государственного права, церковного права и т. д. И только относительно архаичного общества он указал на конфликт между мистико-родовой группой клана и локальной группой, высказав точку зрения, которую в дальнейшем развили его ученики Дави и Морне (*Davy G., Mornet J. Des Clans aux Empires. 1923*). Внимание Дюркгейма было поглощено юридической типологией комплексных обществ. Так, при рассмотрении развитого общества он не стал анализировать проблему противостояния правопорядков общества

<sup>63</sup> См. ниже: гл. III, § 3; Идея социального права. С. 25 и далее. — См. также у МакИвера: *McIver R. The Modern State. 1926. P. 272 et seq.*

и государства (на чем так настаивали некоторые его предшественники по социологии права) и упустил из виду проблему правового плюрализма. Данный факт кажется тем более непонятным, что Дюркгейм испытывал явный интерес к новому расцвету профсоюзного и корпоративного движения, которое он учитывал в своей этике, посвятив ему специальное учение о профессиональной морали, вышедшее в свет уже после смерти ученого (в журнале «Revue Métaphysique» за 1930 г.). Данному упущению можно найти несколько объяснений.

Во-первых, преобладание генетической социологии права естественным образом сосредотачивало внимание Дюркгейма на комплексных обществах, а не на субгруппах. Но, в действительности, в рамках субгрупп могут существовать противоположные течения: органичная солидарность и право, соответствующее ей, могут преобладать в локальных группах, а механическая солидарность и соответствующее ей право — в экономически активных группах (XVIII–XIX вв.). Более того, подобное противоречивое развитие может происходить в группах одного типа.

Среди экономически активных групп в конце XIX — начале XX в. мы наблюдали развитие профсоюзного движения, кооперативов, страховых компаний, что вело к усилению органической *сверхсолидарности* и уставного права этих организаций, в то время как развитие крупномасштабной индустрии и рост безработицы вызывали одновременное усиление механической солидарности. Дюркгейм желал побыстрее пройти мимо этих различий, с тем чтобы иметь возможность выявить тенденции развития комплексного общества. Но такому обществу невозможно дать определения, не учитывая развития противостоящих друг другу групп, его составляющих.

Во-вторых, мыслитель имел склонность к определенному социальному и правовому монизму: он систематизировал свои субгруппы согласно устойчивой иерархии (профессиональные группы обязательно подчиняются государству, которое, в свою очередь, обладает приоритетом по отношению к международному сообществу). Подобный взгляд, в значительной степени идущий вразрез с социологическим релятивизмом, связан с дюркгеймовской концепцией единого коллективного сознания, заменяющего множество конфликтующих коллективных сознаний, которые можно наблюдать в жизни общества в целом и даже в рамках отдельно взятой группы. Отсюда проистекает и его интерпретация религии и коллективного права (принципов социального единства) в архаичном обществе как источников магии и индивидуального права, которые лишь замещают их. Из этих же рассуждений применительно к развитым обществам вытекает концепция непрерывного развития государства и договора, а также неспособность предугадать возможность их общего упадка в пользу иных правовых институтов.

И последняя причина указанных трудностей в социологии права Дюркгейма — это преобладание проблематики правогенеза, концентрация внимания на организованном принуждении и скрытая тенденция к социальному и правовому монизму, что происходит из-за его нерешительности по отношению к юридическому опыту. Идеалы справедливости рассматриваются автором иногда как простые проекции и продукты коллективной психики, а иногда как содержание *sui generis*, познаваемое только с помощью этого сознания

и сопротивляющееся ему. Он объединяет две концепции, возвышая коллективное сознание до уровня метафизического духа.<sup>64</sup> Дюркгейм отчетливо понимал, что в социологии права необходимо осуществить синтез идеализма и реализма или даже построить «идеал-реалистский» фундамент. Но из-за того, что наш социолог так и не смог отказаться от идеи замены философии права и систематико-нормативного изучения правового поведения социологией права, он так и не пришел к желаемому синтезу. В проведенных Дюркгеймом конкретных исследованиях в рамках социологии права его реализм растворил его же идеализм, угрожая возвратом к концепции права как простого эпифеномена, субъективного отражения. Этим и вызвано преобладание у автора генетических исследований. В общесоциологических концепциях мыслителя, напротив, скрытый метафизический «гиперспиритуализм» привел его к юридизации и морализации всей социальной действительности.

## § 2. Дюги, Леви и Ориу.

### Три французских основателя социологии права

Леон Дюги, Эммануэль Леви и Морис Ориу пришли к социологии права не от общей социологии, а от юриспруденции. В то время как первые двое могут рассматриваться в качестве учеников Дюркгейма, последний считал себя скорее его противником. Тем не менее именно Ориу продолжил поиски синтеза идеализма и реализма как основы социологии права. Дюги, напротив, заявил, что его исследования направлены исключительно в «реалистическом и даже натуралистическом» направлении, в то время как Леви склонялся в сторону чрезмерного идеалистического субъективизма. Что же касается их подхода к социолого-правовой проблематике, то они сконцентрировали внимание на юридической типологии конкретных социальных групп, дисциплине, которую Дюркгейм в некоторой степени игнорировал. Далее они дополнили этот подход изучением преобразования существующей правовой системы и применили свой дифференциальный и генетический метод к правовому типу современного комплексного общества. Рассматриваемые нами мыслители настаивали на роли непосредственного и динамичного права как основы социальной действительности права. Всем трем не доставало исследований проблем микросоциологии права, а также дифференциации трех фундаментальных аспектов правовой социологии. В этом, с методологической точки зрения, они отставали от Дюркгейма, хотя опередили его, осознав сложность современных реалий живого права.

А. Леон Дюги занимался не столько изучением социологии права как таковой, сколько ее применением в юриспруденции, техническим искусством систематизации фактически действующего права, особенно права конституционного (*Duguit L. Traité de Droit Constitutionnel*. 1 éd. 1908; 2 éd. 1920–1927). В то же время он постоянно говорил о «социологической теории права», что могло только повредить социологии права, которая ставит перед собой

<sup>64</sup> См. мою критику в «Социологических очерках» (1938). — Аналогия с концепциями Кули была проведена во Введении, § 3.

совершенно отличную от философии права цель и ни в коей мере не может претендовать на ее замещение. Чтобы определить вклад Дюги в развитие нашей дисциплины, нам необходимо отказаться от изучения той части его работы, которая относится к новой догматике права. Среди работ Дюги, напрямую касающихся проблем социологии права, работа «L'Etat» (1901–1903) посвящена в основном общим вопросам. Его работы (*Duguit L.* 1) *Le Droit Social, le Droit Individuel et les Transformations de l'Etat.*<sup>65</sup> 1911; 2) *Les Transformations générales du Droit Privé depuis le Code de Napoléon.* 1912; 3) *Les Transformations du Droit Public.* 1921; 4) *Souveraineté et Liberté.* 1922) касаются в основном правовой типологии современного общества и закономерностей его развития.

Подобно Дюркгейму, Дюги отождествляет все право с фактической солидарностью, а именно с социальностью. Но вместо того, чтобы провести разграничение различных типов права через классификацию форм солидарности, Дюги, обнаружив, что в цивилизованном обществе (которое одно только его и интересовало) может существовать лишь органическая солидарность, концентрирует все свое внимание на отношениях между правом, рожденным этой солидарностью (которое он называет «объективным правом»), и государством. Отождествляя солидарность и существующие коллективные группы (микросоциология и макросоциология) и противопоставляя государству нацию и международное сообщество как воплощения солидарности, Дюги использует связь между правом и социальностью для освобождения позитивного права от опеки государства. Рассматривать право как функцию солидарности означает для него противопоставить неэтицированное общество и его правопорядок (объективное право) государству, выражающему не солидарность, а отношения грубой силы между властвующими и подвластными. Так, с одной стороны, проблемы микросоциологии права отождествляются с проблемами, касающимися правовой типологии групп, а с другой стороны, государство исключается из числа существующих групп и рассматривается как фикция, маскирующая отношения механических сил.

«Объективное право», порожденное солидарностью, которая управляет исключительно противостоящей государству социальной средой, не зависит от проявления чьей-либо воли; оно предшествует изъявлению воли, так как единственное, что может сделать воля, — это признать государство и осуществлять правовое воздействие, встав на службу «объективному праву». Более того, так как все организации (обладающие организованной формой надстройки), подобные государству, отражают только отношения силы, то они находятся вне правовой жизни. Они не способны породить право, и в их рамках не существует правоотношений. Обладающие организованной формой надстройки представляют собой лишь скопления индивидуумов, «в которых воля более сильных индивидуумов навязывается более слабым». Из этого следует, «что не существует никаких отношений между предполагаемой корпорацией и ее предполагаемым органом. Идея представительства является ошибочной, так как основана на ошибочной идее — идее правовой структуры организации». Если, однако, все организации и все действия их

<sup>65</sup> См. также английский перевод: *Duguit L. Law and the Modern State.* New York, 1919.

предполагаемых представителей являются не чем иным, как чистым насилием, не имеющим никакого отношения к праву и солидарности, из которых проистекают все виды права, то эти насильственные действия могут стать *легальными* или *нелегальными* в зависимости от того, соответствуют ли они или противоречат предписаниям объективного права, возникающего из социальной солидарности. Подобное санкционирование или несанкционирование может быть признано только после совершения какого-либо действия, так как ни правительство, ни представитель, ни организация не имеют права выступать от имени управляемых и представляемых, от имени членов организации.

У Дюги этот индивидуалистический анархизм по отношению ко всем организованным надстройкам социальной жизни (анархизм, удивительный для мыслителя, считающего себя социологом) появляется из-за отрицания всех прав, *droit subjectif* (фр. — субъективное право. — Прим. пер.): «Говорить о правах индивидов, правах общества, правах группы значит говорить о том, чего не существует». С точки зрения «субъективных» прав, «не существует ни социального, не индивидуального права». Объективное право, возникающее из социальной солидарности, «исключает как понятие права коллектива распоряжаться индивидом, так и право индивида навязывать свою личность коллективу или другим индивидам. Подобными рассуждениями Дюги выступает против индивидуалистической интерпретации прав «как априорного превосходства одной воли над другой», «качеств, присущих воле индивида (*dominium*) или коллектива (*imperium*), дающих им право отдавать приказания, потому что они — это и есть воля. Разумеется, такая реакция нормальная, но она заводит Дюги слишком далеко. Вместо того, чтобы показать, что «права» невозможны без объективного права и не могут ни при каких условиях служить его основой или источником, так как они рождаются из права (ведь субъекты права имманентны объективному правопорядку как объекты суждений), Дюги отрицает существование субъектов права и их правовых атрибутов. Из этого вытекает невозможность признания какой-либо связи и, более того, какой-либо организованной надстройки. Действительно, с юридической точки зрения, организация является не чем иным, как связующим звеном дифференцированных и распределенных полномочий и должностей, а именно взаимопроникновением прав, предоставляемых для выполнения определенных функций. Отрицая существование «субъективных» прав для того, чтобы лучше подтвердить невозможность отделения права от социальной действительности, Дюги приходит к удалению одного из самых важных секторов этой реальности, сектора организованных надстроек, и из жизни права, связанного с ней.

Эта парадоксальная концепция, несмотря на то, что она привела Дюги к ряду противоречий, имела также и положительные результаты: она подтолкнула мыслителя к полному раскрытию роли непосредственного и организованного права, которое он ошибочно отождествляет со всем правовым регулированием. Именно это право Дюги характеризует как объективное право, возникающее из социальной солидарности и предшествующее выражению любой воли. Неорганизованное и спонтанное право «предшествует государству и превосходит его», и превосходит не только государственную власть, но

также государственный порядок и государственные учреждения. Пределы и количество функций государства зависят от вариаций спонтанного и неорганизованного права комплексного общества; подобным же образом взаимоотношения и иерархия между различными иными группами видоизменяются, трансформируются и проходят сквозь движение данного неорганизованного и спонтанного права. «Государство (как и все другие группы) носит подчиненный характер по отношению к превосходящему его праву, которое государство не создает и не может нарушать». «В одно и то же время не может существовать право, возникающее спонтанно, и право, навязывающее себя, потому что одно соответствует социальной солидарности, а другое возникает из независимого источника». «Вмешательство законодателя бессильно» модифицировать спонтанное и неорганизованное право: «все, что оно может сделать — кое-как сформулировать это предсуществующее и подвижное право, которое всегда будет выходить за его пределы». Очевидно, что в таких условиях Дюги не может принять определения права, связывающего право с организованным принуждением и, в более общем смысле, с жестким и детерминированным принуждением. «Понятие права является чуждым понятию принуждения — право существовало в то время, когда принуждение было невозможно, во времена, когда его невозможно было просто вообразить». «Правовое регулирование состоит отнюдь не в существовании принуждения, а в социальной реакции, которая провоцируется нарушением норм этого регулирования», другими словами, в социальной гарантии реальной эффективности регулирования, которую невозможно адекватно выразить ни в каких заранее определенных мерах по отношению к правонарушителю. Именно по этой причине Дюги справедливо отказывается принять критерий принуждения в качестве принципа своей социологии права.

Прежде чем приступить к рассмотрению дифференциальной и генетической социологии права Дюги (наиболее поучительной части его работы), мы должны рассмотреть два вопроса. Во-первых, каким образом Дюги интерпретирует структуру социальной солидарности в ее отношении к праву? Во-вторых, признает ли он только непосредственное и неорганизованное общее право, возникающее в нации и международном сообществе, или же он также признает партикулярное спонтанное право?

Что касается первого вопроса, Дюги начинал свои исследования с исключения из социальной действительности, равно как и из солидарности, всего того, что мы не можем воспринять нашими «внешними чувствами». В рамках проводимого автором анализа устраняются не только стремление к ценностям и идеям (духовный и символический уровни социальной действительности), но также и все элементы коллективной или индивидуальной психологии. Солидарность для него была просто «необходимостью», «внешней, физической и жизненной необходимостью», «уравновешиванием последовательно сменяющихся физиологических потребностей и нужд». Более того, возникающее из этой солидарности право носило только «индикативный», а не «нормативный» характер; оно не содержало ни обязательств, ни оценки, ни какого-либо иного элемента восстановления нарушенного положения. В данных условиях очень трудно, даже невозможно, понять, как Дюги смог выступить против насилия со стороны правящих, поскольку и солидарность,

и объективное право проистекают из него. Так, говоря о солидарности и праве, в конце своей карьеры Дюги был вынужден принять во внимание психологический элемент и стремление к справедливости. «Создает право именно неправа, глубоко пронизывающая массы людей в данную эпоху и в данной стране; неправа в то, что определенное регулирование является обязательным, т. е. находится в соответствии с чувством справедливости, преобладающим в данный момент». «Право является психологическим творчеством общества, предопределенным его материальными, интеллектуальными и моральными потребностями». Но хотя Дюги заканчивает свои рассуждения признанием психической основы солидарности и права и даже вмешательства убеждений в осуществление правосудия, то во всех своих работах он упорно отрицает существование коллективного сознания и признает реальность только как плод индивидуального сознания. Такая индивидуалистическая и номиналистическая непримиримость по отношению к психологическому аспекту может показаться непонятной у ученого, который так яростно настаивал «на первичной и непреодолимой фактичности общества», блестяще сражался со всеми воплощениями индивидуализма и зашел так далеко в отрицании существования субъективных прав.

Это можно объяснить, с одной стороны, сенсуализмом Дюги, который привел его к идее закрытого сознания, замкнутого на себя, и подтолкнул к рассмотрению коллективного сознания (в случае существования такового) как полностью трансцендентного и изолированного от индивидуального сознания и обращенного на себя. Действительно, по Дюги, исключается любая возможность существования имманентного коллективного сознания, предполагающая проникновение в него пробуждающегося индивидуального сознания. С другой стороны, мыслитель ввел в свою теорию непризнанный идеал (который постоянно замещает, по его мнению, реальную солидарность) — идеальную солидарность, заключающуюся в видении «совершенного общества» в форме «огромной кооперативной мастерской», основанной на равноправном и антииерархическом мутуализме. И этот идеал не допускает господства тотальности над индивидуумом, иерархического тоталитаризма, который кажется ему неизбежным следствием признания коллективного сознания. Характерно высказывание Дюги: «если существует только индивидуальное сознание и воля, то мы не понимаем, как одни могут превосходить других». Парадокс номиналистического индивидуализма Дюги, который, конечно, сыграл свою роль в отрицании им правовой реальности организованной надстройки, можно объяснить тем, что только таким путем сенсуализм смог бы дать отпор авторитарному тоталитаризму, к которому мыслитель испытывал глубокую неприязнь.

Иногда Дюги упрекали в том, что он дал приют наивной концепции предустановленной гармонии в социальной среде, управляемой солидарностью, порождающей общее объективное право, и исключаящей всякую антиномию и все конфликты между группами (например, борьбу классов и профессий). В такой форме упреки определенно не оправданы, так как Дюги признавал узкие группы, каждая из которых порождала свое собственное «объективное право», что подразумевает возможность конфликтов между эквивалентными

структурами права и открывает дорогу определенному плюрализму. Так, внутри солидарности, составляющей нацию, существуют «более узкие общности», такие, как союз различных отраслей промышленности, сопровождаемый коллективными соглашениями рабочих, профсоюзы, кооперативы, публично-правовые организации и т. д. Автономные системы правового регулирования этих общностей могут быть названы равнозначными. Дюги тем не менее видит только наличие «концентрических кругов солидарности», и это позволяет ему без труда установить устойчивую иерархию, которая невозможна для кругов той же самой величины, отличных друг от друга не количественно, но различием в их функциях (например, политическая, экономическая, религиозная группы; или в пределах экономического общества: группы производителей или потребителей, или группы, составленные из различных профессий, и т. д.). В этом смысле Дюги невозможно отказать в определенной склонности к монистическому «гармонизму», и это в значительной степени лишает основы юридическую типологию групп, саму по себе запутанную из-за отсутствия какого-либо микросоциологического анализа и из-за отрицания действительности организованной надстройки.

Правовая типология современного комплексного общества, в том виде, как она была разработана Дюги, предполагает описать преобразования правовой системы во второй половине XIX и в XX столетиях. Такие преобразования, согласно автору, указывают на упадок государственного суверенитета в области публичного права и автономии воли в области частного права. Эти тенденции особенно сильно проявляются в растущем ограничении роли статуса и договора.

«Римская, королевская, якобинская, наполеоновская формы государственного коллективизма», связанные с принципом суверенитета, «который является лишь еще одним наименованием для принадлежащего государству субъективного права командовать... вымирают» для того, чтобы на смену им пришел «функциональный федерализм децентрализованных публичных объединений», функционирующих под началом представителей публичной власти. Профессиональные союзы проявляют тенденцию к интеграции в эту кооперативную федерацию публично-правовых объединений — форму правления будущего. Данная тенденция ярко демонстрирует принцип замены «управления людьми на распоряжение вещами», предсказанный многими мыслителями. Эта замена, как ранее указал Дюркгейм, происходит одновременно с расширением функций государства. Вместе с тем «статут» как преобладающий способ признания спонтанного и неорганизованного права, сильно ограничивается другими процедурами признания, эквивалентными «статуту», такими, как коллективные трудовые договоры, уставы различных ассоциаций, специальные стандарты публичных объединений и т. д.

Автономия воли ограничена многочисленными аспектами: современное право часто защищает социальные цели, не имеющие никакого отношения как к индивидуальному, так и к коллективному субъекту (фонды Рокфеллера, Карнеги, Гонкуровские премии, построенные на пожертвования объекты социально-культурного назначения, муниципальные больницы); «объективная ответственность» не за деликт, а за риск, которому подвергаются работники в процессе

исполнения своих трудовых функций, заменяет субъективную ответственность; собственность более не является *jus utendi et abutendi* (лат. — правом использовать и потребить. — Прим. пер.), а является «социальной функцией», ограниченной обязанностью использовать собственность продуктивно. Эта социальная функция часто направлена на объективные цели, и в этом случае сама собственность более не принадлежит субъекту собственности. Наиболее впечатляющим, однако, является ограничение договорного отношения как свободного соглашения между индивидуальными волями. Целый ряд особо важных обязательств и отношений возникает независимо от таких соглашений между равнозначными между собой волями. Сделки, которые до сих пор называются «договорами», такие, как договоры перевозки, поставки газа, электричества, погрузки, трудовой договор, государственные концессии, представляют собой лишь одностороннее следование установленным заранее правовым предписаниям, без учета пожеланий со стороны предполагаемого «контрагента». Такой контрагент просто принимает обязательный для него порядок, который он не может изменить; он просто допускает свою интеграцию в уже сложившуюся группу.

Таким образом, в нашу эпоху благодаря параллельному упадку «империалистической концепции публичного права» и «индивидуалистической концепции частного права» возникает «...правовая система, которая является реалистической, социалистической и объективистской» и которая сама по себе выступает «результатом сегодняшнего дня в истории. Еще до окончания строительства здания внимательный наблюдатель уже чувствует первые признаки его разрушения и первые элементы зарождения новой системы. Является ли создаваемая сегодня система прогрессом или регрессом? Мы не знаем. В науке об обществе практически нет смысла задавать подобные вопросы».

Предпринимая попытку критически оценить социологию права Дюги, отметим для начала то, что кажется очевидным: некоторое противоречие между систематической частью и типологической, генетической частью его социологии. Автор заявляет, с одной стороны, что государственный суверенитет никогда не существовал, а с другой стороны, что в нашу эпоху он находится в процессе исчезновения; в одном месте он говорит, что автономия воли всегда была метафизической фикцией, а в другом месте он описывает, как она последовательно ограничивается правоотношениями.

Нет сомнения в том, что общая тенденция концепции Дюги слишком догматична, слишком мало пропитана принципом релятивизма. Очевидно также и то, что описание им правогенеза не свободно от некоторого предубеждения, от желания доказать, что существующая эволюция права со всех точек зрения подтверждает его теоретические предпосылки, сенсуалистический реализм, отсутствие прав и субъектов права в правовой действительности и т. д. Иные качественные типы правовых систем представлены как ошибки и отклонения, а существующий тип — как воплощение истины, которая соответствует непризнанному идеалу федералистского и равноправного мутуализма. Эти отклонения в исследованиях и описаниях Дюги, вопреки его собственным методологическим принципам, определенно нанесли большой вред исследованиям этого ученого, часто не позволяя ему понять

истинный смысл преобразований и беспристрастно описать их. Но, чтобы воздать должное Дюги, следует сказать, что иногда догматизм и абсолютизм его концепций более показной, чем реальный. Например, когда Дюги говорит, что государственный суверенитет всегда подчиняется превосходящему и независимому от государства праву, мы могли бы подумать, что он противопоставлял догме абсолютного государственного суверенитета другую догму, которая не в состоянии лучше объяснить фактические реалии, чем догматическая концепция самого Дюги. Все же, если мы проведем разграничение между *юридическим суверенитетом* (превосходство одной системы правового регулирования над другой) и *политическим суверенитетом* (государственная монополия на безусловное принуждение), что Дюги и делает в скрытой форме, мы сразу поймем, что в отношениях между государством и правом могут появиться весьма важные изменения. Когда спонтанное и неорганизованное право, в рамки которого входит и правовой суверенитет, закрепляет за государством особенно широкие полномочия (особенно исключительное полномочие на формальное признание права), то тогда государство обретает значительную роль в правовой жизни; и сочетание этой роли и политического суверенитета государства ведет к ошибочной идее абсолютного суверенитета. Напротив, когда вариации спонтанного и неорганизованного права комплексного общества предоставляют иным, кроме государства, группам компетенцию признавать общее право, то роль государства в правовой жизни снижается, и в этом случае мы говорим об «упадке государственного суверенитета». Это, однако, никоим образом не затрагивает государственную монополию на безусловное принуждение (политический суверенитет), которую оно сохраняет в пределах своей компетенции. Подобные примеры могут быть приумножены.

Нам следует сделать паузу, чтобы рассмотреть один момент в рассуждениях Дюги, который требует более основательных оговорок. Это отрицание со стороны Дюги субъективных прав и юридической реальности организованных надстроек и отождествление следующих трех альтернатив, которые в действительности пересекаются и не совпадают друг с другом: организованное и неорганизованное право, правá и объективное право, индивидуальное и социальное право. Вместо того чтобы подвести нашего автора ближе к социальной действительности, подобное отождествление постоянно отдаляет мыслителя от нее. Чтобы отстаивать свою позицию, он вынужден признать «конструктивные нормы права», установленные формальными методами признания, в противоположность «нормативным правилам права». Это возвращает организации обратно в правовую жизнь, так как данные процедуры признания непосредственно связаны с организациями. Кроме того, Дюги вновь прямо вводит в свои положения организованное право, когда говорит об автономных уставах организованных групп и приписывает важное место в своей типологической и генетической социологии права «сотрудничеству публично-правовых организаций», органы которых, очевидно, основываются на организованном праве. Исключенные из права как чистые механизмы насилия, организации, таким образом, оказываются повторно интегрированными в сферу права. С возникновением организаций вновь появляются субъективные права у тех, для которых организации являются

кристаллизованными институтами, что в работах Дюги проявляется в форме признания «субъективных правовых ситуаций». Эта концепция совершенно не отличается от обычной концепции «субъективных прав», за исключением большей дисперсии этих прав и отсутствия какой-либо связи между ними. В действительности, так как правосубъектность является не чем иным, как правомочиями и обязанностями, распределенными в соответствии с объективным правом, то она варьируется в зависимости от изменения субъектного состава: чем более объективное право становится организованным, тем более появляется субъективных прав, преумноженных и переплетенных между собой. И чем более социальное право преобладает над индивидуальным правом, тем более социальные права субъектов преобладают над их индивидуальными правами.

Заслуга Дюги заключается, скорее, в указании на существование определенных проблем, которые Дюркгейм упустил из виду (соотношение спонтанного и неорганизованного права, права и государства), чем в их разрешении. В сущности, Дюги продолжил и применил к своему времени исследование тех теоретиков, которые указывали на существование социального механизма правового регулирования в противовес государству (особенно «исторической школы юристов» и Прудона). Вклад Дюги в социологию права заключается больше в его борьбе против некоторых возведенных в святыню догм и в описании последних преобразований права, чем в методичном изучении проблематики.

В. Если Дюги стремился повернуть социологический синтез Дюркгейма в русло радикального натуралистического реализма, вплоть до сенсуализма, *Эммануэль Леви*, напротив, пытался придать ему исключительно субъективистскую и идеалистическую ориентацию. Его книги (*Levy E. 1) L'Affirmation du Droit Collectif. 1903; 2) Les Fondements de Droit. 1929*), — представляют социологию права, основанную исключительно на «коллективных убеждениях». Не все работы Леви относятся к проблематике социологии права. Его систематические взгляды, подчеркивающие мистический, алогический, сверхинтеллектуальный элемент в коллективных юридических верованиях (однако в меру ограниченных разумом), связаны с описанием непосредственного юридического опыта, к которому можно прийти лишь через философию права. С другой стороны, Леви преследует практическую цель развития «социалистического видения права» и обнаружения духа будущего права, согласующегося с его убеждениями. Эти два аспекта не будут затронуты здесь,<sup>66</sup> поскольку они не являются вкладом в собственно социологию права.

Интерес Э. Леви направлен почти исключительно на проблемы происхождения права, перенесенные в современную эпоху. Он описывает недавние преобразования права через вариации коллективных верований. Другими словами, Леви анализирует современную ему эволюцию коллективной психологии права. Не затрагивая проблемы микросоциологии права и юридической типологии групп, Леви (постольку, поскольку он делает попытку

<sup>66</sup> По поводу учения Э. Леви в целом см. мой «Юридический опыт и плюралистическую философию права» (1935. С. 170–200).

построения систематической социологии права) ограничивается настойчивым акцентированием преобладающей роли спонтанного, неорганизованного права, по отношению к которому кристаллизованное, жесткое, постоянно запаздывающее в развитии организованное право является не чем иным, как отражением. Это спонтанное право представляется Леви, с одной стороны, исключительно в форме «коллективного права», а с другой стороны, как феномен сознания: «наша природа, наш Абсолют». Если точнее, это — коллективное сознание, проникающее в индивидуальное сознание и проявляющееся через «договоры» (мы бы сказали, через взаимопроникновение сознаний), это — свободные потоки коллективного разума. Другие уровни социальной действительности (морфологический базис, различные внешние поведенческие стереотипы, символы, ценности и идеалы) не берутся в расчет.

Тотальная «дематериализация права» у Леви, понимаемая как сведение всей юридической жизни к одним лишь верованиям, принимает форму интерпретации всех правовых институтов в аспектах «доверия», «добросовестности» и «ожидания». Собственность, ответственность, договор, право собственности и договорное право, конституционное, гражданское и уголовное право, таким образом, имеют одну и ту же психологическую основу. Собственность — это только добросовестное владение; ответственность возникает из злоупотребления доверием; договоры, индивидуальные или коллективные, основаны на доверии сторон, отражая коллективное доверие в действии договора; сила публичной власти есть лишь результат того же самого коллективного доверия. Леви идет еще дальше: доверие, добросовестность и ожидание, являющиеся их результатом, сведены к верованиям. Психология «подающихся к изменению коллективных верований» полностью переходит, согласно автору, в «горизонт доверий» — основу единства всех правовых институтов, которые сводятся исключительно к договорному праву. Таким образом, все правоотношения были низведены до отношений между *доверяющими* друг другу лицами; по существу это — разграничительные и отрицательные отношения, предполагающие изолированных и противопоставляемых субъектов! Не сумев разглядеть проблему форм социальности, Леви заканчивает низведением всех форм социальности к «отношениям с другими», *alter ego* (лат. — альтер эго, другое Я. — *Прим. пер.*), к отношениям взаимозависимости и сходимости, игнорируя частичные взаимопроникновения и слияния сознаний и, таким образом, возвращаясь к традиционным индивидуалистическим концепциям.

Описание существующих преобразований права, сделанные Леви, в значительной мере страдает от этой двойной ограниченности его взглядов: от низведения всей социальной действительности права, всего общества в целом к одной лишь коллективной психологии и от ограничения этой психологии только психологией доверия, понятием скорее межиндивидуальной и межгрупповой (интерментальной) психологии, чем коллективной психологии в истинном смысле. Существующие преобразования права имеют тенденцию заменять личное обязательство должника обязательством его собственности, а право собственности — правом на ценности, независимые от всего владения. «Сначала был задействован человек; затем его собственность, после его имущество, далее товары, на которые он имеет лишь право доверия,

и, наконец, всего лишь ценности». «Область ценностей есть область влияний», и право на ценности опирается, по существу, на шаткое основание, прилив и отлив коллективного доверия той или иной фабрике, предприятию или промышленности, той или иной отрасли национальной экономики, тому или иному классу, постоянно воссоздавая все новые права, создавая и уничтожая приобретенные блага и социальные статусы.

Правовой режим ценностей глубоко изменяет значение договора и структуры государства, которые развиваются вместе. По аналогии, это преобразовывает ответственность через укрепление коллективного характера данных внутренних ситуаций. Таким образом, индивидуальный договор полностью отождествляется с коллективными договорами. «Контракт охватывает не только отношения между договаривающимися сторонами, он влияет на все схожие ценности, товары, титулы; принцип, что юридически значимые действия не касаются третьих лиц, мертв; отпали все правовые ограничения». «Коллективные договоры, которые порождают доверия труда к капиталу, не образуют отдельного института»; когда коллективный договор, совершенный профсоюзом, «проецирует свой луч непосредственно на всех, на членов профсоюза и лиц, не являющихся членами профсоюза, на настоящее и будущее», то это лишь проявляет общие тенденции развития договора «при правовом режиме ценностей». Ответственность при этом режиме становится, по существу, коллективным страхованием против профессионального или другого риска; сейчас это — лишь «оценка риска». Наконец, «государство, существующее в основанном на индивидуальной собственности обществе, где государственное принуждение ограничивает и объединяет изолированное право, участвует (сегодня) в неустойчивых ценностях и растворяет себя в коллективных актах доверия». «Невозможно ограничить ценности». «Государство доходит до того, что доверие, вера, надежда и уверенность, которые время формирует и отменяет, применяются к будущему». Развитие экономических группировок, в свою очередь, разделяет государство на мелкие части; и государство в его традиционных формах подвергается атаке со стороны международных организаций, с которыми оно отождествляется. «Так государство развивается до тех пор, пока оно не уничтожит себя. Мы можем сказать, что это проявляется повсюду». Государство — это уже «любой социальный договор, который порождает и защищает право». Но и при режиме ценностей договор обладает теми же самыми характеристиками. Следовательно, в настоящее время «существует единство государства и договора; договорное государство капитала и рабочей силы мобилизует территориальное государство и тем же самым способом захватывает нас». С этой точки зрения Леви возражает тем, кто говорит об упадке договора и государства. Они просто принимают новые формы по мере того, как совпадают друг с другом и непосредственно сливаются с коллективными актами доверия, которые преобладают повсеместно.

Беспорно, Леви дал нам чрезвычайно тонкое описание преобразований собственности и ответственности в современном капиталистическом обществе, стремящемся к праву. Такое общество основано на нестабильных ценностях, находится под влиянием и в зависимости от коллективного доверия и страхования риска, являющегося результатом нестабильности. «Сфера доверия»,

ограниченная коллективной (или, скорее, интерментальной) психологией, оказалась слишком узкой для объективного описания современного развития права во всей его сложности. Доверия соответствуют лишь определенной форме социальности — «отношениям с другими» (*alter ego*), основанным на ограничении и равенстве; они не могут служить принципом объяснения различных типов права, выработанных группами, которые опираются на множественные формы социальности через взаимопроникновение и частичное слияние в «Мы»: государственное право, автономное групповое право, право коллективных переговоров между предпринимателями и профсоюзами об условиях труда и т. д. отождествление индивидуального договора с коллективными сделками и их обоих с государством противоречит наиболее очевидным юридическим и социологическим фактам. Это создает искусственное гармоничное единство в сфере, где возникает острейшая антиномия, конфликты и борьба. В рамках такого единства невозможно решить ни одной конкретной проблемы (например, проблему взаимного действия индивидуального договора и коллективной сделки, проблему свободных профсоюзов или корпораций, интегрированных в государство как его органы и т. д.). Преувеличение Леви тезиса Дюркгейма и Сен-Симона о преобразовании государства в орган, который управляет, но не властвует, зашло так далеко, что приравнивало государство к любым порождающим право социальным договорам, что раскрывает монистические и унитаристские тенденции мыслителя. И наконец, сосредоточенность автора на одной коллективной психологии или, скорее, на интерментальной психологии, где исключаются все конфликты между различными глубинными уровнями социальной и правовой действительности (в частности, между организованными надстройками и спонтанными инфраструктурами), приводит его к игнорированию сложного и разнообразного равновесия между принципами господства и сотрудничества. Все это привносит путаницу в разработанное Леви понятие коллективного права и в описание правовых преобразований, идущих к триумфу этого вида права. Неуверенность и неточности возрастают благодаря отсутствию микросоциологического анализа, который открыл бы внутри самой спонтанной общности борьбу между массой, общностью и всеединством (см. ниже: гл. II).

С. В противовес сенсуалистическому реализму Дюги и субъективистскому идеализму Леви, Морис Ориу пытался, подобно Дюркгейму, найти «идеалреалистский» базис для своей социологии права. Однако, в отличие от Дюркгейма, он решительно подтверждал несводимость уровня включенных в социальную жизнь ценностей и идей к коллективному сознанию, которое схватывает их, но которому они сопротивляются, утверждая себя как цели. «Наиболее важным, как мне кажется, — писал Ориу, — является разрыв социальной науки с философским субъективизмом и опоры на объективный идеализм, даже если это приведет к возврату к платоническому идеализму». Эти идеи и ценности, однако, не могут быть обнаружены посредством научных конструкций, поскольку они обособлены и воплощены в фактах, которые окружают нас. Только расширенный непосредственный опыт позволяет нам уяснить их. Духовный элемент социальной жизни не является

устойчивым и неизменным, но движется в пределах «творческой длительности» (по Бергсону). Этот элемент, проникая и одухотворяя все другие измерения социальной жизни, придает последней характер качественного динамизма, связанного с творческой длительностью. Применяя эти принципы, в сочетании с принципом противоречивого и плюралистического характера социальной действительности, которая состоит из равновесия, по сути своей подвижного, непостоянного и всегда непредвиденного (влияние Прудона), Ориу удалось во многом примирить социологию права с философией права, соблюдая границы между ними. Точкой их соприкосновения, согласно автору, является *институт*, и именно на анализе этого явления Ориу сосредоточил свои основные усилия. С философской точки зрения, именно в институте мы должны искать объективные юридические ценности и идеи, в особенности многочисленные проявления идей справедливости и порядка, составляющих идеальный элемент всего права. С социологической точки зрения, именно в *институте* достигается непостоянное равновесие между поведением и силами, и именно там мы наблюдаем взаимопроникновения и схождения сознаний в служении идеям. Именно в институте происходит «преобразование фактической ситуации в юридическую. Действительность права дифференцируется на нескольких глубинных уровнях. В нескольких шагах продолжается «драма персонификации социальных групп»; порядок социального права и порядок индивидуального права противопоставляются как «общность-институт» («институт-группа») и институт «отношений с Другими» («институт-вещь»). Наконец, с точки зрения юриспруденции, именно в институте и в отношениях между институтами разрешается проблема источников позитивного права, проблема первичности материальных или же формальных (или вторичных) источников, проблема процедуры признания.

Социология права Ориу, акцентирующаяся на анализе уровней глубины и равновесия, образующих «институт», т. е. на социальной действительности права, направлена, с одной стороны, на систематические проблемы (конфликты и компромиссы между спонтанным динамичным правом и организованным, более жестким правом, правопорядком общества и государства), а с другой стороны, на проблемы, связанные с юридической типологией групп. Последние, к сожалению, не отграничиваются от микросоциологии права. Среди многочисленных работ Ориу социологии права непосредственно касаются следующие: *Hauriou M.* 1) *Science Sociale traditionnelle*. 1896; 2) *L'Institution et le Droit Statutaire*. 1906; 3) *Principes de Droit Public*. 1 éd. 1910; 2 éd. 1916; 4) *La Souveraineté Nationale*. 1912; 5) *La Théorie de l'Institution et de la Fondation // Cahiers de la Nouvelle Journée*. 1925. Его работы «*Precis de Droit Administratif*» (многочисленные издания) и «*Precis de Droit Constitutionnel*» (1 éd. 1923; 2 éd. 1928) имеют, напротив, более технический характер. Кроме того, работы Ориу, написанные после 1916 г., отходят от социологического релятивизма и знаменуют возвращение к концепциям Фомы Аквинского (устойчивая иерархия между группами, априорное господство государства, идея «личного основателя» института) в прямом противоречии наиболее ценным достижениям мысли самого Ориу. Так как наш интерес сосредоточен исключительно на социологии права Ориу, то

мы можем опустить проявления его догматической регрессии более позднего периода.<sup>67</sup>

Институт, «эта юридическая идея задачи или предприятия, которое осуществляется и затвердевает в социальной структуре», представляет собой спонтанный, динамичный и конкретный элемент права. Это — наиболее глубокий и наименее кристаллизованный уровень социальной действительности права, противопоставляемый всякому интеллектуальному схематизму, любой концептуальной оболочке, так же как «идея задачи» (динамичных ценностей) противопоставляется выражающей ее лишь частично «цели», так же как «порыв», *elan* (фр.), противопоставляется законченности.

Институт, этот постоянно обновляемый источник спонтанного права, представляет собой «качественную продолжительность, непрерывность, короче говоря, реальность в жизни права», его истинный «онтологический» элемент. Докапываясь до глубин действительности, мы и находим «власть, которая не кажется ни персонифицированной», ни фиксированной. И уже не желание, не организация, не принуждение, не правило, но сам институт, «более объективный, чем все правила» (даже наиболее гибкие), становится спонтанной социальной гарантией всех правоотношений. Более поверхностные уровни социальной жизни права, не имея той же самой плотности, той же самой интенсивности бытия, проецируются на институт, который является их лелеющим и животворящим корнем, их первичным источником. Здесь мы находим следующие уровни: 1) наиболее поверхностный слой представляет собой затвердевшие правовые нормы, заранее установленные в соответствии с техническими процедурами признания (статуты, уставы, обычаи, судебные прецеденты, коллективные переговоры и т. д.); 2) далее следуют более гибкие правила, установленные *ad hoc* («полицейские правила», дискреционное и дисциплинарное право); 3) наконец, следует институт, демонстрирующий, что «право не может быть сведено к правовым нормам», которые оставались бы эфемерными, если бы не опирались на безличную и спонтанную власть института, «материализующего идеи и ценности в фактах»; в особенности это относится к идеям «справедливости и социального мира».

Ориу противопоставляет два типа учреждений: «институты-группы» (социальные органы) и «институты-вещи» (отношения с другими). Проведя это разграничение, он затрагивает проблему форм социальности как колыхали различных видов права. Но так как Ориу не проводит различия между микросоциологией и макросоциологией права, он не ставит и вопроса о соотношении социальности с проблемой «внутренней и внешней правовой жизни» реальных коллективных объединений. Институт-группа «является феноменом взаимопроникновения индивидуальных сознаний, охватываемых общей идеей и процессом мышления (более точно, схватыванием) друг друга». Это частичное слияние сознания Ориу квалифицирует как *общность*, термин, которому он придает тройной смысл. Мыслитель определяет его как особо интенсивную форму коллективного сознания; форму социальности,

<sup>67</sup> См. детальное изложение развития мысли Ориу в моем труде «Идея социального права» (1932. С. 647–710).

реализованную в понятии «Мы»; необходимость участия в духовности для достижения этого результата. Именно «проявление общности среди членов института, интериоризованное в структуре идеи задачи», делает институт не сводимым к сумме своих элементов Целым, способным к связыванию их правом без их индивидуального согласия и, таким образом, порождающего порядок «социального права» или «институционального права» в строгом смысле этого термина. При этом внутреннее равновесие поведений и сил, поставленное на службу общности в некоей «идее», порождает «социальную силу». Эта сила является лишь объективной функцией группы как «неповторимой целостности», не предполагающей ни организацию, ни персонификацию группы, так как она первична по отношению к ним. Часто институт-группа скрыт под договорной формой, например, под формой «договоров присоединения», трудовых контрактов, коллективных переговоров. В последнем случае договаривающиеся стороны (союзы работников или работодателей) являются лишь представителями института-группы, а их соглашение — лишь одной из форм признания порядка уже существующего социального права. В первом же случае работник просто интегрирует себя в существующий фабричный правовой институт и подчиняется его правопорядку.

Для того чтобы обрести правовое бытие и породить автономную структуру социально-правового регулирования, институт-группа совсем не обязательно должен признаваться в качестве «юридического лица» в своих внешних действиях. Круг производителей или потребителей, промышленность, фабрика, семья являются представителями института-группы в не меньшей степени, чем профсоюзы, тресты, акционерные компании, церкви, государства и т. д. Более того, даже когда институты-группы расцениваются как незаконные и преследуются государством, они остаются юридическими реалиями, поскольку их внутренняя жизнь независима от внешнего признания. Конфликты между автономными порядками социального права возникают тогда со всех сторон, что обуславливает социальный и юридический плюрализм. Ориу (вопреки Дюги) возвещает о фундаментальной реальности групп как субъектов права и ищет социологическое объяснение «феномена юридической персонификации социальных тотальностей». Здесь он снова обращается за помощью к своей социологии глубинных уровней, различая четыре навязанных сверху акта «драмы персонификации группы», соответствующей четырем уровням глубины этой же группы. Самым глубоким слоем группы является спонтанная «основополагающая общность», фундирующая в качестве «объективной индивидуальности» всякую организацию и персонификацию. Выше следует производная от основополагающей общности организация, представляющая собой социальную власть. Когда драма персонификации приостанавливается в этом акте «объединения», организованная надстройка становится ассоциацией господства, недостаточно укорененной в «основополагающую общность», располагаясь на ее поверхности. На третьем уровне стоит «интериоризация инкорпорации» через проникновение в нее основополагающей общности; это подразумевает триумф демократического сотрудничества в пределах организации и преобразовывает организованную надстройку в «коллективную нравственную личность», способную свободно принять присоединяющихся к ней членов. Эта «нравственная личность группы»

функционирует только для внутренних нужд группы как субъект того правопорядка, который она порождает. Наконец, последним актом драмы персонификации группы является присвоение группе статуса «юридического лица» для внешнего использования. Здесь группа представляется «как простая социальная единица», подчиненная «отношениям с другими». Это наиболее поверхностный уровень правовой действительности группы, ее внешняя оболочка. «Она подобна декорациям театральной сцены: перспектива рассчитана на аудиторию, т. е. на внешний эффект. Но как только кто-либо выходит за кулисы, т. е. внутрь, весь эффект пропадает». Иными словами, из-за того, что мы рассматривали только этот наиболее поверхностный уровень группы и неправильно стремились применять его к внутренней жизни группы, игнорируя социологические корни проблемы, мы были вынуждены рассматривать индивидуальность групп как фикцию и даже стремиться устранить эту «фикцию». Юридическая социология Ориу, продолжая и совершенствуя работу Гирке, в глубинных уровнях возвращает группам их правовую ипостась и индивидуальность, принимая спонтанную «общность» института-группы в качестве отправной точки, от которых возникают основные стадии персонификации.

Институт-вещь, или «юридическая коммерция» (сделки), осуществляет, подобно всем институтам-группам, «объективные идеи», в частности, идею уравнивающей справедливости. Но ее социологическая основа иная. Здесь мы имеем дело с «отношениями с другими», протекающими вне групповых институтов, т. е. с отношениями между группами или отдельными лицами, которые остаются, по существу, отличными друг от друга, взаимно отделенными, и связь между которыми не идет дальше *общения* в противоположность общности. Мы должны, скорее, обратить внимание на интерментальную психологию, чем на коллективное сознание. Целое не является результатом «отношений с другими», от которых не может произойти никакой власти. Такие отношения между индивидуумами и группами спонтанно осуществляют идеи, «длящиеся в социальной среде», также порождая свой собственный правопорядок, «механизм индивидуально-правового регулирования», представленный в контрактах, сделках, кредитах, собственности и т. д. Индивидуальное право — это более поверхностная ступень социальной действительности права, чем социальное право, так как первое предполагает последнее. «Слой институтов-групп — самый глубокий и наиболее архаичный; он играет ту же роль, что и страта гранита в земле: именно он представляет скелет, который держит более поздние слои, образованные в результате рассыпания отношений с другими». Конечно, здесь не учитывается контраст между объективным правом и субъективными правами, поскольку они переплетены с индивидуальным и социальным правом. Кроме того, равновесие между этими двумя последними правопорядками (оба одновременно подразумевают объективное право и субъективные права) непостоянно, и «в истории права несколько раз полностью менялось». Такие изменения вызываются вариациями социального права, которое в этом смысле сохраняет первенство. Вот, по существу, релятивистская и социологическая точка зрения, которой, к сожалению, Ориу не остался верен в своих последних работах.

Энергия, с которой Ориу настаивал на способности каждого института-группы порождать свой собственный механизм правового регулирования, сила, с которой он поставил проблему юридического плюрализма, неизбежно приводили мыслителя к изучению юридической типологии отдельно взятых групп. Действительно, в самом начале карьеры Ориу поднял проблему специфики типов групп, таких, как территориальные институты (государство), институты экономической деятельности и религиозные институты (два последних не являются территориальными) и, наконец, таких институтов, как нация и международное сообщество, которые охватывают все другие. Проведение различий между организованными надстройками как «инкорпорациями» и «нравственными личностями», между публичными органами и «ассоциациями социального интереса» демонстрируют нам склонность Ориу к дополнительному дифференцированию соответствующих структур правового регулирования. Проведение различия между «политическим суверенитетом», принадлежащим государству и состоящим в «принуждающей силе», и «юридическим суверенитетом» (суверенитет права), принадлежащим неэтицизованному обществу, особенно нации, позволило Ориу беспристрастно предвидеть перевороты в иерархии юридических типов группировок.

Эта типология групп, однако, не была развита Ориу далее и не представляет собой существенного прогресса по сравнению с предшествующими концепциями, чему есть множество причин. Первое — это полное отсутствие микросоциологии, которая в пределах каждой группы изучает множественность форм социальности, по-особому соревнующихся и уравнивающих друг друга. Так как соответствующие определенному типу группы механизмы правового регулирования — это комплексы различных видов права, порожденные формами социальности, они могут быть охарактеризованы только с помощью этих последних. Другими словами, забывая, что истинные спонтанные институты — это не группы, а микросоциологические элементы, Ориу лишил себя возможности плодотворного изучения юридических особенностей групп, сводя последние к единственной форме социальности — «общности». Наконец, само отсутствие микросоциологического анализа заставило его сомневаться в том, что общий интерес помимо государства может быть представлен другими группами, и к концу карьеры это колебание привело мыслителя (под влиянием Фомы Аквинского) к догматическому возведению государства в ранг «института институтов», наиболее совершенного и выдающегося института, «воплощающего общее благо». Наконец, расставив от своих собственных более ранних концепций, Ориу отказался рассматривать экономическое общество *en bloc* (фр. — в целом. — *Прим. пер.*) как институт-группу и априорно приравнял его к «юридической коммерции» (системе сделок), довольно неожиданно заявив, что «центр притяжения — это буржуазное государство, предполагающее неприкосновенность частной собственности и свободу рынка». Не является неожиданностью и то, что юридическая типология групп не относится к числу сильных мест в социологии права Ориу; заслуга последнего скорее лежит в исследовании глубинных уровней правовой действительности, раскрывающих «вертикальный плюрализм» права гораздо более тщательно, чем «горизонтальный плюрализм». Если к этим оговоркам мы добавим то, что у Ориу бесполезно искать анализ правовой

типологии комплексного общества, не говоря уже о рассмотрении проблем правогебеза; если мы увидим, как он постоянно возвращается к традиционным концепциям постоянства и неизменности духовного мира (чьи функциональные отношения с воплощающими их коллективными поведением остаются загадкой для Ориу), увидим, что он не принимает во внимание различие между объективными идеями и ценностями и теми символами, которые выражают их и которые непосредственно зависят от той социальной среды, в которой они действуют, то мы сможем оценить ограниченность социологии права Ориу, которая колеблется между последовательным функциональным релятивизмом и постоянно повторяющимся традиционным догматизмом.

### § 3. Макс Вебер и Евгений Эрлих

Хотя социология права Макса Вебера, изложенная в гл. VII ч. 2 его труда «Хозяйство и общество», увидела свет несколькими годами позже, чем работы австрийского ученого Евгения Эрлиха, концепции Эрлиха могут быть расценены как предсказуемый ответ на стремление Вебера подчинить социологию права догматически-конструктивистским систематизациям теории права. Как мы указали во Введении, вся социология права, по Веберу, сводится к изучению вероятностей (или «шансов») социального поведения, согласно связной системе правил, разработанных юристами для данного типа общества. Вклад Вебера в юридическую типологию комплексных обществ, которую он завершил, руководствуясь этими принципами, мы будем использовать в нашем систематическом изложении проблем дифференциальной социологии права. Подход Вебера к применению в социологии метода интерпретативного понимания внутреннего значения актов, метода, способствующего примирению и взаимному сотрудничеству социологии права и философии права, был проанализирован во Введении.

Здесь будет достаточно вспомнить имя Вебера, чтобы подчеркнуть значение концепции Эрлиха. Эта концепция заключается в том, что, если социология права точкой отсчета своих исследований считает исключительно систематизацию в рамках теории права, она не сумеет понять свой собственный объект — составную часть правовой действительности, которая выходит за рамки схемы «абстрактных юридических суждений» или правил разрешения конфликтов. Метод постановки проблемы открывает сходство между социологией права Эрлиха и Ориу. Не подозревая о существовании друг друга, оба искали стабильную основу, *Einrichtungen* (нем. — направления. — *Прим. пер.*), как называл ее Эрлих, правовой жизни. Эрлих, однако, отличается от Ориу в лучшую сторону из-за более последовательной, более релятивистской, социологической точки зрения, которая глубоко проникнута историческим духом и свободнее от предрассудков. Однако Эрлих уступает Ориу в том, что, хотя он никогда не впадает в сенсуализм, который характерен для Дюги, он проявляет слишком одностороннюю склонность к реализму, которая не учитывает ни коллективной психологии, ни духовных слоев социальной действительности.

В своих трех главных работах — 1) *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*. 1902; 2) *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. 1-te Aufl. 1913; 2-te Aufl. 1928;

3) Die Juristische Logik. 1919 — Эрлих ставит перед собой двойную задачу. Во-первых, его цель — показать, что так называемая наука права, разработанная юристами, — это просто «техника», направленная на временную практическую цель и из-за искусственных систематизаций неспособная воспринять ничего, кроме наиболее поверхностной оболочки действующих реалий права. Во-вторых, Эрлих с помощью своеобразного метода пытается систематически и объективно описать единую и спонтанную действительность права на всех ее глубинных уровнях. Но у Эрлиха, даже в большей степени, чем у Ориу, вертикальный плюрализм уровней заменяет собой изучение горизонтального плюрализма форм социальности. Дело доходило до того, что Эрлих связывал проблему дифференциации правового регулирования исключительно с проблемой глубинных уровней, как если бы любой вид права не имел своего собственного ряда навязанных сверху слоев!

Тот факт, что догматическая нормативная «наука» права является не наукой, а просто способом, служащим временным целям судебной практики, становится особенно очевидным, если принять во внимание, что определенные принципы, обычно рассматриваемые как производные от неизменной «юридической логики», в действительности являются лишь адаптацией к конкретным историческим обстоятельствам. Таковыми являются три «постулата» «так называемой логики права», которая, в действительности, не имеет никакого отношения к истинной логике. Первый постулат — отрицание свободы судей, решения которых ограничиваются установленными заранее суждениями; второй — зависимость всего права от государства; третий — «единство права», отождествляемое с систематической последовательностью правоположений. Эрлих показывает, что здесь мы имеем дело только с процедурами фикции, «маской», закрывающей действующие реалии права (способы действия, имеющие смысл лишь в определенных исторических эпохах жизни права, в лучшем случае, служащие нуждам централизованного государства и его судам, например, в эпоху Юстиниана или в XVIII–XIX вв.). Будучи независимой от «логики права», социология права призвана приоткрыть завесу, скрывающую примитивный символизм такой логики, и ограничить ее действие, раскрыв происхождение механизма этой логики.

Первый постулат — зависимость судей от установленных заранее абстрактных правоположений — является лишь результатом искусственной рецепции иностранного (римского) права группой континентальных европейских стран. Полностью неизвестный даже в Римской республике, не говоря уже о других типах обществ (архаичных, восточных), этот постулат также не имеет никакого действия в англосаксонских странах. Судьи, сталкиваясь с полностью новыми и непредвиденными институтами и делами, повсеместно отказываются от данного постулата. Второй постулат о том, что все право зависит от государства, был принят только лишь с учетом нужд абсолютной монархии, *quod principi placuit habet leges vigorem* (лат. — то, что угодно властителю, то и имеет силу закона. — Прим. пер.), а впоследствии передан по наследству конституционным и республиканским режимам. Нельзя перекладывать всю ответственность за эту концепцию полностью и исключительно на римское право (например, как это сделал Дюги). Эрлих показал, что римское

право классического республиканского периода было очень далеко от этиатической концепции, которая не находит никакой опоры вплоть до императорской эпохи. Средневековые юристы, с одной стороны, и современные юристы — с другой, под объединенным влиянием внутригосударственных независимых группировок и международных организаций извне были вынуждены отказаться от этой устаревшей фикции. Последний постулат монистического единства права был не чем иным, как способом поддержки гипертрофированной централизации государства, — процедура, заведомо фиктивная и основанная на дедуктивном рационализме. Этот постулат так очевидно противоречит живым реалиям права (где имеет место юридическая автономия множества социальных групп и множественность систем правового регулирования), что для того, чтобы принять эту фикцию, было сделано возвращение к искусственным конструкциям из *Begriffsjurisprudenz* (нем. — юриспруденция понятий. — *Прим. пер.*), которая хвалится превращением юристов в «людей, которые рассматривают существенное как случайность, а случайность как решающий фактор». Фактически даже после того как были приняты первые два постулата, что произошло в XVII и XVIII столетиях, третий удерживался на плаву с большими трудностями и сегодня вообще не используется. Для того чтобы в этой сфере найти новые технические приемы, юристы приспосабливаются к обстоятельствам; задавая целью применить новые символические постулаты, они обеспокоены тем, чтобы социология права не стала служанкой так называемой логики права, которая может лишь запутать рассматриваемую проблему.

Под обычно разрабатываемыми государством «абстрактными правоположениями», *Rechtssätze* (нем. — правоположения. — *Прим. пер.*), под конкретными правилами, служащими для разрешения конфликтов между отдельными лицами и группами, *Entscheidungsnormen* (нем. — нормы нахождения решений. — *Прим. пер.*), которые обычно разрабатываются судьями и юристами (и которые вследствие их независимости от абстрактных утверждений были названы «свободным правом»), существует «право, которое устанавливает в обществе внутренний мирный порядок». Это право, служащее основой всех юридических правил и являющееся гораздо более объективным, чем любое иное правило, составляет непосредственный правопорядок общества, *gesellschaftliches Recht* (нем. — социальное право. — *Прим. пер.*). Изучение этого порядка является особой задачей социологии права, которая отличается от юриспруденции не столько своим полностью беспристрастным методом, основанным лишь на одном наблюдении, сколько своим предметом. В то время как юристы заняты систематизацией первых двух уровней реалий права, составляющих внешний, поверхностный слой, представители социологии права берут за точку отсчета наиболее глубокий слой действительности, спонтанный внутренний мирный порядок самого общества, объясняя условия, необходимые для того, чтобы из этого порядка появились навязываемые сверху нормы. Именно поэтому социология права провозглашает тезис о том, что «центр развития права в нашу эпоху, как в любую другую, не следует искать ни в законах, ни в судебной практике, ни в теории, ни в системе права в целом, а в самом обществе».

«Мирный и спонтанный порядок общества» определяется как перекрещивание множества внутренних правопорядков отдельных групп, не являющихся

частью государства. Здесь Эрлих затрагивает проблему юридической типологии отдельных групп, но при этом не ставит своей целью провести анализ, полностью направленный на изучение глубинных уровней глобального общества. Он предлагает лишь общую характеристику. «Внутренний порядок групп — не только первая историческая форма всего права, но этот порядок сегодня, как и всегда, является фундаментом права». «Сегодня, как и всегда, эффективность права главным образом зависит от негласных действий объединяющих отдельных людей ассоциаций. Изгнание из автономного сообщества, будь то церковь, профсоюз, партия, семья, трест или любая другая группа, потеря работы, доверия, клиентуры является наиболее реальным средством борьбы с нарушениями права». «То, что государство предпринимает для санкционирования права по своей собственной воле, имеет несравнимо меньшее значение, и с большой уверенностью можно было бы утверждать, что правопорядок общества ни в коей мере не пострадал, если бы эти санкции просто не существовали». Кроме того, сформулированные государством абстрактные правоположения, «которые можно сравнить с пеной на поверхности воды», обращены, по существу, только к государственным судам и другим государственным органам. Группы и отдельные лица живут в полном неведении относительно содержания этих положений. Они осведомлены только о спонтанном правопорядке общества, составленном из «институтов», по отношению к которым любая норма является просто поверхностной оболочкой, проекцией. В таком случае существующее «государственное законодательство может оказывать влияние лишь на крошечную часть правопорядка общества, но в основном спонтанно возникающее право развивается вполне независимо от абстрактных правоположений». Последние, представляя собой наиболее статичный уровень права (даже когда они затрагивают сектор спонтанного социального права), всегда отстают от его реального развития. Наиболее важные события правовой жизни, такие, как отмена крепостничества в Средневековье, освобождение английских крестьян, преобразование права частной собственности в право владения и управления массами наемных работников, формирование профсоюзов и трестов, развитие коллективных трудовых переговоров и т. д., произошли совершенно независимо от абстрактных норм права. В течение долгого времени эти явления всецело игнорировались государственным законодательством, начавшим признавать их только со значительным опозданием. В конечном счете, государственное право оказывается не просто бессильно по отношению к праву общества, но в случаях конфликта неизменно заканчивает тем, что склоняется перед социальным правом. Здесь мы имеем дело не с чем иным, как с напряжением между наиболее поверхностными и наиболее глубокими слоями правовой действительности.

Согласно Эрлиху, наложения на мирный, спонтанно складывающийся правопорядок общества норм нахождения решения в случае конфликта и наложения поверх этих правил абстрактных правоположений, равно как и изменения во взаимоотношениях этих трех уровней правовой действительности, следует объяснять с социологической точки зрения. Здесь Эрлих подходит к проблемам юридической типологии комплексных обществ, хотя и не акцентирует эту проблематику. Нормы принятия решений предполагают

конфликты среди групп и отдельных лиц, чьи интересы и компетенции они разграничивают. Здесь мы имеем дело скорее с вопросом войны, чем мира, с не связанными между собой коллективными или индивидуальными субъектами, противостоящими друг другу. Для того чтобы эти правила могли четко отделиться от спонтанно складывающегося, мирного порядка общества, нужно провести дифференциацию между индивидуумом и группой и допустить возникновение множества равнозначных групп. Эти правила принятия решений являются более точными, более устоявшимися, более абстрактными, чем спонтанно складывающийся правопорядок; они предполагают определенное развитие рационализма, основанной на логике рефлексивной мысли. Степень изолированности индивидуума от группы; множественность равных между собой группировок, различие между которыми состоит лишь в ряде нюансов и степеней; отношения между нормами принятия решения и спонтанно складывающимся правом различны в различных обществах и при разных исторических обстоятельствах. Эрлих также не акцентирует внимание на этом обстоятельстве. Наложение на правила принятия решения абстрактных правоположений (которые не находятся в прямом соотношении со становлением государства, так как даже после возникновения государству в течение длительного времени не приходилось вмешиваться в правовую жизнь) предполагает необходимость высочайшей степени правовой стабильности и обобщенности. Эта необходимость проявляет себя, например, в борьбе территориального государства против феодализма и в развитии современного капитализма, основанного на крайнем рационализме, пытающемся вывести все особенности конкретных норм из одного отдельно взятого принципа. Конечно, стабильность, единство и обобщенность допускают вариации своих особенностей и степеней и никогда не достигают ничего, кроме весьма относительных результатов; таким образом, роль абстрактных правоположений государства сильно различается в различных обществах и эпохах. Мы живем, согласно Эрлиху, в эпоху, в которую роль правоположений снова проявляет тенденцию к снижению. Главный и очень интересный недостаток социологии права Эрлиха, оказавший такое глубокое влияние в Соединенных Штатах,<sup>68</sup> заключается в полном отсутствии микросоциологического и дифференциального анализа, т. е. рассмотрения форм социальности и юридической типологии групп. Социологический и правовой плюрализм Эрлиха — исключительно вертикальный. Это приводит его к тому, что он ложно понимает под термином «право общества», *Gesellschaftsrecht* (нем.) ряд различных видов права, и эта неразбериха повторяется по поводу норм принятия решения и абстрактных правоположений. Согласно Эрлиху, все то, что является «установленным» или спонтанно складывающимся в праве, исходит от общества, противопоставляемого государству, и носит характер внутригосударственного корпоративного права, *Verbandsrecht* (нем. — права ассоциаций. — Прим. пер.).

Договорное право, право собственности и право одностороннего господства являются лишь замаскированными формами права общества; при

<sup>68</sup> См. английский перевод труда Эрлиха: *Ehrlich E. Sociology of Law*. 1935 (введение Роско Паунда).

этом не существует объективного и спонтанного порядка индивидуального права (межиндивидуального и межгруппового). Государство рассматривается только в форме абстрактных правоположений, как если бы они не являлись глубинными уровнями правопорядка государства и как если бы не существовало спонтанно складывающегося политического союза, отличного от других спонтанных союзов (экономических, религиозных и т. д.). Отсутствие микросоциологической и юридической типологии социальных групп ведет Эрлиха к крайне монистическим концепциям. Кроме того, право общества искусственно обедняется из-за сведения исключительно к сфере спонтанного права, как если бы оно не имело своих собственных абстрактных положений в независимых уставах групп и своих собственных норм нахождения решения, разработанных в процессе функционирования третейских судов и подобных им органов.

Противоположность между правом, соответствующим понятию «Мы», и правом, соответствующим отношениям с другими (Я, Ты/Вы, Он, Они), вновь появляется в различии правил принятия решений в случаях конфликта, где ситуация отлична от внутреннего мирного порядка общества. Но подобное отождествление видов права с глубинными уровнями представляется искусственным и неудачным. Здесь остается без внимания, что каждый вид права имеет свои собственные уровни и что суды занимаются «внутренним мирным порядком» групп так же, как и межиндивидуальным (или межгрупповым) правом. Последнее имеет самостоятельно установленную и спонтанно сложившуюся основу. Вместо изучения взаимных пересечений глубинных уровней правовой действительности с видами права, дифференцированными согласно формам социальности, и с правопорядками различных групп Эрлих использует параллелизм и искусственные аналогии. Тем самым социолог упрощает сложное переплетение правовой жизни. Безразличие Эрлиха к духовным элементам социальной и правовой жизни, т. е. символическим моделям, ценностям и идеям, вдохновляющим коллективное поведение (особенно различные аспекты идеала справедливости), короче говоря, его чрезмерный позитивизм, привели к монистическому пониманию предмета социологии права. Поэтому-то Эрлих так и не пришел к точному определению права, отделяя его от морали, религиозных, эстетических и педагогических предписаний. Неудача с такого рода дифференциацией, которая была связана не с его основными открытиями в области социологии права, а лишь с его философскими предубеждениями, скомпрометировала столь важные выводы этого мыслителя.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Критику концепций Эрлиха см. в моей работе «Идея социального права и современность» (1932).

## В. АМЕРИКА

Во Введении мы изучили стадии движения американской социологии к постижению проблем социологии права. Само развитие этой дисциплины в Соединенных Штатах обязано усилиям юристов.

### § 1. Оливер Холмс

Подготовительная стадия развития американской социологии права связана с именем судьи Холмса, близкого друга великого американского философа Уильяма Джеймса. Уже в своем труде (*Holmes O. W. Common Law. 1881*) и в ряде важных исследований (главным из которых является: *Holmes O. W. The Path of the Law. 1897 // Collected Legal Papers. 1921*) Холмс обозначил то, что профессор Аронсон удачно назвал «социологическим восстанием в юриспруденции» Соединенных Штатов. Отрицая с равным рвением как логически-аналитические, так и исторические школы, Холмс настаивал на необходимости использования юристами беспристрастного эмпирического изучения живой и фактической социальной действительности, что имеет место в социальных науках, особенно в самой социологии. «Если предмет вашего исследования — право, то пути ведут напрямую к антропологии, науке о человеке, к политической экономике, к теории законоотворчества, к этике». «Совершенно уместно расценивать и изучать право просто как большой антропологический документ. Исследование, преследующее эти задачи, становится наукой в самом строгом смысле». Именно из этой науки в самом строгом смысле юриспруденция «должна заимствовать свои постулаты и свое право участвовать в законоотворчестве»; и такая наука может быть только социологией, однако она не ограничена изучением внешнего поведения. «Уместно обратиться к этому поведению, чтобы обнаружить, какие идеалы общества были достаточно сильны, чтобы достигнуть конечной формы выражения (которая является правом) изменений в господствующих из поколения в поколение идеалах». Так, «научное изучение морфологии и преобразования идей в праве» вступает в область положительного социологического изучения последнего. И как могло быть иначе, если «первым требованием здоровой системы права является то, что право должно соответствовать фактическим чувствам и требованиям общества», и если «сами эти соображения, которые упоминаются судьями крайне редко, являются той скрытой нормой, от которой право берет все свои жизненные соки. Я имею в виду соображения того, что целесообразно сделать ради общества». «Мы живем символами, и то, что должно символизироваться образом права, зависит от мышления наблюдателя». «Право воплощает убеждения, которые одержали победу в сражении идей и затем привели себя в действие». После этих цитат не вызывает сомнения точное значение известного высказывания Холмса: «Жизнь права — это не логика, а опыт», содержание которого должно быть описано социологией права. Этот опыт включает не только внешние сенсорные данные и не только поведение, но также и символы, и духовные значения, вдохновляющие социальные практики.

Что же послужило причиной того, что идеи Холмса вдохновили не только представителей «социологической юриспруденции» (Паунда, Кардозо, Брандейса,<sup>L</sup> Франкфуртера<sup>L</sup> и др.), но и в равной степени приверженцев

«юридического реализма», которые придерживаются исключительно описания «официального поведения» — того, что судьи делают «и решают в каждом конкретном случае и что даже философ, противник бихевиоризма», чувствует себя «обязанным обвинить Холмса в уступках этому искушению»?<sup>70</sup> Три элемента в мысли Холмса подтолкнули его в направлении, противоположном первоначальному замыслу. Во-первых, определение не только юриспруденции, но и самого права как «предсказания того, что будут делать судьи», ограничило обширную программу правовой социологии, концентрируя внимание Холмса на описании одного-единственного глубинного уровня социальной действительности права — права, связанного с деятельностью судов. С другой стороны, настойчивость Холмса на полной независимости права от нравственного убеждения вследствие как чисто технической роли права, так и исключительно индивидуалистической интерпретации нравственности со стороны нашего ученого позволила неверно истолковать положения Холмса, против чего он возражал, но напрасно. Наконец, отождествление права и юриспруденции, где последняя расценивается только как обобщение первого, повлекло за собой недостаточную ясность по поводу взаимоотношений юриспруденции и юридической социологии, которые Холмс был склонен соотносить друг с другом. Желая сделать юриспруденцию (которая является *искусством*) дескриптивной наукой в узком смысле этого слова, Холмс, скорее невольно, преобразовал подлинную науку юридической социологии в искусство, устраняя при этом цели настоящего искусства юриспруденции.

Эти внутренние трудности, которые в определенной степени характерны для всего развития правовой социологии в Соединенных Штатах, были, однако, смягчены непревзойденно тонкой и гибкой мыслью Холмса, особенно его идеей о том, что сами суды имеют дело со спонтанно складывающимся социальным правом, которое навязывает себя правоприменительным органам.

## § 2. Роско Паунд

Социология права в Соединенных Штатах получила наиболее сложное и детализированное, наиболее известное и тонкое выражение в богатых научными достижениями трудах декана Паунда, бесспорного руководителя школы «социологической юриспруденции». Мысль Паунда была сформирована в условиях постоянного противопоставления социологических проблем (проблемы социального контроля и социального интереса), философских проблем (прагматизм и основанная на опыте теория ценностей), проблем истории права (различные меры стабильности и гибкости в разных правовых системах) и, наконец, проблем деятельности американских судов (элемент административного усмотрения в судебном процессе). Это разнообразие центров интереса и точек отсчета помогло Паунду еще более расширить и разъяснить обширные перспективы правовой социологии и постепенно развить ее различные аспекты.

В своей более ранней программе для этой дисциплины Паунд, несмотря на широту своих взглядов, оказал предпочтение практическим целям: «(1) Изучать фактические социальные последствия правовых институтов и правовых учений»

<sup>70</sup> *Cohen R. Law and Social Order. 1933. P. 204–206.*

и, следовательно, «оказывать большее внимание действию права, чем его абстрактному содержанию»; 2) способствовать «социологическим исследованиям (вкюпе с собственно юридическими) процесса правотворчества» и, соответственно, рассматривать «право как социальный институт, который может быть усовершенствован интеллектуальным усилием, обнаруживающим лучшие средства стимулирования и направления такого усилия»; 3) сделать «эффективным изучение средств создания норм» и «поставить акцент на социальных целях, которые подкрепляются иными, кроме санкции, правовыми механизмами»; 4) изучить «социологическую историю права», т. е. то, «какой социальный эффект произвели в прошлом правовые доктрины, и то, каким образом они произвели этот эффект»; 5) «поддерживать то, что называется справедливым правоприменением», и «настаивать на том, чтобы правовые предписания расценивались более как руководство к действию и в меньшей степени — как непоколебимые шаблоны»; 6) «наконец, результат, по отношению к которому предшествующие пункты являются лишь возможными средствами достижения, состоит в том, чтобы сделать более эффективными усилия в достижении целей права» (*Pound R. The Scope and Purpose of the Sociological Jurisprudence // Harvard Law Review. 1912. Vol. 25. P. 513–516*). Бесспорно, два из шести положений этой программы касаются теоретических суждений, имеющих дело с социальными реалиями права: «изучение воздействия права на социальную сферу» и «социологическое изучение истории права». Все другие положения являются применением выводов социологии права к искусству судьи или законодателя. Некоторые исследования Паунда, последовавшие за этой программой (*Pound R. 1) A Theory of Social Interest // Proceedings of the American Sociological Society. 1913. Vol. 25. P. 361; 2) The Administration of Justice // Harvard Law Review. Vol. 26. 1912–1913; 3) Courts and Legislation // American Politic Revue. Vol. 7. P. 361. 1913*), — подтвердили то, что этот мыслитель сосредоточил внимание на искусстве юриспруденции, которое он сознательно интерпретирует телеологическим образом. Мыслитель полагает, что связь юриспруденции (как «социальной инженерии») с социологией лучше понимается через взгляд на общество в правовом аспекте. Стремление Паунда к изучению социальных интересов, совершенно неправильно расценивавшееся как уклон к социальному утилитаризму (взгляд, который Паунд в действительности всегда отвергал, что очевидно из его возражений Иерингу), фактически было для него лишь способом заставить суды учитывать реалии определенных социальных групп и их специфических правопорядков. Конфликты среди этих групп могут быть разрешены только в соответствии с юридическими процедурами, которые объединяют диспозитивное право, гибкое право стандартов и применение более устоявшихся правил общего права.<sup>71</sup>

Эта первоначальная ориентация социологии права Паунда на практические цели привела к появлению важных работ.<sup>72</sup> В них мыслитель убедительно раскрыл социологическую относительность всех правовых моделей действия, категорий и концепций. Он описал эту относительность ссылками

<sup>71</sup> См. раздел «Юриспруденция» в работе Г. И. Барнса: *Barnes G. I. History and Prospects of the Social Science. 1925. P. 468–474.*

<sup>72</sup> *Pound R. 1) The Spirit of the Common Law. 1921; 2) Introduction to the Philosophy of Law. 1922; 3) Interpretation of Legal History. 1923; 4) Law and Morals. 1924.*

на типы комплексных обществ и особенностями их культурных традиций. Так, исследователь создал социологический анализ английских и американских типов общего права, теперь являющийся классическим; выявил различия в самих представлениях о праве, являющихся производными от типов общества и соответствующих правовых систем.

Паунд описал разновидности взаимосвязи между правом и моралью как производные от социальных типов. Он пошел еще дальше, поставив проблему социологических основ знания о праве. Мыслитель занялся исследованием фактических преобразований права параллельно с исследованием Леона Дюги, но менее догматично, тем самым способствуя развитию генетической социологии права, изучающей современное общество.

Вот некоторые из его заключений. «Политика нашего общего права рассчитана на сообщество американских фермеров первой половины XIX столетия; ситуация настолько далека от того, с чем приходится сталкиваться нашей правовой системе в попытке осуществлять правосудие в больших городских сообществах в конце XIX и в XX столетиях, как полюса Земли далеки друг от друга». «Требование социализации права в Соединенных Штатах пришло почти полностью, если не полностью, из города». Но «через все превратности, с которыми встретила концепция верховенства права, утверждение права как Разума (а не произвольного желания), который должен быть развит судебным опытом в процессе решения казусов, отказ от требования отстаивать право в конкретике “каждого” и искать его только в абстрактности “всеобщего”... сохранилось. Эти идеи являются фактами, по сравнению с которыми правила и догмы являются эфемерными явлениями» (*Pound R. The Spirit of the Common Law*. P. 124, 129, 216). Различные определения права и различные направления философии права «были, в первую очередь, попыткой рационального объяснения права того или иного времени и места или некоторых бросающихся в глаза элементов этого права. Данные теории с необходимостью оказываются отражениями того института, для рационализации которого они были придуманы, даже если бы такой институт оказался универсальным». Сегодня «судебный эмпиризм и правовое мышление ведут к созданию работающей системы по новым принципам», но вообще мы можем наблюдать, что право, определения права и теория права — это «все более и более широкое признание и удовлетворение человеческих нужд и притязаний или желаний через социальный (правовой) контроль с наименьшей степенью ущемления этих притязаний и нужд» (*Pound R. Introduction to the Philosophy of Law*. P. 68–69, 16–49, 283, 99). Конкретные отношения взаимосвязанных между собой права и морали, интенсивность связи которых, равно как и их положение в системе социального контроля, постоянно изменяются, зависят от типов общества и соответствующих им правовых и моральных убеждений (*Pound R. Law and Morals*. P. 115–117).

Разнообразные истолкования истории права (этические, религиозные, политические, этнологические, экономические, прагматические и др.) сами по себе обусловлены конкретными изменениями типа общества (*Pound R. Interpretation of Legal History*). К преобразованиям современной нам правовой системы относятся: «1) Ограничения в использовании собственности; 2) ограничения свободы заключения договоров; 3) ограничения в распоряжении

собственностью; 4) ограничения права кредитора или пострадавшей стороны на получение возмещения убытков; 5) преобразование идеи ответственности в аспекте движения от субъективности к объективности; 6) вынесение судебных решений в защиту социальных интересов благодаря ограничению общих правил в пользу гибких стандартов и свободного усмотрения; 7) бюджет должен нести ответственность за вред отдельным лицам со стороны органов публичной власти; 8) усиленная защита иждивенцев. Все эти преобразования «являются путями к социализации современного права» (*Pound R. The Spirit of the Common Law. P. 185–192*).

Так, наряду с глубочайшим прозрением сущности правовой типологии всеобъемлющих обществ и генетической социологии права, Паунд вносит вклад в разрешение проблем систематической социологии права. Методами, отличными от выбранных Ориу и Эрлихом, Паунд смог провести различие между различными глубинными уровнями социальной действительности права. Он разграничил (а) отправление правосудия, или судебный процесс; (b) право; (c) правопорядок и (d) правовые ценности («идеальный элемент права»). Мыслитель выявил, что нормативный уровень (жесткое право) отличается от уровней принципов, концепций и стандартов (гибкое право) или, наконец, от основанного на интуиции диспозитивного права (*Pound R. 1) Introduction to the Philosophy of Law. P. 114–141; 2) Interpretation of Legal History. P. 153–157; 3) History and System of the Common Law. P. 416*). Так, он указал на первостепенный в социологии права факт: правовая действительность не сводится к абстрактным моделям, и для того, чтобы изучить их в полном объеме, необходимо выйти за рамки символов и войти в то, что они символизируют.

В более поздних работах Паунд с особым рвением настаивал на том, что социальная действительность, и особенно социальная действительность права, проникнуты «идеальными элементами», «духовными ценностями». <sup>73</sup> Социология права невозможна для Паунда без того, что мы предложили назвать социологией человеческого духа или нозического разума. Поскольку, согласно Паунду, в социальной действительности права объединены «социальная польза», «идеальные элементы», «социальные нужды, интересы, установки», «духовные ценности», то вместе с Ориу он приходит к *идеалреалистской* концепции права. Синтез идеализма и прагматизма помогает ему увидеть правовые ценности в их конкретных проявлениях и функциональных отношениях с историческими социальными структурами и ситуациями.

Несмотря на все эти богатые социологические положения и несмотря на прочность его функционалистской, релятивистской, идеалреалистской ориентации, не складывается впечатление того, что Паунд (разделяя в этом судьбу Ориу) приходит к совершенно точному определению целей и методов социологии права. Во-первых, во всех своих работах он остается верен своему первоначальному отождествлению социологии права с юриспруденцией, юридическим искусством или техникой. Даже та юриспруденция, которая ориентирована на социологию («социологическая юриспруденция»),

<sup>73</sup> Идеалистический элемент мысли Паунда был хорошо подчеркнут в статье М. Аронсона: *Aronson M. Roscoe Pound and the Resurgence of Juristic Idealism // Journal of Social Philosophy. 1940. Vol. VI. № 1. P. 47–83.* — Аронсон, напротив, несколько преувеличивает идеалистический элемент мысли Паунда и недостаточно выявляет ориентацию Паунда на «идеальный реализм».

остается искусством, привязанным к конкретной ситуации, к определенной системе права. Паунд хорошо понимает это, так же как необходимую идеологическую природу всей юриспруденции — «социологической юриспруденции» даже в большей степени, чем всех других ее видов. Но вместо того чтобы четко обособить социологию права, которая как наука, основанная на суждениях о сущем, должна быть независима от любой оценки и от целей правоприменения, мыслитель, напротив, приписывает практические цели непосредственно самой социологии права и, таким образом, идеологизирует ее. Он даже думает извлечь пользу из своих ценных рассуждений относительно идеалреалистской структуры юридического факта путем формулирования вывода о том, что к праву можно подходить только через теологию. Вопреки Дюркгейму и Веберу (последний в особенности внес ясность в этот вопрос<sup>74</sup>), Паунд не замечает, что можно иметь дело с ценностями, которые воплощаются в социальных фактах и, несмотря на это, не переходят в ценностные суждения и оценки. Ученый не видит различия между самим объектом и методом обращения с ним. Он также не разграничивает философское рассуждение, доказывающее объективность духовных ценностей, и социологическое описание, воздерживающееся от обсуждения подлинности и объективности ценностей, за материализацией которых она наблюдает. Определенная путаница между ценностными суждениями и суждениями о сущем таким образом вкрадывается в социологию права Паунда. Еще сильнее эта тенденция становится из-за того, что мыслитель не проводит четкой границы между правовыми и моральными ценностями, когда говорит об идеальных элементах права. Или, лучше сказать, он склонен, следуя хорошо известной традиции, подталкивать справедливость к идеалу. Результат хода его мысли — противопоставление справедливости и «социального порядка» (безопасность, стабильность), что приобретает у ученого характер абсолютного, не-относительного принципа, уникального и монистического «порядка». Из всего этого возникает догматическая и одновременно морализующая тенденция, непосредственно угрожающая методологии. Если мы добавим сюда склонность Паунда (добросовестно следующего в этом отношении за Аристотелем) к поиску золотой середины между крайностями (справедливость и порядок, разум и опыт, неуверенность и безопасность) с тем, чтобы достичь гармоничного и устойчивого соединения несводимых друг к другу антиномий права, то мы поймем опасность, которой подверглась социология права Паунда из-за выбранного им метода. Одним из плодов этой телеологической ориентации можно считать отказ Паунда оставить веру в необходимое и *априорное* превосходство государства по отношению к другим группам. Эта вера заходит настолько далеко, что применительно ко всему цивилизованному обществу мыслитель отождествляет «правопорядок» с государственным порядком и, в более общем плане, говоря о порядке и безопасности права, думает об уникальном и абсолютном порядке. Его социология права не учитывает в должной мере существования отдельных социальных групп (кроме как в форме «социальных интересов»), которые должны гармонизироваться

<sup>74</sup> Ср. приставку *supra* и известное эссе Вебера: *Weber M. Wertfreiheit in Sozialwissenschaften // Abhandlungen zur Wissenschaftslehre. 1922.*

и сбалансироваться по единому принципу). Паунд упускает из виду тот факт, что каждая группа имеет свой собственный правопорядок, свою структуру права, собственные правовые ценности, так же как и тот факт, что отношения этих правопорядков постоянно изменяются в зависимости от типа глобального общества, по отношению к которому само государство является всего лишь своеобразной группой со своеобразным порядком! Эта концепция препятствует Паунду разглядеть проблемы микросоциологии права и дифференциальной правовой типологии отдельных социальных групп. Даже когда мыслитель, кажется, преодолевает эту точку зрения, он сразу же возвращается к ней, возвещая об априорном превосходстве государственного порядка.<sup>75</sup> Здесь мы сталкиваемся с пределами возможностей релятивизма и функционализма, которые скомпрометировали столь тонкую и богатую в иных аспектах социологию права Роско Паунда.

### § 3. Бенджамин Кардозо

Подобно теориям Холмса и Паунда, социология права судьи Кардозо отталкивается от необходимости обновления фактической юридической техники, закрывая пробел между этой техникой и живыми реалиями современного права. Так же как и у названных мыслителей, и даже в большей степени, внимание Кардозо было сконцентрировано на деятельности судов. Его первая работа, примечательно названная «The Nature of the Judicial Process» (1921; 8 ed. 1932), имела целью показать, что «растущая непредсказуемость судебного решения» — это очевидное доказательство того, что судебный процесс является «не открытием уже существующего, но созданием нового», стимулируемым фактическим состоянием правовой жизни (Ibid. P. 166, 115). Это состояние заключается в том, «что для каждой тенденции можно найти обратную тенденцию, для каждой нормы — ее антиномию» (Ibid. P. 25). Эти антиномии предстают перед судами не только как трещины и пробелы в юридических правилах, не только как факт того, что «существует немного норм, а в основном — постулаты, стандарты и уровни» (Ibid. P. 161), но также и как спонтанно складывающийся конфликт систем регулирования в самом обществе. «В основе прецедентов лежат основополагающие правовые концепции, которые являются постулатами правосознания, а под ними лежат жизненные привычки, институты общества, в которых эти концепции зародились и которые в процессе взаимодействия, в свою очередь, изменились» (Ibid. P. 20). Таким образом, только сама социология права, стремясь найти «живое право» в его источнике — в жизни самого общества, может объяснять трудности, реально встающие перед судьями. Это подтверждается еще и тем, что свобода судей принимать творческие решения строго ограничена правилами

<sup>75</sup> Следующий текст типичен для Паунда: «Мы не должны забывать, что право не единственный орган социального контроля. Домашнее хозяйство, церковь, школа, добровольные организации, профессиональные ассоциации, социальные клубы и братские организации, каждый с собственным кодексом поведения, образуют более или менее развитую социальную инженерию. Но главный упор ложится на правопорядок — режим управления человеческими действиями и регулирования человеческих отношений через политически организованное общество путем применения силы» (Pound R. 1) Contemporary Juristic Theory. 1940. P. 80; 2) Introduction to Philosophy of Law. 1922. P. 99; 3) History and System of Common Law. 1939. P. 3–5).

и кодексами, «принятыми стандартами правильного поведения», которые «находят выражение в *нравах*» общества и отдельных групп (Ibid. P. 73, 112). «Жизнь можно прожить, поведение можно предписать, жизнь протекает, а поведение предписывается применительно к бесчисленному количеству людей, и все это возможно без введения этих людей в те области, где право может быть неправильно истолковано» (Ibid. P. 130). Итак, не судьи, но «сама жизнь заполняет открытые пробелы в праве» (Ibid. P. 113). «Если судьи жалко извратили нравы своих дней или если современные им нравы больше не совпадают с нравами нашего времени», то они могут только подчиниться новым спонтанно складывающимся предписаниям, рождающимся в самом обществе (Ibid. P. 152). «Я не хочу вставать в один ряд с юристами, которые, кажется, придерживаются мнения, что в действительности нет никакого права, кроме судебных решений» (Ibid. P. 124). Так, Кардозо приходит к выводу: «Право и повиновение праву — факты, подтверждающиеся каждый день нашим жизненным опытом... Мы должны отыскать такую концепцию права, которую реализм может принять как истинную» (Ibid. P. 127).

Цитаты, которые я привел, показывают, как мне кажется, что уже в своей первой работе Кардозо постоянно выходит за рамки концепции социологии права как исключительно вспомогательного искусства судей, служащего введением в истолкование социальных целей, навеянных ценностными суждениями.

Более того, как раз через эту узкую концепцию «социологического метода», дополняющую логический метод аналогией, равно как и метод традиции в судебном процессе, Кардозо начинает свою книгу и в некоторых пунктах (Ibid. P. 10–31, 76, 94) вновь возвращается к данной концепции. Как раз эта склонность к телеологии и социологизму заставляет Кардозо искать, прибегая к судебным прецедентам, середину между крайностями движения и стабильности, неуверенности и безопасности. Склонность к описанию спонтанно складывающегося права самого общества заставляет Кардозо признавать, что в социальной действительности права «ничто не устойчиво, ничто не абсолютно. Все подвижно и изменчиво. Есть бесконечное становление. Мы возвращаемся к Гераклиту» (Ibid. P. 28). Колебания Кардозо между этими двумя тенденциями являются следствием не только того, что он не отделял социологию права от «социологической юриспруденции», но также и более существенного факта — отрицания ученым существования «принятых стандартов правильного поведения в обществе и в отдельных группах» в качестве собственно правовых. Выявив исконную роль этих стандартов в «судебном процессе» и в жизни общества, он обозначает их двусмысленным термином — «нравы», который он противопоставляет собственно праву. В полемике с Остином и Холландом Кардозо подчеркивает, что различие между «строгим правом» и более широкими и более гибкими предписаниями в той или иной мере является «вербальным спором» (Ibid. P. 133), и пишет: «Не для нас пустые словопрения по поводу разницы между правом и справедливостью, в ходе которых забывают о глубинной гармонии этих явлений» (Ibid. P. 134). Он, однако, сомневается, стоит ли включать «нравы общества», которые он сам признает наиболее глубокими уровнями права, в сферу права.

С этой точки зрения его вторая книга «The Growth of the Law» (1927) особенно характерна. С одной стороны, склонность к социологии права в ее настоящем значении усиливается. Кардозо пишет: «Вопрос о нравах — скорее отрасль социальной науки, призывающей к обзору социальных фактов», чем отрасль философии и юриспруденции; «все же два предмета сходятся, и вряд ли один из них будет плодотворен без другого. Метод социологии все более часто включает в себя и подходы с других точек зрения» (Ibid. P. 112–113). Различные юридические методы обусловлены условиями времени и ситуациям в обществе (Ibid. P. 108). Сама справедливость «может обозначать различные вещи для лиц с различным менталитетом и в различные времена» (Ibid. P. 86). «Мы можем узнать, функционирует ли правовая норма хорошо или плохо методом сравнения с нравственной нормой справедливости, известной или способной стать известной, через обращение к каждодневному опыту» (Ibid. P. 123). Более того, «перед судами часто встает вопрос по поводу норм, которые должны регулировать некоторые коммерческие отношения или сделки. Факты экономической или коммерческой жизни в связи с этим весьма уместны». «Принципы и нормы права берут свои корни в обычных формах и методах бизнеса и товарищества, в превалирующих убеждениях о справедливости, в сочетании веры и практики, с помощью которых мы формируем наши нравы» (Ibid. P. 53).

Но, несмотря на эти рассуждения, Кардозо отказывается следовать примеру Дюги, Краббе и Эрлиха и включить глубинный уровень социальной действительности права в само право! Критикуя процитированных авторов, он заявляет, что «нравы» становятся правом только через санкционирование или обретая потенциальную возможность быть санкционированными судами (Ibid. P. 48–52). Он опирается на определение Холмсом права как «предсказания того, что будут делать суды» (Ibid. P. 33–46). Для того чтобы не слишком ограничивать область изучения социологии права, мыслитель дает расширительное истолкование этой концепции. Достаточно, согласно Кардозо, установить, что нравы могут быть и однажды будут «воплощены в суждении», чтобы рассматривать их как право (Ibid. P. 30–38). «Они могут не получить официального одобрения, что не будет препятствовать нам исходить из предположения, что это упущение будет исправлено, когда обстоятельства этого потребуют» (Ibid. P. 53). «Это позволяет нам сказать, что принципы — это право, когда в наличии есть сила или убеждение в предсказании того, что они будут или должны быть применены» (Ibid. P. 43). Если это означает только то, что должно проводиться различие между нравами, имеющими юридическую структуру, и нравами, не имеющими таковой, и то, что возможность их применения судом является только внешней проверкой упомянутого внутреннего различия, то концепция Кардозо несет в себе немалую долю истины. Однако она не показывает, что различие между юридическим регулированием на всех его глубинных уровнях и другими видами регулирования заключается в различии служебных ценностей и что есть столь широкие правовые предписания, что не способны когда-либо дойти до суда. Можно, однако, интерпретировать мысль Кардозо в более узком смысле, имея в виду, что право по своей природе создано для судебного регулирования (регулирования судом как органом государства). В более тонком смысле эта

концепция сталкивается с такими же проблемами, что встают перед теми, кто забывает, что суды, так же как и само государство, предполагают право, которое организывает их и определяет их юрисдикцию. Нельзя пренебрегать и тем, что роль и деятельность судов в жизни права являются, по существу своему, изменчивыми. С этой точки зрения колебания Кардозо — результат ориентации его социологии права на проблемы юридической техники, а логичной была бы как раз обратная ориентация. Эти колебания ограничивают глубокое видение социальной действительности права и в рамках собственно социологии права уводят Кардозо назад к идеологическим рассуждениям. Вследствие этого возникают отчаянные усилия по удержанию «равновесия между гибкостью и определенностью» (Ibid. P. 109), как если бы равновесие не было абсолютно изменчивым и не оказывалось бы социологически обусловленным зависимостью от различных типов «нормативных фактов» права, которое наша дисциплина должна изучить с полной объективностью и независимостью!

Последняя книга Кардозо, «Paradoxes of Legal Science» (1928), — наиболее внушительная из всех его работ, — делает еще один шаг к социологии права, независимой от юридической техники (юриспруденции) и служащей основанием для нее. Социология права, пишет Кардозо в этой книге, должна руководствоваться сознанием того, что «право не всегда определяет отношение между фиксированными точками, но зачастую между меняющимися координатами» (Ibid. P. 11). В этом аспекте должен доминировать «принцип относительности». Релятивизм возрастает за счет того, что «примирение непримиримого, слияние антитез... являются основными проблемами права». «Манеры и нравы (если мы не можем охарактеризовать их как право), по крайней мере, представляют собой источник права» (Ibid. P. 15). «Влияние нравов может установить направление развития права» (Ibid. P. 30). Описание связи между строгим правом и нравами, и даже отношений между правовыми и моральными нормами (Ibid. P. 37–41), должно быть освобождено «...от тирании понятий. Когда понятия рассматриваются в качестве реальных сущностей, они становятся скорее тиранами, чем слугами, и развиваются до своих логических пределов с беспощадным пренебрежением к последствиям. Здесь, как и везде, тирания порождает сопротивление, а сопротивление порождает бунт» (Ibid. P. 61). Так, релятивистский динамизм и антиконцептуализм начинают доминировать в последних работах Кардозо, подкрепляясь размышлениями о партикуляризме конкретных ценностей (Ibid. P. 52 et seq.) и более четко выраженным социологическим плюрализмом. «Группа — это не постоянное качество. Она подвержена протеевским изменениям. Мы имеем, наряду с другими, клан, церковь, клуб, гильдию и т. д. — все они требуют лояльности разной интенсивности в зависимости от времени и места» (Ibid. P. 87).

Разве не следует из всех этих методологических соображений необходимость отделения социологии права от телеологического искусства юриспруденции, связанного прежде всего с потребностями судов на конкретном отрезке времени, и освобождения понятия права от всех ограничений специфическими типами правовой системы? Нам невозможно судить о том, какую конечную ориентацию Кардозо придал бы своей социологии права, если бы смерть не прервала его труды. Все, что мы можем сказать, — это то, что

отталкиваясь от намного более узкого основания, чем Паунд, и оставив без внимания проблемы правовой типологии комплексных обществ и генетической правовой социологии, Кардозо блестяще выявил сложность социальной действительности права, в которой он с особой ясностью увидел множественность глубинных уровней и их взаимных конфликтов. Идя этим путем, мыслитель внес значительный вклад в систематизацию социологии права. Заслугой тому гибкость философского мышления Кардозо, что позволило ему подчеркнуть характер нашей дисциплины как отрасли социологии человеческого духа. Тем не менее ориентация на телеологию и практические потребности упорно присутствовала в социологии Кардозо и не позволила его концептуальному релятивизму достичь желаемых результатов.

Мы можем лишь упомянуть здесь ценный вклад других выдающихся представителей социологической юриспруденции, прежде всего, таких, как судья Феликс Франкфуртер<sup>76</sup> и Джон Дикинсон.<sup>77</sup> Эти авторы сконцентрировали свое внимание, даже в большей степени, чем Паунд и Кардозо, на практическом применении социологии права к существующей в наши дни юридической технике.

#### § 4. Правовой реализм и иные направления:

К. Н. Ллевеллин и Т. Арнольд

Неореалистическая школа, которая развивалась в течение последних десяти лет, знаменует собой сильную реакцию против доминирования идеологической и морализирующей ориентации в «социологической юриспруденции». Связанное с именами К. Н. Ллевеллина, Т. Арнольда, У. В. Кука, Г. И. Интема, Л. Грина, А. Мура, Г. Олифанта, М. Радина, Дж. Фрэнка, И. В. Робинсона и Чарльза И. Кларка,<sup>78</sup> это направление объединено только критической позицией его представителей. Они стремятся устранить телеологические и аксиологические соображения не только из социологии права, но и из самой юриспруденции. Что касается положительных выводов, в значительной степени фрагментарных, то здесь «реалисты» сильно отличаются друг от друга. Одни провозглашают поворот к социологии права, основанной исключительно на суждениях о сущем и свободной от подчинения юриспруденции, единственной задачей которой оказалось применение суждений о сущем вне их отношения к целям и ценностям (Ллевеллин, Арнольд). Другие устранили бы юриспруденцию вообще, заменив ее не социологией, а натуралистической психологией, которая описывает мышление юристов (Робинсон) или даже психоаналитическим анализом их поведения (Фрэнк). Третьи, провозглашая необходимость применения в юриспруденции чисто научных и дескриптивных методов, в действительности оказались заинтересованы

<sup>76</sup> *Frankfurter F.* 1) *The Business of Supreme Court, a Study in the Federal Judicial System.* 1927; 2) *The Public and its Government.* 1930; 3) *Justice Brandeis.* 1932; 4) *Justice Holmes and the Supreme Court.* 1938; 5) *Law and Politics.* 1939.

<sup>77</sup> *Dickinson J.* 1) *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States.* 1927; 2) *The Law behind Law // Columbia Law Review.* Vol. 29. P. 113–146; 285–319.

<sup>78</sup> Из интересной в научном плане библиографии «правового реализма» и его критики см.: *Garlan E. W.* *Legal Realism and Justice.* 1940. P. 135 et seq.

в разработке нового юридического метода, основанного исключительно на индуктивном обобщении «официального поведения» (среди таких мыслителей — Радин). По сути, только работы Ллевеллина и Арнольда, сильно отличающиеся друг от друга, имеют прямое отношение к проблемам социологии права. Здесь мы должны остановить наше внимание лишь на трудах этих ученых, поскольку конечные результаты их работ выходят за рамки «правового реализма». Мы начнем с описания некоторых исходных положений этих доктрин, которые, по крайней мере, в начале разработки данной проблематики были общими для всех представителей этого направления.

Все «правовые реалисты» начинали с очень узкого и полностью неверного истолкования определения права Холмсом как «предсказания того, что будут делать суды». Не рассматривая нормы, принципы, стандарты, ценности, мнения судей, наконец, право, навязываемое судам непосредственно обществом, реалисты примитивно сводят право исключительно к решениям судей, точнее, к их поведению. Так, Ллевеллин писал в одной из своих ранних работ: «То, как должностные лица (судьи, шерифы, клерки, тюремщики, юристы) решают споры, по моему мнению, и является самим правом» (*Llevelin K. N. The Bramble Bush. 1930. P. 3*).

В том же духе Фрэнк пишет: «Право — это решение суда. Пока суд не перешел к рассмотрению фактов, никакое право по этому предмету не существует» (*Frank J. Law and the Modern Mind. 1930. P. 46*). Описывая подобное «официальное поведение» просто потому, что его можно внешне воспринимать и наблюдать, реалистическая юриспруденция утверждает, что стала объективной и точной наукой. «Не довод, приведенный любым отдельно взятым судьей для решения дела; даже не совокупность правил, которые сформировались в течение долгих лет под влиянием исторических обстоятельств, но фактическое поведение, рефлексивные действия всех сторон, вовлеченных в решение спора, и являются истинным предметом для любого исследования, которое претендует на научность. Фактическое поведение может наблюдаться эмпирически, может быть сведено в статистическую таблицу и интерпретироваться правоведом посредством индукции так же, как энтомолог описывает и классифицирует поведение муравьев... Ведомая чисто эмпирическим бихевиоризмом, отказывающаяся от поисков рациональности и целеполагания, юриспруденция, в конце концов, выйдет из колеи метафизики и торжественно взойдет на самую высокую ступень, на высшую научную стадию развития».<sup>79</sup> Некоторые реалисты идут еще дальше. Они подчеркивают, что все то, что не бросается в глаза и материально не воплощено в праве (все существующее в виде норм, принципов, стандартов, ценностей, мнений, убеждений), является не чем иным, как философским воображением, и что здесь, как и везде, единственная действительность — чувственная. Иными словами, единственной реальностью в каждом юридическом казусе являются жесты и внешнее поведение должностных лиц, совершенные посредством

<sup>79</sup> Я цитирую эту весьма точную характеристику основного тезиса «правового реализма», данную одним из его выдающихся критиков, М. Аронсоном, см.: *Aronson M. Tendencies in American Jurisprudence // Toronto Law Review. 1941. Vol. IV. № 1. P. 103.*

устной и письменной речи. Очевидно, что сторонники данной точки зрения не видят ту огромную трудность, с которой они, равно как и более умеренные реалисты, встречаются. На эту трудность мы указали выше при критике бихевиористских концепций. Все, что в человеческом поведении не является автоматическим рефлексом, пропитано внутренним значением и значимыми духовными символами, которые наблюдатель должен понять и интерпретировать, чтобы уяснить смысл поведения. Я не поверю, что реалисты, даже наиболее рьяные, согласились бы рассматривать как «юридический» тот факт, что какой-то судья вытирает нос во время судебного разбирательства! Говорить об «официальном поведении» значит представить все царство ноэтических символов и внутренних значений, связанных с термином «должностное лицо», и, таким образом, подорвать логическую последовательность этой концепции. Термин «реализм» в этом аспекте принимает различные значения, ни одно из которых, однако, не имеет определенного отношения к реализму или неореализму в философском смысле этих терминов. Правовой реализм в настоящее время обрел значение «натуралистического сенсуализма», т. е. необходимости заменить ценностные суждения суждениями о сущем, «эмпиризмом», — термин, который сегодня может иметь многочисленные значения (антиконцептуализм, решительный и актуальный иррационализм,<sup>80</sup> которые не должны быть ни сенсуалистскими, ни реалистическими и т. д.). Применительно к юриспруденции эта десизионистская тенденция, которая растворяет право в административном произволе, в конечном счете преобладает среди реалистов. Ее опасность, с точки зрения существования самого права как определенного социального регулятора, уже была изучена доктором Паундом в его суровой, но, бесспорно, заслуженной критике правового реализма.<sup>81</sup>

За исключением приведенных выше характеристик, для реализма свойственно, прежде всего, желание представить юриспруденцию чисто научной или, по крайней мере, основанной исключительно на науке. Так, те реалисты, которые отличают юриспруденцию как искусство от собственно науки, подобно Ллевеллину<sup>82</sup> и Радину,<sup>83</sup> стремятся продемонстрировать, что она может обойтись без целеполагания и какой бы то ни было философской рефлексии. Они забывают, что даже основанные на подлинном естествознании методы имеют точные цели. Медицина стремится к здоровью больных, инженерное искусство — к воздвижению мостов, которые соединят берега реки,

<sup>80</sup> Паунд справедливо указал на недостаток точности термина «реализм» в том значении, в котором его стали недавно использовать правоведы. См.: *Pound R. Contemporary Juristic Theory*. 1940. P. 46–48.

<sup>81</sup> *Pound R.* 1) *The Call for Realistic Jurisprudence* // *Harvard Law Review*. Vol. 44. 1931. P. 707 et seq.; 2) *Contemporary Juristic Theory*. 1940. P. 1–29.

<sup>82</sup> «Мы должны иметь дело, прежде всего, с правом как наукой наблюдения и, во вторую очередь, с правом как искусством. Мы сталкиваемся в праве, как в каждой другой дисциплине, с жестоким различием между наукой и искусством» (*Llewellyn K. N.* 1) *Legal Tradition and Social Science* // *Essays on Research in Sociological Science*. 1936. P. 90, 192, 104; 2) *Prejudizienrecht und Rechtssprechung in America*. 1933. Vol. 2. P. 89 et seq.).

<sup>83</sup> *Radin M.* *Law as Logic and Experience*. 1940. P. 54–56, 125, 136–137, 145–165. — См. выше, во Введении, характеристику противоречий в концепции Макса Радина.

чтобы перевозить тяжелые грузы. Более того, они забывают, что цели, без которых не обходится никакой юридический метод, будучи обусловлены типом рассматриваемой правовой системы и социальными структурами и ситуациями, с которыми они соотносятся, одновременно связаны со специфическими духовными ценностями, воплощенными в них. Позиция по данному вопросу правовых реалистов, даже наиболее вдумчивых из них, подобно Ллевеллину, не оказывается ни ясной, ни точной, и мне кажется, что все интересное в их работе сконцентрировано в научной сфере, полностью отделенной от ценностных суждений, на которых реалисты предлагают основать юриспруденцию. В той степени, в которой эта наука воспринимается просто как натуралистическая психология, как у Робинсона (*Robinson M. Law and the Lawyers. 1935*), или даже в качестве сомнительного психоанализа, как у Фрэнка, она находится вне рассматриваемой нами области. Здесь достаточно обратить внимание лишь на то, что никакой вид индивидуальной психологии не может привести к контакту с проблематикой права как явления, образованного коллективным опытом и связанного с социальным Целым. Но поскольку данное направление воспринимается в качестве социологии права (Ллевеллин) или просто в качестве социологии (Арнольд), мы должны рассмотреть доктрины реализма детальнее.

К. Н. Ллевеллин уже в своем первом труде объявляет, что научным основанием юриспруденции может быть только социология права: «Необходимо предоставить социологии права возможность заниматься ее собственной работой, без какого-либо вмешательства со стороны, прежде, чем ее конечные результаты смогут применяться к юриспруденции» (*Lllevellin K. N. Prejudizienrecht und Rechtssprechung in America. 1933. Vol. 2. P. 119*). Первым шагом для подобной социологии права должно быть «четкое различие между наукой и искусством». Нужно принять во внимание тот факт, что общество создается отнюдь не правом, но само общество, как первичная данность, более объемное, чем любые регулятивные системы, порождает право. «Право и официальные правоприменители, исходя из этого, ни в каком смысле не создают порядка в обществе. Для них общество и порядок даны только потому, что дано общество» (*Lllevellin K. N. The Bramble Bush. 1930. P. 12*). «Право — это не все, даже не основная часть общества» (*Lllevellin K. N. A Realistic Jurisprudence // Collected Law Reviews. 1930. № 30. P. 443*). Юридическая социология предполагает «концепцию общества, пребывающего в состоянии непрерывного изменения, протекающего быстрее, чем изменения права; при этом всегда имеется возможность подгонки той или иной части права к потребностям общества». «Концепция находящегося в состоянии непрерывного изменения права, концепция подвижного права» является всего лишь следствием того факта, что общество порождает право, а не наоборот (*Lllevellin K. N. Some Realism about Realism // Harvard Law Review. 1931. № 44. P. 1236*). Подвижность в праве, подобно стабильности, всегда относительна, она является только результатом конкретных социальных ситуаций. «Наше общество изменяется, и право с тем, чтобы приспособиться к обществу, должно также изменяться. Наше общество устойчиво, и право должно приспосабливаться к нему, оно не должно оставаться фиксированным» (*Lllevellin K. N. The Bramble Bush. P. 63*). «Право — это место, где сходятся страдания того общества,

в котором не работает порядок» (Ibid. P. 149). Чтобы изучать право социологически, нужно начать с «наблюдаемого поведения» и продолжать «с точки зрения способа, которым лица и учреждения организованы в нашем обществе» (Lllevellin K. N. A Realistic Jurisprudence. P. 464).

Все эти утверждения, приемлемые сами по себе и напоминающие о возражениях Кули против номиналистической концепции социального контроля как творца социальной связи у Росса, оставляют открытым и нерешенным ряд основных вопросов. Прежде всего, встает вопрос о том, творит ли общество право только в одностороннем порядке или право отчасти также является творцом общества? Первая точка зрения, преобразовывая право в чистый эпифеномен, устранила бы из него регулятивную функцию. Вторая точка зрения предполагает связь между правовыми и духовными ценностями, т. е. ясное осознание того, что социология права — это отрасль социологии человеческого духа. Весьма характерно, что Ллевеллин, несмотря на весь его «реализм», не претендует на выведение его концепции из бихевиоризма и признает влияние на него Самнера и Вебера. Но Ллевеллин не в состоянии объяснить, что он берет от каждого из них и как он их примиряет. Более того, он враждебен по отношению к сотрудничеству между социологией и философией, что препятствует ему следовать разработанному Вебером методу объясняющего понимания духовного смысла поступков. Вследствие этого, правовой действительности в социологии Ллевеллина угрожает полное уничтожение.

Более того, встает неизбежный вопрос о том, как Ллевеллин примирит свою концепцию права как прямого продукта общества и определение права как способа «разрешения споров должностными лицами». Это противоречие кажется эфемерным, так как «официальное поведение» может находиться в полной противоположности с жизнью общества и может бороться против развития общества, так же как гармонирующее ритму общества правовое регулирование может оказаться не в состоянии находить какое бы то ни было выражение в решениях судов. Если Ллевеллин мог ответить, что для него должностные лица, суды и т. д. являются «органами общества», это было бы, прежде всего, равнозначно признанию того, что речь идет не о простом внешнем поведении судей, а о нозтическом значении их поведения. Далее, подразумевалось бы, что то, «что делают должностные лица», не есть право во всей его полноте, поскольку суды, как «органы» общества, предполагают первоначальное право, которое их организует и наделяет их полномочиями. Ллевеллин, конечно, имел ощущение тупика, в который он зашел. И мыслитель пробовал выйти из него, добавляя в некоторых исследованиях к своему первоначальному определению права утверждение, что не только поведение официальных лиц, но также и «поведение обывателей есть часть права» (Lllevellin K. N. A Realistic Jurisprudence. P. 457) или, как он написал в другом месте, «право — это то, что фактически делают суды или люди» (Lllevellin K. N. Some Realism About Realism. P. 1237).

Но здесь проблема не находит своего разрешения; она просто доведена до своего крайнего выражения. Ведь очевидно, что не любое поведение должно рассматриваться как право, но только определенный вид поведения, направляемого правовыми моделями и символами и вдохновляемого правовыми ценностями (факт, который учитель Ллевеллина, Вебер, чьи взгляды

мы критиковали во Введении, выразил более простым способом, утверждая, что поведение, которое интересует социологию права, — это то поведение, которое следует правовым нормам или нарушает их, равно как систему этих норм). В любом случае здесь мы возвращаемся назад к исходной точке и должны заключить, что Ллевеллин сталкивается с альтернативой: отказаться либо от своей сверхреалистической позиции, либо от социологии права, которая может развиваться только как отрасль социологии духовных значений.

Так как прозорливые размышления Ллевеллина остаются незаконченными, застывшими на перекрестке своего развития, мы не должны удивляться тому, что в своих последних исследованиях (*Llevellin K. N. On Reading and Using the New Jurisprudence // Columbia Law Review. 1940. Vol. XI. P. 581–614*) и, прежде всего, в его очень важной статье (*Llevellin K. N. The Normative, the Legal and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method, Being also an Effort to Integrate the «Legal» into Sociological and Political Theory // Yale Law Journal. 1940. P. 1355–1400*) он пересматривает данный вопрос и приходит к новым результатам.

Эта последняя статья чрезвычайно кратка и богата по содержанию; она полностью развивает новую программу социологии права и заслуживает масштаба книги. Это наиболее положительный результат исследований Ллевеллина и один из наиболее важных источников всей американской юридической социологии. Ллевеллин снова поднимает проблему определения права, приемлемого для социологии права, формально отказавшись от определения права как предсказания официального поведения не только из-за того, что оно «представляет неполную картину видения права», но еще в большей степени в силу того, что оно несет угрозу устранения самой проблемы (*Llevellin K. N. On Reading and Using the New Jurisprudence // Columbia Law Review. P. 593–603* и примеч. 17), после резкой критики концепций Фрэнка (*Ibid. P. 598–603*). Социология права, настаивает Ллевеллин, должна принять во внимание самые разные виды общества (о чем Ллевеллин вместе с Хебелем объявил при написании книги «*Law Ways of the Cheyenne Indians*») и роль социальных групп в правовой жизни: «Правовые явления должны изучаться в каждой социальной группе и должны пролить свет на все известные модели социального взаимодействия». Таким образом, объект социологии права не может и не должен быть связан с существованием судов или государства (*Llevellin K. N. The Normative, the Legal and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method, Being also an Effort to Integrate the «Legal» into Sociological and Political Theory // Yale Law Journal. P. 1532, 1360, 1365, 1374, 1386, 1393–1394*). «Правовые практики и правовой образ жизни, повторяю, относятся к сущности любой группы». Они «вовсе не предполагают необходимости какого бы то ни было суда... Они косвенно присутствуют в самом понятии группы... Они — часть жизни «людей-в-группах»». Так, правовые системы комплексного общества «всегда отчасти плюралистичны и инстинктивны, пропитаны разноплановыми и враждующими предпосылками роста... Плюралистическая многогранная система способна на усвоение или ассимиляцию постоянно прирастающего правового материала и новых направлений благодаря подвижным границам культуры». Это подразумевает «столкновение соперничающих» правовых предписаний. «Нужно понять, что современная

концепция права направлена лишь на единицу, именуемую государством, или на другое подобное политическое целое. Но с функциональной точки зрения любая новая форма партнерства, случайная игровая группа, состоящая из двух детей, рассматриваемые как социальные группы, сталкиваются с проблемами, которые и интересуют нас». Даже более, «аспекты, в которых предстают эти проблемы в современном государстве, ясны и не затуманены таким подходом, в рамках которого они предстают как простейшие группы, как отдельные объекты изучения» (Ibid. P. 1374). Напротив, отделяя определение права и описание структуры правовой действительности от ориентации на нужды юридической техники, мы обретаем «поток нового света» для самих юристов. Действительно, «никакой анализ, применимый ко всем группам, не может в неизменной форме охватить все официальные правовые стадии развитого современного общества. Принимая это, я все же настаиваю, что современные масштабы сложности технического аспекта права не меняют природу основных функциональных проблем и не заставляют их исчезнуть» (Ibid. P. 1379).

Установив, что «мостом между социологией и правом» является «человеческое поведение в тех аспектах, которые мы расцениваем как юридические», Ллевеллин предлагает назвать его «поведением в том аспекте, который мы рассматриваем как правовое», «правовыми нравами», которые он противопоставляет «правовой материи» (Ibid. P. 1357–1359). «Термин “правовые нравы” используется для обозначения любого поведения или практики, строго правовой по характеру, особенностям или результату... Термин “правовая материя” используется для обозначения любого явления в культуре, которое имеет очевидное отношение к области правового; он включает в себя нормы права, правовые институты любого вида, юристов, юридические библиотеки, суды, привычки повиновения, федеральную систему: короче говоря, все, что присутствует в культуре и имеет отношение к праву» (Ibid. P. 1358). Последняя область, существование которой было отвергнуто правовыми реалистами в начале своих исследований, вновь приводит к появлению сферы поэтических значений правового поведения и к необходимости установления четкого различия между правовым значением и «религиозными», «моральными», «экономическими», «творческими» значениями. Ллевеллин считает, что может прийти к этому выводу без помощи философии, т. е. «независимо от связанности справедливостью» (Ibid. P. 1364, 1370–1373). Социологическое описание или, скорее, то, что Ллевеллин принимает за социологическое описание, кажется ему достаточным для этого. Юридическое, согласно Ллевеллину, предполагает «социально значимое нормативное обобщение», но нормативное обобщение определенного типа. «Любое социально значимое нормативное обобщение, которое является, по сути своей, вечным процессом самосозидания групповой жизни как таковой», и состоит в «проектировании и идеализации» «нормативных паттернов» различной степени точности и абстрактности (Ibid. P. 1357–1364). Правовое — это сведенное к паттернам нормативное обобщение, поскольку оно связано с «авторитарностью» и регулярностью правовых моделей и правовой материи. Если авторитарность или регулярность не достаточно выражены, мы находимся в сфере,

близкой к правовой, или до-правовой, которую Ллевеллин предлагает называть «юридической» (Ibid. P. 1358, 1366–1367). Авторитарность в правовых нравах имеет различные аспекты: «эффективность или существование как часть Целого», «признание», «принудительное исполнение или санкция», «превосходство» над конкурирующими нормами и авторитетами. Но одного аспекта не достаточно для того, чтобы придать нормативному обобщению авторитет, сущность которого заключается в определенной степени императивности. Другой же элемент, «регулярность поведенческих стереотипов», выражается в поведении, в «текущих ожиданиях, степени формализованности процесса, степени надежности средств правовой защиты» и в таком обязательном аспекте, как «ограниченность, символичность, понятность» (Ibid. P. 1367–1370). «Юридическая практика» во всех специфических группах и в обществах состоит «в разрешении спорных ситуаций, в превентивных мерах, в распределении компетенции и в классификации процедур, в иерархизации группы или общества в целом, в обеспечении возможности управления и стимулирования» (Ibid. P. 1373–1383). «Юридический метод» — это юридическая техника или же юриспруденция в развитых правовых системах, рассматриваемые в качестве решения «проблем поддержания взаимосвязи правовых институтов с правовой материей и правовыми практиками». Правовой метод сам по себе является юридической практикой. Как таковой он может быть обнаружен в зачаточном состоянии в любых группах и обществах, но более отчетливые контуры он обретает тогда, когда утверждаются судебные органы (Ibid. P. 1392–1397). Таким образом, правовые методы могут и должны быть относительными, интегрированными в конкретные параметры систем правового регулирования и должны быть объяснены социологически.

Кажется бесспорным, что программа социологии права Ллевеллина и исследования сложной структуры социальной действительности представляют значительный прогресс. Его рассуждения открывают противоречивую и плюралистическую сложность правовой действительности, глубинные уровни которой он описывает (данный аспект исследования предложили называть систематической микросоциологией права). Ллевеллин также поднимает проблему юридической типологии отдельных групп и комплексных обществ. Даже его определение права, где он настаивает на необходимости изучения нормативности и эффективности и т. д. и где он указывает на такие характеристики, как последовательность и абстрактность (Ллевеллин употребляет слово «регулярность», но значение этого термина не ясно) правового регулирования, в некоторых своих аспектах кажется соответствующим нашему определению права. Однако в исследованиях Ллевеллина остается не проясненным одно фундаментальное положение: что конкретно он понимал под термином «нормативное обобщение» и как мы можем говорить о таком обобщении, отрицая его связь с духовными ценностями? Во Введении мы достаточно последовательно изложили нашу позицию по поводу необходимости разграничения символически-культурных моделей и технических моделей и по поводу невозможности дифференциации культурно-символических моделей без опоры на дифференцирование духовных ценностей. Избегая обращения к правовым ценностям справедливости, Ллевеллин закрывает

глаза на возможность: а) совпадения посредующей роли права между автономией и гетерономией с внутренней структурой правового регулирования, противопоставляемой структуре религии, морали и эстетики; б) проникновения через самые глубокие уровни правовой действительности, которые выходят за рамки соответствующих моделей и сконцентрированы вокруг собственно символов,<sup>84</sup> коллективных ценностей и убеждений. Разработанная Ллевеллином концепция юридического метода сводит его исключительно к социальным структурам, а не к осуществляемым в них ценностям. Поэтому данное Ллевеллином понятие юриспруденции остается очень спорным. Более того, поставив перед социологией права задачу, которую она не в состоянии разрешить (определить право без помощи философии), Ллевеллин не избегает опасности ограничения ее предмета. Он исключает из сферы социологии права функциональное исследование отдельно взятых правовых ценностей, а также коллективных убеждений и интуиций, которые «схватывают» эти ценности.

В своем новом подходе Ллевеллин, конечно, преодолел узкие рамки правового реализма, в которые он изначально себя поставил, но пока еще не достиг успеха в развитии «идеал-реализма», который учитывает, что социология права — это отрасль социологии духовности, что она изучает функциональные взаимоотношения между духовными значениями и социальными структурами. Здесь — предел его научной позиции. Но мысль Ллевеллина все еще пребывает в процессе формирования, и есть определенные основания для надежды. Для того чтобы более точно оценить вклад Ллевеллина в социологию права, нужно подождать формулирования его новой программы в очередной книге.

Использование Турманом Арнольдом правового реализма в качестве отправной точки для социологии права приняло форму, весьма отличную от выбранной Ллевеллином. Подобно последнему, Арнольд полностью преодолел узкую концепцию права, поддерживаемую реалистами, но двигался совершенно в другом направлении, будучи убежденным, что вся социальная жизнь связана с коллективными иллюзиями, верой в идеалы. В двух своих работах (*Arnold T. 1) The Symbols of Government. 1935; 2) The Folklore of Capitalism. 1937*) он пробовал показать, что «социальные институты требуют веры и мечтаний», иррациональной и иллюзорной веры в идеалы и принципы, «которые всюду являются непоследовательными», но «социальная эффективность которых не может быть проигнорирована». Догматическая рационализация данных иллюзорных символов делает их «препятствиями, а не вспомогательными средствами» и стимулирует «в обществе болезнь раболепия перед символами». Напротив, скептицизм по отношению к символам, сопровождаемый осознанием той фундаментальной роли, которую они играют и не могут не играть в социальной жизни, носит характер освобождения. Именно поэтому «антропологический подход к социальным идеалам, их анализ без размышлений по поводу того, являются ли они искренними», служит основанием всей объективной социальной науки и может иметь практический результат в борьбе против их вырождения в репрессивных идолов.

<sup>84</sup> Ллевеллин упоминает о роли символов в социальной жизни, но не анализирует их структуру. Он расценивает их главным образом «как что-то внешнее по отношению к юридическому» (*Ibid. P. 1390–1391*).

Применяя подобные соображения к исследованиям права и к юриспруденции, Арнольд пишет: «Право — это, прежде всего, огромный резервуар эмоционально важных символов». Оно «состоит из большого количества взаимно противоречивых символов и идеалов» (*Arnold T. Symbols of Government*. P. 34, 49). Поскольку все символы «непостоянны», «очевидно, что право никогда не может быть определено» (*Ibid.* P. 36). «Это своего рода рай, который человек создал для себя на земле» (*Ibid.* P. 33). «Часть функции права — признавать идеалы, представляющие собой прямую противоположность реальному поведению. Предполагается, что принципы права управляют обществом в силу того, что такое предположение необходимо для логики мечтаний. Наблюдатель должен постоянно иметь в виду, что функция права заключается не столько в управлении обществом, сколько в поддержании его существования» (*Ibid.* P. 34). Но «исследователь... должен понимать, что, в то время как присутствие идеального элемента в праве — запутывающий фактор, его отсутствие приводит к духовно незрелым институтам, поддерживаемым грубой силой, испытывающим недостаток того постоянства и силы, которые возникают только от полного социального признания» (*Ibid.* P. 71). Подобная ошибка, в частности, была допущена социологом Парето, чьи взгляды, в некоторой мере близкие Арнольду, оказались скомпрометированными догматической приверженностью к «тому самому идеалу силы», который делает социальный скептицизм этого реакционного мыслителя непоследовательным и односторонним (*Ibid.* P. 250–251).

Юриспруденция, «юридический метод», «тайну» которых Арнольд предложил проанализировать наряду с тайной права, по его мнению, есть символ, но символ второго порядка, «святая святых» (*Ibid.* P. 47 et seq.). Это выражение «огромной эмоциональной нужды» в рациональном единении того, что не может быть согласовано. «Мы можем описать юриспруденцию как попытку создать логический рай, как почву для судов, где противоречивые идеалы должны казаться последовательными» (*Ibid.* P. 56). «Мы можем определять юриспруденцию как светлую, но невыполнимую мечту о мире, где правит разум» (*Ibid.* P. 58). «Любой рай, если он возможен, должен быть где-то далеко» (*Ibid.* P. 223). Таким образом, «святая святых», к которой стремится юриспруденция, связана с «бегством от действительности», «что является не ее слабостью, а, наоборот, величайшей силой» (*Ibid.* P. 44). Истинная социальная функция юриспруденции в деятельности судов, так же как и в представлениях юристов, является «церемониальной и ритуальной». «Обе являются необходимыми для того, чтобы утвердить веру и лояльность относительно управления посредством силы» (*Ibid.* P. 45). Таким образом, «юриспруденция скорее должна расцениваться как соблюдение церемоний, нежели как их научное наблюдение» (*Ibid.*).<sup>85</sup>

Реалисты не обращают достаточного внимания на такое положение юриспруденции и в результате делают те же самые ошибки, что и идеалисты, против которых они восставали. Если идеалисты принимают за реальность символические иллюзии, рационализированные в принципы и учения, то реалисты,

<sup>85</sup> Игра слов — *observance* означает в английском языке и «соблюдение», и «наблюдение». — *Прим. пер.*

отрицающая вмешательство принципов и теорий, принимают за реальность существующие символические процедуры (Ibid. P. 10–15). Оба эти направления «игнорируют предстоящую перед ними структуру институтов, за исключением тех случаев, когда это необходимо для иллюстрации их теорий» (Ibid. P. 24). «Ни один реалист или скептик до сих пор не избежал влияния символов своего времени, так как большая часть его собственного поведения и условия, при которых он поддерживает свой собственный престиж, основываются на символах» (Ibid. P. 42–43). «Ребечество, когда реалисты воображают, что право — это не то, чем оно пытается перед нами предстать; их правовые теории оказываются скорее звучными, чем здравыми». <sup>86</sup> «Все же правовые реалисты делают большую ошибку, когда они считают это недостатком права» (Ibid. P. 44). Пытаясь исправить этот «дефект», который является не чем иным, как смыслом и силой права, «реализм в праве имеет тенденцию остаться просто-напросто той же самой старой юриспруденцией, но с новой терминологией» (Ibid. P. 53).

Заключением из всего этого для Арнольда является необходимость (принимая за факт невозможность определения и дифференцирования символов) основания всех социальных наук исключительно на социологическом описании социальной символики, воспринимаемой, несмотря на ее эффекты, как эмоционально окрашенные иллюзорные криптограммы. «Это потребовало бы отказа от частных правовых наук, политической и экономической теории ради изучения подвижного потока человеческой жизни перед их глазами, где право, политическая наука и экономическая теория так неразрывно смешаны, что в их разделении не может быть ни истины, ни смысла» (Ibid. P. 22, 76–103). Такое растворение частных социальных наук в социологии символов, согласно Арнольду, особенно актуально в наше время, поскольку никогда прежде настолько большая и фатальная роль не принадлежала символам, вырождающимся в идолы и затрудняющим спонтанное движение общества (*Arnold T. Folklore of Capitalism*).

Взгляды Арнольда, привлекая к себе немалое внимание и вызвавшие широкую дискуссию, чрезвычайно поучительны с точки зрения социологии человеческого духа. Арнольд, практически полностью уяснив решающее значение символов в социальной и, особенно, в правовой действительности, не смог достичь удовлетворительных результатов из-за отсутствия в его концепции самих символов. Справедливо подчеркнув, что социальные символы сильно окрашены эмоциями и даже мистицизмом, в заключении он считает оправданным, что они являются совершенно субъективными проекциями, фантазиями, бессмысленными иллюзиями. Данное заключение было укреплено интеллектуалистическим предубеждением, согласно которому все, что не субъективно, — обязательно рационально. Как если бы эмоционально-волевые ценности, не менее чем логические идеи, вдохновляя символы, не могут быть расценены как объективные и духовные! Так, он перепутал изучение объективных ценностей с догматической рационализацией символов. Результатом был скептицизм не только в отношении символов (скептицизм, частично

<sup>86</sup> Игра слов — *sound* означает в английском языке и сущ. «звук», и прил. «здоровый», «здравый». — *Прим. пер.*

оправданный постольку, поскольку символы представляют собой промежуточную и относительную сферу), но также и в отношении отдельно взятых духовных элементов, воплощенных в этих символах. Отсюда и отрицание Арнольдом возможности дифференцируемых символов, его возвращение к более раннему империализму социологии с ее притязанием на возможность поглощения собой и упразднение всех социальных наук и с отказом признавать даже какое-либо разграничение отраслей в рамках самой социологии (социологии права, знания, религии, экономической теории, общей социологии, социальной психологии и т. д.). Таким образом, Арнольд не может найти определенного места как для права среди социальных символов, так и для социологии права в рамках социологии.

Однако, вопреки своим предпосылкам, Арнольд продолжает искать определение права, которое он объявил неопределимым. Он даже связывает символы, которые он называет иллюзорными, с объективными духовными ценностями. И делает это невольно, если можно так выразиться, подсознательно. После акцентирования несогласованности права Арнольд пишет следующее: «Право сохраняет внешний вид единства при признании и укреплении идеалов, которые движутся во всевозможных направлениях. И именно в этом заключается величие права» (*Arnold T. Symbols of Government. P. 247*). «Право лучше всего выполняет свои функции тогда, когда оно представляет собой максимум взаимно конкурирующих символов» (*Ibid. P. 249*). Не подразумевает ли это, что право — это предварительное примирение различных и противоречивых ценностей, воплощающих себя в социальной действительности посредством символов? Не является ли это возвращением к определению права, довольно схожему с тем, которое мы привели во Введении (§ 5)? Отвергнув любую необходимость изучения духовных и объективных элементов, которые выражаются в символах, и рассматривая символы как чистые иллюзии, Арнольд пишет: «Мы предлагаем, чтобы формула новой социальной философии стала фундаментальной аксиомой о том, что человек работает только для своего собрата» (*Arnold T. 1 Ibid. P. 263; 2 Folklore of Capitalism*). Но тогда объективные и духовные ценности все-таки существуют, и их конкретные проявления мы должны искать в символах, конечно, изменчивых и относительных, но весьма ясных. В чем угодно, но только не в иллюзиях.

Самое интересное в работах Арнольда заключается, как мне кажется, в самом подходе к данному вопросу, дальнейшее изучение которого было заторможено его философскими предубеждениями. И именно поэтому его исследования, несмотря на их наводящую на размышления и соблазнительную силу, остаются всего лишь очерками, открытыми для весьма различных истолкований, причем в большинстве случаев — неверных.

### Раздел III

## НЕКОТОРЫЕ ИНЫЕ СОВРЕМЕННЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ

Во Франции самые последние исследования в области социологии права (за исключением исследований школы Дюркгейма) сконцентрированы на описании фактических преобразований в праве и на изучении характеристик профсоюзного права, противопоставляемого государственному праву. Максим Леруа в своих ставших классическими книгах (*Leroy M.* 1) *Le Code civil et le droit nouveau.* 1906; 2) *Les transformations de la puissance publique.* 1907; 3) *La loi.* 1908; 4) *La coutume juvriere.* 1913; 5) *Les tendances du pouvoir et de la liberté en France au XX-e siècle.* 1937) представил модель подобного исследования, основанного только на дескриптивном наблюдении эмпирических изменений и свободного от любых догматических притязаний и тенденций. Но этот чисто дескриптивный метод в той степени, в какой он проникает через спонтанно складывающиеся уровни правовой действительности, может лишь поставить проблемы систематической социологии права. Эти проблемы были сформулированы путем раскрытия множественных конфликтов, которые движут фактическую жизнь права, конфликтов между нормами, установленными заранее, и гибкими принципами, между системами правового регулирования, соответствующими различным типам групп, и даже между различными видами социального регулирования.

Другие авторы следовали аналогичной модели исследования. Среди них Круи (*Cruet J.* *La vie du droit et l'impuissance des lois.* 1914) и, прежде всего, Гастон Морен (*Morin G.* 1) *La Revolte de Faits contre le Code.* 1920; 2) *La Loi et le Contrat: La Decadence de leur Souveraineté.* 1927). Они демонстрируют и серьезную озабоченность проблемами систематической социологии права. Их заключения могли бы послужить способом объединения и фоном для более глубокого объективного описания фактических преобразований в праве. Систематический анализ проблем социологии права на идеалреалистической основе, рассматриваемый как отрасль социологии человеческого духа (главным образом в аспекте микросоциологии и юридической типологии групп), вдохновил работы автора этих строк.<sup>87</sup> Но названные работы ставили иную цель. Они занимались либо изучением взаимодействия социологии права с философией права в деле определения специфической разновидности права (социального права), либо разработкой аналитического подхода к проблемам микросоциологии вообще. Именно поэтому в процитированных работах взаимные связи отраслей социологии права в достаточной степени не были проанализированы, равно как и сама социальная действительность права, несколько упрощенная в представлениях автора, содержащих пробелы, которые пытается заполнить настоящее исследование.

<sup>87</sup> Гурвич Ж. 1) *Идея социального права.* 1932; 2) *Идея социального права и современность.* 1932; 3) *Юридический опыт и плюралистическая философия права.* 1936; 4) *Формы социальности // Социологические очерки.* 1938.

В англосаксонских странах развитие плюралистических теорий в политической науке шло параллельно более современной тенденции социологии права во Франции. Проявившаяся впервые в работе Дж. Д. Г. Коля (*Cole G. D. H. Social Theory*. 1920) и Гарольда Дж. Ласки<sup>111</sup> (*Lasky G. J. Authority in the Modern State*. 1919), так же как у Дж. А. Гобсона (*Hobson J. A. The Guilds and the State*. 1918), данная тенденция привлекла внимание прежде всего своей связью с «гильдейским социализмом». Политический плюрализм получил наиболее детальное выражение в работе Ласки (*Lasky G. J. Grammar of Politics*. 1926) и нашел некоторых приверженцев в Соединенных Штатах (*Shepard W. F. Political Science*; *Barnes H. E. History and Prospects of Social Science*. 1925. P. 396, 443). В некоторой степени сторонником такого подхода была Мария П. Фоллет (*Follet M. P. 1) The New State*. 1918; 2) *Creative Experience*. 1924). Более того, данное направление сконцентрировало свои усилия скорее на идеологических и практических вопросах реорганизации современного государства и общества на основе нового равновесия групп,<sup>112</sup> чем на объективном описании юридической типологии групп, развитию которой оно, несомненно, способствовало.

Гораздо более важным, с точки зрения социологии права, был вклад Джона Р. Коммонса в его выдающейся работе (*Commons J. R. The Legal Foundations of Capitalism*. 1924). Как говорит само название работы, она посвящена главным образом социологическому описанию современной правовой системы, т. е. юридической типологии комплексного общества сегодняшнего дня. Коммонс впечатляюще и исчерпывающе описывает то изменение, которое произошло в значении таких правовых институтов, как собственность и сделки, которые сегодня основаны на «ожиданиях невидимых вещей», подтверждая, таким образом, некоторые из положений Э. Леви во Франции. Он убедительно демонстрирует рост «индустриального правления» (*Ibid.* P. 306–312), конкурирующего с государственным правлением, равно как и роль права профсоюзов и трестов в современной правовой жизни. Но Коммонс не останавливается на этом: его книга содержит важные рассуждения о систематической социологии права, сконцентрированной вокруг «*рабочих правил*», которые направляют «группы отдельных взаимосвязанных лиц в их *сиюминутных заботах*» (*Ibid.* P. 6 et seq., 134 et seq., 298 et seq., 331 et seq.). «Каждое сиюминутное занятие, по существу, является регулированием, использующим свои особенные санкции» и саморегулирующимся собственной структурой нормативной деятельности. Однако под влиянием традиционных концепций Коммонс не рассматривает эти «рабочие правила» в качестве права, за исключением тех случаев, когда они применяются к официальным судам и могут служить в качестве «основания предвидения вероятности официального поведения» (*Ibid.* P. 90, 127). Это приводит его к заключению, что «право, этика и экономическая теория» являются аспектами «рабочих правил» одной и той же социальной структуры, дифференцируемой только в зависимости от

<sup>111</sup> См. мой критический анализ английского политического плюрализма и социализма гильдии в работе «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935. С. 287 и далее). — См. также: *Sabine G. H. Pluralism: A Point of View // American Political Science Review*. Vol. XVII. 1923; *Coker S. W. The Technique of the Pluralist State // American Political Science Review*. Vol. XV. 1921.

степени вероятности внешнего поведения, которое эти правила могут определять. Так, в своих исследованиях Коммонс склонен по большей части основываться на единственной научной дисциплине и сталкивается с трудностями, указанными нами при анализе «правового реализма», предшественником которого этот исследователь в каком-то смысле является.

Гораздо менее типичной для современных тенденций в американской юридической социологии является недавняя работа Н. С. Тимашева (*Timashev N. S. Introduction to the Sociology of Law. 1939*). Эта весьма разносторонняя работа скорее содержит «социологическую теорию права» старого типа, нежели понятие социологии права в своем истинном смысле. Вниманию автора сконцентрировано на определении права, в котором объединены коллективные моральные убеждения и гетерономная сила, их укрепляющая, — определении, весьма спорном, так как оно игнорирует то, что правовые убеждения (если они вообще являются убеждениями!) своей структурой отличаются от моральных убеждений. Автор также игнорирует то, что власть (в той степени, в которой она связана с правом) сама по себе основана на праве. Тимашев добавляет сюда общие соображения о развитии права и об отношении права к другим явлениям культуры. Эти соображения интересны сами по себе, но не учитывают в полной мере как качественную неоднородность типов комплексных обществ, так и юридическую типологию отдельных групп, не говоря уже о полном отсутствии юридического микросоциологического анализа, даже в отношении конфликтующих глубинных уровней (кристаллизованного, гибкого, спонтанного) — аспекта, особо подчеркиваемого другими современными авторами.

В Германии работе Гуго Зинцхаймера (*Sinzheimer H. De Taak der Rechtssoziologie. 1935; нидер. яз.*) предшествовал ряд важных работ этого автора по трудовому праву (*Sinzheimer H. 1) Die soziale Selbstbestimmung im Recht. 1916; 2) Grundzuge des Arbeitsrechts. 1-te Aufl. 1921; 2-te Aufl. 1927; 3) Die Soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft. 1909*). Зинцхаймер, одновременно заимствуя отдельные элементы своей концепции от Гирке, Эрлиха и Вебера, поставил проблему дифференциации и иерархизации различных элементов нашей дисциплины. Он предложил проводить различия между: а) дескриптивной социологией права; б) критической социологией права; в) генетической социологией права; г) теоретической социологией права. Критическая социология права изучает проблему осуществления норм в реальном коллективном поведении. Теоретическая социология права изучает влияние духовных элементов, так же как и морфологических и экономических аспектов на конституирование правовой действительности. Дескриптивная социология права просто собирает факты о правовой жизни в различных обществах. Генетическая социология права отслеживает преобразование права применительно к конкретным сферам общества и историческим эпохам. Критическая социология права предполагает дескриптивную, генетическая опирается на обе эти отрасли, а теоретическая социология права завершает всю систему взглядов данного автора.

Мы можем только одобрить саму идею четкого разграничения различных методологических приемов, которые составляют нашу дисциплину, но все же должны расценивать как сомнительный тот способ, которым Зинцхаймер проводит такое разграничение. В действительности, «описание»

представляется нам невозможным без четких критериев; «критика» слишком тесно связана с предрассудками Вебера, бесосновательно отделявшего устойчивые системы норм от их осуществления в поступках. Наконец, социологическая «теория» кажется у Зинцхаймера простым изучением факторов происхождения права.

Среди других центрально-европейских работ по генетической социологии права, применимых к современному обществу, особое внимание нужно обратить на работу австрийца Карла Реннера, названную «Die Rechtsinstitute Privatrechts und ihre soziale Funktion» (1929), черновой вариант которой появился под названием «Die soziale Funktion des Rechts» (1904; в кн.: *Marxstudien*. Bd. V). Эта работа противопоставляет неизменный «механизм правового регулирования» его экономическим и социальным последствиям в условиях развитого капитализма. Делается вывод о том, что радикальное преобразование общества не всегда подразумевает соответствующую модификацию системы правового регулирования; следовательно, экономическое развитие не всегда нуждается в праве как в факторе преобразования, социальная экономика не всегда имеет прямое отражение в праве. Например, структура права собственности сегодня полностью изменилась и превратилась в «социальную и экономическую» власть над массами наемных рабочих, порабощенных авторитарной организацией. Но «юридически» право собственности осталось чисто индивидуалистическим. Очевидно, Реннер вместе с Вебером подчиняет социологию права изучению реализации устоявшихся норм права в соответствующих поступках. Но он делает это без учета того, что есть более глубокие уровни права, изменяющиеся в прямой и непосредственной функциональной зависимости от всего спектра социальной жизни, от преобразования структур правовых институтов, которые в своем действии независимы и даже находятся в оппозиции абстрактным нормам права. Последние являются лишь застывшей оболочкой, поверхностью действительности, находящейся в бесконечном движении. Взгляды Реннера очень поучительны с точки зрения пределов, с которыми сталкивается марксистская социология, когда она пытается иметь дело с правовыми явлениями. Из простого эпифеномена производительных сил право становится автономным элементом социальной жизни, взаимодействующим с другими элементами, с самими производительными силами, которые интерпретируются некоторыми современными марксистами как тождественные «тотальным социальным явлениям» и охватывают духовные и психологические слои социальной жизни.

Так, марксистская социология вообще и марксистская социология права в частности, кажется, все более и более отходят от натуралистических и реалистических искушений (см. также: *Бухарин Н. И.* Исторический материализм. 1922; амер. изд. 1925; *Паушуканис Е. Б.* Общая теория права и марксизм. 1927; и упомянутое выше соединение Карлом Мангеймом методологических предпосылок Вебера и марксизма в работе «Идеология и утопия»; расширенное англ. изд. 1937). С другой стороны, Франц Оппенгеймер, независимый немецкий социолог, вдохновленный как Марксом, так и австрийцем Л. Гумпловичем (*Oppenheimer F.* 1) *Grundriss der Soziologie*. 1886; 2) *Die soziologische Staatsidee*. 1902; 3) *Grundriss der Soziologie*. 1926; посмертное издание), снова впадает в натурализм. В его пространной работе «System der Soziologie»

(1923–1933), второй том которой посвящен социологии государства и права, он сводит эти элементы к отношениям сил, которые раскрывают себя в борьбе рас (социальных, а не биологических), классов и групп. Тщательное описание исторических типов комплексных обществ используется здесь, чтобы основать на нем философию истории, предсказать будущее, соответствующее федералистскому идеалу творца данной концепции, и выстроить остов социолого-натуралистической теории права. Здесь мы становимся свидетелями возвращения к самим истокам социологии, к давно уже пройденным ошибкам, которые ранее преграждали дорогу к развитию социологии права в собственном смысле этого термина.

Относительно более плодотворные тенденции появляются в последней работе венгерского ученого Барны Хорвата (*Horvath B. Rechtssoziologie*. 1934; см. краткое авторское изложение этой концепции по-французски: *Horvath B. Sociologie juridique et theorie processuelle du droit // Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. 1935. № 1–2). Следуя за Вебером, Хорват находит социальную действительность права в фактическом поведении, соответствующем последовательным систематизациям устоявшихся норм. Находясь под влиянием логического формализма Кельзена и развивая эту концепцию, он основывает социологию права на «синоптическом методе», который призван сопоставлять понятия «должного» и «сущего» без их смешения или соединения. Проблемы социологии права сводятся к отношениям между правом и другими социальными явлениями — экономикой, различными видами борьбы, властью, *Macht* (нем.) и познанием. Применительно к каждому из данных отношений Хорват изучает исторические изменения, затем — взаимную социальную функцию двух сопоставленных явлений и, наконец, разновидности логических и аксиологических принципов, которые их вдохновляют. В каждом случае сделанные противопоставления ведут Хорвата к заключению, что право в своей связи с экономикой, борьбой, властью и знанием находится в отношении обратной пропорциональности (в то время как они дополняют и глубоко проникают друг в друга); они корреспондируют друг другу только тогда, когда затронуты средние степени их интенсивности. Право как социальное явление в этом случае относительно автономно. Только с учетом различных «процессов», связанных с досудебным разбирательством или с внеюрисдикционными процедурами, право становится в полную меру задействованным и помещенным в отношения прямой пропорциональности с этими регуляторами. Именно поэтому Хорват полагает возможным сделать вывод о том, что с социологической точки зрения право является «исторической, социальной, логической и аксиологической функцией процесса, который сам по себе есть техническое средство соединения свободы с социальным принуждением». «Взаимное отношение наиболее развитого процесса и права не обратное, но прямое. Право — это только превосходная степень от процедуры». В итоге «социологическое изучение права» будет способно, как считает автор, «основать процессуальную теорию права», которая имеет что-то общее с американским «правовым реализмом» (см. выше).

Первый недостаток социологии права Хорвата состоит в его синоптическом методе, который отрицает способность нашей дисциплины иметь

собственный предмет и который сводит ее к комбинации предметов других наук, так как данный метод устраняет возможность изучения цельной правовой действительности, в которой спонтанно складывающаяся правовая жизнь играет основную роль. Другой недостаток проявляет себя, как нам кажется, в настойчивом концентрировании внимания на проблемах, находящихся на периферии социологии права, — на отношениях между социальной действительностью права и другими социальными явлениями (которые у Хорвата, кроме того, по непонятным причинам не включают в себя ни нравственный закон, ни религию). Но они могут изучаться только после завершения фундаментальных разработок социологии права (по вопросу изучения факторов этих разработок см. ниже: гл. V). Хорват начинает, если можно так выразиться, с конца, и хотя его исследования часто имеют интересные результаты, они страдают, несмотря на учет исторических обстоятельств, от чрезвычайной неопределенности, что приводит к отсутствию подлинной юридической типологии. Дифференциация права по качественным типам форм социальности и групп игнорируется так же, как и дифференциация социальной действительности в глубинных слоях социальной жизни. Теперь различные виды права, системы правового регулирования, правовые системы, выделенные нами, обнаруживаются в совершенно различных отношениях к экономической теории, борьбе, власти и процедуре. Хорват видит лишь юридическую типологию комплексных обществ, но даже это не уводит его чрезмерного обобщения. В конечном итоге такое обобщение начинает служить основанием для процессуальной «теории права», столь же догматичной, как и любая другая, способной только компрометировать истинную социологию права, так как она посягает на компетенцию последней. Неудача Хорвата, несмотря на широту и пронизательность его исследований, является поучительной. Она демонстрирует, насколько опасно приступать к изучению социологии права, не разграничив ее явно отличные и взаимозависимые части и не определив специфику социального.

Невозможно заключить данный краткий обзор современных тенденций в социологии права без того, чтобы не упомянуть о плодотворном развитии юридической этнологии и сравнительного права, — дисциплин, которые проявляют все большую осторожность, скромность и враждебность к упрощенному эволюционизму. Все больше и больше их исследования проявляют тенденцию ограничиваться установлением дисконтинуальных типов. Говоря о юридической этнологии, обязательно следует упомянуть о деятельности школы Франца Боаса в Америке: многие важные разработки по этнологии индейцев квакуитл самого Ф. Боаса (содержащие открытие юридического института потлача), так же как и его книги (*Boas F.* 1) *The Mind of Primitive Man.* 1922; 2) *Anthropology and Modern Life.* 1928; 3) *General Anthropology.* 1938); работы Р. Л. Лоуи (*Lowie R. L.* 1) *Primitive Society.* 1920; 2) *The Origin of the State.* 1922; 3) *An Introduction to Cultural Anthropology.* 1934); так же как и работы Александра Гольденвейзера. В Великобритании, как в Америке, большой популярностью пользуются книги Бронислава Малиновского, особенно работы о первобытном праве (*Malinowsky B.* 1) *Argonauts of the Western Pacific.* 1922; 2) *Crime and Custom in Savage Society.* 1926; 3) *Myth in*

Primitive Psychology. 1926; 4) Sex and Repression in Savage Society. 1927; 5) The Sexual Life of Savages in North-Western Melanesia. 1929; 6) Coral Gardens and their Magic. 1935; 7) The Foundations of Faith and Morals. 1936).

В Германии наиболее важным научным вкладом в данной области является работа Турнвальда (*Thurnwald H. Die Menschliche Gesellschaft in ihren ethnologisch-soziologischen Grundlagen. 1934; особенно т. V, посвященный праву*). Во Франции среди серьезных работ последователей Дюркгейма выделим следующих авторов: Поль Фоконне (*Fauconnet P. La Responsabilité. 1920*); Марсель Мосс (*Mauss M. Le Don, Formes archaïques des échanges. 1923 // Année Sociologique. Nouvelle Série*) и Жорж Дави (*Davy G. La Foi Jurée. 1922*); публикации Парижского института юридической социологии и этнографии под редакцией Рене Мунье и его собственные работы (*Mounier R. 1) Mélanges de Sociologie Nord-Africaine. 1930; 2) Coutumes Algériennes. 1935*). В качестве примеров из области сравнительного права следует привести работу Джона Генри Вигмора (*Wigmore J. H. A Panorama of the World's Legal Systems. Vol. I-III. 1 ed. 1928; 2 ed. 1936*) как наиболее выдающееся достижение в этой сфере. Во Франции есть много очень серьезных работ, изданных Лионским институтом сравнительного права под руководством Эдуарда Ламбера, которые представляют собой лучшие достижения в данной области. Международный Институт Социологии Права (Париж, 1931–1940; генеральный секретарь — Жорж Гурвич) имеет два разряда публикаций: «Archives de Sociologie Juridique» (25 томов) и «Annales des Congrès» (4 тома), где сделана попытка представить полный обзор всех последних исследований в рамках социологии права.

---

## Глава II

# СИСТЕМАТИЧЕСКАЯ СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА (МИКРОСОЦИОЛОГИЯ ПРАВА)

Систематическая социология права ставит перед собой задачу изучения функциональных взаимоотношений между социальной действительностью и видами права. Необходимо четко различать *виды права, систему правового регулирования и правовые системы*. Только реальные коллективные союзы, например, порождающие правопорядок группы, представляют собой синтез и равновесие различных видов права. И только комплексные общества, т. е. синтез и равновесие множества групп, порождают «правовые системы»; в этих системах конкурируют и объединяются различные системы правового регулирования, каждая из которых сама по себе представляет синтез различных видов права. Например, «государственное», «профсоюзное», «кооперативное», «семейное право» и т. д. являются лишь системами правового регулирования, в рамках которых конкурируют и объединяются различные виды права. «Феодальное», «буржуазное», «американское», «французское», «фактическое», «архаичное право» являются правовыми системами, в которых противопоставляются и ищут равновесия множество систем правового регулирования.

В этом и заключается причина того, почему проблема видов права не зависит от проблемы типологии групп и комплексных обществ и связана с проблемой форм социальности и глубинных уровней, т. е. ограничивается микросоциологией.

В современной физике проводится различие между «макрофизикой», характеризующейся константами, основанной на вычислении вероятностей, и «микрофизикой» электронов, волн и квантов, в которой неопределенность является бесконечно большей. Так и социологию возможно и желательно свести к простому и неделимому, так сказать, к микроскопическим элементам, из которых состоит любой реальный коллектив. Такие микросоциологические элементы — это не просто отдельные лица, *но способы взаимосвязи с Целым, формы социальности*.

Именно в отношении этих «социальных электронов» плюрализм, подвижная изменчивость и неопределенность социальной жизни проявляются наиболее сильно. Могло бы показаться весьма парадоксальным связывать «виды права» с «формами социальности», с глубинными слоями социальной действительности, т. е. с наиболее непостоянными и «анархичными» элементами социальной жизни. Но не привычнее ли нам усматривать в праве принцип единства и стабильности, правила разрешения социальных конфликтов, хотя бы временные? С этой точки зрения юристы и социологи часто

соглашаются в том, что любое правовое регулирование предполагает некий объединяющий центр, на котором оно основывается. Они ищут его не столько в отдельной группе, сколько в комплексном обществе, но, к сожалению, часто отождествляют его, без какой-либо на то причины, с государством. Отсюда остался лишь один шаг к связыванию судьбы права с судьбой государства и к рассмотрению различий между публичным и частным правом как к решению проблемы видов права. Но это различие зависит от изменчивой позиции государства, которое отдает предпочтение, в зависимости от эпох и обстоятельств, иногда одному, иногда — другому виду права; данное различие не применимо к огромной области права, независимой от государства. Таким образом, различие между публичным и частным правом вовсе не основано на их внутренних принципах и вовсе не решает проблему правового дифференцирования как функции социальной действительности.

Бесспорно, в реальной социальной жизни право играет роль истинного регулятора только тогда, когда оно относительно унифицировано в рамках системы правового регулирования, и даже больше — в рамках правовой системы. В этом смысле синтез и равновесие, осуществляемые через группы и комплексные общества, обладают приоритетом в правовой жизни. Данное наблюдение может быть проверено в сфере принуждения, где, как мы знаем, существует возможность применения насилия, что не обязательно имеет место. Правовое принуждение в смысле четких мер, определенных заранее и применяемых против правонарушителя, может быть осуществлено только реальными коллективными союзами, группами и комплексными обществами, но не формами социальности. Таким образом, принуждение скорее защищает правопорядки или правовые системы, чем виды права, которые могут получать пользу от него только косвенным образом.

Но принуждению в строгом смысле противопоставляется в правовой жизни более широкий и более гибкий подход к санкциям, т. е. различным видам реакции неодобрения; более того, сами санкции в широком смысле — это только внешние проявления основной категории *социальной гарантии*, на которой основана эффективность всего права (см. Введение). Именно социальные гарантии эффективности права представляют собой неотъемлемую черту всего права; соответствие обязанностей одних требованиям других (императивно-атрибутивный характер права) невозможен без таких социальных гарантий.

Любая форма социальности способна, при некоторых условиях, стать основанием такой гарантии и, следовательно, местом зарождения права, независимо от наличия принуждения, осуществляемого организованной группой. Мы можем выразить данные наблюдения в следующих утверждениях. Обозначив как «нормативный факт» любое проявление социальной действительности, способной к порождению права, т. е. способной быть его первоначальным материальным источником (см. Введение), мы можем заключить следующее: нормативные факты комплексных обществ преобладают в правовой жизни над нормативными фактами отдельных групп; а последние обладают приоритетом по отношению к нормативным фактам форм социальности. Но это отнюдь не препятствует всем этим формам социальности давать начало своим отдельным разновидностям права. При этом формы социальности играют, как внутри, так и вовне социальных групп и комплексных

обществ (в которые они интегрированы), роль первичных источников права. Эта роль является очень важной и значимой, поскольку практически невозможно понять правовую жизнь групп и комплексных обществ, не обращаясь к правовой жизни форм социальности.

Таким образом, возможность существования микросоциологии права поставлена в зависимость от предположения о наличии четкого разграничения между видами права, структурами правового регулирования и правовыми системами.

Общие условия, которым должно соответствовать проявление социальной действительности для того, чтобы творить право, т. е. быть нормативным фактом, являются одинаковыми и для микросоциологических элементов (форм социальности), и для реальных коллективных союзов (групп), и для комплексных обществ. Первое условие — способность этих социальных фактов выражать позитивные ценности самим фактом своего существования. Данная способность, как мы знаем, гарантируется коллективными актами интуитивного признания, актами, в которых участники обращаются к социальному факту, понимаемому как один из многочисленных аспектов идеи справедливости. Второе условие состоит в том, что в этих фактах преобладает активный элемент — преследуемая цель. Не только некоторые формы социальности (например, союзы людей, говорящих на одном языке, отношения, основанные на сексуальном влечении или на поклонении), но даже некоторые типы групп (группы друзей, команды политических лидеров, отграничиваемое от международного сообщества человечество, частично брачно-семейный союз и т. п.), в которых преобладает пассивный элемент, демонстрируют свою стерильность с юридической точки зрения. Напротив, любые проявления активной социальности (целеволящие формы взаимопроникновения сознаний; заключающиеся в обмене отношения с другими лицами, договоры, отношения собственности, конфликты, наконец, борьба) и любые активные группы (нации, государства, города, села, предприятия, отрасли производства, профсоюзы, кооперативы, классы, международное сообщество и т. д.) являются продуктивными с юридической точки зрения — они порождают свое собственное право и контролируются, в первую очередь, своими собственными правовыми предписаниями.<sup>LIII</sup>

Более того, только активные формы взаимопроникновения сознаний и создания групп обладают способностью образовывать организованные надстройки, поскольку социальная организация всегда является продуктом социального действия и представляет собой орган этого действия. Не каждое проявление активной социальности и не каждая активная группа обладают организацией, и право, которое они производят, может утверждать себя и иметь силу независимо от организации, появилась ли таковая на свет или все еще находится в стадии формирования. Но наличие организованной надстройки может непосредственно служить критерием активной социальности и всякой активной группы. Следовательно, это также является критерием их способности порождать право.<sup>89</sup> Если, как мы видим, и существуют

<sup>89</sup> См. более детальный анализ этого вопроса в моих книгах «Социологические очерки» (1938) и «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935).

социальные связи, неспособные к порождению права, к тому, чтобы стать нормативными фактами, и неспособные к регулированию правом, то данная неспособность не имеет никакого отношения к различию между микросоциологией и макросоциологией. Оппозиция между формами социальности, с одной стороны, и видами групп и комплексных обществ — с другой, может быть применена к анализу правовой жизни.

Виды права, которые находятся в состоянии соперничества внутри одной и той же системы правового регулирования или внутри одной и той же правовой системы, могут быть дифференцированы двояко — горизонтально и вертикально. Горизонтальная позиция рассматривает виды права как функции форм социальности, расположенные на одном глубинном уровне; вертикальная же точка зрения рассматривает виды права как функции накладывающихся друг на друга глубинных уровней правовой действительности. Каждой форме активной социальности, реализующей какой-либо аспект идеала справедливости, и каждому уровню глубины правовой действительности соответствует особенный вид права. Таким образом, две данные классификации, горизонтальная и вертикальная, пересекаются.

Следовательно, микросоциология права имеет двойную задачу: 1) изучить виды права как функции различных форм социальности; 2) изучить виды права как функции глубинных уровней, которые могут быть обнаружены в каждой форме социальности, когда она становится нормативным фактом.

## § 1. Формы социальности и виды права

### А. Классификация форм социальности

1. Горизонтальная классификация форм социальности проводится по двум глубинным уровням: непосредственная, спонтанная социальность и организованная, рефлексивная социальность. Спонтанная социальность проявляет себя в непосредственных состояниях коллективной ментальности и в способах коллективного поведения независимо от того, являются ли они деятельностью, управляемой более или менее гибкими стереотипами или коллективным новаторством и творчеством. Организованная социальность связана с образцами коллективного поведения постольку, поскольку они опосредуются стереотипами, кристаллизованными в рефлексивных схемах, которые формулируются заранее и предписывают иерархизированные и централизованные модели поведения. Таким образом, организованная социальность противостоит мобильной спонтанности коллективных психических актов и дистанцируется от нее. Различные виды спонтанной социальности осуществляют только более или менее имманентное *давление*, действуя одновременно в пределах нашего сознания как давление одного состояния сознания по отношению к другому, а в коллективной жизни — как давление одного типа спонтанной социальности по отношению к другому типу. Организованная социальность, напротив, проявляет внешние *санкции* и *принуждения*. Она отделена от спонтанной инфраструктуры, по отношению к которой, при определенных обстоятельствах, она может стать трансцендентной.

Свойства организованных надстроек зависят от степени их интеграции в спонтанные социальные структуры и в их отдельные формы. Так, спонтанная социальность всегда лежит в основе организованной социальности, но никогда полностью не выражается в последней. Поскольку спонтанная социальность более подвижна и динамична, чем организованная социальность, между этими двумя глубинными уровнями социальной действительности постоянно возникают конфликты и трения. Застывшие схемы организованных надстроек всегда отстают и должны снова и снова разрушаться взрывами и всплесками спонтанной социальности — это так или иначе проявляется в демократических режимах, организационные рамки которых остаются широко открытыми для влияния спонтанной социальности.

Принимая во внимание первостепенное значение спонтанного слоя социальной действительности и то, что различия между организованными надстройками могут быть установлены только при уяснении той степени, в которой они укоренены в спонтанных социальных структурах, мы должны оставить данные различия для следующего раздела, где рассматриваются вертикальные слои правовой действительности.

II. В рамках спонтанной социальности можно, прежде всего, наблюдать социальность в форме глубокого проникновения или частичного взаимопроникновения сознаний в феномене «Мы», отличаемого от социальности в форме простой взаимозависимости между Я, Ты, Они и т. д., т. е. в форме «отношений с другими». Это — противоположность между интеграцией и координацией, между коллективной интуицией и символическим общением, между союзом и разобщенностью. Когда возникает понятие «Мы» («мы-американцы», «мы-французы», «мы-англичане», «мы-пролетарии», «мы-интеллектуалы» и т. д.), это «Мы» составляет неразрывное Целое, некое новое единство, несводимое к сумме своих членов. Это Целое не противопоставляется входящим в него частям (как Целое имманентно своим частям, так и части имманентны Целому). Такая обоюдная имманентность, которую можно обозначить как взаимоучастие Единого во Многом и Многого в Едином, всегда присутствует в феномене «Мы», хотя бы в незначительной степени. «Мы» означает проникнутость социального союза эмоциями в бодрствующем состоянии. Оно имеет интуитивное основание. Его основа — реальные проявления коллективной интуиции. Интуитивная основа социальности посредством глубокого проникновением в «Мы» определяется тем, что модели и символы играют здесь лишь второстепенную роль, поскольку, как мы это показали, они уже предполагают в некоторой степени существование «Мы». Приведем в качестве примера такой социальный феномен, как язык. Никто не будет оспаривать совершенно неопределимое значение языка применительно к *сближению* сознаний и их внутренних связей (общеизвестна роль языка в формировании национального единства). Но чтобы языковые знаки и символы произвели подобное воздействие на всех, говорящих на этом языке, чтобы сформироваться, сам язык должен основываться на упоминавшемся единении сознания. Таким образом, язык — это лишь средство укрепления глубокого взаимопроникновения сознаний; он не является основой частичного слияния сознаний в «Мы», поскольку изначально предполагает данное слияние.

Следовательно, социабельность как участие в «Мы» может обходиться и без символических посредников; делая возможным посредничество с помощью различных знаков, стереотипов и символов, она доминирует над ними благодаря реальности коллективных интуиций, служащих их реальной основой.

Несколько иную природу имеет социабельность через простое схождение и взаимопроникновение сознаний. Здесь сознание и поведение остаются довольно-таки закрытыми по отношению друг к другу, несмотря на то, что благодаря своему взаимодействию они образуют новую сферу действительности. Несмотря на это, они по сути своей отличны друг от друга; если можно так выразиться, их схождение не достигает внутренней сферы. Будучи ориентированными друг на друга, они остаются трансцендентными в отношении между собой и противопоставляют себя Целому. Вместо слияния, хотя бы частичного, они взаимно ограничивают друг друга или же конфликтуют между собой. Единственной действительно существующей интуицией в данной форме социабельности оказывается интуиция «реальности других Я» (независимо от того, будут ли такие Я индивидами, группами или тотальностями), которые первоначально воспринимаются как препятствие, как преграда. Но сама по себе подобная связь ощущается отнюдь не с помощью интуиции; для того чтобы она завязалась и укрепилась, «Я», «Ты», «Он», «Они» должны прибегнуть к помощи знаков, паттернов, символов, которые в данном случае и образуют связь. Только при этих условиях сознания и поведения вступают в *коммуникацию* между собой, ведь невозможна же коммуникация без посредства знаков: слов, жестов, деклараций, внешних признаков, значимого поведения. Поэтому выполняющие опосредующую роль знаки, паттерны и символы служат в качестве первоосновы данной формы социабельности. Например, в отношениях обмена, в договорах, отношениях собственности, только жесты, декларации (устные или письменные), метки на задействованных в обмене предметах могут служить реальной основой для устанавливаемой взаимосвязи.

III. Вторым критерием классификации форм социабельности является степень интенсивности спонтанной социабельности, определяемой через градацию степеней частичного слияния сознаний. Если данное слияние слишком слабо и интегрирует только поверхностные состояния индивидуального сознания, которое при этом раскрывается лишь поверхностно, но в своих глубинных и личностных слоях остается замкнутым, речь идет о феномене «массы». Когда сливающиеся между собой сознания приобретают более открытый характер и проникают в более глубокие и интимные слои психической жизни, но при этом не достигают максимально возможной степени интеграции, такое состояние мы можем назвать феноменом «общности». Если же достигнута наиболее интенсивная степень слияния, т. е. сознания открывают себя друг для друга настолько, насколько возможно, и таким слиянием охватываются даже недоступные индивиду уровни самосознания, то речь может идти о феномене *всеединства*.

*Интенсивность слияния сознаний и степень принудительного воздействия ни в коей мере не соответствуют друг другу, вопреки тому, что можно было бы предполагать. Именно в массах, где слияние сознания остается наиболее поверхностным и где наиболее глубокие его слои закрыты друг для*

друга, давление социума на индивидуальное «Я» оказывается наиболее сильным. Напротив, чем больше частичное слияние сознания охватывает и объединяет глубинные слои «Я», тем меньше чувствуется давление социальной спонтанности. Оно менее сильно в общности, чем в массах, оно более слабо во всеединстве, чем в общности и фактически сведено здесь к той точке, где оно практически незаметно. Кроме того, *степени социальности по взаимопроникновению психических состояний не образуют промежуточных форм*. Чем более они интенсивны, тем менее обширны, и наоборот. Как правило, всеединства существуют лишь в очень ограниченных кругах (скорее в религиозной секте, чем в церкви, скорее в отдельном профсоюзе, чем в федерации профсоюзов, и т. д.). Наоборот, массовая форма социальности имеет способность распространяться на всевозможные социальные союзы. Это проявляется на примере раскола или ереси, опасность которой присутствует в любой общности постольку, поскольку это — реальная социальность. Например, в церкви, религиозной секте, магическом братстве, масонской ложе и т. д. преобладает социальность в качестве всеединства (община верующих в одну и ту же догму, посвященных в один и тот же магический или символический обряд), но как только всеединство ослабляется или повторяется (чтобы быть замененной социальностью в виде общности или массы), само существование группы ставится под угрозу. Всеединство уничтожается, если группа не может воспроизводить себя как узкий круг посвященных членов, которые продолжают реальное общение. Раскол и ересь в этом случае становятся единственными средствами охраны единства.

Следовательно, наибольшее равновесие между единством и разобщенностью устанавливается именно в средней форме, если речь идет об интенсивности взаимопроникновения сознаний; следовательно, общность — это наиболее устойчивая форма социальности, форма, наиболее способная к постоянной самореализации в рамках группы, в то время как всеединство и массы зачастую остаются в латентном состоянии и воплощаются в социальной действительности лишь при некоторых определенных условиях.

IV. Проявления социальности, различающиеся по характеру их конвергенции, уравнивания, ограничения или через «отношения к другим», будь то отношения между индивидами или социальными группами, классифицируются в зависимости от градации интенсивности отношений *приближения, разделения или их сочетания*. «Отношения к другим» являются процессом объединения или разделения между группами и отдельными лицами. Для того чтобы разобщать или же соединять более или менее изолированные сознания и поведения, взаимодействующие между собой посредством промежуточных знаков, требуется их определенная сходимость в обозначенном контексте их отношений, выраженном в рамках того или иного стандарта. И именно этот контекст становится объектом приближения или разделения. Даже отдельные лица или группы, которые вступают в конфликт или присоединяются к уже идущей борьбе, сначала должны объединиться в отношении объекта стремлений, нужд, интересов, по поводу которого они не в состоянии достичь взаимопонимания с другими. В этом смысле не существует враждебности, борьбы или конфликта без схождения по какому-то тождественному признаку; и такое схождение предшествует любому напряжению, столкновению, ограничению или же уравниванию.

Например, такие «отношения к другим», которые мы обозначаем термином «приближение», характеризуют различные типы взаимного сближения, дружбы, любопытства, односторонней симпатии или любви, равно как отношения, основанные на феномене дара или на выполнении внедоговорных обещаний. Наиболее показательными примерами отношений «разделения» являются определенные межгрупповые отношения: борьба между социальными классами, между профессиональными объединениями, конфликты между потребителями и производителями, борьба между народами и т. д. Данные социальные отношения разделения нередко происходят между «Мы», в пределах которого внешняя борьба производит эффект укрепления частичного слияния сознаний и поступков.

Более распространенными и общепринятыми, чем отношения с другими, которые подразумевают разделение и борьбу, являются структурно смешанные отношения с другими. Именно в них конфликты и борьба прекращаются, если обнаруживаются приемлемые решения. Смешанные отношения с другими (межгрупповые или межиндивидуальные) состоят, с одной стороны, из одновременного процесса *приближения*, с другой — *разделения*. В подобных смешанных отношениях сближение реализуется в разделении, а разделение — в сближении. Примерами служат отношения обмена, договорные отношения, кредитование, различного рода обещания и т. д.

Отношения с другими невозможны без того, чтобы не опираться на слияние, на взаимопроникновение сознаний, на изначально существующее «Мы», которое может обладать даже небольшой интенсивностью, но обязательно присутствует. Подчеркнутый в начале данного изложения факт того, что отношения взаимозависимости обязательно связаны знаками, ясно открывает необходимость существования коллективных интуиций, по крайней мере, латентных или виртуальных, так как паттерны и символы, связывающие сознание и поступки, должны иметь одинаковое значение для всех и служить в качестве средств общения. Знаковое общение невозможно без непосредственного, интуитивного союза, который и является его основой. Таким образом, союз как социальность через соединение преобладает над социальностью через взаимозависимость; «Мы» преобладает над отношениями между «Я», «Ты», «Они», подобно тому, как социальное право, возникающее из взаимопроникновения сознаний, как мы далее увидим, преобладает над межиндивидуальным правом, возникающим из отношений с другими.

V. Социальность через активное частичное слияние сознаний может быть разделена на однофункциональную, многофункциональную и сверхфункциональную формы. Функция — это всего лишь аспект общей поставленной задачи; она принципиально отличается от цели (последняя изначально задана и связана лишь с организованными надстройками); она является двигателем коллективного действия, пределом устремлений в рамках социальности через слияние тех целей и ценностей, к которым стремится функция. Социальность однофункциональна, когда ее деятельность находит свое выражение в единственной задаче, т. е. вдохновлена единственной ценностью и проявляется в единственной цели (например, частичное соединение работников на фабрике, членов профсоюза и т. д.). Социальность многофункциональна, когда присутствуют различные задачи, вдохновленные

различными целями и ценностями (например, частичное слияние граждан государства или членов экономической организации, объединяющей производителей и потребителей). Социабельность, наконец, сверхфункциональна, когда присутствует весь спектр поставленных задач, в рамках которого невозможно разграничить отдельные аспекты (например, частичное слияние представителей нации или международного сообщества).

Однофункциональная социабельность обычно интегрирована в многофункциональную социабельность, которая, в свою очередь, — в сверхфункциональную социабельность; последняя, следовательно, обладает приоритетом. Только формы спонтанной социабельности могут быть сверхфункциональны, так как организованные надстройки (по природе своей функциональны), напротив, в силу их рационального и рефлексивного схематизма, опираются на кристаллизованные и четко установленные цели и никогда не могут выразить всего многообразия целей и ценностей, к которым они стремятся; каждая отдельно взятая цель есть упрощенный интеллектуальный образ идеальной цели и ценности. Так, относительно редкое осуществление в действительности сверхфункциональной социабельности неизбежно находит свое выражение только во множественности организованных надстроек, которые являются несводимыми друг к другу. Наконец, сопоставление классификации частных видов социабельности (одно-, много- и сверхфункциональных) с частными видами массы, общности и всеединства приводит к следующему заключению: массы и всеединства — наиболее слабые и наиболее сильные степени глубокого взаимопроникновения сознаний и поступков — склоняются к однофункциональной социабельности, в то время как средняя категория, общность, наиболее склонна к многофункциональной социабельности.

Критерий функциональных возможностей применим не только к формам социабельности, но и к типам групп. Они также могут быть или одно-, или много-, или сверхфункциональными. Но применительно к ним данные характеристики непостоянны, поскольку зависят от изменения степеней актуализированности соответствующих форм социабельности.

VI. В то время как однофункциональная социабельность всегда служит партикулярному интересу, а сверхфункциональная социабельность — общему интересу, многофункциональная социабельность в зависимости от обстоятельств может служить как партикулярному, так и общему интересу. Взаимопроникновение сознаний служит общему интересу в том случае, когда удастся уравновесить противоборствующие интересы так, чтобы не нанести вреда другим возможным равнозначным видам интересов. Таким образом, нужно признать, что общий интерес не означает одинакового для всех интереса, поскольку подобной тождественности интересов вообще не существует и не может существовать даже в рамках одного и того же союза, одной и той же группы или одного и того же индивида, разделяемых бесконечными конфликтами противоположных и равнозначных интересов (например, такие, как интересы производителя, потребителя, гражданина и т. д.). Общий интерес — это всего лишь неустойчивое равновесие противоположных интересов, и существует столько же множественных и равнозначных аспектов общего интереса, сколько возможностей урегулирования различного рода противоположных интересов. Так как данное равновесие по существу своему изменчиво,

то многофункциональные формы взаимопроникновения сознаний, будучи в состоянии служить одним из аспектов общего интереса, не всегда могут это сделать. В этом смысле служение общему интересу — вопрос факта, и не было бы ничего более ошибочного, чем приписать монополию представления общего интереса особому виду частичного слияния или особому типу группы (поскольку способность уравнивать противоположные интересы в рамках реального коллективного союза является гораздо более изменчивой из-за зависимости от комбинации различных форм социальности). Наконец, мы должны констатировать, что три степени интенсивности частичного слияния, в той степени, в какой они носят многофункциональный характер, имеют одинаковую способность служить общему интересу: массы и всеединства способны, например, служить общему интересу в той же мере, как и общности.

### В. Виды права, соответствующие формам социальности

Любая форма активной социальности, осуществляющая позитивную ценность, является творцом права, «нормативным фактом». Поэтому микро-социология права должна выделять столько же видов права, сколько существует форм активной социальности. Оставим на некоторое время в стороне вопрос о различиях между спонтанным и организованным правом, что соответствует первоначально проведенному различию в области социальности. Этот вопрос будет проанализирован во втором параграфе, посвященном глубинным уровням правовой действительности. Здесь же мы сконцентрируем внимание на иных видах права, которые возникают вследствие нашей горизонтальной микросоциологической классификации.

И. В первую очередь, мы замечаем противоположность между *социальным* и *индивидуальным правом* (или, точнее, межиндивидуальным правом), которая соответствует противоположности типов социальности в форме взаимопроникновения сознаний и в форме социальной взаимозависимости (интуитивный союз и знаковая коммуникация). «Социальное право» является правом объективной интеграции в феномен «Мы», в имманентное Целое. Такое право позволяет субъектам, к которым оно обращено, непосредственно участвовать в целостности, которая, в свою очередь, реально участвует в соответствующих правоотношениях. Именно поэтому социальное право основано на доверительных отношениях, в то время как индивидуальное право, т. е. межиндивидуальное и межгрупповое право, основывается на недоверии. Первое является правом мира, взаимопомощи, дружбы, второе — правом войны, конфликта, разделения. Ибо даже в том случае, когда индивидуальное право частично сближает лиц (как в случае договоров), оно разделяет их и разграничивает их интересы. Поскольку любое право является согласованием требований одних с обязанностями других, то в рамках социального права «императивно-атрибутивное регулирование» притязаний и обязанностей глубоко взаимосвязаны и неразрывны, в то время как в индивидуальном праве подобные притязания и обязанности только ограничивают друг друга и сталкиваются между собой. В социальном праве преобладает распределяющая справедливость, тогда как в индивидуальном праве — справедливость уравнивающая.

Основанное на доверии, социальное право никогда не может быть навязано извне. Оно может осуществлять регулятивные функции лишь изнутри. Поэтому социальное право всегда автономно, оно присуще любому отдельному феномену «Мы», благоприятствующему правовой автономности заинтересованных сторон. При этом субординирующее право — это не реальное социальное право, а, скорее, смесь, комбинация интегрального и индивидуального права, где интегральное право подавляется индивидуальным. Это может быть или результатом влияния мистических убеждений (магических и религиозных) над правовыми (например, «харизматическая» власть боготворимого вождя, чьи индивидуальные права преобладают над социальным правом верующих). В этом случае мы имеем дело со спонтанным субординирующим правом. Это может быть следствием и того факта, что организованные надстройки основываются не на неорганизованной основополагающей социальности и не на спонтанном социальном праве, а на индивидуально-правовых отношениях, проникающих извне (например, право собственности в организации капиталистических предприятий, право династической преемственности в надстройках политических автократий и т. д.). В этом случае мы имеем дело с организованным субординирующим правом.

Вся сила права производна от социального права, поскольку она есть только внешнее проявление несводимости феномена «Мы» (социальности через слияние и взаимопроникновение сознаний) к социальности через простую взаимозависимость и разграничение. Эта первичная сила, которую следует отличать от групповой силы (представляющей собой объединяющий синтез, равновесие различных сил и разных способов взаимопроникновения сознаний, которые происходят в недрах группы), всегда является безличной, объективной и имманентной. Она никогда не ведет к господству, она не проектируется за пределы той множественности, которая конституирует феномен «Мы». Напротив, индивидуальное право (право разделения и ограничения *par excellence*) никогда не образует реальную силу. Но когда, по только что приведенным причинам, социальное право поработано индивидуальным правом, последнее начинает доминировать.

Правовые догмы, выработанные социальным правом, более интенсивны и устойчивы, чем те, которые выработаны индивидуальным правом. Последние более эластичны и подвижны. Индивидуальное право поощряет все виды отчуждения и обмена. Более того, социальное и индивидуальное право несводимы друг к другу так же, как феномен «Мы» несводим к феноменам «Я», «Ты», «Они». Однако, поскольку социальность через взаимопроникновение сознаний преобладает над социальностью через взаимозависимость сознаний («Мы»), т. е. интуитивный союз, оказываемся в основе всякой знаковой коммуникации, любого отношения с другими), социальное право имеет приоритет над индивидуальным правом, так как оно представляет собой основу для всякого конкретного правового регулирования.

II. Так же как социальность через взаимопроникновение сознаний дифференцируется на массы, общность и всеединство в соответствии со степенью своей интенсивности, то соответствующее ей социальное право может быть дифференцировано на социальное право масс, социальное право общности и социальное право всеединства.

а) *Социальное право масс.* Поскольку массы являются наиболее слабыми по степени интенсивности слияния сознаний и, наоборот, наиболее сильными по силе осуществляемого принуждения, то интегрируемое массой социальное право является наименее интенсивным в своей действенности и наиболее интенсивным по степени организованного принуждения. В действительности, поскольку действенность любого права зависит от лежащей в его основе социальной гарантии, т. е. силы и стабильности нормативного факта, на котором зиждется обязывающая сила права, то и интегрируемое массой социальное право вряд ли может претендовать на высокую степень действенности (поскольку любая достигаемая массой степень интеграции оказывается поверхностной). Еще более жесткими, однако, являются спонтанные реакции осуждения и порицания, сопровождающие нарушение правил. Здесь жесткость реакции не знает никаких пределов и нередко, даже в случае совершенно незначительного правонарушения, дело доходит до физического истребления. Соответствие между притязаниями и обязанностями, характерное для всего права и принимающее в социальном праве специфическую форму взаимопроникновения прав и обязанностей, в сфере права, объединяющего массы, встречается с особыми трудностями в своем развитии. Здесь притязания Целого преобладают над его обязанностями по отношению к субъекту, атрибутивный элемент почти полностью исчезает за практически исключительной императивностью. Более того, права (понимаемые как артикуляция требований, как *droits subjectifs* (фр. — субъективные права. — Прим. пер.)) лиц, объединенных в массах, не могут себя утверждать в таких условиях. В этом смысле можно сказать, что социальное право масс характеризуется полным преобладанием «объективного права» и здесь почти полностью исключаются «субъективные права». Все это — результат того, что из всех форм спонтанного социального права объединяющее массы право наиболее близко к субординирующему праву доминирования. В этом смысле оно является наименее «социальным».

б) *Социальное право общности.* Поскольку общность характеризуется средней степенью интенсивности слияния сознаний, то проистекающее из данного феномена социальное право также должно быть отмечено средней степенью действенности и жесткости применяемых санкций. Действенность социального права общности все-таки может заметно возрасти исходя из двух основных факторов. Первый из них заключается в том, что общность является наиболее сбалансированной формой социальности через взаимопроникновение сознаний. Следствием этого, как правило, является наиболее прочная и легко осуществляемая социальная связь в соответствующей социальной группе. Это обычно придает «нормативному факту» общности (на гарантии этого факта и зиждется рассматриваемое нами право) большую твердость и эффективность, чем можно было ожидать, принимая во внимание фактор средней степени интенсивности взаимопроникновения сознаний. Общность, как правило, создает наиболее оптимальную для правогенеза форму социальности, так как именно в такой форме социальности правовые убеждения четко отграничиваются от моральных убеждений и мистического экстаза, зачастую доминирующих во всеединстве. Фактором, увеличивающим действенность социального права общности, является и эффективность

спонтанной гарантии, которую общность предоставляет для обязывающей силы своего права. В этом случае уменьшаются проявления сопутствующего насилия как спонтанной реакции на правонарушение, смягчается жесткость порицания (которая в данном случае проявляет тенденцию к заметному снижению по сравнению со средним уровнем). К данным соображениям нужно добавить то, что в общности социальное право, взаимопроникновение притязаний и обязанностей, предписаний и императивов настолько сбалансировано, что притязания и обязанности Целого, с одной стороны, и отдельных членов — с другой, оказываются более или менее равнозначными. Можно сделать вывод, что социальное право общности, как правило, является наиболее удачным от права субординации и доминирования. Можно прийти к аналогичному результату, констатируя, что царящая в общности атмосфера в особенности благоприятствует равновесию между «объективным» социальным правом и «субъективными» социальными правами.

с) *Социальное право всеединства*. Поскольку всеединство представляет собой наиболее интенсивную степень частичного слияния сознаний и обладает наименее слабой степенью принуждения, то, казалось бы, здесь социальное право должно быть наиболее действенным, а его санкции — наименее жесткими. Но при этом нельзя упускать из виду и существенные факторы, изменяющие эти черты всеединства. Действенность социального права всеединства зачастую снижается за счет непродолжительности существования данного феномена и нестабильности социальных связей в рамках всеединства, поскольку, по общему правилу, всеединство возникает под влиянием чрезвычайных обстоятельств и стремительно разрушается по их миновании. Этим и объясняется то, что всеединство так часто имеет мистический, харизматический характер и более подходит для развития религиозных и моральных верований. Поэтому действенность права всеединства гарантирована в меньшей степени, чем можно было бы предположить исходя из степени глубины единения. Поскольку социальность в форме всеединства является менее надежным и устойчивым нормативным фактом по сравнению с нормативным фактом общности, то здесь порицание следует скорее за нарушением моральных и религиозных устоев, нежели за нарушениями правовых предписаний. В то же время взаимопроникновение притязаний и обязанностей в праве всеединства оказывается в пользу обязанностей. Целое и части имеют взаимные обязанности, в то время как притязания отодвинуты на задний план. Таким образом, регулирование, которое интегрирует всеединство, легко утрачивает правовой характер. Это также доказывается тем, что в праве всеединства, так же как и в праве масс, «объективное» социальное право абсолютно преобладает над «субъективными» правами, хотя и по иным причинам. В действительности, если в праве масс притязания Целого усилены, то в праве всеединства они, по общему правилу, ослаблены.

При подведении итогов сказанному кажется бесспорным, что право общности, в сравнении с правом масс и всеединства, оказывается в наибольшей степени свободно от метаюридических элементов.

III. Социальность через взаимозависимость и ограничение (отношения с другими, знаковая коммуникация) можно разделить на отношения разделения, сближения и смешанный тип. Следовательно, соответствующее

индивидуальное (или, скорее, межличностное) право можно разделить на индивидуальное право сближения, разделения и индивидуальное право смешанного типа.

а) *Межличностное право разделения.* Межличностное право разделения, которое порождается конфликтами, борьбой и состязанием и которое управляет ими, является преимущественно правом вражды. Многие авторы (особенно Р. Иеринг) были убеждены, что любое индивидуальное право имело именно такое происхождение и являлось не чем иным, как юридической процедурой, которая формализовала конфликты и обеспечила законопослушность их участников. Это, казалось бы, подтверждалось как примером римского судебного процесса, *legis actio* (лат. — судебный процесс. — *Прим. пер.*), так и примером процедуры наиболее архаичных народов. Все эти процессы «имитировали, насколько это возможно, простые действия, выполняемые индивидами в процессе борьбы. Все формальные процедуры ареста также были вдохновлены простым нападением, являясь его субститутом» (Г. Тард и Г. Мэн). Межличностное право разделения является очень распространенным типом права, но не единственной его формой. Поскольку данное право не ограничивается ни правом *сближения*, ни, более того, *смешанным индивидуальным правом* (например, договорным правом и т. п.), и поскольку оно, по крайней мере фактически, не основывается на социальном праве, оно легко превратилось бы в «право сильнейшего» и, тем самым, трансформировало бы все правовое регулирование в насилие. Подобное можно сказать не только в отношении различных видов права войны, но также и в отношении другого вида права разделения — межличностного права отчуждаемой собственности, в той степени, в которой оно принимает форму *jus utendi u abutendi (dominium)* (лат. — право использовать и уничтожить (господство). — *Прим. пер.*). Данное право отграничивает всех иных лиц от приобретенной собственности, а само отграничение предстает как отдаление от собственности субъектов, изолированных друг от друга за счет признания сфер, непреодолимых для *alter ego*. Конфискация отчуждаемого имущества в архаичных обществах основывается на магических представлениях и состоит в проникновении «мань» в вещи собственника; подобная логика может наблюдаться там с предельной ясностью во взаимосвязи с невозможностью разорвать магический круг (см. ниже). Более того, если бы в данной сфере не было бы никакого ограничения посредством права сближения и договорного права, равно как и посредством виртуально существующего социального права, то право разделения трансформировалось бы в простое состязание сил (магических, экономических или физических).

Межличностное право разделения характеризуется тем, что при определении границ притязаний и обязанностей преобладают именно притязания, в то время как обязанности лишь с трудом обретают свои контуры. Короче говоря, в данном праве атрибутивный элемент доминирует над едва заметным императивным элементом.

б) *Межличностное право сближения.* Подобное право — довольно редкая форма, так как большая часть отношений с другими носит преимущественно пассивный, нежели активный характер. Они, следовательно, стерильны с точки зрения права (например, отношения, основанные на половом инстинкте,

или отношения любопытства, дружбы, односторонней симпатии, любви). Однако возможно указать и на такие отношения, где приближение является если и не единственным, то преобладающим элементом «отношений с другими». Так, сближение становится активной социальностью и вырабатывает право. Таковы отношения, основанные на дарах, односторонних уступках, внедоговорных процедурах примирения и т. д. Когда для того, чтобы установить дружеские отношения, преподносятся ценные подарки, когда уступки сделаны безвозмездно и не предполагают соответствующего встречного обязательства, когда интересы урегулированы без взаимных обещаний, мы имеем дело с активными отношениями сближения. Эти отношения обладают правовым характером и даже способны к порождению нового права в той степени, в какой они приобретают типичную и социально гарантируемую форму. Межличностное право сближения, конституирующее правоотношения — связь между вступающими в отношения субъектами (даритель и одаряемый, тот, кто делает, и тот, кто принимает уступки), — характеризуется тем фактом, что императивный элемент здесь преобладает над атрибутивным, а функция разделения сведена до минимума. Это, если можно так выразиться, наиболее мирный тип межличностного права.

с) *Индивидуальное право смешанной структуры, уравнивающее разделение и сближение.* Эта форма индивидуального права наиболее широко распространена. Об этой форме обычно говорят, когда межиндивидуальное и межгрупповое право противопоставлены социальному праву. Его классическое проявление — это договорное право, к которому следует добавить массу правовых норм, касающихся сделок, кредита, обещаний и всех иных видов обязательств. Устанавливаемая договором правовая связь состоит одновременно из: 1) схождения обещаний договаривающихся сторон с целью установления взаимного обязательства, имеющего силу в будущем (сближение), и 2) противостояния двух или более волей, преследующих совершенно противоположные цели и устанавливающих встречные по отношению друг к другу обязанности, т. е. передавать и принимать (разделение). В данном случае права и интересы договаривающихся сторон гармонизированы настолько, насколько это связано с исполнением договора (сближение), и противостоят друг другу настолько, насколько здесь оказываются задействованными материальные объекты соответствующих отношений и способы их осуществления (разделение). Именно поэтому невозможно недвусмысленно определить, как это часто ошибочно делалось, договорные отношения или как *согласование* воли и обязанностей (Джургейм), или как их конфликт и ограничение (Теннис). Тайна договорных связей (так же как обменов вообще, различных видов обязательств и т. п.) кроется во взаимосвязи отношений сближения и разделения.

Именно в этой форме межиндивидуального права достигается определение границ притязаний и обязанностей, что прямо приводит к выводу о равнозначности этих двух элементов права. Поэтому из всех проявлений социальности через взаимозависимость именно эти отношения выравнивают разделение и сближение, наиболее легко становятся нормативными фактами, проистекающими из межиндивидуального и межгруппового права; они дают данному праву эффективную гарантию в силу того, что нормативные факты становятся типами и моделями.

IV–V. Социальное право масс, общности и всеединства пересекается с социальным правом однофункциональных, многофункциональных и сверхфункциональных объединений, с общим и партикулярным правом, т. е. правом, служащим общему или партикулярному интересу. Единственная оговорка, которая должна быть сделана здесь, — это оговорка о том, что социальное право сверхфункциональных объединений является всегда общим правом, а социальное право однофункциональных объединений всегда партикулярно. Несмотря на эту оговорку, можно констатировать, что существует множество форм непосредственного социального права (как минимум 24), начиная с партикулярного социального права однофункциональных масс и заканчивая общим социальным правом сверхфункционального всеединства. Между этими двумя следует поместить, в частности, общее право много- или сверхфункциональных масс, партикулярное право одно- или многофункционального всеединства или общности, общее социальное право много- или сверхфункциональной общности и т. д.

То же самое можно сказать о спонтанной иерархии, которая возникает среди этих различных видов неорганизованного социального права: сверхфункциональное право имеет склонность превалировать над многофункциональным правом, а последнее — над однофункциональным правом. Кроме того, общее право имеет тенденцию преобладать над партикулярным правом. К этому мы должны добавить то, что право общности, являющееся наиболее действенным, проявляет тенденцию к преобладанию над правом всеединства и правом масс. Можно сделать вывод, что, в принципе, именно общее социальное право сверхфункциональной общности обычно обнаруживает тенденцию к превалированию в юридическом плане. Но в реальной жизни степени актуализированности и идеальности всех этих форм объединения и социального права чрезвычайно переменчивы. Кроме того, подобная изменчивость усиливается за счет изменения степеней активности и пассивности. Следовательно, юридическое равновесие, которое может возникнуть среди этих различных видов права в пределах группы в различные моменты ее существования, не может быть определено заранее.

Если в пределах непосредственной правовой жизни мы пересчитаем формы индивидуального права и формы социального права, то мы сможем указать по крайней мере на 27 видов права в пределах каждой группы. Эти виды постоянно находятся в движении, соревновании, борьбе. Иногда они иерархизированы, иногда — равноположны по отношению друг к другу. Они постоянно находятся в поисках равновесия, которое непрерывно создается и распадается. Этот «микромир видов права», который мы пробовали выявить посредством горизонтального микросоциологического анализа, становится еще более сложным, когда во внимание принимаются организованная социальность и соответствующие ей виды права. Такой анализ — задача юридической микросоциологии, которая изучает глубинные уровни и открывает то, что могло бы быть названо вертикальным плюрализмом видов права, рассматриваемых как производные от расположенных выше слоев правовой действительности.

## § 2. Юридическая социология как описание глубинных уровней права

Каждый охарактеризованный выше вид права представляет собой шкалу ранжированных уровней. Рассматриваем ли мы социальное или межиндивидуальное право, право масс, всеединства или общности, одно-, много- или сверхфункциональное право, — жизнь права, подобно всей социальной жизни, протекает на разных уровнях действительности, переходящих от более или менее жесткого схематизма и внешней символики к увеличивающемуся динамизму и спонтанности (в порядке уменьшения), и, в обратной пропорциональности, — от спонтанности и гибкости к форсированной кристаллизации и концептуализации (в возрастающем порядке). С этой точки зрения, во всем праве можно обнаружить вертикальный плюрализм, который, кроме того, имеет двойной аспект. С одной стороны, неорганизованное право всегда оказывается ниже организованного права, эти два уровня глубины юридической действительности точно соответствуют двум слоям активной социальности: спонтанная и рефлексивная социальность. С другой стороны, есть право, *установленное заранее*, гибкое право, сформулированное *ad hoc*, и *интуитивные* глубинные уровни права, относящиеся к правовой действительности и отличающиеся друг от друга в зависимости от способов признания права.

Эти две вертикальные классификации, которые часто путаются друг с другом, в действительности вовсе не соответствуют друг другу из-за того, что неорганизованное и организованное право могут признаваться тремя различными способами — заранее, *ad hoc* и непосредственно. Они всегда остаются *позитивным правом*, основанным на «нормативных фактах», которые предоставляют гарантию этим видам права; такое позитивное право может признаваться тремя обозначенными выше способами. Мы продемонстрируем, что два аспекта этой вертикальной перекрестной классификации приводят к признанию шести глубинных уровней в рамках любого вида права. Это: 1) установленное заранее организованное право; 2) гибкое организованное право; 3) организованное интуитивное право; 4) установленное заранее неорганизованное право; 5) гибкое неорганизованное право; 6) неорганизованное интуитивное право. Мы начнем с раздельного анализа двух аспектов юридической микросоциологии, связанных с глубинными уровнями, а затем продолжим сравнивать их между собой, а оба эти аспекта — с видами права обозначенных выше форм спонтанной социальности.

**1. Неорганизованное и организованное право. Их взаимосвязь.** Все организованное право всегда навязывается сверху лежащему в его основе неорганизованному праву, и все неорганизованное право всегда имеет тенденцию покрываться более устойчивой и более холодной коркой организованного права. Между этими двумя основными слоями правовой действительности остается бесконечная напряженность, степень интенсивности которой чрезвычайно изменчива. Эта напряженность является результатом того, что организованное право, в своем рефлексивном схематизме, никогда не может полностью выразить неорганизованное право, более динамичное и более богатое по содержанию; неорганизованное право может существовать без организованной

оболочки, в то время как обратное невозможно. Кроме того, меры правового принуждения, точнее, так называемые четкие меры, predetermined и установленные группами против правонарушителей (необходимо отличать эти меры от социальных гарантий, которые проявляют себя в спонтанных реакциях порицания), обычно осуществляются через органы организованных надстроек. Этот факт еще более усиливает неравенство между организованным и неорганизованным правом.

В области социального права неорганизованное право играет несравнимо более важную роль, чем в области межличностного права; в последнем гибкие и текучие отношения, чтобы иметь юридическое значение, должны быть сведены к типичным паттернам, связанным с организованными надстройками. Напротив, социальное право имеет силу без какого-либо посредника, в рамках любого конкретного взаимопроникновения сознаний, чью специфику оно проявляет *hinc et nunc* (лат. — здесь и сейчас. — Прим. пер.). В социальном праве конфликты и компромиссы между организованными и непосредственными уровнями жизни права играют ведущую роль. Поэтому, в целях большей ясности изложения, мы сведем свой анализ к этой области.

Характер организованного социального права зависит от отношений между ним и спонтанным социальным правом. Если нет гарантии того, что образующая рассматриваемое право организованная социальность в состоянии оставаться открытой для проникновения спонтанной социальности, то организованное право отдалится от спонтанного права непроходимой пропастью. В результате организованное право преобразовывается в право субординации, а организация, в которой действует это право, становится ассоциацией доминирования.

Право субординации, которое, собственно говоря, вообще не является ни социальным правом, ни правом интеграции в пределах «Мы», может зародиться из двух различных источников: из противоречий внутри организованного права или, как было указано выше, из харизматического характера власти, основанной на мистических, а не на юридических верованиях. Когда эти два источника права субординации объединяются, жесткость предписаний права доминирования достигает своего предела (напр., правовое регулирование в тоталитарных режимах и восточных теократиях).

Если устройство организованной надстройки подразумевает возможность существования гарантии взаимодействия со спонтанной социальностью, то образующееся из организованной надстройки право укореняется в неорганизованном праве. Это ведет к организованным социальному праву демократической ориентации, которое способствует образованию организации сотрудничества. Интенсивность санкционированного принуждения в пределах этого права сводится к минимуму, поскольку, оставляя в стороне все другие факторы, жесткость принуждения оказывается прямо пропорциональна уровню конфликта между организованным и спонтанным правом. Очевидно, что между максимальным превосходством организованного права над спонтанным правом, ведущим к наиболее сильному доминированию и принуждению, и его минимумом, ведущим к демократическому сотрудничеству и наиболее мягким санкциям, существует целый ряд промежуточных форм организованного социального права. Поскольку организованное

социальное право наслаивается на непосредственное право (будь то право массы, общности или всеединства), типология организованного права еще более дифференцируется и усложняется. Мы должны изучить каждый вид рассматриваемого права отдельно.

а) *Организованное право масс.* Наименее интенсивные формы слияния сознаний (массы) и наиболее интенсивные их формы (всеединства) представляют собой наименее благоприятную обстановку для возникновения организованных надстроек. Причина в том, что здесь степень унификации надстройки не соответствует степени унификации их спонтанных инфраструктур: она гораздо более интенсивна в массах и гораздо менее интенсивна во всеединстве. Именно поэтому массы спорадически обретают организованную форму и именно поэтому их организованные надстройки сталкиваются с трудностями в борьбе за существование. Кроме того, встречая здесь сильное сопротивление со стороны спонтанной социальности, организация с большей легкостью отделяется и изолируется от своей инфраструктуры. Чтобы лучше бороться за существование, организация часто увеличивает «дистанцию», которая отделяет ее от инфраструктуры, навязывает себя извне, усиливает трансцендентность, жесткость принуждения, короче говоря, с готовностью меняет свою направленность в сторону организации доминирования и в сторону субординирующего права. И даже если организованное право масс не становится субординирующим правом, т. е. даже если оно исходит от надстройки сотрудничества при сохранении своей укорененности в спонтанном праве, рассматриваемое нами право всегда сопровождается особенно интенсивным принуждением. Этому есть три причины: имея лишь незначительную степень действительности, оно должно опираться на устрашение; в силу того, что при своем образовании демократическая организация оказывается в большей степени унифицирована, чем ее инфраструктура, она не может развиваться иными путями, кроме авторитарной централизации (отсюда появляется «монархическая демократия»); наконец, сила организованного принуждения здесь встречается и соединяется с интенсивным давлением сильного спонтанного порицания, характерного для всего неорганизованного социального права масс.

б) *Организованное право общности.* Так как средняя характеристика степени единения в рамках общности более всего соответствует степени унификации ее организованной надстройки, то общность предоставляет наиболее благоприятную обстановку для утверждения организованной социальности, равно как и для поддержания ее укорененности в спонтанной социальности. Это тем более верно с учетом того, что каждая организация с юридической точки зрения является сетью «субъективных» социальных прав, предоставляющих и распределяющих полномочия. Характеризующееся равновесием «объективного» права и «субъективных» прав спонтанное право общности находит свое выражение в организованной сфере с меньшими трудностями, чем любой иной вид спонтанного права. Спонтанное социальное право общности обладает самой высокой степенью действительности и стабильности. Поскольку нарушение предписаний этого права вызывает умеренную степень спонтанного порицания, то организованное право общности проявляет тенденцию к утверждению в качестве наименее авторитарного

права и сопровождается наименее сильной степенью принуждения. И опять-таки, укорененные в общности демократические организации более легко, чем любые другие, преобразуются в децентрализованные, федералистские, плюралистические демократические государства, что еще более смягчает характер принуждения, сопровождающего рассматриваемое организованное социальное право.

с) *Организованное право всеединства*. Так как степень унификации спонтанного всеединства сильнее, чем степень унификации его организованной надстройки, то последняя здесь вновь встречается с серьезными трудностями в плане поддержания своего существования и своей укорененности в основополагающей инфраструктуре. Кроме того, всеединства имеют тенденцию к сужению своих границ и к разделению, во время как их организации обнаруживают тенденцию к расширению или поддержанию *status quo*. Именно поэтому навязанная всеединству организованная социальность зачастую едва ли способна к самоутверждению (например, в архаичном обществе, где преобладает всеединство, а организация сведена к минимуму), а когда она появляется, то возникают сложности с поддержанием ее укорененности в спонтанной социальности (напр., организация церкви — это зачастую своеобразное препятствие для верующих). Абсолютное господство «объективного» права над «субъективным» правом в пределах спонтанного всеединства представляет собой еще одно препятствие адекватному выражению всеединства в надстройке и в организованном праве. Поскольку организованное право всеединства встречает большие трудности при проникновении в него спонтанного права, то, подобно праву масс, рассматриваемое право проявляет тенденцию либо к трансформации в субординирующее право, либо, если ему суждено остаться демократическим, принимает централизованные и авторитарные формы. Об этом свидетельствует и то, что, несмотря на минимальное давление со стороны спонтанного всеединства и его неорганизованного права, из-за неустойчивости этой формы социальности и ее ограниченности мистико-религиозными верованиями в ее пределах возникает гораздо более жесткое принуждение, чем можно было ожидать. Принуждение смягчается только в тех редких случаях, когда организации, в рамках которой это право возникает, удается адаптироваться к узкому кругу участников всеединства (напр., в некоторых протестантских сектах, таких, как индепенденты, анабаптисты, квакеры и т. п.). Но даже когда исчезает централистский характер организованного права всеединства, оно сохраняет тенденцию к установлению связи с мощными репрессивными санкциями.

II. *Право, установленное заранее. Формулируемое ad hoc гибкое право. Интуитивное право*. Все спонтанное право, подобно всему организованному праву, может быть признано тремя различными способами, которые мы упомянули и которые мы должны теперь описать более детально, следуя шести глубинным уровням правовой действительности.

а) *Заранее установленное организованное право*. Этот наиболее неизменный и поверхностный уровень правовой действительности представлен правом, связанным с той или иной организацией и признанным уставами, «законами», судебной практикой, казусами и т. д. Статичный характер такого права имеет двойное происхождение: относительная неподвижность организованного права

в противоположность спонтанному, фиксация через технические приемы признания (цель такой фиксации — устранение сомнений, создание непоколебимого образца поведения, благоприятного с точки зрения обеспечиваемой правом безопасности, степень гарантированности которой в иных случаях оказывается изменчивой).

б) *Гибкое организованное право, формулируемое ad hoc.* Относительная неподвижность всего организованного права здесь снижается за счет того метода обнаружения права, который принимает во внимание конкретные события и обстоятельства, что имеет место применительно к праву, регламентирующему внутреннее функционирование всех организаций (например, право всех управленческих структур и публичноправовых органов, особенно — дискреционное и дисциплинарное право, «полицейское» право и т. д.

в) *Организованное интуитивное право.* Относительная жесткость организованного права все еще может оказаться сильно ограниченной интуитивным методом признания в тех случаях, когда организованный нормативный факт признается напрямую заинтересованными сторонами без помощи какой-либо формальной технической процедуры. Интуитивное право функционирует на организованном уровне социальной жизни, особенно в эффективном применении как гибкого, так и установленного заранее права, заполняя в них пробелы и изменяя их смысловое значение. Именно этот вид права, в основном, ведет к ревизии действующего права и его реформированию в плане усиления адаптации к нормативным фактам — наиболее подвижному элементу в правовой действительности. В конечном счете, рассматриваемое право действует весьма интенсивно в периоды революций, направляя в новые русла потоки устаревшего права (независимо от того, является ли оно предустановленным или же гибким), которое иначе обрекалось бы на гибель. В таких случаях организованное интуитивное право сопровождается спонтанным интуитивным правом, поскольку с юридической точки зрения революция проявляется, прежде всего, в виде бунта спонтанного права против организованного права — бунта, который завершается кристаллизацией нового организованного права.

г) *Спонтанное фиксированное право.* Гибкость неорганизованного права может быть весьма существенно снижена за счет относительной жесткости процедур признания такого права. Это означает, что само спонтанное право зачастую оказывается заранее предопределенным благодаря формальным техническим приемам, которые в определенной мере сдерживают его развитие. Это имеет место применительно к обычному праву, праву несудебных прецедентов, праву, формальным источником которого является доктрина, установленному социальными декларациями праву (торжественные обещания, партийные программы) и т. д. В этом списке жесткость способа признания последовательно уменьшается потому, что в шкале от обычаев до социальных деклараций существует целый ряд нюансов — от явного традиционализма до смелейших новшеств. Право остается неорганизованным, но оно сформулировано заранее более или менее твердыми предписаниями. Очевидно, что это право более динамично, чем установленное заранее организованное право, но здесь гораздо сложнее сравнивать статические и динамические элементы этого вида права с соответствующими элементами других двух

видов организованного права (гибкого или интуитивного) — все зависит от конкретного характера формального источника права, от конкретных ситуаций и от непостоянного равновесия в пределах данного права.

е) *Гибкое спонтанное право, формулируемое ad hoc.* Здесь динамизм неорганизованного права сдерживается очень немногочисленными препятствиями. Можно привести в качестве примера признаваемое свободным усмотрением судьи спонтанное право, право «стандартов и директив» в англосаксонской юриспруденции, спонтанное право, обнаруживаемое признанием нового положения дел той стороной, чьи интересы были ущемлены (например, уступки работодателей в трудовом праве или группы государств в международном праве и т. д.).

ф) *Интуитивное спонтанное право.* Это наиболее глубокий и динамичный уровень правовой действительности. Подвижность неорганизованного права больше не подвергается вмешательству со стороны метода подтверждения, которое само оказывается в потоке изменений. Роль интуитивного спонтанного права, основанного на прямом восприятии (без посредства формальных процедур) неорганизованных нормативных фактов самими заинтересованными сторонами, как раз и заключается в смягчении пертурбаций правовой жизни. Но данное право не получает доминирующего значения в социальной жизни, за исключением эпох революций и социальных волнений.

Изложенное демонстрирует, что, если не принимать во внимание крайности организованного фиксированного права и интуитивного спонтанного права, степень статичности и степень динамичности элементов в любом виде права не могут быть предсказаны заранее и будут зависеть от конкретных обстоятельств. Следовательно, даже если бы кто-то и желал рассматривать антитезу гибкости и жесткости как критерий ценностного суждения, то по отношению к большинству видов права с этой точки зрения оказалось бы невозможным установить какую-либо иерархию. Но это еще не все. Здесь невозможна никакая оценка, основанная на ценностном суждении, потому что с точки зрения правовой действительности ни подвижность, ни жесткость права не обладают какой-либо специфической положительной ценностью. Ценность этих элементов зависит от изменчивого содержания различных видов права и от сложившейся системы их равновесия. Вот почему, противопоставляя неорганизованному праву другие типы права и различая в пределах каждого из этих типов права фиксированное, гибкое и интуитивное право, мы не приписываем ни одному из этих типов большую ценность, чем остальным. Неорганизованное право всегда имеет тенденцию к самоорганизации, и совершенства права состоит в равновесии между организованным и спонтанным правом, в их взаимном проникновении друг в друга. Заявлять, что интуитивное право само по себе лучше, чем гибкое право, было бы не менее ошибочно, чем говорить, что гибкое право лучше, чем заранее предопределенное право. Здесь также все зависит от содержания, от конкретного равновесия, от наличия факта взаимного проникновения, приспособленного к обстоятельствам. Интуитивное право может быть не лучше, а даже хуже, чем фиксированное право (например, интуитивное право белого населения Соединенных Штатов во время освобождения рабов; это право даже сегодня остается частично рабовладельческим). Гибкое право может привести

к большему произволу правителей и судей, если оно не застраховано от такого произвола содержащимися в жестком праве ограничениями. Практика немецких судов при национал-социалистическом режиме — лучшее доказательство тому. Наконец, фиксированное право могло бы препятствовать нормальной правовой жизни и не иметь никакого отношения к жизненной конкретике — *sumtum jus, summa injuria* (лат. — полное следование праву означает наибольшую несправедливость. — *Прим. пер.*), если бы оно оказалось полностью оторванным от гибкого и интуитивного права. Поэтому все эти виды права равнозначны с аксиологической точки зрения; расценивать их как хорошие или плохие можно только применительно к тем напряжениям, компромиссам и слияниям, которые имеют место среди них. Так, наша микро-социология права остается верной принципу всей социологии в целом, полностью отказываясь от оценки.

Как мы отметили выше, выделяемые через вертикальную перекрестную микросоциологию шесть слоев права пересекаются с множеством видов права, дифференцированных через горизонтальную микросоциологию. Схематично (только с целью иллюстрации) можно было бы насчитать не менее 162 (27×6) видов права, которые с различными степенями интенсивности и актуализированности пересекаются между собой и уравниваются внутри каждого механизма правового регулирования, соответствующего каждой группе, каждой реальной коллективной единице. Очевидно, что мы приводим это число только для того, чтобы набросать картину истинного «правового микрокосма», который, по крайней мере, виртуально должен присутствовать в каждой активной социальной группе, даже маленькой. Именно существование этого микромира препятствует поспешным абстракциям и упрощенным суждениям о правовой характеристике различных группировок (например, государства, профсоюзов, церквей и т. д.) и о тех закономерностях, которые направляют преобразования правовых систем, соответствующих типам глобальных обществ.

---

---

## Глава III

# ДИФФЕРЕНЦИАЛЬНАЯ СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА. ПРАВОВАЯ ТИПОЛОГИЯ ОТДЕЛЬНЫХ СОЦИАЛЬНЫХ ГРУПП

Приступая к изучению проблем дифференциальной социологии права, мы переходим от микрофизического к макрофизическому аспекту правовой действительности. Это — область юридической типологии специфических групп, с одной стороны, и комплексных обществ, с другой. Соответствующие типы правовой действительности теперь будут не «видами права», а «механизмами правового регулирования», правопорядками (для отдельных групп) и «правовыми системами» (для комплексных обществ); эти механизмы регулирования и системы права образуют, как мы показали, микромир видов права.

### § 1. Классификация социальных групп

Подобно тому как систематическая социология права должна начинаться с классификации форм социальности, так и дифференциальная юридическая социология должна начинаться с классификации типов групп или реальных коллективных единиц, а правовая действительность здесь будет изучаться как производная от данной типологии. Каждая группа, каждая реальная коллективная единица представляет собой синтез, баланс форм социальности, то единство, которое, в то же время, интегрировано в более широкие рамки комплексного общества. Отдельную группу характеризует то, что она является объединяющим, синтезирующим элементом, который, однако, сам по себе не представляет целостности. Центростремительные силы здесь преобладают над центробежными, единство коллективной психологии преобладает над множественностью интегрированных форм социальности, но при условии, что конкретная группа не отделяется целиком от комплексного общества, что она остается в рамках более глобального целого.

Не существует общества, которое не включало бы в себя множественность отдельных групп. Каждое комплексное общество демонстрирует нам разветвленную сеть реальных коллективных единиц, макромир групп, каждая из которых составляет микромир форм социальности. Даже архаичное общество, которое на первых стадиях считалось однородным и аморфным, в действительности демонстрирует непревзойденную сложность переплетения составляющих его отдельных групп. Магические братства, возрастные и половые группы борются с кланом. Группа живых непосредственно противостоит группе

мертвых, последние в рассматриваемом нами обществе также являются участниками социальной жизни. Таким образом, даже древние представляли себе свое общество как нечто сравнимое с живым организмом, т. е. состоящее из множества ячеек, как единство комплексного общества, выражающее себя в множественности отдельных групп. Современные комплексные общества в подавляющем большинстве составлены из бесконечного многообразия конкретных групп: семьи, коммуны, муниципалитеты, государства, страны, регионы и публичные образования; религиозные секты, конгрегации, монашеские ордена, монастыри, приходы и церкви; профсоюзы и предпринимательские организации (с их объединениями), торговые палаты, кооперативы потребителей и производителей, страховые ассоциации; классы, профессиональные группы, производители, потребители, политические партии; научные общества и благотворительные организации; клубы, спортивные команды, туристские ассоциации; и так далее до бесконечности (см. описание Р. Мунье: *Mounier R. Essais sur les groupements sociaux. 1929*). Все эти группы пересекаются и разграничиваются, объединяются и противостоят друг другу, самоорганизуются или остаются хаотичными, формируют собой крупные блоки или распадаются. Сплетение социальной жизни с точки зрения ее макрофизического аспекта, по сути своей, представляет собой целый комплекс элементов и характеризуется лежащим в ее основании плюрализмом.

Взятые в отдельности, группы являются составными элементами любого комплексного общества, а последнее придает этим группам их исторические черты. Такого же рода группы интегрировались, например, в архаичном, капиталистическом, фашистском или других обществах, их различие было производным не только от неустойчивого равновесия, конституируемого имманентными данным обществам формами социальности, но также и от соответствующих исторических эпох или культурных сфер (Востока, Запада и т. д.), к которым относятся и комплексные социальные типы. Например, семейная или профессиональная группа может иметь весьма различное строение в зависимости от исторической ситуации. В архаичном обществе семья тождественна клану, который, в свою очередь, тождествен церковной и политической группе; профессиональная группа тождественна магическому братству подобно тому, как в других комплексных типах она тождественна касте, или же свободной ассоциации, или органу публичной власти и т. д. В рамках отграничиваемой от других групп семьи иногда доминируют родовые отношения, иногда брачно-семейные, иногда — отношения, собственно связанные с домашним хозяйством. Типы групп есть нечто более конкретное, нечто более подверженное историческим и географическим изменениям, нежели формы социальности и, следовательно, их классификация более трудна и утонченна, чем классификация их составных элементов. Более того, если описание групп и может быть эффективным, то только при том условии, что будут приняты во внимание типы комплексных обществ, в которые рассматриваемые группы интегрированы (причем для такого исследования необходимы определенные критерии, т. е. в данном случае нужно опираться на общую классификацию групп).<sup>90</sup>

<sup>90</sup> Мы не можем принять ни одну из различных классификаций групп, представленных

Данная классификация должна быть основана на ряде точных критериев, большинство из которых перекликается между собой. Эти критерии, как нам кажется, могли бы выглядеть следующим образом: 1) сфера деятельности; 2) продолжительность; 3) функция; 4) направленность деятельности; 5) основной организационный принцип; 6) форма принуждения; 7) степень единства.<sup>LIV</sup>

I. *Частные и комплексные группы.* Реальные коллективные единицы подразделяются в соответствии со сферой их деятельности на отдельные и комплексные группы. Именно в рамках последних и реализуется сверхфункциональная социальность. Комплексные группы обнаруживаются в нации, в международном сообществе и в человечестве (последнее отличается от международного сообщества преобладанием пассивной социальности); в исторических обществах комплексные группы видны в рамках племени, города и империи. Можно отличать комплексные общества от комплексных групп в том плане, что первые представляют собой «тотальные социальные явления», в то время как последние — всего лишь группы сверхфункционального характера. Именно поэтому типы комплексных обществ более конкретны, нежели нация, международное сообщество и человечество, которые могут рассматриваться в абстрактном аспекте как общие типы и как группы, которые всего лишь являются частью данных обществ. Все другие реальные коллективные союзы (конкретные группы, такие, как государство, город, церковь, семья; профсоюзы, профессиональные группы, классы и т. д.) являются лишь частично изолированными группами, так как они представляют собой не что иное, как один из секторов комплексной группы. Только в рамках таких групп может быть осуществлена функциональная социальность.

II. *Кратковременные и длительные группы.* Сами по себе комплексные группы долговечны. Партикулярные группы, напротив, могут быть как временными, так и длительными, хотя последняя форма распространена более широко. В качестве примеров временных групп мы могли бы назвать следующие: а) толпа; б) собрания; в) демонстрации (они зачастую являются внешними выражениями длительных групп); г) тайные и заговорщические организации; д) преступные банды; е) сформированные для одного матча спортивные команды и т. д. Большинство конкретных групп долговременно, но в различной степени; они распадаются под влиянием более или менее явных препятствий.

---

в социологической литературе, потому что нам кажется, что все они не принимают во внимание различий между формами социальности и реальными коллективными единицами. Аналогично, они не достаточно четко определяют критерий классификации. В то же самое время подобная задача выходит за рамки предмета нашего исследования. Поэтому автор этих строк приносит свои извинения за то, что не приводит критический обзор различных классификаций и объясняет только свою собственную концепцию. Интересный обзор классификаций групп американских исследователей см. в работе Эрла Эдварда Эванса: *Evans E. The Concepts of Sociology.* 1932. P. 135–168. — Ценное описание институционализированных групп в Америке дал Ф. С. Шапен в «Contemporary American Institutions» (1935). — Наиболее важные классификации, развитые в данной стране, — У. Г. Самнер и Кули в более ранний период и Р. МакИвер, Элвуд и Шапен в более современную эпоху. О классификациях немецких и французских авторов см. мои соображения в «Социологических очерках» (1938).

### III. Группы, выделяемые в зависимости от осуществляемых ими функций.

Все партикулярные долговременные группы могут быть разделены на *шесть* типов в зависимости от общей природы их функций и вне зависимости от того, преобладает ли в их равновесии однофункциональная или многофункциональная социальность. Это такие типы, как: а) родственные группы, основаны ли они на мистическом или же на кровном происхождении (клан, супружеское и родовое семейство, группа родителей, группа детей и т. д.); б) локальные группы, связанные соседством (коммуна, муниципалитет, округ, область, государство или «политическое сообщество», объединение соседствующих локальных групп); в) группы экономической активности (профессиональные группы, профсоюзы, кооперативы, классы, касты, фабрики, предприятия, отраслевые группы и т. д., короче говоря, все группы, участвующие в производстве, распределении и организации потребления; совокупность этих групп и составляет «экономическое сообщество»); г) группы, не ориентированные на получение прибыли (политические партии, образовательные общества, филантропические общества, спортивные ассоциации, клубы); д) мистико-экстатические группы (церкви, конгрегации, монашеские ордена, секты, магические братства и т. д.); е) дружеские группы или товарищеские объединения, поклонники и последователи какого-то лидера и т. д.

IV. Группы, основанные на принципе борьбы, и группы, построенные по принципу объединения. Родственные, экономические и мистико-экстатические группы должны быть дифференцированы между собой согласно их положению как направленные либо на разделение, либо на объединение. Группы разделения занимают агрессивное положение, а объединяющие группы — примиряющее положение. Например, половые и возрастные группы в архаичном обществе, группы детей в противоположность родительским группам являются группами борьбы, в то время как клан, супружеская и родовая семья — объединяющие группы. Аналогично, профсоюзы и организации предпринимателей, отдельные ассоциации производителей или потребителей, касты — это группировки разделения, в то время как фабрики, предприятия, отраслевые объединения, общества социального страхования, национальные или региональные экономические организации — это объединяющие группы. Среди групп некоммерческого характера политические партии относятся к группировкам борьбы, а филантропические и образовательные группы — к объединяющим группам. Среди мистико-экстатических групп группы борьбы — это магические братства, секты, монашеские ордена; церкви, напротив, относятся к объединяющим группам. То, что территориальные группы обособлены от всех других, свидетельствует о том, что они всегда объединяют и не являются группами борьбы. Можно принять во внимание также и то, что и группы экономической активности, и мистико-экстатические группы могут быть как объединяющими, так и разделяющими. Более того, данное различие не должно смешиваться с противопоставлением общего и частного интереса, где определяющим фактором являются формы социальности. Так, объединяющие группы могут служить частным интересам (например, промышленные предприятия, фабрики и т. д., а в некоторых обстоятельствах — и само государство), а группы борьбы могут обслуживать общие интересы (например, политические партии, профсоюзы и т. д.).

V. *Неорганизованные и организованные группы.* Большинство групп, даже временных, имеют действительную способность к самоорганизации. Как известно, эта способность связана с преобладанием активной социальности над пассивной, последняя оказывается неспособной к самовыражению в организованных надстройках. Обычно активная социальность играет преобладающую роль в синтезе форм социальности каждой группы, поскольку действие неизбежно должно привести к формированию группы, конституировать ее единство и сохранять его. Мы можем указать только на одно исключение: в группах, сформированных по принципу дружбы и поклонения, пассивная социальность обычно преобладает и, как правило, препятствует возникновению организации. Очевидно, что большинство групп могут создать организацию, но это несколько не подразумевает, что все группы в действительности создают свои организации. Многие группы остаются неорганизованными, несмотря на свои масштабы (например, социальные классы, профессиональные группы, отрасли промышленности, объединение групп экономической активности, экономическое сообщество при определенных обстоятельствах). Возможность обретения ими организованной формы определяется ситуацией в комплексном обществе, в которое они интегрированы. С другой стороны, некоторые типы групп организуются с большими усилиями, нежели другие: например, кратковременные группы по сравнению с долговременными, мистико-экстатические группы и группы, основанные по принципу родства — по сравнению с локальными группами и разнообразными видами групп какого-либо рода деятельности. В мистико-экстатических группах организация сталкивается с таким препятствием, как преобладание религиозных и магических верований над юридическими и всеединства — над общностью и массами. В группах, основанных по принципу родства, препятствие к организации заключается в существенном ограничении активной социальности пассивной. Именно поэтому родовая семья, которая предполагает элемент экономической активности и где активная социальность играет важную роль, гораздо более подходит для организации, чем супружеское семейство или домашнее хозяйство. Более того, поскольку соответствующие роли различных форм социальности в рамках группы одного типа неустойчивы и по природе своей зависят от изменчивых конкретных обстоятельств, то сама по себе способность группы к самоорганизации не может быть определена заранее. И при этом игнорируется то, что, будучи однажды организованной, группа сохраняет в пределах своей структуры важные уровни базисной спонтанной жизни. Организованная надстройка никогда не выражает группу полностью и является только одной из множества других форм социальности в рамках объединяющего синтеза рассматриваемой группы.

VI. *Группы с условным и с безусловным принуждением.* Если сопутствующая всему праву социальная гарантия — это факт спонтанной социальности, если степень насилия и принуждения (включая соотношение между репрессивным и реститутивным принуждением, по критерию разграничения Дюркгейма) определены числом препятствий или способностями соответствующей группы к их преодолению (причем такие способности организованная социальность приобретает от социальности спонтанной), то

контраст между условным и безусловным принуждением является производным от единства самой группы. Именно поэтому различие между условным и безусловным принуждением связано с различием между типами групп и может предоставить критерий для их классификации.

Большинство групп, как организованных, так и нет, для обеспечения своего единства используют только условное принуждение, так как их члены могут более или менее свободно выходить из группы и, таким образом, избегать мер принуждения. Тем не менее, есть группы, свободный выход из которых запрещается, и члены которых не имеют никакой правовой возможности уклониться от возможных мер принуждения. Это группы, предрасположенные к мерам безусловного принуждения.

Степень интенсивности принуждения не имеет никакого отношения к подобному различию. В действительности, условные меры принуждения могут принимать жесткую и репрессивную форму (например, телесное наказание и тюремное заключение в рамках гильдий и университетов в Средневековье; бойкот и исключение в современных профсоюзах; карательная война, которая возможна в соответствии с Уставом Лиги Наций). Но, резюмируя, нужно сказать, что в любом случае имеется возможность избежать применения санкций условного принуждения. Наоборот, меры безусловного принуждения могут быть настолько умеренными, насколько приемлемыми здесь будут реститутивные меры (например, незначительные штрафы, возмещение ущерба в гражданском праве). Это не исключает того, что юридически невозможно их избежать, так как они исходят от групп, свободный выход из которых запрещается.

Именно основанные на схожести между собой территориальные группы имеют тенденцию к организации безусловного принуждения, в то время как группы экономической активности или некоммерческие мистико-экстатические группы проявляют тенденцию к преимущественно условному принуждению. Однако, в дополнение к территориальным группам, существуют и другие, которые могут прибегнуть к безусловному принуждению. Так, семья, как супружеская, так и родовая, даже в наше время обладает некоторыми возможностями безусловного принуждения, если речь идет о несовершеннолетних детях. С другой стороны, в отдельные исторические периоды мистико-экстатические группы принимали форму организаций, обладающих возможностью безусловного принуждения (некоторые магические братства в архаичных обществах, Католическая церковь в Средневековье). Наконец, даже группы экономической активности иногда могут использовать данный тип принуждения (например, наследственные касты в Индии, гильдии периода с XIV по XVI в., принудительные профсоюзы в современных тоталитарных государствах). Поэтому, чтобы прийти к точному определению политической группы или государства, одним из критериев которых является *монополия на безусловное принуждение*, необходимо обратиться ко второму критерию — *способу объединения территориальных группировок*, так как в действительности только комбинация из этих двух характеристик отличает государство от других групп.

VII. *Унитарные, федеральные и конфедеративные группы.* Поскольку любая группа является определенным синтезом, обретает равновесие и достигает

определенной степени единства, то необходима основанная на степени группового единства классификация групп. Однако такая классификация возможна только в отношении организованных групп, так как только в них степень унификации проявляет себя настолько, что может стать доступной познанию через заранее установленные рефлексивные паттерны, согласно которым полномочия организации соотносятся между собой и иерархизируются.

Организованная группа оказывается унифицирована, если ее структура представляет собой прямой синтез форм социальности, или когда существующие в ее рамках субструктуры играют лишь подчиненную роль, а центральная организация доминирует над ними (например, любые виды децентрализации). Группа федеративна, когда ее структура представляет собой синтез субструктур; синтез, устроенный так, что центральная группа и подгруппы равны в своих возможностях инициировать объединение. Группа конфедеративна, когда ее устройство представляет собой синтез субструктур, настолько самостоятельных, что подгруппы доминируют над центральной группой.

Каждая группа, устройство которой в достаточной степени укоренено в основополагающей спонтанной социальности, в аспекте своего внутреннего функционирования может быть охарактеризована как «сложная коллективная личность», как равновесие между центральным субъектом и частными лицами, синтез между единичными субъектами, нечто связующее множество отдельных единиц. Приведенные выше определения могут также быть сформулированы следующим образом. В унитарной группе равновесие между центральным субъектом и частичными лицами достигается в рамках комплексной коллективной личности (в пользу центрального субъекта). В федеративной группе то же самое равновесие достигается через уравнивание центрального субъекта и отдельных лиц. Наконец, в конфедеративной группе равновесие склоняется в пользу преобладания отдельных лиц над центральным субъектом.

Ошибочно думать, что подобное различие применимо только к государствам (и к взаимоотношениям среди государств), которые на протяжении длительного времени дифференцировались (без единства мнений по поводу критериев дифференциации) как унитарные, федеративные или как конфедерации государств. Данное различие применимо к любым организованным группам — группам, основанным по принципу родства, группам экономической или некоммерческой деятельности, к мистико-экстатическим группам; эти группы могут быть унитарными, федеративными или же конфедеративными. Типичные примеры групп экономической активности, имеющих федеративный характер, — это федерации профсоюзов какой-либо отрасли промышленности, биржи труда, кооперативы, страховые компании и т. д. Типичными примерами групп конфедеративного характера являются французская «Всеобщая Конфедерация Труда», «Американская федерация труда» и т. д.

Большинство критериев, на которых основывается данная классификация групп, пересекаются друг с другом, что ведет к значительному росту количества их типов. Более того, мы должны учитывать то, что установленные нами

типы чересчур широки и зачастую требуют разграничения на подтипы (например, такие разделяющие группы, как секта, профессия, социальный класс, политическая партия, социологически довольно четко отличаются одна от другой и требуют специального изучения), а также и то, что они отличаются от друг друга в зависимости от ситуативных функций в комплексном обществе. Поэтому в заключение необходимо отметить, что только серьезные «социографические» исследования, описывающие опытным путем неисчислимую множественность и разнообразие отдельных групп комплексного общества в конкретный исторический момент, могут дать полную и реальную картину существования таких групп. Любая общая классификация типов групп обречена оставаться схематичной и абстрактной, быть не чем иным, как всего лишь программой конкретных социографических исследований, применительно к которым она служит только точкой опоры. Тем не менее, нужно сделать оговорку о том, что данные классификации все же оправданы, и подчеркнуть важность изучения типов групп, особенно в контексте задач дифференциальной социологии права, которая изучает структуру действия права или юридических норм, приспособленных к каждому из таких групповых типов. Подобные рассуждения показывают, что с социологической, равно как и с аксиологической точки зрения невозможно установить априорную иерархию различных частных групп, так как их взаимоотношения изменяются в зависимости как от строения комплексного общества, так и от подвижного равновесия различных форм социальности, которые конституируют любую группу. В то же время, любая группа, в зависимости от конкретных и непредсказуемых обстоятельств, может реализовывать как позитивные, так и разнообразнейшие негативные ценности. Таким образом, социология групп со всей суровостью должна выступить против широко распространенного предубеждения, согласно которому объединение территориальных групп (т. е. государство) априорно преобладает над объединением групп экономической активности. В действительности, их взаимосвязи, равнозначность или же преобладание одного из этих объединений над другим зависят от степени их организованности, от изменчивой способности отражать общий интерес и, наконец, от вариаций коллективных юридических верований того общества, в которые эти группы интегрированы. Только сверхфункциональные группы (народы, международное сообщество, человечество в целом) имеют постоянную тенденцию к доминированию над функциональными группами. К этому можно добавить только то, что среди частных групп длительные группы преобладают над кратковременными. Какую-либо иную априорную иерархию групп установить невозможно.

## **§ 2. Разграничение систем правового регулирования как производное от типологии социальных групп**

Любая группа, в которой доминирует активная социальность и которая реализует позитивную ценность (подобно любой форме социальности, которая удовлетворяет подобным требованиям и которая обретает синтезированную целостность в рамках социальной группы), утверждает себя в качестве «нормативного факта», порождающего свое собственное правовое регулирование.

Как мы уже указали, нормативный факт группы является источником не видов права, а их специфического равновесия в системе правового регулирования определенного правопорядка. Подобная система правового регулирования, будучи микромиром видов права, в большинстве случаев может рассматриваться в качестве синтеза различных видов *социального права*. Этому есть две причины. Во-первых, межиндивидуальное право обычно производно от внешних отношений между группами (межгрупповое право, которое, подобно праву межиндивидуальному, может принимать форму права сближения, права разделения или же их смешения) или между принадлежащими к различным группам индивидами. Во-вторых, регулирование посредством межиндивидуального права в развитой правовой жизни сконцентрировано, в конечном итоге, вокруг двух специфических регулятивных механизмов — соответствующего политико-территориально-государственной группе (особенно в том, что касается организованного индивидуального права) и соответствующего экономическому сообществу (что касается спонтанного индивидуального права). В качестве исключения мы можем привести только ту роль, которую играло в Средневековье каноническое право (как источник межиндивидуального права) — механизм правового регулирования Католической церкви (см. ниже: § 4 гл. IV). Во всех других системах, соответствующих различным типам групп, можно обнаружить лишь зачатки межиндивидуального права, которые мы оставим в стороне ради большей ясности и простоты нашего изложения.

I. *Относительные способности различных групп к созданию нормативно-правовых актов*. Далеко не все группы, встречающиеся в упомянутых выше условиях, одинаково пригодны с точки зрения их структуры для создания собственного регулятивного механизма. Во-первых, кратковременные группы испытывают недостаток стабильности, необходимой для право genesis. Толпы, собрания, заговорщические группы и т. п. представляют собой скорее хаотическое нагромождение видов права, нежели сбалансированный правопорядок. Во-вторых, группы, которые остаются неорганизованными, образуют свой правопорядок лишь с большим трудом, если только это не группы, отличающиеся неординарной прочностью, подобно нации, международному сообществу, спонтанному экономическому сообществу, отрасли промышленности и т. п.

Среди групп, различающихся по функциональному признаку, родственным группам лишь с трудом удастся образовывать системы правового регулирования по причине довольно пассивного характера брачного союза, неразрывно связанного с преобладанием в нем моральных верований над юридическими. Только родовая семья за счет соотнесенности с экономическими функциями проявляет способность беспрепятственно служить нормативным фактом для возникновения настоящего правового акта.

Мистико-экстатические группы как источники определенного регулятивного механизма подвержены влиянию противоречивых факторов. С одной стороны, господство религиозных или магических верований наряду с доминированием элемента всеединства с юридической точки зрения является неблагоприятным фактором. С другой стороны, необычайно сильная

и устойчивая связь, проистекающая от мистических верований, облегчает тот всеобъемлющий синтез, который конституирует эти группы и, тем самым, способствует зарождению надлежащей системы правового регулирования. Именно поэтому исходящий от церкви законодательный акт (в рамках христианства мы можем говорить о церковном праве и, в более широком смысле, о каноническом праве) иногда развивается с большей легкостью и интенсивностью (например, ситуация с Католической церковью с ее устремлениями к установлению видимого внешнего церковного единства), а иногда — с большей трудностью (например, ситуация с Православной греческой церковью с ее склонностью жертвовать внешним единством во имя коллективного мистицизма; ситуация с Реформаторской кальвинистской церковью с ее исключительной опорой на совесть прихожан).

Территориальные и функциональные группы (экономические или некоммерческие) в равной степени способны к образованию систем правового регулирования. Тем не менее, поскольку территориальные группы более устойчивы по сравнению с функциональными группами за счет того, что они основаны на сходстве, они зачастую демонстрируют способность создавать правовые акты с более четкими контурами и быстрее выражать себя в организованных надстройках, чем второй тип групп. Вероятно, именно обнаружение данного нюанса привело многих юристов к совершенно ошибочному выводу, что только территориальные группы, точнее, их блок (государство), способны к созданию или, во всяком случае, к формулированию права. Здесь крупница истины привела к серьезной ошибке, которая на протяжении длительного времени неблагоприятно сказывалась на исследованиях. Нам еще предстоит случай убедительно продемонстрировать ту самостоятельность, которой обладают исходящие от экономических групп правовые акты, и их равнозначность регулятивным механизмам государственного права в случае конфликта. Разграничение коллективных социальных единиц на группы разобщения и соединения, на унитарные, федеративные и конфедеративные группы, в конечном счете, на группы, располагающие мерами условного или безусловного принуждения, совершенно не влияет на степень их способности к порождению систем правового регулирования.

II. *Политические, экономические и мистико-экстатические системы правового регулирования.* Внутренняя структура систем правового регулирования меняется в зависимости от характера групп, их порождающих. Здесь необходимо проводить различие между группами по функции, по степени единства и, наконец, по масштабу. Особенно интересным, на первый взгляд, является разграничение систем правового регулирования на блоки территориальных групп, групп экономической активности и мистико-экстатических групп. Системы правового регулирования, порожденные территориальными группами, характеризуются признаком территориальности, в то время как группы двух других типов отличаются экстратерриториальностью. Следовательно, первые преимущественно обнаруживают тенденцию к жесткости, а последние — к эластичности, гибкости и подвижности. Это четко проявляется в том, что круг объектов, нуждающихся в правовом регулировании групп

территориального характера, может быть предусмотрен и определен изначально, в то время как системы правового регулирования, в частности, соответствующие экономическим группам, зачастую неожиданно навязывают себя неопределенному кругу субъектов (например, коллективные трудовые переговоры, промышленные соглашения).

Более того, в системах правового регулирования «экономического» и «мистико-экстатического права» (например, канонического права) неюридические верования отражаются более интенсивно, чем в территориальных системах правового регулирования. Особенно ясно это видно на примере канонического права, где присутствуют интенсивные мистические и моральные элементы и где, как следствие, преобладает право всеединства. В системах правового регулирования экономического права (особенно это относится к праву, соответствующему группам рабочих) проявляются общее усилие и коллективный труд, что содействует закреплению приоритета за правом общности. Наконец, в регулятивных системах, соответствующих группам потребителей и, даже в большей степени, группам безработных, преобладает право масс. Поскольку общность — это форма социальности, наиболее благоприятная для действия права, то системы правового регулирования, соответствующие группам рабочих и производителей, проявляют себя в экономической жизни с большей непринужденностью и силой, нежели все остальные, и проявляют инициативу в развитии и создании законодательных актов экономического права, конкурирующих с государственным правом.

III. *Унитарные, федеративные и конфедеративные системы правового регулирования.* Способы сочетания различных видов права разнятся в унитарных, федеративных и конфедеративных системах правового регулирования, каждый из элементов которых обладает характеристиками соответствующих типов групп. Право всеединства и право масс играют исключительную роль только в рамках унитарной системы правового регулирования, в то время как в федеративных и конфедеративных правопорядках обязательно доминирует право общности. Но благоприятному воздействию этого фактора на действенность права противостоит то, что федеративные и конфедеративные системы правового регулирования являются чересчур «формализованными», способными к признанию нормативных фактов лишь в соответствии с процедурами, установленными заранее, и лишь с незначительным заимствованием гибкого и интуитивного права. Подобные типы правопорядков проявляют себя на более поверхностном уровне, нежели это характерно для унитарных правопорядков, которые допускают *любые* методы признания, выигрывая, таким образом, в интенсивности, но проигрывая в точности.

В свете таких противоречивых факторов было бы ошибкой утверждать, как это делают некоторые теоретики (например, Прудон), что федеративные и конфедеративные системы правового регулирования по сравнению с унитарными правопорядками более способствуют верховенству и эффективности права в обществе. В то время как комбинация объединяющих групп (т. е. групп примирительной позиции) имеет тенденцию развиваться к унитарной системе правового регулирования, то комбинация групп борьбы (т. е. групп

с воинственной позицией) имеет склонность развиваться в равной мере как к федеративному, так и к конфедеративному правопорядкам. Поскольку группы борьбы (классы, профессиональные группы, профсоюзы и т. д.) особенно широко распространены в сфере экономической активности, порядок экономического права без особого труда находит свое выражение в федеративных или конфедеративных формах. Территориальные группы являются объединяющими группами и, следовательно, в случае своего объединения имеют тенденцию развиваться к унитарному правопорядку. Федеративный правопорядок возникает здесь с большим трудом, а конфедеративный появляется только как исключение.

Подводя итог, можно сказать, что конфедеративные правопорядки особенно характерны для групп экономической активности, а унитарные — для территориальных групп; федеративные же системы правового регулирования возможны для обоих типов, но встречают меньше всего препятствий в экономическом сообществе.

*IV. Системы правового регулирования, характерные для объединяющих групп и для групп борьбы.* Системы правового регулирования, соответствующие группам борьбы и группам объединения, различаются по степени своей эффективности. Подобные различия связаны с неодинаковой сложностью осуществляемого ими синтеза видов права. Правопорядки религиозных сект, социальных классов, профессиональных объединений, групп производителей и т. д. представляют собой такую систему равновесия, которая одновременно является и более простой, и более интенсивной по силе своего действия, чем системы правового регулирования церкви, групп экономического интереса, промышленности, глобального экономического сообщества и т. д. С этой точки зрения, в сравнении с системой правовых актов объединяющей группы, «классовое», «пролетарское», «буржуазное право», «право среднего класса» и т. д. имеют особые характеристики. В противостоянии между «пролетарским правом» и «буржуазным правом» мы имеем не только конфликт между двумя различными правопорядками, регулирующими внутреннюю жизнь двух соответствующих классов, но также и конфликт между различным видением правовых ценностей, между различными аспектами справедливости; отсюда сила коллективного убеждения, большая простота объединяющего синтеза и большая эффективность этих систем правового регулирования.

Напротив, системы правовых актов объединяющих групп основаны на сложном синтезе, в который проникает дух компромисса. Сила убеждения здесь оказывается ослабленной, а вместе с ней ослабляется и степень эффективности рассматриваемой системы правового регулирования. Однако отсюда никак не следует, что разобщающие правопорядки имеют большую действенность, чем объединяющие. Иные факторы вторгаются сюда, и это влечет за собой противоположные результаты. В действительности объединяющие группы легко обретают более широкие масштабы в ситуации интеграции групп борьбы и сглаживания их конфликтов посредством навязывания им определенной системы правового регулирования. Более того, если объединяющим группам удастся преуспеть в представлении какого-либо из аспектов общего интереса, их системы правового регулирования в форме

«общего права» приобретают дополнительные возможности для преобладания над частными системами правового регулирования групп борьбы. Не следует забывать, что комплексные группы, правопорядки которых преобладают над всеми остальными, объединяют те группы, которые являются наиболее масштабными в рамках данного типа — т. е. группы, в которых действуют сверхфункциональная социальность и соответствующее правовое регулирование. Таким образом, взаимная эффективность систем правового регулирования групп борьбы и объединяющих групп определяется множеством различных факторов, среди которых интенсивность является только одним из прочих и, следовательно, не может расцениваться в качестве решающего.

V. *Национальные и международные системы правового регулирования.* До сих пор мы рассматривали правовую типологию только лишь отдельных групп. Но очевидно, что глобальные группы также порождают свои специфические системы правового регулирования. Поэтому здесь мы должны рассмотреть правопорядки нации и международного сообщества, тогда как человечество в целом (для которого характерно преобладание пассивных форм социальности) предстает в этом смысле совершенно бесплодным с юридической точки зрения. Национальные и международные правопорядки сходны в том, что они характеризуются сверхфункциональностью. Это предполагает, прежде всего, невозможность их выражения кроме как посредством множественности функциональных систем правового регулирования (в их национальных и международных аспектах): например, политическое право, экономическое право, духовное право и т. п. Далее, это предполагает то, что системы правового регулирования нации и международного сообщества благодаря своей структуре сохраняют спонтанную форму, достигая объединяющего синтеза в рамках неорганизованного права только посредством ряда независимых систем правового регулирования организованного права (например, организованная система правового регулирования Лиги Наций, Международной организации труда и т. д.). Наконец, национальные и международные правопорядки имеют тенденцию к юридическому верховенству над включенными в них системами правового регулирования (например, национальный правопорядок превалирует над государственным или над правопорядком экономического сообщества). В рамках последних национальные и международные порядки регулируют отношения и конфликты, т. е. определяют для них иерархическую зависимость или равенство.

С другой стороны, национальные и международные системы правового регулирования обладают свойствами, характерными для объединяющих правопорядков, и эти свойства выражены особенно интенсивно. Следовательно, они больше, чем какая-либо иная система правового регулирования (например, политическая или экономическая), расположены к признанию права посредством гибких и интуитивных процедур. Именно поэтому синтез различных видов права здесь развивается более в сторону гибкого и интуитивного права, чем в сторону каких-либо иных видов права. Признание права *ad hoc* и, собственно, интуитивные способы признания права со стороны заинтересованных лиц (которые интуитивно «схватывают» нормативный факт нации или международного сообщества) играют здесь доминирующую роль.

Но сюда вмешиваются также обычай, соглашение, доктрина, одностороннее признание и т. п., которые заранее фиксируют спонтанные системы правового регулирования национального и международного права. Теперь мы должны прояснить специфику национальных и международных правопорядков, а также специфику их взаимоотношений.

В объединяющем синтезе, составляющем правопорядок национального права, ведущую роль обычно играет право общности, в то время как для правопорядка, характерного для международного права, взаимная роль права масс и права общности гораздо более непостоянна, но характеризуется общей и бесспорной тенденцией к доминированию права масс. Так как международный правопорядок пребывает во власти права масс, он как раз и отличается меньшей эффективностью по сравнению с национальным правом. Если бы мы принимали во внимание только способность к созданию системы правового регулирования, мы должны были бы признать приоритет национального права над международным. Но здесь вмешиваются и другие факторы, о которых мы уже имели возможность упомянуть. Наряду с факторами стабильности и эффективности интерес представляют факторы возможности и степени способности к осуществлению справедливости, которые вторгаются в проблему взаимосвязей систем правового регулирования. С данной точки зрения, международный правопорядок имеет приоритет над национальным, функции которого он определяет и разграничивает. Однако в силу того что факторы, обеспечивающие верховенство, являются противоречивыми и взаимно противостоящими друг другу, все зависит от их изменчивого равновесия. Отношения между национальным и международным правом столь же изменчивы и подвижны, как и отношения, обеспечивающие единство нации или международного сообщества (влияющие на степень доминирования в их правопорядках права общности и права масс). Эти факторы уменьшают или увеличивают спектр возможностей и особых свойств международного сообщества. Все, что можно сказать *a priori* — это то, что в случаях равной степени эффективности правопорядок международного права обладает превосходством над национальным правопорядком.

Разрабатывая основу юридической типологии групп (она, подобно классификации групп, остается и должна оставаться на уровне схематической программы конкретных исследований, которым она может предложить лишь точки опоры), на протяжении всего нашего исследования мы были вынуждены настаивать на невозможности установления какой-либо предвзятой иерархии систем правового регулирования. За незначительными исключениями случаев господства комплексных правопорядков над частными, систем правового регулирования публичного права над таковыми частного права, долговременных порядков над кратковременными, отношения среди различных систем правового регулирования являются по природе своей непостоянными; они допускают взаимное превосходство или равенство в зависимости от разнообразия меняющихся факторов и их непостоянного равновесия. В частности, вопреки закоренелому предубеждению о превосходстве государственного права, мы показали, что системы экономического и канонического правового регулирования, не говоря уже о международном праве, обладают

теми характеристиками, которые позволяют им в конкретных обстоятельствах конкурировать с политическим правопорядком (в том отношении, что они могут утверждать себя как равные или более значимые).

Подобный вывод, который, казалось бы, является следствием точки зрения, исходящей из объективного анализа групповой типологии, может войти в принципиальное противоречие с «принципом суверенитета», на котором иногда настаивают некоторые социологи, причем даже с большим воодушевлением, чем юристы, поскольку для них это связано с проблемой единства всей социальной реальности. Поэтому, в целях пояснения результатов нашего исследования, позвольте нам еще раз проанализировать взаимоотношения между системами правового регулирования с точки зрения принципа суверенитета, рассматриваемого в качестве элемента социальной действительности.

### § 3. «Суверенитет» и соотношение различных типов правопорядков с правопорядком государства

Если с социологической точки зрения необходимо было понимать принцип суверенитета как превосходство в каждом коллективе или группе единства над многообразием, центростремительных тенденций над центробежными, мы были бы вынуждены признать, что каждая группа обладает суверенитетом по отношению к составляющим ее социальным формам. Группа как реальность не может существовать, не утверждая себя в качестве Целого, непреодолимого со стороны составляющих ее частей, над разрозненностью которых преобладают присущие ей единство и взаимосвязь. По аналогии мы должны были бы признать, что глобальные группы суверенны по отношению к более мелким группам, интегрированным в них. Это привело бы к утверждению, что каждый регулятивный механизм обладает суверенитетом по отношению к видам права, синтезированным в нем, что многофункциональные правопорядки суверенны по отношению к однофункциональным и, в конечном итоге, что сверхфункциональные механизмы правового регулирования (национальные или международные) суверенны по отношению ко всем другим (например, по отношению к регулятивным механизмам государства, экономического сообщества и т. д.).

Этих простых утверждений было бы достаточно, чтобы установить различие между властью и суверенитетом и в рамках последнего разграничить *относительный* и *абсолютный* суверенитеты. Понимаемый таким образом суверенитет фактически является не атрибутом власти, а простым ее проявлением. Таким образом, социальная власть является проявлением несводимости Целого к своим составным элементам. Первое проявление власти относится не к группам, а к многообразным формам социальности через взаимопроникновение и частичное слияние, а именно к массам, общности и всеединству, которые оказывают воздействие различной степени по отношению к своим членам. Таковую власть или, правильнее, такие виды власти на микросоциологическом уровне описать невозможно по двум причинам: 1) потому что в спонтанной социальности (благодаря «взаимобусловленности перспектив»)<sup>91</sup> не может быть и речи о превосходстве Целого

<sup>91</sup> См. мою статью (Gurvitch G. Masses, Community, Communion // Philosophical Review. August 1941) и мою работу «Социологические очерки» (1938).

над составляющими его частями и 2) потому что организованная социальность не обладает приоритетом по отношению к непосредственной социальности.

Суверенитет как специфическое свойство власти появляется только тогда, когда мы переходим от микросоциологического к макросоциологическому уровню. Мы уже видели, что суверенитет групп может иметь различные степени, потому что все виды суверенитета, кроме суверенитета глобальных обществ, могут иметь лишь относительный характер. Следовательно, только такие сверхфункциональные группы, как нация и международное сообщество, могут обладать абсолютным суверенитетом.

Социальная власть относительно или абсолютно суверенной группы является производной от ее механизма правового регулирования, точнее, ее социального правопорядка, при условии, что вышеупомянутая власть основывается на праве, а не на мистико-религиозных верованиях (харизматическая власть). Можно также сказать, что обычно суверенность любой социальной власти является правовым суверенитетом, суверенитетом регулятивного механизма по отношению к видам социального права, которые эта власть уравнивает, или суверенитетом одного из правопорядков, преобладающего над другими. Вот почему социологический анализ приводит к выводу о том, что основная проблема суверенитета — это проблема *правового суверенитета*, и что этот правовой суверенитет, если понимать его в смысле преобладания, присущ только глобальным, сверхфункциональным группам. Понимаемый таким образом, принцип суверенитета просто подтверждает наше заключение о невозможности заранее установить иерархию между регулятивными механизмами политического и экономического права. Их изменчивые отношения четко регулируются суверенным правопорядком нации и международного сообщества, которые единственно обладают абсолютным правовым суверенитетом. Эти два правопорядка в определенные моменты истории могут устанавливать или приоритет, или равновесие между функциональными и партикулярными механизмами правового регулирования, которые входят в данные правопорядки.

Казалось бы, сложность проблемы возрастает из-за того, что принцип суверенитета был выработан как раз в ту историческую эпоху, когда правовая структура глобального общества отдавала приоритет государственному порядку. Это была эпоха формирования современного территориального государства, сражающегося на два фронта, против организаций, которые, не будучи территориальными группами, претендовали на государственно-властный статус (Церковь и Священная Римская империя извне и феодализм изнутри). Территориальное государство, утверждая свой «суверенитет», в основном защищало свою монополию на безусловное принуждение, т. е. внешнюю независимость от всех организаций, претендующих на государственно-властный характер, и внутреннее превосходство над всеми группами, претендующими на такой характер, требуя для себя право безусловного принуждения. Монополия на такое принуждение является отличительной чертой государства (что, в соответствии с общепринятой терминологией, мы можем назвать «*политическим суверенитетом*»). Это ни коей мере не

подразумевает собой наличие *«правового суверенитета»*, который представляет собой совершенно другое понятие.

Монополия государства на безусловное принуждение осуществлялась и всегда осуществляется в пределах границ правовой компетенции государства. Последняя же всегда зависит от правопорядка комплексного сверхфункционального общества, постоянно меняющего пределы компетенции государства и других функциональных групп, то расширяя, то сужая их. Такие глобальные общества хотя и обладают исключительным правовым суверенитетом, но не имеют в своем распоряжении безусловного принуждения.

Стремление атрибутировать государству как политический, так и правовой суверенитет (компетенцию компетенций) основано лишь на иллюзиях. Это происходит из-за исторического совпадения во времени расширения полномочий государства, проистекающих из правопорядка передающих свои компетенции государству глобальных обществ, а также вследствие случайного факта относительного преобладания права политического сообщества в конкретную историческую эпоху. Но подобное правовое превосходство государства не было окончательным. Оно отнюдь не вытекало из специфической природы государства как блока локальных групп, обладающих монополией на безусловное принуждение. Это было только историческим стечением обстоятельств.

Подобная оптическая ошибка, но в противоположном смысле, имела место в начале XX в., когда некоторые юристы, наблюдая тенденцию к большему ограничению правовых полномочий государства международными и профсоюзными организациями, поспешили заявить, что *«принцип суверенитета умер»*. Они не заметили того, что переворот иерархии различных правовых порядков был утверждением только правового суверенитета, так как монополия государства на безусловное принуждение, осуществляемое в постоянно меняющихся границах государственно-властных полномочий, не зависит от границ правового суверенитета.

В заключение мы можем сделать вывод о том, что принцип суверенитета с социологической и правовой точек зрения незаменим в целях гармонизации борющихся между собой различных механизмов правового регулирования, а также в целях обеспечения особого положения государства. Но он не предполагает заранее установленной иерархии групп и соответствующих правопорядков. Напротив, данный принцип оставляет широко открытым путь для бесконечных пересмотров иерархии и изменений отношений между группами.

Можно, однако, возразить, что такие рассуждения имеют отношение только к диффузному, неорганизованному суверенитету права и игнорируют проблему правового суверенитета, сконцентрированного в органе, способном выражать такой суверенитет сознательно и намеренно. Разве любое достаточно развитое общество не характеризовалось такой концентрацией и организацией суверенитета права? На это мы отвечаем, что в действительности данная проблема возникает только тогда, когда регулятивные механизмы политического и экономического права признаются юридически равнозначными со стороны лежащих в их основе правопорядков нации и международного

сообщества. Далее, для формулирования и выражения правового суверенитета возникает необходимость в третейских организациях судебного характера; возникает нечто вроде верховного суда, наделенного компетенцией по толкованию спонтанного суверенного права нации и международного сообщества. Вместе с тем в эпохи, когда правовые порядки глобальных обществ предоставляют правовое превосходство одной из партикулярных групп (например, в Средние века — Церкви; в XVI–XIX в. — государству), именно такие партикулярные группы становятся органами, обладающими компетенцией на толкование и воплощение в себе правового суверенитета. Данный факт совсем не означает, что правовой суверенитет может передаваться партикулярным группам, потому что, в любом случае, истинный правовой суверенитет остается рассеянным по всему глобальному сверхфункциональному обществу.

Даже во времена, когда суверенитет механизмов правового регулирования нации и международного общества предоставляет правовое превосходство государству, взаимоотношения государственного права с разнообразными структурами негосударственного права могут принимать различные формы.

С этой точки зрения можно определить четыре основных типа регулятивных механизмов социального права, завершив правовую типологию групп, которую мы предприняли во второй главе данного раздела.

1. *Структуры чистого и независимого социального права*, которые в конфликтных случаях обладают приоритетом или эквивалентны правопорядку государства; например, национальное сверхфункциональное право, международное право, право Римской католической церкви (церковное и каноническое) и других церквей в случаях отделения церкви от государства и, наконец, экономическое право в случаях автономно организованной экономики, которая преобразовывает его из партикулярного в общее право.

2. *Структуры чистого социального права, опекаемого государством*, т. е. не обладающие безусловным принуждением и являющиеся автономными. В случае конфликта они склоняются к государственному правопорядку и подчиняются ему. Внешне это выражается в переводе подобных регулятивных механизмов в область «частного права», так как сами различия между публичным и частным правом, как мы видели, зависят от различных решений, принимаемых государством. В наши дни таково положение дел с семейными группами, группами некоммерческой деятельности и даже с большинством групп экономической активности, которые при существующем режиме утверждают себя как партикулярные. Им нет числа.

3. *Структуры автономного социального права, аннексированного государством*, т. е. поставленные на службу государству путем включения их в государство в качестве «децентрализованных публично-правовых органов» или простого повышения их статуса до привилегированной сферы публичного права. В случаях, когда подобная аннексия затрагивает локальные группы ограниченного масштаба (муниципалитеты, городские советы, округа и т. д.), т. е. структуры права местного самоуправления или права союзов землевладельцев (например, держателей прав на земельные участки на берегах водоемов, владельцев шахт и т. д.), то она не так сильна благодаря тому, что государство представляет собой блок локальных групп. Сама децентрализация

государственных органов, выполняющих чисто технические функции (образовательные учреждения, транспорт, почтовые организации, лечебные учреждения и т. д.), также происходит в рамках одной из форм автономного правопорядка, аннексированного государством. Более удивительным является случай аннексии государством экономически активных групп (например, профессиональных организаций), некоммерческих групп (страховых обществ и обществ взаимопомощи) и, наконец, при цезарепапистском режиме — мистико-экстатических групп. Ведь все эти группы обладают нетерриториальным характером и не входят в рамки государства (блока локальных групп), если только к этому не принудит их государство, монополизировавшее безусловное принуждение. В тоталитарных государствах с этой точки зрения особенно характерной является система обязательных профсоюзов, навязанных заинтересованным сторонам извне для того, чтобы доминировать над ними.

4. *Структуры социального права, конденсированного в право демократических государств*, характеристики которого нам уже известны. Очевидно, что каждая из этих структур, равно как и те, которые были определены как производные от типов групп, представляет собой нестабильное равновесие различных видов права, в особенности, права масс, общности и всеединства. Не менее очевидно и то, что, в зависимости от исторических обстоятельств и изменений в суверенной правовой структуре нации и международного сообщества, структуры права, подвергаемые контролю и аннексии со стороны государства, иногда развиваются в сторону чистого и независимого социального правопорядка, а иногда движутся в обратном направлении — в сторону правопорядка государства. Именно подобные изменения промежуточных структур права демонстрируют иногда превосходство внутренней политической группы, иногда государства, иногда экономического общества или, наконец, правовое равенство этих групп. Но здесь перед нами встает новая проблема — проблема правовой типологии комплексных обществ.

---

## ГЛАВА IV

# ДИФФЕРЕНЦИАЛЬНАЯ СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА (ПРОДОЛЖЕНИЕ). ПРАВОВАЯ ТИПОЛОГИЯ КОМПЛЕКСНОГО ОБЩЕСТВА

Бесконечная сложность и бесконечное богатство аспектов и содержания каждого комплексного общества — проявления «тотальных социальных феноменов» — не позволяют зафиксировать их в рамках социологической типологии, если только не взять за точку отсчета какой-то конкретный вид социальной активности. Так, классификация типов комплексных обществ может дать разнообразные результаты в зависимости от того, какой исходной точки зрения придерживаться: опоры на экономические, религиозные, моральные, юридические или другие явления. Было сделано множество попыток создать классификацию, с исчерпывающим обзором которых (сделанным г-ном Штейнмедом) можно ознакомиться в «L'Année Sociologique» (1900; т. III). К этому можно добавить анализ учений о «кругах цивилизации», проводимый Гребнером,<sup>LV</sup> Шмидтом и Купером, и теорию «культурной морфологии» Фробениуса и Шпенглера,<sup>LVI</sup> которую кратко, но глубоко раскритиковал Мосс в своей статье «О цивилизациях» (*Mauss M. De civilisations // Première Semaine Internationale de Synthèse. 1930*). И если все эти попытки так и не смогут дать удовлетворительных результатов, то (оставляя в стороне влияние эволюционистских предрассудков) исключительно по причине монистических тенденций к установлению уникальной типологии, действительной для исследования всех аспектов социальной действительности в совокупности.

Осознавая нереальность подобных попыток и принимая во внимание прагматичный характер всех классификаций типов «тотальных социальных явлений», классификаций, которые допускают многочисленные вариации в зависимости от преследуемой цели, мы ограничимся схематической характеристикой некоторых типов комплексных обществ применительно к исследованию правовых явлений. Данные типы разработаны в большей степени как иллюстрации того направления, в котором необходимо проводить такие исследования. Они не претендуют ни на окончательные результаты, ни на то, чтобы быть исчерпывающими, ни, разумеется, на то, чтобы заменить собой конкретную историю права и культуры в целом, которые только и в состоянии выразить целостную реальность различных комплексных обществ со всеми их индивидуальными особенностями.

Мы устанавливаем семь различных типов комплексных обществ с точки зрения их воздействия на системы права. В процессе такого разграничения

мы в основном руководствовались, с одной стороны, критерием преобладания в соотношении систем правового регулирования одной группы над другими и, с другой стороны, критерием степени мистицизма и рационализма, содержащегося в концепциях права и власти, характерных для различных обществ, — критерием, специально разработанным Максом Вебером (*Вебер М. Хозяйство и общество. 1922*). Так, Вебер различал «харизматический», «традиционный» (особенно наследственный) и «рациональный» типы государственной власти. Вебер также разграничил: 1) системы права, полностью пронизанные сверхъестественным (магическим или религиозным); 2) сравнительно рациональные системы (по процедуре властвования, т. е. по «*формальной рационализации*», или по содержанию властвования, т. е. по «*целерационализации*», *Zweckrationalisation* (нем.), зачастую связанным с патримониальным абсолютизмом или отголосками теологических концепций); и, наконец, 3) полностью рациональные (одновременно с формальной и материальной сторон) системы права, секуляризованные через формальную логику, свойственную праву. Вебер указал также, что право может приобретать различные свойства в зависимости от того, сформулировано ли оно и применено пророками и теологами, либо юристами (которые получили образование через судебную практику или в теологических школах), либо обладателями переходящей по наследству власти, либо, наконец, бюрократией юристов, обученных в специальных школах. Чего не хватало в многообещающих и глубоких взглядах Вебера, так это интеграции всех этих частных и, можно сказать, разбросанных аспектов в типы комплексных обществ, определяемых как производные от соотношения конкретных групп.

Мы постараемся избежать в нашей классификации этого серьезного недостатка, попытаюсь в то же время использовать ценные выводы Вебера. При этом в архаичном обществе не существует дифференциации групп в соответствии с типами, которые мы выделили, поскольку локальные группы здесь только еще зарождаются, а клан одновременно являлся и семьей, и государством, и церковью (ограниченный исключительно магическим братством). Таким образом, данная Дюркгеймом характеристика, акцентирующая внимание на структуре архаичного общества, основанной на серии идентичных сегментов (в отличие от всех других типов), более или менее сохраняет свою силу. Мы будем учитывать ее и в дальнейшем, она дает точную правовую типологию первобытного общества, которое лучше всех было изучено школой Дюркгейма, чей вклад нам предстоит использовать.

Принимая во внимание все эти рассуждения, мы приходим к следующим правовым типам комплексных обществ:

- 1) правовые системы полисегментарных обществ, имеющих магически-религиозную основу;
- 2) правовые системы обществ, однородность которых основывается на принципе теократического харизматизма;
- 3) правовые системы обществ, однородность которых основывается на превосходстве внутренней политической группы (относительно рационализованные системы);
- 4) правовые системы феодальных обществ, базирующиеся на юридическом превосходстве церковных наполовину мистических и наполовину рациональных систем;

5) правовые системы обществ, объединенных превосходством города и империи (более рационализированные системы);

6) правовые системы обществ, объединенных превосходством территориального государства и автономией индивидуальной воли;

7) правовые системы современных обществ, в которых группы экономической деятельности и территориальное государство борются за новое юридическое равновесие (переходные системы).

Очевидно, что для каждого из этих типов можно привести ряд исторических иллюстраций и географических вариантов и что, если вдаваться в детали, необходимо было бы выделить для всех этих типов целый ряд подтипов. Не менее очевидно то, что ни один из этих типов (кроме последнего, который мы намеренно оставили неопределенным), невозможно обнаружить в истории в чистом виде, потому что социологические типы перекрывают друг друга, соединяются друг с другом различными способами. Вместе с тем достоинством и недостатком социологических типов является то, что они остаются в некоторой степени абстрактными и общими, давая историку точки опоры в его усилиях по индивидуализации исторических явлений.

### § 1. Правовые системы полисегментарных обществ, имеющих магически-религиозную основу

Комплексное архаичное общество представляет собой племя (*фратрии, курии*), образованное повторением ряда идентичных сегментов, называемых кланами (*genos, gentes* — греч., лат.). Клан и племена имеют религиозную основу; их символами являются тотемы, изображения богов, в жизни которых они участвуют и с которыми они общаются мистическим способом. Родовая группа здесь не отделяется от мистико-экстатической группы, так как родство и экзогамия, которые из него возникают, здесь преимущественно представляют собой связь все с тем же тотемом. Локальная группа нечетко определена, а клан не всегда является «сельской общиной». В данном случае религиозная группа поглощает территориальные группы так же, как она поглощает и группы экономической деятельности, по крайней мере, в той степени, в какой последние обладают родоплеменным характером. В этих условиях было бы соблазнительно свести все правовое регулирование только лишь к регулятивному механизму общего социального права клана и племени. Этот механизм имеет религиозную основу, заложенную в табу, производном от священного, и исключает любой тип межиндивидуального права, любую гибкость, отчуждаемость, изменчивость и даже все виды партикулярного права.

И хотя кажется беспспорным то, что правовой суверенитет, растворенный в племени и пронизанный трансцендентным и сверхъестественным, уступает превосходство тотемическим кланам и их праву, архаичное общество вовсе не может быть сведено исключительно к кланам, что и демонстрирует современная этнография. Оно является более сложным, изобилует фратриями, возрастными, половыми группами, религиозными союзами, кланами, тайными обществами и т. д. Иногда оно ограничивается отдельными

кланами, а иногда распространяется на все племя. Его основой также является вера в сверхъестественное, не в священное трансцендентное сверхъестественное, которое требует подчинения, а в магическое, постоянное, гибкое, сверхъестественное, которому можно приказывать и которое можно даже создать («мана»), на которую указывал Кодрингтон применительно к Меланезии, была обнаружена под различными наименованиями в большинстве различных примитивных обществ).

Коллективная магическая мана (базис партикулярного социального права фратрий) частично освобождает данное право от уз религиозных табу. Соединение магического со всяким предпринимаемым на страх и риск усилием и трудом (Б. Малиновский) способствует социальной концентрации в рамках братств с определенной экономической направленностью (например, кузнечное ремесло) и военных групп. Ограничения, накладываемые экономикой и правом магических братств на власть клана, приносили пользу тем, кто обладал различной степенью индивидуальной маны, позволяющей утверждать свой «престиж», занимать более высокий ранг в братстве, присваивать отчуждаемые предметы, заключать договоры и торговать. Работы Фрэзера, Мосса, Ювелена, Леви-Брюля, Малиновского и Гране показали различные аспекты воздействия магического на право и экономику в примитивных обществах, воздействия, остатки которого обнаруживаются в праве древних Рима, Греции, Германии, Китая и Индии.

Определенные институты представляют собой смешение конкурирующих влияний как религии и магии, так и уголовного права, которое защищает неприкосновенность человеческой жизни и воплощает собой формирование государства и монархической власти. Такое формирование происходит за счет победы магического братства над кланом — победы, которая трансформирует верховного правителя в жреца-монарха, подчиненного религии. Точно известно, что именно правовая система архаичного общества базируется на двойной основе магии и религии; иногда они противостоят друг другу, иногда взаимно проникают друг в друга. Но всегда общее сакральное право тотемического клана обладает преимуществом перед партикулярным правом братств, а также перед межиндивидуальным и межгрупповым правом, которые были вдохновлены магической маной; ср. мою статью «Магия и Право» (*Magic and Law // Social Research*. 1942) и мои «Социологические очерки» (1938. С. 173–273).

Магическо-религиозная основа правовой системы полисегментарного общества приводит к следующим характеристикам:

1) любая власть носит либо теократический (в рамках клана), либо харизматический (где магическое начало воплощено в вожде братства, а после образования государства — в монархе) характер;

2) действия, формулирующие, применяющие или санкционирующие право, обладают мистическим характером (оракулы, правовые пророчества, «откровения» о праве от имени Бога или маны, «ордали» и «поединки во имя Божие», магическое очищение и религиозные жертвоприношения, чары, проклятия, наложение сглаза через магические вещи и заклятия и т. д.);

3) любое присвоение какой-либо вещи заключается в проникновении в нее сверхъестественной силы (религиозной в случае неотчуждаемой

собственности, в особенности на землю, и магической в случае, затрагивающем движимое имущество);

4) и, наконец, преобладание в социальном праве права общности, а в индивидуальном праве — права сближения (например, дары) или права разделения (борьба), но только не смешанного права (например, договор).

Французский социолог П. Фоконне в своей известной работе (*Fauconnet P. Responsabilité. 1920*) отчетливо и глубоко выявил связь данного института в архаичном обществе с магически-религиозными верованиями. Он подчеркнул, что ответственность должны нести не только разумные индивидуумы и группы, но также и дети, душевнобольные, трупы, животные и даже орудия труда. Обстоятельства, порождающие ответственность, заключаются в осквернении через действие, нарушающее ритуал или запрет, вне зависимости от того, было ли это осквернение случайно или же преднамеренно. Следовательно, среди прочих форм существует и коллективная ответственность, налагавшая наказание на семью или на местность за вину и т. д.

Субъект, несущий ответственность, по мнению Фоконне, является в таком обществе козлом отпущения, на котором концентрируется гнев разъяренного коллективного разума. Функцией ответственности здесь могла бы быть возможность «обеспечить реализацию наказания, создавая для этого некий объект приложения». Необходимо добавить, что, хотя мы и используем революционную работу Л. Леви-Брюля о первобытной ментальности, согласно которой понимание причинности в первобытном мышлении резко отличается от нашего понимания и согласно которой первобытные люди, неосведомленные о вторичных причинах, ищут мистические первопричины, мы считаем, что причинной связью в таких обществах не пренебрегают, особенно в ситуациях, порождающих ответственность в архаичных обществах. Мистическая вина может быть приписана одушевленным или неодушевленным носителям, детям, душевнобольным, трупам, инструментам, животным и т. п.

Работы Мосса и Дави по вопросам обмена, дарения, зачаткам договорных отношений прояснили понятие «потлач», открытое Ф. Боасом на северо-западе США (см. выше), существование и роль которого была подтверждена также в самых разных местах (Меланезии, Папуа — Новой Гвинее, Полинезии, Южной Америке, Африке). «Потлач является бесценным даром, который предполагает не только обязанность дарения, но также обязанность принимать и возвращать, что представляет примитивную форму обмена, благодаря которой аккумулируется и перераспределяется собственность». Потлач является также формой вызова, который предоставляет соперникам возможность превзойти друг друга демонстрацией своих сокровищ; потлач зачастую связан с празднествами, рождением, свадьбой, приглашением, похоронами, избранием вождя» (Бужи). В своеобразной форме праздничного рынка, которым и является потлач, участвуют группы, кланы, племена и магические братства, где они принимают взаимные обязательства, торгуют друг с другом, договариваются, оскорбляют друг друга, противостоят друг другу. Таким образом, первая форма обязательства и договора была, скорее всего, межгрупповой, а не межиндивидуальной.

М. Мосс обнаружил также то, что функции потлача были не только правовыми и экономическими. Потлач также предусматривал обмен именами,

носил характер прославления, праздника, церемонии, танца, ритуала, военных обрядов и т. д. В то же время Мосс связал этот институт с институтом дарения и через него с магическими действиями, поскольку мана дарящего заключается в даваемой вещи; она несет угрозу принимающему подарок, если он не вернет равнозначный подарок, в котором находится его мана (все приобретаемое носит «магический характер»). Так, мана, заключенная в обмениваемых вещах, позволяет при необходимости отомстить. Принцип «давать и брать» и «подарок за подарок», который лежит в основе закона обязательства, наиболее явно проявляется в понятии «потлач», поскольку все, что обменивалось в процессе потлача, оказывается пропитанным магическими силами, которые стимулируют обращение даров. «Обращение товаров следует за обращением людей, ритуалов, церемоний, танцев, в целом сформированных маной», присущей людям, группам и вещам и соединяющей их с друг другом (Мосс).

Ж. Дави описал, как индивидуум может выиграть от потлача благодаря щедрости своих подарков, достигнуть как магического, так и экономического престижа, подняться на более высокий социальный уровень в клане или братстве. Поэтому потлач оказывается мощным фактором межиндивидуальной, экономической, правовой и даже политической дифференциации. Дави также постарался установить параллелизм между развитием договора в форме потлача, способствующего развитию межиндивидуального права, и концентрацией политической власти в руках вождя (зарождение государства и царской власти). Последний процесс происходит, как мы уже сказали, через структуры магических братств; здесь особо часто наблюдается возвышение к более высокому иерархическому уровню, выдвижение на пост вождя на основе как личной маны, так и богатства.

Все рассмотренное нами ясно показывает, что даже архаичная система права, несмотря на недифференцированность состояния определенных видов групп, представляет собой комплекс различных механизмов правового регулирования, стремящихся к равновесию и оставляющих определенное место для межиндивидуального и межгруппового права.

Это положение дел подтверждается наличием конфликтов и компромиссов между религией и магией, тотемом и маной, косностью и гибкостью сверхъестественного, в то время как юридический приоритет принадлежит социальному праву клана с его религиозной основой.

## **§ 2. Правовые системы обществ, гомогенизированных по теократическо-харизматическому принципу**

Глобальные общества могут объединяться различными способами, устранив свою сегментированность на кланы:

1) Одним из таких способов является навязывание тождественным между собой сегментам и их комбинациям в рамках племени нового единства. Подобное единство свойственно государству-церкви, воплощенному в вожде, священнике и живом божестве в одном лице. Это единство подразумевает определенное сочетание религии и магии и ведет к образованию теократическо-харизматической власти, причем такая власть сосредотачивается

в руках главы государства, который представляет Бога и действует от его имени за счет своих уникальных качеств (как правило, магического характера, за счет харизмы).

2) Другой способ объединения заключается в поглощении рассредоточенных элементов одной родовой группой, которая представляет собой соединение родственной группы (в данном случае основанной на кровном родстве, в частности, на происхождении по мужской линии) с группой экономической активности, также зачастую связанной с основанными на принципах территориальности или соседства группами. Глобальное общество в данном случае становится гомогенным за счет преобладания родственно-политических групп над всеми остальными, что может привести к образованию патриархального государства.

3) Наконец, третий способ — это устранение сегментов при помощи синойкизма — слияния и взаимного проникновения сегментов, которые частично становятся внутренними локальными группами в «городе» или «полесе», которым и отдавался приоритет. В историческом плане все эти три типа могут переплетаться и различными способами комбинироваться между собой.

Исторические примеры первого типа были широко распространены на Востоке, начиная с Египетского царства (до конца IV династии и после XVI-й), в Вавилоне, Ассирии, Хеттском царстве, Персии, Китае в императорскую эпоху (после 300 г. до н. э. и особенно после правления императора Вана), Японии, Перу до ее открытия, Индии и на Тибете, завершая Исламским халифатом под управлением династий Омейядов и Аббасидов (с VIII по XII в. н. э.). Единство в этих теократическо-харизматических империях, соответствующих переходу от племенной к национальной религии, очень поверхностно, потому что оно зависит от личности властителя или наследственных сверхъестественных свойств его династии. Лишь сын «Царя-Солнца» (Ра — в Египте), сын небес (Китай), потомок пророка Аллаха (Мухаммед) и т. д. воплощают это единство. В то же время существенное расширение регулятивных механизмов права происходило благодаря превосходству массового элемента над общностью и всеединством, поскольку подданные в восточных империях представляли собой, несмотря на теократический характер этих империй, аморфное образование. Под этим неустойчивым единством продолжают сохраняться архаичные сегменты или внутривнутрипатриархальные группы и различные братства. Некоторые из этих обществ до перехода к однородности по теократическо-харизматическому принципу или прошли через длительный феодальный период развития (Китай и Япония), или стали феодальными между двумя периодами объединения (например, Египет в период правления V–XI династий).

Для правовых систем этих обществ характерны, с одной стороны, их жесткость, связанная с божественным и мистическим происхождением (например, исламское право во всей своей полноте изложено в Коране), и, с другой стороны, деспотизм правоприменения, включающий религиозные и моральные мотивы, а также прямое вдохновение властителя или жрецов и судей, действующих от имени такого властителя. Однако в той степени, какая необходима для более точного определения основы конкретного применения

этих правовых систем, были использованы гибкие паттерны, модели поведения («хадиты», которые составляют «сунны» в исламском праве) или мнения теологических юристов («фикх» в исламском праве).

Интересно наблюдать, что этот правовой режим не исключает существования гражданских судов параллельно с судами церкви, например, в вавилонском праве, как это изложено в Кодексе Хаммурапи (2000 г. до н. э.), или в египетском праве, которое допускает функционирование *hequa het aat* и *sab*, судей и тех, кто поклоняется особой богине гражданского правосудия — *Maam*. Возможность таких различий происходит оттого, что все, кто связан с теократически-харизматическим властителем (жрец ли это или обыватель), обретает свою долю в сверхъестественной власти последнего.

Еще более важным является факт, признанный всеми историками права данных типов общества (см., напр.: *Pirenne J. Histoire des institutions et du Droit Babylonien, les Lois Assyriennes et les Lois Hittites. 1928*): теократическо-харизматические системы права не препятствуют значительному развитию менового права с явным индивидуалистическим характером, права (право обязательств, договоров, кредита), предполагающего отчуждаемость и делимость даже земельной собственности. Кодекс Хаммурапи не оставляет в этом сомнения, и рассмотрение традиционного исламского права демонстрирует значительные заимствования из римского и эллинистического права. Этот факт нельзя объяснить ничем, кроме как выживанием и развитием под оболочкой теократическо-харизматического единства широких слоев независимой социальной и правовой жизни, частично возвращенной магией, частично добившейся независимости через определенную рационалистическую тенденцию, связанную с торговыми расчетами; но в любом случае эти нормы прямо не интегрированы в общую правовую систему. Последняя затрагивается только общим социальным правом, где и приобретает характерные черты права масс. Поэтому сфера его господства в социальной жизни весьма ограничена.

### § 3. Правовые системы обществ, однородность которых обеспечивается за счет внутренней политической группы (относительно рационализированные системы)

Родовая группа на основе мужской филиации, занимающаяся экономической деятельностью и более или менее связанная с землей, в комплексном обществе может добиться превосходства над кланами, племенами, братствами и т. д. Так, родоплеменная группа становится прообразом государства и может быть охарактеризована как внутренняя политическая группа, иногда выступающая в качестве модели настоящего патриархального государства. Социальные структуры, описанные в Ветхом Завете, в «Илиаде» и «Одиссее», а также встречающиеся в славянской задруге, представляют собой разные степени превосходства внутренней политической группы над ее патриархальной формой. Некоторые черты этого типа можно изучать по «римскому семейству», которое при этом было интегрировано в совершенно другой вид глобального общества, и по *латифундиям*, населенным *колониами* Римской империи (поздний период). Германские *Hausgenossenschaften* (нем. — домашние товарищества. — *Прим. пер.*), возникающие благодаря *Marken* (нем. — маркам. —

*Прим. пер.*) — кланам, превращающимся в «деревенские общины», которые ежегодно распределяют участки коллективной земельной собственности среди семей, благодаря *Gau* (нем. — графствам. — *Прим. пер.*) и *Sippenschaft* (нем. — племени. — *Прим. пер.*) образуют внутренние политические группы без каких-либо патриархальных черт. В зависимости от того, в какой степени превосходство внутренней политической группы связано с частной земельной собственностью, вождь может стать монархом патриархального государства, прообразом которого является римская латифундия. В качестве исторических примеров можно привести Франкскую монархию (с VI по IX в.), до определенной степени Российскую монархию во времена Московского царства и, наконец, патриархальные формы Египта, Китая и исламских династий.

Система права, соответствующая превосходству внутренней политической группы в глобальном обществе, характеризуется следующими чертами:

1) Подчинение в политической сфере социального права праву индивидуальному, принадлежащему властителю как землевладельцу.

2) Существует смешение законодательства и администрирования, с одной стороны, и управлением экономикой — с другой. Например, «*capitulary de villis*» (старофр. — городской капитулярый. — *Прим. пер.*) Франкской эпохи представляет скорее набор инструкций для управляющих имуществом короля, чем свод «законов». Статуты — *leges barbarum* (лат. — варварские законы. — *Прим. пер.*) — являются не более чем кодификацией существующего обычного права. Одновременно должностные лица, что очень характерно, носят титулы личных слуг короля, занимающихся судебными делами и доменом; их называют «сенешаль» или интендант, главный конюший, главный виночерпий и казначей, и, наконец, «дворцовый граф», который позднее становится специальным стражем отправления правосудия и мажордомом и занимает самую высокую ступеньку в должностной лестнице.

3) Самая важная часть жизни права остается свободной от вмешательства патриархального государства, будучи сосредоточенной в социальных традициях, являются ли они кодифицированными или нет, а право применяется в основном народными судами (*mallus* во Франкскую эпоху), где заседают только старейшины. В той мере, в какой король и его официальные представители (иногда в качестве председателей народных судов) вмешиваются в судебный процесс, они вносят в него патриархальный и личностный дух семейной жизни, разрешая дела исходя скорее из справедливости (*Sühne* германского права, характерное для правосудия внутри *Sippe*), чем из ранее установленных правил.

4) Ограниченная и стабильная внутренняя политическая группа осуществляет в своих недрах социальность скорее в форме общности, чем в форме массы или всеединства. Вот почему, когда происходит унификация глобального общества патриархальным способом, общность начинает играть более важную роль в жизни права — роль, способствующую развитию права. Это влияние ограничивается тем, что во внутренней политической группе общность носит только полуактивный, полупассивный характер (пассивность, как мы знаем, ведет к бесплодности с юридической точки зрения). Еще одно препятствие заключается в подчинении права общности индивидуальным правам патриархального властителя.

5) Тот же самый рост роли сообщества, правда, ограниченного по отношению к правовой жизни, происходит с началом падения влияния на право религиозных и магических верований. Даже когда властитель внутренней политической группы выполняет роль жреца семейных богов, это — лишь вторичная функция, которая легко переходит в руки специального класса священников, слугителей племенных и национальных богов.

Таким образом, система права, соответствующая обществу, сбалансированному на основе патриархального принципа, характеризуется определенной степенью рационализма и отделением церкви от государства, что оказывает влияние скорее на содержание правоприменения, чем на сами формальные процедуры. Тем не менее подобный зачаток рационализации едва касается, если вообще касается, наиболее важных слоев права (например, обычного права, которое остается внешним по отношению к патриархальной унификации).

#### § 4. Системы права феодального общества с наполовину рациональным и наполовину мистическим базисом

Феодальный тип общества представляет собой исключительно сложное равновесие различных типов групп и соответствующих им механизмов правового регулирования, равновесие, принципы которого невозможно свести к какому-либо единственному принципу. С одной стороны, существует превосходство блока иерархизированной федерации патриархальных групп, основанных на сочетании привилегий и личной преданности лорду-сюзерену (вассальная зависимость), порождающее серии навязанных сверху *fiefs* («фьефов», феодальных владений). С другой стороны, существует превосходство мистико-экстатической группы, принявшее под влиянием христианства форму церкви, совершенно отличную от всех других групп. В Средние века эта группа выступала в виде сверхфункционального союза под названием *corpus mysticum* (лат. — мистическое тело. — *Прим. пер.*). Эти два блока групп делят первенство между собой.

Но кроме этого двойного господства существуют независимые функциональные группы и нетерриториальные функциональные группы (иногда приобретающие форму братства), которые в экономической сфере проявляются как купеческие ассоциации, гильдии, *corps de metiers* (фр. — профессиональные объединения. — *Прим. пер.*), регентства и организации самоуправления (союз всех этих ассоциаций зиждется на базе «городов», «общин»). В некоммерческой сфере эти группы проявляются как аристократические «сословия», как духовенство, общины, вилланы и крепостные; в случае «рыцарских орденов — в форме братских обществ и в монашеских орденах — как религиозные и благотворительные братства, университеты и т. д.

Неоспоримо, что как раз «государство» в феодальном обществе не обладает собственно территориальным характером (ни в форме Священной Римской империи, ни в форме собрания главных поместных лордов, слабо связанных с королем феодального государства). Более того, государство не только не обладает юридическим превосходством над всеми этими группами и носит

подчиненный характер по отношению к ним, но даже едва справляется с осуществлением безусловного принуждения в рамках чрезвычайно ограниченной области полномочий, отданной ему на откуп. Если придерживаться определения государства как сопряжения блока местных групп и монополии на безусловное принуждение, тогда бесспорно, что феодальное общество — это общество без государства, общество, где государство мертво; так как то, что мы называем государством, здесь не обладает ни одной из двух названных необходимых характерных черт. В этих условиях разграничение между публичным и частным правом, которое всегда возникает в государстве, неприменимо к самым важным правопорядкам феодального общества.

Вот почему было бы ошибочным говорить, как это зачастую делали историки и правоведы, что система феодального права является смесью, переплетением публичного и частного права. Специфику данной системы составляет как раз то, что эти категории являются неприемлемыми для нее. Еще более ошибочным было бы сводить систему иерархических феодальных владений, отношения между лордами и вассалами к смеси вещного и обязательственного права. Узы личной преданности между вассалом и лордом, которые устанавливаются «оммажем и актом преданности», с одной стороны, и «инвеститурой» — с другой, обладают формой, только отдаленно и внешне напоминающей договор. В своей основе данные узы не связаны с социальностью через взаимозависимость и уравнивание и не возникают из межличностного права. Акт «пожалования поместья» является актом интеграции в уже существующее Целое, непрерывной цепью взаимно проникающих «обещаний». Таким образом, данный акт опирается на социальность через слияние в феномене «Мы» и возникает из социального права, как и большинство других феодальных правовых институтов. С этой точки зрения, акт установления вассальных отношений можно сравнить с коллективными договорами и всеми другими современными формами «договоров присоединения», которые являются договором только по названию. Таким образом, правовая система феодального общества может быть охарактеризована наиболее явным превосходством различных порядков негосударственного социального права над индивидуальным правом, но по большей части проявления этого социального права носят характер иерархического права доминирования. Данный характер рассматриваемого права произведен или от порабощения социального права индивидуальным правом по патримониальному принципу (одной из основ феодальной власти), или напрямую из сверхъестественного компонента, который превосходит юридический компонент в монистическом *corpus mysticum*, видимым воплощением которого является Церковь. Последняя усиливает иерархическую структуру своего права, обращаясь к традиции римского права (отсюда и пошла «римско-каноническая доктрина»). Только в свободных ассоциациях, созданных на основе экономической деятельности, и их союзах в городских общинах социальное право при феодальном режиме действительно представляет собой равноправное социальное право сотрудничества.

Система права средневекового общества характеризуется необычайным партикуляризмом и плюрализмом. Феодальный порядок права (делящийся на

сеньориальное или домениальное и собственно феодальное право), порядок канонического права, порядок муниципального права (в рамках которого жалуемые права обрисованы только общими контурами), порядок купеческого права и порядок права гильдий ремесленников, обычного народного права, применяемого к вилланам и крепостным, представляют собой независимые системы права, к которым можно добавить также королевское право и римское право (там, где существует «письменное право»).

Вместе с тем правомочия на отправление правосудия и право налагать наказания распределены среди бесчисленных социальных групп. Каждый феодальный лорд обладал двойной властью судить и обитателей своего феодального домена, и своих вассалов.

Церковь имеет свои собственные суды с очень широкой юрисдикцией, конкурируя со светскими судами. Свободные города обладают своими собственными судебными органами, связанными с муниципалитетами, купеческими и ремесленными гильдиями. Университеты имеют свои собственные суды; в Германии мы также должны отметить тайные суды, *Fehmgerichte* (нем.). Более того, требование, согласно которому аристократ обладает правом быть судимым «пэрами», применяется, по последним исследованиям, ко всем классам феодального общества. Это создает во всех светских судах множество судов присяжных, состоящих из уважаемых людей из среды ответчика (экспертов в подлежащем применению обычном праве), только лишь поставленных под председательство представителя лорда, города и т. д. Юрисдикции этих разнообразных судов часто пересекаются и конкурируют между собой, их конфликты часто разрешаются тем, что рассматриваемые доказательства предоставляются самими заинтересованными сторонами, что придает этим судам сходство с третейскими судами.

Следует, однако, отметить, что существовала одна социальная группа, чьи суды обладали очень широкой юрисдикцией и которая с X по XIII в. стремилась расшириться одновременно с тенденцией к утверждению превосходства созданного этой группой правопорядка. Это церковь. Церковные суды обладали универсальной компетенцией в *ratione personae* (лат. — личные вопросы. — Прим. пер.), т. е. во всех уголовных и гражданских делах, касающихся духовенства, а также *miserabiles* (лат. — отверженных. — Прим. пер.), вдов, сирот и крестоносцев. Кроме того, эти суды обладали властью действовать в *ratione materiae* (лат. — материальные вопросы. — Прим. пер.), т. е. во всех делах, имеющих отношение к вере, семейным конфликтам, а также в большинстве вопросов, относящихся к завещаниям, наследованию, прелюбодеяниям, детоубийствам, ростовщичеству. Юрисдикция церковных судов, конкурируя с юрисдикцией светских судов, простирается до обещаний и обязательств и в особенности до нарушений условий договора. Границы последней юрисдикции зависели от истцов, которые обычно обращались в церковные суды. Фактически применяемое церковными судами каноническое право было лучше разработано и более гуманно, чем право, применяемое светскими судами (кроме, вероятно, муниципальных судов), а их процедура была менее формализована. «Меньше стремясь к выгоде, чем правосудие лордов, церковное правосудие пользовалось общей популярностью» (*Calmette M. Societe Feodale. 1923*).

Церковь утверждала, что «небрежность светских судей является достаточным основанием для разрешения любой конфликтующей стороне обратиться по любому вопросу к церковному правосудию». Если добавить, что Церковь обладала очень широким правом предоставления убежища и что она вмешивалась в действия светских властей от имени тех, кто искал у нее защиты, что именно Церковь ввела тезисы «мир во имя Бога» (освобождая определенных людей от насилия во время военных конфликтов) и «перемирие во имя Бога» (приостанавливая военные действия во время определенных дней: с вечера пятницы до понедельника, на определенные священные периоды времени), и, наконец, что Церковь представляла собой видимое воплощение *corpus mysticum*, интегрирующее, согласно средневековой доктрине, все множество автономных групп в высшее единство, то можно без колебаний констатировать, что юридическое превосходство в феодальной легальной системе приписывалось коллективными верованиями Церкви и ее каноническому праву.

Против данного вывода можно привести пример борьбы гвельфов и гибеллинов, которая происходила с XI по XIV в. и расколола приверженцев Папы и императора. Ведь знаменитый конфликт из-за инвеститур между Папой Григорием VII и Генрихом IV не имел никакого отношения к вопросу юридического верховенства Церкви (которого никто не отрицал до XIV столетия), а относился к вопросу о роли Церкви в системе светских феодальных прав на феодальные владения. Папа потребовал для Церкви права расторгать феодальные клятвы в свою пользу, что разожгло феодальную вражду. Такая вражда оказалась недопустимой даже с точки зрения правовой системы той эпохи. Приверженцы пап Александра III, Иннокентия III и Бонифация VIII дошли до того, что требовали для Церкви *dominum mundi* (лат. — власти над миром. — Прим. пер.), т. е. ее превращения в мировое государство. Сторонники императоров Священной Римской империи, поддерживаемые юристами Болонской школы (воспитанной на римском праве), пришли к отрицанию даже юридического верховенства Церкви, при этом обе стороны находились в противоречии с современным им позитивным правом.

Приоритет канона и церковного права не следует интерпретировать как превосходство мистического элемента над рациональным в правовой системе феодального общества. Фактически каноническое право представляло собой сложную комбинацию правовых норм, заимствованных из римского права, основанного на рациональной логике, а также из Священного Писания и у Отцов Церкви. Вместе с тем светское право само было насковозь проникнуто мистическими элементами, главным из которых была «вера», присутствующая в отношениях лордов и вассалов и в ритуале посвящения в рыцари. То же самое можно сказать о традициях различных слоев населения, например, о пережитках определенных форм судебного разбирательства в виде ордалий. Таким образом, мы можем говорить о каноническом и церковном праве или о феодальном праве в целом, об обычном праве и даже о праве купцов и ремесленных гильдий (два последних вида права были связаны с религиозными братствами), что они представляли собой правовые кодексы со смешанной основой, наполовину мистической и наполовину рациональной. И только традиция римского права, возрожденная после XII в. Болонским

университетом (школа глоссаторов) и впоследствии постоянно набиравшая силу, равно как и право муниципалитетов представляли собой чисто рациональный элемент в системе феодального права.

Феодальная система права показала свой смешанный и плюралистический характер также и с другой стороны. Если в Церкви (по крайней мере, в начале Средних веков) преобладало право всеединства, а в праве городов, купеческих и ремесленных гильдий — право общности (также утверждавшееся во внутреннем праве рыцарства и внутри всех общественных сословий), то в отношениях между лордами и жителями их регионов преобладало или массовое право, или внеправовое насилие.

## § 5. Системы права обществ, объединяемых превосходством города и империи (наиболее рациональные системы)

Унификация правопорядка глобального общества может происходить благодаря превосходству специфической территориальной группы, города, населенного пункта, символизируя собой принципы локальности и соседства, первый из которых ограничивает, а второй постепенно растворяет основанные на родстве и религиозных верованиях, *genos, gentes, curies, phratries* (лат. — род, племена, курии, фратрии. — *Прим. пер.*), группы. Таким образом, был установлен прямой контакт между центральной властью и *patres familias: singuli singulas familias incipient habere* (лат. — отцами семейств: один отец имеет право содержать одну семью. — *Прим. пер.*) и позднее с каждым отдельным индивидом. Унификация такого рода демонстрируется греческими *полисами* (VII–V в. до н. э.) и римскими *общинами* (V–I в. до н. э.). Утверждение юридического верховенства города над всеми другими группами характеризуется следующими чертами: демократизацией права, которое становится все более светским; отделением права от религии и этики (учения о морали); противостоянием публичного и частного права и, наконец, легальным индивидуализмом. Демократизация осуществляется одновременно с укреплением территориального принципа построения государства. Включение плебеев в число граждан, первоначально с уравнением их перед законом, а позднее — с уравнением в правах (реформы Солона, Клисфена и Перикла в Греции; закон Двенадцати Таблиц, реформы, приписываемые Сервию Туллию, ряд законов, достигших наивысшей точки своего развития в законах Гортензия в Риме) сопровождалось (проходя через стадию классов, приобретающих право голосовать благодаря своему богатству) замещением групп, основанных на происхождении и мистических убеждениях, новыми группами, основанными на месте жительства. Типична для такого развития роль в Риме трибутов, постепенно заместивших собой куриатов. Секуляризация и рационализация правовой системы города связаны с самой городской структурой. Несмотря на отсутствие противостояния между городом и церковью, локальная и соседская группа преобладает над религией, потому что в городе общность доминирует над экстатическим всеединством. Кроме того, чем больше развивается принцип территориальности, а с ним и демократизация, тем сильнее уменьшается влияние религиозной веры; «боги города» теряют свое влияние на право. И именно для того, чтобы освободить право от тайных мистерий,

вырвать его из рук священников и предсказаний оракулов, сделать его общеизвестным, изменяемым человеческой волей и человеческим разумом, происходит борьба между демосом и эвпатридами, между плебеями и патрициями; борьба, первым результатом которой явилось законодательство Солона и Двенадцати Таблиц, которое явилось очевидным восстанием против религиозной концепции права как неизменного и неоспоримого откровения. В Двенадцати Таблицах уже провозглашается: «То, за что проголосовали люди, в конечном счете и есть закон». *Фемисты*, возникшие из темной традиции, заменяются номами, публикуемыми открыто и на чисто рациональной основе (Glotz G. *La Cité Grecque*. 1928; *Фюстель де Куланж*. Античный город). Преторы и «пруденты» (юрисконсульты) в Риме, дискасты и желтасты (служащие) в Греции являются исключительно светскими лицами и полностью заменяют юриспруденцию понтифика. Судопроизводство теряет свой формализм, связанный с мистикой, и использует рациональные формулы, которые становятся все более и более гибкими. Римское право в особенности стало классическим примером чисто светского права, основанного на достаточно совершенной автономной «юридической логике», *ratio scripta* (лат. — писанный разум. — *Прим. пер.*). Оно полностью ограничивается от религии и этики, установленных как против дальних, так и против ближних.

Принцип личности как центральный в правовой жизни, введенный римлянами и имеющий первоначальное значение личины (маски),<sup>92</sup> приобрел в римском праве двоякий смысл: значение субъекта «юридической личины» — субъекта права, в равной степени далекого от морали или религии, и значение принадлежащей лицу распорядительной воли. Такая личина отделена и противопоставлена другим личинам (понимаемым как простые и заменимые сущности). Принцип личности рассматривался как уникальное и исключительное основание всех правовых связей, всей обязывающей силы права. В малом масштабе эта личность предстает в образе отца семейства с его *dominium*, в то время как в крупном масштабе личностью является община со всей ее *imperium* и *potestas*, откуда следует сведение всего права или к субординации, или к координации. Равновесие между *imperium-potestas*, гарантирующее *dominium* частных лиц, а также ограничения, налагаемые этими феноменами на власть, являются главным основанием римской правовой системы, которая, таким образом, демонстрирует все большее проникновение в нее юридического индивидуализма. Превосходство локальной и соседской группы над всеми другими, а также сочетание в семье (которая единственная представляла собой ограничение власти государства) родственных групп и групп экономической деятельности способствовало развитию юридического индивидуализма (ассоциации и братства, *гетайры* и *тиасы* в Греции, *содалитаты* и *коллегии* в Риме никогда не играли значительной роли в экономической и юридической жизни). *Фамилия* (римская семья) имела абсолютного властителя в лице *paterfamilias* (лат. — главы семейства. — *Прим. пер.*), чья власть над домашними поначалу не имела каких-либо ограничений; это было его частное владение, куда вплоть до более позднего периода не проникало право города.

<sup>92</sup> См. по этому вопросу очень глубокий социологический анализ Мокса: *Mauss M. Une categorie de l'esprit humain, la notion de personne, celle de moi // Huxley L. Memorial Lecture. London, 1938.*

Изолированная воля *paterfamilias* была законом в семье, так же как воля города составляла право последнего, и соглашение равных волей двух или более *paterfamilias* устанавливало обязательство (если только оно не нарушало закон) между ними. Как следствие, все правовые нормы были сведены или к праву повелевать, или к праву изоляции, причем право интеграции исключалось.

Здесь находится первичный источник важного юридического различия, характерного для правовой системы города и неизвестного ни теократическо-харизматической правовой системе, ни системам патриархального и феодального права. Это дихотомия публичного и частного права. Ее происхождение лежит в приоритете городского права над внутренним правом семей, *imperium* над *dominium*. Частная власть, основанная на наследовании, здесь резко отличается от публичной власти, основанной на городской общине. В то же время *privatorum conventio juri publico non derogat* (лат. — соглашение частных лиц не противоречит публичному праву. — Прим. пер.). Принцип подобного приоритета, выраженный самим термином *respublica* (лат. — республика, общее дело. — Прим. пер.) и проявляющийся в противостоянии между *ordo judiciorum privatorum* (лат. — порядком частных судебных дел. — Прим. пер.) и *persecutions publicae, dikai* (лат. — публичных процессов; греч. — справедливости. — Прим. пер.), *graphai* (греч. — действий. — Прим. пер.), никак не может допустить существования частного права с его источниками, совершенно чуждыми городу. Так появляется понятие *гражданского права*, в которое интегрировано *частное право* как его часть — *jus civile* (лат. — гражданское право. — Прим. пер.), и которое связано со способностью обладать гражданством города; тем не менее данное право оставалось в оппозиции к *jus publicum* (лат. — публичному праву. — Прим. пер.). То, что частное право рассматривалось в качестве сектора *jus civile*, означает, что оно было доступно только при наличии гражданства города, которое только и гарантировало *dominium, connubium* и *commercium* (лат. — владение, брачный союз и торговлю. — Прим. пер.), способность иметь собственность, вступать в брак, заключать договоры и принимать на себя обязательства.

Через гражданское право (*jus civile*) город вмешивается в частное право и изменяет его, не столько непосредственно через право и преторские эдикты, сколько косвенно: толкованиями прудентов, юрисконсультов, традиционной и судебной практикой. Вот почему *jus civile* может быть противопоставлено *leges* (лат. — законам. — Прим. пер.), а также *jus honorarium* (лат. — праву почетных граждан. — Прим. пер.), праву, воплощенному в преторских эдиктах. Так, дифференциация между гражданским и публичным правом, равно как и приоритет последнего, не приводят напрямую к централизации всех источников права в рамках законодательства и к правовому этатизму.

Последний был результатом замещения городского режима управления режимом «принципата», а позднее «Империей», которые характеризуются развитием имперской бюрократии, чрезмерной централизацией, абсолютизмом императоров и, наконец, господством массового компонента над компонентом общности в целостности глобального общества. Именно в эту эпоху (которой мы обязаны Кодексом Юстиниана, 529 г. до н. э.) римское частное право было окончательно унифицировано и рационализировано (гражданское

раво отождествлялось с *jus gentium* (лат. — правом народов. — Прим. пер.), поскольку все свободные субъекты Римского государства получили полные права гражданства. Римское социальное право было деформировано проникновением теократических элементов, заимствованных на Востоке, и стало источником всех этатистских правовых концепций.

#### **6. Полностью отделенные от церкви и рационализованные правовые системы обществ, объединенных под превосходством территориального государства и автономией индивидуальной воли (приоритет государственного и договорного права)**

Этот тип глобального общества, тщательно рационализированная правовая система которого основывается на превосходстве права территориального государства и на свободе индивидуальных договоров, соответствует классическому капиталистическому режиму, характерному для западной жизни с XVI до конца XIX столетия. Данная система находилась в активной стадии формирования во времена *ancien regime* (фр. — старого режима. — Прим. пер.), когда территориальное государство в форме абсолютной монархии, поддерживаемой буржуазией (третьим сословием), изнутри начало утверждать свой «неделимый и неотчуждаемый» суверенитет против систем феодализма и гильдий, а вовне — против Священной Римской империи и Папы. Один король — одно право — было главным лозунгом данного режима, который стремился к роспуску «промежуточных органов власти», находящихся между индивидуумами и государством, к утверждению равенства всех граждан перед законом. Только достаточно обобщенное и зафиксированное заранее право, результаты применения которого можно просчитать вперед и которое предоставило бы «свободу движения» воле индивидуума, *laissez faire, laissez passer* (фр. — пусть делается, пусть проходит. — Прим. пер.),<sup>LVII</sup> смогло бы удовлетворить потребности нарождающейся буржуазии и ее огромных промышленных коммерческих предприятий. Именно в эту эпоху римское право было рецептировано во всей своей полноте в Германии и других регионах, где оно не было рецептировано раньше. В то же время появление благодаря Реформации на исторической сцене нескольких конкурирующих христианских церквей обострило проблему ограничения власти государства в пользу индивидуальной свободы.

Но только после Французской революции, после принятия Декларации прав человека и гражданина и Гражданского кодекса Наполеона, после радикального устранения остатков феодализма, отчуждения поместий и роспуска гильдий, свержения монархии и устранения теократических пережитков ради «национального суверенитета», после того, как геометрический и индуктивный дух XVIII столетия проник в правовую систему, наконец, после триумфа синтеза свободы и равенства как основы всей власти данный тип правового режима обрел свое наиболее полное выражение.

Система права на данной основе слишком хорошо известна нам, чтобы подробно останавливаться на ее характеристиках. Рассмотрим некоторые ее отличия от предыдущих систем. Семейная группа была сведена к договорным отношениям, а домашний союз был удален из нее в пользу домашнего

хозяйства. Гражданское право было ориентировано на экономическую жизнь, из которой были исключены рабство и крепостничество. Все недвижимое имущество, равно как и другие формы имущества, стало движимым, а собственность трансформировалась в право на определенные ценности. Современное государство в большей степени стало независимым от города. Был введен принцип разделения властей, представительства и чиновничества. Право государства стало суверенным, связывая судью и сокращая роль традиционной и судебной практики до вторичной. Наконец, в качестве компенсации за правовую централизацию, наряду с самой полной свободой воли и свободой договора, утверждаются социальные «субъективные» права граждан, напрямую ограничивающие власть государства, и пользуются гарантией или административных, или конституционных судов.

Данная система отдает предпочтение только государственному праву и субъективным правам индивидов. Она не стимулирует или полностью игнорирует группы нетерриториального характера (развитие общинной и муниципальной автономии не противоречит данной тенденции, так как оно относится исключительно к местному самоуправлению, которое в своем отношении к государству выступает в качестве его территориальных подразделений). Если государство не может распустить экономические группы, которые множатся с развитием промышленности, оно позволяет им существовать только в рамках официального права и старается видеть в них нечто большее, чем простые договорные отношения или юридические фикции. Так, межиндивидуальное право превосходит право социальное. Последнее выражается в качестве организованного права преимущественно в конденсированной форме территориального права демократического государства и в качестве неорганизованного права, оно задвинуто в тень правопорядка нации, едва заметного и в основном игнорируемого.

## § 7. Переходная система права современного общества

В данной системе различные виды социального права (взятые в чистом виде или аннексированные государством) берут реванш. Так как экономическая деятельность, даже если оставить в стороне развитие профсоюзов, концентрируется в предприятиях — крупных организациях доминирования, внутри которых регламентацию осуществляет иерархическое экономическое право (последнее не принимает во внимание народный суверенитет и не имеет никакого отношения к договорам), и так как не может существовать никакого равенства между экономически мощным и экономически слабым субъектом, то система Декларации прав человека и гражданина и Кодекс Наполеона очень быстро разлагаются теми же самыми силами, которые произвели их на свет. Жесткость системы суверенитета государственного права и договора (которая вызвана тем, что данная система имеет дело только с фиксированным заранее организованным правом) ускоряет крушение этого права, вызывая острый конфликт со спонтанным и гибким социальным правом, порождаемым экономическим сообществом.

Развитие организованного капитализма (акционерные компании, картели, трастовые компании), профсоюзов, коллективных трудовых соглашений

одновременно разрушает и принципы национального суверенитета, и свободу воли, и свободу договора. Вышеупомянутые институты выражаются в организованном социальном праве, которое конкурирует с системой государственного права. В то же время промышленная собственность, отделенная от частной собственности (владения), претерпевает изменения в своей природе и окутывается множеством «наслаивающихся» друг на друга владельцев (собственников), соединенных в одно целое. Это ведет или к федерализации собственности (совместная собственность кооперативов и т. д.), или к возрождению с новой силой псевдофеодальных фьефов (отношения между финансовым и промышленным капиталом, между крупной и мелкой промышленностью). В обоих случаях сеть взаимно переплетающихся форм собственности различных механизмов правового регулирования подрывает власть государства и лишает последнее желанной монополии на законотворчество. Такие организации международного сообщества, как Лига Наций, Международная организация труда и Постоянный международный суд, иногда очень мощно, как это было в послевоенное десятилетие, иногда очень слабо, как в последние годы перед Второй мировой войной, но всегда в связи с важнейшими экономическими и политическими требованиями поднимают проблемы ограничения законодательной власти государства извне.

Даже юридическому превосходству государства (внутри которого компонент общности в той или иной степени уступает массовому компоненту) снова бросается вызов. Анархия правит в том экономическом сообществе, где вместо входящих в негодность договорных отношений возникают непредвиденные институты и где элемент всеединства (в борющихся классах и профсоюзах) и элемент масс (на предприятиях, в большей степени — в армиях безработных, и, наконец, во всем экономическом сообществе) противостоят друг другу. Перед лицом такой нестабильной ситуации два новых конкурента поднимают голову: автономная правовая система организации экономики, построенная на базе промышленной демократии, и тоталитаризм различных видов.

Не следует думать, что возникновение современного тоталитарного государства (фашистского или иного) противоречит факту кардинального изменения отношений между государством и иными группами. Именно усиливающееся противостояние конкурирующих с аппаратом государственной власти объединений большого капитала и профсоюзного движения порождает отчаянные попытки со стороны государства интегрировать их в себя для того, чтобы использовать в качестве государственных органов, подобно «корпоративной организации промышленности», навязанной извне. Разумеется, этого можно достичь только на базе культа личности, проявляющего все черты, свойственные харизматической власти, основанной на предрасудке или мистической вере (в сфере, где их появления не ожидалось), которые перекрывают собой все правовые верования и разрушают всю систему правового контроля над политической и социальной жизнью. Подобные мистические верования существуют только в «команде вождя» (фашистской «элите»), где преобладает всеединство, в то время как среди населения и во всей нации преобладает массовый элемент. Что касается общности, наиболее благоприятной для юридической жизни, то она более не в состоянии продолжать свое существование.

Обратной тенденцией современного глобального общества является то, что оно стремится усилить элемент общности в экономическом сообществе путем интеграции групп производителей и потребителей в единое целое на принципе паритета. Данная интеграция зиждется на структуре обычного, чистого и независимого социального права, эквивалентного по действительности государственному праву, и предполагает автономную организацию экономического сообщества в рамках обширной федеративной ассоциации сотрудничества. Органы промышленной демократии, начиная с заводских советов и вплоть до Национального экономического совета; «управляемая экономика», контролируемая самими заинтересованными сторонами; федеративная и муниципальная промышленная, аграрная и финансовая собственность — все это различные аспекты одной и той же организации будущего. Только ее осуществление могло бы привести как к ликвидации эксплуатации наемного труда, так и к новому юридическому равновесию между блоком территориальных групп (государством) и блоком групп экономической активности, а именно к плюралистической демократии, которая тем самым и стала бы социалистическим режимом.

Территориальное государство, таким образом материально ограниченное в правомочиях, но обладающее правом безоговорочного принуждения, оказалось бы эффективно сбалансированным за счет равнозначной ему с юридической точки зрения и независимой экономической организации. Эта организация нашла бы не уже существующее безусловное принуждение, а нашла бы в федеративной собственности силу для сопротивления. Конфликты между двумя организациями регулировались бы верховным третейским судом, действующим от имени сверхфункциональной нации и ее спонтанного и гибкого регулятивного механизма социального права, которое управляет отношениями и равновесием среди функциональных групп, интегрированных в глобальное общество.<sup>93</sup>

Укрепление власти и авторитета государства, которое сегодня можно наблюдать даже в американском и британском типах демократии под влиянием острого экономического и международного кризиса, не является решающим опровержением стремления к плюралистической демократии. Трудно окончательно определить, является ли недавняя фаза государственного интервенционизма просто временным укреплением власти для того, чтобы поддержать автономные сотрудничающие группы экономической активности, которые когда-нибудь будут призваны ограничить само государство (государство сегодня оказывает помощь этим группам в их борьбе против промышленного феодализма и автократии работодателя); или же, напротив, здесь проявляются тенденции к директивной экономике на авторитарной основе, к новым типам тоталитаризма и тирании.

Социология права, как и всякая другая социология, не занимается ни предсказаниями, ни оценкой будущего. Различные тенденции и правовые

<sup>93</sup> См. более подробное описание этой тенденции в современном обществе в моей статье «Проблема социального права» (The problem of social law // International Journal of Ethics. 1941. October) и мои книги «Идея социального права» (1932) и «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935. С. 235–295). — См. в указанной выше статье мою оценку с этой точки зрения принципов, способствующих политике Нового курса Рузвельта.

системы в настоящее время борются друг с другом в переходном обществе. Единственно бесспорно, что стремление к плюралистической демократии является наиболее благоприятным для правовой культуры, для сохранения автономии социального контроля через правовые механизмы, противостоящие другим сферам контроля и регулирования. Разумеется, правовая система плюралистического и социалистического общества была бы более гибкой и мобильной, менее формализованной и жесткой, но оставалась бы, по сути своей, правовым регулированием, сферой, которая не может быть сведена к мистико-экстатическим верованиям или к чистой технике. Вместе с тем, если новая авторитарная система все-таки должна появиться как результат сегодняшней борьбы, не подлежит сомнению, что право в значительной степени утратило бы свое влияние, уступая регулированию и коллективным убеждениям другого рода, создающим режимы, которые с юридической точки зрения следует рассматривать как вырождение.

---

## ГЛАВА V

# ГЕНЕТИЧЕСКАЯ СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА

Генетической социологии права следует отказаться от эволюционистского предрассудка, согласно которому «зачаток» непрерывного нелинейного развития правовых институтов можно обнаружить в примитивном обществе, в рамках которого смешиваются проблемы юридической типологии обществ и проблемы их происхождения. Генетическую социологию права характеризуют две проблемы:<sup>LVIII</sup>

а) изучение регулярностей развития как тенденций к изменению внутри каждого типа правовой системы;

б) изучение в целом факторов подобных регулярностей в преобразованиях, протекающих в жизни права.

### § 1. Регулярность как тенденция к изменению

Регулярность изменений, которая может быть установлена для социальной жизни, применима только на макросоциологическом уровне из-за того, что она связана с комплексными структурами и отношениями между группами и оказывается не применима на микросоциологическом уровне. В то же время подобные регулярные правила не являются «законами» эволюции, статической или динамической, из-за чрезвычайно высокой степени неопределенности, которая характеризует социальную и в особенности правовую действительность (связанную с коллективными символами и ценностями). Регулярные правила в данной области представляют лишь «шансы» (Вебер), «возможности», «тенденции», реализация которых ограничена большой непредсказуемостью. Вот почему мы говорим о «регулярности как о тенденции». Наконец, как мы уже сказали выше, регулярность в качестве тенденции может установиться только в одном из типов глобального общества.<sup>LIX</sup>

Переход от одного типа к другому всегда предполагает дисконтинуальность; разрывы здесь так явны, а типы, которые способны заместить существующее в определенный момент времени общество, могут быть такими разнообразными, что было бы опасно искать здесь даже вероятности.

Общие регулярные правила преобразования правовых институтов, которые, по мнению некоторых социологов, они могут наблюдать, можно свести к следующему: развитие от господства статута к господству договора (Г. Спенсер и Г. Мэн); расширение и деперсонификация круга лиц, связанных одним и тем же правопорядком (Г. Тард); усиление замещения реститутивного права репрессивным правом и параллельный рост роли государства и договора (Дюркгейм); увеличение и все более интенсивный взаимообмен

социальных групп и их нормативных регуляторов, что приводит к укреплению прав индивидуумов (последние выигрывают за счет борьбы среди групп и их взаимного ограничения, см.: *Bouglé C. Les idées égalitaires. 1899*); растущая рационализация права (Вебер). Все эти правила имеют силу только для изменений права в определенных типах общества, особенно в первобытном обществе. Проблема усложняется тем, что каждое глобальное общество и каждая система права, соответствующая такому обществу, являются микрокосмом систем правового регулирования и видов права, так что внутри одного и того же типа могут присутствовать противоречия, некоторые из которых мы уже попытались установить в критике теории Дюркгейма.

Рассматривая регулярные правила как тенденции, которые должны устанавливаться отдельно для каждого типа правовой системы, мы считаем возможным сформулировать следующие выводы, которые следует рассматривать лишь как рабочую гипотезу, тем более что ни один тип общества, кроме первобытного и современного, не был подвергнут социологическому исследованию, достаточно глубокому, чтобы позволить нам более или менее уверенно говорить о конкретных регулярных правилах.

В том, что касается первобытного общества, к упомянутым выше регулярным правилам можно добавить тенденцию к превосходству магических братств над кланом, что знаменует зарождение первой формы государства и концентрацию политического суверенитета в руках вождя (Дави), а также стремление к ослаблению элемента всеединства в пользу элемента общности.

Что касается теократически-харизматической правовой системы, то здесь можно наблюдать, прежде всего, стремление к приданию харизматическому элементу «обычного», прозаического, традиционного характера, *Veralltäglichsung Charismas* (нем. — рутинизация харизмы. — *Прим. пер.*), что было описано Вебером.<sup>LX</sup> Это проявляется в укреплении наследственного или избирательного принципа в приходе к власти вождей и в росте бюрократизации права и администрирования, причем мистические элементы становятся все более условными. Конфликт между массовым компонентом, преобладающим в управляемом населении, и элементом всеединства, на котором основывается объединяющая власть, имеет тенденцию к ослаблению благодаря формированию более ограниченных групп (т. е. групп должностных лиц или теологов-правоведов, патриархальных групп и т. д.), в которых элемент общности оказывается более выраженным. Наконец, все указанные черты ведут теократически-харизматическую систему к усилению роли стандартов, паттернов, обычаев, доктрин, уставов, короче говоря, права, фиксированного заранее и противостоящего праву, которое возникает из мистических источников и прямого вдохновения вождя.

Регулярные правила изменений, которые можно наблюдать в патриархальной системе, представляют собой стремление сформировать брачные и более ограниченные родовые семьи и разрушить патримониальный принцип путем разделения наследства между наследниками. Это приводит к противостоянию между правом, принадлежащим самим родовым группам, и правом внутренней политической группы, в которой территориальный элемент и, следовательно, политический элемент проявляются намного сильнее.

В то же время в пределах внутренней политической группы вырастает элемент, право которого, став более действенным и в большей степени подтвержденным формально, начинает ограничивать право родственных групп, в которых преобладает интуитивное и обычное право.

Из-за чрезвычайной сложности феодальной правовой системы, регулярности как тенденции изменений этой системы двигаются в противоположных, даже противоречащих друг другу направлениях. Если право иерархической федерации лордов и вассалов проявляет тенденцию к более жесткому ограничению круга субъектов, подпадающих под такое регулирование, то в праве как церкви, так и муниципалитетов можно наблюдать тенденцию к универсальности. При этом государственное право движется в направлении территориального ограничения и в пределах этих границ стремится к общности. Если в рамках самих феодальных отношений элемент равноправия и братства постоянно сокращается, то такой элемент проявляет тенденцию к усилению в гильдиях и муниципалитетах, в то время как в государственном праве рост авторитаризма сопровождается выравнивающей тенденцией применительно к субъектам права. Церковное право проявляет тенденцию к утверждению юридического превосходства, но ослабление религиозной общины, двигающейся в направлении массового элемента, усиливает сопротивление со стороны территориального права и ускоряет его окончательную победу. Регулярные правила как тенденции в феодальной правовой системе направлены в противоположные стороны. Помимо движения в сторону абсолютизма территориального государства — как на Западе, или харизматической теократии — как на Востоке (Китай, Япония, Египет), не следовало бы исключать из внимания и их стремления к универсальному федерализму в рамках равнозначных и равноправных ассоциаций.

В правовых системах древнего города можно наблюдать регулярные правила как тенденции в направлении универсализации права, расширения сферы действия индивидуального права, ограничивающего социальное право, постоянного и параллельного роста государства и договора. Платон, Аристотель и Полибий видели в политическом праве циклическое движение от монархии к аристократии, а отсюда — к демократии (в ее различных формах) и, наконец, к тирании, которая приводила обратно к монархии и к повторению цикла. Эта цикличная регулярность частично соответствует истине с двумя оговорками: она ограничивается только правовым типом города, а цезаризм имеет мало общего с первоначальной монархией.

Правовая система, основанная на превосходстве территориального государства и автономии индивидуального права, характеризуется следующими регулярными правилами: во-первых, прогрессивным шествием в направлении к равенству прав, от равенства перед политической властью до равенства перед законом, а отсюда — до равенства гражданских прав и, наконец, до равенства политических прав, включая и право на свободу; во-вторых, тенденцией к рациональному («естественному праву»), предшествующему реформам позитивного права (возрастающая роль «утопии» в праве). Другими тенденциями являются стремление к подвижности и отчуждаемости всех частных прав, особенно очевидное в растущем превосходстве «законов доверия»

над реальным правом (Э. Леви); все возрастающие трудности у права доверия и государственного права в проникновении во внутреннюю жизнь экономических групп, управляемых автократическим правом, которое расположено на периферии официального права. Следовательно, происходит постепенное углубление дисбаланса между правопорядком государства и механизмом правового регулирования экономического сообщества.

В современной правовой системе, которая сегодня находится в переходном состоянии, существуют, как мы уже указали, противоречивые тенденции к плюралистической демократии и к тоталитаризму. Очевидно, что невозможно заранее определить регулярность развития этих тенденций. В других регулярностях проявляется бесспорный упадок статутного права государства и договорного права; все учащающийся возврат к партикуляризации правового регулирования, значимого для ограниченных кругов заинтересованных сторон; все усиливающееся укрепление регулятивного механизма социального права в ущерб механизму индивидуального права; растущая роль права, формулируемого *ad hoc*, и интуитивного права в ущерб фиксируемому заранее праву; усиление внутри фиксируемого заранее права влияния традиций, социальных деклараций, судебных и других практик, коллективных соглашений, декретов и т. д. (все это — за счет государственного законодательства); все более острая борьба между механизмами правового регулирования различных социальных классов и профессий.

## § 2. Внутренние и внешние факторы

*Факторы* следует четко отличать от *причин* в истинном смысле этого слова. Это различие затрагивает как естественные, так и общественные науки. Например, при взрыве скалы сила сопротивления материи, динамит и огонь являются факторами, в то время как причиной разрушения являются сила и расширение газа. Относительно социальных явлений, изучение причинных связей, с одной стороны, и факторов — с другой, представляет сложность по следующим причинам:

а) причина социальных фактов всегда лежит в «тотальных социальных явлениях» (по терминологии Кули в Америке и Мосса во Франции); если необходимо объяснить различные аспекты общества, то их следует интегрировать в комплексное Целое, из которого они были более или менее искусственно выделены;

б) тотальные социальные явления, которые сами являются реальными социальными «причинами», представляют собой качественные типы глобальных обществ, и, следовательно, в социологии причинное объяснение того или иного явления имеет силу только в рамках конкретного типа глобального общества;

с) поскольку различные социальные факторы являются только абстрактными аспектами единого Целого, которое выражено в качественно определенном типе глобального общества, они переплетаются друг с другом и взаимно воздействуют друг на друга. Если, например, экологический базис, экономика, религия, магия, мораль и преобладающий способ познания являются факторами преобразования правовой действительности, то последняя,

в свою очередь, является фактором преобразования каждого из этих явлений. С этой точки зрения, каждый из указанных социальных феноменов взаимосвязан с другими.

В каждом качественном типе глобального общества роль различных факторов в изменении социальных феноменов (например, фактора права) не одинакова. Это происходит не только потому, что значимость фактора зависит от характера Целого (в котором и заложена реальная причинная связь), но также потому, что скорость развития различных социальных явлений различна в разных типах общества или в различные периоды существования одного типа. Например, религиозные и моральные верования иногда вырываются вперед, иногда отстают от юридических верований; правовая действительность иногда отстает от экономической, иногда опережает ее и т. д. В принципе, очевидно, что «социальные факторы» выигрывают в своей значимости по отношению к сравнительно отсталому явлению и проигрывают в значимости, когда начинают отставать от данного явления.

Кроме того, следует отметить, что необходимо разграничить *внутренние факторы* развития правовой жизни, в которые входят конфликты и напряженные отношения между различными видами права, с глубинными уровнями, способами признания права, типами механизмов правового регулирования и *внешними факторами*, представляющими иные, чем право, социальные явления. В связи с тем, что внутренние факторы были описаны в процессе рассмотрения нами микросоциологии права и юридической типологии, мы можем ограничиться в нашем анализе рассмотрением внешних факторов.

1. *Экологическая основа общества и право.* Материальный базис общества, в основном демографическая и географическая его составляющая (численность, плотность населения, способ территориального размещения населения и даже характерные черты такого размещения), бесспорно, являются факторами как общего развития социальной жизни (объекта изучения социальной морфологии в строгом смысле слова), так и развития экономики, права, религии, этики и иных специфических аспектов социальной жизни, названных Хальбваксом<sup>94</sup> социальной морфологией («в широком смысле слова»).

Дюркгейм, Мосс и Хальбвак посвятили важные исследования зависимости права от численности и плотности общества, не уставая подчеркивать, что «материальная плотность» сама по себе остается подверженной влиянию «моральной плотности» (особенно юридических верований, символов и ценностей), потому что плотность общества глубоко трансформируется коллективными человеческими действиями и пронизана паттернами, символами, идеями и ценностями, которые коллективный разум приписывает ей.<sup>95</sup> Дюркгейм считал, что он мог бы доказать, что в обществах, которые являются экстенсивными и, кроме того, очень плотно заселены, реститутивное право (соответствующее органической солидарности) преобладает над репрессивным правом (соответствующим механической солидарности). Мосс при помощи конкретного примера сезонных изменений в эскимосских

<sup>94</sup> Halbwachs M. Morphologie sociale. 1938.

<sup>95</sup> См. об этом: Fevre L. La terre et revolution humaine. 1926.

обществах<sup>96</sup> пробовал показать, как правовая система примитивных племен, которая схожа с правовой системой кланов, изменяется и насыщается религиозными и коллективистскими тенденциями. «Летнее право», регулирующее жизнь маленьких разбросанных семей, обладало более светским характером и было более благоприятным для индивидуализма. Хальбвакс указывал на влияние масштаба и плотности населения, а также способов расселения (сельская местность, разбросанные деревни, средние города, сконцентрированные города) на организацию правосудия, структуру и функционирование судов, на отношения между судьями и участниками судебного процесса, и, наконец, на политические режимы.

Все эти воззрения, очень поучительные сами по себе, требуют большей точности и конкретности. Кроме того, они должны быть связаны с различными качественными типами комплексного общества. Влияние морфологического базиса на право и правовой системы на морфологический базис меняется в различных типах общества и в различные исторические периоды жизни любого общества, поэтому требуется проведение обширных исследований, чтобы установить действительную значимость для правовой жизни «материальной плотности» обществ с различной структурой. Кажется неоспоримым то, что такая плотность была очень интенсивной в примитивном и патриархальном обществе, еще более интенсивной — если не критической — в теократическо-харизматических империях, где большая численность населения сочетается с минимальной плотностью и поразительной нестабильностью и несогласованностью подгрупп, а также в рамках крупных миграционных движений, имевших место незадолго до Средневековья.

Вместе с тем экологический фактор не так однозначно действует в отношении города и феодальных систем права и еще менее однозначно — в отношении современной системы буржуазного права. Последняя, похоже, скорее воздействует на материальный базис общества (особенно отношений, связанных с рождением и смертью, миграциями между городом и селом, региональной миграцией и международной миграцией), чем зависит от него.

Единственным приемлемым заключением является указанный Хальбваксом факт того, что морфологический базис, очевидно, оказывает большее влияние на право и экономику, чем на религию, или, как мы можем дополнить, — на мораль или познание. Право, в большей, чем религия и мораль, степени, связано с внешней действительностью, с самими коллективными силами, с людьми и предметами постольку, поскольку они находят свое место в пространственной среде, сопротивление которой по отношению к коллективной сознательной деятельности особенно сильно в области права. Это приводит нас напрямую к проблеме отношений между правом и экономикой, к анализу роли второго фактора в преобразовании правовой действительности.

2. *Экономика и право.* Ни один из факторов жизни права до сих пор не был так тщательно проанализирован и изучен, как экономика. Причина в том, что существование особенно тесных связей между правовой и экономической

<sup>96</sup> Mauss M. Les variations saisonnières des sociétés esquimaux // *Année Sociologique*. Vol. IX. 1906.

жизнью кажется неоспоримым. Английские социологи Хобхаус, Гинзберг и Уилер в своей книге «The Material Culture and Social Institutions of the Simple People» (1930) попробовали статистическими методами найти функциональную корреляцию между правом и экономикой. Они устанавливали для примитивного общества очень высокий коэффициент корреляции, что может быть сделано и для других типов общества, особенно для буржуазного общества в современном переходном периоде.

Однако основная проблема не в данной интенсивной корреляции, которая никем не отрицается и которую можно наблюдать без помощи статистики, а в вопросе: а) всегда ли экономика является ведущей и доминирует над правовой действительностью (Маркс), или же б) право является «логической формой», а экономика — лишь «материя», составленная этой формой: соотношение, которое заблокировало бы любые односторонние или взаимные влияния и формы, и материи, так как они были бы всего-навсего аспектами одного и того же явления (*Штаммлер Р.* Хозяйство и право. 1896. 3-е изд. 1924); или, наконец, с) в зависимости от типа общества или экономика превалирует над правом, или право над экономикой; их влияние всегда является взаимным (*Вебер М.* Хозяйство и право; *Штаммлер Р.* Преодоление материалистического понимания истории. 1907; *Horvath B.* Rechtssoziologie. 1934).

Марксистская концепция первичности экономического фактора базируется на вдвойне спорной предпосылке. Во-первых, она предполагает, что право является просто идеологическим отражением, эпифеноменом производительных сил; это означает, что право не имеет своей собственной социальной реальности. Во-вторых, она полностью отождествляет экономику с тотальным социальным явлением (Маркс писал, что «вся совокупность производственных отношений и есть то, что мы называем обществом»), а его недавний толкователь Г. Кунов<sup>LXII</sup> (*Cunow H.* Die marxistische Geschichts-Gesellschafts- und Staatslehre. 2 bd. 1923) подробно разработал проблему подобного отождествления). Итак, если первая предпосылка является как спорной, так и антисоциологической, то вторая является одновременно и слишком узкой, и слишком широкой. Она слишком узка по отношению к обществу, и слишком широка по отношению к экономике. Наконец, тезис марксизма сводится к тавтологии: если экономика и социальная действительность тождественны, то односторонняя зависимость права от производительных сил очевидна, ведь причина изменений социального явления не может находиться нигде, кроме как в обществе в целом, которое, в свою очередь, в точности подходит под марксистскую концепцию экономики, рассматриваемой не как фактор, а как причина.

Концепция Штаммлера, представляющая собой реакцию на марксизм, допускает преувеличение в ином аспекте. Штаммлер преобразует действительное позитивное право со всем его эмпирическим содержанием в идеальную логическую форму общества, на которое не может влиять экономика, так как последняя является лишь видимым чувственно-воспринимаемым субстратом общества, сформированного правом. Отрицая возможность рассмотрения права или экономики в качестве факторов, Штаммлер, однако, делает право неизменным в своей структуре и приписывает ему как аксиологический, так и генетический приоритет перед экономикой. Глубоко противоречивый

с методологической точки зрения, тезис Штаммлера вступает также в жесткие противоречия с фактами, такими, как бесчисленные конфликты между правовыми и экономическими структурами; как существование секторов социальной реальности, в которых неприемлем правовой контроль и которые являются бесплодными с юридической точки зрения (например, формы пассивной социальности и группы, в которых преобладает пассивность); или как различная по интенсивности роль правовой системы в различных типах общества. Кроме того, Штаммлер смешивает экономику со всеми видами деятельности, которые связаны с удовлетворением потребностей, забывая как о том, что экономическую деятельность характеризует именно *ограниченный характер, дефицит средств удовлетворения потребностей*, так и о том, что понятие коллективной деятельности определено является более широким, чем экономическая деятельность. Штаммлер путает социальную действительность с ее организованными надстройками, которые сами по себе предполагают предсуществующее право, т. е. спонтанное право, на котором они так или иначе основаны. Наконец, несмотря на яростную борьбу против марксизма, Штаммлер попался в ловушку одного из основных предрассудков этой доктрины — отождествление конкретного общества с экономикой, которая на самом деле является одной из его составных частей. Он не замечает, что право может управлять и теми видами деятельности, которые не имеют прямой связи с экономикой.

Итак, единственная приемлемая теория — это концепция, которая утверждает, что в различных типах комплексных обществ иногда экономика, преобладая над правовой действительностью, служит в качестве фактора правогенеза, а иногда право, являясь ведущим по отношению к экономической действительности, определяет условия для последней. Например, в буржуазном или современном обществе экономика, бесспорно, развивается быстрее права; и, так как право отстает, то и происходящие в нем процессы испытывают сильное влияние экономики. Но с не меньшей уверенностью в феодальном обществе можно наблюдать большую подвижность правовой системы по сравнению с экономикой; здесь право доминирует над экономикой, то фиксируя последнюю в жестких рамках (сеньориальное право, монополии гильдий), то подталкивая ее к свободной конкуренции и накоплению капитала (римское право и право свободных муниципалитетов).

В патриархальном обществе, напротив, право и экономическая теория обладают равновесным влиянием друг на друга, в то время как в примитивном обществе и до определенной степени в теократическо-харизматических империях право, экономика, религия и магия еще пока недостаточно дифференцированы друг от друга, так что вера в сверхъестественное доминирует как над правом, так и над экономикой.

Ради точности изложения мы не должны упустить тот факт, что экономика может служить фактором образования не только комплексных правовых систем, но и конкретных групп, которые порождают свои собственные механизмы правового регулирования. Так, группы экономической активности, возникающие в различных типах обществ, очевидно, испытывают особенно интенсивное влияние господствующего экономического режима, что более или менее отражено в автономных нормативно-правовых актах, принимаемых этими группами.

3. *Религия, этика, знание и право.* Религия, этика и знания, как части коллективного менталитета, верований и поведения, сходны с правом в том, что они также связаны с символическими и духовными уровнями социальной действительности. Их роль в качестве факторов, вызывающих изменения в правовой действительности, меняется в зависимости от типа общества, и, более того, все эти факторы оказывают различное влияние на право.

Религия и, в более широком смысле, верования в сверхъестественное (включая магию) сыграли решающую роль в правовой жизни первобытного и теократическо-харизматического общества. В других типах общества роль религии меняется в зависимости от интенсивности веры и структуры религиозной организации, а также в зависимости от ее отношений с другими группами. Подчинение религиозной организации античному городу, например, сильно снизило роль религии как фактора права. Независимость Церкви и ее юридическое превосходство в Средние века значительно увеличило влияние христианства на право (несмотря на его отделение от мирской жизни). Борьба различных христианских церквей после Реформации, ослабив их прямое господство над правовой жизнью, внесла большой вклад в утверждение прав человека и гражданина, что ограничило публичную власть. Разделение церкви и государства в начале XX в. (прежде всего, в США) привело к полному обмирщению правовой системы, одновременно оно усилило автономный механизм правового регулирования церкви. Наконец, сам характер религии и содержание религиозных догматов влияют на интенсивность ее воздействия на право. Так, племенные и национальные религии связаны с правом в большей степени, чем мировые религии. Среди последних иудаизм и ислам связаны с правом более тесно, чем христианство. Внутри христианства католицизм играет более активную роль в правовой жизни, чем протестантизм и особенно восточное православие. Таким образом, роль религии в качестве фактора правовой жизни находится в зависимости от ряда конкретных факторов, которые действуют иногда в противоположных направлениях. Определение этой роли требует комплексного анализа, принимающего во внимание все сопутствующие обстоятельства.

В развитых обществах, где религия, этика и право очень далеки друг от друга, связи между правовой действительностью и действующей моралью особенно интенсивны. Поскольку право является только логицизацией моральных ценностей, интенсивность которых оно умеряет путем обобщения и придания их требованиям определенности (позволяя установить корреляцию между обязанностями одних и притязаниями других), оно в большей степени зависит от изменений морали. Это совсем не означает, что изменения морали и права происходят в обществе абсолютно синхронно. Напротив, между ними возникают постоянные конфликты, и, по сути, именно право обычно отстает от морали. Последняя развивается быстрее права и, как правило, является очень важным фактором возможных изменений в праве. Мораль по своей структуре гораздо более динамична, более революционна, более мобильна, больше направлена в будущее (которое она предвосхищает), чем право. Право скорее следует традиционной практике, чем действует самостоятельно, более зависит от интеллектуальных представлений, от экономических достижений и баланса сил, чем мораль.

Разве мораль в древности не восставала в течение столетий против юридического института рабства, прежде чем он начал приходить в упадок? Разве мораль христианских обществ не положила конец крепостничеству и междоусобным войнам раннего Средневековья? Разве современная мораль в течение долгого времени не призывала к устранению экономической эксплуатации человека человеком и к правовой организации международного сообщества, которая бы исключала войну, в то время как в действительности такие призывы встречали сопротивление? Когда конфликты между правом и моралью в обществе становятся особенно острыми, давление морального фактора на право проявляется в утопиях «естественного права», в частности в полемике морали против отстающего права, а такая полемика встречает сопротивление со стороны «идеологий», которые пытаются оправдать существующее право (ср.: К. Мангейм). Следует отметить, что возможна и обратная ситуация: опережение действующей морали более развитым правом, которое, таким образом, становится фактором развития морали. Это, конечно, происходит только в исключительных случаях, во время революций или радикальных реформ, когда законодательные меры и интуитивное право, инспирирующее их, рывком опережают не только старое право, но и ту мораль, которая и привела к его уничтожению. Подобное лидерство права по отношению к морали крайне нестабильно и обычно вызывает глубокие реакционные повороты.

Знание как социальное явление может выступать как фактор перемен в правовой действительности в двух аспектах. Во-первых, если коллективные интеллектуальные представления, в сочетании с моральными ценностями, являются наиболее важным элементом всякого права, то их вариации вызывают изменение юридических верований и поведения. Например, как только происходит какое-то изменение в идеях причинно-следственной связи, материи, общества, личности и т. д., правовые институты, подобные институтам ответственности, собственности, наследования, обязательства и т. д., претерпевают глубокие изменения (примеры тому см. в моей работе «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935)). Во-вторых, знание действует в качестве фактора, вызывающего изменения права, другим способом: как более действенным, так и более узким. Оно влияет на способы признания и на формальные источники права. Даже воспитание и интеллектуальное образование судей, прудентов, адвокатов (например, пруденты в Риме, легисты в Средневековье, судьи, адвокаты и профессора права сегодня) имеют большое значение в развитии правовой действительности. Чем больше правовая система рационализирована и секуляризована, тем сильнее становится влияние знания на правовую действительность. Роль права как фактора знания является очень ограниченной. В этом аспекте можно отметить различные правовые ограничения по свободе мысли, которые то ослабевают, то усиливаются.

4. *Коллективная психология и право.* Коллективная психология виртуально присутствует в основе всех факторов, приведенных выше, в качестве наиболее глубокого уровня социальной действительности, проникающего во все ее сферы. Коллективная психология косвенно влияет на право через религию,

мораль, знание и даже через экономику и морфологический базис общества. Но мы также должны рассматривать состояния коллективного разума в качестве непосредственных факторов развития правовой жизни.

Мы уже затрагивали этот вопрос в аспекте морфологии, поскольку массы, общность и всеединство являются первичными проявлениями различных состояний коллективного разума. Мы описали их непосредственное влияние на право. Подобным же образом разнообразные синтезированные формы социальности, которые конституируют специфические группы, предполагают существование коллективных сознаний, степень и принципы взаимосвязи которых в рамках группового сознания отражаются непосредственно в характеристиках и в степени действенности механизмов правового регулирования. В качестве характеристик правовых систем нам также необходимо учитывать более крупные участки коллективной психологии, соответствующие глобальным обществам.<sup>97</sup>

Более важными здесь являются различия в рамках коллективной психологии глобального общества, проводимые в зависимости от той доли, которую в ней занимают интеллектуальные, эмоциональные и волевые элементы, с одной стороны, и воображение, память, и интуиция — с другой. Именно способы взаимосвязи этих элементов и изменяются в психической жизни различных типов общества. Преобладание разнообразных форм коллективных эмоций и социальной памяти характеризует, например, юридическую психологию примитивных обществ и теократическо-харизматических империй, в то время как юридическая психология древнего города и буржуазного общества характеризуется преобладанием интеллектуальных элементов, в частности, понятий. Такая психология ориентирована на превосходство «безопасности» над «справедливостью». Современная юридическая психология, как и во все переходные периоды, связанные с глобальными переменами, отмечена господством коллективной воли и воображения, соединенных с новой эмоциональной волной; такое состояние психологии ведет к стремлению к справедливости за счет безопасности. Поле исследований, о котором я говорю, все еще остается практически нетронутым. Как и применительно к другим проблемам социологии права, нам остается ждать результатов масштабных исследований, лишь примерные направления которых мы попытались здесь обозначить.

---

<sup>97</sup> По плюрализму коллективного разума в умах групп и, более того, в психике комплексных обществ см. мою работу «Социологические очерки» (глава II «Проблемы коллективного сознания в социологии Дюркгейма»; С. 115–169).

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ.

### СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА И ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Во Введении и на протяжении всего изложения мы попытались охарактеризовать природу социологии права как социологии человеческого духа. Мы настаивали на взаимной зависимости между данной частью социологии и философией. В завершение книги, как нам кажется, есть смысл вернуться к данному предмету более подробно.

Духовность есть особый предмет философии, занимающейся изучением ценностей, идей и действий, которые воплощают ценности с точки зрения их объективной действительности и истинности. При этом очевидно, что эти проблемы полностью выходят за пределы социологии. Социология права и философия права заявляют права на одну и ту же духовную сферу — порождающие право объективные идеи и ценности, но они занимаются изучением данной сферы с разных точек зрения. Первая рассматривает ее как производную от социальной действительности; вторая исследует ее имманентно, а также в соотношении с другими сферами человеческого духа в их объективной действительности. Но здесь возникает вопрос: предполагает ли различие между социологией права и философией права полное разделение, абсолютную взаимную независимость принципов двух мировоззрений, или же просто между ними нет обязательного сотрудничества и взаимопомощи?

Как мы уже подчеркнули во Введении, философия права, полностью оторванная от социологии права, стала бы не чем иным, как разновидностью догматического рационализма; такие взгляды на философию давно отошли в прошлое. Философия права такого типа очутилась бы в вакууме дедуктивных умозаключений, тщетно пытаясь вывести содержание из формы, множественность из единства, реальное из идеального, непреодолимые антиномии из первоначальной гармонии. И на каждом шагу она бы сталкивалась с результатами социологических и исторических исследований. И наоборот, социология права, не имеющая контакта с философией, была бы лишена, как мы уже отметили, точек опоры, необходимых для конструирования ее специфического объекта: социальной правовой действительности, не являющейся ни непосредственно данным фактом, ни объектом восприятия. Данное утверждение предполагает дифференциацию между предметом социологии права и предметами социологии морали, религии, эстетики, знания. Эту дифференциацию можно осуществить только при помощи философии. Будучи изолированной от последней, социология не может выиграть от автономного отражения идеальных структур, объективных ценностей, которые выражаются в социальных фактах. В этом случае она бы отклонилась в сторону крайнего реализма, стремящегося к натурализму или бихевиоризму, и потеряла бы из виду право, которое, собственно, является предметом ее изучения — проблемы социального контроля и его разновидностей стали бы недоступны. Ввиду бесплодности, догматизма и бессилия, на которые были бы обречены лишенные контакта друг с другом философия права и социология

права, представляются обязательными их взаимозависимость и максимально возможное сотрудничество. Но из этого требования возникают новые проблемы, которые могли бы вызвать тревогу. Мы упомянули о них во Введении. Во-первых, если социология права и философия права основаны друг на друге, не получаем ли мы порочный круг? Далее, если мы оставим в стороне логические противоречия, как нам избежать опасности сужения философией права сферы социологических наблюдений через вмешательство в конструирование юридического факта, а также опасности разрушения социологическими исследованиями объективной действительности юридических ценностей (которые необходимо систематизировать и проверять при помощи философии) по мере выведения бесконечной изменчивости их аспектов?

Мы упоминали во Введении, что ответ на эти вопросы можно найти только через призму теории *непосредственного юридического опыта*, бесконечно изменчивого в данных как духовного, так и чувственного опыта. Только эта теория дает возможность полномасштабного охвата правовой действительности. Именно такой опыт служит в качестве общего базиса для философии права и социологии права, а также для юриспруденции — догмативно-нормативной науки права. Все эти дисциплины размышляют над одним и тем же опытом после того, как он завершен; поэтому данный опыт является основополагающим для каждой из этих дисциплин. Ведь все непосредственные опытные данные используются этими дисциплинами для дальнейшей их разработки определенным способом и с определенной точки зрения.

Мы не можем здесь подробнее рассмотреть идею непосредственного интегрального опыта, который включает в себя как духовный, так и чувственный опыт и который виртуально присутствует в каждом последовательном, символическом или концептуальном опыте, т. е. в научном и в особенности в социологическом опыте. Мы не можем также обсудить методы актуализации интегрального опыта, в частности, обращение к непосредственному, которое всегда в наибольшей степени отдалено от нас, наиболее трудно для восприятия и предполагает длительную и трудную рефлексию. И, наконец, мы не можем исследовать здесь процедуры подтверждения объективной действительности духовных данных этих опытов. Привлекая в помощь доктринальные прецеденты, имеющиеся в философии Джеймса (и частично Дьюи), Бергсона, Рау, Гуссерля и Шелера, в наших работах на французском языке «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935), «Теоретическая мораль и наука о нравах» (1937), «Современные тенденции немецкой философии» (1930) мы попытались описать философские процедуры «инверсии» и «редукции», ведущие шаг за шагом от понятийных конструкций к непосредственным данным. В готовящейся в настоящее время для публикации работе «Этика и социология» мы надеемся развить этот предмет и далее. В упомянутых работах также можно найти конкретные и детальные рассуждения по вопросу специфической природы юридического опыта, противопоставляемого моральному опыту, и по вопросу взаимоотношения этих видов интегрального опыта с соответствующими социологическими и философскими дисциплинами. Здесь мы должны ограничиться суммированием наших тезисов, упомянутых уже во Введении и затрагивающих проблему характера юридического опыта и задач философии права.

Непосредственный юридический опыт, расположенный между моральным опытом и опытом логических идей, между духовным и чувственным опытом, состоит из коллективных актов *прохладного признания* конкретных социальных ситуаций, в которых осуществляются позитивные ценности. В подобных коллективных актах интуитивного признания фактически переживается один из бесконечного множества аспектов справедливости в процессе его осуществления в различных проявлениях социального: в формах типологии групповой социальности, типологии глобальных обществ. Юридический опыт и его непосредственные данные варьируются одновременно в зависимости от изменений как «признанных» ценностей (моральных и др.), так и интеллектуальных идей, которые ограничивают их; от связей между двумя этими элементами, а также от соотношения опыта чувственного и духовного и степени актуальности и виртуальности, с которой они воспринимаются на различных уровнях юридического опыта. Духовные данные этого опыта, постигаемые в их воплощении в материальных фактах, выявляют только конкретные и локализованные секторы бесконечной идеи справедливости, которая никогда не доступна познанию в своей целостности. Вот почему философия права (которая занимается изучением духовных юридических ценностей с целью подтвердить их объективность путем интеграции в некую открытую систему, образ которой философия стремится воссоздать) имеет приоритетный интерес в том, чтобы обширные социолого-правовые исследования не оставили без внимания ни одной из многочисленных вариаций правовых норм, поведенческих паттернов, символов, принципов и ценностей. Чем больше таких изменений социология установит и опишет, тем богаче станет образ справедливости, который философия стремится воссоздать. Следовательно, нет причин для опасений по поводу вторжения или конфликтов между философией права и социологией права при условии, что ни та, ни другая не будут склоняться к «*радикальному эмпиризму*» с *интуитивным базисом*. Такая концепция совсем не исключает объективной действительности рассматриваемых духовных элементов, для которых она фиксирует лишь бесконечное разнообразие локализованных и конкретизированных аспектов, доступных для восприятия только в материальных фактах.

Каковы задачи и роль рассматриваемой таким образом философии права? Ее *первая задача* — это возвращение от сконструированного и символического юридического опыта к непосредственному юридическому опыту на его различных уровнях. Актуализируя шаг за шагом путем рефлексии непосредственные юридические элементы, которые скрыты от нас понятиями, паттернами, символами и поведением (рассматриваемыми в качестве точки отсчета), философия права получает и *вторую задачу* — выявление специфической природы юридического опыта, противопоставляемого другим видам интегрального опыта: морали, религии, эстетики, интеллекта. *Третья задача* философии права — это выделить в рамках юридических ценностей (которые действительно были познаны и получили материальное воплощение) иллюзорно-субъективные проекции коллективного менталитета, отграничив их от объективно существующих идеальных структур. Эта задача реализуется через поиск места конкретных юридических ценностей в образе справедливости,

в рамках которой эти ценности (будучи объективными) дополняют друг друга, представляя собой множество в рамках единого.

Нетрудно доказать, что если при выполнении третьей задачи философия права утверждает свою абсолютную независимость от социологии права, то, напротив, она остается в постоянном и взаимном контакте с последней в тех случаях, когда пытается выполнить две первые задачи. Не менее очевидно и то, что понимаемая таким образом философия права не может делать каких-либо выводов и чего-либо предписывать. Философия права формулирует не ценностные суждения, а лишь теоретические рассуждения о юридических ценностях, которые в действительности были постигнуты и воплощены, чью объективную действительность она только проверяет и чью специфическую природу она определяет.

Подобное положение дел совершенно не исключает использования результатов философии права, в сочетании с результатами социологии права, чтобы установить для определенной эпохи или для определенного типа общества технологию совершенствования права, «политику права». Это облегчило бы (принимая во внимание вовлеченные в систему правовой действительности «регулярные правила как тенденции» и опираясь на конкретные объективные ценности, воплощенные в ней) более полное осуществление таких ценностей в социальной жизни права и в сложной паутине разнообразных элементов равновесия, которые ее составляют.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> Я не могу закончить эту книгу без выражения моей благодарности господину Герберту Солоу из Новой Школы социальных исследований, который внес значительный вклад, помогая выразить ее на приемлемом английском языке.

## КОММЕНТАРИИ

<sup>1</sup> Кардозо Бенджамин Натан (Cardozo Benjamin Nathan), 1870–1938 — американский правовед, один из лидеров социологической юриспруденции в США, член Верховного Суда США в период 1932–1938 гг. Получив юридическое образование в университете Колумбия, Кардозо занимался юридической практикой до избрания в 1913 г. в городской суд Нью-Йорка, который впоследствии (во многом благодаря заслугам Кардозо) получил мировую известность. Кардозо известен и как автор ряда научных статей и монографий, где он призывал к упрощению существующей системы американского права, к созданию эффективной взаимосвязи между судебной и законодательной властями, выступал в защиту Нового курса президента Рузвельта. В 1932 г. он назначается судьей Верховного Суда США. В своих работах обосновывал принципы социологической юриспруденции, которая призвана изучать право в действии, «изучать право таким, каково оно есть». Основные работы: «The Nature of the Judicial Process» (1921), «The Growth of the Law» (1924), «The Paradoxes of Legal Science» (1928), «Law and Literature and Other Essays and Addresses» (1931).

<sup>11</sup> Холмс Оливер Уэндел (Holmes Oliver Wendell), 1841–1935 — американский правовед, профессор Гарвардского университета, один из основателей социологической юриспруденции в США, член Верховного Суда США в период 1902–1932 гг. После окончания Гарвардского университета Холмс в период 1870–1873 гг. преподавал конституционное право в Гарварде. В 1873 г. под его руководством был издан «Обзор американского права» (*American Law Review*). В 1880 г. в Лоуэльдсом институте Холмс представил принесший ему мировую известность в научных кругах курс лекций по общему праву. Он подверг критике существующие воззрения на право как на систему правовых норм, разрабатываемую юристами

с помощью приемов формальной логики, и предложил свою собственную концепцию, где право понималось как ответ на потребности общества, в котором действует право. В 1882 г. Холмсу было присвоено звание профессора права Гарвардского университета, он был назначен судьей Верховного Суда штата Массачусетс, где работал в течение 20 лет. В 1902 г. он назначается на должность судьи Верховного Суда США. Холмс выступал за юридическое ограничение принципа народовластия и считал недопустимым предоставление народу в лице его выборных представителей права принятия важнейших решений в политической жизни. За его красноречивые выступления в Верховном Суде против нововведений в области трудового права (введение минимальной оплаты труда, установление предела рабочего времени и т. п.) Холмс получил прозвище «Великого несогласного» (*Great Dissenter*). Основные работы: «The Common Law» (1881), «Speeches» (1891, 1913), «Collected Legal Papers» (1920).

<sup>111</sup> Остин Джон (Austin John), 1790–1859 — английский правовед, основатель школы аналитического права, сторонник юридического позитивизма. После непродолжительной юридической практики в Лондонской коллегии адвокатов в 1825 г. он получает место на кафедре правоведения Лондонского университетского колледжа. Прочитанный Остином курс лекций по правоведению в колледже был опубликован в 1832 г. под названием «Province of Jurisprudence Determined». В этой и последующих работах Остин под влиянием идей Бентама и Гоббса разрабатывает принципы «чистой науки» о праве, свободной от ценностных критериев и представлений о нравственности. Он критикует современную ему концепцию естественного права за критику существующего законодательства и считает, что «существующее право является правом независимо от того,

При подготовке комментариев были использованы материалы Энциклопедического словаря Брокгауза и Ефрона, словаря «Современная зарубежная социология» (М., Политиздат. 1991).

нравится ли оно кому-то или не нравится». Право, с его точки зрения, является не чем иным, как «приказом суверена», а процесс правогенеза не может связываться с религиозными, моральными догмами, обычаями или договорными отношениями. Основные работы: «The Province of Jurisprudence Determined» (1832), «Lectures on Jurisprudence», другое название — «The Philosophy of Positive Law» (1873).

<sup>IV</sup> Блэкстон Уильям (Blackstone William), 1723–1780 — английский юрист и писатель, профессор Оксфордского университета. После окончания университета Блэкстон некоторое время занимался юридической практикой, но с 1753 г. вернулся к научной деятельности. С 1753 г. он читает лекции по английскому общему праву, что было новшеством для правоведения того периода. Эти лекции приводят Блэкстону научную известность, и в 1758 г. он избирается профессором права в Оксфорде. В 1765 г. появился первый том основного научного труда Блэкстона «Комментарии к английским законам» («Commentaries on the Laws of England»); оставшиеся три части он выпустил в течение последующих четырех лет. Указанная работа имела огромную научную значимость в разработке системы общего права Англии, анализе ее принципов и основных институтов. Основная работа: «Commentaries on the Laws of England» (1765–1769).

<sup>V</sup> МакИвер Роберт Моррисон (MacIver Robert Morrison), 1882–1970 — американский социолог шотландского происхождения, профессор университета Колумбия. В своих работах отстаивал возможность совмещения принципов индивидуальности и коллектива, разрабатывал теорию множественности социальных групп как основы социального взаимодействия. Основные работы: «Community: A Sociological Study» (1917), «Society: Its Structure and Changes» (1931), «The Web of Government» (1947), «The Pursuit of Happiness» (1955), «Life: Its Dimensions and Its Bounds» (1960), «The Challenge of the Passing Years» (1962), «Social Causation» (1964), «The Prevention and Control of Delinquency» (1966), «Politics and Society» (1969).

<sup>VI</sup> Под символами Гурвич понимает «частично выражающие свое внутреннее содержание знаки, служащие посредниками между символизируемым содержанием и участниками общественных отношений, которые формулируют такое содержание и вкладывают в него определенный смысл; этот смысл состоит в поощрении взаимного обмена между символизируемым содержанием и воспринимающими его участниками общественных отношений» (*Gurvitch G. La vocation actuelle de la sociologie. Vol. 1. P. 96*). Правовые символы выражают знаковую информацию, побуждающую участников правоотношений к совершению определенных юридически значимых действий. Они связуют между собой различные уровни, заполняют собою разрывы между сферами и элементами правовой действительности, общественной жизни. Поэтому категория «символа» у Гурвича применительно к правоведению имеет немаловажное значение: «по сущности своей правовые нормы есть не что иное, как символы» (*Ibid. Vol. 1. P. 95*). Гурвич подчеркивает важность изучения проблематики правовых символов в рамках социологии права тем, что именно четкое уяснение смысла и содержания правовых символов может придать стабильность и устойчивость соответствующему правопорядку. В отличие от идеологии, изучение правовых символов может и должно строиться не на усмотрении исследователя и интересах определенных социальных групп, а на конкретных эмпирических данных (*Gurvitch G. Die Grundzüge der Soziologie des Rechts. S. 27*).

<sup>VII</sup> Шеффле Альберт Эбернард Фридрих (Schäffle Albert Ebernard Friedrich), 1831–1903 — немецкий социолог и экономист, профессор Тюбингенского и Венского университетов, редактор журнала «Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft». Шеффле — сторонник органической теории общества, которая, по его мнению, могла инкорпорировать в себя все естественные и общественные науки. Само общество в этом аспекте представляет собой систему взаимосвязанных организмов, где Целое превалирует над своими частями. Общество развивается

по собственным законам и поэтому каждый социальный институт, каждая форма общественного и экономического устройства должна со временем превзойти себя и явить новый синтез — здесь Шеффле демонстрирует свою приверженность идеализму гегелевского толка. Придерживаясь принципов рационализма и историзма, Шеффле разработал концепцию «рационального общественного устройства», где недостатки современного ему капитализма будут смягчены и сглажены социализацией общества — введением коллективной собственности на средства производства, планированием экономического производства, участием рабочих в распределении общественного продукта и т.п. Основные работы: «Die Quintessenz der Sozialismus» (1875), «Bau und Leben des sozialen Koerpers» (1875–1878), «Die Grundsätze der Steuerpolitik» (1880), «Die Aussichtslosigkeit der Sozialdemokratie» (1885), «Die Steuern» (1895–1897), «Abriss der Soziologie» (1906).

<sup>viii</sup> Уорд Лестер Франк (Word Lester Frank), 1841–1913 — американский социолог, основоположник психологического эволюционизма в США, первый президент Американского социологического общества. В основе социологических воззрений Уорда лежат эволюционистские идеи Конта и Спенсера, которые он переработал через призму психологии. Уорд сконцентрировал свое внимание на изучении психологических механизмов обществ, в противоположность биологизму и органицизму своих предшественников. От природных процессов социальная жизнь отличается прежде всего целенаправленным и творческим характером. Происходящая в природе на основе естественного отбора слепая стихийная эволюция, «генезис», в обществе сменяется «телезисом», формирующимся на основе осознанного стремления к прогрессу. В качестве первичной социальной силы Уорд выделял желания, выражающие природные импульсы, такие, как голод, жажда, половые потребности. На их базе формируются более сложные потребности, реализация которых в творческой деятельности человека и обеспечивает, на уровне «индивидуального телезиса»,

развитие общества. В качестве основного носителя «коллективного телезиса» он рассматривал государство, которое возникает наряду с такими институтами, как классы, право, и борьба рас. Уорд был сторонником социализма и считал необходимым широкое вмешательство государства в общественную жизнь. Он подготавливал теоретическую базу под политику социального реформизма, направленную на замену частных монополий «сознательной кооперацией». Основные работы: «Dynamic Sociology or Applied Social Science as Based upon Statistical Sociology and the Less Complex Sciences» (1883), «Psychic Factors of Civilization» (1893), «Pure Sociology» (1903), «Glimpses of the Cosmos» (1913–1918).

<sup>ix</sup> Тард Жан-Габриель (Tarde Jean-Gabriel), 1843–1904 — французский социолог и криминолог, один из основателей субъективно-психологического направления в западной социологии. Состоя в должности судьи, Тард занимался активной научной деятельностью, публиковал многочисленные статьи по криминологии и социологии, издал две книги, которые принесли ему славу: «Сравнительная преступность» (1886) и «Философия наказания» (1890). В 1894 г. Тард переехал в Париж, где занял должность директора секции криминальной статистики Министерства юстиции Франции, а в 1900 г. он добился получения звания профессора и заведующего кафедрой современной философии в Коллеж де Франс — одном из ведущих университетов Франции. Тард сконцентрировал свое внимание на изучении взаимодействия людей (индивидуальных сознаний), продуктом которого выступает общество, заложив тем самым основу социальной психологии. По мнению Тарда, основой развития общества выступает социально-коммуникативная деятельность индивидов в форме подражания (имитации) — копирования и повторения одними людьми поведения других. Процессы копирования и повторения касаются существующих практик, верований, установок, которые воспроизводятся из поколения в поколение благодаря подражанию. Этот процесс способствует сохранению целостности общества. Тард ввел в социологию

также концепцию «изобретения», понимаемого как процесс адаптации к изменяющимся условиям окружающей среды. Все новое, что возникает в обществе (будь то идеи или материальные ценности) — это результат творческой деятельности немногочисленных одаренных личностей. Основные работы: «La Criminalité comparée» (1886), «Les Lois de l'imitation. Etude sociologique» (1890), «La Philosophie penale» (1890), «Les Transformations du Droit, Etude sociologique» (1893), «La Logique sociale» (1895), «Les Lois sociales» (1898), «Etudes de psychologie sociale» (1898), «Les Transformations du pouvoir» (1899), «L'Opinion et la foule» (1901).

<sup>x</sup> Болдуин Джеймс Марк (Baldwin James Mark), 1861–1934 — американский философ и психолог, работы которого заложили основы для формирующейся в 90-е г. XIX в. социальной психологии в Соединенных Штатах, профессор Принстонского университета, университетов Торонто, Мехико. Болдуин подверг жесткой критике социал-дарвинизм и эволюционизм, настаивая на первостепенной роли индивидуальных факторов для познания социальной действительности. Психологическая доктрина является одним из наиболее ярких примеров применения принципов индивидуализма в социальной психологии. Основные работы: «Elements of Psychology» (1893), «Story of the Mind» (1898), «Dictionary of Philosophy and Psychology» (1901–1906).

<sup>xi</sup> Термин «*sociality*» в англоязычных работах Гурвича тождествен термину «*sociabilité*» в работах, написанных на французском языке, и поэтому в рамках данной работы переводится единообразно как социальность.

<sup>xii</sup> Олпорт Флойд Генри (Allport Floyd Henry), 1890–1971 — американский философ и психолог, сторонник бихевиоризма и индивидуализма. Психология, по Олпорту, изучает поведение и мышление в их единстве. Ни то, ни другое по отдельности не могут быть предметом психологии. Но при этом поведение представляет собой более важное явление, чем мышление — последнее не влияет на причинную обусловленность реакций организма. Оно служит только источником

информации о подобных реакциях. Социальная психология призвана только к изучению индивидуальных сознаний и поведения индивидов; по мнению Олпорта, коллективное сознание и человеческие коллективы — это иллюзии. Основные работы: «An Elementary Laboratory Course in Psychology» (1916), «Social Psychology» (1924), «Theories of Perception and the Content of Structure» (1965).

Лундберг Джордж (Lundberg Georges), 1895–1966 — американский социолог и психолог, сторонник бихевиоризма, президент Американского социологического общества. Утверждал, что у всех социальных наук один предмет — человеческое поведение. Поэтому социальные науки используют фактически единый научный инструментарий, различаясь лишь по используемой терминологии. С этих позиций Лундберг выступал за создание единой интегративной социальной науки. Основные работы: «Foundations of Sociology» (1939), «Social Research» (1942), «Can Science Save Us?» (1947).

<sup>xiii</sup> Самнер Уильям Грэхем (Sumner William Graham), 1840–1910 — американский социолог, представитель социал-дарвинизма в социологии, один из родоначальников социологической науки в США. Исследования Самнера сосредотачиваются на таких проблемах, как природа норм и обычаев, их происхождение, изменение обычаев, механизмы закрепления обычаев и их институционализации, связь обычаев с социальными группами. Обычай всегда непосредственно связан с той или иной группой; каждая группа имеет свои обычаи. Самнер ввел понятия «мы-группа», «они-группа» и «этноцентризм», получившие впоследствии широкое применение в социальных науках. Когда обычаи соединяются с теми или иными идеями и рациональными обоснованиями их существования, они превращаются в нравы. Дальнейшая ступень закрепления обычаев, служащая формированию определенной социальной структуры для поддержания определенной группы идей и обычаев, — институты. Функцией институтов является удовлетворение человеческих потребностей. Выделяя четыре «великих движущих мотива

человеческого поведения» (голод, секс, честолюбие и страх), Самнер разделил институты на четыре класса: институты социального самосохранения, обеспечивающие удовлетворение потребности в питании и самосохранении (промышленная организация, собственность, «регулятивная организация»); институты воспроизводства общества, упорядочивающие сексуальную жизнь и служащие продолжению рода (брак и семья); институты самоутверждения, удовлетворяющие человеческие «тщеславие» и «честолюбие» (спорт, игры, танец, мода, украшения, престиж и т. п.); религиозные институты, связанные со «страхом перед духами» (анимизм, шаманизм, фетишизм, табу, ритуал, жертвоприношение, магия и т. п.). Популяризатором идей Самнера стал его ученик А. Г. Келлер. Основные работы: «Protectionism: Theism Which Teaches that Waste Makes Wealth» (1885), «Folkways, a Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores and Morals» (1907), «Earth-hunger and other Essays» (1913), «The Forgotten Man, and other essays» (1918), «The Science of Society» (1927), «War and other essays» (1919), «What Social Classes Owe to Each Other» (1925).

<sup>xiv</sup> Вестермарк Эдвард (Westermarck Edward), 1862–1939 — финский социолог и антрополог, специалист по истории марокканской культуры. Широко известны его исследования по истории семьи, которую рассматривал в качестве первичного института человеческого общества, без которого немислимо существование людей. Вестермарк критиковал работы эволюционистов, считавших семью продуктом развития общества, и доказывал первостепенную роль семьи для обеспечения выживания потомства. Запрет на инцест он трактовал как защитную реакцию общества против сексуальной агрессии между изначально близкими между собой людьми. В своей социологической концепции Вестермарк пытался синтезировать данные биологии и культурологии, придав последней статус точной науки. Основные работы: «The History of Human Marriage» (1891), «The Origin and Development of the Moral Ideas» (1914),

«Marriage Ceremonies in Morocco» (1926), «Ritual and Belief in Morocco» (1930), «Wit and Wisdom in Morocco» (1934), «Three Essays on Sex and Marriage» (1939).

<sup>xv</sup> Росс Эдвард Олсворт (Ross Edward Alsworth), 1866–1951 — один из основателей американской социологии и социальной психологии. В основе социального развития, по мнению Росса, лежит «взаимодействие» (*interaction*) индивидов, ведущее к образованию социальных групп и подчиненное определенному социальному контролю и порядку. Подобное взаимодействие протекает в четырех основных формах: ассоциация, доминирование, эксплуатация и оппозиция. Процессы, способствующие достижению промежуточного положения между социальной стабильностью и индивидуальной свободой, Росс считал «прогрессивными», выступая за внутренний этический социальный контроль над поведением индивида, основанный на усвоении личностью общественных ценностей. При этом он признавал постоянно возрастающее значение внешнего политического контроля, опирающегося на воспитание, религию, общественное мнение, социальные и законодательные санкции и т. д. Основные работы: «Social Control: A Survey of the Foundations of Order» (1901), «Social psychology: An outline and sourcebook» (1918), «Principles of Sociology» (1921).

<sup>xvi</sup> Хобхауз Леонард Трелони (Hobhouse Leonard Trelawny), 1864–1929 — английский философ и социолог, известный по своим сравнительным исследованиям социального развития. Хобхауз пытался увязать социальные изменения с их значением для развития той или иной социальной общности, делая акцент на моральных, интеллектуальных и религиозных предпосылках изменений. Разрабатывая теорию развития общества и его институциональных форм, Хобхауз стремился создать единую методологию, объединяющую этнологию, психологию, религиозное, антропологическое, экономическое и т. п. Рассматривал социологию как секуляризованную часть философии. Основные работы: «Morals in Evolution» (1906), «Material Culture and Social Institutions of the Simpler Peoples» (1915), «The Rational Good»

(1921), «Elements of Social Justice» (1922), «Social Development» (1924).

<sup>xvii</sup> Кули Чарльз Хортон (Cooley Charles Horton), 1864–1929 — американский социолог, социальный психолог, один из основоположников теории малых групп. В основе социологической теории Кули лежат социальный органицизм и признание ведущей роли сознания в формировании социальных процессов. Кули рассматривал «социальное» и «индивидуальное» как две стороны единой коллективной психики и считал, что личность и общество едины как части социальной тотальности. Приобретение индивидуальных психических процессов к коллективному сознанию — это и есть социализация индивидуального сознания. Социализация индивидуального сознания начинается в первичной группе (семья, соседская община), где есть непосредственный психологический контакт. Результатом социализации являются образы или представления (*imaginations*). В представлениях самоощущения индивида ассоциируются с общепринятыми символами и становятся «социальными чувствами». «Социальные чувства», по Кули, — это основа социальной организации и социального контроля. Потенциальная разумная природа индивидуального «Я» приобретает социальное качество лишь в коммуникации, межличностном общении внутри первичной группы. Усваиваемые индивидом представления о своем «Я», которые возникают в сознании «других», Кули называет «представлениями представлений» (*imaginations of imaginations*). Основные работы: «Human Nature and the Social Order» (1902), «Social Organization» (1909), «Social Process» (1918), «Sociological Theory and Social Research» (1930).

<sup>xviii</sup> Сам Гурвич под социальным контролем понимал «совокупность культурных паттернов, социальных символов, коллективных духовных значений, ценностей, идей и идеалов, равно как и непосредственно связанные с ними социальные действия и процессы, посредством которых глобальные общества, социальные группы и отдельные индивиды преодолевают напряженность и конфликты в

отношениях между собой, создавая временные системы равновесия, и продолжают свою созидательную работу» (*Gurvitch G. Social Control // Twentieth century sociology*. New York, 1945. P. 291). Гурвич часто использует в своих работах данный термин (некоторые исследователи даже относят теорию Гурвича к концепции социального контроля; см., например: *Midieloni M. Itinerari per una sociologia de la famille sous contról social // Sociologie pluraliste et pluralisme sociologique*. Univ. de Neuchatel, Edes, 1986. P. 164–169) и считает, что при определенных оговорках распространенная в американской социологии середины XX в. концепция «социального контроля» может успешно применяться при анализе социальной сущности права, но лишь в качестве отправного пункта для целостного изучения общества в рамках «социологии человеческого духа» (*Gurvitch G. Social Control // Twentieth Century Sociology*. P. 286, 295). Гурвич выделяет ряд предпосылок, на которых должно базироваться социологическое изучение феномена права как инструмента «социального контроля». Это: а) отказ от веры в теорию прогресса или эволюции общества и возможности трактовки регулятивных механизмов общества как результатов такой эволюции; б) отказ от ценностной трактовки права как системы общественного порядка или системы «вечного мира» (Кант); право, по мнению Гурвича, является производной от множества конфликтов, противоречий, антагонизмов и систем равновесия между интересами и ценностями различных социальных групп и поэтому немислимо в бесконфликтном обществе; в) отказ от теории общественного договора и отрицания произвольного тезиса о том, что право есть взаимная гарантия для индивидов и общества против возможности злоупотребления своей властью и своей свободой в ущерб друг другу: конфликты, социальная борьба и плюрализм ценностей не есть нечто абстрактное, что могло бы быть «примирено» заключением некоего абстрактного договора, но реально существующее и составляющее содержание общественной жизни

как таковой; г) признание того, что общество состоит из множества различных, автономных групп, каждая из которых вырабатывает свои нормативные факты и свою систему социального контроля, — эти системы могут не только не совпадать, но и конфликтовать между собой, а тенденции их развития могут значительно расходиться; д) уяснение точного места и значения ценностей в общественной жизни: Гурвич критикует как «ценностный абсолютизм» в социологии (Вебер, Кули), так и позитивистский релятивизм и предлагает свой подход, который основывается на признании двустороннего функционального взаимодействия общества и ценностей — такой подход Гурвич обозначает как «функциональный реляционизм»; е) невозможность отождествлять систему права с системой принятых в конкретном обществе правил и норм поведения (Ibid. P. 286–290). Социальный контроль возможен: 1) посредством социальных организаций; 2) посредством культурных обычаев и символов; 3) в спонтанной форме посредством ценностей, идей и идеалов; 4) в полностью спонтанной форме непосредственного коллективного восприятия, творчества, например, в революциях, восстаниях и т. д. (Ibid. P. 293–294).

<sup>xix</sup> Дьюи Джон (Dewey John), 1859–1952 — американский философ, психолог, один из лидеров философии прагматизма. Под влиянием У. Джеймса он пришел к прагматизму, развив последний в теорию «инструментализма». Ее основной тезис — «идея есть продукт и функция опыта», все личное понимается как биологическая функция. Человеческое мышление по своей природе целенаправленно, так как исходит из данной ему в опыте ситуации и стремится решить поставленную этой ситуацией проблему, которая состоит в том, что мышление является не только следствием, но и продуктом опыта. Работа над конкретной ситуацией осложнена тем, что мышление имеет дело не только с материалом этой ситуации, но и с накопленными в опыте предвзятыми мнениями и готовыми предположениями. Этот комплекс

социально обусловленных ложных и неложных навыков мышления, симпатий и антипатий, традиционных представлений о понятиях и есть культура. Задача анализирующего мышления — установить, какого рода культура настолько свободна сама в себе, что порождает политическую свободу в качестве своего спутника и следствия». Основные работы: «Psychology» (1887), «The School and Society» (1899), «Ethics» (1915), «German Philosophy and Politics» (1916), «Essays in Experimental Logic» (1918), «Democracy and Education» (1916), «Human Nature and Conduct» (1922), «The Quest for Certainty» (1929), «Art as Experience» (1934), «A Common Faith» (1934), «Liberalism and Social Action» (1935), «Freedom and Culture» (1939), «Problems of Men» (1946).

<sup>xx</sup> Мангейм (Манхейм, Манхайм) Карл (Mannheim Karl), 1893–1947 — немецкий философ и социолог, один из создателей социологии познания. Вслед за Шелером Мангейм полагал, что общественное бытие не сводится только к «экономическим отношениям производства», но представляет собой исторический жизненный процесс, естественно порождающий из себя в разные эпохи разные «центры систематизации» — реальные жизненные доминанты, которые могут носить не только экономический, но и, как, например, в Средние века, религиозный или иной характер, определяя стиль эпохи. В рамках определенной эпохи могут существовать различные социальные «конstellации» — сложившиеся расстановки социально-классовых позиций и сил. Последние обуславливают существование различных «стилей мышления», или «мыслительных позиций». Поэтому социология познания должна отбросить «метафизическую иллюзию о внесторическом субъекте социального познания», выхваченном из социального контекста, мыслящего якобы с «точки зрения вечности», и признать, что различное положение познавательных субъектов в социально-историческом пространстве и времени обуславливает релятивность их познания — односторонность их познавательных перспектив, относительную

ложность их точек зрения (историцизм). Основные работы: «Ideologie und Utopie» (1929), «Diagnosis of our Time: Wartime Essays of a Sociologist» (1943), «Freedom, Power and Democratic Planning» (1950).

<sup>xxi</sup> Сорокин Питирим Александрович, 1889–1968 — российско-американский социолог и культуролог. Сорокин считал культуру основой социальной жизни — социокультурное взаимодействие представляет собой своеобразную матрицу, любая ячейка которой является одновременно и определяющей, и определяемой. Поэтому значение каждого индивида может быть понято лишь в контексте этой матрицы, содержащей всю полноту информации о социокультурных явлениях и их отношениях. При этом личность выступает как субъект взаимодействия; общество — как совокупность индивидов со своими социокультурными отношениями и процессами; культура — как совокупность значений, ценностей, норм и совокупность ее носителей, которые объективируют, социализируют и раскрывают значения. При этом Сорокин не уподобляет общество ни человеку, ни даже сумме индивидов. Описывая динамические процессы социокультурной системы как состояние непрерывного перехода из идеальной фазы в чувственную и наоборот, он показывает коренные отличия интегративного общества от отдельного индивида. Основные работы: «Social Mobility» (1927), «Social and Cultural Dynamics» (1937–1941), «Man and Society in Calamity», (1942), «The Sociology of Revolution» (1967), «Hunger as a Factor in Human Affairs» (1975), «The Crisis of our Age» (1992).

<sup>xxii</sup> В написанных позднее работах «La vocation actuelle de la sociologie» (1955. Vol. 1. P. 66–119) и «Traité de sociologie» (1962. Vol. 1. P. 160–168) Гурвич описывает иную, десятиуровневую систему социальной действительности, частично пересекающуюся с описанной в настоящей книге. Гурвич выделяет 10 глубинных макросоциологических уровней (*paliers en profondeur*) социальной действительности. 1. Поверхностный слой морфологии и экологии (*la surface morfologique et ecologique*), или уровень

спонтанной организации. Сюда включаются все явления природного, технического, биологического, демографического характера, которые служат средством и материальной основой для культурного творчества. 2. Уровень организованной социальности (*des appareils organisés*). Это заранее заданные образцы коллективного поведения, развивающиеся по фиксированным схемам в соответствии с социальным ожиданием. Здесь спонтанные социальные явления «катализируются», фиксируются с помощью традиций, обычаев, нравов и т. п. В этом отличие данного уровня от уровня спонтанной организации, основывающегося не на психологическом принуждении, а на единстве переживания, на общности жизни и жизненных функций. Этот уровень более подвижен и мобилен, чем предыдущий, но более формализован. 3. Уровень социальных моделей (*modeles sociales*), под которыми Гурвич понимал разнообразные традиционные клише, лозунги, увлечения, привязанности. Социальные модели направляют не только собственно поведение, но и более глубокие явления человеческого духа: предрасположения, роли, интеллектуальную деятельность, эмоции, интуицию и т. п. Они глубже уровня организации, где выступают в качестве ведущего звена, в отличие от предыдущего уровня (который четко формализован в опыте предыдущих поколений) вырабатываются спонтанно. 4. Уровень относительно регулярного, но неорганизованного коллективного поведения (*les conduits collectives d'une certaine regularité, mais se déroulant en dehors des appareils organisés*). Сюда относятся различные ритуалы, нравы, обычаи, привычки, веяния моды, неконформистские движения и иные регулярные проявления жизнедеятельности вне пределов социальных организаций. Они спонтанно складываются и регулярно повторяются в процессе социальной жизнедеятельности, наполняют собою социальные модели, однако находятся с ними в сложной диалектической взаимосвязи: зачастую эти два уровня входят в конфликт (например, конфликт между правовыми нормами,

предписывающими определенное поведение, закрепляющими за лицом правовой статус и указывающими процессуальные способы его реализации, с одной стороны, и юридической практикой, наполняющей правовые нормы собственным содержанием и способами реализации, порой сильно отличающимися от формально провозглашаемых, — с другой). 5. Уровень социальных ролей (*des trames de rôles sociales*) лежит в основании предыдущего уровня. Социальные роли содержат образцы возможного поведения в рамках той или иной социальной общности, которыми пользуются индивиды или группы для достижения социально значимых целей. Гурвич выделяет следующие виды ролей: структурные — образцы поведения на уровне социальных организаций; символические — связующие уровень социальных организаций и спонтанный уровень; флуктуативные — содержащие в себе вероятность непредсказуемого поведения; скрытые — способы поведения социальных классов и групп в неблагоприятных для них социально-политических условиях; желаемые и воображаемые роли — психологические представления, которые могут и не реализоваться в социальной взаимодействии. 6. Уровень коллективных предрасположений (*des attitudes collectives*) охватывает собою сферу индивидуальной и коллективной психологии, где зарождаются и развиваются определенные типы поведения, образуются символы, знаки, нормы. Коллективные предрасположения, по мнению Гурвича, образуются в результате воздействия событий глобального масштаба, таких, как войны, революции, кризисы, циклы экономического развития и т. п. Под влиянием подобных событий в коллективной психологии образуются социальные конфигурации, или гештальты (*Gestalt*), которые формируют ментальность, предпочтения и тенденции коллективной психологии и дают толчок к созданию тех сфер, где проявляются социальные символы, принимаются или отвергаются ценности. 7. Находящиеся на следующем уровне социальные символы выражают знаковую информацию, содержащую

«призыв» к участию в общественной жизни. Они связуют между собой различные уровни социальной действительности, заполняют разрывы между элементами общественной жизни. Социальные символы находятся одновременно в разных сферах: интеллектуальной, мистической, эмоциональной и т. п., передавая заложенное в них содержание участниками общественных отношений. 8. На уровне коллективного творческого, новаторского, созидательного поведения (*les conduites collectives effervescentes, novatrices et créatrices*) находит свое выражение свобода как основной принцип социального развития. Гурвич утверждает, что не всегда признаком коллективного и социального является их предсказуемость, регулярность. Существуют периоды социальной жизни, когда вследствие катаклизмов исчезают старые социальные структуры, а новые только зарождаются; общество в такие периоды не организовано и не структурировано. В эти периоды творческое коллективное поведение начинает играть ключевую роль; оно постепенно упорядочивает социальную жизнь, образует новые социальные структуры. Более того, оно всегда присутствует в социальной жизни и лишь с разной степенью интенсивности выражается в зависимости от социально-исторических условий, а сама социальная жизнь с этой точки зрения есть нечто среднее между традицией и творчеством. 9. Расположенные на следующем уровне коллективные идеи и ценности лежат в основании всех вышеназванных уровней социальной действительности. Здесь Гурвич исходит из феноменологической предпосылки «осмысленности», наличия смысла — «ноэмы» в различных проявлениях общественной жизни. Религиозные обряды, юридические процедуры и иные социальные ритуалы образуются не в результате случайного стечения обстоятельств — за ними исследователь интуитивно угадывает некий смысл. Идеи и ценности на время как бы задерживают спонтанный процесс социального творчества и служат противовесом неопределенности предыдущего уровня. Все социальные явления, классовые конфликты,

войны и социальные противостояния сводятся, в конечном итоге, к борьбе идей и ценностей. По Гурвичу, аксиология для социологии является не попыткой философского поиска первоначал бытия в абсолютных идеях и ценностях (социология должна ограничиваться исключительно фактами), а исследованием социальных фактов, т. е. реально существующих коллективных идей и ценностей. При этом Гурвич не конкретизирует способов восприятия социальных идей и ценностей: они доступны познанию за счет совпадения социального, логического и оценочного. 10. Уровень коллективного сознания и коллективной психологии (*des états mentaux et actes psychiques collectives*) в классификации Гурвича является последним из уровней социальной действительности, без которого другие уровни не могли бы существовать. Понять, как в общественной практике происходит коммуникация, взаимопонимание индивидов, одинаковое восприятие ценностей, символов, социальное взаимодействие, возможно лишь при обосновании концепции «открытого сознания» (*conscience ouverte*). Чувства, психические и эмоциональные состояния индивидов взаимопроницают друг в друга и образуют единую сферу коллективной психологии. Пользуясь принципом взаимодополняемости перспектив (*reciprocité de perspectives*), Гурвич утверждает, что различие между коллективным и индивидуальным сознаниями не реально (*actuelle*), а абстрактно (*virtuelle*), и что эти два вида сознания «взаимно имманентно присутствуют друг в друге» (*Gurvitch G. Essais de sociologie. Paris, 1938. P. 126*).

<sup>xxiii</sup> В вышедшей в 1962 г. книге «*Traité de sociologie*» Гурвич указывает на еще одно существенное отличие права от иных социальных регуляторов — намного более глубокую и интенсивную связь права с тотальными социальными явлениями, что объясняется тем, что право намного сильнее нуждается в коллективном признании, чем другие регуляторы. Без такого признания оказывается невозможной корреляция прав и обязанностей и, следовательно, существования

самого права (*Gurvitch G. Traité de sociologie. V. 1. P. 173*).

<sup>xxiv</sup> Коммонс Джон Роджерс (*Commons John Rogers, 1862–1945* — американский экономист и социолог, политический деятель, автор работ по истории экономического развития США и тред-юнионизма. Выдвинутая немецкой исторической школой концепция уникальности социально-экономического развития каждой страны была распространена Коммонсом на американское рабочее движение. Коммонс обратил внимание на то, что главные причины, влияющие на рабочее движение, — это постоянный приток эмигрантов, наличие свободных земель, огромные ресурсы внутреннего рынка, своеобразная система механизма государственного управления. Основные работы: «*Legal Foundations of Capitalism*» (1924), «*Institutional Economics*» (1934), «*A Documentary History of American Industrial Society*» (1910–11), «*History of Labor in the United States*» (1919–35).

<sup>xxv</sup> Ллевеллин Карл Никерсон (*Llewellyn Karl Nickerson, 1893–1962* — американский правовед, профессор Чикагского университета и университета Колумбия, один из основателей правового реализма. Он считал, что судьи выносят решения не на основе неких абстрактных правовых норм, а руководствуясь чувством справедливости. Правовые нормы есть всего лишь рационализированные *post factum* результаты правоприменения. С этих позиций Ллевеллин критиковал формализм традиционного правоведения и рассматривал право как «не определенный» (*indeterminate*) по своей сущности социальный феномен. В процессе принятия решения на судью и другого правоприменителя воздействует бесчисленное множество факторов, поэтому сказать, что же есть право, можно только после вынесения решения, но не ранее. Этот вывод Ллевеллин доказывал примерами из судебной практики (так, в работе «*The Common Law Tradition*» Ллевеллин продемонстрировал, как в 50-х гг. XX в. на решения судей Нью-Йоркского суда влияли изменения в экономической ситуации, вплоть до полного пересмотра судебной практики).

Основные работы: «The Bramble Bush» (1930), «The Cheyenne Way» (1941; в соавторстве с Э. А. Хэбелем), «Remarks on the Theory of Appellate Decisions and the Rules and Canons about how Statutes are to be Constructed» (1950), «The Common Law Tradition» (1960).

<sup>xxvi</sup> Ферри Энрико (Ferri Enrico), 1856–1928 — итальянский правовед, философ, криминолог, ученик Ч. Ломброзо, сторонник позитивистского направления в криминологии. С позиций детерминизма Ферри отстаивал идею о причинной обусловленности поведения и выступал за широкое применение методов статистики при изучении преступности. Следуя идеям учителя о биологической предрасположенности к преступлениям, Ферри дополнил их изучением и других явлений, влияющих на совершение преступлений (экономические, социальные, психологические факторы). Всех преступников Ферри подразделял на врожденных, психически ненормальных, случайных и аффективных и призывал к расширению превентивных мер борьбы с преступностью. Основные работы: «La Theoria della irresponsabilitè» (1878), «La Soziologia criminale» (1899).

<sup>xxvii</sup> Тимашев Николай Сергеевич (1886–1970) — российско-американский социолог и правовед, воспитанник Санкт-Петербургского университета, профессор Милуокского, Гарвардского и др. университетов США. Интересы Тимашева лежали в разных научных областях: он занимался проблемами уголовного права и уголовного процесса, социологией права, религии, общей социологии и т. д. Основные сочинения посвящены социологии права, методологической основой которой является изучение психологии социальной группы. Социологию права, как и вообще социологию, Тимашев относит к разряду «номографических наук», цель которых — установление законов, регулирующих взаимодействие общества и права. Основные работы: «Право Советской России» (1924), «Введение в изучение уголовно-судебного права» (1925), «An Introduction to the Sociology of Law» (1939); «The Crisis in the Marxian Theory of Law» (1939);

«Religion in Soviet Russia» (1942), «Three Worlds: Liberal, Communist and Fascist Society» (1946), «The Great Retreat» (1946), «Probation in the Light of Criminal Statistics» (1949), «Sociological Theory, its Nature and Growth» (1954), «General Sociology» (1959), «War and Revolution» (1965).

<sup>xxviii</sup> Альтузиус Иоханнес (Althusius Johannes), 1557–1638 — немецкий теолог и правовед, один из основателей современной европейской политической науки. Ревностный кальвинист, Альтузиус пытался связать учение о политике и теологию в ее протестантском аспекте, одним из первых сформулировал принципы договорной теории происхождения государства. Он возражал на распространенные в то время естественно-правовые концепции, указывая, что основой политической жизни являются не абстрактные законы, а поведение отдельных индивидов и их союзов. Последние создаются индивидами для *vita beata, commoda et felix* (лат. — прекрасной, удобной и счастливой жизни) по их взаимному согласию. Альтузиус выступает за прямую демократию в небольших социальных группах и считает возможной интеграцию этих групп в масштабные социальные союзы на принципах иерархического федерализма. Основная работа: «Politica methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata» (1603–1614).

<sup>xxix</sup> Кенэ Франсуа (Quesnay Francois), 1694–1774 — французский экономист, глава школы физиократов во Франции. Основная идея Кенэ заключалась в представлении о сельском хозяйстве как об основе экономического развития и процветания нации. Кенэ — сторонник экономической свободы. Национальная экономика не нуждалась в чрезмерной опеке со стороны государства, ее развитием управляет, по мысли Кенэ, естественный порядок вещей, способный гармонизировать интересы и индивида и общества. Снижение налогового бремени и свобода ценообразования способствуют эффективности действия этого естественного порядка. В то же время Кенэ выступал против концепции меркантилистов и считал необходимой определенную долю государственного вмешательства в экономику.

Основные работы: «Tableau economique» (1758), «Philosophie rurale» (1763; в соавторстве с Мирабо), «Théorie de l'impôt» (1760; в соавторстве с Мирабо).

<sup>xxx</sup> Летрос Гийом Франсуа (Le Trosne Guillaume François), 1728–1780 — французский экономист, один из представителей школы физиократов во Франции, сторонник абсолютистской монархии. Первоначально его исследования были посвящены естественному праву, затем Летрос обратился к изучению вопросов политэкономии. Модернизировал взгляды физиократов, изучив финансовую систему общества, исторические и географические особенности государства. Основные работы: «Discours sur l'état actuel de la magistrature, avec des notes economistes» (1764), «La liberté du commerce des grains, toujours utile et jamais nuisible» (1765), «De l'intérêt social» (1777), «De l'ordre social» (1777), «De l'administration provinciale, et de la reforme de l'impôt» (1779).

<sup>xxxii</sup> Дюпон де Немур Пьер Самуэль (Dupont de Nemours Pierre Samuel), 1773–1817 — французский экономист и государственный деятель. Де Немур был одним из наиболее выдающихся представителей физиократии в политэкономике Франции, именно он первым применил термин «физиократия» к школе Кенэ. Основой взглядов де Немура явилась теория «чистого продукта» его учителя Кенэ. Вместе с тем он пытался связать экономические принципы физиократии с более общими философскими предпосылками, в частности рассматривая политэкономии как науку о законах экономической жизни, которые он приравнивал к естественным законам природы. Открытие таких законов и невмешательство в механизм их действия, по мнению де Немура, привело бы к всеобщему благополучию. Основные работы: «De l'origine et des progrès d'une science nouvelle» (1768; в соавторстве с Мерсье де ля Ривьером), «Physiocratie ou constitution naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain» (1768), «Du commerce et de la Compagnie des Indes» (1769), «Tableau raisonné des principes de l'économie politique» (1775), «Mémoires

sur la vie et les ouvrages de M. Turgot» (1782).

<sup>xxxiii</sup> Мерсье (Лемерсье) де ля Ривьер де Сен-Метар Пьер Поль Франсуа Иоахим Анри (Le Mercier de La Riviere de Saint-Medard Pierre Paul Francois Joachim Henri), 1719–1792 — французский экономист, представитель школы физиократов, выступал за полную свободу торговли. Лемерсье продолжил исследование политэкономической проблематики в ее философских аспектах, в частности в связи с формами правления в государстве. Он приобрел известность не столько своими научными работами, сколько скандальными и экстравагантными выходками, беспечелляционными утверждениями. Например, Лемерсье утверждал, что законы экономики являются столь же неизменными, что и заповеди Бога. Основные работы: «L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques» (1767), «De l'origine et des progrès d'une science nouvelle» (1768; в соавторстве с Дюпоном де Немуром).

<sup>xxxiiii</sup> Безелер Карл Георг (Beseler Karl Georg), 1809–1888 — немецкий правовед и политический деятель, профессор Базельского, Ростокского и Берлинского университетов. Безелер являлся одним из лидеров германистского направления исторической школы права в Германии. Являясь членом Прусского парламента, Безелер способствовал закреплению некоторых из идей германистского направления, которые он почерпнул из изучения истории немецкого права, в действующем прусском законодательстве. Так, он ввел в гражданское право Пруссии идею корпоративных ассоциаций, известных по древнегерманскому праву; впоследствии эта идея была развита его учеником О. фон Гирке. Основные работы: «Die Lehre von den Erbverträgen» (1835–1840), «Volksrecht und Juristenrecht» (1843), «System der gemeinen deutschen Privatrechts» (1847–1855).

<sup>xxxv</sup> Бэр Отто (Bähr Otto), 1817–1895 — немецкий правовед, публицист и политический деятель. Бэр являлся специалистом по германскому гражданско-процессуальному праву и с позиций этой отраслевой дисциплины жестко

критиковал стремление законодательных органов к всеобъемлющему регулированию гражданского процесса. В ходе этой полемики Бэр одним из первых сформулировал предпосылки учения о живом и свободном праве. Свои идеи он смог частично воплотить на практике, являясь одним из авторов проекта гражданско-процессуального кодекса для земли Гессен и занимая в течение более 30 лет должность судьи. Основные работы: «Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund» (1854), «Der Rechtsstaat» (1864), «Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen» (1883).

<sup>xxxv</sup> Гурвич выделяет три основных социальных класса современности и указывает на характерные для них виды социальных регуляторов. 1. Землевладельцы. — Для данного класса характерна традиционная или основанная на идеальных символах мораль, а также мораль заслуг; интуитивное, мистико-символическое и спекулятивное знание; обычное, рутинное право и право, фиксируемое социальной практикой или непосредственной интуицией. 2. Буржуазия. — Для нее характерна ригористическая мораль; рефлексивное, рациональное, позитивное знание; договорное или прецедентное право, а также заранее сформулированное путем законодательной процедуры право. 3. Пролетариат. — Этому классу свойственна мораль действия, надежды, творчества; эмпирическое, спекулятивное, позитивное знание; гибкое, формулируемое *ad hoc* право (Gurvitch G. *Determinismes sociaux et liberté humaine*. P. 206–207). Необходимо учитывать, что, несмотря на доминирование коллективного сознания и четкую социальную структуру, социальным классам весьма трудно создавать правопорядок. Это объясняется преобладанием в социальных классах иных видов социального регулирования — морали, нравов, искусства (Gurvitch G. *Traité de sociologie*. V. 2. P. 196–197). Специфика классового сознания и соответствующих интересов определяют и основные объекты правового регулирования в классовых правопорядках: для крестьянства — это регулирование отношений общей собственности, семейных, наследственных отношений; для буржуазии — договорные

отношения, торговый оборот, финансы и кредит; для пролетариата — трудовые отношения, коллективные споры, профессиональная солидарность (Ibid. Vol. 2. P. 197–198).

<sup>xxxvi</sup> Мейтлэнд Фредерик Уильям (Maitland Frederic William), 1850–1906 — английский правовед, известный своими историко-правовыми исследованиями, профессор кафедры истории права Англии Кембриджского университета. Мейтлэнд посвятил свое творчество сбору, анализу и публикации материалов судебной практики средневековой Англии и считается одним из основателей английской историко-правовой науки. В своих исследованиях Мейтлэнд использовал генетический и компаративный методы, сочетая их с изучением идейных основ соответствующих явлений правовой жизни. Методика, принесшая Мейтлэнду известность, — интерпретативное прочтение правовых документов, уяснение их значимости для развития идей того или иного исторического периода, их связи с религиозными представлениями, политическими доктринами и социальной жизнью в целом. Основные работы: «Pleas of the Crown for the County of Gloucester» (1884), «History of English Law before the Time of Edward I» (1895; в соавторстве с Ф. Поллоком), «Bracton's Note Book» (1887), «Selected Pleas of the Crown» (1888), «Domesday Book and Beyond» (1897), «Roman Canon Law in the Church of England» (1898), «Township and Borough» (1898), «English Law and the Renaissance» (1901).

<sup>xxxvii</sup> Фюстель де Куланж Нума Денис (Fustel de Coulanges Numa Denis), 1830–1889 — французский историк, специализировавшийся на истории античности. Заслугу Куланжа в развитии исторической науки составляет разработка методологии изучения письменных документов прошлого и их социологического анализа. Он также известен как основоположник компаративистики в исторической науке. Сопоставляя социальные факты и верования в античном мире, Куланж сформулировал широко распространенную в наше время концепцию происхождения семьи, в рамках которой

основное внимание уделяется представлениям, ценностям, обычаям и обрядам древних. Основная работа: «La Cité antique» (1864).

<sup>xxxviii</sup> Глоц Гюстав (Glotz Gustave), 1862–1935 — французский историк, профессор Сорбоннского университета. Глоц занимал позицию, близкую к сформировавшемуся в 30-е г. XX в. течению школы Анналов во Франции. В своих исследованиях Глоц пытался воссоздать целостную картину социально-экономического развития обществ древности. Известен как создатель «социологической модели» в исторической науке. Основные работы: «La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce» (1904), «La Cité Grecque» (1928).

<sup>xxxix</sup> Ковалевский Максим Максиминович (1851–1916) — российский социолог, историк и правовед, политический деятель либерального направления. В своих работах отстаивал необходимость применения сравнительно-исторического метода в социологии. Известность Ковалевскому принесли исследования социально-экономических структур Древности и Средневековья. Основные работы: «Общественный строй Англии в конце Средних веков» (1880), «Общинное землевладение» (1879), «Современный обычай и древний закон» (1886), «Первобытное право» (1886), «Происхождение современной демократии» (1895–1899), «Экономический рост Европы до возникновения капиталистического хозяйства» (1898–1903), «Современные социологи» (1905), «От прямого народоправства к представительному и от патриархальной монархии к парламентаризму» (1906), «Социология» (1910).

<sup>xl</sup> Лейст Буркард Вильгельм (Leist Burkard Wilhelm), 1819–1906 — германский правовед, профессор Базельского, Ростокского и Иенского университетов. Свою научную деятельность Лейст начал с исследований по римскому праву и истории его рецепции в Германии. Он пытался критически оценить результаты рецепции и высказал предложения о частичной отмене закрепленных в позитивном праве норм как противоречащих современным условиям. Первоначально

присерживавшийся в исследованиях методологии исторической школы юристов, впоследствии Лейст стал широко использовать также и общенаучные методы, перешел к аналитическому изучению действующего права и его критике с точки зрения эффективности и соответствия духу времени. В четырехтомной работе «Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse» (1854–1857) Лейст провел характерное различие между двумя видами правовых норм: *naturalis ratio*, которое задано общественными условиями и нуждается только в санкционировании со стороны обычной или закона для того, чтобы стать позитивным правом, и *civilis ratio*, которое творится законодателем исходя из отдельных потребностей общества. Данное различие, по мнению Лейста, соответствует различию *jus gentium* и *jus civile* в римском праве, что он пытался продемонстрировать на основе анализа древнеарийского права. Основные работы: «Die bonorum possession, ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung» (1844–1848), «Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse» (1854–1857), «Gräco-italische Rechts-geschichte» (1884), «Alt-ariesches jus gentium» (1889), «Alt-arisches jus civile» (1892–1896).

<sup>xli</sup> Леббок Джон (Lubbock John), 1834–1913 — английский археолог и этнограф; один из классиков эволюционизма, сторонник естественно-исторического сравнительного метода в изучении человеческой культуры. Применил новую периодизацию первобытной культуры, разделив каменный век на палеолит и неолит, исследовал вопросы истории культуры. Основное внимание в своих работах Леббок уделял истории брака и семьи, религиозных верований; впервые применил комплексное использование архивного и этнографического материала для изучения первобытной истории. Леббок полагал, что смена культур обусловлена военными экспансиями, а развитие общества — результат экономического процесса. Основные работы: «Prehistorical Epochs» (1865), «The Origin of Civilization» (1870).

<sup>xlii</sup> Пост Альберт Герман (Post Alfred Hermann), 1839–1895 — немецкий пра-

вед, этнолог, представитель эволюционистского направления, один из основателей этнологической юриспруденции. Основываясь на предпосылках позитивизма и релятивизма, Пост разработал так называемый сравнительно-исторический метод, характеризовавшийся пренебрежением к частным историческим событиям и сосредоточенностью на типологизации культурных феноменов. Такой метод позволял проследить в развитии социальных явлений эволюционную закономерность, схожую с эволюцией организмов в биологии. Проводя аналогии между социальными институтами разных народов и разных исторических эпох, Пост настаивал на их однородности как «продуктов единой человеческой природы», как звеньев одной эволюционной цепи. По его мнению, общество эволюционировало от родоплеменной организации до территориальных союзов. Те же принципы Пост применял и к изучению истории права. Основные работы: «Einleitung in die Naturwissenschaft des Rechts» (1872), «Die Geschlechsgenossenschaft der Urzeit und die Entstehung der Ehe» (1875), «Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Grundlage» (1880–1882), «Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz» (1886), «Afrikanische Jurisprudenz» (1887), «Die Aufgaben der Rechtslehre» (1891), «Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz» (1894–1895).

<sup>xliii</sup> Гольденвейзер Александр Александрович (Goldenweiser Alexander), 1880–1940 — российско-американский антрополог, известный работами по теории тотемизма. В своих работах, в которых антропология была соединена с элементами психологии и психоанализа, Гольденвейзер критиковал предпосылки культурного эволюционизма и компаративизма. Он считал ошибочным отождествление того или иного социального явления с реально протекающими в социальной жизни нерегулярными, случайными процессами. Также нельзя, по Гольденвейзеру, переносить допустимый для естественных наук институт эволюции в изучение культурных явлений, пытаюсь

найти в них то начало, которое предопределило дальнейшее развитие этих явлений: культурная диффузия не является механическим процессом, но зависит от стечения обстоятельств и постоянно меняющихся свойств культурной среды. Основные работы: «The Knowledge of Primitive Man» (1915), «Totemism: An Analytical Study» (1910), «Diffusionism and Historical Ethnology» (1925), «Early Civilizations» (1929).

<sup>xliv</sup> Турнвальд Рихард (Thurnwald Richard), 1869–1954 — немецкий антрополог, известный по своим сравнительным исследованиям социальных институтов, профессор Берлинского университета. Антропологическая концепция Турнвальда развилась в период его экспедиций в Полинезию и Восточную Африку (1905–1930 гг.). Благодаря подробному описанию культурных стереотипов туземных народов Турнвальд считался одним из лидеров антропологии в Германии. Турнвальд пытался совместить социологическое изучение общественной жизни в ее конкретике с теоретическим обоснованием исторической последовательности социальных форм. В своих работах он применял сравнительно-этнографический метод и метод социально-ретроспективной реконструкции. Основные работы: «Forschungen auf den Salomon-Inseln und dem Bismarck-Archipel» (1912), «Probleme der ethno-psychologischen Forschung. Zur Praxis der ethno-psychologischen Ermittlungen durch sprachliche Forschungen» (1912), «Vorläufiger Bericht über Forschungen im Innern von Deutsch-Neu-Guinea in den Jahren 1913–1915» (1917), «Bei Kriegsausbruch im Zentralgebirge von Neu-Guinea» (1929), «Koloniale Gestaltung» (1939), «Des Menschengeistes Erwachen, Wachsen und Irren» (1951), «Die Menschliche Gesellschaft in ihren ethno-sozio-logischen Grundlagen» (1952).

<sup>xlv</sup> Радклифф-Браун Альфред Реджиналд (Radcliffe-Brown Alfred Reginald), 1881–1955 — английский этнограф, один из создателей «социальной антропологии», глава формального структурализма в английской социологии. Вся область «антропологии» — в самом широком ее

понимании как «науки о человеке и человеческой жизни во всех ее аспектах» — Радклифф-Браун делил на три восты: человеческая биология (т. е. соматическая антропология), доисторическая археология и «изучение языков и культур внеевропейских народов, особенно народов без письменной истории». Последнее совпадает с тем, что в большинстве стран именуется собственно этнографией или этнологией. Эту область знания Радклифф-Браун, в свою очередь, делил на две резко разграниченные области: этнология и социальная (культурная) антропология. Этнологией Радклифф-Браун предлагал называть конкретно-историческое изучение отдельных народов, их внутреннего развития, культурных связей между ними. Задача социальной антропологии заключается не в реконструкции конкретной истории отдельных народов, а в поисках общих законов социального и культурного развития. Эта наука пользуется индуктивным методом, аналогичным методу естественных наук. При этом анализ структуры общества неотделим от исследования социальных функций его институтов и других структурных элементов. Основные работы: «Andaman Islanders» (1922), «The Method of Ethnology and Social Anthropology» (1923), «Historical and Functional Interpretation of Culture» (1929), «The Present Position of Anthropological Studies» (1931), «A Natural Science of Society» (1948), «Structure and Function in Primitive Society» (1952).

<sup>xLVI</sup> Ломброзо Чезаре (Lombroso Cesare), 1836–1909 — итальянский психиатр и философ, основоположник криминологии. Ломброзо рассматривал криминологию как строго положительную науку, которая должна основываться на фактах естественных наук, прежде всего биологии. Критерий отличия преступников от обычных людей Ломброзо видел в особых чертах внешности. По его мнению, преступник — это отставший в своем развитии индивид, который не может затормаживать свое преступное поведение; наилучшая стратегия общества в отношении такого «прирожденного преступника» — избавиться от него, лишая его свободы или жизни. Ломброзо также выдвинул

тезис, что гениальность соответствует ненормальной деятельности мозга, граничащей с эпилептоидным психозом. Основные работы: «Genio e follia» (1864), «L'Uomo Delinquente» (1876), «Antropologia Criminal» (1883), «Le Crime, Causes et Remedes» (1899).

<sup>xLVII</sup> Гарофало Рафаэль (Garofalo Raphael), 1852–1934 — итальянский философ и криминолог, ученик Ломброзо. Гарофало разработал доктрину «естественных преступлений», т. е. таких преступлений, которые противоречат двум главным альтруистическим побуждениям человека — честности и сострадания. Преступление, по мысли Гарофало, это аморальный проступок, нетерпимый для любого общества и запрещенный под страхом наказания. Гарофало предлагал три способа борьбы с преступниками: лишать жизни тех, кто из-за своей психической конституции предрасположен к преступлениям; удалять из общества тех, чье развитие недостаточно для жизни в цивилизованном обществе; принудительно исправлять тех, кто совершил преступления из-за стечения обстоятельств по причине недостаточной развитости альтруистических чувств. Основная работа: «Le critère positif de la criminalité» (1878).

<sup>xLVIII</sup> Сигеле Шипио (Sighele Scipio), 1868–1913 — итальянский социолог и криминолог, один из основоположников социальной психологии в Европе. Известность ему принесли исследования по социологии преступности с точки зрения коллективной психологии, а в более конкретном плане — психологии толпы. Согласно концепции Сигеле, коллективная психология — это наука, занимающая промежуточное положение между индивидуальной психологией (учением об индивидуе) и социологией (учением об обществе в его целостности). Продолжая исследования Парето, Моски и других итальянских политологов, Сигеле подверг анализу процесс реализации власти с психологической точки зрения, механизмы господства властного меньшинства над подвластным большинством. Он дал психологическую характеристику механизмов преобразования индивидуального сознания в групповое и массовое,

способов достижения психологической и поведенческой целостности группы в процессе групповых контактов. Из своих исследований Сигеле сделал интересный вывод о существенных различиях между психологическими и поведенческими характеристиками, присущими личности, с одной стороны, и группы людей — с другой. Объединение индивидов в общность (партию, секту, толпу и т. п.) приводит к несоответствию между добропорядочной моралью отдельного человека и откровенно порочной, клановой моралью группы, что, по мнению Сигеле, приводит к упадку общественной морали. Такой упадок находит свое выражение, в частности, в феномене толпы, которую Сигеле рассматривал как источник экстремизма в социуме. Основная работа: «*La folla criminale*» (1909).

<sup>XLIX</sup> Социальная структура, по Гурвичу, это «постоянно изменяющаяся система равновесия между множеством иерархических порядков в рамках тотальных социальных явлений макросоциологического уровня, для описания строения которых структура является лишь более или менее подходящей аналогией; система равновесия между уровнями социальной действительности, проявлениями социальности, системами социального контроля, психическими явлениями, моделями, системой разделения труда и, в определенных случаях, между функциональными группами, социальными классами, организациями. Это равновесие различных иерархических порядков скрепляется моделями, символами, знаками, социальными ролями и привычками, ценностями и идеями, короче, продуктами цивилизации (*Oeuvres de civilisation*)» (*Gurvitch G. Traité de sociologie. V. 1. P. 212*). Таким образом, социальную структуру создают: а) различные иерархические порядки, как правило, соприкасающиеся и конкурирующие между собой; б) система поддержания равновесия между этими порядками; в) социально-культурная традиция как гарантия стабильности такой структуры; г) коллективное сознание как причина связи и дифференциации иерархических порядков; д) постоянно происходящие процессы структурирова-

ния, реконструкции, деконструкции социальной действительности, которые связывают структуру и общество в единстве действия (*en acte*) (*Ibid. Vol. 1. P. 213*). Гурвич подчеркивает, что структура не является связанной системой типов и правил социального поведения, либо принципов организации. Структура — это «пограничная область между тотальными социальными явлениями и формами организации социальной жизни; между различными смыслами, которые люди вкладывают в тотальные социальные явления, и самими этими социальными явлениями; между действиями и их социальными последствиями; между проявлениями тотальных социальных явлений и способами таких проявлений» (*Ibid. Vol. 1. P. 205*). Поэтому динамизм и изменчивость являются ключевыми понятиями, характеризующими социальную структуру. Отсюда Гурвич критикует свойственное для структурно-функционального направления в социологии стремление видеть структуру неподвижной гарантией стабильности (*fait accompli*), выступающей в виде «кристаллизовавшихся» норм и паттернов, равно как считает невозможным отождествление структуры общества и цивилизации (в этом Гурвич следует традиции французской социологической школы). Сама структура с этой точки зрения предстает как признак развивающегося общества (*société en marche*), признак коллективных усилий, направленных на постоянные изменения и стабилизацию таких изменений в общественной жизни, символизирует собой «созидающую и судьбоносную свободу человека и коллектива в обществе» (*Gurvitch G. La vocation actuelle de la sociologie. Vol. 1. P. 438–439*). Основными различиями между структурированной и неструктурированной группами являются отсутствие у последних специфической иерархии форм социальности, временячисления и иерархии способов социального контроля, недостаток культурной преемственности.

<sup>L</sup> Брандейс Луи (Brandeis Louis), 1856–1941 — американский правовед и политический деятель, один из активистов сионистского движения в США, судья

Верховного Суда США. В своих работах и в практической деятельности Брандейс отстаивал принципы Новой экономической доктрины президента Вильсона и Нового курса президента Рузвельта. Известен как защитник принципов либерализма: свободы слова, расширения прав профсоюзов, эмансипации женщин. При этом Брандейс обосновывал необходимость введения антитрастового законодательства, гарантий занятости для населения, установления минимального заработка. Экономическая деятельность, по Брандейсу, должна преследовать целью не обогащение и даже не насыщение рынка товарами, а справедливое распределение благ. Основные работы: «Other People's Money» (1914), «Business — a Profession» (1914).

<sup>11</sup> Франкфуртер Феликс (Frankfurter Felix), 1882–1965 — американский правовед, судья Верховного Суда США, защитник Нового курса президента Рузвельта, профессор Гарвардского университета. Эмигрировав из Австрии, Франкфуртер получил юридическое образование в Гарвардском университете, где затем продолжил свою научную карьеру. Занимая различные государственные должности, Франкфуртер проявил себя как человек с либеральными взглядами: он приобрел известность, в частности, борьбой за освобождение из заключения американских коммунистов Сакко и Ванцетти. Он стал одним из основателей Американского союза гражданских свобод (American Civil Liberties Union). При этом научные интересы Франкфуртера сосредоточились на проблеме четкого определения границ использования гражданских прав. Он выступал за предоставление правительству юридических возможностей сдерживания индивидуального произвола, включая и создание специальных государственных комитетов, призванных защищать государство. Выдвинул концепцию самоограничения судов за счет участия в судопроизводстве представителей народа (присяжных и т. п.). Основные работы: «The Business of the Supreme Court» (1927), «The Public and Its Government» (1930), «The Commerce Clause under Marshall, Taney, and Waite» (1937), «Justice Holmes

and the Supreme Court» (1938), «Of Law and Men» (1956).

<sup>12</sup> Ласки Гарольд Джеймс (Lasky Harold James), 1893–1950 — видный деятель и теоретик лейбористской партии Великобритании, теоретик плюралистической демократии. Он сформулировал такие понятия, как плюралистическая теория государства и политический плюрализм. По учению Ласки, современный тип государства зародился в эпоху Реформации, когда светские правители, одержав победу над Церковью, сосредоточили в своих руках всю полноту власти. В дальнейшем, по мере утверждения капитализма, государственная власть подверглась бюрократизации и превратилась в централизованную иерархическую систему управления, обслуживающую интересы частных собственников. Ласки называл такое государство монистическим. Утверждение свободы он связывал с установлением нового общественного строя — промышленной демократии. Описывая будущее общество, Ласки исходил из того, что частная собственность в нем сохранится, но функции управления производством будут переданы коллективам трудящихся. На смену централизованной организации власти придет «плюралистическое государство», в котором систему учреждений, построенных по территориальному принципу, дополнят органы представительства профессиональных интересов. К их числу относятся производственные ассоциации (например, корпорация железных дорог), профсоюзы, объединения деятелей культуры и образования, независимые церкви. Увеличение числа центров власти отразит федеративную природу общества, его дифференцированную социальную структуру. Основные работы: «Communism» (1929), «The American Presidency: an Interpretation» (1940), «European Liberalism» (1943).

<sup>13</sup> Проводя различие между пассивной и активной социальностью, Гурвич указывает на следующие критерии: 1) наличие общих целей и задач в активной социальности и отсутствие таковых в пассивной; 2) преобладание интеллектуальной деятельности в активной

социальности и аффективного поведения (*affectivité*) — в пассивной. Первая форма характерна для рациональных психических процессов, вторая — для бессознательных (*Gurvitch G. Determinismes sociaux et liberté humaine. P. 161–162*).

<sup>LIV</sup> В более поздних работах (*Gurvitch G. 1) La vocation actuelle de la sociologie. V. 1. P. 306–308; 2) Traité de sociologie. V. 1. P. 190–191*) Гурвич несколько видоизменяет свою типологию. В зависимости от содержания деятельности он выделяет однофункциональные, многофункциональные и универсальные (сверхфункциональные) социальные группы; по размеру — малые, средние и большие группы; по продолжительности существования — временные, стабильные и постоянные группы; по ритму жизнедеятельности — группы медленного, среднего и быстрого ритма; по способам сближения — дистанцированные, случайные, периодичные, постоянные группы; по способу формирования — фактически существующие, существующие по принуждению или по добровольному согласию; по способу доступа — открытые, закрытые и с условным доступом; по степени организованности — неорганизованные и неструктурированные, неорганизованные структурированные, частично организованные, полностью организованные; по функциям — кровнородственные, товарищеские, территориальные, экономические, смешанные товарищеско-экономические, мистические; по ориентации — разделяющие (основанные на конфликте с окружением) и объединяющие; по степени зависимости от глобальных обществ — сопротивляющиеся, доступные, условно доступные; по степени взаимодействия между однородными группами — взаимодействующие без ограничений, частично взаимодействующие, не взаимодействующие, запрещающие своим членам такое взаимодействие; по способу принуждения — с условным или с безусловным принуждением; по принципам организации — группы доминирования или сотрудничества; по степени единения — унитарные, федеративные и конфедеративные группы.

<sup>LV</sup> Гребнер Фриц (*Gräbner Fritz*), 1877–1934 — немецкий этнолог и историк. В ходе исследования культур туземных народов Австралии и Океании Гребнер обнаружил восемь отдельных и самостоятельных «культурных кругов», каждый из которых состоит из некоторого числа (от 5 до 20) элементов культуры. К числу последних Гребнер относит как формы материальной культуры, так и некоторые явления общественной жизни и духовной культуры. Действуя этим методом, Гребнер пришел к выводу, что в пределах Австралии и Океании существуют «культурные круги», или «культуры». Ключевым термином для разграничения этих кругов является «культурное родство». В работе «Метод этнологии» Гребнер исследует критерии определения «культурного родства» (способы сведения сходных явлений культуры к одной исходной форме). Он выдвигает два таких критерия: «критерий формы», т. е. сходство формы предмета, и «критерий количественного совпадения», т. е. сходство большого количества деталей в явлениях культуры в разных географических областях. Основные работы: «Kulturkreise und Kulturschichten in Ozeanien» (1905), «Die melanesische Bogenkultur und ihre Verwandten» (1909), «Die Methode der Ethnologie» (1911), «Das Weltbild der Primitiven» (1924).

<sup>LVI</sup> Шпенглер Освальд (*Spengler Oswald*), 1880–1936 — немецкий философ истории и культуры, представитель философии жизни, социальный философ и публицист. Шпенглер — автор широко известного труда «Закат Европы», в котором предсказывал неминуемую гибель западноевропейской цивилизации. Философия истории Шпенглера строится на основе специфического истолкования культуры, которая рассматривается, во-первых, не как единая общечеловеческая культура, а как расколота на восемь культур, каждая из которых вырастает на основе своего собственного уникального «прафеномена» — способа «переживания жизни»: египетская, индийская, вавилонская, китайская, греко-римская, византийско-арабская, культура мая, а также пробуждающаяся русско-

сибирская культура; во-вторых, как подчиненная жесткому биологическому ритму, определяющему основные фазы ее внутреннего развития: рождение и детство, молодость и зрелость, старость и «закат». На основе этого биологического ритма в пределах общего цикла эволюции каждой из вышеупомянутых культур выделяются два главных этапа: этап восхождения культуры (собственно «культура») и этап ее нисхождения («цивилизация»). Первый из них характеризуется органическим типом эволюции, второй — механическим типом эволюции, представляющим собою «окостенение» органической жизни культуры и ее распад. Основные работы: «Der Untergang des Abendlandes» (1918–1922), «Jahre der Entscheidung» (1933).

<sup>LVII</sup> *Laissez faire, laissez passer* (фр.) — буквально: позволяйте делать, кто что хочет, позволяйте идти, куда кто хочет, т. е. не мешайте и не препятствуйте (лозунг экономической свободы, выдвинутый в XVIII в. французскими экономистами-физиократами, требовавшими невмешательства государства в экономику).

<sup>LVIII</sup> В более поздних работах («Determinismes sociaux et liberté humaine» (Р. 44–48) и «The spectrum of Social Time» (Р. 28–33)) Гурвич, следуя в этом аспекте за М. Моссом, развил проблематику исследования факторов развития права и общества и ввел еще один, ставший центральным для данной проблематики критерий — различие временных перспектив того или иного социума. Сформулированная автором классификация временных перспектив выглядит следующим образом. 1. Запаздывающее время долгой длительности (термин А. Бергсона) — прошлое здесь проецируется в настоящее и будущее, континуальность социальных процессов выражена наиболее сильно. Такое время свойственно морфологическому уровню социальной действительности, кровнородственным и семейным группам, патриархальным глобальным обществам. 2. Обманчивое время — при внешней схожести с предыдущей временной перспективой здесь скрываются возможные кризисы, неожиданности, что усиливает элементы дис-

континуальности социальных процессов. Это время свойственно для больших городов, политической жизни, харизматически-теократического типа глобального общества. 3. Иррегулярное время — время социальной нестабильности, неопределенности ритмов социальной жизни, столкновения спонтанных и регламентированных ролей и предрасположений. Настоящее здесь проецируется в будущее и прошлое, и, таким образом, формируются зачатки будущей стабильности. Свойственно массовым обществам и неструктурированным группам; обнаруживается, в том числе, и в современном переходном обществе. 4. Циклическое время — время, возвращающееся само к себе: прошлое, будущее и настоящее проецируются здесь друг в друга. Акцент делается на континуальности развития, преемственности культурного творчества. Свойственно для всеединства мистического плана, для мистико-экстатических групп (братств, орденов, религиозных союзов) и архаических глобальных обществ. 5. Задерживающееся на себе время — развитие здесь искусственно сдерживается за счет организованного воздействия, а изменения происходят лишь за счет внешних причин. Дисконтинуальность и континуальность социального развития поэтому не могут достичь равновесия, социальные группы усиленно сопротивляются проникновению извне, а стандартизированные и спонтанные социальные символы находятся в непримиримом конфликте между собой, что и обуславливает рост случайности социальных процессов. Свойственно для общностей, развития профессиональных и академических элит, для феодального типа глобального общества. 6. Время альтернативы между задержкой и опережением в развитии — здесь происходит конфликт между прошлым и будущим, силы которых примерно равны, а исход конфликта не известен. Дисконтинуальность обнаруживает тенденцию к доминированию. Данное время характерно для уровня моделей, знаков, коллективных поведенческих стереотипов, распространено в группах экономического интереса, в общностях, свойственно для глобальных

обществ, где зарождается капитализм. 7. Опережающее само себя время — общественное развитие проходит в условиях быстрой смены различных переменных социальной жизни, где доминируют дисконтинуальность, неожиданность, а будущее проецируется в настоящее. Стремление к реализации в социальной действительности идеалов и ценностей, непредсказуемые коллективные импульсы приводят к зачастую неожиданным и непредсказуемым изменениям в общественном устройстве. Распространено в революционно настроенных массах, в глобальных обществах конкурентного капитализма. 8. Время стихийных изменений — прошлое и настоящее растворяют себя в непосредственном создании будущего, социальное творчество находит свое непосредственное применение в революционном изменении существующих и конструировании новых социальных реалий. Дисконтинуальность, случайность в социальном развитии достигают своего максимума. Свойственно для состояния всеединства, для глобальных обществ, где доминирует фашизм либо организованный капитализм, обществ централизованного или плюралистического коллективизма.

<sup>LIX</sup> В других работах Гурвич также резко критикует попытки распространить естественнонаучную концепцию закономерности на анализ общества, выделяя при этом ряд методов, способных в той или иной мере раскрыть общие принципы организации и движения общества (см.: *Gurvitch G. Determinismes sociaux et liberté humaine*. P. 49–75). 1. Причинно-следственные законы, применимые лишь при анализе материальных условий существования общества; каждый раз их применение в условиях конкретного общества должно быть обосновано. В сфере наук о человеке (биологии, психологии, истории и т. п.) такие законы не применимы. 2. Законы эволюции, изучающие причинную связь между филогенезом и онтогенезом. Их применение в некоторой степени оправдано в рамках биологии, психологии, но причин развития индивидуальных явлений они объяснить не в состоянии и поэтому

в социологии попытки прогнозов с помощью законов эволюции (что пытался делать, например, О. Конт) недопустимы. 3. Законы функциональной взаимосвязи устанавливают постоянную корреляцию между процессами той или иной сферы бытия. Такие законы широко распространены в физике, химии и других точных науках, но в рамках социологии должны применяться лишь со множеством оговорок, главная из которых — безграничный плюрализм социального. 4. Статистические законы и теория вероятности в применении к анализу общества представляют собой каждый раз повторяемую попытку интегрировать встречающиеся в социуме случайности. Большая степень дисконтинуальности, непредсказуемости, случайности, равно как и различие видов вероятности (априорная, апостериорная и др.) существенно ограничивают применение таких законов в общественных науках. 5. Индивидуализированная причинность объясняет развитие конкретных явлений окружающего мира путем абстрагирования отдельного явления от всех остальных и разностороннего анализа такого явления с помощью методов различных наук. 6. Функциональные ковариации как констатация большей или меньшей степени совпадения двух фактов или двух категорий фактов, которые не связаны между собой причинно-следственной связью (например, рост рождаемости в послевоенный период не обусловлен напрямую окончанием войны, но находится в определенной связи с этим событием). 7. Функциональные корреляции представляют собой вид соответствия друг другу двух не связанных между собой фактов в рамках анализа одного и того же явления (например, соответствие между символом и символизируемым им содержанием; часто наблюдаемое соответствие мистической формы познания социальному единству в форме «всеединства», рациональной формы познания, — единство в форме общности). 8. Тенденции развития к регулярности указывают примерные направления развития конкретных социальных явлений в конкретной социальной среде. Такие тенденции в некоторой

степени могут заменить собой скомпрометировавшие себя законы эволюции, однако обнаруживаемые социологией тенденции не всегда причинно обусловлены и могут находиться в противоречии между собой. 9. Непосредственная интеграция в социальную действительность призвана объяснять развитие таких явлений, которые не находят своего объяснения путем всех предыдущих методов (например, отношения, складывающиеся в рамках определенной культурной среды между полами, поколениями и т. п.).

<sup>LX</sup> Рутинизация харизмы — результат стратегии привычности обладателей харизматической власти, которые стремятся стабилизировать свое господство путем «перехода харизмы с личности на должность», т. е. путем трансформации харизматического господства в традиционное либо легальное.

<sup>LXI</sup> Хальбвак Морис (Halbwachs Maurice), 1877–1945 — французский социолог и социальный психолог, представитель социологической школы Дюркгейма. Хальбвак исследовал главным образом проблемы потребностей, потребления, образа жизни и психологии социальных классов. Классы, по Хальбваксу, определяются через существование классового самосознания и иерархии, основанной на определенной системе ценностей. Хальбвак подчеркивал относительность, подвижность и социальную обусловленность потребностей и потребления, необходимость изучения их в рамках целостных социальных структур. Он был одним из немногих представителей школы Дюркгейма, кто широко применял в своих исследованиях статистические методы. В книге «Причины самоубийства» (1930) Хальбвак продемонстрировал взаимодействие социальных и психических факторов самоубийства, одновременно подвергнув пересмотру и уточнению

некоторые установленные Дюркгеймом зависимости. В работах, посвященных проблемам памяти, Хальбвак показал, что память не только психофизиологическая, но и социальная функция. Индивидуальная память обусловлена «коллективной памятью», воплощенной в традициях, социальных институтах и т. д., а социальное взаимодействие и ритмы социальной жизни — важнейший фактор запоминания. Социальная среда упорядочивает воспоминания в пространстве и во времени, служит источником как самих воспоминаний, так и понятий, в которых они фиксируются. Основные работы: «La classe ouvrière et les niveaux de la vie» (1913), «Les cadres sociaux de la mémoire» (1925), «Les causes du suicide» (1930), «Morphologie sociale» (1938), «Esquisse d'une psychologie des classes sociales» (1938), «La mémoire collective chez les musiciens» (1939), «Classes sociales et morphologie» (1947), «La mémoire collective» (1950).

<sup>LXII</sup> Кунов Генрих (Cunow Heinrich), 1862–1936 — немецкий историк, публицист, социолог, этнолог, политический деятель. Первоначально Кунов был сторонником марксизма, затем отошел от радикального марксизма и придерживался социал-демократической ориентации. В своих научных исследованиях Кунов проявил себя как последовательный приверженец эволюционизма во всех общественных науках, изучению которых он посвятил себя. Основные работы: «Über die Organization der Verwandtschaft der australischen Negros» (1894), «Der Ursprung der Ehe und der Familien» (1912–1913), «Der Ursprung der Religion» (1913), «Die Nationalization» (1919), «Die marxistische Geschichtsgesellschafts- und Staatstheorie» (1923), «Die allgemeine Geschichte der Wirtschaft» (1926).

A decorative border in an Art Nouveau style, featuring symmetrical, flowing lines and stylized floral or leaf motifs at the top and bottom. The border is composed of multiple parallel lines, creating a frame for the central text.

ПРИЛОЖЕНИЕ

---

## «ИДЕЯ СОЦИАЛЬНОГО ПРАВА» ЖОРЖА ГУРВИЧА<sup>1</sup> Жан-Марк Трижо

В этой важной работе выявляется сущность всей правовой концепции Гурвича, хотя в последующих работах заметна определенная эволюция.

Немало места посвящено тому направлению, которое Гурвич называет «школой естественного социального права» (в качестве такового Гурвич рассматривает *appetitus societatis*, в философии Гроция, или же *jus sociale*, по Лейбницу); в других местах своей работы, снабженных обширными научными ссылками, Гурвич обращает внимание на специальные вопросы (формирование доктрины Гирке, благоприятствующей проведению кодификации в Германии, или теория юридического лица в аспекте его фактического и социологического основания). Но через эти разноплановые очерки проходит центральное и связующее понятие, вокруг которого группируется вся система размышлений Гурвича — понятие «нормативный факт», через которое Гурвич пытается определить право, заранее рассматривая последнее как «право социальное».

Гурвич ставит своей целью противопоставление укорененному в либеральной философии индивидуальному праву «социальное право», понимаемое как «объективная интеграция тотальности путем обустройства общения членов такой тотальности». Следовательно, это право нацелено на установление отношений «интеграции», или, говоря словами Дюги, «солидарности» в противоположность атомизированным и абстрактным отношениям общества, рассматриваемого под углом зрения гражданского кодекса.

В социальной действительности присутствуют «реальные общности», которые не способны быть источником какого-либо права (общности, основанные на любви, дружбе) и которые исключают существование какой-либо «организованной надстройки», — они обозначаются как «пассивные общности». Право же порождается «активными» общностями, способными воспринимать «идею-действие», или «креативную ценность», *справедливости*. Творческая активность в данном случае не должна пониматься как процесс логической объективации — она направлена на закрепление определенных видов деятельности, основанных на родстве, территориальном положении или профессиональных занятиях. Активная социальная общность существует только при наличии логической структуры, в свою очередь являющейся результатом творческой активности. Так, обнаруживаются общности, которые «в одном и том же акте порождают право и основывают свое существование на нем».

---

© М. В. Антонов, пер. с фр., 2004

<sup>1</sup> *Trigeaud J.-M. G. Gurvitch // Trigeaud J.-M. Eléments d'une philosophie politique. Bordeaux. 1993. P. 225–230.* — Данная статья печатается в настоящем издании с любезного разрешения г-на Ж.-М. Трижо.

Точнее, данные общности конституируют то, что Гурвич называет «нормативные факты». Эти факты являются «элементами правовой жизни, составными частями права». Отсюда невозможность свести право к «комплексу абстрактных норм».

Идет ли здесь речь о следовании социологической методологии, противопоставляемой методологии нормативистской — традиционному легистскому позитивизму или, если быть более точным, — методологии формалистского позитивизма Кельзена? Гурвич отвергает подобное противопоставление. Он ставит в упрек позитивизму, особенно в его последней (кельзеновской) форме, «привычку исключать из юридического анализа наиболее важные проблемы, возникающие в правовой сфере», и игнорирование социальной жизни. Гурвич демонстрирует, как «нормативный факт» опровергает сам принцип подобного противопоставления, поскольку этот термин обозначает социологическую реалью, которая проявляется в недрах права, формируя его сердцевину.

В конечном итоге для характеристики своего метода Гурвич считает возможным объединить два аспекта. Методология идет двумя путями: с одной стороны, по пути включения социальных явлений в рамки науки о праве; с другой — по пути обнаружения в самих этих явлениях «идеального и нормативного элемента права». Поэтому Гурвич последователен в отказе от схемы односторонней причинно-следственной связи — он стойко придерживается в этом вопросе двусторонней схемы.

Остается прояснить значение термина «нормативный факт». Обозначаемые этим термином факты не смешиваются «с аксиологическими значимыми социальными реалиями, которые представляют собой предмет социологической науки». Нормативным является такой факт, который «должен легитимировать себя как таковой: воплощаемые им ценности должны утвердиться как положительные в своей связи со справедливостью и в своем служении моральному идеалу». При этом, добавляет Гурвич, «чисто дескриптивная и интерпретативная социология, как и любая другая наука, не занимается, да и не может заниматься проблемами легитимации». Подобная настороженность по отношению к социологии заставляет рассматривать доктрину «социального права» как результат феноменологического настроения автора, который становится совершенно ясным, когда Гурвич пытается дать характеристику доктрины естественного права.

Нормативный факт предназначен также и для прояснения концепции источников права. Несомненно, что мысль Гурвича здесь представляет интерес не столько с точки зрения вводимого в научный обиход «плюрализма» (сравни с его работой «Юридический опыт и плюралистическая философия права» (1935)), сколько тем разграничением, которое она устанавливает между двумя видами позитивного права.

Лучше всего начинать исследование права с изучения дуализма его источников. Сами нормативные факты оказываются «первичными источниками», наряду с которыми все то, что обычно понимают под источником права (закон и т. д.), выступает всего лишь как «вторичные источники», как система «технических приемов», предназначенных для «формальной констатации» нормативных фактов. Закон (источник права в рамках позитивизма) ставится здесь на службу нормативному факту.

Впрочем, Гурвич считает, что он не единственный, кто допускает полное разграничение, характерное (на что он указывает и в своей работе «*Идея социального права и современность*» (1932)) для дюркгеймовской социологии Л. Дюги или для теории «данного» и «искусственного», «реаль» и «формальных источников права» Ф. Жени. Гурвич так же, как названные авторы, ожесточенно атакует зародившуюся в XIX в. концепцию примата формальных источников, иными словами — «фетишизацию закона». Здесь прежде всего утверждает, что формальные источники права «обретают реальность» только в своих реальных источниках — нормативных фактах. «Именно скоро нормативный факт представляет собой само право — позитивное право, то необходимо проводить различие между двумя видами позитивного права: между, с одной стороны, «формальным позитивным правом», «это сводимым к формальным источникам, и «интуитивным позитивным правом»<sup>2</sup> — с другой. В рамках первого вида нормативные факты констатируются с помощью разнообразных «заранее предустановленных технических приемов» (обычай, закон, доктрина, судебная практика, конвенции, нормативные акты и т. д., через призму нормативных фактов «союза или единства», «отношений с Другим», «доминирования» и т. п.). В рамках второго вида «первичных источников права», логически предшествующих первому виду, нормативные факты констатируются преимущественно через непосредственную интуицию».

Отсюда неизбежным оказывается углубление содержания этой интуиции — хотя бы для того, чтобы доказать, что философия «социального права» не ведет к юснатуралистической философии. Цель Гурвича — избежать педантичных суждений по данному вопросу, которые могли бы привести к полному юснатурализму (так Гурвич отвергает сделанный Лефюром и Айе утверждения о его позиции). По этому поводу Гурвич приводит более развернутую аргументацию в своей статье под названием «*Droit naturel ou droit positif intuitif*».<sup>3</sup>

Тогда как естественное право представляет собой «противоречивый термин», интуитивное позитивное право — «бесспорная реальность». Это позволяет анализировать разграничение «морального идеала» и «справедливости», последняя является лишь словесным выражением или логической объективацией первого. Идеал по отношению к опыту может обладать только «регулятивной» функцией; что же касается справедливости, то это логическая сущность,

<sup>2</sup> По поводу термина «социальное право» см.: *Aillet G.* 1) *Le droit social // Revue de métaphysique et de morale.* 1933. P. 259 et suiv.; 2) *Morale théorique et science des mœurs // Archives de philosophie et de psychologie.* 1937. III–IV. P. 26 et suiv.; *Archambault P.* *Le problème des valeurs dans une doctrine récente // Revue de philosophie du droit.* 1940. I–IV. P. 205 et suiv.; *Balandier G.* *Préface // Perspectives de la philosophie contemporaine.* 1968; *Bobbio H.* *Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch) // Rivista di filosofia.* 1936; *Diaz E.* *Sociologia y Filosofia del derecho.* Madrid: Taurus, 1982; *Le Fur L.* *Le droit individuel et droit social. Coordination, subordination ou intégration // Archives de philosophie et de psychologie.* 1931. III–IV. P. 279 et suiv.; *Léon L.* *Recensions aux Archives de philosophie du droit.* 1932. 12–298; 1935. I–II. P. 289; 1939. I–II. P. 261; *Palazzo B.* *La teoria del diritto di G. Gurvitch // Rivista di cultura italiana.* 1940; *Sanchez della Torre A.* 1) *Sociologia del derecho.* Madrid, 1985; 2) *Sociologia de los derechos humanos.* Madrid: Centro estud. const. 1979; *Sinzheimer H.* *Eine Theorie des sozialen Rechts // Zeitschrift des öffentlichen Rechts.* 1936.

<sup>3</sup> *Gurvitch G.* *Droit naturel ou droit positif intuitif // Archives de philosophie du droit.* 1933. 5 et suiv.

которая обладает способностью «формировать право», а право предстает лишь как «более или менее удачная попытка осуществления справедливости; попытка, по природе своей позитивная, поскольку она устанавливает порядок и безопасность с тем, чтобы служить этим справедливости». Справедливость как таковая противостоит естественному праву; она является не только логической доминантой права, но и становится его «конституирующим элементом», не выходя за его пределы. И напротив, естественное право предполагает подобную внеположность, либо приписывая справедливости аксиологическое измерение и пытаясь вывести из идеи справедливости позитивное право, либо же предполагая ценностную характеристику позитивного права как производного от справедливости. Такой ход мыслей внутренне противоречив, поскольку без интеллектуальной фальсификации справедливость не может рассматриваться как неподвижная сущность ни в своем содержании, ни в аксиологическом аспекте. Как объективная логическая форма справедливости выражает собой подвижный и изменчивый моральный идеал. Это проявляется в сфере этнографии, где можно наблюдать, что в некоторых обществах допускается принесение в жертву человеческой жизни в качестве жеста уважения к справедливости: можно рассматривать институализацию таких жертвоприношений как «попытку» осуществить справедливость (пример, который может поставить в недоумение современного читателя с учетом той эволюции умонастроений, которая произошла после недавних войн!).

При анализе интеллектуальной репрезентации или постижения ценности посредством «интуиции» Гурвич придерживается феноменологии Шелера, хотя и не следует ей до последнего пункта. Предполагать, что ценность — это «непосредственная данность неинтеллектуальной интуиции», означает признать, что она является самодовлеющим «фактом»; суждение «определяет» значение ценности только после столкновения с фактом. Остается сделать вывод, что «нормативный факт» — это особенное качество права, которое не характерно для нравственности, поскольку в сфере права «ценность осуществленного всегда бесконечно меньше, чем та ценность, которая осуществляется».

После того как естественное право оказалось отвергнутым (хотя и в своей крайней форме — форме «догматического рационализма»), то возможно рассмотрение взаимосвязи только между формами обычного или «спонтанного» права и «интуитивным позитивным правом». Разумеется, «интуитивное позитивное право» не является автономным правом, «поскольку оно, равно как и формальное позитивное право, основывается на констатации нормативных фактов... речь здесь идет о спонтанной эмпирической действительности, констатируемой непосредственно, а не дедуктивно». Не является оно также и «спонтанным правом», которое указывает на «неорганизованное право, порождаемое нормативными фактами ранее какой-либо констатации». Именно в этом аспекте Гурвич отделяется от движения «свободного права», даже принимая во внимание серьезное увлечение идеями Эрлиха,<sup>4</sup> равно как

<sup>4</sup> Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. 1913.

и от социальной психологии и плюрализма Л. И. Петражицкого.<sup>5</sup> Гурвич приближается, скорее, к Радбруху, который также говорил о «социальном праве», но в несколько ином смысле — вне всякой связи с социологией (см. нашу статью о Радбрухе в Энциклопедии и статью Гурвича «Une philosophie antinomique du droit G. Radbruch»<sup>6</sup>).

Подобное разграничение интуитивного позитивного права и спонтанного права подхватывается и развивается Гурвичем, который старался доказать, что даже если спонтанность и исчезнет из социального права, то останется плюрализм, с которым она связана. Впрочем, плюрализм является одним из элементов мышления Гурвича, все более и более развивающимся в ходе эволюции теоретических представлений этого мыслителя, и используется последним для разработки научной методологии социологии права. В немалой степени благодаря Гурвичу в послевоенные годы возродился журнал «Archives de philosophie du droit» и именно благодаря ему смогла утвердиться новая дисциплина, обозначаемая как «социология права». Первое систематическое выражение своей мысли в данном направлении Гурвич представил в своем труде «Éléments de sociologie juridique»<sup>7</sup> и окончательно сформулировал свои идеи в «Traité de sociologie».<sup>8</sup> Он настаивал на необходимости (которая никогда в полной мере не осознавалась) «тщательной разработки социологии права, независимо от собственно потребностей современных юристов»; чего, по мнению Гурвича, можно достичь, только «беря в качестве отправной точки различные типы социальных структур, меняющиеся значение права в рамках этих структур, различные роли юридических сообществ, многочисленные виды и формы права...». Гурвич предлагает то определение права, которое, по-видимому, синтезирует все результаты его изысканий после «Идеи социального права»: *«Право есть позитивный порядок, представляющий собой попытку реализации справедливости (как предварительного примирения трансперсональных и персональных ценностей на основе логизации морального идеала, для которого такая логизация выступает в качестве неотъемлемого и априорного средства) в определенной социальной среде посредством системы обладающих императивно-атрибутивным характером многосторонних правил, которые устанавливают строго определенную взаимозависимость между коррелирующими обязанностями и притязаниями, обретают свою обязывающую силу в «нормативных фактах» и которые в определенных случаях допускают возможность своей реализации путем принуждения, не требуя такого принуждения как необходимого условия».*

Нельзя завершить данный очерк, не упомянув о политических взглядах Гурвича, являющихся продолжением его теоретических конструкций. Известна симпатия Гурвича, которую, впрочем, он никогда не скрывал, к социализму прудоновского толка. Но стоявший перед Гурвичем вопрос заключался в том, в какой мере демократический социализм (который возможен при

<sup>5</sup> Gurvitch G. Une philosophie intuitionniste du droit: Ljon Petraszyki // Archives de philosophie du droit. 1931. P. 403 et suiv.

<sup>6</sup> Gurvitch G. Une philosophie antinomique du droit G. Radbruch // Archives de philosophie du droit. 1932. P. 530 et suiv.

<sup>7</sup> Gurvitch G. 1) Éléments de sociologie juridique. Paris: Aubier-Montaigne, 1940; 2) Sociology of Law. New-York: Philosophic Library, 1942.

<sup>8</sup> Gurvitch G. Problèmes de sociologie du droit. ch. IV // Gurvitch G. (sous la dir. de) Traité de sociologie. Paris: P.U.F. (B.S.C.), Vol. 2. 1968.

определенном состоянии социальных институтов<sup>9</sup>) в аспекте источников права оказывается совместимым с «нормативным фактом». Проблема изучается и разрешается в «Идее социального права» следующим образом: она обозначается как проблема «организации» или, скорее, отношений между организованной надстройкой и основополагающей общностью социальной группы. По этой причине, говорит Гурвич, «я никогда не рассматривал спонтанное и неорганизованное право общности как воплощение демократии! Демократический принцип пытается найти баланс между вечным конфликтом, между напряжением, которые характеризуют противостояние организованного и неорганизованного в рамках социальной группы. Данный принцип ставит своей задачей гарантировать открытость организованной надстройки по отношению к воздействию основополагающей общности; он гарантирует проникновение неорганизованного права в право организованное».<sup>10</sup> Такие размышления указывают на иной аспект философии Гурвича, изучение которого не является целью настоящего очерка — они обретают свой смысл в ракурсе анализа роли свободы с точки зрения той или иной степени выражения организованного и неорганизованного в рамках социологии индивидуального и коллективного действия, для которой свобода (оставленная без внимания в детерминистической социологии Дюркгейма или Маркса) является ключевым условием.

<sup>9</sup> *Gurvitch G. Socialisme et propriété // Revue de métaphysique et morale. 1930.*

<sup>10</sup> *Gurvitch G. Déterminismes sociaux et liberté humaine. Paris: P.U.F. (B.S.C.), 1955.*

## СУЩНОСТЬ ПРАВА: ПО ПОВОДУ НОВОЙ КНИГИ ПРОФЕССОРА Г. Д. ГУРВИЧА<sup>1</sup> Тимашев Николай Сергеевич

Юрист русской школы, проф. Г. Д. Гурвич, ныне все более входящий в круг французской науки, неутомимо работает над высшими проблемами общей теории права, в особенности над самим понятием права. набросок его нынешних учений можно найти еще в изданном в 1923 г. в Праге «Введении в общую теорию международного права». Две его французские книги о социальном праве, вышедшие в 1932 г., дают им значительное углубление. Ныне он продолжает свой анализ в книге «Юридический опыт и плюралистическая философия права», недавно появившейся, также по-французски.<sup>2</sup>

Гурвич принадлежит к числу тех ученых, которые понимают всю тщету чисто словесных упражнений на тему о праве, которыми полна история науки права и еще более история его философии. Он знает, что право — реальное явление. Найти и показать природу этой реальности — такова задача, которую он себе ставит вслед за покойным проф. Л. Петражицким. Свой метод он в одном из мест называет «радикальным эмпиризмом».

<sup>1</sup> *Тимашев Н. С. Сущность права. По поводу новой книги профессора Г. Д. Гурвича // Вестник Русского Юридического Общества «Закон и суд». 1935. № 5. С. 1141–1143; 1935. № 6. С. 1169–1172.*

<sup>2</sup> *Gurvitch G. Experience juridique et philosophie pluraliste du droit. Paris, 1935.*

«За повседневным опытом юристов, судей, ищущих на суде, законодатель, администраторов, подвластных, избирателей, вступающих в договоры или заключающих союзы, стоит непосредственный юридический опыт, который один дает смысл их актам». Вылущить из-под коры юридических понятий этот непосредственный опыт — вот что нужно сделать, чтобы схватить сущность права. Думаю, что, если бы Гурвич писал по-русски или по-немецки, он употреблял бы не термин «опыт», а термин «переживание». Ввиду двусмысленности термина «опыт», который в точных науках значит совсем не то, что в философии или психологии, позволяю себе подстановку терминологии и буду в дальнейшем говорить о правовом переживании.

В поисках природы основного, первичного, неразложимого переживания Гурвич сразу обнаруживает некоторую смущенность и растерянность ввиду антиномичности, внутренней трагичности этого переживания. Оно причастно ведь двум мирам — миру сущего и миру должного; оно к тому же все время двоится между устремленностью к развитию и устремленностью к порядку, в известном смысле неподвижности. Боюсь, что тут Гурвич делает характерную для него ошибку и вкладывает свои собственные мысли и ощущения в мыслительные и эмоциональные системы других людей. Ведь трагичность и антиномичность правового переживания дана только при рефлексии высокого полета. Непосредственно данное правовое переживание, по общему правилу, спокойно и целостно. Что может быть спокойнее духа римского гражданина или современного мещанина, совершающего повседневную покупку? А для правовой жизни их переживания, право, много типичнее, нежели размышления бунтарски настроенного интеллигента о неудовлетворительности действующего права.

Этот тревожный подход к теме, к сожалению, сильно отражается на ее развитии. Нигде Гурвич не дает окончательных, притом достаточно точных формул. Приходится за него достраивать; при этом возможны, конечно, ошибки, отступления от той линии, по которой движется его мысль.

С этой оговоркой формулирую следующее определение правового переживания по Гурвичу. Правовое переживание — это совокупность коллективных признаний «нормативных фактов», т. е. фактов, в которых непосредственно воплощаются ценности. Сразу видно, что определение это лишь предварительное, так как неизвестное — «право» — оно объясняет через другое неизвестное — «нормативный факт». Этому последнему посвящена целая система суждений, к которым мы скоро вернемся. Пока же отметим, что определение это неполное. Целый ряд признаков, характерных, по Гурвичу, для права, потом в него более или менее искусственно втолковывается.

Остановимся на понятиях признания и коллективного признания.

Акты признания, говорит Гурвич, — это интуиция, несводимая ни к каким другим; им принадлежит двойственный, пассивно-активный, интеллектуально-волевой характер. Своим последствием они имеют определенные эмоции (тогда как, по Петражицкому, эмоция — как раз первичное, неразложимое в правовом переживании).

Эти абстрактные суждения Гурвич поясняет несколькими примерами, из которых приведу следующий. Можно быть недостаточно одаренным музыкально, чтобы непосредственно воспринимать эстетическую ценность

симфонии; но это не мешает «признавать» юридическую ценность требования, чтобы никто не мешал аудитории слушать, и даже переживать эмоцию негодования при попытке нарушить это требование. В действенном признании ценности заключается «ядро» права. Так я позволил бы себе формулировать мысль Гурвича.

По своему составу интуитивное признание, составляющее сущность правового переживания, сложно; в нем взаимно проникаются: 1) интуитивное признание моральных ценностей и 2) интеллектуальное признание меры, типичного. Ибо признавать можно только более или менее общее, типичное, а не единичное. Юридическое переживание, таким образом, охлаждает пыл морального переживания и подвергает логической обработке заключающиеся в ней духовные (интеллектуальные?) элементы. Это промежуточное образование между моральным и логичным. Комбинация морального и логичного образует характерную для права сферу справедливости. Отмечу, что уже в этих суждениях проступает затрудненность «радикального эмпиризма» для исследователя, который, подобно Гурвичу, погружен в бесконечно сложную атмосферу современной философии, в особенности немецкой.

Перейдем к моменту коллективного признания. Акты индивидуального признания имеют смысл правовых, только если эти признания — сходящиеся, если это схождение выражается в частичном слиянии сознаний или по крайней мере в их частичной зависимости. Только при наличности такого коллективного признания нормативный факт создает авторитет, без которого не может быть права. Чисто индивидуальное признание, не связанное с коллективным, не образует правового переживания. Но, конечно, невозможно коллективное признание индивидуальных прав. Однако правовые переживания не вполне однородны. Они различаются в зависимости от того, относятся ли к индивидуальному праву «сочетания» (координации) или к социальному праву «включения» (интеграции). В первом случае дело идет о схождении актов сознания, остающихся обособленными и лишь обнаруживающими взаимную зависимость; во втором — дело идет о таком схождении, которое оказывается как бы причастностью к единому акту. Правовые переживания первого рода возможны лишь на основе таких же переживаний второго рода. Вот почему социальному праву включения принадлежит первенство сравнительно с индивидуальным правом сочетания.

Коллективные акты признания имеют своим предметом «нормативные факты». Добраться до их природы, по мнению Гурвича, нелегко. Непосредственно объектами признания кажутся твердые и установленные правила, ощущаемые как действующие, позитивные. Но это, по его взгляду, только более или менее пустая рамка, которая наполняется конкретной жизнью лишь благодаря вмешательству подвижного и динамичного, неорганизованного или интуитивного права. Этот более глубокий слой невидимо присутствует даже там, где признание в первую очередь направлено на статичное и организованное право; во многих же случаях признание обращено непосредственно на это подвижное право, за отсутствием наперед данной регламентации.

Но никакая норма права, даже свободного или динамичного, не может дозвель себе. Она требует какого-то обоснования своей обязательной силы — лежащего под ней «нормативного факта», прямо воплощающего ценность

в чувственно распознаваемом социальном факте. Ибо всякая норма покоится на ценности, которая ей предшествует и выделяется из нее только при виде поведения — этой ценности противного или ее в недостаточной мере осуществляющего.

Выходит так, прибавим от себя, что за готовыми внешне законодательными нормами стоят живые ценности, которые способны, по мере надобности, рождать все новые и новые нормы для решения возникающих случаев.

Теперь нужно было бы методом «радикального эмпиризма» установить, каковы нормативные факты, последние объекты притязаний, характерных для правового переживания. Но нет! Место радикального эмпиризма занимает размышляющий философ. Из взаимного проникновения морального опыта и опыта логических идей, образующих сущность правового опыта, выводится, что критерием отличия между нормативным фактом, т. е. первичной данностью права, и иными общениями является способность к организации, к твердой регламентации. Тут — совершенно очевидный логический скачок; ибо ниоткуда не следует, чтобы нормативный факт мог сопоставляться с какими-то «другими» общениями; раз он сопоставляется, то, значит, он сам — общение. В результате единственным чувственно распознаваемым фактом, воплощающим ценности, является общение.

Подчеркиваю, что ценность общения и обоснование этой ценности права устанавливается Гурвичем отнюдь не методом радикального эмпиризма. Ценность общения для него — верховный догмат, определяющий не только его воззрения на природу права, но и его правно-политические воззрения. Но если признать, что ценность общения есть в сущности единственная ценность, непосредственно воплощающаяся в факте, то его теория права очень упрощается. Правовым переживанием оказывается коллективное признание ценности общения и всего того, чем оно себя окружает. Это окружение — отчасти «твердые», «формальные» нормы, отчасти нормы интуитивного права. Добавлю, что «общение» Гурвич понимает как «включение» людей в группу, совершенно игнорируя столь обычное в недрах общения отношение властвования-подчинения, а вместе с тем и личное начало в праве.

Я не вполне убежден, что схватил последнюю сущность мысли Гурвича. Но вопрос о правовых конфликтах он неизменно решает при помощи сравнения разных общений, а все приводимые им примеры сводятся именно к ценности общения. Вот один из характернейших: «Образована некая группа, скажем, профессиональный союз или кооператив. Этот чувственно воспринимаемый факт приобретает большую юридическую ценность в глазах всех членов организации. Они интуитивно признают ее как нормативный факт, самое существование которого частично воплощает справедливость. Некоторые члены недовольны уставом или ведением дела со стороны правления. Но, связанные интуитивным признанием «нормативного факта» существования группы, они воздерживаются от того, чтобы выйти из нее или ее разрушить, что показалось бы им несправедливым. Чтобы решиться на разрыв с нормативным фактом, они должны обратиться уже не к юридическому, а к моральному опыту».

Боюсь, что весь пример свидетельствует о крупнейших недоразумениях. Прежде всего непонятно, почему члены группы приписывают ее существованию большую *юридическую* ценность. Для них это будет скорее техническая

ценность, способ осуществления практических целей, а вовсе не способ осуществления идеала справедливости. Поскольку же существование группы связано с правовыми переживаниями (связанности членов уставом), возможен разрыв с ней как раз на почве правовых переживаний (в смысле Гурвича): члены группы могут выйти из нее потому, что устав покажется им несправедливым или несправедливым ведение дел правления.

Продолжу свой путь и остановлюсь на мыслях Гурвича об интуитивном праве, восполняющем, по его мнению, формальное право и вместе с тем образующим положительное право; положительное право, по его верному взгляду, покрывает все право, тогда как понятие естественного права не может быть защищено.

Признавать интуитивное право, по мысли автора, означает признавать существование в данной социальной среде некоторого действующего права, заранее предустановленного техническими процедурами (например, наличием закона), а познаваемого только посредством прямой интуиции нормативных фактов. Относительное значение интуитивного права и права формального колеблется. С одной стороны, в нормальные периоды формальное право преобладает над интуитивным, тогда как в революционные периоды первенство принадлежит интуитивному. С другой стороны, есть сферы, где уместно только интуитивное право; сюда относятся дисциплинарные меры против государственных служащих, дискреционное право администрации, право судьи разрешать, по усмотрению, конфликт при отсутствии установленной нормы; наоборот, есть сферы, где уместно только формальное право; таковы, например, вопросы о раздлении чиновников на классы, производство перед судами, порядок возведения в академические степени. Но в большинстве случаев между формальным и интуитивным правом дана свободная конкуренция, и их конфликты разрешаются в зависимости от того, какое из них лучше соответствует нормативному факту, ими констатируемому. Наконец, интуитивное право образует как бы глубочайшую основу действия права формального. «Как установить, — спрашивает автор, — не вступает ли формально безупречный закон в конфликт с идеальной структурой права? С другой стороны, закон или автономный статут могут остаться на бумаге, обычай или судебная практика — выйти из употребления. Необходимо поэтому располагать «источниками источников», такими источниками права, действенность которых была бы заключена в них самих».

Чтобы окончательно уяснить, что понимает Гурвич под интуитивным правом, приведу еще два примера. После освобождения рабов в Соединенных Штатах, говорит он, интуитивное право большинства белого населения осталось рабовладельческим. Равным образом, после установления демократии в известных социальных кругах сохраняется интуитивное право, благоприятное аристократии и автократии. Совершенно ясно, что термином «право» Гурвич злоупотребляет. Право Соединенных Штатов с 1865 г. не знает больше рабовладения; чехословацкое право с самого своего возникновения не знает ни аристократии, ни автократии. Рабовладельческим в одном случае, аристократически-автократическим — в другом может быть только субъективное правосознание отдельных лиц или групп.

Здесь мы подходим к корню вопроса. Гурвич, следуя за Петражицким, хочет в сущности определить не право, а все то, во что право входит в качестве

некоторого ингредиента. Субъективное правосознание — это представление о желательном праве, о возможном праве, о будущем праве. Но желательное право, возможное право, будущее право — это не право. Оно не действует, не образует звена в той системе управления поведением людей, которая искони называется правом. Сам Гурвич хорошо знает о существовании образований подобного рода. Чисто автономное (естественное) право, говорит он, не право, а высказывание о праве с точки зрения морального идеала. Эти его слова вполне применимы к множеству его рассуждений об интуитивном праве.

Гурвич скажет, пожалуй: рабовладельческие элементы в американском правосознании приводят к тому, что негров не пускают в одни школы или вагоны с белыми; аристократические элементы в правосознании некоторых классов в средней Европе отражаются в социальном общении, приводят, например, к неприглашению на праздники в известной среде выходцев из другой среды. Господствующее мнение, по моему взгляду, совершенно правильно относит такие явления не к области права, а к области нравов, особенность которой, по-видимому, отрицает Гурвич.

Отмечу, однако, что сфера интуитивного права у Гурвича весьма разнообразна по составу. Наряду с такими явлениями, которые правильнее выделять из сферы права, он относит сюда и случаи, когда «формальное право» работает методом отсылки. Так, дисциплинарная коллегия решает вопрос о том, совместимо ли поведение данного чиновника с достоинством класса государственных служащих не на основании готового заранее текста, а на основании информации об убеждениях, господствующих в известной среде; администратор, пользующийся своим дискреционным правом, оценивает положение с точки зрения целесообразности; судья, решающий спор «на основе общего духа законов», фактически строит норму, которую затем немедленно применяет — так даже формально предписывает ему поступать швейцарское законодательство.

Казалось бы, перед нами действительно какая-то особая сфера права, не покрываемая «формальным правом». Дело, однако, в том, что фактически нет ни одной правовой сферы, где не приходилось бы применять подобные приемы. Неужели же Гурвич думает, что судебное производство целиком определяется писанным правом, или прецедентами? Нет, суду постоянно приходится создавать прецедент, т. е. решать вопрос, прямо не предусмотренный в писаном праве. Равным образом, при распределении чиновников по классам или при возведении в академические степени (беру примеры самого Гурвича) строится много дополнительных норм, прямо нигде не формулированных.

Формальное право по существу полно отсылку к неправовому материалу — к моральным оценкам, к оценкам с точки зрения нравов, к оценкам с точки зрения целесообразности, к оценкам с точки зрения субъективного правосознания и т. д. Ибо право погружено в жизнь, будучи по существу двухприродным, относясь и к миру ценностей, и к миру фактов. А к числу последних относится *существование* неправовых оценок. Обращение к этим неправовым оценкам всегда производно, покоится на предписании «формального права». Это «правовое поведение», т. е. поведение, определяемое правом. В нем есть правовой ингредиент, но в своей целостности это не есть «право».

Мой вывод таков: Гурвич, как и Петражицкий, не доказал существования интуитивного права. Всякое право не только положительно, но и формально в смысле Гурвича, т. е. распознаваемо при помощи формальных источников. Другое дело — их число и классификация. В этом отношении преодоление Петражицким и его учениками старого триптиха — закон, обычай, судебная практика — дело большой научной важности. Формальных источников, несомненно, много больше.

Не думаю, однако, чтобы Гурвич делал полезное дело, вводя в список формальных источников «социальные декларации» (обещания или программы, заявленные от имени групп), или «признание нового положения вещей теми, кому оно идет во вред». В первом случае дело идет всего лишь о высказываниях, касающихся субъективного правосознания (хотя бы коллективного), во втором — о правовых актах, т. е. актах, не творящих нового объективного права, а осуществляющих уже данное.

Множественность источников права, правильно подчеркиваемая Гурвичем, ставит вопрос об их иерархии. Решается он им интуитивно. «Надо принять во внимание, — говорит он, — соотношение между функциональными и надфункциональными общениями». Надфункциональные общения — это такие, которые могут выражаться только во множестве равноценных организаций, которые не терпят над собой единой надстройки. Такова нация (которую Гурвич отличает от государства как организации с политической функцией) и «международное общение». Относящиеся к ним нормативные факты, очевидно, первенствуют над нормативными фактами, относящимися к определенным функциям. Интуитивное право, с ними связанное, и дает правила разрешения конфликтов между нормативными фактами, включенными в их состав. А чтобы осуществить ценности, отвечающие ее призванию, каждая нация должна найти свое место в международном общении.

Так «строится» излюбленный догмат Гурвича — примат международного общения. Подчеркиваю, что это — догмат. От «радикального эмпиризма» при его обосновании не найти и следа. Как многие части системы Гурвича, он может быть выведен только из некоторых априорных суждений, сильно смахивающих на отвергаемое им естественное право. Полагаю, что метод «радикального эмпиризма» мог бы дать только один результат — примат источников, связанных с высшей в данной среде политической властью, т. е. в исторический период, с государством.

Не имею возможности, за недостатком места, остановиться на любопытных, но также вызывающих критику суждениях Гурвича о формальных или вторичных источниках права, как он называет закон, обычай и т. д., и перехожу к развитию им в более полное предварительного, неполного определения права, приведенного выше. Это развитие имеет своей основой идею справедливости.

Справедливость, по мнению Гурвича, не совсем чужда моральному идеалу, но и не тождественна с ним. Это — существенный способ реализации морального идеала. Но справедливость отличается от морального идеала своей внутренней структурой. Это — логизация, обобщение морального идеала. Отношение между справедливостью и правом совсем иное, нежели отношение между моральным идеалом и эмпирической моралью; оно скорее напоми-

нает отношение между логической категорией и отвечающим ей предметом. Поэтому совершенно невозможно выводить из справедливости конкретное право.

Истинная роль справедливости — быть основанием общего понятия права. Вспомним, например, что Калигула назначил сенатором своего коня. Что это — правовой акт? Если всякое право должно осуществлять справедливость — конечно нет!

Из природы справедливости как логизации морального идеала вытекает, что право — эта попытка осуществить справедливость в известной социальной среде — имеет совершенно определенные свойства. В частности, в праве притязания одного точно соответствуют обязанности другого, тогда как мораль императивна и односторонняя, а ее требования безграничны и строго индивидуализированы. Как логизация морального идеала справедливость переменчива. Возможно и одновременное существование в данной общественной среде нескольких взглядов на идеальную структуру права. Так, в борьбе между группой предпринимателей и группой рабочих дело идет не только о конфликте между двумя первичными правовыми порядками, но и о конфликте между двумя взглядами на справедливость (противоположение между «пролетарским» и «буржуазным» правом).

Отмечу, что во всех этих суждениях опять нет ровно ничего от «радикального эмпиризма». В частности, в положительном праве конфликт между буржуазным и пролетарским правосознанием как-то разрешен — чаще всего на компромиссной основе. Противостоит же этому единому положительному праву два коллективных правосознания, две серии представлений о том, каким должно бы было быть право. Это — типичные оценки права с точки зрения морального идеала, которые сам Гурвич отказывается включать в область права.

Возвращаюсь к ходу мыслей Гурвича. По его мнению, идея справедливости дает критерий для отличия подлинного правового переживания от иллюзий, которые могут быть как индивидуальными, так и коллективными. Отдельному переживанию тогда принадлежит правовой характер, если оно допускает включение в бесконечное целое справедливости в качестве необходимого элемента. Юридические на вид ценности, не способные к такому включению и друг друга исключающие, — только aberrации, иллюзии. Такое рассуждение может быть применено и при сопоставлении эманаций разных правовых очагов, распространяющихся в той же среде. Интуитивные акты признания, касающиеся частных обещаний, предполагают признание более широких нормативных фактов. Отсюда — новое подтверждение мысли о примате международного общения. Не стоит, кажется, подчеркивать, что это второе «доказательство» не сильнее первого.

В дальнейшем для права отыскиваются такие свойства, как связанность с поддержанием порядка и действенность, в дополнение к уже отмеченной двусторонности. А в результате Гурвич приходит к следующему, на мой взгляд, совсем неотчетливому определению права: «Положительное право есть единство между квалифицированным авторитетом, не совпадающим с самим правилом, и его действенностью в данной социальной среде. Квалифицированный авторитет — это авторитет, осуществляющий справедливость

и воплощающий положительные ценности. Основой обязательности права представляется, таким образом, связь и взаимное проникновение трех элементов: авторитета, ценности и действенности. Источник положительного права — это квалифицированный авторитет, на который опирается обязательная сила права и который самим своим существованием, воплощающим ценности, дает гарантию действенности этого правила».

Не пытаюсь дать пояснения. Думаю, это сделает в одном из своих ближайших трудов неутомимый автор. Ему предстоит, конечно, когда-нибудь сделать выбор между подлинным «радикальным эмпиризмом» и оперированием понятиями, которые лишь с большим усилием и не без натяжек можно привести в связь с непредвзятым анализом правовой действительности. Я тем более жду объяснений, что система мыслей Гурвича вызывает критику, но представляет большую ценность и заслуживает того, чтобы быть когда-либо представленной в окончательном, ясном и непротиворечивом виде.

В дополнение к той «попутной» критике, какой было полно предшествующее изложение, позволю себе следующие общие замечания.

Г. Д. Гурвич напрасно считает правовое переживание первичным, неразложимым. Первично в нем то самое «ты должен», как и в морали (религиозной или светской), и в разных ветвях нравов. На ранних стадиях культуры это «ты должен» еще не дифференцировано, еще не может быть с уверенностью отнесено последующим анализом именно к праву, морали или нравам. Задача анализа, по-моему, в том, чтобы найти дифференцирующий момент. Я полагаю, что лежит он не в содержании конкретного долженствования и не в смысле его, а в одном приводящем обстоятельстве — в признании и поддержке со стороны власти (не непременно государственной); явление же власти, по-моему, столь же первично и неразложимо, как и переживание «ты должен». Из комбинации двух первичных данностей и возникает право, явление лишь вторичное, не имеющее собственного «логоса».<sup>3</sup>

Мое понимание права, как и предлагаемое Гурвичем, отдает дань двухприродности права, его причастности и миру фактов, и миру ценностей. Он видит эту двухприродность в признании нормативных, т. е. *ценностных*, фактов; я — в *действовании* (факт) *нормы* (ценность).

Введение в понятие права элемента властности органически чуждо Гурвичу. Хорошо понимая безвкукусность теорий «безличного властвования норм» в духе Краббе, он ищет пути обосновать право коллективистически, что и находит выражение в его взгляде на общение как последнюю основу права. Не пытаюсь отрицать этой коллективной основы, но думаю, что праву причуще и личное начало, в наши дни в нем опять ярче проступающее, чем было недавно. Не сомневаюсь, что работа, доведенная до конца методом «радикального эмпиризма», дала бы результаты, в которых наглядно проступила бы неразрывная связь права с властвованием и подчинением, которая Гурвичу кажется лишь досадной аберрацией.

<sup>3</sup> Мои взгляды на право сформулированы в статье «Право, как коллективно-психологическая реальность» (Труды русского ученого за границей. Т. II. Берлин, 1922).

## МАГИЯ И ПРАВО<sup>1</sup>

### Терре Франсуа

Магия — это «искусство, призванное путем мистерий и таинств производить явления, идущие вразрез с законами природы». Это классическое определение выглядело бы лучше без нескольких лишних слов. Может быть, следует отказаться от термина «искусство» — слишком расплывчатого и полемичного? Что касается таких характеристик, как мистерии, таинства, то нам они представляются одновременно и излишними, и двусмысленными. Таинство не обязательно должно быть мистерией — таинственным может быть, например, документ («тайное завещание», запечатанное в конверте и хранящееся у нотариуса). Таинственным может быть и событие, скажем, появление богатого дядюшки из Америки, о существовании которого почти никто не знал, но которого можно было бы без труда найти по генеалогическому древу. И в мистерии есть нечто, чего нет в таинстве. Это — иррациональная составляющая, может быть, и случайная, это — загадочная и неизвестная сила, причины возникновения которой наука может лишь надеяться рано или поздно узнать. Из глубины веков магия извлекает и демонстрирует мистерии, в ходе которых происходят противные законам природы явления.

Противные законам природы... Иными словами, противные природе? Обращение к последней при исследовании магии неизбежно ведет к новым вопросам. Вполне можно предположить, что речь идет скорее о законах материальной природы — Земли и даже Вселенной, чем о природе человека и создаваемых им вещей. Но тогда не ограничивает ли заранее сферу исследования это узкое понимание природы, применительно к которой и определяется магия? Не приводит ли это противоречие к вечному стремлению к сверхъестественному? Если да, то тогда исследование оказывается в совершенно незнакомой для науки сфере — сфере беспрестанного поиска человеком своей судьбы. И это открывает безграничную сферу для новых размышлений. Но в то же время возникает умножение схожих понятий, которые одновременно и облегчают, и затрудняют исследование. А у исследователя появляется соблазн обратиться к более тонким деталям — не первостепенным, но и не малозначимым, — например, к соотношению астрономии и астрологии, химии и алхимии.

Между магией и священным существует тесная взаимосвязь — настолько тесная, что иногда их путают. Особенно это касается магических ритуалов, открытых антропологами. В этом отношении особенно интересна позиция Дюркгейма, который предполагал, что понятие «священное» производно от коллективной деятельности, направленной на определенные вещи, хотя и нельзя отрицать причастности к этой деятельности индивидов. В любом случае понятия «священное» и «магия» не совпадают ни по сферам применения, ни по содержанию, ни по последствиям. Священны, например, права человека, хотя они и не имеют отношения к магии. И тем более не имеет отношения к магии такое чувство, как любовь к родине. Иными словами,

© М. В. Антонов, пер. с фр., 2004

<sup>1</sup> Данная статья написана г-ном Терре специально для настоящего сборника и для переиздающейся в издательстве «Dallos» работы Гурвича «Магия и право».

несмотря на максимальную близость, понятия «священное» и «магическое» используют друг друга в качестве целей или средств, не смешиваясь между собой.

Исследование священного и магии приводит к анализу взаимосвязи социологии и психологии и с неизбежностью ведет далее, вслед за Марселем Моссом, к изучению бессознательного, рассматриваемого в качестве сущностного признака социальных фактов. Здесь возникает необходимость преодоления той преграды, которую представляют наши понятия и выражающие их слова. Этого не осознал Фрэзер, но, к счастью, это продемонстрировал Мосс. Преодоление этой преграды связано не только с дюркгеймовской ориентацией на сферу коллективного сознания, но и с признанием значимости исследования Фрейдом и Юнгом сферы бессознательного. Такая ориентация позволила сформировать новый подход к изучению правового поведения — через изучение верований и обрядов, что вовсе не исключает исследования формальной стороны права.

Изучение обрядов, которые сами по себе предоставляют возможность понять магию, позволяют специализирующемуся на социолого-правовой тематике исследователю приступить к анализу сходных институтов: жертвоприношений, заклятий, предсказаний, колдовства, волшебства, инициаций, клятв, обетов, жестов. Сюда можно добавить законы симпатии, тождества, континуальности, сходства и подобия, родства, собственности, а также привлекающие особое внимание проблемы духов предков и животных, анимизма, власти и авторитета, духовности.

Отличная как от технических наук, так и от религии «магия, по своему определению, является предметом верований и состоит из трех составляющих: 1) формулы симпатии; 2) понятия собственности; 3) понятия демонов». Отсюда и вытекает идея маны — идея одновременно таинственная и определенная, абстрактная и конкретная, примитивная и в то же время сложная и запутанная, представляющая собой одновременно качество, субстанцию и деятельность. Для некоторых антропологов (Кодрингтон) мана есть «то, что наделяет людей и вещи ценностью — магической, религиозной и социальной».

Само собой разумеется, что подход к магии в рамках процитированного выше определения основывается на ее противоречии законам природы. Этот подход можно сравнить с подходом к проблеме существования чуда. В обоих случаях имеет место антагонизм с законами природы, и рационализм с порога выражает крайний скептицизм по отношению к этим явлениям. Странно лишь то, говорят некоторые ученые, что наука, само происхождение которой вызвано необходимостью объяснить законы природы, так до конца и не может ничего объяснить. Иными словами, рассматриваемый в этом аспекте научный рационализм безусловно предполагает возможность сведения явлений к какому-то единому механизму и единой закономерности.

Бутро очень выразительно, одной строкой сформулировал эту мысль. «Даже сегодня нередко используется, — писал он в 1902 г., — определение религии как верования в чудо, нарушающее законы природы». Но в действительности, добавляет он, «та форма механической закономерности, которую считают присущей самим законам природы, является лишь абстрактным понятием, перенесенным догматической метафизикой извне на действительно существующие законы». Продолжая критику и предвосхищая положения

современных нам концепций философии науки, Бутро блестяще заключает: «Идея о том, что религия по сути представляет собой верование в такую силу, которая то позволяет природе следовать своим путем, то действует в совершенно противоположном направлении, соединяется с представлениями о науке, в рамках которой нам якобы даны совершенно элементарные, простые и всеобщие законы».

Такое мировоззрение означает не что иное, как сведение законов природы к издаваемым законодателем законоположениям. В последнем случае вначале издается закон, а уже потом он либо соблюдается, либо нарушается. Но ведь научные законы не внеположны по отношению к фактам — они их подытоживают. Нарушение правового закона означает не вмешательство принуждающей силы, а лишь то, что определенный закон не имеет той всеобщности, которую ему приписывают, либо то, что существует иной применимый для данного случая закон, либо то, что данное явление выходит за пределы научной рациональности... Перед лицом современной науки, основанной на опыте, сверхъестественное не может пониматься в материальном аспекте, где оно в конечном итоге предстает как попросту не исследованный участок природы».

Несмотря на свою так называемую прогрессивность, изучением места иррационального в социуме занимаются многие научные дисциплины: социологические, биологические, психологические и т. д. И недаром вышедшая в 1960 г. книга Луиса Пууэла и Жака Бержье «*Le matin des magiciens, Introduction au réalisme fantastique*» (éd. Gallimard, NRF, 1960) пользовалась таким успехом. Ее авторы захотели преодолеть старые и новые предрассудки. Исследуя феномен нацизма, они обнаружили «мистико-политическое общество, которое верило в подземный мир, в реальное бытие непостижимого Высшего существа, в героев давно прошедших дней, направляющихся на поиски чаши Грааля, верило в возможность победить русский мороз с помощью ритуальных жертвоприношений». Этот пример фантастического реализма был спроецирован авторами на человеческую психологию, в рамках которой речь может идти о «возможностях разума, состояниях сознания, способностях нашего мозга, о гении, интуиции, памяти или мечте». В таком же направлении спустя некоторое время была написана книга Амбруа Ру, Стэнли Криппнера и Джеральда Солфина по проблемам парапсихологии «*La science et les pouvoirs psychiques de l'homme*» (éd. Sand, 1986).

Именно в этом аспекте написана и переиздаваемая в настоящем сборнике работа. Еще в довоенное время Жорж Гурвич опубликовал в сборнике статей «*Essais de sociologie*» исследование о магии и праве («*La magie et le droit*»), переизданное в 1955 г. без изменений, но под другим названием «*La magie, la religion et le droit*» во втором томе труда Гурвича «*La vocation actuelle et la sociologie*». Ученый продолжил и углубил исследование интереснейшей антропологической проблематики ее анализом применительно к морали, и особенно к праву. Исследование этого вопроса уже было продвинуто благодаря обширной научной литературе — «Золотой ветви» Фрэзера, равно как и трудам других зарубежных авторов — Эванса-Причарда, Вебстера, Холмера, Вассена, Малиновского и др. Не отставала в этом отношении и Франция — здесь трудились Дюркгейм, Люсьен Леви-Брюль, Мосс, Юбер, Леви-Стросс.

Уже были сформулированы противоречащие друг другу теории по поводу взаимоотношений магии и религии, науки и техники, о социальных функциях магии (морализующей, аморальной, нейтральной). В частности, авторы обратили внимание на взаимное влияние магии и религии на право, изучая это влияние в категориях межличностных отношений или анализа социальных групп разного масштаба.

В первой части книги рассматриваются только понятия религии и магии, но право уже здесь занимает внимание читателя, хотя автор и не видит необходимости заняться исследованием его отношения к морали. Критикуя полное противопоставление магии и религии, Гурвичу, естественно, приходится обращаться к сравнительному анализу их ритуалов. Это само по себе может дать почву для размышлений правоведом, которые почти единогласно разграничивают регулирование человеческого поведения с помощью ритуалов и с помощью законов. Правоведов также занимает исследование самой природы регулирования, в той или иной степени отмеченного *affectio societatis* (лат. — социальное чувство. — *Прим. пер.*). А это влечет за собой и использование результатов исследований Дюркгеймом первичных форм религиозной жизни при разграничении священного и обыденного.

Здесь нельзя оставить без внимания разработки Джеймса Джорджа Фрэзера, для которого, как подчеркивает Гурвич, основа магии полностью рациональна. Впрочем, все развитие антропологии было отмечено этой уже давно отвергнутой тенденцией — если не брать во внимание классического определения магии как искусства, противного законам рациональной природы. Необходимо было внести конкретизацию и в тезис Фрэзера о том, что магия может основываться на «законе сходства или на законе контакта и заражения». В предлагаемом Фрэзером аспекте «систематической фальсификации закона природы» магия оказывалась «предрассудком, используемым более хитрыми и умными для доминирования над себе подобными». Кажется, что слышишь Вольтера. Магия для Фрэзера оказывается источником современной науки, поскольку она удачно основывается на идее о том, что «одно природное событие с необходимостью неизменно следует за другим без вмешательства духовного или личного факторов». С несколько иной точки зрения — на этот раз философской — сформулировал мысль о роли христианства Кожев.<sup>2</sup> И вместе с Фрэзером мы видим, как совершенно неожиданно в рамках причинно-следственной связи появляются те законы природы, которые, как кажется, первоначально уже были изгнаны из сферы магии.

Необходимость изучения сверхъестественного как объекта научного и философского анализа ставит исследователя на более объективную позицию. В рамках магии необходимым оказывается разграничение свойств, мест, окружения, возможностей и поведения, которые указывают на вмешательство сверхъестественной силы — маны. Гурвич подчеркивает ту роль, которую сыграла книга Кодрингтона «The Melanesians» (1891) в акцентировании значения данного понятия в магии. Кодрингтон определяет ману как «силу, совершенно отличную от всякой материальной силы; действующую по-разному, во благо или во зло, которую человеку очень выгодно использовать для

<sup>2</sup> *Kojève A. L'origine chrétienne de la science moderne, Melanges Alexandre Koyre. 1964. P. 295 et suiv.*

достижения власти». При таком подходе мана оказывается активным элементом, определяющим поведение и верования людей. По Кодрингтону, речь идет об имманентной силе, которая окружает и пронизывает человека и которую человек, один или в группе, присваивает и направляет. Далее исследователи по-разному трактуют различия, сходства и взаимозависимость религии и магии: здесь можно упомянуть Дюркгейма, Мосса, Юбера...

Бергсон в своей работе «Два источника морали и религии» обратился к разграничению закрытых обществ, связанных со статической религией, где магия играет определенную роль, и открытых обществ, чуждых магии. Но тогда дальнейший анализ должен вести к распознаванию за двумя видами обществ двух правовых систем и соответственно двух источников права!

После работ Кодрингтона уже не вызывает удивления тот факт, что Меланезия стала местом, избранным для антропологических исследований институтов магии, и особенно маны. Именно там развернул свои исследования ученик Вундта Леман. Ему с помощью лингвистики удалось сформулировать идею маны как «сверхъестественного потенциала активной эффективности», как прилагательного и существительного одновременно, отражающих совпадение субстанции и действия, — независимо от того, идет ли речь об отношениях между людьми, отношениях людей к вещам (одушевленным или нет) или же об отношениях между духами и божествами. Именно это, по Гурвичу, приводит к разграничению маны и сакрального, магии и религии, причем последнюю пару он считает «двумя разными сверхъестественными силами». С этой точки зрения автор рассматривает различные проявления маны, используя для этого категории так называемого индивидуального права и социального права (в особом смысле, вкладываемом Гурвичем в этот термин).

Уже здесь Гурвич подспудно обнаруживает связь религии и права с магией. Поэтому нет ничего удивительного в том, что он сразу обращается к «первопроходческой» работе Фюстеля де Куланжа. На страницах работы этого мыслителя «*La cité antique*» исследовано верование в сверхъестественное, в мистирию, а результатом исследования становится знание о том, что семья и город в своей основе связаны этим верованием. Через различие этих двух взаимосвязанных традиций становится возможным объяснение древнего частного права. Нужно отметить, что при изучении понятия нагруженного анахронизмами частного права и тем более — при изучении римской культуры (например у Меслана) и эллинизма (например у Вернана) необходимо преодоление весьма неопределенных доктринальных границ. Понятие «*auctoritas*» (лат. — власти. — *Прим. пер.*), обязанное своим происхождением скорее Риму, чем Афинам, приоткрыло новые научные перспективы задолго до аналогичных исследований, осуществленных философами масштаба Кожева или Арендт в XX в.

Ход мысли Фюстеля де Куланжа ведет к анализу проблемы священства и царской власти. Идя в этом направлении, исследователь видит, что магия не нуждается в жестком и фиксированном определении. И в подобном подходе уже нет ничего удивительного — и при анализе той функции, которая делегировалась римским магистратам, и при изучении вмешательства в публичные дела Древнего Израиля судей, призванных восстановить тот порядок, который цари могли подорвать отрицанием заложенных в основе общества

ценностей. Эти функции всегда, хотя бы и бессознательно, присутствовали в обществе. И даже на Западе, где сфера политики и судопроизводства последовательно освобождалась от влияния религии, приобретая черты индивидуализма и утилитаризма, даже там присяга — всегда магическое действие, независимо от обстановки и целей ее принесения, — продолжала сопровождать процессы наделения властью, как если бы они были священнодействиями. Отсюда и неопределенность или даже антагонизм между политикой и судопроизводством, которые вынуждены сосуществовать, ревностно воспринимая друг друга.

На этом этапе развития антропологии становится ясно, что разграничение религиозного, священного и магического не окончательно. Но Фюстель де Куланж все же приписывает религии первостепенную значимость, так как видит в ней, как нам напоминает Гурвич, «единственную причину возникновения права и его различных форм», связанную с семейным очагом и домашним культом. Можно подумать, что этот анализ мог быть продолжен и углублен исследованием двух временных перспектив в культе предков, независимо даже от истинных причин (поддержание страха или уверенности), которые могли лежать в основе почитания и построенной Радклиффом-Брауном иерархии. Леви-Строс в несколько ином плане указал на существование первичного и основополагающего института обмена. Но тогда зачем углублять противоположность магии и религии, когда оба этих начала в праве обретают возможность примирения, что, собственно, и является сущностью права?

Придерживаться этого взгляда на религию вслед за Куланжем нет оснований, и тем более что исследования процессов право genesis в разных обществах, особенно на Востоке, хотя и не обязательно только там, указывают на необходимость более детального анализа религии, которая, несмотря на свою важнейшую роль, не может рассматриваться в качестве единственного источника образования права. Разумеется, теологическое основание права обуславливает и поощряет развитие необходимой для него трансцендентной перспективы, но ряд авторов уже не считают это основание самодостаточным. И именно в этой точке расходятся мнения трех известнейших исследователей, работы которых анализирует Гурвич, — Джеймса Фрэзера, Поля Ювелена, Марселя Мосса.

Считая магию предшественницей религии, Фрэзер поддался искушению полагать ее источником и права, равно как и всех иных форм социальной жизни. По Фрэзеру, из магии вытекали все аспекты права: публичное и частное право, уголовное и гражданское право, вещное, семейное, политическое право. Хотя этот вывод и был смягчен расширительным пониманием магии в плане ее свободы от мистики, сам по себе он продемонстрировал опасность психологии индивидуализма, отрицающей коллективный характер магических верований и пренебрегающей коллективным сознанием.

Гурвич, вслед за Фрэзером, изучает ту роль, которую у некоторых народов при определенных условиях играло суеверие, в праве собственности, в браке и в защите человеческой жизни путем утверждения и укрепления уважения к частной собственности, браку и жизни. Это позволило консолидировать те сферы, которые, по Фрэзеру, составляют «столпы, на которых зиждется все гражданское общество». Настаивая на разграничении должного

и сущего, Фрззер не задумывается о том, что магия не обязательно носит аморальный и антисоциальный характер. Придерживаясь противоположного мнения, которое заставляло его пренебрегать существованием бесконечного разнообразия социальных групп, Фрззер отказывается от богатых возможностей исследований в трех вышеуказанных сферах.

Внимание Фрззера привлекают индивидуальные особенности. Речь здесь не идет о соотношении индивидуального и коллективного («мир» у русских, «задруга» у сербов) или же господства и эксплуатации. Вопрос — в подходе к изучению самих вещей, поскольку они проникнуты «индивидуальными табу». В своей работе «The Task of Psyche» Фрззер отмечает, что в Полинезии «стабуирование привело к наделению вещей магическим достоинством в глазах туземцев, что делало вещи практически недоступными всем, за исключением их обладателя». Точно такое же свойство могло быть приписано у маори «всему, к чему прикасаются люди», всем вещам, которые они помечают с целью их охраны; так магические табу «укрепили узы частной собственности».

Эти приведенные Гурвичем примеры характерны и для других островов Тихого океана — Микронезии, Полинезии. В Меланезии (Новая Гвинея, Маршалловы острова, Новые Гебриды-Вануату) этим отпечатком отмечено отношение человека к вещи — отношение существования и обладания. Будет совсем не лишним вслед за Люсьеном Леви-Брюлем проследить за существованием подобных институтов в так называемых развитых обществах. Именно поэтому антропология интересуется вещным правом — ведь оно приоткрывает нам то значение, которое имеют в обладании индивидом вещью все пять чувств: зрение (идёт ли речь о добыче или о «даре видения»), слух (музыка или речь другого), обоняние и вкус (в вопросах питания и приготовления пищи). И, разумеется, осязание, натыкающееся на границы, особенно на формализованные с помощью флагов, меток, амулетов границы, что, впрочем, не исключает возможности изменить направление магического проклятия с тем, чтобы разрушить создаваемую им защиту вещи. Доказательство обладания собственностью (духовное или материальное) образовалось этим оригинальным путем.

В своем исследовании Гурвич, основываясь на добытых предшественниками результатах, в качестве отправной точки берет проведенный Фрззером анализ отношений связи социальной группы с землей. Работая в этом направлении, Гурвич не мог оставить без внимания и труды Малиновского. Мне самому предстала возможность исследовать эту проблему в Меланезии, а точнее — на Новых Гебридах, которые впоследствии стали островами Вануату. У меня так же, как и у других исследователей, сложилось впечатление, что отношение человека к земле в этих обществах столь же несопоставимо с западноевропейской концепцией собственности, как и одухотворяющая теллурию магия несопоставима с нашим пониманием священного. В этом аспекте становится понятно, что разные лица и разные группы обладают различными правами на один и тот же земельный участок. Можно было бы избежать многих недоразумений на Новой Каледонии и на других островах юга Тихого океана, поняв это. Хотя благодаря именно этим недоразумениям у антропологов появилась возможность исследовать проблемы существования и обладания, семьи и племени.

Проблема первичной передачи титула нередко ставилась при изучении владения и брака. В связи с этим Фрэзер изучил последствия прелюбодеяний, влекущих, по его мнению, гнев оскорбленных богов и объясняющих религиозные табу. На это Гурвич возражает, что магия не оказала решающего воздействия на укрепление семейных уз. С учетом того, что здесь встает вопрос разграничения законного и незаконного, магия могла принести как отрицательные, так и положительные результаты. В качестве последних можно указать на то, что в современном уголовном праве называется уважением к человеческой жизни, и возмущением против убийства. Хотя Гурвич и использовал данные Фрэзером примеры, он считает ошибочным смешение человеческой души с магической силой — для него душа по отношению к магии представляет собой другой полюс священного. Так несколько неожиданно антропологией поднимает актуальный в свете технического прогресса вопрос о природе вещи, человека и личности, рассматривая его через изучение магических обрядов присвоения маны жертвы — ее могущества и энергии.

Такое могущество в магическом плане и объясняет интерес Гурвича к исследованию научного наследия Фрэзера. Считая источником происхождения царской власти магию, Фрэзер полагает, что перед тем, как стать священниками, маги обрели статус царей. Проведенный им анализ весьма удачно вписался в дискуссию о конфликте исторического и вечного, духовного и мог бы способствовать прояснению роли пророков в Древнем Израиле. В связи с этим можно упомянуть о царях-врачевателях (Марк Блок). Однако Гурвич думает иначе: «Магические атрибуты царской власти никоим образом не объясняют ее сакрального характера и ее трансцендентности, не имеющих отношения к магии», какую бы роль ни играли проворные маги, которым Вольтер приписывал первостепенное значение в развитии нравов и права, якобы создаваемых магами.

Считая священное общей основой магии и религии, Поль Ювелен при этом ограничивает влияние магии на правовую жизнь исключительно рамками индивидуального права. Это позволяет изначально понять принципы современного субъективного права, связанные с принципом свободы волеизъявления. Точнее, между источниками магии и развитием индивидуального права существует близкое родство. Для того чтобы лучше понять значение термина «индивидуальное право», нужно учитывать, что магический обряд «есть не что иное, как религиозный обряд, отклонившийся от своего назначения и используемый для осуществления индивидуальных воли или верования... при этом роль магии состоит в том, чтобы обеспечить использование индивидом коллективной силы в своих собственных интересах». Имея в виду такие возможности злоупотребления правом и присвоения коллективной силы, правовед может обнаружить источник самого права, ожидая, что этим источником будет проворство или же обман. Налицо две роли магии: поощрение незаконного или же стимулирование легитимной инициативы, осуществляющейся через обязательства, договоры и индивидуальную собственность.

Есть смысл в том, чтобы остановиться на анализе взаимосвязи институтов клятвы, обещания (в т. ч. и обещания держать свои обещания), обречения нарушившего обещание лица на гнев богов. Примером кооперации нескольких общественных наук является знаменитое исследование Марселя

Мосса о даре — архаической форме обмена. Прекрасно известно, что магические силы зачастую оказываются производными от вещей, камней и растений. Тем более Гурвич не одобряет идеи Ювелена — по большому счету из-за того, что она «предполагает предсуществование индивидуального права, что необходимо для искажения религиозной власти, из которого и должна была зародиться магия. Для обращения власти в свою пользу через злоупотребление правом следует сознавать это право как индивидуальное». Концепция Ювелена не проливает света и на проблему источников права, и в этом следует судьбе пронизательных исследований института *потлача* Марселем Моссом. В рамках этого института магические верования оказывают решающее влияние на образование обязательственной связи, необходимой для оборота даров, особенно вещей. Но этого, очевидно, недостаточно для разграничения сакральных, магических и религиозных предписаний.

Продолжая и синтезируя достижения своих предшественников, Гурвич показывает, что магия оказывает решающее воздействие не только на индивидуальное право, но и на право социальное, понимаемое в конкретизированном ранее Гурвичем смысле (т. е. право не только как техника регулирования, но и как юридическое сплочение социальных групп, что приводит к отказу от устаревшего противопоставления частного и публичного права). Более того, развивая свои идеи, Гурвич внес вклад в исследование проблематики иерархического порядка отдельных групп в рамках глобальных обществ.

В этом аспекте разработки Гурвича могли бы подвергнуться критике; по меньшей мере — это повод для констатации отсутствия в его исследованиях изучения роли магии в судебной деятельности. Жан Карбонье весьма тщательно изучил роль мага — «чиновника общества», противопоставляемого колдуну, «от которого общество, наоборот, ищет защиты».<sup>3</sup> Карбонье приводит в пример обращение во многих архаичных обществах к сверхъестественному, сверхчеловеческому: заповедь Бога или богов позволяет разрешить конфликты, проявляясь в форме прорицания, ордalii или судебного поединка, а сверхъестественное замещает собой или скорее перекрывает собой естественное (в терминологии классической рациональности).

Снижение роли магического прорицания в глазах правоведов и социологов современных обществ не может свидетельствовать об исчезновении подобных явлений: в той или иной степени они и сейчас продолжают действовать. В частности, это касается сохранившегося, действующего и поныне обычая бросать жребий — этот обычай можно наблюдать при принятии решений высшими должностными лицами государства в рамках их полномочий. Нелишним было бы и исследование способов действия переменчивых и, можно сказать, антагонистических сил игры (Хейзинга) и разума. Вот еще один довод: существуют и магические деревья, в тени которых следует «вершить» правосудие, — наиболее известным из таких деревьев является дуб, хотя есть и другие, например груша. Интересной в этом аспекте является книга Роберта Ван Гулика о судебных решениях, принятых под сенью грушевого дерева,

<sup>3</sup> *Carbonnier J. Association corporative des étudiants en droit, Sociologie juridique, Le procès et le jugement. 1961–1962. P. 169 et suiv.*

с подзаголовком «Китайское пособие по юриспруденции и полицейским расследованиям XIII в.» («Un manuel chinois de jurisprudence et d'investigation policiere du XIII-eme siecle»). 1956; trad. éd. Albin Michel 2002). И совсем не случайно надвое разрезают именно грушу, а не яблоко.

Своим существованием в современных обществах магия обязана не только шарлатанам и обманщикам. Более глубокое этнологическое изыскание открывает, что обряды и суеверия присутствуют в современном обществе ничуть не в меньшей степени, чем в обществах прошлого. Через изучение сферы бессознательного такое исследование позволяет лучше понять привязанность к определенным существам, вещам, местностям. Сегодня для изучения социальной жизни и даже исторических фактов широко используется также метод анализа архетипов. Так, в ходе послевоенного Нюрнбергского процесса было установлено, что перед нападением на Советский Союз 22 июня 1941 г. Гитлер в три часа ночи обратился за советом к коллегии колдунов. Однако им не удалось отговорить его от нападения и избежать повторения ошибки зашедшего слишком далеко Наполеона. Да и в менее затруднительном положении некоторые главы государств (любители гороскопов и иных способов предсказания судьбы) нередко обращаются за советами к астрологам. Как при порядке в обществе, так и при немислимом в отрыве от порядка социальном дисбалансе люди склонны считать те или иные обстоятельства предсказуемыми и реальными, размышляя в духе сформулированной Фомой Аквинским теоремы творческого пророчества. И нет ничего необычного в том, что она применяется к анализу общественной жизни. Так же можно объяснить и близость химии и алхимии, астрономии и астрологии, теллурии и космизма, что наваяло некоторым умам мысль проникнуть в восточную мудрость и признать право на существование за сверхъестественным.

Речь не идет о впадении в обскурантизм и об оболыщении завлекающими речами некоторых пророков иррационализма, которые привели некоторых просвещенных, но заблудившихся философов ко многим абсурдным высказываниям. Любому известно о существовании сект черной магии — но не все секты таковы. Каждый может найти во Вселенной силы тьмы — коллективные или индивидуальные, найти нелепости, но существуют и обряды магии света, такие, как магия оракулов, или, скажем, магия пророчеств друидов. Не нужно закрывать глаза и на то, что совершенно разные чудесные события сопровождаются (и это естественный ход событий) проявлениями сверхъестественного и мистического, которые отказывается признать узкий рационализм. Три волхва, пробывшие в пути к Вифлеему один день и одну ночь, — не были ли они магами? Они обладали меньшими научными знаниями, чем экономисты или метеорологи нашего времени, однако были наделены особым даром предвидения.

После работ Гурвича, и особенно Фрэзера, Дюркгейма, Бергсона, Малиновского, Ювелена, Мосса и многих других исследователей, в общественных науках под растущим влиянием лингвистических теорий и учения о бессознательном произошла значительная эволюция. Уже написана история структурализма или скорее его многочисленных разновидностей, крайностей и противоречий и, наконец, его упадка. Вместе с тем сделанные в рамках этого направления открытия не утратили своей актуальности, несмотря

на сложность терминологии. Правоведов это направление привело к лучшему пониманию обычаев, возврата к атаквистическим верованиям, к более широкому анализу фактического положения вещей, к признанию значимости не только рассудка, но и души, к внедрению в научный анализ таких принципов политики и сельского хозяйства, как «холодное» или «теплое», равно как и всех иных принципов, которые земледелие располагает на грани материального и нематериального и вводит в ритуал. К этому можно добавить и стойкий интерес к черной магии, ясновидению и диалогам с духами умерших.

Все это немаловажно. Но новое прочтение настоящей работы Гурвича позволяет реконструировать тот факт истории социологической мысли, объяснения которого социологи, этнологи и антропологи не ждали от структурализма: магия образует довольно-таки артикулированную систему со своей имманентной рациональностью. Это уже продемонстрировали такие научные дисциплины, как эпистемология и системный подход. В рамках этого плодотворного подхода Гурвич очень хорошо показал ту пользу, которую могут принести правоведам усилия по конкретизации используемых ими социологических понятий, таких, как «временные перспективы социума», «виды социальных групп», «глубинные уровни» социальной действительности. Уже более века правоведение, вольно или невольно, плодотворно развивается в этом направлении, создавая симбиоз общего и частного, абстрактного и конкретного, священного и мирского, мистического и политического Востока и Запада, такие основательные и новаторские разработки, как, например, работы Макса Вебера. И было бы несправедливым недооценить место Гурвича в этом движении. Настоящее издание как раз и призвано воздать должное заслугам этого мыслителя в рамках исследований проблематики права, магии и природы.

## СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА<sup>1</sup>

### Паунд Роско

Наряду с большим несчастьем, которым стала война в Европе, она принесла с собой одно явно хорошее для нас следствие — эмиграцию в Соединенные Штаты большого числа выдающихся ученых с континента. Ход истории в средневековой Англии, особенно в области права, с одной стороны, и на континенте, с другой стороны, вел к формированию глубокой пропасти между двумя юридическими традициями: ориентацией на законотворчество и юридическое образование, и ориентацией на судопроизводство. Это затруднило для одной половины юридического мира понимание и эффективное использование опыта юридического развития другой половины. Ныне же появляется возможность более близкого контакта, который может быть выгоден для всех, но возможен только при условии взаимопонимания.

Непотопляемая академическая традиция XIX столетия, которая стремилась удержать каждую из социальных наук строго на своем месте, подобно тому, как, по мнению греческих философов, в идеальном государстве гражданин должен оставаться на своем месте, вновь уступила дорогу осознанию необходимости

© М. В. Антонов, пер. с англ., 2004

<sup>1</sup> Предисловие к книге: *Gurvitch G. Sociology of Law. New York, 1942.*

взаимодействия социальных наук, сотрудничества между ними во имя осуществления общих целей. В частности, социология в союзе с юриспруденцией способствует лучшему пониманию того, что мы называем «правом», и того, что скрывается под феноменом правопорядка — в том виде, в котором этот феномен предстает перед правоведами.

В нашем столетии в континентальной Европе сформировалось направление социологии, именуемое себя юридической социологией; в Соединенных Штатах, где менталитет правоведов сориентирован на изучение практических проблем правопорядка, появилась социологическая юриспруденция. Первая из этих научных дисциплин связывала социологию с феноменом групповой жизни как влекущей за собой «право». Вторая связывала юриспруденцию с регулированием отношений и упорядочением поведения, что необходимо в рамках жизнедеятельности социальных групп. Акцентуация первой ближе общей социологии. Акцентуация второй ближе специальной науке о праве. Поэтому американский юрист смотрел на континентальные трактаты о праве так, как будто они были социологическими трактатами, в то время как европейские социологи смотрели на литературу по социологической юриспруденции, как будто это юридическое исследование в рамках социологии. Но ряд выдающихся примеров современной социологии права более четко формулирует возможности и цели этой науки, равно как развивают критику социологической юриспруденции.

Во введении к этой книге по социологии права,<sup>2</sup> которая написана в неожиданном для Соединенных Штатов аспекте, наиболее оптимальным кажется объяснение того, что понимается под термином «право», и того, какой смысл при его использовании вкладывает в данный термин автор произведения. Если мы примем во внимание все то, что написано по вопросам определения права, а также о пределах и назначении социологии права (каждый из этих вопросов требует вдумчивого рассмотрения, поскольку при чтении любые термины требуют продумывания не в меньшей степени, чем механической работы глаз), то мы получим ключ к последующему изложению; иначе знакомый с современной методологией социальных наук англо-американский юрист легко может зайти в тупик.

При чтении этой книги, как и при чтении перевода «Основных принципов социологии права» Эрлиха, американский читатель, особенно если он юрист, должен иметь в виду то, что понимает автор под термином «право», поскольку этот термин не всегда совпадает с тем, что скорее всего будет иметь в виду читатель, встречаясь со знакомым словом. В других работах я часто писал о трудностях, которые являются результатом разнообразия значений этого термина в том виде, в котором его используют правоведы, и о путанице, являющейся результатом перевода континентальных работ по юриспруденции, в которых мы используем слово «право», имеющее иное значение в других языках. Так, наш автор отмечает, что юристы имеют дело исключительно с *quid juris* (и это правильно), тогда как социологи имеют дело исключительно с *quid facti*, в смысле сведения социальных фактов к отношениям сил. Но английский или американский читатель может спросить, какое из

<sup>2</sup> Gurvitch G. Sociology of Law. New York, 1942. — Прим. пер.

двух первых утверждений (по крайней мере, применительно к трактовке термина «исключительно») не связано с термином *droit, Recht, diritto, ius* (фр., нем., итал., лат. — право. — *Прим. пер.*), в отношении которого, возможно к счастью, мы не имеем точного эквивалента в английском языке. «То, что правильно опирается на правду», — это наиболее близкая формулировка из тех, которые могут быть приданы в нашем языке слову «право». Первая часть определения, в соответствии с которым право заключается в упорядочивании отношений и регулировании поведения, в большей степени презюмируется используемым в языках континентальной Европы термином, чем нашим словом «*law*». Наш вариант слова «право» прежде всего имеет в виду то, что поддерживается силой, или что хотя бы то, что несет на себе отпечаток политической организованного общества. Следовательно, естественное право в рассуждениях континентальных юристов поставлено на первое место, в то время как в Англии и Америке право — это то, что предписано и сформулировано компетентными органами политически организованного общества. Данный подход почти полностью исключает другие варианты мнений, что привело к господству аналитического подхода в англо-американской науке о праве. И социология, и философия права попытались преодолеть это противопоставление двух подходов. Но я не уверен в преимуществе этой попытки — ведь даже если бы мы и признали неразрывность этих двух подходов, наш язык не позволил бы нам осознать, что эти два подхода существуют.

Что же понимают социологи под правом? Ясно, что они не имеют в виду то же самое, что и юристы. Так, можно утверждать, что «юридические предписания настолько беспорядочны, что не способны когда-либо упорядочиться». Наш автор говорит, что «эта упорядоченность так же, как и само государство, предполагает наличие права, которое их организует и определяет их юрисдикцию». Такой взгляд похож на естественное право XVII и XVIII столетий, но, подчеркиваю, он имеет иную смысловую направленность. Однако, возможно, юрист расценит любое «право за рамками права» в качестве философствования, социологии или политической науки. Право, о котором он говорит, — это режим регулирования общественных отношений и упорядочения поведения посредством различных институтов и органов политически организованного общества в соответствии с системой авторитетных предписаний, подлежащих определению, примененных и развитых за счет политических технологий, судебного или административного процесса, или их сочетания. Я не думаю, что стоящему на подобной позиции юристу здесь что-то можно поставить в упрек, при условии осознания им того, что постулирование правового верховенства политически организованного общества является верховенством только применительно к такому обществу.

Как показал Б. Малиновский, очень важные регуляторы, регламентирующие поведение в первобытных обществах, работают без поддержки каких-либо судебных органов. Это актуально и сегодня. Многие средства социального контроля совершенно не зависят от силы политически организованного общества. Правопорядок политически организованного общества скрепляет все другие способы упорядочения поведения, приводит их в соответствие друг другу и обеспечивает их своей поддержкой в той мере, в которой их признает. Это — тот порядок, в котором существует юрист. Монополия силы,

которую требовал государственный порядок и которую он удерживал, начиная с XVI в., кажется, выделяет его из числа других порядков, среди которых он устанавливает гармонию. Юрист лицезрит, как следствие любого действия теперь подвергнуто судебному или административному регулированию, а порядок создается для того, чтобы заменить внутренний порядок столь многочисленных групп и отношений. Он видит, как суды по делам несовершеннолетних и по семейным делам в основном заменили собой правила домостроя, что в недавнем прошлом было признано и закреплено государственным правом. Но все это не означает, что порядок и орган властной фиксации норм поведения, который был развит первым, могут рассматриваться как отделенные друг от друга, без учета более широкого базиса социального контроля, которым и должен заниматься юрист.

«Социально значимые нормативные обобщения», т. е. «правильные образцы» различной степени точности и обобщенности, с функциональной точки зрения (т. е. как действие по направлению к социальному контролю (управлению)) вызываются к жизни самим фактом существования любой социальной группы. Они подразумеваются самой идеей группы. Следовательно, они подразумеваются самой идеей политически организованного общества и относятся к числу тех правил, которые (независимо от того, откуда они заимствовали бы свое содержание) устанавливаются, признаются или возникают в рамках порядка — порядка рассматриваемого общества, о котором правове́д и ведет речь. В утверждениях Дж. Остина так много истины!

Философами права уже отмечалось, что в таких вещах, как завещания, договоры под условиями и ограничениями, учреждение доверительной собственности, договоры партнерства или инкорпорации, договорные режимы супружеского имущества и договоры вообще, люди в некотором смысле сами творят для себя право. На этом настаивали метафизически настроенные юристы, стремящиеся вывести право из свободы и считавшие договор высшим проявлением свободы. В несколько ином ракурсе экономисты говорили о «рабочих правилах», регламентирующих поведение в группах ассоциированных индивидуумов — о том, что Коммонс называет «насушными интересами». По его словам, «каждый насущный интерес представляет собой регулятивный механизм со своими специфичными санкциями». Но положение дел в обществе сегодня таково, что те договоры, о которых говорили метафизически настроенные правове́ды, и те насущные интересы или групповые регулятивные механизмы, о которых говорит Коммонс, вызывают пристальный интерес как к судебным, так и к административным процессам, находящимся в зависимости от процедур, признаваемых или установленных политически организованным обществом. С точки зрения юриста эти процессы подчинены тому, что является правом в его понимании.

Я не думаю, что вдумчивый юрист верит в «необходимое и *априорное* превосходство государства по отношению к другим группам». Да юрист и не сможет верить в это, если он уделит хоть какое-то внимание истории права. Любой юрист не может не заметить, что с XVI столетия мы вступили в эпоху роста политической организации общества и организации социального контроля, причем именно с последней и приходится иметь дело юристу и именно она предполагает политическую организацию общества в целях обеспечения

своей эффективности. Юрист предполагает, что подобное фактическое превосходство (не нуждающееся в постулировании в качестве необходимого или общего условия) должно быть принято теми, кто рассматривает феномен социального контроля с иных точек зрения и в свете иных задач. Правовой порядок (в связи с этим я намеренно употребляю термин «правовой» вместо термина «юридический») предполагает свое верховенство и (не отрицая того, что «любая социальная группа обладает своим порядком, своим механизмом правового регулирования, своими юридическими ценностями») ставит своей задачей вызвать к жизни такие порядки, такие регулятивные механизмы, такие юридические ценности, либо же найти им иное применение в иной сфере.

Не столь значимо, что юристы думают о том, что только государство может создавать или устанавливать право (в том смысле, в котором социология права использует этот термин), принимая во внимание даже то, что в качестве основы права они постулируют государство, или «санционирующую печать» государства, или правоприменительный орган государства, что выражается в более ограничительном использовании данного термина. Ведь весь процесс развития от недифференцированного социального контроля до особой формы социального контроля, которая и привлекает внимание юристов, протекал наряду и в результате усиливающегося преобладания политически организованного общества. Но это не должно лишить нас возможности видеть то, что занимающиеся историей юристы угадывали через темное стекло, а юристы, занятые социологией, четко установили (с учетом того места, которое государственное право занимает в более широком аспекте социальных групп, ассоциаций и отношений, их внутреннего порядка и отношения этого внутреннего порядка к социальному контролю).

Правоведы оценят рассуждения автора о «социальных гарантиях, на которых основывается действенность права». Эта концепция может быть сравнена с доктриной Еллинека о «социальной психологической гарантии» и взглядами на правовые санкции правоведов исторической школы прошлого века. Социология права прояснила данный вопрос. Санкции правового порядка политически организованного общества, с точки зрения юриста, оказываются явлением другого порядка, чем все другие средства, действующие как производные от санкции. Ведь важной характеристикой зрелости права (права в понимании юристов) является рост действенности его санкций. С этой точки зрения прогрессивное развитие от немногочисленных и малоэффективных санкций в системах социального контроля архаических обществ к организованным и всеобъемлющим санкциям дифференцированного и специализированного социального контроля через право (право в понимании юристов) является основной вехой в истории права.

Благодаря тому, что в некоторых доктринах все еще присутствуют определенные пережитки, вытекающие из характерного для XVIII в. противопоставления общества и индивидуума или из противопоставления в XVII в. власти и индивидуума (посредником между которыми является национальное право), вдумчивый правовед сегодня не отождествит глобальное общество с государством. Но дело в том, что юристы и социологи говорят о совершенно разных явлениях.

Если юристы, к сожалению, имеют тенденцию игнорировать то, о чем говорят социологи, то, создавая интегративную социолого-правовую теорию,

социолог вполне может упустить немало важного из того, что является существенным в позитивном праве. Упорное следование традиции в доктринах и концепциях; норма закона как гарантия против неисполнимого или незаконного судебного прецедента; происходящее из римского права представление о партнерстве, противопоставляемое меркантильному воззрению на данный институт как на результат усилий корпораций по созданию торгового реноме компании; представление о земле как о постоянно передающемся семейном имуществе, распространенное в первобытном обществе, где земельные участки были так же взаимозаменяемы, как зерно или картофель, — все эти явления правопорядка (и имя им — легион) требуют изучения с юридической точки зрения, тогда как наука о праве весьма далека от «живого права» в аспекте социологии права. Многие из перечисленных явлений находят каждодневное применение в судах. Для изучения того, что юристы понимают под правом, мы должны найти родовые отличия этого используемого юристами для своих целей понятия от иных видов права, которое социолог признает в качестве такового в своих целях. И важно именно то, чтобы и юрист, и социолог признавали правоту воззрений друг друга с соответствующих точек зрения.

Желательно было бы, что, подобно тому как существует два термина: «правовой» (*legal*) и «юридический» (*jural*), мы вместо одного термина «право» имели бы два, используемых и юристом, и социологом, но с разными смысловыми значениями. В языках континентальной Европы существует только одно слово, которое не полностью совпадает с нашим словом «law». Используемый на континенте термин более подходит к социологическому значению слова «право». Но исторически данный термин имел, с одной стороны, этическую, а с другой — юридическую окраску. Может быть, именно поэтому мы и не имеем в английском языке такого слова. Латинское *ius* (лат. — право. — *Прим. пер.*) и его аналоги в языках континентальной Европы приводят к характерной для правопонимания континентальных юристов неосознанной односторонности. Соответствующее английское слово приводит правопонимания англичан и американцев к той же односторонности, но в обратном направлении.

По поводу отношения социологии права к юриспруденции автор говорит нам, что юриспруденция — это наука социальной инженерии и что к ее методам относятся «различные технические приемы» такой инженерии, «предназначенной для интерпретации специфических потребностей конкретных правовых систем и соответствующих типов комплексных обществ». «Подобные приемы зависят от преследуемых ими целей, а цели эти зависят от сочетаний конкретных событий в реальной правовой жизни» (в понимании социолога) на текущий момент в конкретной обстановке (именно они и изучаются социологией права) и от изменчивых юридических (не правовых) взглядов и ценностей, «специфика и степень объективности которых — непосредственная область философии права». «Таким образом, социология права становится фундаментом науки о праве, дающей нам социологическую юриспруденцию, а философия права — фундаментом науки о праве, дающей нам философскую юриспруденцию. Если юриспруденция и должна строиться на этих основах, то юристам следует настаивать на том, что эти основы сами не могут созидать

надстройку. Социология права — это не социологическая юриспруденция, равно как и последняя не может выдвигать претензий на статус настоящей социологии права. Основной задачей социологии права, с точки зрения юриста, является поиск лучшей, чем естественное право (от которого следовало бы отказаться, после чего осталась бы не терпящая пустоты брешь), основы для понимания права. Действительно, близкая взаимосвязь юриспруденции, философии права и социологии права хорошо освещена в первой главе работы Гурвича, в которой, рассматривая развитие социологии права, автор в то же время рассматривает и принципы правовой мысли от Аристотеля до наших дней.

Остается обратить внимание на подчеркиваемый автором контраст между социологией права, которая понимает, что не может заменить собой философию права, но должна идти в ногу с ней, и ранней социологией, не нуждающейся в философии. Социология права тем более не предполагает, что обойдется без юриспруденции. Надеюсь, меня можно простить за повторение того, что ни социология права, ни философия права не могут заменить собой юриспруденцию, которая хотя и нуждается в обеих вышеперечисленных дисциплинах как в основании своего критического анализа и средстве корректировки своих особых обобщений (если позволительно так выразиться), но обладает той сферой, для которой ни одна из этих дисциплин по большому счету не подходит; сферой, которая важна правоведам, желающему быть уверенным в хорошем знании предмета своего исследования.

## МОЙ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫЙ ДНЕВНИК<sup>1</sup>

Гурвич Г. Д.

Два первых года моего обучения в университете (1912–1914), проведенных зимой в России, а летом — в Германии, посвященных получению юридического образования, а также чтению работ ведущих создателей политических доктрин, были насыщены размышлениями о различных тенденциях неокантианской философии: Коген, Наторп, Кассирер, Риккерт, Виндельбанд, Фолькельт, Ренувье, Хамелин... В итоге эти работы вызвали у меня сильную негативную реакцию против неокантианства любого рода — против его замаскированного платонического идеализма, антипсихологизма и довольно-таки примитивного антисоциологизма. Ни спор между Тардом и Дюркгеймом, ни вызывающий социологический формализм Зиммеля не дали удовлетворения моим запросам, и я обратился к Вильгельму Вундту. Он предложил мне изучать экспериментальную психологию в его лаборатории, для того чтобы лучше понять написанную им работу «Психология народов». Единственным преимуществом, которое я извлек из этого обучения, впрочем, весьма недолгого, было то, что эксперименты показали мне невозможность непосредственного «психофизиологического параллелизма», продемонстрировали несовпадение между переживаемым временем, концептуализированным

© М. В. Антонов, пер. с фр., 2004

<sup>1</sup> Отрывок из работы Гурвича «Мой интеллектуальный дневник, или Изгнанный из стада» (L'homme et la société. № 1. 1966).

временем и, еще более очевидно, между измеряемым, качественным и пространственным временем, поскольку все эти виды времени должны дифференцироваться.

В тот период я начал читать и изучать Анри Бергсона. Его труд «Непосредственные данные сознания» помог мне избавиться от экспериментальной психологии Вундта, а исследования «Материя и память» и «Творческая эволюция» освободили меня от пут кантианства и неокантианства и привели к идеализму, свободному от учения о предопределении. Вместе с тем спиритуалистическая направленность бергсоновского реализма, проявившаяся в «Творческой эволюции», равно как и его скрытый индивидуализм, в рамках которого разделялись «глубинное Я» и «поверхностное Я» — единственный участник общественной жизни, беспокоили меня и остужали мой юношеский задор. За несколько месяцев до Первой мировой войной я прослушал в Гейдельберге курс Эмиля Ласка, который посредством строгой диалектики, заимствованной у Фихте, пытался превзойти идеализм, оставаясь в пределах собственно неокантианства. Кроме пробуждения интереса к Фихте, я обязан этому мыслителю и за знакомство с Максом Вебером. В то время в социологии этого автора видели оправданную реакцию против системы Риккерта, сводившего всю научную методологию либо к генерализации, либо к индивидуализации, забывая при этом о типологическом методе, который свойственен основанной на понимании (*Verstehen*) социологии.

К этому моменту я завершил мою студенческую работу на русском языке «Политическая доктрина Феофана Прокоповича и ее европейские источники: Гроций, Гоббс и Пуфендорф», представленную на университетский конкурс. Золотая медаль, которой я был удостоен за эту работу в 1915 г., предопределила мою академическую карьеру. Так, вернувшись в предреволюционную Россию, я после защиты магистерской диссертации (1917 г.) был оставлен в Петроградском университете для подготовки к профессорскому званию, что подразумевало получение научного звания, необходимого для преподавания в системе высшего образования.

В университетские годы, т. е. до момента получения научного звания и начала чтения мною курса лекций в Петроградском университете (который я оставил несколько месяцев спустя, эмигрировав сначала в Чехословакию, затем, в 1925 г., во Францию, где в 1929 г. получил французское гражданство), в моем сознании укрепились некоторые тенденции, которые проявились в большинстве последующих работ.

А) Первоначально мой интерес к реализму (который сегодня занимает центральное место в моем мировоззрении) сблизил меня, хотя и ненадолго, с двумя русскими философами: Н. О. Лосским и С. Л. Франком, а через них — со славянофильскими идеями, характерными для православной религиозной философии. Но опасность мистицизма вернула меня к диалектическому критицизму (который научил меня проводить различие между *схваченным* посредством интуиции и *познанным*, предполагающим наличие некоторого суждения) и реалистическому плюрализму, противостоящему любой монистической редукции Многого к Единому. Так я набрел на абсолютный реализм у Фихте позднего периода, в рамках которого этот философ столкнулся с проблемой «фактичности» (*Faktizität*) через анализ постоянной конкуренции и сотрудничества интуиции и диалектики.

В) Исследование истории социальной философии особенно помогло мне сконцентрировать внимание на всех доктринах, являющихся одновременно и антииндивидуалистическими (т. е. утверждающими наличие не к чему не сводимой социальной действительности), и антиэтатистскими (т. е. отказывающимися отождествлять социальное Целое с одним из его секторов и возможных выражений — с государством). Подобную расширенную концепцию социума я искал у Сен-Симона и Прудона, у Гроция, Лейбница, Фихте и Краузе, и в более отдаленном периоде истории — у Аристотеля. Результаты этих исследований отображены в моей докторской диссертации «Идея социального права» (1932 г.), о которой я расскажу чуть позднее.

Проводимые исследования поставили передо мной проблему загадочности, характерной для доктрины Жан-Жака Руссо — крайнего этатиста для одних и анархиста — для других, индивидуалиста — для одних и защитника коллективизма — для других. Меня очень заинтересовала его концепция «всеобщей воли», противопоставляемой не только воле большинства, но и воле «всех» и тождественной для каждого индивида (в силу чего и индивид, и социум возрождались к новой жизни благодаря «общественному договору»). Более того, в категорическом императиве Канта я видел не что иное, как слабое отражение социальной философии Руссо. В своей книге «Руссо и Декларация прав» (1917), хотя и защищая Руссо от обвинений в противоречивости и ища возможности продемонстрировать глубину его диалектики, я все же попытался указать и на неудачу его замысла — рассматривать социальную действительность в качестве обобщения индивидуального сознания.

Несмотря на то, что критика в адрес Руссо не казалась мне всегда достаточно глубокой, Прудон со своей позитивной доктриной произвел на меня гораздо большее впечатление. Меня с легкостью покорили его концепция социального как некоей сущности, которая не может (не будучи при этом отчуждаемой) проецироваться вовне участников социальной жизни ни в качестве высшего существа, ни в качестве второстепенного объекта; его фундаментальный социальный плюрализм, пытающийся найти равновесие между многочисленными группами; его отрицательная диалектика; демонстрация относительности всякого социального прогноза; его концепция человеческого творчества, берущего верх над предустановленным прогрессом. Если я когда-то и был прудонистом, так только в начале моей научной карьеры. Через Прудона я пришел к изучению французских теоретиков революционного синдикализма (в т. ч. и Сореля), к которым я никогда не питал особой склонности. С точки зрения той социальной доктрины, которой я придерживался в период двух русских революций (февраля и октября 1917 г.), я был абсолютным сторонником прудонизма и синдикализма (с отставанием лет на десять, по сравнению с Францией). Впрочем, подобные воззрения очень хорошо совмещались с возникновением «заводских советов», со свойственной им тенденцией избирать представителей не только в «центральные советы», обладающие политической властью, но и в «производственные советы» на предприятиях. Английский гильдейский социализм, вступивший в период своего расцвета после Первой мировой войны, тем более не мог оставить меня равнодушным.

С) Ко всему сказанному добавился и опыт русской революции. Наблюдая и чувствуя неодинаковые реакции разных социальных слоев, групп и классов,

профессиональных союзов, первичных объединений, советов, новых и старых организаций, присутствуя практически при полном разрушении прежней социальной структуры, у меня возникло немало идей, которые в дальнейшем вели меня в моих научных исследованиях: 1) социальное право рождается спонтанно и независимо от государства и его юридических конструкций, причем его взаимоотношения с государством могут принимать разнообразные формы; 2) существуют глубинные уровни социальной действительности, иерархическое положение и взаимоотношения которых друг с другом постоянно меняются, то противоречая друг другу, то переплетаясь между собой; 3) первичным элементом социологического анализа является не только индивид, но и социальная группа как микрокосм форм социальности; 4) социальные классы и глобальные общества реально существуют как макрокосм социальных групп; 5) присутствует возможность общественного устройства на основе коллективного планирования экономики и федералистической концепции собственности. Я очень хорошо помню ту памятную прогулку с моей женой по набережной реки Карповка в Петрограде, когда весь весенний вечер 1920 г., за несколько месяцев до нашего отъезда из России, я излагал ей принципы моей будущей социологии, общие черты моего учения о социальном праве и, в конечном счете, мою концепцию децентрализованного коллективного планирования...

Поскольку реализм и релятивизм в социологии были доведены мною до их крайних выражений, то термин «*диалектический гиперэмпиризм*»<sup>2</sup> наилучшим образом обозначает используемую мною социологическую методологию. Комплементарности, взаимные импликации, двусмысленности, поляризации и взаимообусловленности перспектив, имеющие место между микросоциологическими типами, типами социальных групп и классов, типами глобальных обществ; между глубинными уровнями социальной действительности, иерархический порядок которых каждый раз меняется сообразно изменению типа глобальной или локальной социальной структуры; между тотальными социальными явлениями, не входящими в структуру элементами, социальными структурами и организациями; между общей социологией и отдельными отраслями социологии; наконец, между социологией, историей и этнологией, — все перечисленное и дает представление о моей методологии. Конечной целью этой методологии является социологическое объяснение, которое в случае приобретения им причинно-следственного характера увязывается с объяснением эмпирическим. Одна из тайн имеющей в социологии место связи между теорией и эмпирическими исследованиями, если не брать в расчет собственно проверку на опыте и постоянное обновление рабочих гипотез, заключается в том ценном материале, который история предоставляет в распоряжение социологии. Впрочем, и сама история нуждается в первую очередь в социологической типологии и в социологическом изучении социальных структур.<sup>3</sup> Здесь, после долгих лет отчуждения, и произошла моя новая встреча с Марксом...

<sup>2</sup> См. мой очерк, который носит это же название, в XV выпуске за 1953 г. журнала «Cahiers internationaux de Sociologie».

<sup>3</sup> См. мой очерк «Континуальность и дисконтинуальность в социологии и в истории» (Annales. 1957) и мою статью «Кризис объяснения в социологии» (Cahiers internationaux de Sociologie. XXI. 1956). Эта тематика была продолжена мною более обстоятельно в учебном курсе «Множественность социального времени» (1956).

Этот же самый диалектический гиперэмпиризм вел меня в моих исследованиях о *социальных закономерностях и человеческой свободе* (одноименная книга вышла в свет в 1935 г.). Я попытался показать, как закономерности и свобода могут взаимно проникать друг в друга, и предпринял социологическое исследование изменений свободы в различных социальных условиях. Всегда незаконченный плюрализм социальных закономерностей и их относительная унификация (через никогда не прекращающиеся стремления и конфликты) в рамках собственно социологического детерминизма меняются каждый раз со сменой типа глобального общества, оставляя при этом простор для вмешательства человеческой свободы (как индивидуальной, так и коллективной) в общественную жизнь. Именно в названной выше работе я поднял вопрос о множественности социального времени, и данному вопросу я посвятил курс общедоступных лекций в Сорбоннском университете в 1957–1958 гг.<sup>4</sup>

Уже в период временного пребывания в Соединенных Штатах мое внимание привлекла проблема, поднимаемая социологией познания. Мне долго казалось, что ни социологию нравственности, ни социологию права нельзя рассматривать с исключительно релятивистских и реалистических позиций без обращения к помощи социологии знания. Мне очень импонировало, как данную проблему ставили Шелер, с одной стороны, и Леви-Брюль — с другой. Изучение проблемы символов и знаков как способов выражения и распространения информации еще более усилило мой интерес. Проблема идеологии, которая, как мне казалось, не была достаточно прояснена за весь период от Маркса до Мангейма, также подтолкнула меня в том же направлении. В 1944–1945 гг. я прочел в Гарвардском университете курс лекций по социологии знания, в рамках которого я подверг жесткой критике все ранее сформулированные по данному вопросу концепции. В дальнейшем я вернулся к этой проблематике в моих общедоступных лекциях в Сорбонне, на моих семинарах в Практической школе высших исследований (*Ecole pratique des Hautes Etudes*), в ряде публикаций. Я пришел к выводу о необходимости проведения различия между разными видами знания (чувственное познание внешнего мира; политическое знание; техническое, научное и философское знание), для которых характерна *различная интенсивность* функциональной взаимосвязи с социальной средой и иерархический порядок которых в *системе знания* меняется в зависимости от типов глобальных или локальных социальных структур. Выделяя в рамках каждого вида знания его формы, различающиеся в зависимости от социальных структур (мистическая и рациональная, интуитивная и рефлексивная, концептуальная и эмпирическая, спекулятивная и позитивная, символическая и непосредственная, индивидуальная и коллективная формы), я обнаружил множество отправных точек для конкретного эмпирического изучения проблем социологии знания. Последняя отказалась при этом от какой-либо конкуренции с эпистемологией (которой социология знания может лишь ставить вопросы, но не отвечая на них сама), равно как прекратила начинать свои исследования с конца и уже не решает с насюда чрезвычайно деликатную проблему социологической

<sup>4</sup> Я продемонстрировал, что различные виды социального общения унифицируются и проникают друг в друга в разной иерархической последовательности, меняющейся в зависимости от структур глобальных обществ и их типологии.

перспективы философских доктрин, которые оказываются более долговечными, чем те социальные структуры, в которых они зародились; такие доктрины через столетия могут вновь воскресать.

Редактируя свою работу «Введение в социологию знания», которую собираюсь завершить в ближайшем будущем,<sup>5</sup> я был вынужден возвратиться к проблеме *социальных классов* — этих сверхфункциональных макрокосмов социальных групп. Данной проблеме я посвятил курс общедоступных лекций (тираж курса этих лекций был выпущен с помощью множительной техники), который должен послужить предметом отдельной книги.

Используемая мною для исследования проблем социологии познания методология привела меня к возобновлению разработок в сфере социологии нравственности. В общедоступном курсе лекций, прочитанном мною в 1957–1958 гг. в Сорбонне, детально развивая ту тему, которую я затронул в 1948 г., я в общих чертах обозначил содержание моей работы «Введение в социологию нравственности». Все выделяемые мною виды нравственности (традиционная нравственность, финалистская нравственность, нравственность добродетелей, нравственность мгновенных суждений, императивная нравственность, нравственность идеальной символики, нравственность стремления, нравственность творчества) оказались еще более тесно связаны с социальной действительностью, чем виды знания. Оказывается, социология нравственности может установить функциональные корреляции между участками социальной действительности и видами нравственности в пределах гораздо более обширной иерархии, чем социология знания. Ведь микросоциологические элементы социума и неструктурированные группы в аспекте этики также могут выступать в качестве автономных элементов социальной действительности. При сопоставлении феномена нравственности с социальными классами, и особенно с типами глобальных социальных структур, при констатации изменчивости иерархизированных систем видов нравственности, равно как и изменения в их недрах направленности *форм нравственности* (рациональная или мистическая, интуитивная или рефлексивная, ригористическая нравственность или же нравственность, рассматриваемая в качестве «дара природы», суженная или расширенная, та, которой строго следуют, или та, которую игнорируют, коллективная или индивидуальная), становится очевидным, что такое исследование ведет к наиболее конкретным и наиболее полным результатам. В данном вопросе социология нравственности, призывая к эмпирическим исследованиям, опять-таки не конкурирует с философией нравственности, но ставит для последней новые проблемы.<sup>6</sup>

Я обрисовал настолько объективно, насколько смог, те веки, которые указывали мне путь в моих основных работах, вплоть до самых поздних. В завершение позволю заметить, что судьбе было угодно, чтобы я зачастую шел «против течения» в моих размышлениях и в моих усилиях. Ритм моего мышления

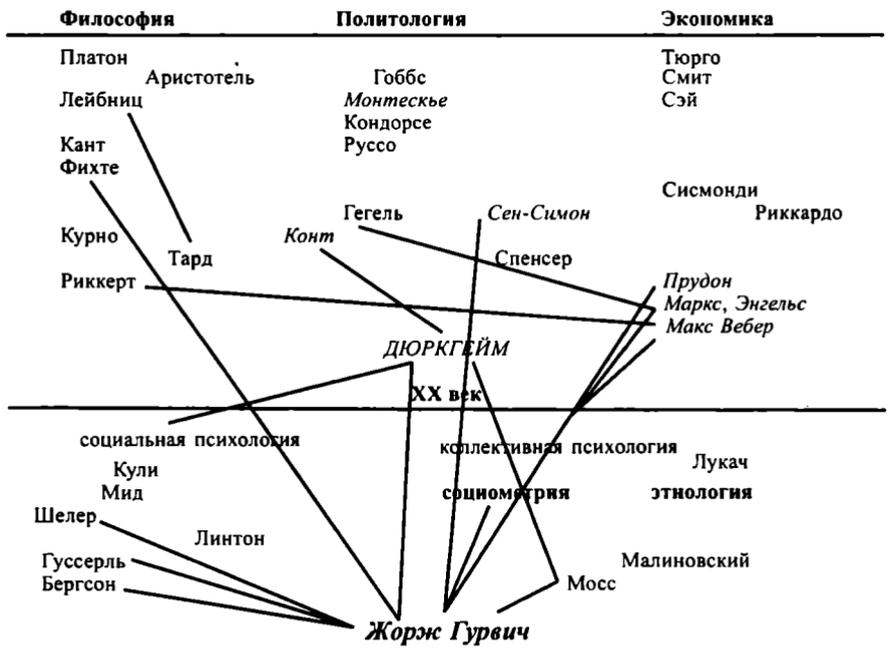
<sup>5</sup> До выхода этой книги в свет я отсылаю читателя к другим моим публикациям по данной тематике: «Введение в социологию знания» (1947), «Социология знания» (L'Année Sociologique. 1940–1948, 1949), «Социальные структуры и системы знания» (Semaine sur la structure, Centre de Syntese. 1957) и, наконец, «Проблема социологии знания» (La Revue philosophique. 1958–1959).

<sup>6</sup> См. мою статью «Размышления о социологии нравственности» (Cahiers internationaux de Sociologie. Vol. XXIV. 1958).

практически всегда не совпадал с тем направлением мысли, который был в моде. Поэтому я, если можно так выразиться, по своему призванию «изгнанный из стада». Большинство современных американских и французских социологов считают меня «философом», ошибимся дверью; а «философы» смотрят на меня как на «предателя», который уже давно покинул их лагерь.

Но подобное изолированное положение, зачастую болезненное, было для меня довольно естественным: моя жизненная позиция подразумевает необходимость тесного сотрудничества не только между теорией и эмпирическим исследованием, но также и между социологией и философией (при условии, что обе они откажутся от догматизма и «империализма»). Наблюдая друг за другом и друг друга критикуя, социология и философия могут и должны, сохраняя при этом свою автономию, ставить друг другу вопросы, которые в сущности могут быть разрешены только в их непрестанном взаимодействии... И только после того, как будет воспринят подобный взгляд на данную проблему (который я конкретизировал в статье «Социология и философия», написанной для «L'Encyclopedie française» (Vol. XIX. 1957), я могу надеяться на то, что эти два «клана» прекратят меня преследовать.

**Схема интеллектуального пути Г. Д. Гурвича<sup>1</sup>**



© М. В. Антонов, пер. с англ., 2004

<sup>1</sup> Данная схема приводится составителями настоящего сборника по конспектам, сделанным Филиппом Боссерманом в Париже в ноябре 1956 г. на университетских лекциях Г. Д. Гурвича (*Bosserman Ph. Dialectical sociology: an analysis of the sociology of G. Gurwitsch. New York, 1966. P. 305*).

## Библиографический указатель работ Г. Д. Гурвича

### Книги

1. Правда воли монаршей Ф. Прокоповича и ее европейские источники (Гроций, Гоббс, Пуфендорф). Дерпт (Юрьев), 1915 (рус.).
2. Руссо и Декларация прав. Идея неотчуждаемых прав индивида в политической доктрине Руссо. Пг., 1918 (рус.).
3. Otto V. Gierke als Rechtsphilosoph. Tübingen: Mohr, 1922 (нем. — «Отто фон Гирке как философ права»).
4. Die Einheit der Fichteschen Philosophie. Berlin: Gollingen, 1922 (нем. — «Единство философии Фихте»).
5. Personel- und Gemeinschaftswert in der Ethik Fichtes. Berlin: Gollingen, 1922 (нем. — «Личностные и социальные ценности в этике Фихте»).
6. Введение в общую теорию международного права. Конспект лекций. Прага: Изд-во юридического факультета Русского института, 1923 (рус.).
7. Fichtes System der konkreten Ethik. Tübingen: Mohr, 1924 (нем. — «Фихтеанская система конкретной этики»).
8. Proudhon und die Gegenwart // Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie. 1928 (нем. — «Прудон и будущее»).
9. Les tendances actuelles de la philosophie allemande. Paris: J. Vrin, 1930 (фр. — «Современные тенденции немецкой философии»).
10. L'idée du droit social. Paris: Sirey, 1932 (фр. — «Идея социального права»).
11. Le temps present et l'idée du droit social. Paris: J. Vrin, 1932 (фр. — «Идея социального права и современность»).
12. L'Expérience juridique et philosophie pluraliste du droit. Paris: Pedone, 1935 (фр. — «Юридический опыт и плюралистическая философия права»).
13. Essai d'une classification pluraliste des formes de la sociabilité. Paris: Alcan, 1937 (фр. — «Очерк плюралистической классификации форм социальности»).
14. Morale théorique et science des moeurs. Paris: Alcan, 1937 (фр. — «Теоретическая мораль и наука о нравах»).
15. Essais de sociologie. Paris: Sirey, 1938 (фр. — «Социологические эссе»).
16. Eléments de sociologie juridique. Paris: Aubier, 1940 (фр. — «Элементы юридической социологии»).
17. Las formas de la sociabilidad. Buenos Aires: Losada, 1941 (исп. — «Формы социальности»).
18. Sociology of Law. New York: Philosophi Library, 1942 (англ. — «Социология права»).
19. La declaration des droits sociaux. New York: Edition de la Maisori Francaise, Inc., 1944 (фр. — «Декларация социальных прав»).
20. Sociologia del derecho. Cordoba: Rosario, 1945 (исп. — «Социология права»).
21. Sociologia juridica. Rio de Janeiro: Kosmos, 1946 (исп. — «Юридическая социология»).
22. The Bill of Social Rights. New York: International Universities Press, 1946 (англ. — «Билль о социальных правах»).
23. Initiation aux recherches sur la sociologie de la connaissance. Paris: Centre de Documentation Universitaire, 1948 (фр. — «Введение в социологию познания»).
24. La vocation actuelle de la sociologie. Paris: Presses Universitaires de France, 1950 (фр. — «Современное призвание социологии»).
25. Le concept de classes sociales de Marx à nos jours. Paris: Centre de Documentation Universitaire, 1954 (фр. — «Марксистская концепция классов в наши дни»).
26. Determinismes sociaux et liberté humaine. Paris: Presses Universitaires de France, 1955 (фр. — «Социальные закономерности и человеческая свобода»).
27. La vocation actuelle de la sociologie. Paris: Presses Universitaires de France, 1957, 1963 (фр. — «Современное призвание социологии»).
28. Pour le centenaire d'Auguste Comte, Paris: Centre de Documentation Universitaire, 1957, 1961 (фр. — «По поводу столетия со дня рождения Огюста Конта»).
29. Les fondateurs français de la sociologie contemporaine; Saint-Simon et P.-J. Proudhon. Paris: Centre de Documentation Universitaire, 1957 (фр. — «Французские основатели современной социологии; Сен-Симон и П. Прудон»).

30. Dialectique et sociologie. Paris: Flammarion, 1962 (*фр.* — «Диалектика и социология»).

31. Pour le centenaire de la mort de Pierre-Joseph Proudhon — Proudhon et Marx: Une confrontation. Paris: Centre de Documentation Universitaire, 1964 (*фр.* — «По поводу столетия со дня смерти Пьера Жозефа Прудона — Прудон и Маркс»).

32. The Spectrum of Social Time. Dordrecht, Holland: D. Keidel and Sons, 1964 (*англ.* — «Спектр социального времени»).

33. C.-H. de Saint-Simon. La physiologie sociale. Paris: Presses Universitaires de France, 1965 (*фр.* — «К. Сен-Симон. Социальная физиология»).

34. Proudhon. Sa vie, son oeuvre. Paris: Presses Universitaires de France, 1965 (*фр.* — «Прудон. Его жизнь и творчество»).

35. Les cadres sociaux de la connaissance. Paris: Presses Universitaires de France, 1966 (*фр.* — «Социальные рамки познания»).

36. Mon itineraire intellectuelle. 1958 // Duvignaud J., Georges Gurvitch. Symbolique social et Sociologie dynamique. Paris: Edition Segher, 1969 (*фр.* — «Мой интеллектуальный дневник»).

37. The Social Frameworks of Knowledge. Oxford: Blackwell, 1971 (*англ.* — «Социальные рамки знания»).

**Под редакцией Гурвича  
выпущены**

1. Twentieth Century Sociology. New York: Philosophical Library, 1946 (*англ.* — «Социология двадцатого века»).

2. Industrialisation et technocratie. Paris: Armand Colin, 1949 (*фр.* — «Индустриализация и технократия»).

3. Traité de sociologie. Paris: Presses Universitaires de France, 1957, 1960. (*фр.* — «Социологический трактат»).

4. Der Lehre von der Gesellschaft. Neuvied, 1959 (*нем.* — «Учение об обществе»).

**Научные статьи**

1. Kant and Fichte als Rousseau-Interpreten // Kantstudien. XXVII. 1922. P. 138–164 (*фр.* — «Кант и Фихте как толкователи Руссо»).

2. La philosophie russe du premier quart du XX siecle // Monde Slave. August, 1926 (*фр.* — «Русская философия первой четверти двадцатого века»).

3. La philosophie du droit de H. Grotius et la théorie moderne du droit international // Revue de Métaphysique et la Morale. 1927. P. 365 et suiv. (*фр.* — «Философия права Г. Гроция и современная теория международного права»).

4. Le principe democratique et la democratie future // Revue de Métaphysique et de Morale. 1929. P. 403–431 (*фр.* — «Демократический принцип и будущая демократия»).

5. L. le Fur: Le Saint-Siege et le Droit de gens // Archives de Philosophie du Droit. Cahier XII. 1931. P. 256–259 (*фр.* — «Папский престол и право народов»).

6. J. Delos: La société internationale et les principes du droit public // Archives de Philosophie du Droit. Cahier I–II. 1931. P. 264–266 (*фр.* — «Международное сообщество и принципы публичного права»).

7. Les idées maitresses de Maurice Hau-riou // Archives de Philosophie du Droit. Cahier III–IV. 1931. P. 155–194 (*фр.* — «Основные идеи Мориса Ориу»).

8. Une philosophie institutionniste de droit // Archives de Philosophie du Droit. Cahier III–IV. 1931. P. 403–420 (*фр.* — «Институциональная философия права»).

9. Une philosophie antinomique du droit: Gystav Radbruch // Archives de Philosophie du Droit. Cahier III–IV. 1932. P. 530–563 (*фр.* — «Антиномичная философия права»).

10. Les fondements et l'évolution du droit d'après Emmanuel Levy // Revue Philosophique de la France et de l'Etranger. № 117 (1934). P. 104–138 (*фр.* — «Основания и эволюция права по Эммануэлю Леви»).

11. Théorie pluraliste des sources du droit positif // Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. I (1934). P. 114–130 (*фр.* — «Плюралистическая теория источников позитивного права»).

12. Remarques sur la classification des formes de la sociabilité // Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. № 3–4 (1935). P. 43–91 (*фр.* — «Замечания по поводу классификации форм социальности»).

13. La science des faits moraux et la morale théorique chez E. Durkheim // Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. № 7 (1937). P. 18–44 (*фр.* — «Учение о моральных фактах и теоретическая мораль у Э. Дюркгейма»).

14. La théorie des valeurs de Heinrich Richert // Revue Philosophique (September

December. 1937). P. 80–88 (фр. — «Теория ценностей у Генриха Риккетра»).

15. Les variations de l'expérience morale immediate // Congrès Descartes. XI (1937). P. 39–44 (фр. — «Варьирование непосредственного морального опыта»).

16. Le problème de la conscience collective dans la sociologie de Emile Durkheim // Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie. № 8 (1938). P. 119–173 (фр. — «Проблема коллективного сознания в социологии Эмиля Дюркгейма»).

17. La sociologie juridique de Montesquieu // Revue de Métaphysique et de Morale, № 46 (1939). P. 611–626 (фр. — «Юридическая социология Монтескье»).

18. The Sociological Legacy of Lucien Levy-Bruhl // Journal of Social Philosophy. V. № 1 (1939). (англ. — «Социологическое наследие Люсьена Леви-Брюля»).

19. Sociologie de la connaissance et psychologie collective // Année Sociologique (1940–1948). P. 463–468 (фр. — «Социология знания и коллективная психология»).

20. Major Problems of the Sociology of Law // Journal of Social Philosophy. VI (April, 1941). P. 197–215 (англ. — «Основные проблемы социологии права»).

21. Mass, Community, and Communion // Journal of Philosophy, XXX–VIII. № 18 (August 28, 1941). P. 485–496 (англ. — «Масса, общность и всеединство»).

22. The Problem of Social Law // International Journal of Ethics. LII (October, 1941). P. 17–40 (англ. — «Проблема социального права»).

23. Democracy is a Sociological Problem // Journal of Legal and Political Sociology. I (1942). P. 46–71 (англ. — «Демократия — это социологическая проблема»).

24. Magic and Law // Social Research. IX (1942). P. 104–122 (англ. — «Магия и право»).

25. Is Moral Philosophy a Normative Philosophy // Journal of Philosophy. XL (March 18, 1943). P. 141–148 (англ. — «Является ли моральная философия философией нормативной?»).

26. Is the Antithesis of «Moral Man» and «Immoral Society», True // Philosophical Review. III (November, 1943). P. 533–552 (англ. — «Истинна ли антитеза: нравственный человек и безнравственное общество?»).

27. La philosophie sociale de Bergson // Renaissance. I (1943). P. 81–94 (фр. — «Социальная философия Бергсона»).

28. Compte-rendu de Maclver — Social Causation et Sorokin — Socio-Cultural Causality, Space, Time // Cahiers Internationaux de Sociologie. II (1947). P. 172–182 (фр. — «Рецензия на книги МакИвера «Social Causation» и Сорокина «Socio-Cultural Causality, Space, Time»).

29. La sociologie du jeune Marx // Cahiers Internationaux de Sociologie. IV (1948). P. 3–47 (фр. — «Социология молодого Маркса»).

30. Psychologie collective et psychologie de la connaissance // Année Sociologique (1948–1949). P. 171–175 (фр. — «Коллективная психология и психология знания»).

31. Groupement social et classe sociale // Cahiers Internationaux de Sociologie. VII (1949). P. 2–42 (фр. — «Социальная группа и социальный класс»).

32. Microsociology and Sociometry // Sociometry. XII. Nos. 1–3 1949. P. 1–31 (англ. — «Микросоциология и социометрия»).

33. Les degrés de la liberté humaine // Cahiers Internationaux de Sociologie. XI (1951). P. 3–20 (фр. — «Степени человеческой свободы»).

34. Reponse à une critique. Lettre ouverte à M. L. Von Wiese // Cahiers Internationaux de Sociologie. XIII (1952). P. 94–104 (фр. — «Ответ на критику. Открытое письмо Л. фон Визе»).

35. Hyper-empirisme dialectique // Cahiers Internationaux de Sociologie. XV (фр. — «Диалектический гиперэмпиризм»).

36. Le concept de structure sociale // Cahiers Internationaux de Sociologie. XIX (1955). P. 3–44 (фр. — «Концепция социальной структуры»).

37. La crise de l'explication en sociologie // Cahiers Internationaux de Sociologie. XXI (1956). P. 3–18 (фр. — «Кризис объяснения в социологии»).

38. On Some Deviations in the Interpretation of the Concept of Social Structure // Moreno J. Sociometry and the Science of Man. New York: Beacon House, 1956. P. 245–262 (англ. — «По поводу некоторых отклонений при трактовке концепции социальной структуры»).

39. «Pour le centenaire de la naissance de Durkheim // Cahiers Internationaux de Sociologie. XXVII (1959). P. 3–10 (фр. — «По поводу столетия со дня рождения Дюркгейма»).

40. Continuité et discontinuité en histoire et sociologie // Annales. № 1 (1957). P. 73–84

(фр. — «Континуальность и дисконтинуальность в истории и социологии»).

41. Philosophie et sociologie // Encyclopedie Francaise. XIX (1957). P. 15–28.4 (фр. — «Философия и социология»).

42. Le problème de la sociologie de la connaissance // Revue Philosophique. Part I (October-December, 1957). P. 494–502; Part II (October-December, 1958). P. 438–451; Part III (April-June, 1959). P. 145–168 (фр. — «Проблема социологии знания»).

43. Dialectique et sociologie selon Jean-Paul Sartre // Cahiers Internationaux de Sociologie. XXXI (1961). P. 113–128 (фр. — «Диалектика и социология по Жан-Полю Сартру»).

44. L'effondrement d'un mythe politique: Joseph Stalin // Cahiers Internationaux de Sociologie. XXXIII (1962). P. 5–18 (фр. — «Разоблачение политического мифа: Иосиф Сталин»).

45. Les variations des perceptions collectives des etendues // Cahiers Internationaux de Sociologie. XXXVII (1964). P. 79–107 (фр. — «Вариации в коллективных восприятиях пространства»).

46. Avant-propos: les classes sociales dans le monde d'aujourd'hui // Cahiers Internationaux de Sociologie. XXXVIII (1965). P. 3–11 (фр. — «Предисловие: социальные классы в современном мире»).

**Гурвичем основаны следующие журналы**

1. Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique. Paris: Sirey, 1931–1940 (фр. — «Архивы философии и социологии права»).

2. Annuaire de l'Institut international de sociologie juridique. Paris: Sirey, 1934–1938 (фр. — «Ежегодник Международного института юридической социологии»).

3. Journal of Legal and Political Sociology. New York: International University Press, 1942–1947 (англ. — «Журнал юридической и политической социологии»).

4. Cahiers internationaux de sociologie. Paris: Press universitaire française. C 1946 г. (фр. — «Международные социологические тетради»).

## Именной указатель

- Адам Л. 536  
Августин Блаженный Аврелий 191, 286, 301  
Айс Ж. 322–323  
Алси (Шартъс Э.) 408  
Алкидам 299  
Алльс Р. 473, 477  
Альберих 527  
Альмпс Г. 287, 301  
Альтузиус И. 623  
Арсис Г. 49, 179, 439, 578  
Аристотель 127, 191, 284–285, 287, 291, 296,  
299, 300, 380, 399, 614–620, 622–624, 626,  
679, 768  
Арнольд Т. 575, 595, 611, 684–685, 687, 692, 694–  
695  
Барнаб Ж. 118  
Бедан Ш. 48  
Безелер К. Г. 306, 628, 630  
Бейн Р. 580  
Беллок К. Ю. 451  
Бептам И. 569  
Бергсон А. 215, 218, 224–225, 228–231, 233–  
234, 243, 245, 250, 253, 257, 259, 339, 370,  
473, 478, 491–494, 501–502, 596, 601, 663,  
778  
Берк Э. 305  
Бернштейн Э. 434, 444  
Бест Э. 533  
Биль Г. 287  
Биндер И. 156  
Бираи Г. дс (Мэн дс Бираи) 228, 633–635, 719,  
766  
Блан Л. 47  
Блок М. 522  
Блэкстон У. 570  
Боас Ф. 554, 636, 701, 749  
Болдуин Дж. М. 578  
Бонпар Р. 112  
Бонказ Ж. 48, 54  
Бонфалт П. 547  
Борель Г. 122  
Браун А. 95, 534  
Бринц Ф. фон 438  
Бруншвиц Л. 45, 51, 126  
Брусс П. 444, 446  
Буглс С. 151, 152, 156  
Бужи Ф. 568, 648, 749  
Бухарин Н. И. 699  
Бьсл Г. 301–302  
Бэр О. 628  
Вайтц Г. 124  
Ваккаро Э. 578, 613  
Валь Ж. 227  
Вандервельд Э. 434, 444  
Васкес Г. 287, 301, 302  
Вебб Б. 444  
Вебб С. 444  
Вебер М. 153–154, 380, 587, 591–595, 600, 612,  
668, 679, 688–699, 746, 766–767  
Веккио Дж. делль 335  
Вестермарк Е. 504, 582  
Вигмор Дж. Г. 702  
Визс Л. фон 151, 178, 579  
Вильда Э. 628  
Виндльбауд В. 397  
Виноградов П. Г. 188, 633  
Вишс Ш. 367  
Вишр Ф. де 547  
Вольф Х. 49, 65, 182, 288, 290, 296, 297, 305,  
625  
Вундт В. 485, 487, 495  
Гарофало Р. 637  
Гартман Н. 249  
Гегель Г. Ф. 47, 127, 128, 413, 421, 628, 630  
Гедсман В. 80  
Гераклит 681  
Гербер Г. 48  
Гете И. В. 388  
Гиддингс Ф. Х. 582  
Гиллес У. Б. 528  
Гинзберг Л. 772  
Гиппий 299  
Гиркс О. фон 49–50, 65, 70, 98, 101–102, 107,  
121, 150, 175, 179, 186, 377, 399, 405, 430,  
439, 440, 622, 631, 632, 633, 666, 698  
Гоббс Т. 189, 288–289, 296, 299, 302, 411, 614,  
618–619, 622, 624  
Гобсон Дж. А. 452  
Гольденвейзер А. 636, 637, 701  
Грбнер Ф. 745  
Грин Л. 684  
Гроций Г. 49, 65, 89, 182, 189, 287–290, 297–  
298, 301–302, 305, 399, 617, 622–623  
Гумплович Л. 555, 578, 699  
Гуссерль Г. 225, 244, 245, 246, 249, 250, 252, 267,  
270, 339, 596, 601, 778  
Глоц Г. 633  
Дави Ж. 151, 156, 536, 546, 555, 637, 648, 649,  
702, 749, 750, 767  
Дарест Ф. 634–635  
Дарьс Л. 625  
Декарт Р. 188  
Делос Ж. 88  
Детре Э. 444  
Джэймс У. 226, 249, 601, 674  
Джордан Е. 595  
Дикинсон Дж. 684  
Дильтей В. 151, 594  
Дунс Скотт И. 301  
Дьюн Дж. 595, 778  
Дюги Л. 48, 65, 69, 83, 90, 110, 148–149, 161,  
175, 180, 186, 329, 350, 365, 375, 438, 611,  
613, 651–659, 665, 668–669, 677, 682  
Дюпон де Немур П. С. 626  
Дюркгейм Э. 150–152, 166, 177, 355–356, 473,  
476, 485, 488–491, 493–494, 506, 523, 525,  
530, 549, 587–591, 594, 611, 637, 640–652,  
656, 659, 662, 679, 696, 702, 717, 746, 766,  
767, 770  
Еллинек Г. 107, 120, 122, 143, 148, 380, 385  
Жени Ф. 46, 149, 160, 181, 221, 252–255, 306,  
329, 341, 350, 354, 388, 404, 568  
Жорес Ж. 186, 291, 434, 444–447, 453  
Жюно А. А. 549  
Знапски Ф. 580  
Зейдль Р. 122

- Зиммель Г. 150, 579  
 Зицшаймер Г. 91, 329, 367, 611, 635, 698–699  
 Истринг Р. фон 613, 634–635, 676, 716  
 Икштатт В. 625  
 Интем Г. И. 684  
 Исидор Св. 301  
 Итта В. 86  
 Йслк Г. 555  
 Калликл 299  
 Калхун Д. 122  
 Кальвин Ж. 94  
 Капф И. 70, 144, 190–191, 219, 224, 238–239, 255, 288, 289, 296, 303–304, 315, 316, 396–397, 421, 503  
 Капторович А. 306, 611  
 Кардозо Б. 568, 571–572, 574, 602, 611, 674, 680, 681, 682, 684  
 Карниги 656  
 Каскель В. 180, 181  
 Кассирер Э. 595  
 Катрейн В. 306  
 Келлер А. Г. 581, 583, 611  
 Кельзен Г. 48, 86, 147, 148, 156, 175, 252, 326, 365, 380, 386, 391, 411, 571  
 Келз Ф. 626  
 Кинг И. 504  
 Кнстяковский Б. А. 48  
 Кларк Ч. 684  
 Клейст Ф. 388  
 Клисфел 758  
 Ковалевский М. М. 634–635  
 Кодрингтон Р. Г. 473, 482, 484–485, 487, 496, 748  
 Коль Дж. Д. 49, 66, 452–457  
 Комботскра 122  
 Коммонс Дж. Р. 611, 698  
 Кондильяк Э. Б. де 223  
 Кондорсе М. Ж. 107, 430, 620  
 Копп О. 47, 290, 484, 576–577, 588, 620  
 Коркунов Н. М. 613  
 Корнфельд В. 613  
 Костерс В. 86  
 Краббе Г. 86, 116, 607, 682  
 Краузе Х. 49, 65, 69, 179, 290, 439, 578, 626, 627, 630, 633  
 Кропоткин П. А. 238  
 Круи Ж. 696  
 Кук У. В. 570, 684  
 Куланж Ф. де 525, 634  
 Кули К. Х. 586, 647, 688, 769  
 Кунов Г. 772  
 Купер У. 745  
 Кьсергерс С. 477  
 Лабаид П. 48, 107, 122  
 Ламбер Э. 149, 163, 306, 329, 702  
 Лапрадель 86  
 Лариод К. 149  
 Лассаль Ф. 443  
 Лсббок Дж. 635  
 Лсбон Г. 639  
 Лсви-Брюль А. 529  
 Лсви-Брюль Л. 152, 218–219, 236, 311, 354–355, 371, 374, 473, 477, 481–482, 497, 499, 543, 595, 637, 659–662, 748–749, 769  
 Лсви Э. 183, 222, 252, 253–255, 329, 353–360, 363, 364–367, 369–378, 651  
 Лсйбинц Г. В. 49, 65, 179, 182, 189, 288–290, 296, 305, 357, 399, 416, 617, 622–626  
 Лейст Б. В. 635  
 Лсман И. 485–487, 495–498  
 Лсруа М. 49, 306, 329, 408, 430, 611, 696  
 Лсросс Г. Ф. 626  
 Лсгурно Ш. 635  
 Лсфюр Л. 86, 88, 306, 122, 309–310, 312, 316  
 Ликофрон 299  
 Лильберн Дж. 302  
 Литт Т. 153  
 Ллсслин К. Н. 611–613, 684–690, 692  
 Ллойд Дж. 291  
 Локк Дж. 189, 223, 224, 288, 296, 303, 305, 411  
 Ломброзо Ч. 637  
 Лоуи Р. Л. 549, 636, 701  
 Луази А. 473  
 Лундберг Дж. 580  
 Лютер М. 94  
 Лягардель Ю. 447  
 Мабли 118  
 Майер О. 107  
 Майер Э. 504  
 Майерсон А. 224  
 МакИасер Р. М. 595  
 Малиновский Б. 473, 486, 495, 497, 502, 570, 572, 549, 636–637, 701, 748  
 Мальбранш Н. 626  
 Мангсйм К. 595, 699, 775  
 Марийер Л. 503, 504  
 Маркс К. 47, 49, 290, 363, 384, 413, 439, 443, 772  
 Марло К. 439  
 Маурер 628  
 Мерсье де ля Ривьер П. 626  
 Мсстр А. 257  
 Мсстр Ж. де 413  
 Мид Г. Х. 595  
 Милль Дж. С. 291  
 Моль Р. фон 49, 107, 630  
 Монтегсье Ш. 436, 614, 618, 619, 620, 621, 622, 623  
 Морган Л. Г. 549, 635  
 Морен Г. 306, 329, 611, 696  
 Морис Ж. 649  
 Мосс М. 151, 473–474, 481–483, 485–486, 488, 492–493, 495, 502–503, 506, 508–509, 524, 532–536, 538–542, 544, 546, 589, 637, 644, 647–648, 702, 745, 748–750, 769, 770  
 Мушь Р. 702, 727  
 Мур А. 684  
 Муромсн С. А. 613  
 Мэи Г. 503, 611  
 Наполсон I Бонапарт 43, 761  
 Нельсон 48  
 Неттсльбладт 182, 288, 297, 305, 625  
 Николай Кузанский 95  
 Новгородцев П. И. 48, 341  
 Ньютон И. 188  
 Оккам У. 301  
 Олифант Г. 684  
 Олпорт Ф. 580  
 Оппсигсймер Ф. 699  
 Орсейдж А. Р. 452  
 Ориу М. 49, 65–66, 69, 107, 111–112, 118, 121, 147, 149, 150, 161, 170, 179, 186, 222, 252–261, 269, 328, 350, 354, 374, 375, 395, 401–402, 404, 405, 429–430, 568, 574, 602, 611–612, 635, 651, 662, 663–669, 678  
 Остин Дж. 569, 681

- Павлов И. П. 579  
 Падуапский Марсиль 95, 302, 411  
 Паскаль Б. 240, 340  
 Парето В. 595  
 Паунд Р. 306, 568–571, 573–574, 578, 584, 602, 611–612, 674–676, 678, 679, 680, 684, 686  
 Пашуканис Е. Б. 699  
 Пеллутье Ф. 447–449  
 Пепти А. 451  
 Пепе Ч. де 444  
 Перикл 758  
 Петражицкий Л. И. 134, 138, 163, 222, 252, 255–256, 264, 331, 339–345, 347–353, 404, 606–607  
 Пешель О. 549  
 Платон 127, 128, 284–285, 296, 299–300, 421, 768  
 Плотин 232  
 Политис Н. С. 86  
 Пост А. Г. 613, 635–636  
 Протагор 299  
 Прудон П. Ж. 49, 69, 179, 290, 395, 399, 402, 439, 602, 622, 626, 628–630, 633, 659, 663, 736  
 Пуанкаре А. Ж. 224  
 Пуужэ Э. 449  
 Пүфсидорф С. 189, 288, 289, 302, 288, 289, 302, 624  
 Пухта Г. Ф. 305–306  
 Радбрух Г. 379, 380–385, 387, 391, 392, 394, 396, 398, 399, 401, 404, 405, 406, 574, 390, 393, 394, 395, 397, 400, 402, 403, 602  
 Радин М. 573, 684–686  
 Радклифф-Браун А. 637  
 Рамуидесеп К. 477  
 Рау Ф. 155, 215, 218–219, 225, 235, 237–244, 248–250, 254–255, 257, 259, 310, 339, 353, 356, 370, 354, 396, 595, 601, 778  
 Ресар Ж. 306, 374, 444  
 Реснер К. 182, 699  
 Риккерт Г. 153, 397, 633  
 Ришар Ж. 355  
 Ришар Г. 395  
 Робинсон И. В. 684, 687  
 Рокфеллер 656  
 Росс Э. А. 583–688, 594  
 Рошдаль 99, 441  
 Рузвельт Т. 409  
 Руссо Ж.-Ж. 68, 77, 118, 189, 240, 288, 296, 303–304, 387, 412–413, 419, 422, 430  
 Савишки Ф. К. 305, 306, 627  
 Салсиль Р. 49, 69, 149, 186, 367, 375, 405, 430  
 Самнер Г. 582, 583, 587, 611, 633, 688  
 Самуэль Г. 291  
 Саптаяна Дж. 597  
 Сен-Симон К. А. 47, 413, 626, 628–629, 643, 662  
 Сергеевич В. И. 613  
 Сигелс Ш. 639  
 Сийсе Э. Ж. 118  
 Солоп 758  
 Сорель Ж. 451, 595  
 Спенсер Г. 291, 528, 578, 611, 633, 766  
 Спиноза Б. 188–189, 296, 302–303, 614, 618–619, 622  
 Сцелль Ж. 86, 88  
 Тард Г. 578, 637–639, 719, 766  
 Тэйлор 451, 484  
 Теннис Ф. 151, 166, 177, 717  
 Тернер В. 533  
 Тимашев Н. С. 613, 698  
 Токвилль А. де 124, 428  
 Трельч Э. 153  
 Туллий Сервий 758  
 Туре Ж. Г. 430  
 Туривальд Р. 636, 702  
 Тэйлор Э. Б. 549, 635  
 Уилер 772  
 Уильямс Р. 95, 302  
 Ульшипан 300  
 Уорд Л. 578  
 Фердросс А. 86, 88, 394  
 Ферри Э. 613, 637–638  
 Фиркандт А. 151  
 Фихте И. Г. 49, 129, 179, 290, 296, 304, 396, 402, 416, 626, 627, 628, 630  
 Фокошис П. 156, 518, 636, 637, 648, 702, 749  
 Фома Аквиинский (Аквинат) 286, 287, 301, 663, 667  
 Франкфуртер Ф. 684  
 Фрасинах 299  
 Фробениус Л. 549, 553, 745  
 Фрээр Дж. 215, 225–230, 235, 239, 245, 250, 311, 473, 474, 476, 478–479, 481–485, 489, 492, 495, 504, 506–507, 509–512, 514–522, 524–527, 531, 542, 548, 555, 595, 636, 748, 778  
 Фрэнк Дж. 684–685, 687  
 Фурье Ф. М. 47, 439  
 Фюстель де Куланж Н. Д. 505, 506, 518, 525–526, 555, 633, 759  
 Хайдеггер М. 477  
 Хальбвакс М. 770, 771  
 Хесбель Э. А. 689  
 Хобхауз Л. Т. 585, 772  
 Холмс О. В. 568, 570, 573, 674, 675, 680, 682, 685  
 Хорват Б. 701  
 Хофстра 549  
 Хюбер Е. 329  
 Честертон Г. К. 451  
 Шармон Ж. 48  
 Шелер М. 153, 155, 178, 219, 225, 240, 244–245, 248–250, 268, 310, 315, 339, 345, 388, 396, 595, 601, 778  
 Шеллинг В. Ф. 47  
 Шесффле А. Э. 578  
 Шлесер А. Л. 305  
 Шмидт В. 485, 490, 745  
 Шпанн О. 153, 416  
 Шпенглер О. 745  
 Шпранглер Е. 153  
 Шталь Ф. Ю. 413  
 Штаммлер Р. 48, 145, 306, 341, 380, 609, 772, 773  
 Штейн Л. фон 49, 107, 630–631  
 Штейнмец С. Р. 549, 635–636, 745  
 Шуцер А. Л. 625  
 Шюрк Г. 549–550  
 Элвуд Ч. А. 585, 586  
 Энгельс Ф. 555  
 Эрлик Е. 45, 163, 269, 306, 329, 404, 611–613, 668–669, 671, 672, 673, 678, 682, 698  
 Юбер А. 473, 481–483, 485–486, 488, 491–493, 495, 502  
 Ювелеп П. 473, 474, 476, 488, 506, 507, 525, 527, 529–530, 549, 647, 507, 509, 526, 530, 531, 538, 541–542, 748  
 Юм Д. 224  
 Юнг 163, 329  
 Юстиниан 45, 371, 373, 669, 760  
 Якоби Ф. Г. 240