

Макс Вебер



ХОЗЯЙСТВО И ОБЩЕСТВО

ПРАВО



ИЗДАТЕЛЬСКИЙ ДОМ
ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

Max Weber

WIRTSCHAFT UND GESELLSCHAFT

Grundriss der verstehenden Soziologie

5. revidierte Auflage

Besorgt von Johannes Winckelmann

Макс Вебер

ХОЗЯЙСТВО И ОБЩЕСТВО

Очерки понимающей социологии

ПРАВО

Перевод с немецкого
под общей редакцией
доктора философских наук,
профессора Л.Г. Ионина



Издательский дом
Высшей школы экономики
МОСКВА, 2018

УДК 316.33
ББК 60.5
В26



GOETHE
INSTITUT

Перевод выполнен при финансовой поддержке
Гёте-Института

Переводчики:

Е.Н. Корепанов («Хозяйство и порядки»), *А.Э. Жалинский, А.Л. Иванова,*
Л.Г. Ионин, А.А. Рерихт («Условия развития права»)

Вебер, Макс

В26

Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии [Текст] : в 4 т. / Макс Вебер ; [пер. с нем.] ; сост., общ. ред. и предисл. Л. Г. Ионина ; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». — М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2018. — Перевод изд.: Weber Max. Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie. 5. revidierte Aufl. Besorgt von Johannes Winkelmann. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1972. — 1000 экз. — ISBN 978-5-7598-0333-1 (в пер.).

Т. III. Право. — 331, [5] с. — ISBN 978-5-7598-1515-0 (т. III).

Книга представляет собой третий том четырехтомного издания труда Макса Вебера «Хозяйство и общество». Это первый полный перевод знаменитого сочинения на русский язык. В настоящий том включены две работы, посвященные социологии права. В первой из них, статье «Хозяйство и порядки», автор характеризует различия социологического и юридического подходов к изучению социальных процессов, описывает специфику нормативных систем (порядков) разного уровня и показывает особенности их воздействия на экономику. Во второй работе, «Условия развития права», становление и развитие правовых систем (в первую очередь трех «великих систем права»: римского, английского и европейского континентального) рассматривается в контексте изменений в организации экономики и структур господства. Право выступает здесь как мощный фактор рационализации социальной жизни, в свою очередь, подвергающийся рационализирующему воздействию хозяйства и социального управления.

Издание предназначено для социологов, юристов, политологов, историков, вообще для специалистов широкого спектра социальных и гуманитарных наук, а также для круга читателей, интересующихся проблемами социального и культурного развития современности.

УДК 316.33

ББК 60.5

doi:10.17323/978-5-7598-1515-0

ISBN 10: 3165385211 (нем.)

ISBN 13: 9783165385212 (нем.)

ISBN 978-5-7598-1515-0 (т. III)

ISBN 978-5-7598-0333-1

© J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)
Tübingen 1921/1972

© Составление. Ионин Л.Г., 2018

© Перевод на русский язык,
оформление. Издательский дом
Высшей школы экономики, 2018

Оглавление

Предисловие научного редактора русского издания к тому III..... 6

Том III ПРАВО

Хозяйство и порядки..... 19

§ 1. Правовой порядок и хозяйственный порядок 19

§ 2. Правовой порядок, конвенция и обычай 27

§ 3. Значение и границы правового принуждения в экономике..... 38

Условия развития права (социология права)..... 44

§ 1. Дифференциация предметных областей права..... 44

§ 2. Формы обоснования субъективного права 58

§ 3. Характер форм объективного права 121

§ 4. Типы правового мышления и правовая элита 142

§ 5. Формальная и материальная рационализация права.
Теократическое и профанное право..... 158

§ 6. Административное право и патримониально-княжеские
установления. Кодификации 178

§ 7. Формальные качества революционно созданного права.
Естественное право и его типы..... 197

§ 8. Формальные качества современного права..... 207

Приложения

Глоссарий 223

Словарь иноязычных слов и выражений 245

Словарь понятий Макса Вебера..... 262

Библиографический указатель..... 293

Список сокращений 307

Именной указатель 308

Предметный указатель..... 310

Оглавление томов I–IV..... 325

Предисловие научного редактора русского издания к тому III

Две важные работы Макса Вебера, вошедшие в настоящий том: «Хозяйство и порядки» («Die Wirtschaft und die Ordnungen») и «Условия развития права» («Die Entwicklungsbedingungen des Rechts»), — в ранних изданиях «Хозяйства и общества» имели другие названия. Первая называлась «Хозяйство и общественные порядки», вторая — кратко и многообещающе — «Социология права». Эти прежние названия обоим очеркам были даны вдовой Макса Вебера Марианной Вебер, готовившей в 1920 г. первое после смерти автора издание «Хозяйства и общества». «Новые» же названия, т.е. те, под которыми выступают эти работы в настоящем русском издании, более точно отвечали бы плану самого автора, как было определено редакторами полного собрания сочинений Макса Вебера¹.

Оба труда относятся к первому периоду написания материалов, составивших впоследствии «Хозяйство и общества», т.е. к периоду, предшествовавшему Первой мировой войне². В своей послевоенной корреспонденции Вебер неоднократно говорил о необходимости коренной переработки этих материалов, но времени ему судьбой было отпущено немного. Из всего гигантского массива рукописей он успел собственноручно довести до стадии корректуры только работу «Основные понятия социологии», составившую первый том настоящего издания. Все остальные разделы и главы после смерти автора пребывали в разной степени готовности. Многие из них вообще оставались незавершенными, как, например, обширный текст по социологии религии, обрывающийся чуть ли не на полуслове³. Что касается материалов, представленных в этом томе, то оба они являются собой завершенные (в композиционном смысле) работы, восходящие к 1913–1914 гг. Вторая из них («Условия развития права») даже носит на себе следы собственноручных авторских исправлений и дополнений: измененные названия параграфов, краткое изложение их содержания, — что может свидетельствовать о том, что автор готовил рукопись к печати.

¹ См. MWG. 1/22-3. С. 177–178, 250. Что касается второй работы («Условия развития права»), редакторы ссылаются на собственноручно составленный Вебером план труда, из которого выросло «Хозяйство и общество», в частности, на пункт VII этого плана. См. том I настоящего издания, с. 40.

² Подробнее о работе Вебера в этот период см. в предисловии научного редактора к тому II настоящего издания.

³ См. т. II, гл. 4 настоящего издания.

Оба этих материала неоднократно издавались отдельной книгой под названием «Макс Вебер. Социология права»⁴. В издании «Хозяйства и общества» под редакцией Винкельмана, на котором в основном базируется настоящее русское издание, эти две работы фигурируют как первая и седьмая главы второй части. Объединяя их в отдельный тематический том, мы следуем редакторам академического полного собрания Вебера.

Проблематика права исследовалась Вебером на протяжении всей его творческой жизни. В любом из его анализов, начиная с самых первых работ, право присутствует в качестве одной из тем, либо, как правило, в качестве одной из главных составляющих любого наблюдаемого социального явления. Собственно, Макс Вебер, известный миру преимущественно как социолог, был юристом по образованию. Его *alma mater* — факультет права университета в Гейдельберге, затем в Берлине. Первые его профессиональные занятия и обе диссертации связаны с правовой (адвокатской) работой и с наукой о праве. Другое дело, что впоследствии социально-политические и социологические интересы оказались сильнее, вплоть до того, что под конец жизни он отказался от должности ординарного профессора права в Боннском университете, сочтя, что неизбежная при этом правовая переориентация исследовательских занятий не отвечает его планам.

С определенной оговоркой можно сказать, что создание социологии права было одной из целей научной деятельности Вебера. Оговорка заключается в том, что сам Вебер применял этот термин («социология права») не очень охотно, поскольку существовали «социологи права» (Эрлих, Юнг⁵) и даже целая школа, использующая это обозначение для описания собственной работы. Вебер подвергал их достаточно жесткой критике, в частности, за смешение юридического и социологического подходов (см. с. 121 настоящего тома).

Именно этой теме — разделению и определению специфики юридического и социологического подходов — и посвящена в значительной степени первая из представленных в данном томе работ («Хозяйство и порядки»). Напомню, что социология для Вебера — эмпирическая наука, тогда как право — абстрактная умозрительная («догматическая») дисциплина, имеющая весьма не прямые связи с социальной реальностью. Поэтому для создания систематической социологии права необходимо прежде всего придать понятию права социологический смысл и отделить, так сказать, право «для социологов» от права, каким его воспринимают и практикуют юристы.

⁴ *Weber Max. Rechtssoziologie / Hrsg. von Johannes Winckelmann. Darmstadt; Neuwied: Luchterhand, 1967.*

⁵ См. библиографический указатель.

Для правовой науки, пишет Вебер, главное открыть, «что “значит” правовая норма, или, если поставить вопрос иначе, какой *нормативный смысл* должен быть *логически правильно* выведен из языковой структуры, выступающей как правовая норма» (с. 19 настоящего тома). Для социолога же главный вопрос состоит в том, «что *фактически происходит в общности*, где существует вероятность, что участвующие в общностном действии индивиды, особенно те из них, кто может эффективно влиять на это действие, *субъективно* воспринимают и практически используют некоторые порядки как значимые, т.е. *ориентируют* на них свое поведение» (там же).

Вебер подчеркивает *эмпирическую значимость* (Geltung) этих норм, на чем, как правило, не останавливаются юристы. «Право для нас, — определяет Вебер, — есть порядок с определенными специфическими гарантиями возможности его эмпирической значимости» (с. 20 настоящего тома).

Источником правовой гарантии является «аппарат принуждения». Поэтому *правовым порядком* считается тот порядок, где «имеется вероятность использования физического или психического давления со стороны *аппарата* принуждения, иначе говоря, одного или нескольких лиц, готовых действовать в случае наступления определенных событий, т.е. там, где существует специфическая организация для целей правового принуждения» (с. 25 настоящего тома).

Иначе говоря, по Веберу, право есть «комплекс фактических оснований, определяющих реальное человеческое действие» (с. 20 настоящего тома), который проводится в жизнь благодаря наличию вероятности (возможности) использования аппарата принуждения *и именно в этом смысле обладает «значимостью»*.

В приведенных выше цитатах важны термины «вероятность» и «возможность» или, по собственной терминологии Вебера, «шанс» («Chance»). Этим подчеркивается вероятность следования норме как основание эмпирической значимости данной нормы, причем совершенно независимо от того, каков мотив этого следования. Социологическая значимость, которая может быть дана, по образному выражению Д. Кеслера, «лишь в процентах»⁶, рассчитывает на *вероятность* ориентирования на норму и, по Веберу, также обеспечена, в сущности, *вероятностью* применения физического или психического давления со стороны специально для этого предназначенного аппарата принуждения.

Надо заметить в скобках, что вероятностный подход вообще характерен для социологии Вебера. В терминах вероятности определяются и легитимность, и господство, и другие крайне важные социологические феномены. Это позволяет избежать того, что именуется «реификацией», или «овеществлением», социальных явлений и помогает проложить вер-

⁶ Kaesler D. Max Weber. Eine Einführung in Leben, Werk und Wirkung. Frankfurt; N.Y.: Campus, 1995. S. 187.

ный путь между пониманием социального либо как вещи, либо как процесса.

Далее Вебер показывает, что *правовое принуждение* в ходе исторического развития стало «монополией государства как учреждения», чем подразумевается, что в нормальных ситуациях прямое физическое принуждение осуществляется «политической общностью» (с. 21–22 настоящего тома).

Но это не значит, что реализация права сводится к деятельности аппарата принуждения. Это источник *гарантии* права, но не основа его функционирования. Вебер неоднократно указывает на то, что значимость правового положения или правового порядка существует отнюдь не потому, что имеется аппарат принуждения. В большинстве ситуаций решающую роль играют либо утилитарные, либо этические, либо другие — «конвенциональные» — мотивы. В последнем случае речь идет об одобрении или неодобрении поведения индивида со стороны его социального окружения. Об этом, т.е. о понимании Вебером роли «конвенции», скажем ниже.

Функциональное отношение правового порядка к хозяйственному порядку Вебер проясняет, рассуждая о влиянии действующего (значимого) права на общественные порядки. Одна из главных функций права применительно к субъектам экономической деятельности состоит в том, что оно дает последним «вполне калькулируемую, *поддающуюся расчету вероятность* сохранения прав распоряжения экономическими благами или — при определенных предпосылках — получения таковых в будущем» (с. 22 настоящего тома).

Этот момент предсказуемости и надежности правового порядка, крайне важный для экономики, деятели которой руководствуются не только соображениями сиюминутной выгоды, обеспечивается, как справедливо отмечает Вебер, конечно, не только государственным аппаратом насилия, но и другими институтами — разного рода союзами, церковью и т.п.

Указанные соображения представляют собой содержание первого параграфа очерка, именуемого «Хозяйство и порядки». Второй параграф посвящен взаимоотношениям права с другими нормативными системами, а именно: обычаем и «конвенцией» (моралью). Эту проблематику Вебер детально осветил также в систематической части первого тома «Хозяйства и общества»⁷. Важно подчеркнуть, что, трактуя право как «комплекс фактических оснований, определяющих реальное человеческое действие», Вебер показывает, что правовой порядок «непрерывной последовательностью ступеней» (с. 27 настоящего тома) связан с такими нормативными порядками, как конвенция и обычай, которые, хотя и иным образом, выполняют ту же функцию регулирования поведения.

Завершая работу «Хозяйство и порядки», Вебер выделяет несколько аспектов взаимоотношений права с другими сторонами социальной жиз-

⁷ См. т. I, гл. 1, § 6 настоящего издания.

ни, в первую очередь с экономикой (не забудем, что работа предназначалась для многотомного издания «Основ социальной экономики»!). Отметим кратко некоторые из них.

Первое соображение является на первый взгляд констатацией самоочевидных вещей. «Право (в социологическом смысле) гарантирует, — пишет Вебер, — отнюдь не только экономические, но и другие многообразные интересы: от обычных, элементарнейших, таких, например, как личная безопасность, до связанных с идеальными благами — личной честью или почитанием божественных сил...» (с. 40 настоящего тома). Но эта констатация крайне важна потому, что работа «Условия развития права», к которой мы далее перейдем, как раз представляет собой систематическую разработку именно этого тезиса.

Второе, на наш взгляд, довольно неожиданное соображение заключается в том, что «правовой порядок может при определенных обстоятельствах оставаться неизменным, даже если хозяйственные отношения радикально меняются» (с. 40 настоящего тома). Теоретически — Вебер подчеркивает: теоретически, ибо в теории, как правило, специально берутся экстремальные примеры, — для проведения в жизнь социалистического способа производства «не нужно менять ни единого параграфа наших законов, если, конечно, постепенное овладение средствами производства осуществлять не путем политического насилия, а путем свободных переговоров — проект, разумеется, в высшей степени маловероятный, но (теоретически этого достаточно) ни в коей мере не бессмысленный» (там же).

Еще одно привлекающее внимание соображение состоит в том, что «правовая гарантия во всей ее полноте непосредственно служит экономическим интересам. И хотя в реальности это не столь очевидно, экономические интересы относятся к наиболее мощным факторам, влияющим на формирование права, поскольку любое гарантирующее правовой порядок насилие так или иначе предопределено консенсуальным действием заинтересованных социальных групп, образование которых, в свою очередь, в значительной степени обусловлено констелляцией материальных интересов» (с. 41 настоящего издания).

Еще один интересующий нас пункт из подводящих итог соображений Вебера касается возможностей и границ правового принуждения в экономике. Приведу эту объемистую цитату почти целиком, ибо веберовское описание ситуаций, складывающихся на границе права и экономики, оказывается актуальным и на сегодняшний день.

«...Степень возможности [для права] влиять на хозяйственную деятельность не есть просто функция общего подчинения правовому принуждению. Границы эффективности принуждения определяются прежде всего рамками экономических возможностей хозяйствующих субъектов... Склонность пренебрегать экономическими шансами только ради перспективы хозяйствовать легально, естественно, незначительна там, где конвен-

ция не слишком сурова по отношению к попыткам обойти закон, и это усугубляется, если правовые новшества ущемляют интересы многих хозяйствующих субъектов. Уклонения от закона легко утаить именно в экономике. Но особо трудны для правового регулирования, как показывает опыт, следствия, непосредственно вытекающие из самого источника экономического действия — из экономической оценки стоимости товаров и соответственно ценообразования... Кроме того, естественно, что хозяйствующие субъекты, долгое время участвующие в рыночном обороте и преследующие при этом собственные цели, лучше осведомлены о реальном состоянии рынка и интересах его агентов, чем создатели и исполнители правовых предписаний с их идеальными устремлениями. В хозяйстве, основанном на всеобщей рыночной связи, нежелательные побочные следствия правового предписания едва ли могут быть предугаданы создателями последнего, поскольку наступление этих следствий целиком и полностью зависит от частных заинтересованных лиц. Именно они способны превратить первоначальную цель предписания в полную ее противоположность, как часто бывает на практике» (с. 41—42 настоящего тома).

Можно констатировать, что сугубо абстрактные, на первый взгляд достаточно трудные для восприятия соображения Вебера непосредственно перетекают во вполне практические выводы применительно к правовой и экономической действительности как тогдашних германских правовой и экономической систем, так и наших сегодняшних российских.

Если первая из включенных в настоящий том работ достаточно четко структурирована и ориентирована на ясные теоретические цели: выявление социологического аспекта права и взаимоотношений права и других нормативных порядков (обычай, мораль) с экономикой (отсюда само ее название «Хозяйство и порядки»), и краткое резюмирование ее основных положений не составляет труда, то со второй работой («Условия развития права») дело обстоит несколько иначе.

Во-первых, есть проблемы с ее точным названием. Как сказано выше, в первых изданиях «Хозяйства и общества», а также в отдельном книжном издании эта работа называлась «Социология права». И только в многотомном собрании трудов Вебера она получила именно то название, которое приведено в нашем томе (хотя в целях сохранения связи с предыдущими изданиями и во избежание путаницы мы даем это «старое» название в скобках).

Но это не единственная и отнюдь не главная сложность, связанная с настоящей работой. В предисловии к тому «Право» полного собрания издателя тома В. Гепхарт и З. Хермес говорят о «загадочном» характере издаваемых текстов, имея в виду прежде всего данную работу. Загадка начинается с того, что об этой достаточно объемной и весьма важной работе, относя-

шейся к раннему периоду создания «Хозяйства и общества», практически нет упоминаний в обширной корреспонденции Вебера. Еще важнее то, что многие даже «доброжелательно настроенные» специалисты впадали в растерянность, ибо не могли понять целевую установку автора в этих текстах и «некоторые даже стали сомневаться в Вебере»⁸.

К тому же, пишут далее редакторы, сегодня нет такого ученого, который мог бы индивидуально охватить и осмыслить тот гигантский фактографический материал, который в этой работе привлек и осмыслил Вебер. Так что к вопросу о собственно предмете веберовской социологии права добавляется вопрос о том, как автор сумел (!) «соединить многообразие историй права и трудов по правовой этнологии в грандиозное метаповествование о возникновении западного права в контексте процесса рационализации»⁹.

Чтобы читатель мог более четко представить себе природу вопросов, недоумений и затруднений, возникавших у многих специалистов при знакомстве с этим текстом, приведу процитированное упомянутым В. Гепхартом в обширном теоретическом введении к тому «Право» мнение американского юриста Э. Кронмена об этой работе Вебера.

Кронмен не скупится на резкие суждения. «Хотя здесь имеются, — пишет он, — отдельные пассажи, важность которых очевидна с первого взгляда, в целом возникает впечатление, что перед тобой гигантская куча-мала из идей и наблюдений, которые по степени обобщения варьируют от разборов частных исторических случаев до абстрактных понятийных схем, все это свалено вместе на случайный манер так, что читатель переходит от одной темы к другой, с одного уровня обобщения на другой, даже не совсем понимая, есть ли связь между ними. В отличие от ряда других работ Вебера, например, очерка о протестантской этике и духе капитализма, в *Rechtssoziologie* отсутствует завершающая обработка и организационное единство; это огромная неупорядоченная масса идей, которые, хотя и вызывают интерес, не являются собой отчетливое целое, то есть, иначе говоря, не представляют собой научную работу»¹⁰.

Кронмен не одинок в своем скептическом отношении к веберовской социологии права. Но вряд ли здесь уместно оспаривать или, напротив, поддерживать это мнение. К счастью, читатель сам может убедиться в правоте или, наоборот, неправоте американского комментатора. Я же остановился на этих оценках для того, чтобы показать, насколько трудно даже попытаться дать некоторое обобщенное и в то же время сжатое представление о тематике и задачах этого текста.

⁸ MWG. 1/22-3. S. XIX.

⁹ Ibid.

¹⁰ *Kronman A.* Max Weber. Jurists: Profiles in Legal Theory. Stanford: Stanford University Press, 1983. P. 2. Цит. по: MWG. 1/22-3. S. 1–2.

В определенном смысле очерк «Условия развития права» можно считать попыткой развернуть имеющиеся в работе «Хозяйство и порядки» соображения о связи права с различными сферами и регионами общественной жизни, наметить концептуальные схемы этих связей и продемонстрировать, как данные схемы реализуются, на примерах тщательно проанализированных конкретных исторических явлений и событий в контексте универсально развивающегося тренда рационализации права.

Анализ исторических корней правотворчества и правоприменения Вебер начинает с разделения разных видов права: частного и публичного, уголовного и гражданского, процессуального и материального. Современная формальная структура этих видов права далее оказывается как бы масштабом, в котором «меряются» реальные исторические формы и направления рационализации права. Далее решающим разделением становится разделение рациональных и иррациональных правовых инструментов, которые при этом исследуются в их «формальном» и «материальном» (содержательном) аспектах. «Правовая рациональность» противопоставляется «правовой иррациональности». Первая понимается как логическая систематизация абстрактных смысловых положений или, если использовать тезис из «Хозяйства и порядков», логически правильная интерпретация смыслов правовых положений и их последующая систематизация. «Правовая иррациональность», наоборот, чужда логической сублимации, она выражается в магических актах, таких как пророчества и оракулы, и использует такие правовые инструменты, как заклания и ордалии. Противопоставление этих двух типов правовых инструментов и правового развития служит Веберу основанием исторической систематизации правовых систем, а также исходным пунктом анализа их связи с социокультурными системами и системами господства. Ибо рациональность, точнее, степень рациональности той или иной правовой системы находится в тесной связи со структурой господствующей религии, характером политического союза и уровнем рационализации хозяйственной системы, в контексте которых это право существует.

Особое внимание Вебера привлекает процесс постепенной монополизации аппарата принуждения государством, так что в результате получается, что именно государство становится главным источником всякого легитимного права, а затем — по мере формирования специфических правовых комплексов, характерных для разных профессиональных или других общностей, — гарантом его легитимности. Этот процесс, согласно Веберу, состоит в теснейшей связи с развитием обменного, т.е. рыночного хозяйства, а также становлением государственной бюрократии. По его собственным словам, «...возрастающее сегодня подчинение отдельных лиц и обстоятельств регулирующей деятельности учреждения, существующего, по крайней мере принципиально, на базе формального правового равенства, есть результат работы двух великих рационализирующих сил —

расширения рынка, с одной стороны, и бюрократизации работы органов общностей... — с другой» (с. 89 настоящего тома).

Эти всеохватные процессы, пронизывающие, так сказать, по Веберу, весь ход исторического развития, дифференцируются далее по специфике их проявления и значения в разных общественных слоях и группах. Если говорить конкретнее, «главной движущей силой... изменения технических форм автономного правотворчества были в политическом смысле — стремление к власти правителей и чиновников..., а в экономическом... — заинтересованность в рыночной власти со стороны тех, кто благодаря владению как таковому (классовому положению) в формально свободной ценовой и конкурентной борьбе имеет привилегированное положение на рынке. Ведь формальное правовое равенство соответствующих всеобщих уполномочений, состоящих, например, в том, что каждому, невзирая на личность, разрешено основать акционерное общество или учредить фидеикомисс, означает в действительности, конечно же, создание своего рода фактической автономии *владельцев* классов как таковых, которые только и могут извлечь из этого пользу» (с. 89–90 настоящего тома).

Упомянутый выше Д. Кеслер, выявляя внутреннюю логику данной работы Вебера, приходит к выводу о наличии четырех проблемных комплексов, исчерпывающих основное содержание веберовской социологии права.

1. «Пути и судьбы рационализации права», если использовать собственную веберовскую формулировку (с. 141 настоящего тома). Сюда относится изображение им исторических процессов выработки новых правовых правил, методов и инструментов, от магически-иррациональных до «рациональных». Исторический процесс рационализации права включает как частичный аспект также секуляризацию правового мышления, процессов установления права и правоприменения.

2. Изучение «носителей» этого правового развития, начиная с цеховых и гильдейских организаций и кончая «рациональным» университетским правовым образованием.

3. Исследование общественных групп, которые в силу своих материальных — властных или экономических — интересов были в особенной степени связаны с этими процессами развития.

4. И наконец, «влияние форм политического господства на формальные качества права» (с. 158 настоящего тома), прежде всего процесс патримонially-княжеского установления права в противоположность сословному и патриархальному правотворчеству и правоприменению, а также связанное с эпохой революций естественное право, и все это — ступени, ведущие к выработке современного государства как учреждения с его «современным» правом.

Исследуя эти четыре проблемных комплекса, Вебер и привлекает тот гигантский исторический материал, который часто в прошлом приводил, а

иногда и ныне приводит в растерянность критиков. Потому что, как предполагает Вебер, только межкультурное сравнение и диахронный анализ в состоянии вычленить ядро происходящих процессов. Кроме того, в качестве материала для этих анализов используются правовые, социальные, экономические, политические и религиозные явления. И все это ведет в главном направлении, анализ которого, собственно, и составляет живой нерв веберовской работы по изучению универсального процесса рационализации права.

Вебер сам подводит итог этой работы. Развитие формальных качеств права, пишет он, демонстрирует своеобразные противоречивые черты. Строго формалистичное и ясное, когда этого требует безопасность делового оборота, в интересах деловой лояльности право может становиться неформальным. Оно может быть вытеснено на антиформальный путь под влиянием классовых интересов и идеологий, выдвигающих требования материальной справедливости. Есть и другие основания отклонений права от идеала рациональности: это формы господства со свойственными им представлениями о целях права, это выдвигаемые непрофессионалами требования создания понятной для них юстиции, это, наконец, идеологически обосновываемые властные претензии юридического сословия. Но «какой бы облик ни принимали право и правовая практика под воздействием всех этих требований, при любых обстоятельствах, вопреки желаниям непрофессиональных судей техническое и экономическое развитие неизбежно порождает *незнание* технического содержания постоянно растущего права со стороны непрофессионалов, а значит, профессионализацию права. Это ведет к превращению любого действующего права в рациональный и, соответственно, постоянно целерационально преобразуемый, избегающий любой содержательной святости технический аппарат» (с. 220 настоящего тома).

Завершая рассмотрение очерка «Условия развития права», отмечу, что попытки эксплицировать веберовскую методологию в этом труде всегда и неизбежно оказываются иногда вполне приемлемой, но необязательной интерпретацией. В приведенном в начале данного предисловия критическом высказывании американского юриста есть зерно истины. Что действительно бросается в глаза при знакомстве с этой работой, так это ее коллажный характер. Если бы работа не была снабжена введением и заключением, разбита на параграфы с кратким синопсисом содержания каждого из них (а издательский комментарий говорит о том, что это было сделано на позднем этапе работы над текстом), можно было бы считать, что Вебер подготовил постмодернистское сочинение по истории и социологии права. Но если ее можно было бы истолковать как постмодернистскую по стилю, то по содержанию она, безусловно, представляет собой один из шедевров рационалистического истолкования истории культуры вообще и истории права в частности.

Во всяком случае, в двух отношениях это — вознаграждающее чтение. С одной стороны, это прекрасный аналитический пример, иллюстрирующий генеральную веберовскую концепцию рационализации как направления цивилизационного развития. По обилию материала и охвату разноплановых феноменов (право, религия, экономика, господство) он, пожалуй, не уступает гораздо более обширным трудам автора по социологии религии. С другой стороны, поражает богатство тем и мыслей, неожиданность переходов и сближений разнородных и разновременных явлений, вообще способность автора включить столь обширное содержание в достаточно ограниченный объем. Именно эти черты делают веберовский труд, изданный почти сто лет назад, не музейным экспонатом, а живой репликой в диалоге культур и времен.

Настоящий обзор содержания третьего тома русского издания «Хозяйства и общества» имеет своей целью дать читателю нечто вроде компаса, без которого легко заблудиться в невероятно сложной архитектуре веберовской социологии права.

Помочь читателю должно также приложение к настоящему тому, содержащее целый ряд справочных материалов: 1) глоссарий; 2) словарь иноязычных слов и выражений (что особенно важно применительно к тексту, донельзя насыщенному терминологией римского права); 3) словарь понятий Макса Вебера (без такого словаря порой трудно пробиться через частокл терминов, «эндемичных» для веберовской социальной науки); наконец, 4) биобиблиографический указатель, где кратко характеризуются персоны и книги, упоминаемые Вебером в этом томе. Все справочные материалы, а также примечания в тексте (кроме случаев, отмеченных особо) и предметный указатель, как и в предыдущих томах, подготовлены научным редактором настоящего русского издания.

В заключение хочу исполнить приятную обязанность и выразить благодарность профессору А.Н. Медушевскому и к.ю.н. В.Г. Тарасенко, высказавшим ряд ценных замечаний по переводу и пониманию веберовского текста. Особо я признателен к.и.н. Е.С. Марей, великодушно согласившейся взять на себя проверку и исправление латинской и греческой терминологии.

Л. Ионин

Том III

ПРАВО

ХОЗЯЙСТВО И ПОРЯДКИ

§ 1. Правовой порядок и хозяйственный порядок

Юридическое и социологическое понятие и смысл правового порядка с. 19. — Социологические и экономические воздействия правового порядка на индивида. Государственное и негосударственное право с. 22

Когда речь идет о «праве», «правовом порядке», «правовой норме», нужно обращать особое внимание на различие между юридическим и социологическим подходами. В первом спрашивается: что в идеальном смысле считается правом? То есть что «значит» правовая норма, или, если поставить вопрос иначе, какой *нормативный смысл* должен быть *логически правильно* выведен из языковой структуры, выступающей как правовая норма. Второй подход (социологический), напротив, предполагает выяснение того, что *фактически происходит в общности*, где существует вероятность, что участвующие в общественном действии индивиды, особенно те из них, кто может эффективно влиять на это действие, *субъективно* воспринимают и практически используют некоторые порядки как значимые, т.е. *ориентируют* на них свое поведение.

Этим же определяется принципиальное отношение *права и хозяйства*.

Юридический подход, а точнее, подход, свойственный правовой догматике, имеет задачей выявить *правильный* смысл суждений, воплощающих в себе порядок, который должен служить правилом поведения для каким-то образом выделенного круга людей, т.е. установить факты, к которым эти суждения применяются, и указать способ, каким это делается. В то же время, не сомневаясь в эмпирической значимости указанных суждений, данный подход стремится связать их в соответствии с их логически правильным смыслом таким образом, чтобы все вместе они составили логически непротиворечивую систему. Она-то и представляет собой *правовой порядок* в юридическом смысле слова. Социальная экономика, напротив, занимается фактическими действиями, обусловленными необходимостью принимать в расчет действительное положение дел в экономике, в их реальном контексте. Возникшее благодаря *взаимоприемлемому компромиссу* распределение фактических прав распоряжения благами и услугами, а также способ, каким они действительно распределяются в силу этих прав, основанных на взаимном согласии, и в соответствии с его подразумеваемым смыслом, мы называем *хозяйственным порядком*. Очевидно, что оба подхода решают совершенно разные задачи и их объекты могут вовсе не соприкасаться друг с другом; идеальный порядок правовой теории не имеет прямого отношения к космосу фактического хозяйственного действия, поскольку они пребы-

вают в различных плоскостях: один — в плоскости идеально долженствующего, другой — в плоскости реально происходящего. Если вопреки этому хозяйственный и правовой порядки состоят ныне в исключительно близких отношениях, то это как раз означает, что последний понимается не в юридическом, а в социологическом смысле, т.е. как *эмпирически* значимый. При этом смысл словосочетания «правовой порядок» полностью меняется. Оно означает уже не космос логически, «правильно», выведенных норм, а комплекс фактических оснований, определяющих реальное человеческое действие. Данный момент требует более тщательного разъяснения.

Тот факт, что какие-то люди действуют каким-то определенным образом *потому*, что таковы правовые предписания, — конечно, важный компонент *эмпирического* возникновения и дальнейшего существования правового порядка. Но, как следует из сказанного ранее¹, наличие рационального порядка вовсе не означает, что абсолютно *все* или даже большинство участников действия мотивируются именно этими предписаниями. Скорее, наоборот: этого не происходит никогда. Большие группы людей ведут себя согласно правовому порядку либо потому, что окружающие это одобряют, а противоположное нет, либо просто по слепой привычке следовать обычаю, понятому как закономерность жизни, но вовсе не из ощущения обязательности подчинения праву как таковому. Стань подчинение праву универсальным способом поведения, право как таковое совершенно утратило бы свой субъективный характер и воспринималось бы как простой обычай. Пока объективно существует вероятность того, что аппарат принуждения (о нем речь впереди) при необходимости силой заставит исполнять нормы, они будут значимы для нас как «право». Точно так же необязательно (в соответствии со сказанным ранее), чтобы все, кто убежден, что тот или иной способ деятельности регламентирован определенными правовыми нормами, всегда следовали бы им в действительности. На деле этого не происходит, да это и не нужно, поскольку согласно нашей дефиниции о *значимости* норм говорит факт *ориентации* деятельности на порядок, а не факт *соблюдения* этого порядка. Право для нас есть порядок с определенными специфическими гарантиями возможности его эмпирической значимости. Под *гарантированным объективным правом* понимается случай, когда налицо аппарат принуждения в определенном выше смысле², т.е. имеется одно или несколько лиц, готовых к проведению этого порядка в жизнь с помощью специально предусмотренных средств принуждения (правовое принуждение). Средства принуждения могут быть психическими или физическими, прямого или косвенного действия, могут использоваться в отношении членов собственной общности или объединения, союза или учреждения, т.е. тех, для кого

¹ См. т. I, гл. 1, § 5 настоящего издания.

² См. т. I, гл. 1, § 6 настоящего издания.

этот порядок (эмпирически) значим, или же применяться вне общности. Такие средства суть «правовые порядки» соответствующей общности. Далеко не все порядки, которые значимы в силу общего согласия, представляют собой (как мы увидим далее) правовые порядки. И не всякая упорядоченная деятельность лиц, образующих аппарат принуждения как «орган» общности, представляет собой правовое принуждение — только та, значимый смысл которой состоит в принуждении к соблюдению порядка исключительно *как такового*, т.е. чисто формально *ради его самого*, а не ради целесообразности его соблюдения или по другим материальным основаниям. Понятно, что обеспечение значимости порядка в конкретной ситуации может быть обусловлено множеством обстоятельств, но гарантированным правом мы назовем этот порядок лишь тогда, когда существует возможность применения в случае необходимости принуждения ради права как такового, т.е. *правового принуждения*.

Не всякое (объективное) право, в чем мы еще многократно убедимся, является гарантированным. Но мы можем говорить о праве также в случае *косвенно гарантированного* или *негарантированного* права, когда значимость нормы обеспечивается тем, что специфической характеристикой ориентированного на нее действия оказывается предположение о возможности правовых последствий. Это значит, что действуют еще какие-то другие нормы, связанные с соблюдением или нарушением первой и обладающие собственной, гарантированной правовым принуждением возможностью обеспечить согласованное действие. При случае мы проиллюстрируем эту ситуацию, характерную для широкой области правовых отношений, на конкретных примерах, но для упрощения *a potiori* будем обращаться к нормам, прямо гарантированным правовым принуждением. Далее, отнюдь не каждое гарантированное (объективное) право гарантируется насильственно (перспективой физического принуждения). Это, так же как и присущий современному процессу способ предъявления частноправовых претензий (судебный иск с последующим принудительным исполнением решения), не является для нас социологически определяющим признаком права или даже только гарантированного права. В области нынешнего так называемого публичного права, т.е. норм действия госорганов и государства как учреждения, существуют многочисленные субъективные права и объективные правовые нормы, при нарушении которых аппарат принуждения может быть приведен в действие только жалобой или требованием специально для этого поставленных лиц, причем часто вообще без использования средств физического воздействия. Вопрос, существует ли в таком случае гарантированное право, решается для социологии в зависимости от наличия *организованного* аппарата ненасильственного применения правового принуждения и от того, обладает ли он достаточным весом, чтобы обеспечить *возможность* уважения действующей нормы в практически значимом масштабе. Сегодня насильственное правовое принуждение есть монопо-

лия государства как учреждения. В отношении насильственного правового принуждения другие практикующие его общности являются гетерономными и чаще всего гетерокефальными. Но это особенность определенных стадий развития. Мы говорим о государственном, т.е. гарантированном государством, праве только там и лишь постольку, где и поскольку существует гарантия правового принуждения специфическими, как правило, *физическими* средствами, применяемыми политической общностью. Таким образом, с точки зрения государственного права эмпирическое наличие правовой нормы означает, что в случае наступления тех или иных событий можно на основе имеющегося консенсуса с определенной вероятностью ожидать, что произойдет некое действие органов политического союза, которое как раз и обеспечит (в силу того простого факта, что его с определенной вероятностью ожидают) исполнение предписаний, вытекающих из этой нормы в ее *общепринятом* толковании, или, если это уже невозможно, выразит сожаление либо предоставит компенсацию. Событием, которое в состоянии вызвать актуализацию государственного правового принуждения, может быть человеческое действие (заключение договора, нарушение договора, деликт). Но это лишь частный случай. Ибо даже, скажем, подъем воды в реке выше определенного уровня может в силу эмпирически значимых правовых положений вызвать использование специфических принудительных средств политического насилия в отношении личностей и имущества.

Понятие значимости правовой нормы обычно отнюдь *не предполагает*, что, мол, те, кто подчиняется порядку, делают это преимущественно или только *потому*, что существует аппарат принуждения (в указанном выше смысле). Об этом, как далее станет ясно, не может быть и речи. Мотивы следования правовым нормам бывают сколь угодно разными. В зависимости от обстоятельств они имеют скорее утилитарный либо скорее этический характер, или же поведение ориентировано конвенционально, т.е. в расчете на одобрение или неодобрение окружающих. От того, какие из мотивов преобладают, сильно зависит способ обеспечения, да и сама возможность значимости права. Но для формального социологического понятия права, которое мы здесь используем, эти психологические обстоятельства несущественны; важно скорее — при гарантированном праве — наличие достаточно большой вероятности вмешательства именно для этого поставленных лиц даже в тех случаях, когда имеет место *только* факт нарушения нормы как таковой, т.е. на основании достаточности лишь данного формального повода.

Эмпирическая значимость порядка как правовой нормы по-разному затрагивает интересы индивидов. В частности, она может дать им вполне калькулируемую, *поддающуюся расчету* вероятность сохранения прав распоряжения экономическими благами или — при определенных предпосылках — получения таковых в будущем. Создание или гарантирование по-

добного рода возможностей является в случае законодательно устанавливаемого (не «обычного») права естественной, нормальной целью, которую преследуют те, кто данную норму согласовывает и вводит. Но доступность таких возможностей допускает двоякое толкование: либо эта доступность существует как *побочное* следствие эмпирической значимости нормы, когда общее согласие относительно ее содержания вовсе не предполагает, что она *гарантирует* индивиду фактически выпадающие ему шансы, либо, наоборот, норма согласно общепринятому пониманию ее смысла прямо дает индивиду такую гарантию, т.е. *субъективное право*. Для социологического подхода тот факт, что некто в силу государственного правового порядка обладает (субъективным) правом, означает при нормальном течении событий (из которого мы исходим), что этот некто вследствие основанного на консенсусе значимого смысла правовой нормы имеет гарантированную возможность получить помощь для реализации своих (идеальных или материальных) интересов со стороны специально для этого предназначенного и стоящего наготове аппарата принуждения. При нормальном ходе событий помощь состоит в готовности определенных лиц оказать ее в случае, если кто-то к ним обратится и — в принятой для таких случаев форме — убедительно покажет, что правовая норма гарантирует такую помощь. При этом помощь будет оказана не из соображений целесообразности и не по доброй воле, из милости или из прихоти, а исключительно в силу значимости права, как всегда происходит там, где правовая помощь осуществляется в достаточной мере даже при отсутствии физических или иных неординарных средств принуждения. Или же (в случае негарантированного права) там, где пренебрежение нормой (например, несоблюдение избирательных прав) в силу ее эмпирической значимости имеет правовые *последствия* (например, отмену результатов выборов), для реализации которых есть соответствующая инстанция с полномочиями правового принуждения. Простоты ради оставим пока в стороне возможности, возникающие как побочные следствия. Субъективное право в «государственном» смысле этого слова существует благодаря гарантии силовых органов политического насилия. Там, где имеются средства принуждения, отличные от политических, но также дающие правовые гарантии (например, в случае иерократического насилия), следует говорить о «негосударственном» праве, анализ которого не входит в нашу задачу. Нужно только напомнить, что есть и *ненасильственные* средства принуждения, действующие с таким же или, в зависимости от обстоятельств, с большим эффектом, чем насильственные. Угроза исключения из группы, бойкот или другие подобные вещи, обещание посягательных магически призываемых благ или, наоборот, потерь, потустороннего вознаграждения или, наоборот, наказания — все это в конкретных культурах иногда (а в некоторых, причем достаточно крупных, культурных регионах и всегда) гораздо более действенно, чем порой непредсказуемый в своем поведении политический аппарат принуждения.

Насильственное правовое принуждение со стороны политической общности часто уступает средствам принуждения, которые имеются в распоряжении других, например религиозных, властей, поэтому вопрос о его эффективности — это вопрос конкретной ситуации, конкретного случая. В качестве правового насильственное принуждение социологически реально, пока его средства оказывают социально *релевантное* воздействие. Но социология не утверждает, что государство есть только там и тогда, где и когда средства принуждения политической общности оказываются на практике сильнее *любых* других. Церковное право остается правом и там, где оно вступает в конфликт с государственным, что случалось неоднократно и вновь происходит при столкновении, например, католической или другой церкви с современным государством. Славянская задруга в Австрии была не просто лишена государственных правовых гарантий — ее порядки отчасти даже противоречили официальному праву. Тем не менее, поскольку для поддержания этих порядков имелся собственный аппарат, они представляли собой право, которое, однако, было не только не признано государством, но и ликвидировано по требованию государственного аппарата принуждения. В то же время нередко, особенно за пределами европейского континента, государственное право трактует нормы других союзов самого разного масштаба и действенности как значимые и даже контролирует их конкретные решения. Так, американское право защищает профсоюзный *label*³, нормирует условия, при которых кандидат какой-либо партии может считаться законно выдвинутым, английский судья в случае обращения в суд вторгается в юрисдикцию клубов, даже немецкий судья проводит расследование в делах по оскорблению личности на предмет правомерности с точки зрения устава корпорации⁴ отклонения вызова на дуэль, хотя дуэль при этом запрещена законом, и т.д. Мы не задаемся казуистическим вопросом, в какой мере упомянутые нормы превращаются тем самым в государственное право. Но основываясь на всем этом, а также руководствуясь принятой нами терминологией, мы, естественно, отвергаем тезис о том, что говорить о праве можно, лишь когда имеется правовое принуждение, существующее в силу гарантий политической власти. Мы не находим этому

³ Вебер имеет в виду знак, используемый профсоюзами в политической борьбе. Термин возник в конце XIX в. в Калифорнии. Секретарь профсоюза рабочих сигарных производств тихоокеанского побережья писал в 1878 г.: «...Примерно год назад в борьбе калифорнийских рабочих с проклятием китайской иммиграции мы приняли такой курс действий... Мы обратились к потребителям с просьбой не покупать сигар, где на ящичке отсутствует лейбл профсоюза, если они хотят, чтобы сигары делались руками рабочих своей расы. Тем самым будет создаваться спрос на сигары белых людей, и производители станут использовать белый труд, чтобы получить наш лейбл на свой продукт» (*Spedden E. R. The Trade Union Label. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1910. P. 11*).

⁴ Имеются в виду прежде всего офицерские, но также студенческие корпорации с их специфическим кодексом чести.

практического подтверждения и предпочли бы говорить о наличии правового порядка там, где имеется вероятность использования физического или психического давления со стороны *аппарата* принуждения, иначе говоря, одного или нескольких лиц, готовых действовать в случае наступления определенных событий, т.е. там, где существует специфическая организация для целей правового принуждения. Обладание таким аппаратом для решения задач физического принуждения не всегда было монополией политической общности. А по отношению к психическому принуждению такой монополии, как свидетельствует значимость права, гарантированного только церковью, не существует и сегодня. Кроме того, уже говорилось, что прямая гарантия объективного права и субъективных прав со стороны аппарата принуждения представляет собой лишь частный случай существования «права» и «прав». Но даже внутри этой узкой области механизм принуждения принимает разные формы. В предельном случае он может выступать как обязательность оказания помощи со стороны *каждого* члена общности при угрозе действующему порядку. Разумеется, и такой механизм допустимо считать аппаратом принуждения, но лишь тогда, когда жестко определены нормы обязательной помощи. Аппарат принуждения и способ принуждения в сфере прав, обеспечиваемых политическим учреждением через его органы, могут быть дополнены и усилены средствами принуждения, которыми обладают союзы заинтересованных лиц, например, жесткими мерами принуждения со стороны союзов кредиторов и домовладельцев — всеобщим кредитным и жилищным бойкотом ненадежных должников путем создания «черных списков», что действует иногда сильнее, чем угроза судебного иска. Конечно, такое принуждение может распространяться и на совершенно не гарантированные государством притязания, которые, несмотря на это, все же являются субъективными правами, только гарантированными иным принуждением. Нередко право государства встает на пути реализации средств принуждения, применяемых другими союзами (так, английский *Libel Act* сделал «черные списки» невозможными, исключив доказательство истины⁵), но не всегда успешно. Способы решения споров на дуэли, основанные на кодексе чести и характерные прежде всего для сословных союзов и групп с их особыми средствами принуждения (главным образом суд чести и бойкот), в целом более действенны и принуждают в большинстве случаев к соблюдению именно не защищенных государством или не признаваемых им, но, по мнению общности, крайне важных обязательств (карточный долг, дуэль). Государ-

⁵ Имеется в виду практиковавшийся в XVIII в. в Англии запрет на публикацию в прессе порочащих кого-либо сведений, причем доказательства истинности этих сведений суды не принимали. Только в 1792 г. *Fox Libel Act* сделал такую публикацию ненаказуемой, если она направлена на «общее благо» и свободна от «злонамеренности». Подробнее см.: MWG. 1/22-3. S. 205–206.

ство перед ними частично отступило. Хотя с точки зрения права бессмысленно, когда за столь специфическое правонарушение, как дуэль, хотят требовать такого же наказания, как за покушение на убийство или нанесение телесных повреждений, т.е. за преступления, признаками которых дуэль не обладает. Но факт остается фактом: вопреки уголовному кодексу в Германии еще и сегодня готовность к дуэли является для офицера *государственно-правовой* обязанностью, и уклонение от нее чревато правовыми последствиями. Иначе обстоят дела вне офицерского сословия. Типичное средство правового принуждения «частных» общностей по отношению к строптивым членам есть исключение из союза и лишение соответствующих материальных и нематериальных привилегий (*ultima ratio* в профессиональных союзах врачей и адвокатов, в клубах по интересам и политических клубах). Современный политический союз разными способами узурпировал контроль над подобными средствами принуждения. Так, врачам и адвокатам у нас вообще отказано в применении этой последней меры, в Англии проверяются исключения из клубов, в Америке — даже политические партии и, кроме того, — по решению государственных судов — правомерность использования профсоюзных *labels*. Борьба между средствами принуждения разных союзов так же стара, как само право. В прошлом она не всегда завершалась победой политических союзов, не всегда это происходит и сегодня. Так, сегодня нет рычага, чтобы воспрепятствовать нечестной конкуренции путем сбивания цен нарушителями картельных конвенций. Биржевые «черные списки» клиентов, не допущенных к срочным сделкам, у нас незаконны, однако неприкосновенны; это как в Средневековье, когда положения торговых уставов, исключавшие некоторые категории купечества из юрисдикции церковных судов, хотя и были ничтожны с точки зрения канонического права, тем не менее фактически действовали. И сегодня государственное право зачастую вынуждено мириться с властью союзов даже там, где они используют ее не только против своих членов, но и против посторонних, стремясь подчинить их собственным нормам: картели применяют внутренние нормы как к своим членам, так и к тем, кого они намерены принудить к вступлению, союзы кредиторов — к должникам и съемщикам жилья.

С социологической точки зрения пограничным случаем права, гарантированного принуждением, можно считать положение, когда гаранты — в отличие от ситуации в большинстве современных политических и использующих собственное право религиозных общностей — *не облечены* судебными или другими учрежденческими полномочиями, т.е. не представляют надпартийную и незаинтересованную, не связанную лично с претендентом на субъективное право третью сторону, а как раз наоборот, суть связанные личными отношениями с претендентом товарищи; например, его род, представляющий в распоряжение претендента средства принуждения. В такой ситуации единственной и нормальной формой прину-

длительного обеспечения субъективных прав оказывается (подобно войне в современном международном праве) объявление вражды и кровной мести со стороны претендента и его братьев по крови. В этом случае субъективное право индивида (или индивидов) существует с точки зрения социологического анализа лишь потому, что товарищи по роду могут выполнить свой долг кровной мести, который изначально гарантировался только боязнью гнева сверхъестественных сил, и что они обладают мощью, способной обеспечить субъективному праву своего собрата преимущество, если не окончательную победу. Назовем правовым отношением ситуацию, когда содержание субъективного права конституируется во взаимоотношениях, т.е. в актуальных или потенциальных действиях, конкретных или признаваемых таковыми по известным признакам лиц. Содержание правового отношения в части субъективных прав может меняться в зависимости от реально происходящих событий. В этом смысле конкретное государство тоже можно определить как правовое отношение, в том числе и тогда, когда (в теоретически пограничном случае) лишь властитель субъективно обладает правом приказывать, и поэтому возможности всех остальных производны от его регламентов.

§ 2. Правовой порядок, конвенция и обычай

Значение привычного для формирования права с. 27. — Новый порядок через «интуицию» и «эмпатию» с. 29. — Подвижные границы между конвенцией, обычаем и правом с. 32

Области, с которыми право связано непрерывной последовательностью ступеней, — это область *конвенции* и далее — отделяемая от последней в понятийном смысле — область *обычая*⁶. Под обычаем понимается типичное, одинаковое для всех поведение, когда индивид движется как бы по наезженной колее *всего лишь* в силу привычки или бездумного подражания; это «массовое поведение», к которому индивида никто и ни в каком смысле не понуждает. Напротив, под *конвенцией* нужно понимать ситуацию, когда воздействие на поведение хотя и происходит, но не в форме физического или психического принуждения, а исключительно — по крайней мере в обычных обстоятельствах — в форме одобрения или же неодобрения со стороны лиц, образующих специфическое окружение действующего лица. Нужно четко различать конвенцию и обычное право. Последнее — не очень удачное понятие, но мы здесь не собираемся его критиковать. По общепринятой терминологии, действительность обычного права означает возможность того, что аппарат принуждения будет применяться ради соблюдения нормы, существующей не благодаря установлению, а только в силу согласия. В случае конвенции аппарат принуждения, т.е. четко очер-

⁶ См. т. I, гл. 1, § 4, 6 настоящего издания.

ченный (или хотя бы приблизительно намеченный) круг лиц, готовых к выполнению специальной задачи правового принуждения — пусть даже только средствами психологического воздействия, вообще отсутствует. Даже наличие чистого, лишённого конвенциональных черт обычая может иметь большое экономическое значение. В частности, уровень потребностей (основа любого хозяйства) в огромной степени определяется именно обычаем, от которого человек вроде бы может легко отказаться — к исполнению обычая никто и ничто не принуждает, — но на деле оказывается, что избежать следования обычаю трудно, а иногда вообще невозможно. Обычай меняется, как правило, очень медленно, через подражание какому-то иному обычаю, свойственному иному кругу людей. Мы видели⁷, что общность обычаев может играть важную роль при возникновении социальных связей и брачных союзов и оказывать некоторое влияние — степень значимости которого, правда, трудноопределима — на выработку чувства принадлежности к этносу, тем самым способствуя формированию общностей. Поступать, как привычно, — это настолько важный элемент любого действия, в том числе и действия общности, что правовое принуждение (если, например, обычай в силу пропаганды общепринятого порядка вещей становится правовой обязанностью) почти не усиливает значимости обычая; там же, где правовое принуждение выступает против обычая, — например, при попытке изменить фактически практикуемое поведение, — попытка оказывается безуспешной. Также и конвенция есть более важный определяющий фактор поведения, чем наличие аппарата правового принуждения, ибо в бесчисленных жизненных коллизиях человек всегда зависит от добровольной, не определяемой никакими посторонними или потусторонними авторитетами, предсказуемой реакции своего окружения.

Граница между просто обычаем и конвенцией, естественно, очень расплывчата. Чем дальше в прошлое, тем более способ действия, в особенности действия общности, определяется исключительно ориентацией на *привычное* как таковое. Отклонения воспринимаются крайне болезненно, и простому человеку они кажутся чем-то похожим на нарушение органических функций, чем, очевидно, и гарантируется сохранение привычного. О масштабах и о содержательной стороне перехода от такого состояния к весьма зыбкому поначалу и неотчетливо осознаваемому «консенсуальному» типу действия общности, т.е. к концепции *обязательности* привычного способа действия, этнографы не могут сказать сегодня ничего определенного, поэтому мы этим заниматься не будем. Вопрос о том, на какой стадии данного перехода возникает субъективная концепция *правовой обязательности*, — это вопрос терминологии и целесообразности. Объективно возможность фактической силовой реакции на определенные дей-

⁷ См. т. II, гл. 1, § 2 настоящего издания.

ствия как животных, так и людей существовала всегда, но нет оснований утверждать, что при этом субъективно присутствовало нечто вроде представления об «общеобязательной норме» такого действия или его ясно подразумеваемый субъективный смысл. Рудименты концепции обязательности (если использовать это крайне сомнительное понятие, которое, впрочем, в данном случае не должно вызвать недоразумений) определяют поведение некоторых домашних животных, возможно, даже сильнее, чем поведение первобытного человека. Но мы ничего не знаем о субъективной жизни первобытного человека, и, конечно, эмпирическая социология не может опираться на бесконечно повторяемые пустые фразы о якобы изначальности или даже априорности права или конвенции. Отношение первобытного человека к внешнему миру, особенно к себе подобным, демонстрирует фактические регулярности не потому, что есть «правило» или «порядок», соблюдать которые считается обязательным, а скорее наоборот: именно из наличия органически обусловленных регулярностей, воспринимаемых нами в их психофизической реальности, вытекает концепция обязательности правил. Внутренняя душевная настроенность на эти регулярности представляет собой серьезное препятствие для перемен (в чем любой из нас может и сегодня убедиться на собственном повседневном опыте) и — надо признать — сильно поддерживает веру в эту самую обязательность.

В связи с этим можно задать вопрос: как вообще в мире с его настроенностью на регулярное как действительное появляется что-либо новое? Ясно, что извне, благодаря изменению условий существования. Но такие изменения отнюдь не гарантируют, что их результатом станет новый порядок, а не общая гибель, и они ни в коей мере не являются необходимым, а во многих чрезвычайно важных случаях даже сопутствующим фактором возникновения новых порядков. По данным этнологов, важнейшим источником новых порядков является, по-видимому, влияние индивидов, способных на определенные аномальные переживания, которые современной психиатрией часто — хотя не всегда и не преимущественно — квалифицируются как патологические. Благодаря таким переживаниям эти индивиды и воздействуют на окружающих. Мы говорим не о том, как возникают эти переживания — новые в силу своей аномальности, — но о том, как они влияют на окружение. Такое влияние, преодолевающее инерцию привычного, психологически может реализовываться по-разному. Вычленение из множества промежуточных и смешанных проявлений двух главных его форм и их терминологическое толкование — заслуга Гельпаха. Первая — *интуиция* — внезапное и резкое пробуждение в индивиде под влиянием чрезвычайных факторов представления о том, что он делает, как о *должном*. Вторая — *эмпатия* — сопереживание тем, той или теми, на кого оказывается воздействие, внутренних состояний самого воздействующего. Результаты этих процессов могут быть самыми разнообразными. Чаше

всего они проявляются в действии общности, ориентированном на источник влияния, т.е. на «новое» переживание индивида, на основе этого действия затем формируется соответствующего содержания консенсус. Если действие и формирующийся на его основе консенсус отвечают внешним условиям, то они сохраняются и развиваются. Оба этих явления — эмпатия и особенно интуиция (то и другое объединяются многозначным термином «суггестия») — относятся к главным источникам фактических нововведений, которые становятся регулярно практикуемыми потому, что поддерживаются часто присущим им ощущением обязательности. Но это *чувство* обязательности — именно чувство, поскольку налицо лишь рудименты *смысловой* концепции, — несомненно может проявляться при новациях и само по себе, как изначальное, первичное, прежде всего как психологический составной элемент интуиции. Путаница возникает тогда, когда в качестве первичного и основополагающего способа распространения новых форм поведения рассматривается подражание, которое, несомненно, важно, но, как правило, вторично и всегда специфично. Ведь не посредством подражания человеку, а посредством интуиции (в нашем толковании этого термина) его древнейший спутник, собака, вдруг «понимает», чего хозяин от нее хочет. Именно такой характер в огромном большинстве случаев имеют отношения между теми, кто влияет, и теми, кто испытывает влияние. В других ситуациях эти отношения ближе к эмпатии, иногда — к подражанию, обусловленному целерациональными соображениями или закономерностями массовой психологии. Но в любом случае возникающая новация чаще всего имеет шанс достичь ступени общего согласия, а затем, в конце концов, и правовой обязательности, если ее источником была некая постоянно воспроизводимая интуиция или интенсивная эмпатия. Тогда на ее основе формируется конвенция или, в зависимости от обстоятельств, инициируются принудительные, основанные на общем согласии действия против строптивцев. Как свидетельствует весь исторический опыт, из конвенции, одобрения или неодобрения окружающих, рождаются и сохраняются, пока сильна религиозная вера, представление о том и надежда на то, что сверхъестественные силы будут вознаграждать или наказывать поведение, которое соответственно одобряется или не одобряется окружающими. Далее — в определенных случаях — появляется предположение, что не только сам виновник и его близкие, но и окружение вообще может стать объектом мести со стороны сверхъестественных сил и, стало быть, это окружение — в индивидуальном порядке или через аппарат принуждения — само должно адекватным образом реагировать. Или же вследствие постоянного повторения определенных действий у специальных гарантов порядка возникает убеждение, что теперь уже речь идет не просто об обычае или конвенции, но о принудительной правовой обязанности; такая практически действующая норма называется *обычным* правом. Или, наконец, заинтересованные лица приходят к мнению о том, что обязанности по

договору или обычному праву, чтобы быть исполняемыми и соблюдаемыми, должны гарантироваться аппаратом принуждения; так возникает *установленное* право. Если наблюдать за процессами распределения власти между органами учрежденческого целевого союза, можно видеть, как различные действия постепенно переходят из сферы подлежащих только конвенциональному регулированию в сферу обязательности и правовой гарантии. Самый яркий пример тому — формирование английской «конституции». В конце концов любое действие вопреки конвенции может привести к тому, что окружение решительно употребит против бунтовщика одно из своих принудительно гарантированных субъективных прав, например, домохозяин прибегнет к своему домашнему праву против нарушителя норм совместной жизни, целиком основанных на конвенции, военачальник использует право уволить со службы нарушителя кодекса чести. Так конвенциональные правила косвенно поддерживаются средствами принуждения. Отличие же их от негарантированного *права* состоит в том, что использование средств принуждения является хотя и фактическим, но не правовым следствием нарушения конвенции, хотя домохозяин при этом и обладает домашним правом. В то же время прямо не гарантированная правовая норма приобретает свое значение как таковая потому, что ее несоблюдение так или иначе имеет последствия в силу *гарантированной правовой* нормы. Однако в случае, если правовое положение содержит ссылку на «добрый обычай», т.е. на достойную одобрения конвенцию, обязанность, основанная на такой конвенции, становится одновременно правовой обязанностью (косвенно гарантированное право). Кроме того, существуют — и не в столь уж малом количестве — такие промежуточные образования, как наделенные в свое время юрисдикцией по эротическим делам «суды любви» трубадуров в Провансе, или «судьи» в их изначальной — третьей — роли примирителей междоусобиц, которые хотя и выносят вердикт, не имеют собственных средств принуждения, или, к примеру, нынешние международные третейские суды. В этих случаях из аморфного одобрения или неодобрения со стороны окружающих рождается авторитарно сформулированное требование, запрет или, наоборот, разрешение, представляющее собой факт организованного психического принуждения. Тогда можно говорить о праве — во всяком случае если это не просто игра (как «суд любви») и если за приговором стоит нечто большее, чем далеко не безупречное мнение «судьи», и в качестве последствия нужно, например, ожидать по меньшей мере организованной неким аппаратом или группой лиц самопомощи в виде бойкота со стороны ущемленного рода или оскорбленного государства, как в двух последних случаях. Для понятия «конвенция» согласно нашему определению мало того, что одно действие одобряется, а другое, наоборот, не одобряется даже большим количеством индивидов: важно, чтобы в *специфическом окружении* (под которым, конечно, понимается не физическая среда) действующего существовала возможность такого

одобрения или неодобрения. Это значит, должен быть некий признак, позволяющий выделить круг лиц, составляющих это окружение, будь оно профессиональным, родственным, соседским, сословным, этическим, религиозным, политическим или иной природы, будь оно также стабильным или изменчивым. Но при этом для конвенции в нашем понимании не требуется, чтобы какое бы то ни было окружение представляло собой союз (в принятом нами смысле слова⁸); именно при конвенции часто имеет место обратный случай. Значимость права в нашем понимании — прежде всего потому, что согласно принятой дефиниции право предполагает аппарат принуждения, — всегда является составной частью актуального или потенциального действия союза (из чего, как мы знаем, вовсе не следует, что только действие союза, или даже только действие общности, юридически регулируется союзом, т.е. является «союзнорегулируемым» действием). В этом смысле союз можно назвать носителем права. В то же время действие общности, согласованное действие, совместное, союзное, учрежденческое действие (к какому бы фрагменту социологически *релевантного* явления, поведения, деятельности мы ни обратились) — все они чрезвычайно далеки от того, чтобы ориентироваться только на *правовые* нормы в принятом здесь смысле, что мы еще не раз увидим на примерах. Если под порядком, регламентирующим деятельность союза, понимать все могущие быть выявленными регулярности поведения, значимые с точки зрения фактического протекания конституирующих союз или обусловленных союзом действий общности, то этот порядок лишь в исчезающе малой степени будет являться следствием ориентации на правовые нормы. В той степени, в какой указанные действия вообще сознательно ориентированы на нормы, а не следуют просто слепой привычке, нормы эти суть отчасти правила обычаев или конвенций, отчасти же (и почти всегда в большей степени) — максимы субъективно *целерационального* поведения, осуществляемого каждым из участников в собственных интересах. Объективно и сам действующий, и другие могут рассчитывать только на эффективность самого этого действия, хотя часто оно может происходить под покровительством специальных, хотя и не обеспеченных принудительной правовой защитой, объединений или соглашений. Возможность правового принуждения, как уже говорилось, лишь в малой степени определяет «правомерное» поведение индивида и объективно гарантирует лишь малый фрагмент реального хода консенсуального действия.

Очевидно, что для социологии переход от обычая в чистом виде к конвенции, а от нее — к праву не имеет четко выраженного характера.

1. Даже вне социологического подхода было бы неверным считать, что различие права и морали состоит в том, что правовая норма регулирует внешнее

⁸ См. т. I, гл. 1, § 6 настоящего издания.

поведение, и только его, а моральная норма, наоборот, только внутренние установки. Право далеко не всегда считает нужным принимать во внимание намерения, из которых рождается то или иное действие; были и есть правовые нормы и целые правовые порядки, соотносящие правовые следствия, в том числе и наказания, исключительно с внешними причинными связями. Но это абсолютно ненормальная ситуация. Правовые последствия всегда связаны с *bona fides* или *mala fides*, с умыслом или с вытекающей именно из образа мыслей бесчестностью поведения либо с иными разнообразными проявлениями взглядов и убеждений. Моральные заповеди как раз и нацелены на то, чтобы противоречащие нормам позывы и влечения, также представляющие собой составную часть ментальности, преодолевались в практическом действии, т.е. в чем-то внешне реализуемом. При нормативном рассмотрении разделять мораль и право нужно, конечно, исходя не из различия внешнего и внутреннего, а из разного нормативного достоинства того и другого. При социологическом же рассмотрении морально значимое обычно тождественно тому, что значимо по религиозным основаниям или в силу конвенции. В противоположность этому «чисто» этической нормой будет считаться лишь абстрактный принцип поведения, субъективно воспринимаемый как выведенный из конечных аксиом, да и то если он важен для практической деятельности. Часто такие концепции на деле имеют большое влияние. Но везде, где это происходит, они — относительно недавний продукт мыслительной работы философов. В прошлом, как и сегодня, в повседневной реальности моральные заповеди (в противоположность правовым требованиям) являлись с социологической точки зрения либо религиозными, либо конвенциональными максимами поведения, а граница между ними и правом не имела четкого характера. Нет такой важной для общества нормы морали, которая не превратилась бы где-нибудь и когда-нибудь в правовую норму.

2. На наш взгляд, нет необходимости разделять, как это делает Р. Штаммлер, конвенцию и правовую норму на основании того, выполняется ли та или другая по доброй воле индивида или нет. Неверно, что исполнения конвенциональных обязанностей (например, светских правил приличия) от индивида никто *не требует*, а потому за их неисполнением якобы следует лишь совершаемый *ipso facto* добровольный и всегда дозволенный выход из объединения, в которое индивид ранее был так же добровольно включен. Да, такие нормы существуют, но они существуют в недрах не только конвенции, но и права (фактически таков часто смысл *clausula rebus sic stantibus*); в любом случае перед штаммлеровской социологией встает необходимость искать другое основание для различия конвенциональных и правовых норм. Не только теоретически конструируемое анархическое общество, теорию и критику которого Штаммлер вывел из своих схоластических понятий, но и многочисленные реально существующие объединения отказываются от правовой фиксации собственных конвенциональных порядков просто потому, что признают: одного только общественного неодобрения, зачастую сопровождаемого весьма реальными косвенными последствиями для нарушителей, в качестве санкций достаточно. Правовой порядок и порядок, основанный на конвенции, не говоря уж о многочисленных переходных формах между ними, ни в коей мере не являются для социологии принципиально противоположными друг другу, поскольку и

конвенция поддерживается отчасти средствами психологического, а отчасти даже (по крайней мере косвенно) и физического принуждения. Их различия состоят только в социологической *структуре* принуждения и связаны с отсутствием в случае конвенции специально подготовленных людей, содержащихся для целей силового принуждения, т.е. аппарата принуждения (жрецы, судьи, полиция, военные и т.д.).

Но прежде всего Штаммлер смешивает *идеальную*, научно дедуцируемую правовыми догматиками и этиками значимость нормы с *реальным* влиянием *представлений* о значимости нормы на эмпирическое действие, что, собственно, составляет объект эмпирического изучения. И вслед за тем — вообще *нормативную* регулируемость поведения посредством правил, которые множество людей считают «обязательными», — с *фактическими* регулярностями человеческого поведения. Эти вещи нужно строго различать.

Конвенциональные правила по большей части представляют собой путь, по которому чисто практические регулярности действия, т.е. обычаи, переходят в форму обязательных норм, соблюдение которых в большинстве случаев гарантировано прежде всего психологическим принуждением; так происходит формирование *традиции*. Уже простой факт регулярного повторения событий (как явлений природы, так и человеческих поступков, обусловленных нерелекторным подражанием или приспособлением к внешним условиям жизни) чрезвычайно легко придает им значение чего-то нормативно заданного, идет ли речь о предписанном божественными силами привычном движении созвездий, или, к примеру, о разливах Нила, или об обычном способе вознаграждения несвободных работников, которыми на законных основаниях безраздельно владеет господин. Как только конвенция обретает характер регулярности, как только массовое действие становится согласованным, консенсуальным действием (а именно в этом и состоит, по нашим понятиям, смысл процесса), можно говорить о традиции. Уже само повторение привычного способа действия и установка на сохранение этой привычки, а в еще большей мере традиция влияют — об этом приходится говорить вновь и вновь — на дальнейшее существование правового порядка (даже возникшего на основе установления и прочно укоренившегося) в целом сильнее, чем возможное использование средств принуждения и другие правовые последствия, тем более что о последствиях по крайней мере часть лиц, поступающих *согласно* норме, вовсе не осведомлены. Переход от слепой привычки к осознанному усвоению основных принципов нормативного поведения повсюду очень размыт. Как чисто фактическая регулярность действия порождает соответствующие моральные и правовые убеждения, так и физические и психические средства принуждения навязывают определенный образ действий, в силу чего возникают фактические привычки, а вследствие этого — регулярности поведения.

Право и конвенция переплетаются как причина и следствие в человеческих взаимодействиях, совместных действиях и противодействиях. Было бы грубой ошибкой вслед за Штаммлером противопоставлять право конвенции как форму действия его содержанию (материи). Вера в правовую или конвенциональную обязательность определенного поведения представляет собой с точки зрения социологии всего лишь *superadditum*, добавление, повышающее вероятность, с какой действующий индивид может рассчитывать на опреде-

ленные *результаты* своего действия. Поэтому по крайней мере экономическая теория вполне оправданно отказывается от анализа природы норм. Для нее то обстоятельство, что некто владеет чем-то, всего лишь означает, что он может рассчитывать на отсутствие препятствий со стороны других людей его фактическому распоряжению предметом владения. Экономической теории в целом безразличны причины взаимного уважения субъектами их прав распоряжения; неважно, основано ли это уважение на конвенциональной или правовой норме либо проистекает из каких-то соображений каждого относительно собственных возможных преимуществ такого поведения. Тот факт, что некто должен другому какое-то благо, социологически означает вероятность того, что некто в соответствии с ожиданиями другого, основанными на обещании, признании нанесенного ущерба или на ином факте, обычно порождающем такого рода ожидание, в определенный момент передаст ему это благо в фактическое распоряжение. По каким психологическим мотивам это произойдет, экономике в общем-то все равно. То, что блага обменены, означает, что некое благо, находящееся в фактическом распоряжении одного, передано по договоренности в фактическое распоряжение другого, поскольку согласно подразумеваемому смыслу действия первого другое благо, находящееся в распоряжении второго, передано (или должно быть передано) первому. Каждый из участников долгового отношения или обмена ожидает, что *другая* сторона будет вести себя в соответствии со своим собственным намерением. При этом в понятийном смысле необязательно наличие какого-либо внешнего по отношению к обоим индивидам порядка, который гарантировал бы обмен или вынуждал бы к нему посредством аппарата принуждения или общественного неодобрения, так же как необязательно и субъективное признание участниками какой-либо нормы как обязывающей или же вера в наличие такой нормы. Ведь участник обмена может полагаться, например, на эгоистический *интерес* другой стороны в продолжении отношений, который не даст нарушить обещание (как это происходит в так называемом немом обмене с дикарями и в самом широком масштабе — в современных деловых отношениях, особенно на бирже), или на какие-либо иные мотивы, побуждающие именно к такой линии поведения. В случае чистой целерациональности дело выглядит следующим образом: каждый из участников рассчитывает (и обычно может с определенной вероятностью рассчитывать) на то, что другая сторона будет вести себя так, *как если бы* она признавала обязательной для себя норму, согласно которой данное обещание следует выполнить. С понятийной точки зрения этого совершенно достаточно. Но с практической точки зрения в определенных обстоятельствах может оказаться важным, располагают ли участники гарантиями, позволяющими с уверенностью рассчитывать на подобное поведение другой стороны, т.е. они должны, во-первых, знать, что в среде участников сделки фактически наличествует субъективная вера в объективную действенность норм (согласие, консенсус) и, во-вторых, что социальное одобрение или неодобрение обеспечивает конвенциональную, а существование аппарата принуждения — правовую гарантию.

Но можно ли сказать, что без такой гарантии немислим надежный частный хозяйственный оборот современного типа? На самом деле при проведении большинства трансакций никто не задумывается о возможности их обжалова-

вания. Например, биржевые сделки заключаются трейдерами устно, или с помощью сигналов, подаваемых жестами, или путем посылки записки на листке из собственного блокнота, т.е. в форме, которая чаще всего просто исключает любую возможность доказать чью-то недобросовестность. Однако попыток оспорить сделки практически не бывает. Точно так же существуют *союзы*, преследующие чисто экономические цели и, тем не менее, совершенно или почти не располагающие государственной правовой защитой. В их число входили в свое время определенные категории картелей, причем часто дело выглядело так, что законные сами по себе частноправовые договоренности оказывались недействительными с ликвидацией союза, поскольку вместе с ним исчезал формально легитимный истец. Таким образом, этот союз со своим аппаратом принуждения был носителем права, которому было совершенно чуждо насильственное принуждение, а если таковое и существовало, оно оставалось чисто номинальным. Картельным соглашениям часто недоставало (из-за своеобразной позиции участников) даже действенной конвенциональной гарантии, однако они долго и чрезвычайно эффективно функционировали благодаря совпадению интересов всех участников. Но, естественно, несмотря на это, существование насильственной, особенности государственной правовой гарантии небезразлично даже для таких образований. Торговый оборот сегодня преимущественно гарантирован правовым принуждением. Обычно с помощью акта обмена стремятся получить субъективные права или, говоря языком социологии, возможность поддержки государственным аппаратом принуждения права распоряжения. Экономические блага чаще всего представляют собой еще и *легитимно приобретенные субъективные права*, и хозяйственный порядок строит свой космос из этого материала. Тем не менее и сегодня это не есть вся совокупность объектов обмена. Даже экономические возможности, которые не гарантированы правовым порядком и от гарантирования которых он принципиально уклоняется, являются предметом менового оборота, не противоправного, а совершенно легитимного. Такова, например, уступка клиентуры одного коммерсанта другому за плату. Как правило, сегодня продажа клиентуры влечет в качестве частноправового следствия только определенные требования покупателя к продавцу: нужно чтобы продавец воздержался от определенных действий и по возможности совершил другие («представил» покупателя клиентам). При этом претензии к третьим лицам не обеспечены. Правда, были и есть случаи, когда аппарат политической власти использовался для прямого принуждения (например, при регулировании производства средневековых цехов или юридической защите монополий) в интересах обладателя или получателя возможностей сбыта. Фихте в «Закрытом торговом государстве» видел специфику современного правового развития именно в том, что сегодня, в противоположность такой ситуации, объектом государственной правовой защиты в принципе являются только притязания на конкретные вещные блага или трудовые услуги, но именно в этом с правовой точки зрения фактически и выражается так называемая свободная конкуренция. Так что, хотя такие возможности (уступка клиентуры) и остаются предметом сделок, даже будучи незащищенными в правовом отношении от третьих лиц, отказ в правовой гарантии имеет, очевидно, далеко идущие экономические последствия. В принципе же — и это обязательно должно быть отражено в понятии — для социологиче-

ского и экономического анализа наличие правовой гарантии крайне важно в том смысле, что оно повышает вероятность того, что можно рассчитывать на наступление определенного экономически релевантного события.

Правовая урегулированность какой-либо ситуации — а состоит она в том, что имеется человеческая инстанция, которая способна (в принципе) при наступлении некоторого события определить согласно тем или иным нормативным представлениям, как на него реагировать «по закону», — никогда и нигде не бывает полной и исчерпывающей. Дело не в том, что каждое рациональное обобществление, а также порядок действия общности или консенсуального действия обычно формируется — об этом мы уже говорили — как *posterius* по отношению к самому действию. И не в том, что развитие общностного или консенсуального действия постоянно ведет к возникновению совершенно новых ситуаций, которые с помощью признанных действенными норм и обычных правовых инструментов либо вообще не разрешаются, либо разрешаются лишь для видимости или насильственным путем (тезис «свободного права»). А дело в том, что часто именно ключевые вопросы правового порядка, в остальном крайне рационализированного, юридически вообще не урегулированы.

Рассмотрим две ситуации, иллюстрирующие этот тезис, ответив соответственно на два вопроса. 1. Как надо поступить «по закону», если некий «конституционный» монарх отстраняет от дел своих ответственных министров, но не назначает на их место каких-либо других, в результате чего отсутствует персона, необходимая для контрасигнации? Ответа нет ни в одной конституции мира, хотя ясно, что в такой ситуации правительственные акты не могут быть действительными. То же самое — по крайней мере в отношении многих конституций — справедливо и для следующей ситуации. 2. Что должно произойти «по закону», если стороны, чье согласие необходимо для утверждения государственного бюджета, не могут достичь консенсуса? Относительно первого вопроса Еллинек справедливо заметил, что это с практической точки зрения праздный вопрос, но нас интересует, почему он, собственно, праздный. Второй вопрос, также касающийся пробелов в конституции, наоборот, стал практически весьма значимым. Можно даже выдвинуть такой тезис: любая «конституция» в социологическом смысле слова (т.е. способ распределения власти в обществе, определяющий возможность влиять на социальное действие) отличается тем, в каких местах и какие пробелы — особенно основополагающего характера — содержит ее «конституция» в юридическом смысле слова. Пробелы типа того, что выявляется вторым вопросом, иногда вполне умышленно, по договоренности или по причине октроирования какой-то из заинтересованных сторон, допускаются при рациональном создании конституции. Естественно, заинтересованное лицо (или лица) из тех, кто оказывает решающее влияние на процесс ее создания, лелеет надежду, что будет обладать властью, достаточной, чтобы *по своей воле* направлять действия общности, которые неизбежны даже при отсутствии нормативной регуляции, например, управлять без бюджета. Но пробелы *первого* типа обычно не заполняются, поскольку существует обоснованное убеждение в том, что собственные интересы соответствующего лица (или лиц), в данном случае монарха, будут направлять его действия таким образом, что никогда не возникнет абсурдная ситуация с отсутствием министров. Независимо от того, есть пробелы или нет, назначение министров —

«долг» монарха, его косвенно гарантированная правовая обязанность. Ибо в случае ее неисполнения наступают правовые последствия — невозможность создания *действующих* актов, что исключает использование гарантий аппарата принуждения. Впрочем, ни в правовом отношении, ни конвенционально не предусмотрены меры по обеспечению работы государственного управления на случай, если монарх пренебрежет этой обязанностью, а так как подобное ни разу не случилось, то отсутствует и обычай, который мог бы служить основанием принятия решения. Из сказанного вновь становится ясно, что право, конвенция или обычай ни в коей мере не являются теми и только теми силами, на которые человек рассчитывает и вправе рассчитывать в своих ожиданиях относительно предполагаемого или вообще должного поведения другого, но он рассчитывает и вправе рассчитывать на *заинтересованность* этого другого в том поведении, какого от него ожидают. Уверенность в том, что монарх выполнит предписанную ему обязанность, конечно, больше, но все-таки лишь в определенной степени больше, чем та уверенность, с которой в нашем прежнем примере один из партнеров при обмене, совершенно лишенном какого-либо нормирования или принудительной гарантии, рассчитывает на соответствующее его интенциям поведение другого и, скорее всего, при дальнейшем развитии обмена будет рассчитывать на продолжение такого поведения и без всяких правовых гарантий.

К чему все это ведет? К констатации того, что правовой и равным образом конвенциональный порядок как консенсуального, так и рационально организованного действия в конкретных обстоятельствах и в принципе сознательно охватывает лишь фрагменты этих действий. Хотя ориентация действия общности на порядок и конститутивна для любого обобществления, аппарат принуждения не функционирует как таковой в отношении всей целостности долговременного организованного действия союза. Если бы произошел абсурдный случай, взятый нами в качестве примера (монарх забыл назначить министра), несомненно, сразу оживились бы юридические спекуляции и, вероятно, сложилось бы конвенциональное или правовое регулирование такой ситуации. Но к этому моменту она была бы уже практически разрешена, в зависимости от обстоятельств, путем либо общностного, либо консенсуального, либо рационально организованного действия. Нормативное регулирование — важный, однако всего лишь каузальный *компонент* консенсуального действия, а не его универсальная *форма*, как хотел бы того Штаммлер.

§ 3. Значение и границы правового принуждения в экономике

Правовые гарантии, а также те нормативные представления, что в качестве мотивов служат основой (или одной из основ) их создания, истолкования и применения, — все они с точки зрения социологии как научной дисциплины, ориентированной на эмпирические закономерности и типы, представляют собой и следствие, и прежде всего причину регулярностей как человеческих действий (социологически прямо релевантных), так и вызванных ими природных явлений (социологически опосредованно релевантных). Фактические регулярности поведения (обычай) могут быть — мы это видели — источником *правил* поведения (конвенция, право). Но

верно и обратное. Конвенциональные или правовые нормы могут формировать регулярности, не только прямо воплощающие в себе их предписания, но и другие. К примеру, ежедневное регулярное появление чиновника в бюро есть прямое следствие предписания практически действующей правовой нормы. А регулярное ежегодное появление представителя фабрики, собирающего заказы от розничных торговцев, хотя прямо и не предписано, косвенно предопределено правовыми нормами в силу фактического допущения конкуренции за покупателя, которого приходится обхаживать. Тот факт, что меньше детей умирают, если освобождение кормящих матерей от работы считается конвенциональной или правовой нормой, есть, конечно, следствие действенности этой нормы, если же это вдобавок законодательно зафиксированная норма права, то снижение детской смертности — не просто следствие, а еще и одна из рациональных целей ее создателей. Но, естественно, предписать они могут только освобождение кормящих от работы, а не сокращение смертности. Да и значимость принудительной нормы в отношении предписанного или же запрещенного ею действия всегда проблематична; соблюдение нормы есть ее адекватное, но не безусловное следствие. Наличие сильной заинтересованности может привести к тому, что вопреки даже существованию аппарата принуждения значимая (в силу готовности к принуждению) правовая норма будет постоянно и в массовом порядке безнаказанно нарушаться. Если такое положение стало устойчивым, а заинтересованные лица уверовали, что именно их образ действий (а не соблюдение предписаний права) соответствует норме, то гаранты порядка обычно не прибегают к принуждению, и правовые догматики говорят тогда об «упразднении путем обычного права».

Но можно наблюдать и хронический конфликт между равно действующими правовыми нормами, одна из которых гарантирована политическим насилием, другая — конвенциональными правилами. Примером тому является дуэль как конвенциональное преобразование частной мести, о чем мы уже говорили выше⁹. И хотя нередко правовые нормы рационально вводятся именно для того, чтобы изменить существующие обычаи и конвенции, нормальной является ситуация, когда правовой порядок эмпирически значим не потому, что гарантирован принудительно, а потому, что его значимость усвоена в опыте, стала привычной, превратилась в обычай, и конвенция в большинстве случаев порицает явные отклонения от соответствующего ему поведения. Для правового догматика значимость (идеальная) правовой нормы в понятийном смысле *prius*; поведение, которое правом (прямо) не нормировано, для него в правовом отношении разрешено и поэтому все равно — в идеале — определено правовым порядком. Напротив, для социолога правовое и особенно рационально узаконенное регулирование поведения эмпирически есть лишь элемент мотивации

⁹ См. т. I, гл. 1, § 5 и настоящую работу.

действия общности, притом элемент, появившийся исторически довольно поздно и оказывающий очень разное воздействие. Таящиеся во тьме времен истоки фактических закономерностей и обычаев действия общности социолог рассматривает (об этом мы уже говорили) как сложившееся на основе влечений и инстинктов приспособление индивидуального поведения, которое изначально не было обусловлено какими-либо установлениями и изменялось не благодаря таковым, а в силу адаптации к внешним обстоятельствам жизни. Возрастающее влияние установленных, т.е. введенных посредством формального установления, порядков — для нас лишь один из элементов того процесса рационализации и обобществления, прогрессирующее распространение которого мы прослеживаем во всех сферах социального действия как его — действия — движущую силу.

Подытоживая сказанное, остановимся на самых общих отношениях права и *хозяйства*, которые нас здесь только и интересуют.

1. Право (в социологическом смысле) гарантирует отнюдь не только экономические, но и другие многообразные интересы: от обычных, элементарнейших, таких, например, как личная безопасность, до связанных с идеальными благами — личной честью или почитанием божественных сил. Оно гарантирует также позиции политического, церковного, семейного и иного авторитета и любые социальные предпочтения, пусть во многих отношениях экономически обусловленные и релевантные, но по своей сути чуждые экономике и *необязательно* по экономическим причинам — и даже в основном *не* по этим причинам — становящиеся предметом человеческих устремлений.

2. Правовой порядок может при определенных обстоятельствах оставаться неизменным, даже если хозяйственные отношения радикально меняются. Теоретически — а в теории, как правило, специально берут экстремальные примеры — для проведения в жизнь социалистического способа производства не нужно менять ни единого параграфа наших законов, если, конечно, постепенное овладение средствами производства осуществлять не путем политического насилия, а путем свободных переговоров — проект, разумеется, в высшей степени маловероятный, но (теоретически этого достаточно) ни в коей мере не бессмысленный. Правовой порядок с его аппаратом принуждения продолжал бы существовать, как и ранее, на случай, если потребуется принудительное воздействие для обеспечения обязательств, характерных для частногохозяйственного способа производства. Но этот случай никогда бы не наступил.

3. Правовая организация какой-либо ситуации с точки зрения категорий правового мышления может быть совершенно разной, но это не окажет сколько-нибудь заметного влияния на хозяйственные отношения, если реальный *эффект* для заинтересованных лиц будет одним и тем же. Такое, вероятно, происходит на практике. Хотя, конечно, даже малейшее различие правовых конструкций в *каком-либо* пункте может иметь экономиче-

ские последствия. В зависимости от того, была ли декларирована аренда или покупка рудника, в Риме применялись совершенно разные исковые схемы. Но практическое воздействие этого различия на хозяйственный порядок было, конечно, крайне незначительным.

4. Естественно, правовая гарантия во всей ее полноте непосредственно служит экономическим интересам. И хотя в реальности это не столь очевидно, экономические интересы относятся к наиболее мощным факторам, влияющим на формирование права, поскольку любое гарантирующее правовой порядок насилие так или иначе предопределено консенсуальным действием заинтересованных социальных групп, образование которых, в свою очередь, в значительной степени обусловлено констелляцией материальных интересов.

5. Результаты, которые могут быть достигнуты благодаря возможности принуждения, присущей правовому порядку, именно в области хозяйственной деятельности ограничены, помимо других факторов, своеобразием последней. Бессмысленно убеждать, что право, мол, вообще не должно использовать принуждение в хозяйственной деятельности, поскольку, какие бы средства ни применялись, все равно *coactus tamen voluit*. Эта сентенция справедлива в отношении любого принуждения, если не считать принуждаемого объектом неживой природы. Даже самые крайние меры принуждения и наказания бессильны там, где участники им просто не подчиняются, или — если взглянуть на дело шире — не воспитаны в духе подчинения. Воспитание в духе подчинения действующему на данный момент праву обычно все более дает о себе знать по мере умиротворения. Параллельно, казалось бы, должна возрастать и мера принуждения в хозяйственной деятельности. Однако *на самом деле* власть права над экономикой становится не сильнее, а слабее, чем ранее. Например, введение фиксированных цен всегда было сомнительной мерой с точки зрения эффективности; ныне она имеет в целом еще меньше шансов на успех, чем раньше. Так что степень возможности влиять на хозяйственную деятельность не есть просто функция общего подчинения правовому принуждению. Границы эффективности принуждения определяются прежде всего рамками экономических возможностей хозяйствующих субъектов: ведь ограничен не только запас товаров, но часто и шансы его использования в привычных формах и способах взаимодействия хозяйств друг с другом. В результате хозяйства должны приспособливаться к гетерономным порядкам, что удастся (если вообще удастся) только после непростой смены экономических ориентиров и часто с потерями, т.е. в любом случае не без трений, которые тем сильнее, чем более развитой и универсальный характер имеет специфическая форма консенсуального действия — рыночная связь хозяйств, порождающая зависимость каждого от поведения других. Наряду с этим возможности правового принуждения обусловлены соотношением сил тех, кто представляет частные экономические интересы, и тех, кто преследу-

ет интересы, связанные с соблюдением правовых предписаний. Склонность пренебрегать экономическими шансами только ради перспективы хозяйствовать легально, естественно, незначительна там, где конвенция не слишком сурова по отношению к попыткам обойти закон, и это усугубляется, если правовые новшества ущемляют интересы многих хозяйствующих субъектов. Уклонения от закона легко утаить именно в экономике. Но особо трудны для правового регулирования, как показывает опыт, следствия, непосредственно вытекающие из самого источника экономического действия — из экономической оценки стоимости товаров и соответственно ценообразования, — особенно если определяющие эти следствия факторы производства и потребления находятся вне обозримого и подконтрольного круга участников консенсуального действия. Кроме того, естественно, что хозяйствующие субъекты, долгое время участвующие в рыночном обороте и преследующие при этом собственные цели, лучше осведомлены о реальном состоянии рынка и интересах его агентов, чем создатели и исполнители правовых предписаний с их идеальными устремлениями. В хозяйстве, основанном на всеобщей рыночной связи, нежелательные побочные следствия правового предписания едва ли могут быть предугаданы создателями последнего, поскольку наступление этих следствий целиком и полностью зависит от частных заинтересованных лиц. Именно они способны превратить первоначальную цель предписания в полную ее противоположность, как часто бывает на практике. Вопрос о том, насколько право может противостоять таким явлениям хозяйственной жизни, должен решаться не абстрактно, а только в связи с конкретными случаями, и обсуждаться применительно к отдельным проблемам социальной экономики. В целом можно лишь отметить, что чисто теоретически полная монополизация и — благодаря этому — прозрачность рынка облегчают в техническом смысле овладение соответствующим сектором хозяйства средствами правового принуждения. Тем не менее шансы достичь этого невелики, и причина кроется в правовом партикуляризме, обусловленном существованием конкурирующих политических союзов (о чем речь впереди), а также в могуществе частных интересов, которые противостоят угрожающим им монополиям.

б. С чисто теоретической точки зрения любое фундаментальное экономическое явление может обойтись без *государственной* правовой гарантии. Охрану имущества способен осуществлять и род. Религиозные сообщества, грозя отлучением от церкви, иногда защищали долговые обязательства эффективнее, чем политические союзы. Да и деньги — почти в любой их форме — не требовали государственной гарантии для признания в качестве платежного средства. Без нее вполне мыслимы хартальные деньги, т.е. деньги, ставшие таковыми не в силу их материального состава, а по причине обозначения на них количества единиц платежного средства. Кстати, становление хартальных денег происходило без государственной правовой защиты и какого бы то ни было вмешательства государства; *монета* как

средство выплаты долга с принудительным курсом, гарантируемым политической властью, отсутствовала в Древнем Вавилоне. Зато, кажется, обнаружены контракты, согласно которым для платежа надлежало использовать монеты достоинством в одну пятую шекеля со штампом определенной (как мы сейчас сказали бы) «фирмы»; при этом даже для видимости поставленная государственная гарантия отсутствует. Избранная единица стоимости также имеет не государственное, а контрактное происхождение, хотя все же платежное средство обладает хартальным качеством, а государственная принудительная гарантия находится где-то на заднем плане соответствующей конкретной договоренности. Таким образом, в чисто понятийном смысле хозяйство вовсе не нуждается в государстве. Но именно хозяйство современного типа, вне сомнения, не может существовать без правового порядка, обладающего особыми качествами, которые делают его возможным только как государственный порядок. Современное хозяйство базируется на возможностях, порождаемых контрактами. Как бы ни была сильна личная *заинтересованность* в легальности договоров, как бы ни были обеспокоены все без исключения владельцы взаимной защитой имущества друг друга и как бы сильно конвенция и обычай ни определяли и сегодня поведение индивида, влияние этих факторов все же крайне снизилось из-за разрушения традиционных отношений, с одной стороны, и веры в их святость — с другой. Классовые интересы сегодня разошлись резко, как никогда, темпы современного обращения требуют быстро и точно функционирующего, т.е. гарантированного сильнейшей принудительной властью, права, а современное хозяйство в силу своей специфики уничтожило все другие союзы, которые могли бы быть носителями права и тем самым — правовых гарантий. Таков результат развития рынка. С одной стороны, всеобщее господство *рыночного* обобществления требует *калькулируемого* по рациональным правилам функционирования права. С другой стороны, расширение рынка, которое у нас на глазах приобретает характер господствующей тенденции, поощряет монополизацию и регламентацию всех легитимных средств принуждения в рамках *единого* универсального института, разрушая все партикулярные и, как правило, опирающиеся на экономическую монополию сословные и другие структуры принуждения.

УСЛОВИЯ РАЗВИТИЯ ПРАВА (СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА)

§ 1. Дифференциация предметных областей права

«Публичное» и «частное» право с. 44. — «Право, порождающее притязание», и «регламент» с. 46. — «Правление» и «управление» с. 46. — «Уголовное» и «гражданское право» с. 49. — «Неправомерность» и «деликт» с. 51. — «Империй», «ограничение власти» и «разделение властей» с. 52. — «Право» и «процесс» с. 54. — Категории рационального правового мышления с. 56

В современной правовой теории и практике одним из самых важных является разделение права на публичное и частное. Однако принцип их разграничения вызывает споры.

1. Публичное право в соответствии с социологическим разграничением определяется как совокупность норм того, что в правовом порядке принято обозначать как действие, связанное с государственными органами, т.е. определяемое по составу, сфере применения и возможности прямого осуществления через обращение к статутам или просто в силу понимания реальных целей государства. В свою очередь, частное право принято рассматривать как совокупность норм действия, не связанного по смыслу правового порядка с государством, а только урегулированного нормами государственных органов. Применять эти определения технически сложно из-за их неформального характера. И тем не менее именно такой критерий лежит в основе почти всех разграничений публичного и частного права.

2. Это разграничение часто поглощается другим и с ним пересекается. Можно было бы отождествить «публичное» право с совокупностью «регламентов» (в их подлинном правовом смысле), т.е. истолковать его как совокупность указаний государственным органам, а не как нормы, обосновывающие полученные субъективные права отдельных лиц, — в отличие от нормирования «прав требования», которые эти субъективные права обосновывают. Это различие должно быть с самого начала правильно понято. Даже публично-правовые нормы, например те, что регламентируют выборы президента, могут устанавливать субъективные и в то же время публичные права отдельных лиц, например, право избирать. Но это публичное право отдельного лица не признается сегодня в своем юридическом значении правом, обретенным в том же смысле, что и собственность, считающаяся законодателем в принципе неприкосновенной и потому им признаваемая. Ведь субъективные публичные права отдельных лиц на самом деле считаются в юридическом смысле субъективными компетенциями этих лиц, действующих в определенных ограниченных целях как органы государственной власти. Эти права могут, несмотря на форму субъективного права, которую они принимают, рассматриваться как просто

«рефлексы» регулирования, а не как результат объективного нормирования прав требования. Даже в самом широком понимании не все существующие в рамках одного правопорядка частноправовые требования в смысле, описанном в пункте 1, являются «приобретенными» субъективными правами. Даже каждое признаваемое содержание права собственности может считаться «рефлексом» правопорядка, и вопрос о том, считается ли право «приобретенным», часто на практике сводится к тому, имеет ли его уничтожение своим последствием право требования возмещения вреда. То есть можно утверждать, что все публичное право в юридическом смысле представляет собой только регламенты, но нельзя утверждать, что каждый регламент создает только публичное право. Однако для правовых порядков, где правление считается приобретенным патримониальным правом монарха или где, наоборот, некие субъективные гражданские права считаются неотъемлемыми в том же смысле, что и приобретенные частные (в силу, например, естественного права), даже это утверждение неточно.

3. Наконец, можно проводить разграничение следующим образом: правовые ситуации, где встречаются друг с другом стороны, которые считаются в юридическом смысле равными и установление границ правовых сфер которых есть юридически истинный смысл деятельности законодателя, судей или же самих заинтересованных сторон (путем сделок), определить как частноправовые и отграничить их от публично-правовых, где изначально господствующий носитель «власти» (в юридическом смысле), располагая авторитарной властью приказа, встречается с другими, «подчиненными» ему (в юридическом смысле) лицами. Но не каждый орган государственной власти имеет право командования и не всегда урегулированное публично-правовое действие государственных органов является приказом. Тогда становится ясным, что как раз это регулирование отношений между несколькими государственными органами, т.е. равно господствующими носителями государственной власти, образует в принципе содержание публичного права. Кроме того, к сфере публично-правового регулирования должны быть отнесены не только отношения, существующие непосредственно между носителями власти и ее подданными, но и те действия подданных, которые обеспечивают распоряжения господствующих носителей власти. Однако далее этот вид разграничения возвращает нас к тому, что уже описано выше. Не всякая авторитарная власть и не все ее отношения с подданными рассматриваются здесь как публично-правовые. Например, не таковы отношения работодателя и работника, потому что они возникают между формально равными лицами путем правовых сделок. Но и отец семейства рассматривается как частноправовой авторитет явно только потому, что государство считается единственным источником легитимной власти, следовательно, релевантным с публично-правовой точки зрения является то действие, которое, исходя из смысла, подразумеваемого правопорядком, направлено на сохранение государственной власти и реализуемых ею, так сказать, по ее собственному сценарию определенных интересов. Какие интересы государственная власть воспринимает как собственные — на этот счет, как известно, мнение постоянно меняется. Кроме всего прочего, одна и та же область интересов может быть специально так зарегулирована, что частные права требования, возникающие со стороны отдельных лиц и со стороны носителей власти,

и иные функции государственных органов в той же сфере конкурируют друг с другом.

Даже сегодня разграничение сфер частного и публичного права не всегда очевидно. Еще менее ясным оно было в прошлом. Возможность разграничения могла вообще отсутствовать, когда все права и все компетенции, в частности, права командования, имели характер личных привилегий (по отношению к главе государства это обычно называется прерогативами). Тогда право выносить судебное решение, или отправлять лицо на военную службу, или вообще требовать от него подчинения являлось таким же «приобретенным» субъективным правом и, возможно, таким же предметом правовой сделки, отчуждения или наследования, как, например, полномочие использовать определенный участок земли. Политическая власть при этом не имела юридически оформленной учрежденческой структуры, но выражала себя через различные обобществления и компромиссы разных носителей субъективных властных полномочий и претендентов на таковые. Политическая командная власть в этом случае, по сути, не отличалась от власти отца семейства, феодала и помещика. Это состояние патримониализма. Пока такой структуры права достаточно — а она никогда не была реализована до конца последовательно, — юридически все, что соответствует нашему публичному праву, является предметом субъективных прав конкретных носителей власти, так же как и права требования, характерные для частного права.

Но формирование права может принять и иной оборот, и тогда «частное» право, понятие в последнем из упомянутых смыслов, может полностью исчезнуть из многих областей, где оно существует сегодня. Это в случае, когда отсутствуют все нормы объективного права, допускающие *притязания*, т.е. когда весь действующий нормативный комплекс юридически подобен «регламенту» и, соответственно, частные интересы имеют шанс быть защищенными не как гарантированные субъективные права требования, а только как проявления действительности этого регламента. Пока длится такое состояние — а оно также никогда не господствовало повсеместно, — право растворяется в *правлении*, которое становится единственной целью управления. *Управление* — это не понятие публичного права. Существуют частное управление, например, домашним хозяйством или доходным промыслом, и публичное управление — посредством учрежденческих структур государства или иных легитимированных им, т.е. гетерономных, организаций. Публичное управление в самом широком смысле проявляется тройко — как правообразование, правоприменение и то, что остается от публичной учрежденческой деятельности, если «отнять» две названные сферы, т.е., как уже говорилось, правление. Последнее может быть связано с правовыми нормами и ограничено приобретенными субъективными правами, что роднит его с правообразованием и правоприменением. При-

чем эта связь проявляется в двойном смысле: 1. в *позитивном*, что касается легитимации собственных полномочий: современное правительство разворачивает свою деятельность в силу легитимированных компетенций, которые юридически мыслятся как покоящиеся в конечном счете на упорядочении государственных органов конституционными нормами; 2. в *негативном* смысле: действующее право и приобретенные права устанавливают свободе правительства границы, с которыми оно обязано считаться. Но специфическая позитивная сущность правления состоит как раз в том, что оно имеет целью *не только* соблюдение или реализацию действующего объективного права лишь потому, что оно когда-то стало таковым и на нем основаны приобретенные права, но и реализацию иных, материальных устремлений политического, нравственного, утилитарного или какого бы то ни было иного характера. Отдельное лицо и его интересы для правления в юридическом смысле слова всегда являются объектом, а не субъектом права. Именно в современном государстве существует тенденция к формальному сближению правоприменения и управления (в смысле правления). В рамках нынешнего судеоустройства судье приходится под воздействием частично позитивных правовых норм, частично правовых теорий принимать решения, руководствуясь материальными принципами, требованиями морали, справедливости, рациональности. Что касается управления, современная государственная организация все-таки дает отдельному лицу, являющемуся, по существу, только ее объектом, орудие для защиты его интересов — орудие, которое как минимум формально похоже на правоприменение, — это административное судопроизводство. Но эти гарантии не могут снять только что упомянутое противоречие между правосудием и правлением. Правообразование, напротив, сближается с правлением всюду, где последнее (отказываясь при этом от свободы распоряжения в каждом конкретном случае) создает генеральные регламенты для решения типичных проблем, даже если само не считает себя связанным этими регламентами. В конечном счете соблюдение правительством правил считается нормальным, а несоблюдение рассматривается как произвол и обычно осуждается.

Самый древний носитель любого управления — домовладение. Здесь в примитивной безграничности управления подданным не дано субъективных прав в отношении домовластителя, объективные нормы поведения которого существуют только как гетерономный рефлекс сакральных ограничений его действий. Изначальным (из чего вырастает все остальное) является, следовательно, сосуществование в принципе безграничного управления домовластителя внутри домово́й общины, с одной стороны, и примирительной процедуры, основанной на договоренностях родов относительно методов разбирательства и искупления, — с другой. Только в рамках этой процедуры идут переговоры о требованиях, т.е. субъективных правах, и выносятся справедливые решения. Только тут можно найти (и мы увидим

почему) четкие формы, сроки, правила доказывания, иначе говоря — начала начал «юридического» обращения. Домохозяин в кругу собственной власти обо всем этом даже не имеет представления. Это примитивные формы правления и соответственно правоприменения. Их отличают друг от друга и сферы действия. На пороге дома древняя римская юстиция непременно останавливалась. Мы увидим, как принцип домашней власти был перенесен из своей традиционной области на некоторые виды политической власти (а тем самым и на правоприменение) в патримониальном княжестве. Всюду, где происходит такой перенос, исчезают границы между правообразованием, правоприменением и правлением. Последствия могут быть двоякими. Либо правоприменение формально и материально приобретает характер управления и реализуется как таковое без четких форм и сроков, руководствуясь соображениями целесообразности и справедливости, путем указаний и повелений властителя подданным; полностью это происходит лишь в исключительных случаях, но близки к этому инквизиционный процесс и применение принципа официальности¹. Либо, наоборот, управление само принимает формы процессуальных процедур, как это было распространено в Англии и частично имеет место до сих пор. Английский парламент обсуждает *private bills*, т.е. чисто управленческие акты (концессии и т.п.), в принципе так же, как законопроекты; такое неразграничение обеих сфер характерно для старой парламентской процедуры и порой оказывалось решающим для положения парламента: он возник именно как судебный орган, а во Франции и вовсе стал таковым полностью. Подобное размывание границ было обусловлено политическими обстоятельствами. Но даже у нас бюджет, представляющий собой управленческий акт, по английскому образцу и по политическим причинам проводится как закон. Нечетким оказывается разграничение управления и частного права и там, где действия органов союзов принимают те же формы, что и действия отдельных лиц, т.е. когда органы союзов в силу своих обязанностей заключают соглашения (контракты) с отдельными лицами, будь то члены союза или любые другие, об услугах и вознаграждениях касательно имущества союза и имущества этих отдельных лиц. Эти отношения нередко изымаются из области норм частного права и с вариациями (как содержательными, так и по виду гарантий) причисляются к нормам управления. Из-за этого права требования отдельных лиц, если только они гарантированы возможностями принуждения, не перестают быть субъективными правами, а потому разграничение носит технический характер. Однако даже как таковое оно может иметь существенное практическое значение. Вместе с тем это говорит о полном игнорировании общей структуры (древнего) римского частного права, — если включать в него только требования, разрешаемые

¹ О принципе официальности (*Offizialmaxime*) см. также с. 177–178, 183 настоящего тома.

в рамках процедуры присяжных, опирающейся на *lex*, а не права, исполняемые в силу распоряжений магистратов, которые, впрочем, с течением времени стали играть практически решающую экономическую роль.

Не ограниченными субъективными правами и объективными нормами, как и примитивная власть домохозяина, может быть также авторитет магов и пророков и, в зависимости от обстоятельств, власть священников, если ее источником является конкретное откровение. Эта тема уже затрагивалась ранее², но к ней следует вернуться. Магическая вера — один из самых древних источников уголовного права в отличие от гражданского. Привычное для нас различие, суть которого в том, что уголовная юстиция удовлетворяет публичный — нравственный или утилитарный — интерес, состоящий в каре за нарушение объективных норм, путем наказания виновного органами государства в рамках гарантированной процедуры, тогда как осуществление частных прав требования остается пострадавшему и состоит не в наказании, а в восстановлении гарантированного правом положения дел, — это различие и на сегодняшний день не проведено достаточно четко. Традиционному правосознанию оно вообще чуждо. Мы видим, что первоначально даже в глубоко разработанных правовых системах каждый иск был иском *ex delicto*, а «обязательства» и «договоры» были праву совершенно неизвестны. Китайское право до сих пор демонстрирует следы такого положения, важного для правового развития. Любое покушение чужака на личность члена рода или его собственность требовало мести или искупления, а добиваться таковых было делом пострадавшего при содействии всего рода. В процессе определения кары злодеяния, подлежащие мести, и легкие нарушения, предполагающие реституцию, либо вовсе не различались, либо слабо различались. Отсутствие в едином понятии кары за свершившуюся несправедливость различия между простым требованием возмещения (подобным нашей гражданско-правовой ответственности), с одной стороны, и выдвижением обвинения, предполагающего наказание виновного, — с другой, объясняется двумя особенностями примитивного права и правовой процедуры: 1) отсутствием понятия *вины* и, следовательно, степени вины в зависимости от намерения. Жажущего мести интересует не субъективный мотив, а только владеющий его чувствами объективный результат возбуждающих жажду мести действий другого. Его гнев направляется на неживые объекты природы, о которые он нечаянно себя ранит, на животное, нанесшее ему рану (таков первоначальный смысл римского *actio de pauperie* — ответственности за то, что животное ведет себя не так, как должно, а также *noxae datio* — возможности мести животному), и на людей, нанесших ему вред по незнанию, по неосторожности, или намеренно — все равно как. Каждая неправильность становится, таким образом, подлежащим каре деликтом, и каждый деликт является не

² См. т. II, гл. 4, § 2, 4 настоящего издания.

чем иным, как подлежащим каре проступком; 2) особенностью правовых последствий, или, как мы сказали бы, «исполнения» приговора, в условиях такой вот неразличимости, когда неважно, идет ли спор об участке земли или об убийстве. Учрежденческого механизма исполнения приговора первоначально не существовало, даже в уже хорошо упорядоченных «каропроизводствах». Предполагалось, что вердикт, полученный от оракулов, путем волшебства, апелляций к магическим или божественным силам, осуществится сам собой, ибо злые силы не могут ему помешать, а сопротивление ему есть святотатство. Там, где в результате определенных изменений в военной организации (которых мы еще коснемся) процесс происходит в присутствии тинга, который становится участником вынесения приговора, — так было у германцев в исторические времена — ожидается, что по причине такого «ассистирования» ни один из тинговых товарищей не будет препятствовать осуществлению решения, не оспоренного или безуспешно оспоренного в ходе его принятия. Но кроме такой пассивной поддержки, победившей стороне ожидать нечего. Победителю и его роду предстояло самим добиваться исполнения вынесенного в их пользу решения, если, конечно, оно не осуществится само собой. И у германцев, и в Риме такая самопомощь обычно — неважно, шел ли спор о материальном предмете или об убийстве, — принимала форму взятия проигравшего в залог вплоть до возмещения установленного судом или как-то иначе обговоренного ущерба. Империй³ князя или магистрата в политических интересах умиротворения подданных сначала выступает против тех, кто препятствует исполнению приговора, угрожая им правовыми последствиями вплоть до объявления вне закона, а в итоге формирует официальный аппарат исполнения наказания.

Поначалу все происходит без различия «гражданских» и «уголовных» процедур. Эта традиционная полная неразличимость царит в тех право-порядках, которые под влиянием специфических правовых авторитетов, как мы увидим позже, дольше всех сохранили определенные элементы старой «искупительной» юстиции и были менее всего бюрократизированы, например, в римском или английском праве, что, в частности, сказалось в неприятии процедуры реального исполнения для возвращения конкретных объектов. Решение выносилось, как правило, в денежном выражении, даже если оно принималось по иску, например, о праве собственности на земельный участок. Это было не только следствием ускоренного рыночного развития, научившего все оценивать исключительно в деньгах, но и реализацией древнейшего принципа, согласно которому неправомерность, в том числе и неправомерное владение, требует наказания и только наказания, и виновный должен понести его лично. Реальное исполнение на континенте было введено довольно рано, в раннем Средневековье, параллельно быстрому росту княжеской власти. Но известно также, как английский процесс при помощи

³ См. глоссарий.

только ему свойственных фикций сделал реальное исполнение возможным применительно к земельным участкам. В Риме общая минимизация официальной деятельности — что, как мы увидим позже, было следствием господства знати, — стала причиной того, что и в дальнейшем денежное возмещение практиковалось вместо реального исполнения.

То обстоятельство, что иск принципиально подразумевал не только объективно существующую несправедливость, но и проступок обвиняемого, очень сильно повлияло также на материальное право. Все без исключения обязательства были раньше деликтными обязательствами. Поэтому договорные обязательства, как мы увидим далее, вначале конструировались деликтоподобным образом, а в средневековой Англии формально были привязаны к фиктивным деликтам. Этим, помимо отсутствия представлений о наследственном праве вообще, объясняется и то, что первоначально после смерти должника долги не переходили на наследника как такового. Ответственность наследников по договорным долгам конструировалась постепенно как солидарная ответственность сначала членов рода, потом домовых товарищей и подданных или носителей власти за нарушение справедливости. Далее, такой кажущийся сегодня необходимым в торговом обороте правовой принцип, как *Hand muß Hand wahren*, предполагающий защиту добросовестного приобретателя против заявляющего претензию собственника, ранее прямо вытекал из того, что иск следовал *ex delicto* и был направлен против вора или скупщика краденого, но затем — с появлением исков по контрактам и разграничением вещных и личных исков — по-разному проявлялся в разных правовых системах. Античное римское право, так же как и английское и даже относительно рационально развитое (в отличие от китайского) индийское, отказалось от него в пользу виндикации, а затем приняло вновь по вполне рациональным соображениям в интересах безопасности оборота при торговле на свободном рынке. Его недейственность в римском и английском праве — в отличие от немецкого — свидетельствует о возможности адаптации интересов оборота к разным видам материального права и к специфике правового развития. Даже франкская формула *malo ordine tenes* в случае исков о земельных участках истолковывалась (все равно, в каком праве) как требование деликта для начала процесса. Римская двусторонняя виндикация и эллинская *diadikasia*, как и германские, совсем иначе сконструированные иски о земельной собственности, также дают возможность прийти к выводу, что там, где речь шла о статусных исках, т.е. о принадлежности к общности товарища, полноправного в силу владения землей (*fundus* значит «земля», κληρος — наследственная доля в земельной собственности), действовали особые фундаментальные правовые положения.

Официальное, «по должности» преследование деликтов первоначально было столь же редким, сколь и собственно официальное исполнение приговоров. В рамках домовладения все меры принимались властью домохозя-

ина. Конфликты между соплеменниками решали племенные старейшины. Но так как основание, вид и мера наказания во всех этих случаях определялись свободным усмотрением носителя власти, «уголовного права» не существовало. Как таковое оно развивалось в примитивной форме вне дома, а именно там, где действие отдельного лица становилось опасным для соседского, племенного или политического союза, к которому данное лицо принадлежало, во всей *совокупности* его участников. Это могло относиться прежде всего к двум видам нарушений: религиозным и военным. Проступок против магической нормы (например, табу) мог вызвать гнев потусторонних сил, духов и богов, который в результате злого колдовства обрушивался не только на самого святотатца, но и на тех, кто терпит его в своей среде. В ответ соплеменники по указанию мага или священника могли либо изгнать провинившегося, объявив его вне закона, либо линчевать (закидать камнями, как у евреев), либо прибегнуть к сакральному ритуалу покаяния. Религиозные проступки были одним из главных оснований «внутригруппового» преследования, как эту процедуру можно было бы назвать в отличие от мести, имеющей «межгрупповой» характер. Другим главным основанием внутригруппового наказания были политические, а изначально военные проступки. Кто подвергал опасности военный союз по причине предательства, трусости или недисциплинированности в условиях, когда требуется строгое соблюдение дисциплины, того ждало наказание со стороны военных вождей и войска, причем обычно на основе очень приблизительного установления «состава» деяния.

Преимущественно от мести пролегал прямой путь к уголовной процедуре, которая требовала — далее мы увидим, по каким причинам, — четких форм и правил. Домашняя отцовская, религиозная, военная реакция на преступление поначалу ничего не знает о формах и правилах. Что касается домашней власти, то таковой, в общем, она остается и в дальнейшем. Иногда, правда, она ограничивается, в зависимости от обстоятельств, другими властями, например, родоплеменной, затем — религиозной и военной, но сама по себе в очень редких случаях связана правовыми нормами. В отличие от домашней власти, примитивные внедомашние (включая патримониально-княжескую власть, подобную домашней власти, перенесенной на внедомашние отношения), т.е. все те невнутридомашние власти, которые мы далее будем рассматривать под общим названием «империй», постепенно оказываются связанными правилами, хотя и в разной степени. Пока не станем говорить о том, каково происхождение этих правил, вводит ли их носитель империя, исходя из собственных интересов или учитывая фактические границы послушания, или вообще получает их от других властей, — все это относится к проблематике господства. Право наказывать, особенно подавлять неподчинение не только прямым насилием, но и угрозой неприятных последствий, является — в прошлом, возможно, даже больше, чем сейчас, — нормальной составной частью любого империя.

Оно может быть обращено на другие, подчиненные носителю империя органы (дисциплинарная власть) или на подданных (наказывающая власть). В этом пункте публичное право прямо соприкасается с уголовным правом. В любом случае публичное право, подобно уголовному, уголовно-процессуальному и сакральному, возникает как особенный объект научного рассмотрения в зародыше именно там, где хотя бы какие-то подобного рода правила могут быть зафиксированы как комплекс фактически действующих обязательных норм.

Такие нормы всегда определяют границы соответствующего империя, при том что не каждая граница имеет характер нормы. Границы могут быть двух видов: 1. *ограничение* власти и 2. *разделение* властей. Либо (1) конкретный империй сталкивается благодаря действующей священной традиции или принятому акту с субъективными правами своих подданных, в результате чего у властителя остается возможность отдачи только приказов определенного рода, или любых приказов, за исключением приказов определенного рода, или любых приказов, но лишь при определенных обстоятельствах, при которых они становятся легитимными и обязательными к исполнению. Ответ на вопрос, идет ли речь о правовых, конвенциональных или только основанных на обычае ограничениях, зависит от того, гарантирует ли аппарат принуждения соблюдение этих ограничений какими угодно, пусть даже сомнительными, средствами, или имеет место лишь конвенциональное неодобрение, или какие-то общепризнанные ограничения вообще отсутствуют. Либо (2) империй наталкивается на другой, равный или в чем-то превосходящий его империй, в значимости которого он обнаруживает свои границы. Оба процесса могут происходить одновременно, и на их комбинации основывается своеобразие современного государства как учреждения, поделенного на сферы компетенции. По сути, государство представляет собой структурно-организационное, т.е. учрежденческое обобществление избранных по особым правилам носителей империев, внешне отграниченных друг от друга согласно общим принципам разделения властей и совместно обнаруживающих пределы легитимности своих распоряжений благодаря установленным ограничениям власти. Оба отмеченных явления (разделение властей и ограничение власти) в характерной для современного общества форме могут иметь самую что ни на есть различную структуру. Особенно это относится к разделению властей. Оно, как мы увидим далее, действительно совершенно по-разному осуществлялось в римском праве интерцессии *par majore potestas*, в патримониальных, сословных и феодальных образованиях. Конечно, справедливо — при правильном понимании — утверждение Монтескьё, что лишь разделение властей сделало возможной концепцию публичного права, хотя, разумеется, необязательно того рода, что, как ему казалось, он обнаружил в Англии. В то же время не любое разделение властей порождает идею публичного права, а только специфическое, связанное с рацио-

нальным государственным устройством. Научная концепция публичного права сформировалась на Западе, так как лишь здесь политический союз обрел характер учреждения с рационально распределенными компетенциями и разделением властей. В Античности систематическое государственное право существовало лишь постольку, поскольку наличествовало рациональное разделение властей — учение об империи отдельных римских чиновников действительно разрабатывалось систематически. Все остальное было, по существу, философией государства, а не государственным правом. Средневековье понимает разделение властей только как конкуренцию субъективных прав (привилегий или феодальных притязаний), поэтому специальная разработка государственного права отсутствует, а то, что могло бы к нему относиться, содержится в ленном и служебном праве. Только сочетание многих факторов породило юридическую концепцию современного публичного права. В реальной жизни к таковому относится рациональное обобществление привилегированных лиц в публичные корпорации в сословном государстве, где ограничение и разделение властей все более увязывалось с учрежденческими структурами, а в теории — понятие корпорации в римском праве, естественное право и, наконец, французская правовая доктрина. О развитии гражданского права речь пойдет по мере необходимости при обсуждении господства⁴. Поэтому в дальнейшем будут рассматриваться в основном правообразование и правоприменение в относящихся к экономике областях, которые ныне переданы частному праву и гражданскому процессу.

В соответствии с нынешним юридическим мышлением деятельность публичных союзов разделяется в области права на две части — правообразование и правоприменение, причем к последнему (чисто технически) примыкает исполнительное производство. Под *правообразованием* мы понимаем сегодня установление генеральных норм, каждая из которых, будучи изложенной юридическим языком, предстает в виде одного или нескольких рациональных правовых положений. *Правоприменение* мыслится как «отнесение» этих установленных норм и выведенных из них путем работы юридической мысли отдельных правовых положений к конкретным составам деяния, которые тем самым «подводятся» под эти положения. Отнюдь не все эпохи правовой истории мыслили таким же образом. Различение между правообразованием, т.е. созданием правовых норм, и правоприменением, т.е. их приложением к конкретному случаю, вообще отсутствует там, где правосудие представляет собой свободное управление, время от времени принимающее решения. Здесь нет ни правовой нормы, ни субъективного права для ее применения. Так же обстоит дело и тогда, когда объективное право действует как субъективная привилегия, и, следовательно, мысль о применении объективных правовых норм как основы субъектив-

⁴ См. т. IV настоящего издания.

ных правовых притязаний возникнуть не может. Так обстоит дело всегда и постольку, когда и поскольку отсутствует правоприменение как приложение общей правовой нормы к конкретному случаю, т.е. его подведение под норму. Это всегда происходит при иррациональном правоприменении, которое, как мы видели, представляет собой первоначальный способ правоприменения вообще и в прошлом господствовало, как мы еще увидим, — полностью или в остаточном виде — повсеместно, за исключением области применения римского права. Точно так же разделение между нормами права (теми, что привлекаются в процессе правоприменения) и нормами самого процесса правоприменения не всегда проводилось так четко, как это происходит сегодня, когда налицо различие материального и процессуального права. Если, например, ход процесса определяется влиянием империя на его подготовку, как, к примеру, в старом римском и — технически совершенно иначе — в английском праве, то, можно полагать, материальное правопритязание будет тождественно праву на использование процессуальной схемы иска — римского *actio* и английского *writ*. На самом деле старейшая римская правовая систематика разграничивает процессуальное и частное право не так, как это делаем мы. Совсем на других формальных основаниях ситуация, по крайней мере похожая на то, что мы понимаем как смешение процессуальных и материально-правовых вопросов, могла возникать там, где правоприменение основывалось на иррациональных способах доказывания — присяге и помощи присяге в их исконно магическом смысле, или ордалиях. Тогда право или долг исполнения этих магически значимых актов становился частью материального правопритязания или, еще проще, тождественным ему. Впрочем, разделение норм правовой процедуры и материально-правовых норм отражалось в различии *Richtsteige* и судебных «зерцал») хотя и по-иному, но в определенном смысле почти так же четко, как и в старой римской систематике.

Как следует из вышесказанного, способ вычленения используемых сегодня основных концепций правовых сфер в значительной мере обусловлен техническими правовыми моментами, отчасти способом структурирования политических союзов и поэтому может лишь опосредованно определяться экономическими факторами. Экономические моменты включаются по мере того, как рационализация хозяйства вследствие появления рыночных общностей и свободных контрактов и все возрастающая благодаря этому сложность конфликтов интересов, подлежащих разрешению путем правотворчества и правоприменения, мощнейшим образом двигают вперед и профессиональную рационализацию права, и становление учрежденческого характера политических союзов, в чем мы многократно будем убеждаться в дальнейшем. Все остальные, чисто экономические влияния имеют свою специфику и не могут быть подведены под общее правило. В то же время мы будем вновь и вновь убеждаться в том, что особенности права, внутренне обусловленные юридико-техническими и политически-

ми моментами, сильно влияют на устройство экономики. Далее мы должны кратко рассмотреть лишь важнейшие обстоятельства, воздействующие на общие формальные качества права, в частности, правообразования и правоприменения. В связи с этим нас особенно интересуют степень и вид *рациональности* права, прежде всего, конечно, экономически релевантного права (сегодняшнего «частного права»).

Право, однако, может быть «рациональным» в очень разных смыслах, в зависимости от того, в чем состоит рационализация правового мышления. Прежде всего, она может идти по пути (кажущейся) элементарной мысленной манипуляции, состоящей в *генерализации*, что в данном случае означает редукцию необходимых для решения единичного случая оснований к одному или нескольким принципам (они же — правовые положения). Эта редукция обычно осуществляется путем предварительного или одновременного разложения состава деяния на такие конечные элементы, которые принимаются во внимание при его правовой оценке. И наоборот: вычленение все новых и новых правовых положений ведет в обратном направлении — к обособлению отдельных, по возможности релевантных признаков состава деяния; этот процесс основан на *казуистике* и в свою очередь ее поддерживает. Но не каждая развитая казуистика движется в направлении или параллельно выработке логически сублимированных правовых положений. Весьма объемная правовая казуистика возникает скорее на почве простого паратакического и наглядного ассоциирования, т.е. на основе аналогии. Одновременно с аналитическим вычленением правовых положений из отдельных случаев идет синтетическая работа юридического конструирования «правовых отношений» и «правовых институтов»; это означает установление того, что является *юридически* релевантным в типичном действии общности, или согласованном действии, и того, каким логически непротиворечивым образом эти релевантные составные элементы должны быть *юридически* упорядочены, т.е. мыслиться как правовое отношение. Как бы тесно ни были связаны эти две формы работы друг с другом, даже высокая сублимация анализа может идти параллельно с минимальным конструктивным охватом релевантных в правовом смысле жизненных связей, и наоборот, синтез правоотношений может оказаться практически удавшимся, несмотря на весьма неглубокий анализ, возможно даже, по причине недостатка внимания к чистому анализу. Это последнее противоречие есть результат того, что анализ обычно стремится перерасти в следующую логическую задачу — *систематизацию*, которая, хотя принципиально и совместима с синтетической конструктивистской работой, нередко состоит с ней в напряженных отношениях. Систематизация в любой форме — это поздний продукт. Первоначальное право ее не знает. Согласно нынешним представлениям систематизация означает соединение всех полученных путем анализа правовых положений таким образом, что они вместе образуют логически ясную, внутренне непротиворечивую и прежде всего принципи-

ально беспробельную систему правил, которая, следовательно, претендует на то, чтобы любой мыслимый состав деяния мог быть логически подведен под одну из ее норм, иначе ее порядок не дает правовой гарантии. На это даже сегодня претендует не каждое право (английское, например, этого не делает), и тем более далеко не всегда это происходило в прошлом. Но даже когда это происходило, логическая сублимация системы была недостаточной. Как правило, систематизация выполняла роль внешней схемы упорядочения содержания права и имела малое влияние на способ аналитического построения правовых положений, а также на их конструкцию. Специфически современная (развившаяся из римского права) систематизация опирается на логическое толкование смысла как правовых положений, так и юридически релевантного поведения; правоотношения и казуистика, напротив, нередко противятся такому подходу, поскольку они, со своей стороны, изначально ориентированы на «наглядные», внешние признаки.

Отчасти совпадают с этими противоположностями, отчасти пересекаются с ними различия технических правовых инструментов, которые правовой практике приходится применять в конкретных ситуациях. Ниже описаны простейшие случаи. Правотворчество и правоприменение могут быть либо рациональными, либо иррациональными. Иррациональными в формальном смысле они являются тогда, когда порядок правотворчества и решение проблем правоприменения руководствуются средствами, не подлежащими контролю разума, например, оракулами или их суррогатами. В материальном смысле правотворчество и правоприменение иррациональны тогда, когда в основе решения лежат конкретные оценки — будь то этические, моральные или политические — единичного случая, а не общие нормы. Рациональными правотворчество и правоприменение опять-таки могут быть в формальном или в материальном смысле. Если взять формальный аспект, по меньшей мере относительно рациональным будет каждое формальное право. Право является формальным настолько, насколько в материально-правовой и процессуальной работе принимаются во внимание исключительно однозначные генеральные признаки состава деяния. Этот формализм опять-таки может иметь двойственный характер. С одной стороны, он проявляется в случае, когда юридически релевантные признаки имеют чувственно-наглядный характер. Первостепенное внимание к внешним признакам, таким, например, как произнесение конкретного слова, совершение подписи либо определенного, раз и навсегда фиксированного в его символическом значении действия — это строжайший вид правового формализма. С другой стороны, формализм налицо и в случае, когда юридически релевантные признаки выявлены путем логического толкования смысла, а затем построены и применены строгие правовые понятия в виде высокоабстрактных правил. При такой логической рациональности строгость наглядного формализма ослабевает, поскольку исчезает однозначность внешних признаков. Но его противо-

положность *материальной* рациональности становится еще выразительнее, ибо эта последняя состоит как раз в том, что решение правовой проблемы определяется нормами качественно иной природы, чем логическая генерализация абстрактных толкований смысла, а именно этическими императивами, утилитаристскими или иными правилами целесообразности или политическими максимами, которые разрушают как формализм внешних признаков, так и формализм логических абстракций. Специфически профессиональное, юридическое возвышение права в сегодняшнем смысле возможно только в том случае, если оно имеет *формальный* характер. Когда господствует абсолютный формализм «наглядных» внешних признаков, все сводится к казуистике. И лишь толкующая смысл абстракция позволяет ставить специфическую задачу *систематизации*, т.е. логического сведения отдельных действующих (в силу признания) правовых норм в непротиворечивое единство абстрактных правовых положений и рационализации последних.

Теперь посмотрим, как силы, участвующие в создании права, воздействуют на развертывание его формальных качеств. Нынешняя юридическая работа, по крайней мере, те ее виды, что достигли высшей степени методико-логической рациональности (т.е. созданные юриспруденцией общего права), опирается на следующие постулаты: 1. каждое конкретное правовое решение есть применение абстрактного правового положения к конкретному составу деяния; 2. для каждого конкретного состава деяния средствами правовой логики должно быть обеспечено решение на основе действующих правовых положений; 3. действующее объективное право должно представлять собой беспробельную систему правовых положений, либо последняя должна содержаться в нем латентно, либо в крайнем случае оно должно считаться беспробельным для целей правоприменения; 4. все, что не может быть юридически рационально сконструированным, также нерелевантно в правовом отношении; 5. поведение человека во всех случаях должно толковаться как применение или исполнение правовых предписаний или, наоборот, как их нарушение (именно этот вывод содержится у Штамллера, хотя и не *expressis verbis*), так что, если исходить из принципа беспробельности правовой системы, правовая упорядоченность — это базовая категория всего социального поведения.

Мы пока что не будем заниматься этими постулатами мышления, а исследуем некоторые общие формальные качества права, важные для его функционирования.

§ 2. Формы обоснования субъективного права

Логические категории правовых положений с. 59. — Права свобод и управомочивающие нормы с. 60. — Свобода договора с. 61. — Развитие свободы договора с. 62. — Статусные контракты и целевые контракты: историко-правовое происхождение целевых контрактов с. 64. — Различные практические значе-

ния и пределы свободы договора с. 76. — Свобода договора, автономность и правосубъектность союзов с. 86. — Свобода и принуждение в правовой общности с. 118

Слияние всех разнообразных союзов, бывших носителями правообразования, в *единый* государственный институт принуждения, который теперь претендует на то, чтобы быть источником любого легитимного права, характерно выражается в том, как право ставится на службу лицам, нуждающимся в правовой защите, особенно в защите экономических интересов. Ранее⁵ мы *a potiori* рассматривали существование конкретного права как *superadditum*, особого рода дополнительный шанс для индивидов, наделенных с помощью «объективного права» «субъективными правами», на то, чтобы не были обмануты их ожидания. Кроме того, мы воспринимаем возникновение такого «субъективного права» отдельных заинтересованных лиц *a potiori* как нормальный случай, который с точки зрения социологии через целый ряд переходных состояний связан с ситуацией, когда обеспеченные правом шансы отдельных лиц реализуются, не будучи подтвержденными каким-либо «субъективным правом», а лишь в виде рефлекса некоего регламента. Следовательно, лицо, фактически обладающее правом распоряжения предметами или людьми, получает путем правовой гарантии специфическую безопасность на срок, предусмотренный этой гарантией, а тот, кому было что-то обещано, получает уверенность в том, что договоренность будет выполнена. Это, по сути, и есть элементарнейшее отношение между правом и хозяйством. Но не единственно возможное. Право может, скорее, функционировать так — или, говоря языком социологии, действия аппарата принуждения в силу наличия нормирующих порядков организованы так, что возникновение определенных хозяйственных отношений, например, порядков экономического распоряжения или основанных на соглашениях экономических ожиданий, возможно лишь под влиянием принуждения, т.е. специально для этой цели рационально созданного объективного права. Разумеется, это предполагает наличие особого состояния права, и об этой предпосылке нужно сказать отдельно.

С точки зрения юристов, современное право состоит из *правовых положений*, т.е. абстрактных норм, говорящих о том, что определенное состояние дел должно влечь определенные правовые последствия. Самое ходовое членение правовых положений — это, как и во всех других порядках, их деление на предписывающие, запрещающие и разрешающие, чему в области субъективных прав индивида соответствует право предписывать другим какое-либо действие, запрещать его или разрешать. Такой, гарантированной и ограниченной правом, власти над действиями других социологически соответствуют следующие ожидания: 1. другие делают что-

⁵ См. с. 34–35 настоящего тома.

то определенное, или 2. им разрешается делать что-то определенное (и то и другое является разновидностью предписаний), или 3. они могут делать что-то либо, если угодно, не делать без вмешательства третьих лиц (последнее означает уполномочение). Каждое из субъективных прав представляет собой источник власти, который благодаря существованию соответствующих правовых норм иногда может доставаться тому, кто без этих норм был бы абсолютно бессилён. Уже по этой причине субъективное право есть источник совершенно новых ситуаций в действии общности.

Однако речь не об этом, а о качественном расширении прав распоряжения индивида на основании правовых норм определенного типа. Уполномочения, последний из названных выше видов гарантированных правом ожиданий, их объём и способ действия на сегодняшний день особенно важны для развития хозяйственного порядка. Они проявляют себя двояко. С одной стороны, это так называемые права свобод, т.е. простые гарантии против определенного рода вмешательства третьих лиц, особенно государственного аппарата, в рамках разрешенного правом действия (свобода передвижения, свобода совести, свободное распоряжение находящейся в собственности вещью и т.д.). Далее, управомочивающие нормы оставляют на волю индивидов автономное регулирование отношений друг с другом в определенных границах путем отвечающих праву сделок. Поскольку эта воля допускается правовым порядком, постольку действует принцип *свободы договоров*. Степень свободы договоров, т.е. содержания сделок, гарантируемых властью как законные, и, следовательно, относительная значимость уполномочивающих на сделки норм в совокупном правовом порядке — это, конечно, в первую очередь функция расширения рынка. В господствовавшем ранее безобменном закрытом хозяйстве право, естественно, было в гораздо большей степени настроено на то, чтобы при помощи предписывающих и запрещающих норм отграничивать ситуации, в которых индивиды родились, или воспитывались, или оказались в силу других, внеэкономических обстоятельств, как особый комплекс правоотношений и таким образом устанавливать индивиду некие определенные ему от рождения или обусловленные внеэкономическими факторами границы свободы. Свобода в правовом смысле означает обладание правами, актуальными и потенциальными, которые, однако, в обществе с нерыночным устройством основываются прежде всего не на сделках, заключаемых индивидом, а прямо и непосредственно на предписывающих и запрещающих нормах права. Обмен, напротив, при господстве правового порядка представляет собой «правовую сделку», состоящую — в зависимости от ее содержания — в приобретении правовых притязаний, в их передаче, исполнении или в отказе от них. В ходе расширения рынка они становятся все более многочисленными и разнообразными. Однако ни в одном правовом порядке свобода договоров не является настолько безграничной, что любое содержание соглашений гарантируется правовым принуждением.

Специфика каждой правовой системы как раз и заключается в том, какое содержание договоров ею гарантируется, а какое нет. На решение этой проблемы сильнейшим образом влияют, в зависимости от структуры хозяйства, те или иные заинтересованные стороны. По мере ускорения развития рыночного хозяйства — люди, связанные с рынком. Главным образом их влияние определяет сегодня вид сделок, регулируемых правом при посредстве уполномочивающих норм.

Нормальная на сегодняшний день свобода договоров, разумеется, существовала не всегда. И там, где существовала, она развивалась отнюдь не всегда исключительно в тех областях, где в наше время преимущественно господствует, но в весьма значительной степени — в тех, где ныне отсутствует вообще или в гораздо большей мере ограничена, чем ранее. Мы хотели бы в кратком экскурсе описать стадии ее развития. Главная материальная особенность современной правовой жизни, особенно жизни частного права, в отличие от прежней, состоит в первую очередь в сильно возросшем значении основанных на праве сделок, особенно контрактов как источника обеспеченных в принудительно-правовом порядке требований. Для области частного права это настолько характерно, что нынешний тип обобществления, насколько он охватывается частным правом, может *a potiori* обозначаться как *контрактное общество*. С правовой точки зрения легитимное экономическое положение индивида, т.е. сумма его в правовом смысле законно приобретенных прав и законных обязанностей, определяется сегодня, с одной стороны, случаями наследования, имеющими место в силу семейно-правовых связей, а с другой — прямо или косвенно, контрактами, которые заключает он сам или заключаются от его имени. Приобретение прав в порядке наследования представляет собой в сегодняшнем обществе важнейший пережиток того вида обоснования легитимного права владения, который когда-то как раз в экономической сфере полностью или почти полностью господствовал. Ибо в сфере наследственного права были значимы и остаются таковыми поныне, по крайней мере по их удельному весу, факторы, на которые собственное правовое поведение индивида не оказывает в принципе никакого влияния и которые выступают как изначально данная предпосылка. Это принадлежность индивида к некоему кругу лиц, основанная, как правило, на факте рождения в определенной семье, а значит, на приписываемых ему правом естественных связях, выступающая поэтому с точки зрения социального и экономического порядка как присущее индивиду социальное качество, как то, что он изначально представляет собой в частноправовом смысле независимо от его собственных деяний, т.е. в силу общего согласия или октроированного порядка, а не в силу частноправовых отношений, которые он намеренно создал актами обобществления.

Противопоставление, разумеется, относительно, так как притязания на наследство могут быть обоснованы контрактом (договор о наследстве), а при наследовании по завещанию правовой базой приобретения является

не наличие родственных связей, а одностороннее распоряжение наследодателя. Впрочем, договор о наследстве сегодня — нечастое явление, и его обычное (а по некоторым законодательствам, например, австрийскому, единственное) применение состоит в заключении договора о наследстве между супругами, в основном при вступлении в брак, при одновременном регулировании имущественно-правовых отношений брачующихся, т.е. также в связи со вступлением в семейные отношения. И преобладающее большинство всех завещаний ставит своей целью (помимо проявления щедрости, требуемого правилами приличия) удовлетворение интересов членов семьи ввиду экономических обстоятельств, которые обусловлены составом и характером имущества или индивидуально-личностными отношениями, причем вне англосаксонской области права свобода действий распорядителя сильно ограничена правом ближайших родственников на обязательную долю наследства. Значение большей свободы завещания, встречающейся в некоторых древних и современных законодательствах, и значительно большего распространения контрактных соглашений в области семейных отношений в прошлом, а также причины падения их значимости будут обсуждаться ниже⁶. Сегодня в области семейного и наследственного права объем единичных, содержательно свободных сделок, оформленных по усмотрению сторон, относительно ограничен.

Тем не менее в общем объеме публично-правовых отношений контрактные соглашения и в наше время занимают в совокупности немало место, ибо каждое назначение чиновника осуществляется на контрактной основе, а многие крайне важные процессы конституционного управления, такие как, прежде всего, принятие бюджета, предполагают, если не по форме, то во всяком случае по существу, совершенно свободное соглашение между многими самостоятельными органами государства, каждый из которых в силу закона недоступен принуждению со стороны любого другого. Отметим лишь, что с юридической точки зрения контракт чиновника сегодня должен рассматриваться не столько в качестве *causa* его установленных законом обязанностей, как в любом частноправовом договоре, сколько как акт подчинения чиновника служебному принуждению. А фактически свободное согласование бюджета не должно считаться контрактом; согласование вообще не следует рассматривать в качестве юридически существенного процесса по той причине, что суверенитет признается (и тому есть веские юридические мотивы) важным атрибутом современного государства, последнее же воспринимается как единство, акты органов которого обязательны к исполнению. Сегодня место свободных контрактов в сфере публично-правовых отношений — международное право. Такая точка зрения существовала не всегда, она была бы не оправдана применительно к фактическим отношениям политических союзов прошлого. Хотя

⁶ См. с. 81–83 настоящего тома.

(если обратиться к тем же примерам) положение чиновника в прошлом значительно менее, чем ныне, соответствовало свободному контрактному отношению как *causa*, а в гораздо большей степени состояло (и это мы увидим позднее) в полном подчинении личностному, напоминающему семейное, насилию господина. Но другие политические акты (например, предоставление средств для решения общественных задач), а также многочисленные управленческие акты представляли собой в обстоятельствах сословной политической структуры не что иное, как контракты между князьями и сословиями, соединенными в силу своих субъективных прав, т.е. привилегий и прерогатив, в единый политический союз и именно так они понимались юридически. Структура ленных владений по самой своей сути зиждется на контрактах. И если положения действующего права, содержащиеся в *leges barbarorum*, которые в нашей современной терминологии представляют собой кодификацию законодательства, часто обозначаются словом *pactus*, то это надо воспринимать совершенно серьезно: в те времена, действительно, новое право могло войти в жизнь фактически лишь путем свободного согласования административной власти с тинговыми товариществами. И наконец, самые первые чисто политические союзы по своей правовой форме основывались на свободном соглашении многих в дальнейшем внутренне самостоятельных групп («дома» у ирокезов). Даже мужские дома являются сначала свободными обобществлениями, только рассчитанными уже на длительный срок в противоположность первоначальным обобществлениям *ad hoc* для авантюрных целей, которые формально были целиком и полностью основаны на свободном соглашении. В области правоприменения также изначально было свободное соглашение, ставшее основанием дальнейшего развития. Договор об обращении к третьей стороне вытекает из искупительных договоров между родами; добровольное подчинение судебному решению или ордалиям является не только источником любого процессуального права: как будет показано ниже⁷, древнейшие виды частных договоров (в их широком понимании) восходят к процессуальным договорам. Далее, большая часть важных технических достижений судебного производства представляет собой, по крайней мере формально, продукт свободного соглашения сторон, и начальственное вмешательство в процесс (со стороны лорда-канцлера или претора) широко осуществлялось в очень характерной форме принуждения сторон к заключению определенных соглашений, способствующих дальнейшему ходу процесса, т.е. в форме принудительного контракта, каковой, впрочем, в виде принудительного лена сыграл также значительную роль в области политического (ленного) права.

Значение контракта в смысле свободного соглашения, как правовой основы возникновения требований и обязательств, следовательно, широко признавалось в ранние и самые ранние эпохи и периоды развития права.

⁷ См. с. 69 и далее настоящего тома.

Причем именно в тех областях, где сегодня значение свободного соглашения сошло на нет или отошло на задний план: в публичном и процессуальном, а также в семейном и наследственном праве. Напротив, чем больше мы углубляемся в историю, тем меньше роль контракта в имущественном приобретении домохозяйства (т.е. в приобретении из иных источников, чем семейно- или наследственно-правовые), где сегодня он играет основополагающую роль. Нынешнее значение контракта в этой области — результат в первую очередь интенсивного роста рыночного обобществления и использования *денег*. Следовательно, не только усиление значимости частноправового контракта вообще составляет юридическую сторону отношений рыночной общности, но и сам контракт, пропагандируемый рыночной общностью, уже по сути иной, чем тот первоначальный, игравший ранее в области публичного и семейного права гораздо более важную роль, чем ныне. Учитывая это глубочайшее изменение всеобщего характера свободного соглашения, назовем те изначальные типы контракта *статусными*, в отличие от характерных для товарного оборота и, следовательно, рыночной общности *целевых* контрактов. Различие проявляется в том, что прежние контракты, на которых основывались, например, политические или другие личные союзы, длительные или кратковременные, или семейные связи, предполагали изменение целостного правового качества, универсального статуса и социального габитуса затронутых персон. И поэтому все контракты, способные произвести такое изменение, были первоначально и без исключения либо непосредственно магическими, либо каким-то образом магически значимыми актами, и еще долго сохраняли в символике следы этой своей природы. Большинство из них (в частности, уже упоминавшиеся в качестве примеров) представляют собой договоры побратимства. Каждый должен отныне стать ребенком, отцом, женой, братом, господином, рабом, сородичем, соратником, покровителем, клиентом, свитским, вассалом, подданным, другом, т.е. в широчайшем смысле слова «товарищем» другого. Такое побратимство не означает, однако, что стороны предоставляют друг другу или ожидают друг от друга определенных услуг, нужных для достижения конкретных целей, оно также не означает только ожидания нового, определенным образом, как мы сказали бы, осмысленно иного поведения в отношении друг друга. Но оно означает, что человек «стал» качественно иным, чем ранее, ибо иначе такое новое поведение было бы совершенно невозможно. Он должен принять в себя иную душу. Надо смешать и выпить кровь или слюну (это уже относительно поздний ритуал), или исполнить анимистическую процедуру создания новой души при помощи других, равносильных колдовских средств. Иной гарантии того, что участники действительно оформили целостность своего поведения по отношению друг к другу в духе побратимства, для магически ориентированного мышления не существует. Или как минимум (так менялась процедура по мере замещения анимизма верой в богов) каждый из

участвующих должен быть поставлен под начало либо покровительствующей, либо — в случае неправильного, небратского поведения — угрожающей сверхчужденной силы. Клятва, магическая сила которой изначально состояла в обусловленной выдаче самого себя на волю злого волшебства, теперь же приняла форму самопроклятия и вызова на себя божественного гнева. Поэтому клятва и стала впоследствии одной из самых универсальных форм всех договоров побратимства, но не только их, ибо технически она представляет собой — в противоположность истинно магическим формам побратимства — также средство обеспечения целевых контрактов, т.е. соглашений, нацеленных на достижение конкретных, чаще всего экономических результатов или успехов. Причем статус участников при этом не затрагивается, как, например, обмен не порождает новых, «товарищеских» качеств. Сначала это было не так.

Обмен — архетип всех чисто целевых контрактов — первоначально представляет собой типически упорядоченное массовое явление, происходящее между товарищами внутри экономической или политической общности, причем, пожалуй, только в неэкономической сфере, такой как обмен женщинами между экзогамными родами, которые при этом находятся в своеобразном двойственном положении, ибо выступают по отношению друг к другу частью как товарищи, частью как нетоварищи. Такой обмен в ситуации экзогамии оказывается одновременно актом побратимства, поскольку, хотя женщина при этом в любом случае воспринимается как объект, мысль о том, что налицо некое магически побуждаемое изменение статуса, вряд ли совсем отсутствует. Можно предположить, что своеобразная двойственность, порождаемая возникновением регулируемой экзогамии в картеле экзогамных родов, точнее в их отношениях друг к другу, объяснит следующее многократно отмечавшееся явление. Брак с главной женой часто свободен от формальностей, тогда как союз с дополнительными женами осуществляется в строгой форме: положение главной жены, изначально и доэкзогамное, таковой не требует, поскольку обмен первоначально, до возникновения экзогамии, не был связан с актами побратимства. Но более правдоподобным кажется то, что жесткие контрактные формы скорее обусловила необходимость обеспечить посредством контракта особые экономические гарантии для дополнительных жен в противоположность главной жене с ее обычно стабильным экономическим положением. Экономический обмен — это всегда обмен между индивидами, которые не принадлежат к одному и тому же дому, это, как правило, обмен вовне, с чужими, не членами рода, не побратимами, короче, просто нетоварищами. Уже поэтому он избегает, как в ранее упомянутой форме немого обмена, любой магической формализации и лишь постепенно обретает сакральную защиту в форме торгового права. В упорядоченном виде такая защита вообще стала возможной лишь после того, как возникли представления о богах, занявшие место рядом с магией, средства которой — по крайней

мере напрямую — годились только для обеспечения статусных контрактов. Казалось, что и обмен посредством особых актов побратимства или других аналогичных действий может быть поставлен под защиту статусного контракта. Однако в целом это происходило только в случае земельной собственности, об особом положении которой еще пойдет речь. Нормальным же было отсутствие (по крайней мере относительное) гарантий обмена и вообще любых представлений о возможности принятия каких-либо обязательств, не вытекавших из факта природного или искусственного всеобщего побратимства. Этим было обусловлено то, что обмен действовал сначала исключительно как мгновенная взаимная передача собственности на обмениваемые товары. Имущество, правда, защищалось от кражи требованием мести или воздаяния. Даже правовая защита обмена — это защита не обязательств, а владения. И более поздняя обязанность ручательства продавца первоначально обеспечивалась (там, где это вообще происходило) лишь косвенно, в форме исков по обвинению в краже против недобросовестного продавца.

Формальная правовая конструкция обмена возникает лишь тогда, когда формируется денежная функция определенных товаров, особенно металлов, и, следовательно, появляется возможность продажи. Это происходит не только с возникновением бумажных или даже государственных денег, но, на что особо указывает и римское право, уже на базе пенсаторных платежных средств. Сделки *per aes et libram* являются одной из двух самых ранних форм правовых сделок в древнем римском гражданском праве. Этот вид покупки за наличные в ходе правового развития в Риме обрел универсальные функции, свойственные практически всем видам частных сделок, независимо от того, были ли они семейно-правовыми, наследственно-правовыми или имели собственно обменный характер. Таким образом, побратимские и прочие статусные контракты с их порождающими особый образ мышления универсальными правами и обязанностями, ориентированные на универсальные качества социального статуса личности и ее включенность в целиком поглощающий ее союз, уступают место денежному контракту; он представляет собой специфическое по содержанию и функции, количественно определенное, абстрактное, чуждое идее качественности и обычно чисто экономически обусловленное соглашение — архетип целевого контракта. В качестве такого азтического целевого контракта денежный контракт стал инструментом лишения правовых актов их магического или сакрального характера, т.е. средством обмирщения права (так, римский гражданский брак стал заключаться в формах *coemptio*, а не сакраментальной *confarreatio*). Для этой цели он был не единственным, но самым подходящим инструментом. Разумеется, как особого рода сделка за наличный расчет, по крайней мере поначалу не содержащая в себе никакого элемента соотношения с будущим, этот контракт имел крайне консервативный характер, ибо он также только оформлял владение, гарантировал уже приоб-

ретенный товар, но вначале не давал никаких гарантий исполнения обещанного. Мысль об обязательствах по контракту была совершенно чужда ранним правовым системам. Обязательство исполнения и право требования существовали в них лишь в единственной форме — как требование *ex delicto*. Право потерпевшего было строго определено практикой искупительного производства и связанной с ней традицией. Установленный судьей долг возмещения был самой древней действующей формой долга, из которой выросли все прочие долговые отношения. И в этом смысле, наоборот, уже изначально все претензии, подлежащие рассмотрению в судебном порядке, были обязательственными претензиями. Формальной судебной процедуры, предполагающей возврат вещи или недвижимости при спорах членов различных родов, первоначально не существовало. Каждая жалоба непременно основывалась на утверждении, что лично ответчик причинил лично истцу подлежащую искуплению несправедливость. Поэтому не могло существовать не только никакого контрактного или имущественного иска, но и никакого иска статусного характера.

Принадлежал ли кто-то по праву к домашнему союзу, клану или политическому союзу, это считалось исключительно внутренним делом союза и решалось внутри самой группы. Однако именно в этом отношении положение менялось, ибо согласно фундаментальным нормам любого рода братства или общины благочестия считалось, что брат к брату, сородич к сородичу, член гильдии к члену гильдии, патрон к клиенту и наоборот не могут предъявлять судебных требований, не могут свидетельствовать друг против друга, точно так же как между ними невозможна кровная месть. Возмездие за преступление было делом духов и богов, прерогативой священнослужителей, или домашней власти, или суда Линча. Однако, когда политический союз конституировался как военная община и пригодность к воинской службе и политические права связывались с рождением в признанном союзом полноценным браке, а несвободные и неравнородные поэтому не должны были иметь права ни на военную службу, ни на долю в добыче, возникала необходимость в правовой форме обжалования спорного статуса личности. Тесно связано с этим возникновение исков, касающихся земельного владения. Обладание определенными площадями полезных земель при их возрастающем дефиците становилось все более важной основой любого союза — как политического, так и домашней общины. Полноправное участие в союзе давало право претендовать на долю в землевладении, и наоборот, только землевладелец мог быть полноправным гражданином союза. Поэтому споры между союзами о владении землей всегда имели имущественные последствия: победивший союз получал спорную территорию. Однако по мере роста индивидуальной апроприации земель истцом становился уже не союз, а отдельный товарищ против другого товарища, и каждый из них ссылался на то, что владеет землей по праву товарища. В то же время лишь один из претендентов в спорах, касающихся прав товари-

шей на землю, по решению суда мог получить предмет спора, составлявший основу всего его политического и социального существования. Ибо только один из двоих мог иметь на это право в качестве товарища, точно так же как каждый мог быть либо товарищем, либо нетоварищем, либо свободным, либо несвободным. Спор о *fundus* или *kleros*, особенно в военизированных союзах, таких как античный полис, должен был непременно принимать форму двустороннего процесса, в котором ни один из участников не преследовался как виновник нарушения прав якобы потерпевшего и не стремился доказать собственную невиновность, но каждый, чтобы не проиграть в споре, должен был доказывать свои соответствующие права. Как только речь заходила о товарищеском праве как таковом, схема деликтного иска оказывалась неприменима. *Fundus* невозможно было украсть, и не только по естественным причинам, но потому, что невозможно было украсть у кого-то его качество товарища. Там, где речь шла о статусе или земельном владении, наряду с односторонним деликтным иском присутствовал двухсторонний иск — эллинская *diadikasia* и римская *vindicatio* с обязательным встречным иском ответчика против требований истца. Статусные споры, к которым относился и спор о земельных наделах, дали начало разделению вещных и личных требований. Это разграничение стало результатом развития старых личных союзов и проявилось только с их распадом, прежде всего с окончанием строгого господства рода над имуществом, т.е. приблизительно, скажем, на стадии марковых товариществ и гуфного права и соответствующей стадии организации владения. Раннее правовое мышление вместо этой противоположности знало двойственность основополагающих обстоятельств дела: 1. Я являюсь — в силу рождения или воспитания в доме *X*, в силу брака, усыновления, побратимства, признания способным носить оружие, достижения совершеннолетия — товарищем союза *Y* и поэтому могу претендовать на обращение имущества *Z* в свою пользу; 2. *X*, товарищ союза *Y*, нанес мне, *A*, или другому товарищу моего союза, *B*, ущерб *C*, поэтому он и товарищи его союза обязаны принести возмещение нам, товарищам союза, к которому принадлежит *A*. (В арабских правовых спорах вообще говорится не «пролита кровь *A*», а «пролита родовая кровь».) Из первого типа обстоятельств возникали по мере роста индивидуальной апроприации вещные требования (прежде всего иски о наследстве и праве собственности) к любым третьим лицам. Из второго — личное требование к тому, кому (исключительно) следует предписать выполнение определенных, особенно возникших в силу обещания, обязательств по отношению к имеющему на это право лицу (и только к нему лично).

Ясность первоначального состава деяния и прямолинейность развития осложнялись дуализмом правоотношений между родовыми союзами и внутри них. Между товарищами одного рода, как мы видели, не существовало мести, а следовательно, и правовых споров, приняты были только урегулирование конфликтов старейшинами рода и бойкот по отношению

к нарушителям. Все магические правовые формальности процесса отсутствовали, улаживание споров внутри рода — управленческий вопрос. Судопроизводство и право в смысле принуждения к исполнению обеспеченных в результате отправления правосудия требований существовало только между различными родовыми союзами и их членами, принадлежавшими к одному и тому же политическому союзу. Но если род распался на соседствующие друг с другом домашние общности, локальные образования и политический союз, возникал вопрос, в какой мере судопроизводство, свойственное политическим союзам, распространяется на отношения членов рода и даже домашних товарищей. В той степени, в какой это происходило, земельные требования отдельных лиц вызывали тяжбы между товарищами даже в суде. Первое время — в форме упомянутых двусторонних виндикационных исков. В то же время политическая власть могла принимать патриархальный характер, и тогда методы разрешения споров в целом более или менее соответствовали первоначально применявшемуся только для улаживания внутренних споров типу управления. В дальнейшем эти методы могли распространяться и на производство по делам политических союзов. В результате часто «смазывалась» свойственная как старому, так и новому подходу ясная типология при разделении двух категорий требований. Техническое оформление этого разграничения не должно нас здесь занимать. Мы возвращаемся к вопросу о том, как из персональной ответственности за деликт возникли контрактные обязательства, а из деликтной задолженности как основания иска — задолженность по контракту. Промежуточным звеном явилась установленная или признанная в ходе судопроизводства обязанность возмещения ущерба.

Один из самых ранних типичных случаев, в которых признание задолженности по целевому контракту должно было стать экономической необходимостью, является долг по ссуде. Именно здесь обнаруживается постепенность высвобождения из первоначального состояния исключительно личной ответственности. Ссуда, как мы уже говорили⁸, в виде всегда беспроцентной помощи в беде первоначально была характерна для отношений братьев. По этому поводу между братьями, т.е. товарищами по роду или гильдии, сторонами клиентских или иных основанных на личном почитании отношений, не могло быть никаких исков. Ссуда, выдаваемая за пределы союза побратимства, в правовом отношении не подчинялась как таковая правилу безвозмездности там, где происходила ее выдача. Но первоначально при господстве личной ответственности судебная жалоба была невозможна. В качестве меры принуждения обманутый займодавец располагал только гротескными, на наш взгляд, магическими процедурами, остатки которых сохранялись долгое время. В Китае займодавец грозил самоубийством и совершал его, надеясь, возможно, преследовать должни-

⁸ См. т. II, гл. 2, § 2 настоящего издания.

ка после смерти. В Индии займодавец приходил к дому должника и там вешался или доводил себя до смерти голодом, в результате чего род умершего должен был мстить должнику, а если займодавец был брахманом, должник попадал к судье как убийца брахмана. В Риме *improbitas* «двенадцати таблиц» и более поздняя *infamia* в случаях серьезного обмана *fides* являлись, безусловно, пережитками социального бойкота как наказания за преступления против верности и доверия при отсутствии средств правового принуждения.

Развитие единого обязательственного права было, конечно, связано с иском *ex delicto*. Ответственность рода за деликт, например, вытекала изначально из широко распространенной солидарной ответственности всех членов рода или дома по контракту одного из них. Однако развитие подлежащих рассмотрению в суде контрактных обязательств преимущественно пошло своим собственным путем. Часто решающую роль играло вхождение денег в экономику: *nexum*, т.е. долговой договор *per aes et libram*, и *stipulatio*, т.е. долговой договор с условием символического залога, — обе эти изначальные контрактные формы римского *jus civile* были одновременно денежными контрактами. По крайней мере в отношении *stipulatio*, мне кажется, в этом можно быть уверенным. Но оба этих типа не отрицают связи с доконтрактным состоянием права. Оба были строго формальными, устными и только лично исполняемыми актами. Имеют одинаковое происхождение. Что касается *stipulatio*, то по аналогии с судебными процессами в германском праве можно вместе с Миттайсом предположить, что она ведет свое происхождение от процесса, вне которого первоначально, кажется, играла весьма скромную роль, будучи применяемой для второстепенных согласований (проценты и т.п.). Наряду с обменом, и договор искупления, на котором основывается судебный процесс, развивается в направлении целевого контракта хотя бы потому, что, являясь договором между противниками, а не договором побратимства, требует точной формулировки спорных моментов и прежде всего предмета доказывания. Но чем более жесткую форму принимает процесс сам по себе, тем больше поводов он дает к возникновению правовых сделок, порождающих контрактные обязательства. Сюда, безусловно, относится обеспечение одной стороной процесса гарантий, требуемых от противоположной стороны. Процесс, целью которого было предотвратить самоуправство, во многих правовых системах сам начинался актом самоуправства. Истец тащит ответчика в суд и освобождает его, только когда есть уверенность, что тот не уклонится от возмещения, если судья признает его виновным. Самоуправство при этом неизменно направлено против личности ответчика, ибо в основе претензии всегда прежде всего лежит утверждение не просто объективно неправомерного характера действия, но и, что полностью с этим отождествлялось, злодейства ответчика по отношению к истцу, за которое первый должен отвечать персонально. Гарантию, которую ответчик должен был предоставить,

чтобы его оставили в покое вплоть до решения суда, он дает при помощи поручителя (*sponsor*) или посредством залога. Оба этих правовых института возникают в процессе сначала в виде принудительной сделки. Позднее вместо поручительства третьих лиц ответчику разрешалось самому поручиться за исполнение решения суда; правовой смысл здесь заключался в том, что он ручался самим собою, точно так же как древнейшей юридической формой свободного трудового договора повсюду была продажа себя в рабство на ограниченный срок вместо обычной продажи отцом или господином. Самыми древними, основанными исключительно на договорах, долговыми обязательствами были обязательства, перенесенные из процессуального порядка во внепроцессуальную правовую жизнь. Предоставление залога или заложника являлось и в германском праве древнейшим средством обеспечения долга не только по экономическим соображениям, но и из-за правового формализма. Поручительство, из которого там и тут выводилось самопоручительство, в правовом мышлении несомненно связывалось с личной солидарной ответственностью членов рода и дома. Залог, однако, как вторая форма обеспечения будущих обязательств, был в римском, как и в немецком, праве или гарантийным залогом (исполнительный залог), или залогом, предоставленным с целью избежать персонального иска или персонального наказания, в то время как сегодня это гарантия отдельно существующего требования. Предоставление залога чаще всего предполагает распоряжение заложенным имуществом, которое, пока долг не погашен, является правоммерным, а после своевременного погашения залога — неправоммерным владением залогом со стороны займодавца; в последнем случае имеет место нарушение по отношению к бывшему должнику. Вот почему залог относительно безболезненно включается в привычную для правового мышления схему древнейшего основания иска — фактического причинения вреда личности или ее имуществу. В конечном счете с возможным способом исполнения решения суда или же с процессуальным обычаем предоставления заложника связана и практиковавшаяся повсюду сделка, состоявшая в условной продаже себя в долговую кабалу. Тело самого должника являлось в этом случае залогом займодавцу и в конце концов переходило в его правоммерное владение, если долг не был выплачен. Долговые обязательства по договорам, как и обязанности мести или возмещения, к которым они примыкали, первоначально были не обязательствами отвечать своим состоянием, как это мыслится сегодня, но обязательствами отвечать собственной физической личностью, и только ею. Доступа к состоянию должника поначалу вообще не существовало. В случае неуплаты займодавец мог располагать только должником. Он убивал его или брал в заложники, держал долговым рабом, продавал в рабство, некоторые займодавцы могли — это позволялось в «двенадцати таблицах» — разрезать его на куски, или же займодавец поселялся в доме должника, и тот должен был его обслуживать (*Einlager*), что есть уже переход к имущественной ответ-

ственности. Последняя, однако, внедрялась очень медленно. Личная же ответственность как следствие неплатежеспособности исчезла в Риме лишь в ходе борьбы сословий, а в Германии — только в XIX в. Старейшие чисто обязательственные контракты (*nexum* и *stipulatio*, а также *vadiatio* у германцев) всегда предполагали добровольное закабаление как залог будущего исполнения имущественных обязательств и с целью избежания немедленной личной ответственности. Но если эти обязательства не исполнялись, следовало обращение к личности должника.

Первоначально все контракты являлись контрактами о смене владения. Поэтому и все правовые сделки, которые действительно представляли собой старые формы договорной долговой ответственности, особенно весьма формально и строго соблюдаемой повсюду денежной долговой ответственности, всегда были символически связаны с формально-правовым переходом права владения. Кое-что в этой символике, несомненно, основывалось на магических представлениях. Но в конечном счете главным было то, что правовое мышление не знало «невидимых» составов деяния типа простых долговых обещаний, но только преступление, а преступлением было нанесение вреда богам, телу и жизни человека или видимому имуществу. Договор, который считался релевантным в правовом смысле, должен был поэтому обычно предусматривать наличие видимого имущества или во всяком случае возможность быть истолкованным как таковой. Если это так и было, он мог по мере развития включать самое разное содержание. Сделки, не отвечавшие названному требованию, не имели реальной правовой силы. Исключение составляли только все сделки за наличные деньги или по крайней мере те, при которых в качестве частичного исполнения давался задаток, что исключало изменение намерений обещающего. В этом проявился изначальный принцип, свойственный многим правовым системам: долговременная обязательность присуща только платным целевым контрактам. Этот принцип соблюдался столь неуклонно, что еще в конце Средневековья (XV в., официально с Генриха VIII) с ним было связано английское представление о *consideration* как о вознаграждении по контракту: если выплачено вознаграждение, даже если оно имеет номинальный характер, контракт мог вместить почти любое не запрещаемое законом содержание. Он считался действительным, даже если — конечно, без учета *consideration* — не было правовой схемы, в которую он бы укладывался. Неоднократно оспоренный смысл положений «двенадцати таблиц» о манципации состоял, по существу, в довольно примитивном санкционировании материальной свободы распоряжения и относительно ограниченной свободы развития при одинаковых в принципе формальных предпосылках.

Кроме формальных денежных сделок, с одной стороны, и традиционных схем процессуального поручительства — с другой, потребности правовой жизни породили еще одну возможность гарантии правового при-

нуждения для целевого контракта, а именно возможность искусственной выработки новых контрактных исков на основании деликтных исков. Это проявилось даже в технически уже высокоразвитых правовых системах, таких как английская, еще в пору позднего Средневековья. Экономическая рационализация права благоприятствовала возникновению представлений о том, что обязанность искупления представляет собой не только выкуп мести (первоначальное понимание), но и возмещение ущерба. Неисполнение контракта могло квалифицироваться теперь как требующее возмещения нанесение ущерба. Адвокатская практика и судовождение в английском королевском суде начиная с XIII в. все чаще квалифицирует неисполнение контрактов как *trespass* и создает им правовую защиту (посредством *writ of assumpsit*), подобно тому как технически совершенно иная правовая практика римских преторов распространяла правовую защиту сначала путем расширения деликтных исков, а потом — на основании такого понятия, как *dolus*, — за пределы ее первоначальной области.

Даже после возникновения подлежащих искам и легко дифференцируемых по содержанию контрактных требований еще долго не было достигнуто состояние права, которое соответствовало бы развитому чисто деловому общению. Каждому рационально организованному предприятию необходимо иметь представителя — привлекаемого от случая к случаю либо постоянного, — имеющего полномочия на приобретение соответствующих договору прав или принятие соответствующих обязательств. Развитые связи требуют, кроме того, механизма передачи прав требования, причем такого, который гарантировал бы легитимную, безопасную для приобретателя и не требующую проверки полномочий предыдущего владельца передачу этих прав. Как формировались сегодняшние необходимые для современного капиталиста правовые институты, описано в другом месте (Г. Ляйст в книге II этого труда⁹), а сейчас остановимся коротко на ситуации отдаленного прошлого. Если взять античные правовые системы, то прямое представительство при сделках для принятия обязательств в римском праве было почти невозможным, в противоположность греческому, где оно допускалось. Вероятно, именно эта особенность, связанная с формализмом гражданско-правового иска, сделала возможным использование рабов на капиталистических предприятиях, где представительство было практически общепринятым. Уступка прав требования вследствие строго личного характера долговых отношений была не известна ни античному римскому, ни германскому праву. Римское право лишь позднее создало для этого эрзац в виде непрямого представительства и пришло в результате к цессионному праву, чья полезность для собственно деловых связей

⁹ Вебер ссылается на заказанный им для GdS материал Герхарда Ляйста (Gerhard Leist), который был опубликован только в 1925 г. в отделе IV GdS под названием «Современный частноправовой порядок и капитализм».

была, однако, снова перечеркнута материально-этическими тенденциями позднего имперского законодательства. Достаточно сильная практическая потребность в уступке требований фактически существовала вплоть до начала современной эпохи только для тех прав требования, которые были предметом регулярного оборота или использовались в целях передачи претензий третьим лицам.

Этим целям послужила коммерциализация при помощи ордерных ценных бумаг и ценных бумаг на предъявителя, которые функционируют как для передачи требований, особенно денежных, так и для передачи права распоряжения товаром и долей в предприятии. Римскому праву они совершенно не известны. До сих пор остается неясным, являлись ли настоящими бумагами на предъявителя какие-то из эллинистических, как полагает Гольдшмидт, или из многочисленных уже во времена Хаммурапи вавилонских, как считает Колер, документов со ссылками на владельца. В любом случае эти документы делали фактически возможными платежи третьих лиц и третьим лицам тем способом, какой только косвенно допускало официальное римское право. Классическое римское право, собственно, и не знало заверения права распоряжения, если таковым не считать литеральный контракт, т.е. запись в банкирской книге. В эллинистическом и позднем римском праве (возможно, из-за обязательной госрегистрации, служившей прежде всего фискальным целям) сформировалась техника засвидетельствования определенных сделок и актов, родственных по смыслу операциям с ценными бумагами, подобная той, что уже в древности имелась на Востоке. В эллинских и эллинистических городах в интересах публичности документооборот осуществлялся при помощи двух правовых институтов, неизвестных в Риме, — судебных записей и нотариата. Институт нотариата распространился с восточной половины империи на Запад. Однако лишь система документирования послеримского времени, начиная с VII в., явила собой на Западе дальнейшее развитие позднеимперской практики документооборота, что стало, возможно, следствием мощной миграции восточных, особенно сирийских, торговцев. Именно тогда документ чрезвычайно быстро развился в качестве носителя права, а также в качестве ордерной или предъявительской ценной бумаги, что неожиданно именно для того времени, деловая интенсивность которого по сравнению с классикой Античности должна представляться нам крайне ограниченной. Похоже, что и в этом случае, как, впрочем, часто бывает, правовая техника шла собственным путем. Решающую роль играло то, что теперь, после исчезновения единого права, развитие стали определять заинтересованные круги в деловых центрах и их технически подготовленные нотариусы. Вообще нотариат сохранился и творчески действовал как единственный продолжатель традиций торгового права Античности. При этом развитию способствовали уже упомянутые выше и проявлявшиеся более всего в отношении документов иррациональные формы мышления германского

права. Документ становился в представлении народа своего рода фетишем, который при формально-правовой передаче, особенно при свидетелях, оказывал специфическое правовое воздействие, наподобие других полумagicеских символов, таких как метание копья, как *festuca* германского или соответствующий ему *bukanni* вавилонского права. Изначально традиционное символическое действие совершалось не с документом как таковым, а с чистым пергаментом, на котором лишь потом делалась запись. Однако в то время как итальянское право вследствие взаимодействия германской правовой символики с практикой нотариальных контор уже в раннем Средневековье поощряло документальные доказательства, английское право их еще долго не знало, и решающую правоустанавливающую роль там играла печать. Формирование ценных бумаг современного торгового права началось в Средневековье в значительной степени под арабским влиянием и в силу отчасти коммерческих, отчасти административных потребностей. Античная римская торговля, по-видимому, могла обойтись и обходилась без этих важных и сегодня кажущихся нам необходимыми технических средств.

Повсюду очень поздно формируется основополагающее на сегодняшний день представление о том, что любое содержание договора, если оно не переходит границ свободы договоров, создает правовые отношения между партнерами и конкретные формы право предписывает из соображений целесообразности, в частности, в целях доказуемости прав и правовой безопасности. В Риме это представление распространялось благодаря постепенной интернационализации права, в Новое время — благодаря влиянию общеправовой доктрины и потребностям торговли. Таким образом, если, несмотря на общепризнанную свободу договоров, современное законодательство не довольствуется установлением, согласно которому стороны, соблюдающие заранее определенные ограничения, могут согласовать все, что пожелают, а предпочитает регулировать отдельные типы договоров при помощи специальных положений о предоставлении полномочий, согласно которым законные последствия наступают там, где стороны не установили ничего другого (диспозитивное право), то решающей здесь является прежде всего и всегда точка зрения целесообразности. Стороны, как правило, не думают о том, чтобы отчетливо формулировать все могущие иметь отношение к делу проблемы, поэтому им просто удобно использовать проверенные и хорошо известные типовые варианты. Без этого современный правовой оборот едва ли был бы возможен. Но этим значение управомочивающих норм и свободы договора далеко не исчерпывается. Они могут иметь еще более принципиальное значение.

В определенных случаях — коими мы сейчас и должны заняться — благодаря управомочивающим нормам порядок по мере необходимости распространяется за пределы сферы чистого взаимосогласованного разграничения индивидуальных областей свободы, ибо разрешенные

правовые сделки, закрепляющие полномочия заинтересованных лиц, затрагивают, как правило, и *третьих лиц*, не участвовавших в этом акте. В некотором смысле и объеме почти каждая сделка между двумя лицами, реорганизующая распределение законно гарантированных прав распоряжения, воздействует на отношения с неопределенным количеством третьих лиц. Это происходит всегда по-разному. Если требования и обязательства возникают только между сторонами сделки, то внешне это выглядит так, будто третьих лиц она вообще не касается, потому что фактически закон гарантирует лишь возможность выполнить то, о чем договорились. Если при этом, как обычно, речь идет о законной передаче имущества из одних рук в другие, интересы третьих лиц кажутся незначительно затронутыми лишь тем, что они должны признать другого владельца объекта, который был и остается для них недоступным. На самом деле незаинтересованность третьих лиц всегда относительна. Так, в связи с увеличением долговых обязательств приобретателя будут затронуты интересы его возможных кредиторов, а при продаже земельного участка — интересы соседей, в зависимости, например, от того, сможет или нет (экономически) новый владелец изменить способ использования земли. То есть речь идет о возможных *рефлексивных* воздействиях разрешенных и гарантированных законом субъективных прав. Они отнюдь не всегда игнорируются правовыми порядками, что доказывает, например, запрещение переуступки требований более «сильным» (*potentiores*) кредиторам в позднеримском праве.

Вместе с тем встречаются случаи, когда благодаря использованию свободы договоров интересы третьих лиц могут быть затронуты специфически иным образом, например, если кто-то в силу договора продает себя в рабство, или женщина, подписав брачный контракт, оказывается во власти мужа, или земельный участок переходит в фидеикомисс, или несколько человек организуют акционерное общество. Во всех названных случаях интересы третьих лиц затрагиваются хотя и в очень разной, а иногда даже в меньшей степени, чем в примерах, приведенных ранее, но всегда — *качественно* иным образом. В этих последних случаях нормы права, до сих пор *равно* действенные по отношению к конкретным людям и имуществу (например, нормы договоров или принудительного изъятия кредитором имущественных объектов), вследствие соглашений сторон, заключивших договор «для себя», замещаются совершенно новыми, иного рода специальными правовыми нормами; эти нормы, обязательные также для третьих лиц с их требованиями и возможностями, наделяют правовой значимостью и дают принудительные гарантии произвольным действиям заключивших договор сторон. По крайней мере все будущие, а часто и уже существующие договоры раба, жены, ставшего фидеикомиссантом владельца поместья и определенные договоры вошедших в новое общество лиц отныне подчиняются совершенно другим правовым принципам, чем те, что применялись ранее согласно значимым для всех правилам, а именно принципам *особо-*

го права. Юридическая языковая практика при этом часто затушевывает способы, какими затрагиваются интересы третьих лиц, и затемняет смысл особого права. Например, акционерное общество по закону должно иметь определенный уставный капитал и может при определенных обстоятельствах снижать этот капитал решением общего собрания акционеров. Что это означает на практике? Согласно закону люди, создавшие такого рода целевой союз, обязаны с целью гарантии кредиторам и новым членам декларировать наличие некоего постоянного запаса имущества, состоящего в товарах и долговых требованиях и всегда превышающего размер долга. При расчете предназначенной для распределения прибыли управляющие и прочие акционеры всегда — под угрозой уголовного преследования — связаны этой декларацией в том смысле, что прибыль может распределяться, только если сумма, заявленная как уставный капитал, с учетом налогов и задолженностей остается незатронутой. С определенными оговорками, однако, организаторы общества имеют право отказаться от продекларированных обязательств и уменьшить размер уставного капитала, тем самым снизив соответствующую гарантию для кредиторов и новых акционеров; это означает, что с данного момента прибыль распределяется несмотря на отсутствие первоначально декларированного капитала. Ясно, что благодаря этим и аналогичным уполномочивающим нормам особого права договор об учреждении акционерного общества очень специфическим образом качественно затрагивает интересы третьих лиц, не относящихся к составу учредителей, — кредиторов или более поздних приобретателей акций. Это касается и возникающего при отдаче в рабство ограничения договороспособности раба по отношению к третьим лицам или, например, возникающей при вступлении женщины в брак возможности получения ею ипотеки, которую она по некоторым законодательствам может приобрести за счет состояния мужа, даже если последнее служит обеспечением более ранних обязательств. И становится ясно, что этот способ воздействия на правовое положение третьих лиц сильнее, чем те *рефлексивные* воздействия, которые в результате почти каждой сделки могут каким-то образом распространяться за пределы круга ее участников, ибо здесь налицо *отклонение* от действующих в остальных случаях норм права. В какой мере эти два способа связаны между собой разными переходными формами, мы здесь не уточняем. Во всяком случае свобода договоров в смысле управомочения к введению в правовой оборот сделок, которые ограничены лишь относительно малым количеством оговорок, защищающих интересы *третьих лиц*, и оказывают влияние вне круга их участников не только рефлексивно, но и в силу специфического *особого права*, означает нечто большее, чем просто осуществление «права свобод»: она есть управомочение на совершение или разрешение конкретного произвольного действия.

В то же время право может не признавать законность таких соглашений, которые кажутся вовсе не затрагивающими, по крайней мере напрямую,

интересов не участвующих в них лиц или, как минимум, не содержат никаких исключений по отношению к основному действующему праву либо, как представляется, обещают третьим лицам не ущерб, а лишь выгоду. Основания для подобных ограничений свободы договора могут быть совершенно разными. Так, классическое римское право не только исключало все прямо затрагивающие интересы третьих лиц в форме особого права и прямо конституирующие аномальное право формы ограниченной ответственности (акционерное общество и т.п.), а также особые нормы открытого торгового общества (солидарная ответственность или специальный фонд, выделенный из общей массы имущества), но и не признавало, например, лишь рефлексивно действующую на интересы третьих лиц возможность обоснования вечной ренты, т.е. покупку ренты или наследственную аренду (по крайней мере, для частных лиц; институт *ager vectigalis* первоначально был доступен лишь коммунам и только позднее — землевладельцам). Римское право также не знало ни ордерных, ни предъявительских ценных бумаг и даже не разрешало уступку права требования третьим лицам. Однако и специфически современное право не только отвергает договоры, предполагающие возникновение личных отношений типа рабства, т.е. создающие особое право, но и исключает, как и римское право, обременение земельных участков вечной рентой (такова до недавнего времени была ситуация в Германии; теперь при определенных предпосылках это допустимо). Рим также объявлял ничтожными, ибо нарушающими нравственность, многочисленные договоры, которые ни рефлексивно, ни на основании особого права не задевали интересы третьих лиц и которые Античностью воспринимались как нормальные. Так, индивидуальные соглашения о половых связях, в отношении которых, например, в Древнем Египте действовала почти полная свобода, сегодня отменены в пользу единственно разрешенных законных браков, как и другие семейно-правовые договоренности, например, большинство известных Античности соглашений о власти отца или мужа.

Основания для столь разных ограничений свободы договора также различны. Отсутствие отдельных управомочений может быть оправдано тем, что правовое признание определенных институтов торговли для соответствующей эпохи еще не стало безусловной потребностью. Так, можно было бы объяснить отсутствие ордерных или предъявительских ценных бумаг в древности или, точнее, в официальном римском имперском праве, ибо чисто внешне похожие на них документы не были совсем уж неизвестны Античности, да и древневавилонскому времени. Так же обстоит дело с отсутствием современных капиталистических форм обобществления, параллели которым можно найти только в государственно-капиталистических объединениях Античности, поскольку античный капитализм жил в основном государством. Однако отсутствием экономической потребности отнюдь не всегда можно объяснить отсутствие в про-

шлом какого-либо правового института. Рациональные модели правовой техники, которым право должно предоставить свои гарантии, совершенно так же, как ремесленно-технические манипуляции, должны быть сначала изобретены, чтобы затем быть направлены на службу актуальным экономическим интересам. Так что особенные технико-правовые характеристики правового порядка, мыслительные формы, с которыми он работает, имеют с точки зрения шансов на изобретение в его рамках определенного правового института гораздо большее значение, чем часто принято считать. Экономические ситуации не порождают новые правовые формы автоматически, но дают некоему только что появившемуся технико-правовому изобретению шанс на распространение. Тот факт, что многие наши специфически капиталистические правовые институты имеют средневековое, а не римское происхождение (хотя в логическом смысле римское право было гораздо более рационализировано, чем средневековое), объясним не только с экономической, но и с чисто технико-правовой точки зрения. Формы мышления, присущие западному средневековому праву, — такой, например, юридический «анимизм», как понимание документа не в строго логическом смысле, как рационального средства доказывания, а через созерцание, первоначальное наделение его магическими свойствами, как чувственного носителя прав, кроме того, следующий из правового партикуляризма обычай солидарности членов многообразных общин вовне, а также склонность к разделению особых имущественных масс на всевозможные области (и то и другое объяснимо лишь особыми политическими условиями), — все эти формы, представлявшие собой своего рода проявления отсталости логического и государственно-учрежденческого правового развития, дали хозяйственному обороту гораздо больше практически применимых технико-правовых схем, чем это могло сделать намного более развитое логически и гораздо более рационализированное в смысле политической техники римское право. И вообще, эти особые формы, такие, например, как средневековые институты торгового права, весьма соответствовали растущему современному капитализму и в целом легче развивались на почве общества, которое устанавливает по политическим соображениям многочисленные особые права, отвечающие интересам конкретных заинтересованных кругов. При этом наряду с прочими играло свою роль и то обстоятельство, что логически не рационализированному праву еще чужда была максима специфически научного его толкования, согласно которой то, что не может на основе своего понятийного арсенала сконструировать («подумать») юрист, не может существовать как право. На самом деле правовой рационализм — как ни преувеличивалась бы сегодня эта точка зрения — при известных обстоятельствах означает обеднение многообразия форм. Иные пределы свободы договоров, такие, например, как исключение или ограничение договоров в семейных делах, что характерно для большинства современ-

ных правовых систем, или неприятие договорного рабства, обусловлены преимущественно этическими или политическими интересами и представлениями.

Свобода договоров в половых отношениях — это не примитив. Племена, имеющие примитивный уровень технического развития и крайне низкую степень социальной и экономической дифференциации, живут в состоянии фактически пожизненной патриархальной полигамии. Неприятие эндогамии сложилось, очевидно, в узком кругу домашней общности ввиду относительного снижения полового влечения в результате всеобщего породнения. Обмен собственной сестры на сестру другого мог стать самым древним сексуальным контрактом, из которого затем возник обычай выкупать женщину у ее рода в обмен на продукты и, наконец, появились нормальные брачные формы: покупка жены, считавшаяся, например, в Индии, как и в Риме специфически плебейской формой брака, существовала параллельно с аристократической — браком через похищение или сакраментальным браком. Брак через похищение и сакраментальный брак стали продуктами формирования социальных союзов; первый — следствием возникновения мужских военных союзов, изымавших молодых мужчин из семейной общности, в результате чего женщины с детьми образовывали материнские группы. В мужском доме похищение женщины считалось геройским способом ее получения. Помимо этого, существовала покупка для совместно проживающих (в мужском доме) воинов женщин извне, что наряду с похищением побуждало мужчин к формированию картелей по обмену женщинами. Это, по всей вероятности, стимулировало возникновение экзогамии, которая регулировалась тотемной организацией там, где укрепились определенные анимистические представления, т.е. первоначально у народов, чьи фратрии одновременно были охотничьими группами и превратились в магические культовые общности с сакраментальными ритуалами. Чем менее сплоченными становились фратрии, или чем более они ослабевали, тем увереннее выходил на передний план патриархальный брак; у вождей и знати он имел форму полигинии, часто с полной свободой главы дома по своему усмотрению распоряжаться всеми домочадцами, либо используя их только для собственных нужд, либо — если род оставался сильным — передавая часть выгоды товарищам путем обменных сделок. Преграды ему ставил прежде всего род женщины: уважаемые семейства продавали своих дочерей не как рабочих животных и не в полное распоряжение, а только с гарантией обеспечения их личного достоинства и привилегированного положения их детей по сравнению с детьми других жен и рабынь. Для этого, отдавая дочь в брак, ее наделяли приданым. В результате складывался институт законной главной жены и законных детей, а следовательно, формировались правовые черты законного брака. Приданое и письменный контракт о постоянном обеспечении женщины, пособия в случае вдовства и вознаграждении в случае наруше-

ния контракта, как и правовом положении ее детей, стали признаками полноценного брака в противоположность всем прочим половым отношениям. Вместе с тем развивалась свобода договоров о самых разных формах и уровнях половых связей. Появились служебный брак, пробный брак, брак на время для удовольствия, и именно девушки из знатных фамилий стремились выбиться из подчинения патриархальной мужской власти и стать независимыми. Наряду с этим существовали все формы собственно проституции, т.е. предоставления эротических услуг за конкретное вознаграждение в противоположность длительному обеспечению, характерному для брака. Проституция — гетеросексуальная и гомосексуальная — так же стара, как возможность получить за это плату. Однако вряд ли существовало общество, где такой доход не осуждался. Особая этическая и политическая оценка законного брака с точки зрения важных для военной службы и религии целей деторождения усиливала осуждение, но не была причиной его появления. Между браком и проституцией именно в среде знати существовал конкубинат — длительные сексуальные отношения с рабынями или наложницами, а также с гетерами, баядерками и другими подобного рода женщинами, свободно живущими вне брака, будь то грубый простой или утонченный «свободный» брак. Положение детей от таких союзов, если оно не препятствовало осуществлению монопольного права детей от главной жены, в большинстве случаев зависело от воли их отцов. Предел этому положил монополистический гражданский союз, записавший преимущественные политико-экономические гражданские права за детьми граждан и гражданок, что особенно строго было реализовано античной демократией, а потом — пророческой религией по причинам, которые мы обсуждали ранее¹⁰. В противоположность свободе сексуальных договоров в Древнем Египте, обусловленной политическим бесправием подданных, древнеримское право отвергало любые соглашения о половых связях вне брака (и в определенных ситуациях вне конкубината) как *causae turpes*. Конкубинат как концессионный брак был запрещен на Западе последним Латеранским собором¹¹, а потом окончательно осужден Реформацией. Свободное распоряжение отцов своими детьми сначала относилось к области священного права, потом по военным, политическим и, наконец, этическим мотивам стало все более ограничиваться и в конце концов было полностью отменено.

Сегодня мы как никогда далеки от любого возвращения к свободе сексуальных договоров. Ныне массы женщин протестовали бы против свободы конкурентной сексуальной борьбы за мужчину, которая, как можно заключить из древнеегипетских источников, сильно увеличивает экономические шансы эротически привлекательных женщин в ущерб остальным;

¹⁰ См. т. II, гл. 4 настоящего издания. С. 243–246.

¹¹ 1512–1514 гг.

против выступили бы и традиционные этические власти, прежде всего церковные. Однако многого можно достичь и в рамках законного брака при условии полной свободы или сильного облегчения развода, а также выработки гарантий экономической свободы супругов в области брачно-имущественного права; в разной степени это имело место в позднеримском, исламском, иудейском и современном американском праве, а также одно время — в законодательных системах XVIII в., обусловленных договорными теориями рационального естественного права и идеями политики в области народонаселения. Результаты были очень разными. Только в Риме и в Америке законная свобода разводов фактически соответствовала сильной на тот период тенденции расторжения браков. Отношение женщин к этому имеет характерные различия. Как римским, так и американским женщинам экономическая свобода и свобода развода были крайне желанны по причине их прочных социальных и властных позиций в доме и в обществе. Напротив, традиционное положение большинства итальянских женщин до недавнего времени побуждало их отвергать свободу развода, которую они воспринимали как угрозу их благосостоянию, особенно в пожилом возрасте — вроде старого рабочего, остающегося без куска хлеба, — а также, пожалуй, из страха перед обострением эротической конкурентной борьбы за мужчину. В целом же и у мужчин, и у женщин предпочтение формальных авторитарных отношений, и прежде всего формальной нерасторжимости брака, идет рука об руку либо с либертинистским стремлением к сексуальной свободе для собственного пола, либо, наоборот, — особенно у мужчин — с готовностью по причине слабости или оппортунизма закрывать глаза на некоторые вольности, которые позволяет себе другой пол. Для буржуазного общественного мнения решающими причинами отказа от свободы разводов являются в основном действительная или воображаемая угроза шансам детей на образование, а также, в большей степени у мужчин, авторитарные инстинкты и — поскольку возникает вопрос об экономическом освобождении женщины — просто половое тщеславие или забота о сохранении позиции в семье. К этому добавляются авторитарные интересы политических и иерократических властей, усиливающиеся благодаря возникшим именно из-за рационализации жизни в контрактном обществе представлениям о том, что формальная закрытость семьи могла бы стать источником неких достаточно плохо представляемых иррациональных ценностей или основой надындивидуального целого для стремящегося к нему слабого единичного человека. Все эти достаточно неоднородные мотивы в совокупности обеспечили в последнем поколении поворот на 360 градусов в представлениях о свободе разводов и частично об экономической свободе в браке.

В Новое время проявилось также стремление к устранению или ограничению свободы действий в области таких экономических, обычно внутрисемейных, распоряжений, как завещание. Здесь не ставится цель про-

следить формальную правовую историю возникновения распоряжений последней воли. Полная или почти полная материальная свобода завещания исторически засвидетельствована лишь дважды: в республиканском Риме и в английском праве, т.е. в обоих случаях у народов, управляемых слоем землевладельческой аристократии и демонстрирующих сильные экспансионистские тенденции. Сегодня главной областью практической реализации этой свободы является Америка, территория оптимальных экономических возможностей. В Риме свобода завещания утверждалась вместе с воинственной экспансионистской политикой, которая давала лишенному наследства молодому поколению шанс прокормиться на покоренной земле, и исчезла благодаря воспринятой из эллинского права практике инофициозности, когда пришла к концу эпоха колонизации. В английском праве свобода завещания способствовала стабилизации состояний в больших семьях, чему, впрочем, могли служить и формально противоположно ориентированные институты: ленное наследование недвижимости, майорат, фидеикомисс. Уничтожение или ограничение свободы завещания путем установления высоких обязательных долей в наследстве, так же как во французском *Code Napoléon* запрет единого наследия в сфере недвижимости, доходящий до реального принуждения к разделению, в современных демократических законодательствах были и остаются преимущественно политически обусловленными. Наполеон хотел путем принудительного разделения состояний не только разрушить старую знать, но и сделать лены источником новой, им самим создаваемой аристократии, и именно к этой институции относилось его знаменитое уверение в том, что принятие Кодекса даст в руки правительства инструмент распределения социальной власти¹².

Исживание рабства по мере исключения возможности даже добровольного вступления в формально рабский статус стало следствием прежде всего перемещения центра тяжести мирового экономического господства в районы, где труд рабов нерентабелен в силу дороговизны их содержания, и одновременно результатом развития непрямого принуждения к труду как системы оплаты за труд с ее постоянной угрозой увольнения и безработицы. Эта система более эффективна, чем прямое принуждение, в отношении квалифицированного труда, а также позволяет «выдавливать» труд из зависимых лиц, избегая риска, связанного с владением рабами. Религиозные общины (в частности, христиане) принимали весьма незначительное участие в вытеснении рабства в античную эпоху, меньшее, чем, например, Стоя, более активное — в Средние века и в Новое время, но и тогда их влияние не было решающим. Капиталистическое рабство Античности сошло на нет с умиротворением на границах империи, когда сохра-

¹² Имеется в виду письмо Наполеона к его брату Жозефу от 5 июня 1806 г. См.: MWG. 1/22-3. S. 355.

нилась лишь мирная работорговля как источник импорта рабов на Запад. Капиталистическое рабство американских южных штатов было обречено на умирание, когда иссякли свободные земли и прекращение ввоза рабов привело к монополистическому росту цен на них. Уничтожение рабства в ходе Гражданской войны ускорилось из-за чисто политических и социальных конфликтов фермерской демократии и городской плутократии северных штатов с плантаторской аристократией Юга. В Европе чисто экономические сдвиги в организации труда, особенно цеха и гильдии, привели к тому, что рабство, окончательно не исчезнувшее в Южной Европе на всем протяжении Средневековья, не проникло в ремесла. В сельском хозяйстве рост экспортного производства в течение Нового времени еще усиливал личную зависимость работников от землевладельцев, пока развитие современной производственной техники не продемонстрировало окончательно нерентабельность несвободного труда. Однако решающую роль в полном устранении личной несвободы сыграло повсеместное распространение естественно-правовых идеологических представлений. Патриархальное рабство Ближнего Востока — древнего обиталища этой институции, относительно менее распространенной в Индии и Восточной Азии, — из-за пресечения африканской работорговли оказывается отживающим свой век. После того как военное значение рабства, важное как в египетской древности, так и в позднем Средневековье, было подорвано военной техникой уже наемной армии, его экономическое значение, и до того не очень большое, также стало стремительно сокращаться. На Востоке оно никогда не играло такой же роли, как плантационное рабство в поместьях Карфагена и Рима времен поздней республики. Здесь оно, как в греческих и эллинистических регионах, либо было домашним, либо — в Вавилоне и Персии, а также в Афинах — представляло собой форму процентного вложения в работников ремесленных производств. На Ближнем Востоке точно так же, как сейчас в Центральной Африке, такое патриархальное рабство зачастую стоит гораздо ближе к свободным трудовым отношениям, чем можно предположить, исходя из правовой формы. Конечно, те обстоятельства, которые, по наблюдениям Снук-Хюргронье в Мекке, были следствием сильной зависимости господ от доброй воли именно домашних рабов, — то, что покупка раба на рынке без его признания персоны нового господина была исключением или что сильное недовольство раба господином регулярно приводило к перепродаже раба, — вряд ли можно отнести к общепринятым на Востоке. В Центральной Африке даже сегодня раб в состоянии принудить господина, которым он недоволен, посредством *noxae datio* к передаче его другому господину, который для него предпочтительней, но и это, разумеется, не общераспространенная практика. Но все равно природа восточного теократического или патримониального господства, его стремление к этическому оформлению патриархальной стороны всех отношений зависимости создали, по крайней мере на Востоке,

такую сильную конвенциональную защиту рабов от господ, что свободная эксплуатация по типу позднеримского рабства в этом случае фактически исключена. Элементы того же самого мы находим уже в иудейском праве Античности, и причина, оказывается, в том, что древние обычаи наказания за долги и долговой кабалы давали возможность обращения в рабство и своих соотечественников.

В конечном счете некоторое ограничение свободы договоров имеет свои основания в социальных и экономических интересах самых влиятельных, а именно буржуазных слоев. Так, при ликвидации феодальных или вообще всех институтов, допускающих длительное обременение земельного участка в пользу частного лица, в республиканском римском праве, как и в Пруссии со времен прусских законов о выкупе, действовали буржуазные классовые интересы и связанные с ними экономические представления. Как римское законодательство, которое во времена республики знало наследственную аренду только в форме *ager vectigalis* применительно к земле публичных корпораций, так и сегодняшнее право Германии, сводящее рентные хозяйства к государственной или допускаемой государством колонизации, являются результатом заинтересованности представителей буржуазии в правовой мобилизации земель и в исключении возникновения прочной связи земли и владельца.

Как в римском, так и в сегодняшнем рационализированном праве регламентация свободы договоров на основе выше указанных мотивов технически обеспечивается не путем законодательного запрета неприемлемых соглашений, а просто в силу отсутствия в правовом порядке определенных форм контрактов (в Риме — исковых форм), а также в силу того, что имеющиеся контрактные формы нормированы таким образом, что логически несовместимы с условиями договоров, не одобряемых законом. В то же время техническая форма, дающая управомочения на такие правовые распоряжения, которые, как, например, создание акционерного общества, особо-правовым образом затрагивают интересы третьих лиц, состоит в создании договорных схем, нормы которых должны быть принудительно положены в основу соглашения сторон, чтобы была обеспечена его действительность, т.е. в данном случае гарантия правового принуждения по отношению не только к участвующим сторонам, но и к любому *третьему лицу*. Если иные обстоятельства не исключают действительность соглашения, стороны могут сами развертывать правовые последствия там, где они не касаются третьих лиц. Такая современная форма, позволяющая заинтересованным лицам путем применения определенной схемы соглашения и исполнения предписанных правом *вещных* требований использовать против третьих лиц преимущества *института особого права*, сильно отличается от того, каким образом в прошлом особое право выступало по отношению к общему правовому регулированию. Эта форма есть продукт унификации и рационализации права в связи с официальной монополизацией право-

творчества современными организованными по типу *учреждения* политическими союзами.

Особое право возникало в прошлом обычно в форме произвольного, т.е. *самостоятельно избираемого*, принимаемого в силу традиции или благодаря единомыслию сословной общности — или соответственно рационально обобществленной группы — и автономно утверждаемого, порядка права. То, что «свое право» (самостоятельно избираемое, партикулярное право в только что упомянутом смысле) «бьет» (превосходит) «закон страны» (обычное, действующее в остальных случаях право), — это едва ли не общепризнанный принцип, актуальный и по сей день почти во всех западных правовых областях даже в Европе, например, частично среди русского крестьянства. Политическая власть, разумеется, почти везде старалась добиться и чаще всего добивалась признания того, что эти особые права действительны только в силу ее согласия, т.е. лишь постольку, поскольку ею разрешены. Это аналогично истолкованию общин как гетерономных союзов, наделенных определенными полномочиями. На самом деле исходное положение в обоих случаях было не таким. Сумма всего права, действующего в определенной области или определенном кругу индивидов, складывалась и развивалась в основных своих частях в результате автономной узурпации со стороны различных самостоятельных по отношению друг к другу общностей или рациональных обобществлений, а сглаживание различий между ними происходило постоянно путем обоюдного компромисса либо октроирования со стороны политических или церковных властей. Таким образом, мы возвращаемся к явлениям, которые уже обсуждались в начале этого параграфа в ином контексте.

Любые общность или обобществление, которые стали носителями особых правовых порядков — и поэтому впредь именно в силу этого качества будут называться *правовыми общностями*, — в эпоху, предшествовавшую победе целевых контрактов, свободе договоров в современном смысле и учрежденческому характеру политических союзов представляют собой *группу лиц*, объединенных либо общим объективным признаком (рождение, политическая, этническая, религиозная принадлежность, образ жизни или способ заработка), либо узами побратимства. Как мы видели, изначально ситуация была такова, что правовое производство, соответствующее нынешнему «процессу», происходило исключительно в форме искупительных процедур между *различными* союзами (родами) и их членами. Внутри союзов между товарищами господствовали патриархальные способы улаживания конфликтов. Таким образом, если подходить с точки зрения усиливающейся политической власти, в основе всей правовой истории лежит дуализм права союзов, а именно автономно выработанного межсоюзного порядка и норм, действующих при улаживании споров между товарищами внутри союза. Но также нужно учитывать еще одно обстоятельство, несколько усложняющее это на первый взгляд простое положение вещей:

то, что индивид уже на самой ранней из доступных нам ступеней развития принадлежал не к одному, а часто к *нескольким* союзам лиц. Тем не менее подчинение особому праву было вначале сугубо личным качеством, полученной в результате узурпации либо награды *привилегией*, находящейся в монопольном распоряжении ее обладателей, которые именно в результате претензии на обладание ею становились *правовыми товарищами*. Соответственно в политически связанных властью одного господина союзах, таких как, например, империя персов, империя римлян, империя франков, исламские империи, единая политическая власть при отправлении правосудия применяла разные виды права в зависимости от специфики этнического, религиозного или политического характера входящего в состав империи союза (автономного или квазиавтономного союза городов или племен). Так и римское право было поначалу только правом римских граждан, а в отношениях с подчиненными Римской империи негражданами использовалось лишь частично. Немусульмане, подпавшие под власть исламских империй (а также сторонники четырех ортодоксальных правовых школ ислама), жили согласно собственному праву, правда, в случае, если они обращались не в собственные инстанции, а к исламскому судье, последний принимал решение по исламскому праву, поскольку не обязан был знать никакого другого, в конце концов, немусульмане — просто подданные. Вместе с тем в средневековом империи все жители имели позитивную привилегию повсюду быть судимыми согласно праву рода, живущими по которому они себя признавали (*profiteri*). Данная правовая конфессия была с человеком везде, куда бы он ни шел. Право — это не право страны (*lex terrae*), каковым стало королевское право английских судов сразу после норманнского завоевания, но привилегия союза лиц. По своим абсолютным последствиям этот принцип личностности права значил, конечно, столь же мало, сколь сегодня — противоположный, ибо при спорах между обладателями разных личных прав приходилось в каждом отдельном случае выявлять несоответствия и удовлетворять потребность в общих правовых принципах, число коих с повышением интенсивности отношений быстро росло. В результате или возникало, как, например, в Риме, *jus gentium*, наряду с доступным только товарищам по союзу *jus civile* каждого отдельного союза, или политический либо иерократический властитель собственной властью вводил в своих судах единственно обязательное официальное право (как в Англии). Или же новый, обычно локальный политический союз смешивал в единое целое разные по содержанию личные права. Так, старейшие итальянские городские союзы хотя и объявляли, что бюргеры живут по лангобардскому праву, но с характерным отклонением от старого правового мышления полагали, что именно *civitas*, т.е. граждане как общность, приняли это право с его конкретным дополнением, римским правом (или, наоборот, римское с лангобардским в дополнение), в качестве правовой конфессии. В то же время все самовольно провозглашаемые объединения стремились приме-

нять к вводимым ими правам личностный принцип, хотя и с разным успехом. Во всяком случае результатом стало существование многочисленных правовых общностей, автономии которых пересекались и в ряду которых политический союз (поскольку он вообще представлял собой единство) был одной из многих.

Если правовые товарищи именно в силу принадлежности к определенному особому праву монополизировали некоторые объекты, например земельные участки определенного рода (пожалованные поместья, лены), то в случае снижения сплоченности общности под влиянием известных нам интересов, прежде всего благодаря увеличению числа союзов, к которым одновременно принадлежал индивид, особое право оказывалось прикреплено к владению этими объектами, и теперь уже сам факт владения становился решающим для причастности к особому праву. Это было уже переходной ступенью к сегодняшней формальной всеобщей доступности отношений, подлежащих особому праву. Но все равно только переходной ступенью, ибо любое особое право такого, старого типа понималось как наличие длительной правовой привилегии в отношении либо непосредственно лиц, принадлежащих к определенному союзу, как таковых, либо определенных объектов, владение которыми опосредствовало эту принадлежность. Известные чисто технические или экономические качества предметов или лиц (например, фабрики или земельного участка сельскохозяйственного назначения; адвоката, фармацевта, ремесленника какого-либо профиля) и в сегодняшнем праве дают основания для особых установлений. Естественно, в любой правовой системе и в любой период времени обнаруживаются такие особые нормы, обусловленные техническими и экономическими обстоятельствами. Но подразумеваемые здесь особые права имели другой характер: они были основаны не на экономических или технических показателях, а опирались на сословные, т.е. обусловленные особенностью рождения, стиля жизни или принадлежностью к союзу, личностные качества («знать», «живущие по-рыцарски», «товарищи по гильдии») или на социальные отношения в связи с определенными вещами (служебный лен, рыцарское имение), и именно характеристики этих отношений обосновывали значимость особого права такого рода. Поэтому в особом правовом положении всегда находились индивидуальные качества людей и индивидуальные отношения вещей. *Привилегия* могла в крайнем случае быть привилегией конкретного лица или вещи, и часто была таковой. В этом случае, однако, субъективное право и объективная норма практически совпадали: индивидуально привилегированное лицо могло в качестве своего *субъективного* права требовать обращения с ним согласно его *объективным* характеристикам. Но когда определенный сословный круг лиц или круг сословно значимых вещей был носителем особых прав, обычное понимание права естественно склонялось к тому, что применение норм особого права является личным *субъективным* правом заинтере-

сованных лиц. Идея норм, имеющих всеобщую значимость, не отсутствует вообще, но неизбежно остается нереализованной, ибо любое право оказывается привилегией отдельных лиц или вещей или их сочетаний.

Правовое понятие государственного учреждения как таковое входило в коренное противоречие с этим подходом. Иногда, а именно в первое время после возникновения «буржуазных» слоев в античном Риме и в современном мире, в противоречие столь жесткое, что возможность привилегированного права вообще полностью отрицалась. Создать привилегии путем народного решения в Риме было с правовой точки зрения невозможно, а в революционный период XVIII в. создавалось законодательство, которое должно было уничтожить любую автономию объединений и все правовые партикулярии. Это не удалось полностью, и мы увидим позднее, как современное право вновь создало множество партикулярных правовых определений, хотя, конечно, во многих отношениях на ином основании, чем старые сословные привилегии.

Все возрастающее сегодня подчинение отдельных лиц и обстоятельств регулирующей деятельности учреждения, существующего, по крайней мере принципиально, на базе формального правового равенства, есть результат работы двух великих рационализирующих сил — расширения рынка, с одной стороны, и бюрократизации работы органов общностей согласия — с другой. Они заменили автономным, преимущественно сословным, группам прежде произвольное право¹³, основанное на собственной власти или дарованных привилегиях монополистически ограниченных личных союзов и насквозь индивидуальное по своему источнику, причем заменили двояким образом. С одной стороны, путем создания формально общедоступной, строго ограниченной правовыми нормами автономии объединений, которые могут быть организованы любым лицом, а с другой — путем выработки доступных каждому схематичных управомочений на создание произвольного права в результате частных правовых сделок определенного рода. Главной движущей силой такого изменения технических форм автономного правотворчества были в политическом смысле — стремление к власти правителей и чиновников становящегося все более мощным политического государственного учреждения, а в экономическом (хотя и не исключительно, но в значительной степени) — заинтересованность в рыночной власти со стороны тех, кто благодаря владению как таковому (классовому положению) в формально свободной ценовой и конкурентной борьбе имеет привилегированное положение на рынке. Ведь формальное правовое равенство соответствующих всеобщих уполномочений, состоящих, например, в том, что каждому, невзирая на личность, разрешено основать акционерное общество или учредить фидеикомисс, означает в действительности, конечно же, создание своего рода фактической автономии

¹³ См. словарь понятий Макса Вебера.

владеющих классов как таковых, которые только и могут извлечь из этого пользу.

Такая аморфная автономия заслуживает этого имени лишь в переносном смысле, ибо понятие автономии — если не делать его совсем расплывчатым — состоит в существовании ограниченного по определенному признаку, постоянного или меняющегося круга лиц, подчиняющегося в силу согласия или по уставу особому праву, которое может изменяться им по собственному усмотрению. Чем является этот круг лиц — клубом по интересам, акционерным обществом, общиной, сословием, гильдией, профессиональным союзом или кругом вассалов, — с точки зрения понятия не имеет значения. Это понятие всегда есть продукт начавшейся монополизации правосозидания политическим союзом и обычно предполагает, что союз допускает или поощряет создание объективного права иными органами, чем собственные. Но свойственная кругу лиц автономия, возникающая в силу согласия или установленного порядка, есть нечто качественно иное, чем простая свобода договоров. Водораздел между тем и другим проходит по границе понятия нормы, т.е. там, где действующий в силу взаимопонимания или рационального соглашения участников порядок понимается уже не как принятое определенным кругом лиц объективно действующее правило, но как обоснование взаимных субъективных требований, что происходит, например, при согласовании двумя владельцами фирмы разделения обязанностей и распределения прибыли при определении их правового статуса внутри и вовне фирмы. При этом бросается в глаза отсутствие четкого разделения между объективным и субъективным правом. Поскольку мы привыкли мыслить исходя из устанавливаемого права, границу даже теоретически можно провести только так, чтобы в сфере частного права (а только оно нас здесь и интересует) автономия имела место, если источником норм установленного права является решение, тогда как ситуация, где источник — соглашение между индивидами, рассматривалась бы как особый случай регулирования с точки зрения свободы договоров. Как мы увидим далее, такое разделение было в прошлом немаловажным, хотя и не определяющим. До тех пор, пока различие объективной нормы и субъективного требования было недостаточно развито, и до тех пор, пока право считалось качеством личности, вытекающим из ее принадлежности к союзу, различались только два типа правил: те, что действовали в союзе или круге лиц, основанном на статусных качествах его членов, и те, что возникли в силу целевого контракта, а следовательно, регулировали только действия прямых участников. Любое особое право первоначально было правом определенного статусными характеристиками круга лиц. Это изменилось, как уже было замечено¹⁴, с усилением дифференциации и дефицита товаров, монополистически присваиваемых отдельными сословными кругами, причем

¹⁴ См. с. 88 настоящего тома.

изменилось столь решительно, что был достигнут почти обратный результат: особые права стали почти исключительно правами, действовавшими в особых социальных и экономических отношениях. К такому пониманию довольно близко подошло Средневековье; знание об этом — заслуга Хойслера, правда, слишком далеко зашедшего в отрицании существования государственного права. Ленное право действовало в ленных отношениях. Оно никогда не было правом вассального государства, ибо такого права не существовало. Дворовое право действовало в отношении сеньюриальных дворов, служебное — в отношении служебных ленов, торговое — применительно к имуществу купцов и торговым сделкам, право ремесленников — применительно к ремеслам. Помимо этих особых прав, ленсман, купец, министр-арендатор, крепостной вне своих специфических чисто деловых отношений полностью подчинялись общему праву страны. Человек мог владеть одновременно свободным и арендованным наделами, и в первом случае подчинялся общему, а во втором — дворовому праву. Точно так же простой человек, не торговец, давший деньги в комманду или в морской заем, подлежал ведению торгового права в этом и только в этом отношении. Такой чисто предметный подход ни в коем случае не был универсальным. Почти все отношения, в которых действовали подобные особые права, имели какие-либо сословные, т.е. затрагивающие общий правовой статус, последствия, как, например, владение землей по дворовому или по служебному праву. Некоторые из этих определений считались несовместимыми в одной личности, и тенденция к замыканию круга правовых товарищей вновь и вновь противодействовала тенденции к распаду сословной привязанности. Какая из этих двух тенденций была сильнее, определяла только конкретная констелляция интересов в каждом случае. В Германии, как признает даже Хойслер, городское право было сословным правом бюргеров, а не правом, регулирующим городские земельные владения и другие материальные отношения. В Англии, однако, города стали почти исключительно частными корпорациями. В общем, справедливо, что тенденция к применению особых прав в качестве прав, относящихся к определенным объектам и обстоятельствам, в целом преобладала, вследствие чего включение особых прав в качестве материально специфических правовых положений в государственное право страны, *lex terrae*, было значительно облегчено. Происходило ли это на самом деле, зависело преимущественно от политических обстоятельств. Если такое включение не было осуществлено полностью, проблема отношений тех или иных особых прав и ответственных за них особых судов с общим правом страны и общеправовыми судами решалась всегда по-разному. С точки зрения общего права страны землевладелец, а не арендатор обладал правовой гарантией на землю. Однако применительно к ленам ситуация не выглядела так просто, и, например, в «Саксонском зеркале» мнение на этот счет автора и глоссы частично противоречат друг другу. Эта проблема оставила свой след даже в римском праве.

Римское *jus civile* было правом римских граждан в том смысле, что лица, которые не являлись гражданами или не были приравнены к гражданам в силу договора, не могли выступать сторонами в римском суде, заключать правовые сделки по гражданскому праву или быть судимыми по нормам последнего. Ни один римский закон не действовал за пределами круга граждан. Принцип, согласно которому он не мог применяться к негражданам, имел политически очень важное значение, поскольку утверждал суверенную власть чиновничества и сената на всех завоеванных и пока не освоенных правом землях. В то же время римский гражданин с давних пор был судим не только по гражданскому праву и выступал не только перед теми судами, что применяли гражданское право. Для исторического времени право граждан Рима можно определить как такое особое право, для которого индивид значим лишь в качестве гражданина, т.е. члена этого специфического статусного союза. Наряду с этим существовали правовые круги, куда входили либо не только граждане, либо не все граждане, и право в них было частично правом статусных союзов, частично — материальным особым правом. Сначала под него подпадали все крайне многочисленные и практически важные ситуации, регулируемые административно-правовыми нормами. Гражданско-правовая земельная собственность действовала вплоть до Гракхов¹⁵ только в части страны, где она была создана правовым образом регулируемыми ассигнациями. Владения на *ager publicus* не подлежали гражданско-правовому регулированию и не могли быть предметом гражданско-правового иска, так как были доступны не только гражданам, но и союзникам. Когда во времена Гракхов гражданский союз вознамерился подчинить отношения в этой сфере гражданскому статуту (*lex*), сразу появились требования союзников принять их в число граждан. Эти имущественные объекты находились в ведении исключительно магистратов и управлялись согласно нормам, чуждым гражданскому праву. Последнее не знало, например, ни наследственной аренды, ни вещного обременения, ни служебной земли, в то время как все эти институты имелись в административном праве, которое регулировало отношения на общественных землях. Государственное имущественное право в отношениях с частными лицами также практиковало институты, чуждые гражданскому праву, если же они соответствовали гражданско-правовым институтам, то носили другое название (*praes* — для поручительства, *praedium* — для административно-правового залога земли). Сфера ответственности административных служащих оказывалась здесь носителем чисто материального особого права. Союза правовых товарищей формально не существовало, но круг таковых конституировался лицами, заинтересованными в административно-правовых действиях. Далее, особой областью права оказывалась сфера ответственности претора, судившего споры между гражданами и иностранцами.

¹⁵ До второй половины II в. до н.э.

Он мог применять гражданское право, но не в силу гражданского статута (*lex*), а на основании своей должностной власти, однако использовал право, обладающее другими основаниями и другого происхождения, а именно *jus gentium*. Оно не возникло одновременно с учреждением его должности. Это было право торговых сношений между народами, на основании которого с незапамятных времен улаживались споры на рынке, первоначально защищенные, как представляется, лишь сакральными средствами — клятвой. Кроме того, никогда возможным предметом гражданского процесса не являлись по сути ленноправовые, в прежнее время крайне важные отношения патрона и клиента. Так же как в немецком праве гражданское и ленное право пересекались в случае владения, в римском праве они пересекались в случае *possessio (praecarium)*; гражданское право учитывало это отношение и в других случаях, в частности, при определении штрафных мер. Но оно не регулировалось гражданско-правовым образом. Вместе с тем собственно особое право в рамках гражданского формировали лишь отдельные институты, действующие в отношении торговцев и некоторых ремесленников: *actio exercitoria*, *receptum*, особое право аргентариев.

Одновременно и коммерческому, и клиентскому праву принадлежит понятие, крайне важное для дальнейшего правового развития, — *fides*. Этот институт своеобразно соединяет, с одной стороны, обязательства, следующие из отношений пиетета, с другой — благонамеренность и честность в чисто деловых контактах. Гражданское право на техническом уровне его не использовало, хотя с самого начала в определенном нестрогом смысле подразумевало. В «двенадцати таблицах» содержатся угрозы объявить виновного за некие мошеннические действия *improbus intestabilisque*. В многочисленных законодательных актах содержится четкое предписание инфамии, частные правовые последствия которой состояли, в общем, в лишении права свидетельства, признании неспособности свидетельствовать или привлекаться к свидетельству, что практически означало бойкот сделок и ограничение на приобретение наследства по завещанию, а также отказ со стороны претора в определенных исках. Принципы *fides*, несмотря на их неформальный характер, ни в коем случае не были расплывчатым продуктом эмоций ни там, где это касалось клиентских отношений, ни тем более в деловом обороте. Весь набор четко сформулированных контрактов, в которых выражается яркое своеобразие дошедшего до нас римского коммерческого права, строится на основе *fides*. И такой древний институт, как *fiducia*, и *fideicommissum* в императорскую эпоху базировались на *fides*. К этим институтам обращались, когда отсутствовали соответствующие гражданско-правовые механизмы (в случае легатов в пользу неграждан или «запрещенных лиц») и приходилось использовать конвенциональные нормы. Но из этого отнюдь не следует, что *fides* с давних пор, так сказать, заполняет пробелы права, регулирующего отношения между гражданами, и, следовательно, моложе последнего. Правовой институт клиентуры наверняка

так же стар, как само гражданское право, но стоит отдельно от него. Так что гражданское право никогда не представляло собой всю совокупность действующего частного права. Но, разумеется, и *fides* никоим образом не было единственным принципом регулирования законных отношений. Как следует вести себя по отношению к другому лицу, чтобы соответствовать принципу *fides*, зависело от материального характера конкретного отношения, но и с учетом этой специфики нарушение *fides* не предполагало равных и регламентированных правовых последствий, прежде всего, конечно, внутри гражданского порядка. Инфамия была следствием определенных специфических действий, а не любого нарушения указанного принципа. Различные виды реакции на предосудительное поведение, например, цензорское порицание или отказ консула во включении в число кандидатов на должность, имели в каждом отдельном случае разные основания, не тождественные ни инфамии, ни нарушению принципа доверия, и никогда не были привязаны к его нарушениям как таковым. Несоблюдение клиентских обязанностей первоначально наказывалось господином в домашнем суде. Позднее они защищались сакральным или конвенциональным и, наконец, в случае исключительно деловой вольноотпущенной клиентелы, гражданско-правовым путем. Как первоначально обстояло дело с применением категории доверия в экономических отношениях, нам не известно. Мы не знаем средств, какими обеспечивались контракты *bonae fidei*, до того как были включены административной властью преторов в схему иска, как и другие преториально защищаемые институты *jus gentium*. Возможно, применялись третейские договоры под индивидуальной или коллективной присягой, нарушение которой также вело к инфамии, как это было позднее в случае нарушения мировых соглашений, подтвержденных клятвой. Создание схемы иска для институтов *jus gentium* ни в коем случае не означало устранения *jus civile*, которое оставалось чисто сословным правом граждан. Иногда претор, прибегая к формуле *Si civis Romanus esset*, открывал возможность использования гражданской схемы иска для неграждан. Другие институты переходили в *jus gentium* по умолчанию. Только в период империи различие исчезло полностью вместе с другими привилегиями граждан.

Ни одна из групп приверженных *fides* лиц не создала закрытый сословный союз: ни клиенты, которых Т. Моммзен, как будет показано в другом месте¹⁶, несправедливо отождествил с союзом плебса, ни, естественно, те, кто был заинтересован в сословно индифферентных контрактах *bonae fidei*, ни сторонники *jus gentium*. В конце концов, преторское право как таковое далеко не было идентичным *jus gentium*, а рецепция *jus gentium* произошла отнюдь не только благодаря преторскому праву, но и в значительной степени благодаря переработке и включению юристами его принципов в граж-

¹⁶ См.: MWG. 1/6 (Zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte des Altertums. Schriften und Reden 1893–1908). S. 616–627.

данское право. Даже подлинные сословия — рабы, вольноотпущенные, всадники, сенаторы — как в республике, так и во времена императоров строились союзных организаций, которые могли бы стать носителями подлинной автономии. Республика по политическим и полицейским мотивам вновь и вновь прибегала к острым мерам против частных союзов. Времена подавления сменялись временами терпимости. Монархия по природе своей не благоприятствовала частным союзам. Демократия имела основания опасаться объединения тех, кто силен в социально-экономическом смысле, монархия — политических последствий любого рода неконтролируемых союзов. В результате римское право времен как республики, так и империи трактовало автономию в современном смысле только по отношению к праву объединений или корпораций. В той мере, в какой объединения и корпорации были терпимы или наделены привилегиями, существовала и их автономия. Как далеко она могла заходить, мы выясним при всестороннем рассмотрении другой проблемы — правоспособности персональных союзов.

Общее преобразование и медиатизация персональных союзов эпохи правовой личности в процессе монополизации правотворчества государством-учреждением выразились в изменении юридической трактовки таких союзов как носителей субъективных прав. С технико-правовой точки зрения такое изменение представляется неизбежным, когда налицо, с одной стороны, монополистически апроприированные имущественные объекты, находящиеся в распоряжении исключительно правовых товарищей и используемые только ими и только в их общих целях, а с другой — экономическая необходимость официальных правовых актов, в силу которых автономные союзы лиц в рамках политического учреждения подчиняются общему праву, мирному по причине упорядоченного отправления правосудия. Пока и поскольку этого еще не произошло, проблема улаживается просто: члены одного союза делают членов другого, а следовательно, и органы этого, другого союза солидарно ответственными за проступок, совершенный любым из его членов. Наряду с изначальным обычаем кровной мести этому служит повсеместно такое явление, как репрессалия, т.е. захват кого-то из правовых товарищей или арест принадлежащих ему товаров в возмещение обязательств другого или других. В Средние века переговоры по поводу репрессалий, стремление их избежать путем взаимного допущения в суды и взаимной правовой помощи — предмет постоянных разбирательств между городами. Столь же исконным способом разрешения конфликта, как кровная месть, является мировое соглашение. Кого считать имеющим право заключать такое соглашение и вообще представлять своих товарищей вовне, в конечном счете определяется с точки зрения посторонних, которые видят, кому на деле подчиняются правовые товарищи. Первоначальная концепция, существовавшая уже в раннем средневековом праве, предполагала, что тот, кто не принимал участия в решениях жителей деревни, гильдейских братьев, марковых товарищей или любой другой

общности, — не связан этими решениями, тогда как действие союза, чтобы быть правомерным, базируется и должно базироваться на решении, воплощающем в себе единство воли участников. Можно согласиться с Хойслером, что необходимость решения и его обязательность суть характерные элементы развития права союзов. При этом различие между решением и договором несомненно остается во многом расплывчатым, как и вообще различие между понятиями «объективная норма» и «субъективное требование». Нормы, принятые на основе решения, часто обозначались как *ractus*. И все равно суть различия была налицо, прежде всего в изначальном представлении о том, что решение связывает лишь того, кто принимал в нем участие или присоединился к нему, и, следовательно, требуется единогласие. В результате дело выглядит так, будто решение может войти в силу только как договор. В действительности такое представление обусловлено идеей о том, что всякое право есть продукт откровения. Поэтому только одно право может быть правильным. Когда исчезли магические и харизматические средства создания такого правильного права, вероятно, возникло представление о том, что правильное право — то, которое признано большинством, и меньшинство обязано к нему присоединиться. Однако пока оно не присоединилось — а для этого иногда приходилось прибегать к крайним мерам, — решение большинства еще не есть право, и никто им не связан. Таково было практическое значение этого представления. Вместе с тем, конечно, никто не был обязан заключать с кем угодно любого рода контракт. В такой форме различие между статутом, создающим объективное право, и договором, на основании которого возникали субъективные права, несмотря на всю размытость переходов между ними, было хорошо знакомо еще раннему времени. Решение предполагало наличие дополнительного понятия органа, его исполняющего. Отбор людей для этого органа мог выглядеть по-разному: разовый выбор от случая к случаю, выбор на длительный срок, наследственное присвоение исполнительных функций. Когда процессы дифференциации и апроприации между различными союзами и внутри них зашли так далеко, что, с одной стороны, индивид стал одновременно принадлежать к нескольким союзам, с другой — даже внутри союзов в отношениях между товарищами распорядительная власть как органов союза, так и отдельных лиц стала подчиняться жестким и все более рациональным правилам, когда увеличение числа целевых контрактов индивидов, с одной стороны, и контрактов общности товарищей по союзу — с другой, по причине роста менового хозяйства потребовало четкой определенности каждого действия каждого члена и органов союза, неизбежно возник вопрос о положении союза и легитимации его органов в контрактных отношениях и правовом процессе вообще. Техническим правовым решением этой проблемы стала концепция понятия «юридическое лицо». С правовой точки зрения это тавтология, ибо правовое понятие лица всегда юридическое. Если эмбрион, как и полноценный гражданин, считается

носителем субъективных прав и обязанностей, а раб таковым не считается, то оба суть технико-правовые средства достижения определенного результата. В этом смысле определение правового лица всегда столь же искусственно, сколь и правовое определение вещи, и состоит из целесообразно отобранных юридических признаков. Гораздо более богатый набор альтернатив для определения правового статуса союзов и объединений сделал его определение особенно проблематичным.

Самым рациональным способом претворения в жизнь идеи правосубъектности союза является полное отделение правовой сферы членов союза от отдельно конституированной правовой сферы союза как такового: только определенные, согласно правилам назначенные лица могут на законном основании принимать обязательства и приобретать права союза. Такие правоотношения, однако, совершенно не касаются личности и имущества самих этих лиц и не считаются их контрактами, а относятся в правовом смысле к совершенно отдельному от их имущества имуществу союза. Точно так же, какие бы требования член союза ни предъявлял к союзу и какие бы услуги ему ни оказывал (согласно уставу союза), его требования и обязательства суть требования и обязательства со стороны его частного имущества, полностью отделенного от имущества союза. Отдельные члены союза как таковые не могут создавать ни прав, ни обязанностей союза. Юридически это вправе делать только органы союза, действуя от имени союза. Только созванное и утвержденное на основании строгих правил собрание правомочных членов союза может, хотя и не обязано, иметь полномочия на принятие обязывающих решений по этому поводу. Понятие правовой личности может быть далее расширено, чтобы сделать возможным распоряжение имуществом, которое может быть предоставлено определяемому согласно правилам некоторому количеству лиц, не обобществленных в рамках какого-либо союза (фонд, целевое состояние), для чего формируется уполномоченный к самостоятельному правовому представительству интересов этих лиц и определенный согласно правилам носитель права.

Правосубъектный союз юридически может быть сконструирован так, что в качестве единственно полномочных членов рассматривается круг лиц, расширяющийся либо путем правопреемства, либо на основании решения определенных коллективных образований, и управление в правовом смысле ведется на основании их поручений; это — корпорация. Или в принципе подобно тому, как это происходит в фонде, в правовом смысле имеются лишь органы союза, действующие от его имени, а члены рассматриваются в основном как носители обязанностей, и прием новых членов осуществляется независимо от воли уже имеющихся либо по желанию органов союза, либо в соответствии с определенными правилами, а эти новые члены — все равно что ученики в школе — вообще не имеют никакого влияния на управление; это — учреждение в юридическом смысле (что частично совпадает с понятием учреждения в социально-политическом смысле).

Переход от учреждения к фонду, с одной стороны, и к корпорации — с другой, юридически также расплывчат. Является ли учреждение автокефальным или гетерокефальным — это, вопреки мнению фон Гирке, нельзя считать определяющим. Церковь — учреждение, но может быть автокефальной.

С технико-правовой точки зрения понятие «правосубъектность» совершенно излишне там, где союз не располагает состоянием, в отношении которого могли бы заключаться контракты от его имени. Правосубъектность также не отвечает потребностям таких обществ, которые согласно своим задачам предполагают узко ограниченное число участников и ограничены по времени существования подобно отдельным торговым обществам. Здесь абсолютное отделение правовой сферы индивидов от правовой сферы общества вредило бы кредиту, ибо специфическая кредитоспособность вроде бы и основывается на существовании отдельного капитала, но в первую очередь — на ответственности за долги общества всей совокупности участников. Не всегда целесообразно для ее представительства и создание особого органа. Для союзов и обобществлений такого рода применялся в прошлом известный большинству правовых систем пусть и в зачаточном виде принцип общей руки. Он состоит в том, что хотя осуществлять действия от имени общества, представляя его интересы, могли быть уполномочены либо все участники вместе, либо каждый участник, либо некоторые из них, либо кто-то единственный, отвечать своей личностью и имуществом надлежало всем членам общества, что и было формой, адекватной капиталистической заинтересованности в кредите. Этот принцип берет начало в солидарной ответственности домашней общности и приобретает свой специфический характер в более развитой общности наследников, когда, как мы узнали ранее¹⁷, по причинам дифференциации имущественных интересов начинается распад братств и происходит разделение общего имущества и частных имуществ, общей и индивидуальной ответственности. От общности наследников он распространился вширь как основание многочисленных «произвольных» общностей, в которых побратимский характер внешних и внутренних связей либо являлся изначально данным, либо принимался намеренно из соображений технико-правовой целесообразности. Сегодняшнее право открытых торговых обществ есть, как мы видели, прямое рациональное развитие отношений домашней общины для целей капиталистического предприятия. Различные формы командитных товариществ представляют собой комбинации вышеназванного принципа с правом получивших универсальное распространение комменды и сложившегося на ее основе *societas maris*. Немецкое общество с ограниченной ответственностью есть рациональное новшество, созданное взамен формы акционерного общества, неподходящей в правовом отношении для целей

¹⁷ См. т. II, гл. 2, § 6 настоящего издания.

малых, семейных, в частности наследственных, предприятий, особенно в свете современных требований публичности. Братства (*agermanament* в испанском праве) купцов, судовладельцев и судовых команд в совместном предприятии морской торговли изначально обусловлены самой природой этих видов деятельности. Они развивались, трансформируясь из мореплавательских домашних общностей в предпринимательские обобществления общей руки и в то же время — через бодмерею и *Seewurf* — в объединения по взаимному погашению рисков для отплывающих.

Во всех этих случаях типичным было вытеснение отношений братства чисто деловыми связями, статусных контрактов — целевыми, при сохранении, однако, надлежавшей с технико-правовой точки зрения трактовки целого как отдельного субъекта права и выделения имущества, находящегося в общем владении. При этом имела место экономия на формальной бюрократизации аппарата, которая была бы технически неизбежной при учреждении корпорации. Столь специфического развития в такой структуре рационально преобразованные отношения общей руки не получили ни в одной другой правовой системе, кроме как в правовой системе стран Запада, со времен Средневековья. Их отсутствие в римском праве (о развитии эллинского торгового права, из которого — например, из родосского — заимствованы некоторые специальные институты античного международного торгового права, мы знаем недостаточно) частично можно объяснить технико-правовым образом через характерные особенности национального гражданского права, о чем еще пойдет речь позже, а не экономическими причинами. Однако не исключено, что относительная ограниченность такого богатства форм связана со своеобразием античного капитализма. Это был рабовладельческий капитализм, с одной стороны, и преимущественно политический, закрепленный в государстве капитализм — с другой. Использование в качестве инструмента получения дохода рабов, через контрактацию которых хозяин получал неограниченные права, неся при этом ограниченную ответственность, а также узкая трактовка *peculium* по типу выделенного состояния давали возможность хотя бы частично достигать результатов, на которые нацелены сегодня разные формы ограниченной ответственности. При этом надо, конечно, считаться с тем фактом, что эти ограничения, связанные с полным отсутствием общей руки в праве *societas* и с допуском солидарных прав и солидарной ответственности только на основании *sponsio correalis*, относятся к юридическим симптомам того отсутствия характерных для капитализма долговременных ремесленных производств с постоянной потребностью в кредитах, которое свойственно римскому хозяйственному устройству. Значение глубокой политической закрепленности античного капитализма проявляется в том, что правовые институты, не существующие в частных отношениях, были уже в ранние времена империи признаны, в том числе частным правом, для государственных арендаторов (откупщиков налогов, рудников, соле-

варен, так называемых *socii vectigalium publicorum*). Правовая и экономическая структура таких обществ представляла собой комбинацию правовой формы консорциума предпринимателей — как это выглядит, например, сегодня при эмиссии ценных бумаг нашими банками, когда один или несколько ведущих предпринимателей берут на себя обеспечение капиталом эмитента, — с простыми коммандитными отношениями. Встречавшиеся в интердикте *de loco publico fruendo* и в других литературных источниках *socii* руководителя консорциума (*manceps*) — это младшие участники консорциума, *affines* — простые коммандитные товарищи, правовое положение изнутри и вовне было близко сегодняшнему.

Решение вопроса о том, должно ли само государство как учреждение считаться юридическим лицом в рамках гражданского права, было обусловлено отчасти технико-правовыми, отчасти политическими соображениями. На практике это прежде всего означает, что правовая сфера органов государственного господства разделена на область личного права с правами и обязанностями, вмененными органам как индивидуумам, и административную, имущественно-правовые отношения которой выделены в особый комплекс — имущество учреждения. Далее, сфера административных отношений органов государства, в свою очередь, делится на область отношений господства и область частноправовых отношений, и в этой последней, исключительно имущественно-правовой сфере, ведущую роль играют правовые принципы частного оборота. Естественное следствие такой персонификации государства состоит в том, что оно получает возможность активно или пассивно выступать против частного лица в качестве равноправной стороны обычного процесса и быть квалифицированным в качестве ответчика. Но если подойти юридически, эта ситуация не имеет отношения к вопросу о юридическом лице. Ведь *Populus Romanus* несомненно обладал частноправовой способностью к получению дохода, например, по завещаниям, процессуально же он был недееспособен. Это различие проявляется и на практике. С точки зрения способности получения дохода правосубъектность любого учрежденческого, т.е. государственного, политического, образования обычно не подвергается сомнению, даже если оно изъято из сферы упорядоченного правосудия. Несмотря на признание правосубъектности и наличие установленных юридических процедур, для контрактов, заключаемых государственными учреждениями, могут действовать совсем другие принципы, чем для частных контрактов. Обычно, как и в Риме, споры, связанные с государственными контрактами, решают не обычные суды, а государственные чиновники. Способностью выступать стороной в процессе наделялись, как правило, не только юридические лица, но и многие объединения общей руки. Тем не менее проблема правосубъектности в основном выступает в правовой истории в тесной связи с проблемой процессуальной правоспособности.

Это особенно характерно для публичных союзов, где политическая власть вынуждена была взаимодействовать с частными лицами не как господин с подданными, а приобретая их услуги путем свободного контракта, как в отношениях с капиталистами, в чьей кредитной помощи или предпринимательской организации она нуждалась и кого по причине свободы движения капитала между конкурирующими политическими союзами не могла принудить литургически¹⁸, и в отношениях со свободными ремесленниками или рабочими, против которых также было невозможно или нежелательно применять литургическое насилие. Во всех этих случаях все названные проблемы возникали одновременно. Если на вопросы о правовой личности государства и его подсудности обычному суду давался утвердительный ответ, то это означало в целом усиление защищенности частных интересов. Но не наоборот: отказ от любого из этих постулатов не означал непременно ослабление последней. Соблюдение контрактных обязательств могло быть в достаточной мере гарантировано иным способом. На короля Англии можно было подать в суд, но это не защитило флорентийских банкиров в XIV в. от отказа в выплате огромных долгов¹⁹. Отсутствие процессуальных средств давления на государственную казну в Риме в целом ничем не грозило ее кредиторам, и когда во время Второй Пунической войны угроза все же возникла, они сумели добиться залогового обеспечения, на которое никто не покушался. Французское государство даже после революции не подлежало исковой процедуре по вопросу насильственных выплат, что позволило сохранить его кредитоспособность. Невозможность судебным порядком выступать против государственной казны — с одной стороны, последствие принципиального выхода государства из круга всех прочих союзов, что было обусловлено развитием современного понятия суверенитета. Это было характерно не только для Франции, но и для Пруссии. Даже Фридрих Вильгельм I, руководствуясь собственным пониманием суверенитета, предпринял попытку «всякими придирами» отбить у «строптивых дворян» желание обращаться в Имперскую судебную палату²⁰. Но, с другой стороны, обычная правовая процедура становилась сама собой разумеющейся там и тогда, где и когда сословная структура политического образования переводила управленческие проблемы в конфликты на границе между привилегиями и приобретенными правами, выразившиеся в форме правовых споров, и князь уже представлялся

¹⁸ См. глоссарий (*Литургия*).

¹⁹ В результате отказа нескольких монархов Европы, в частности английского короля Эдуарда III, выплачивать долги в 1345 г. рухнули могущественные флорентийские торговые дома Барди и Перуцци. Но в их крахе сыграла роль также торговая и финансовая политика Венеции.

²⁰ Вебер цитирует выдержки из инструкции короля своему финансовому управлению от 20 декабря 1722 г. по поводу попыток магдебургских дворян путем обращения в *Reichskammergericht* оспорить назначенные им налоги. Подробнее см.: MWG. 1/22-3. S. 393. Анн. 1.

в политическом союзе не как суверен, а как обладатель определенных ограниченных прерогатив, носитель привилегий наряду с другими носителями, имеющимися в союзе. Такое положение дел было характерно для Англии и Священной Римской империи.

Невозможность исков против государства могла также стать следствием важных технико-правовых факторов. Так, в Риме цензор был инстанцией, где решались все, как принято сейчас говорить, частноправовые претензии индивидов к государственной кассе и наоборот. Однако цензор был также инстанцией, ответственной за улаживание споров между частными лицами, если речь шла о правовых вопросах, вытекающих из отношений с государственным имуществом. Тем самым все имущественные дела на земле, находившейся в собственности Рима (*ager publicus*), и все конфликты капиталистических элементов, связанные с исполнением государственных функций, и государственных поставщиков (*publicani*), а также конфликты между ними и подданными были изъяты из ведения обычного суда присяжных и переданы на административно-правовое рассмотрение, что играло не негативную, а скорее позитивную роль с точки зрения мощных государственно-капиталистических интересов. Отсутствие процесса присяжных и двойственное качество магистратов как судей и заинтересованных сторон в одном лице оставались важными факторами и в дальнейшем, в условиях императорского правления, когда казна, начиная с Клавдия, после некоторых колебаний при Тиберии, стала все больше приобретать характер государственного достояния, а не личного имущества императора. Конечно, этот процесс не охватывал все без остатка: несмотря на изменения, как терминологические (отпадение старых административно-правовых терминов — *manceps, praes* — и их замена гражданско-правовыми), так и принципиальные (фиск обретал процессуальную правоспособность), оба понимания сосуществовали. Колебания между патримониальной и учрежденческой концепциями императорского имущества, наряду с административно-техническими соображениями и чисто экономическими интересами династии, обусловили также всевозможные преобразования и разделения частей императорского имущества, хотя в теории фиск целиком считался процессуально дееспособным. В результате различение императора как частного лица и как магистрата, несмотря ни на что, полностью было проведено только при первых императорах. В конце концов все имущество императора стало считаться собственностью короны, и поэтому вошло в обычай передавать частное имущество детям при вступлении на престол. Ни вопросы статуса конфискованного имущества, ни многочисленные полномочия, передаваемые императору с целью поддержки действительности завещаний, не разрабатывались достаточно внятно ни в рамках частного, ни в рамках государственного права.

Для положения сословного князя Средневековья, согласно структуре сословных образований, о которой пойдет речь ниже, кажется самоочевид-

ной нераздельность имущества правителя, использующегося в политических целях, и его же имущества, служащего частным целям, т.е. имущества князя как властителя и князя как частного лица. Как мы видели²¹, эта нераздельность способствовала организации процессов против английского короля и германского императора. Однако затем претензия государства на суверенитет привела к обратному эффекту, освободив государство от подчинения его же собственной юстиции. Но и в этом случае правовая техника постоянно оказывала довольно действенное сопротивление политическим интересам князей. Заимствованное римское понятие «фиск» стало в Германии основанием правовой конструкции, дающей возможность предъявления иска государству, и вследствие этого стало служить — разумеется, согласно традиционному сословному пониманию, далеко за рамками частноправовых споров — первым основанием уже собственно административного судопроизводства. Понятие фиска уже в Античности могло бы привести к понятию учреждения. Однако эта концепция не была развернута классическими юристами, так как была чужда существовавшим тогда категориям античного частного права. Не появилось и аналога сегодняшнего *Auflage*, как оно практикуется в наследственном праве, что могло бы служить достижению той же цели. Понятие и концепция фонда остались совершенно чуждыми римскому праву потому, что для этой цели существовал лишь зафиксированный в эпиграфике путь конституирования в качестве корпоративного имущества. Концепция понятия «фонд», как по существу, так и технически, почти повсюду оказалась религиозно обусловленной. Большая часть фондов была с давних пор посвящена культу мертвых или милосердному служению. Интерес к юридической конструкции имели соответственно в основном те священники, которым выпадало работать с этими фондами. Поэтому право фондов возникало лишь там, где священнослужители оказывались достаточно независимыми от светской власти, чтобы развивать священное право. По этой причине в Египте фонды существуют издревле. Чисто светские, особенно семейные фонды как по технико-правовым, так и по политико-правовым причинам почти повсюду оставались неизвестны, если не прибегали к передаче лена или другой подобной процедуре, создавая зависимость привилегированных семей от князей. В полисе фондов не было. Лишь в византийском праве ситуация изменилась под влиянием технико-правового использования сакральных норм, после того как позднеримское право благодаря фидеикомиссу создало к этому ограниченные предпосылки. В Византии обеспечение вечной ренты для собственной семьи по причинам, которые еще предстоит обсудить, облекалось в форму учреждения монастыря при условии сохранения управления и права на ренту за собственной семьей. Отсюда этот вид фондов переходит в вакуфы исламского права, сыгравшие исключительную

²¹ См. с. 101–102 настоящего тома.

роль, что имело очень серьезные экономические последствия. На Западе, сначала с технико-правовой точки зрения, в качестве собственников имущества фонда рассматривались святые, и развитие западного средневекового понятия фонда началось после того, как каноническое право подготовило его для использования Церковью.

Концепция понятия «учреждение», если подходить к нему чисто юридически, реализована лишь современной теорией. По сути, оно имеет церковное происхождение и пришло из позднеримского церковного права. Понятие учреждения должно было так или иначе возникнуть в Риме после того, как харизматическое восприятие носителя религиозного авторитета, с одной стороны, и чисто волонтаристская организация общин — с другой, окончательно уступили место должностной бюрократии епископов, которая нуждалась также в технической правовой легитимации использования церковного имущества. Античному праву, в котором со времени секуляризации культа полисом храмовое имущество считается собственностью последнего, церковное понятие «учреждение» совершенно чуждо. Античная правовая техника выучила христианскую церковь своим понятием корпорации, когда в раннем Средневековье церковное имущество не рассматривалось как достояние собственно Церкви: собственниками в уже упомянутом смысле были святые, а служители Церкви — их представителями. Каноническое право после объявления войны собственно церковному праву в ходе борьбы за инвеституру сформировало закрытое церковное корпоративное право, которое в силу социологической необходимости господства и учрежденческого структурирования в Церкви неизбежно отклонялось от корпоративного права как объединений, так и сословных союзов и со своей стороны сильно повлияло в Средние века на формирование западного понимания корпорации. Важные административно-технические потребности современного государственного управления привели позднее к технико-правовому порождению массовых публичных предприятий — школ, заведений для бедных, государственных банков, страховых контор, сберегательных касс и т.п., которые не могли быть сконструированы по типу корпораций, так как в них отсутствовали члены и членские права, а были только гетерономные и гетерокефальные органы, что и привело к созданию самостоятельного правового понятия учреждения.

Рациональное понятие корпорации в его зрелой форме в римском праве было продуктом имперского времени, и произошло оно из политического коммунального права. Политические общины в противоположность государству в массе своей появились со времен войны союзников за право гражданства²², когда государство стало принимать суверенные до того момента города в гражданский союз, сохраняя при этом их корпоративную

²² См. глоссарий (*Вторая Латинская война*).

самостоятельность. Законы первого императора²³ окончательно упорядочили эти отношения. Общины вследствие их медиатизации потеряли характер политических учреждений: «*Civitates privatorum loco habentur*», — говорилось уже во II в., и Миттайс правильно отмечает, что для имущества общины возник термин *commune* вместо *publicum*. Споры общин имели либо административный характер, как спор о территории (*controversia de territorio*), либо частный, вытекающий из контрактов, и для их разрешения существовал обычный судебный порядок. Тип муниципального чиновничества распространился на всей территории империи, даже в частных корпорациях во времена империи обнаруживаются титулы муниципального чиновничества. Понятие корпорации явно снова бюрократизируется, следуя образцу первоначальной общинной политической организации, для которой были само собой разумеющимися как абсолютное разделение имущества общины и индивидуального имущества, так и принцип *Quod universitati debetur, singulis non debetur*. В то же время в юлианской монархии создание добровольных объединений требовало концессионного разрешения, несомненно по политическим причинам. Приобреталась ли путем концессионирования полная или частичная правосубъектность — остается под вопросом, в поздние времена это различие исчезает. Вероятно (если не наверняка), выражение *corpus collegii habere* означало полную правоспособность. Типичным понятием в теории стало позднее *universitas*. Если правдоподобное предположение Миттайса о том, что внутренние отношения частных корпораций принципиально подлежали только административному рассмотрению, справедливо, то это еще одно выразительное проявление бюрократизации корпораций, пронизывающей всю правовую систему времен империи, и одновременно секуляризирующего поворота от прежнего состояния, характеризующего все фактическое развитие, ибо в республиканское время ситуация была, безусловно, иной. Нельзя сказать наверняка, но вполне вероятно, что «двенадцать таблиц» по примеру законов Солона признавали автономию существующих корпораций. Общие кассы считались, как показывают более поздние запрещающие законы, чем-то само собой разумеющимся. В то же время отсутствовала техническая возможность гражданско-правового иска. Даже в эдикте она появилась лишь в имперское время. Для спора между членами как таковыми о правах членства отсутствует исковая схема. Причина заключается в том, что частные корпорации тогда подчинялись частично сакральному, частично административному праву, решениям священнослужителей или чиновников, что опять-таки было связано с сословными отношениями античного полиса, где рабов и метеков хотя и терпели в коллегии²⁴, но не пускали в политическую гражданскую гильдию.

²³ См. библиографический указатель (*Август*).

²⁴ Имеется в виду культовое объединение.

Как эллинские фратрии и добровольные объединения старых времен и как большинство долговременных обобществлений во всех правовых системах вплоть до тотемных союзов, древнейшие известные римские объединения по своей правовой организации сплошь были братствами (*sodalicia, sodalitates*) и как таковые являлись культовыми товариществами. Брат в столь же малой степени мог привлечь к суду брата, как и лицо, связанное с ним отношениями благочестия. Отпечаток подобного рода отношений сохранялся еще в пандектном праве²⁵, не признававшем в таких случаях жалоб по уголовным делам, и в гражданском праве, где наличие братств учитывалось в негативном аспекте, как препятствование правосудию. По этим же причинам гильдии и профессиональные союзы, существование которых в старые времена республики в Риме надежно доказано, конституировались как *collegia cultorum*. Наподобие такого же типа китайских и средневековых союзов, они представляли собой братства, каждое из которых находилось под защитой своего особого бога, признающегося государством в силу разрешения коллегии легитимным; так, Меркурий был покровителем очень древней коллегии торговцев (*collegium mercatorum*). Долг взаимоподдержки в трудных ситуациях и ритуальные совместные трапезы, изначально свойственные коллегиям, так же как германским гильдиям и всем прочим союзам, основанным на побратимстве, позднее нашли рациональное выражение в создании касс взаимопомощи и смертных касс, в облики которых коллегии вновь во множестве обнаружили во времена империи. Они не имели никакого отношения к праву граждан. Пока сакральная организация была чем-то большим, нежели просто формой, ее имущество считалось сакрально защищенным и споры между товарищами как таковыми улаживались третейским судом, а коллизии с внешним миром, скорее всего, разбирались магистратами. Вмешательство магистрата было само собою разумеещимся для той части профессиональных союзов, которая имела значение для государственных литургий (*munera*). Этим объясняется безболезненный переход к бюрократизации времен империи. Возможно, вне обычного процесса с участием присяжных происходило и регулирование отношений тех аграрных союзов, о дальнейшем существовании которых источники позволяют только догадываться. *Ager compascuus* был пережитком альменды, а упоминаемые аграрными писателями *arbitria* — рудиментами кое-как упорядоченного государством, но автономного способа улаживания споров в соседских отношениях. После того как возник оказывающий все большее влияние на корпоративное право *municipium*, во времена империи стало очевидным нивелирование прав вообще любых разрешенных корпораций. Остатки товарищеских прав членства, если о таковых можно говорить, теперь исчезают, и только вне римско-

²⁵ См. глоссарий (*Пандекты*).

го имперского права еще встречаются такие явления, как ремесленные филоны маленьких эллинистических городов; упоминание о них лишь доказывает, что по римскому имперскому праву в столь же малой степени можно судить об отсутствии других структурных форм союзов, сколь по отсутствию наследственной аренды и раздельной собственности в старом гражданском праве — об отсутствии этих институтов вообще, что, даже с учетом только цензового значения понятия *ager optimo jure privatus*, было бы невозможно.

Средневековое континентальное право находилось под тройным влиянием: германских форм товариществ, канонического права и тех форм римского права, в которых последнее было воспринято юридической практикой. Германские формы товариществ в их многообразии и историческом развитии были заново открыты в великолепных работах Гирке, и на деталях поэтому можно не останавливаться. Они будут обсуждаться в связи с отдельными экономическими областями, особо — в аграрной истории и истории развития форм предприятий. Здесь достаточно нескольких замечаний, разъясняющих формальные принципы избранного в нашей работе подхода. От простых отношений общей руки до чисто политической общины, что в Средневековье означало городскую общину, протянулась целая цепочка организационных форм, постепенно переходящих одна в другую; с технико-правовой точки зрения все они были формально процессуально и имущественно дееспособными, но отношения между общностью и индивидом регулировались в них множеством разнообразных способов. Индивид мог вообще не быть собственником доли общего имущества, или, наоборот, обладать этой долей в виде свободной, доступной в форме ценных бумаг частной собственности, но именно долей в общем комплексе собственности, а не отдельной ее составной частью, или же, наоборот, владеть в качестве доли отдельным объектом этой разделяемой собственности. Важно и то, насколько общность ограничивает права индивидов и определяет их содержательно или, наоборот, в какой степени права отдельных лиц стоят на пути осуществления прав общности; чиновник ли, один из членов сообщества как таковой или все члены в определенной степени представляют общность вовне и управляют ею внутри; обязаны ли члены вносить вклад собственным имуществом либо личным участием или не обязаны; является ли членство принципиально открытым или принципиально закрытым и приобретает ли силу общего решения — все эти вопросы регулировались совершенно по-разному. Формы управления в разной степени приближались к формам, свойственным политическим союзам, часто настолько сильно, что собственная принудительная власть общности во внутренних и внешних связях отличалась от власти политического союза только средствами принуждения или гетерономией по отношению к политическому союзу. В то же время целое рассматривалось как носитель личных прав и обязанно-

стей, наподобие частного лица. Оно могло иметь право на имя, на сословие, изобретательские права, было деликтоспособным, т.е. определенные противоправные составы, а именно действия и бездействие его органов, могли быть ему вменены правовым образом и стать основанием для наказания, как в случае частного лица; это оказалось столь распространенным явлением, что в Англии, к примеру, была целая эпоха, когда в качестве ответственного по обязательствам, а в случае их нарушения — как должник, претерпевающий наложенное королем наказание, преимущественно выступала совокупная личность. Такие совокупные личности могли конституироваться почти в любой из союзных форм, с которыми мы еще познакомимся далее применительно к политическим союзам. Это могла быть прямая или представительная форма правления, которое осуществлялось от имени участников, будучи основанным на равенстве или неравенстве их прав; участники могли занимать управленческие должности по очереди или избираться, либо управление по форме было хотя и ограниченным нормами традиции, но в остальном автократическим господством отдельного лица или строго ограниченной группы лиц, обладающей правами, приобретаемыми путем периодических выборов, или других ухищрений, или в силу наследственного права либо передаваемого правового титула, который также мог быть связан с обладанием определенным имущественным объектом. В структуре органов общности могла преобладать тенденция к прерогативе четко определенных прав, т.е. к формированию набора конкретных, но строго ограниченных привилегий в реализации отношений господства или как субъективных прав, или же, наоборот, как ограниченной объективными нормами, однако в их пределах свободной в выборе средств, правительственной власти, в свою очередь оформляемой по типу объединения или по типу учреждения. По содержанию управление могло быть тесно связано с обязательствами целевых союзов или являться относительно свободным. Этим определялся объем автономии. Она могла совершенно отсутствовать, тогда распределение прав и обязательств происходило автоматически по строгим правилам, как это было со многими литургическими союзами в Англии. Другой вариант — автономные статуты с широким объемом допусков в виде эластичных норм традиционного, сконструированного или гетерономного происхождения.

Какая из альтернатив избиралась в каждом отдельном случае, это определялось и определяется сегодня в условиях свободного образования союзов прежде всего конкретными целями и в особенности экономическими возможностями конкретного союза. Союз может представлять собой преимущественно хозяйствующую общность. Тогда его структура складывается, по сути, под влиянием экономики: объема и способа формирования капитала и его внутренней структуры, с одной стороны, и кредитной базы и рисков — с другой. Капиталистический доход как цель (в акционерном обществе, горнопромышленном товариществе, паровой компании, об-

шестве государственных кредиторов или колониальной торговли) предопределяет (по причине главенствующего значения капитала с точки зрения дееспособности союза, шансов участия в прибыли и интересов отдельных лиц) принципиальную закрытость членства и относительно жесткую целеориентированность, а при этом — формально неприкосновенные, наследственные и чаще всего свободно отчуждаемые права членства, бюрократический характер управления и участие общего собрания, действующего прямо или путем представительства, в правовом смысле демократически управляемого, на деле же находящегося под господством плутократии, ибо принятие решений происходит путем дебатов и голосования пропорционально доле в капитале. Цель обуславливает, далее, отсутствие ответственности членов вовне — поскольку она не имеет значения с точки зрения кредитоспособности, — а также обычно внутри общества (последнее за исключением горнопромышленных товариществ — из-за специфики структуры капитала в горной отрасли). В случае же натурально-хозяйственного покрытия собственных потребностей преобладает — и тем в большей степени, чем универсальнее цель общности, — власть целого, отсутствие строгих норм членства, приближение к коммунистическому хозяйству, будь то на основе непосредственной демократии или патриархальной традиции (домашние общины, *Gemeinderschaft*, строгие земельные общины). По мере роста закрытости и апроприации внутри группы (деревенские и марковые общины) на передний план все более выступают права членства, в то время как земля, остающаяся в коммунальном управлении, присваивается в дополнение к уже апроприированным участкам, а управление формируется либо путем ротации, либо путем наследования должностей, либо в силу господства владельцев земли. Когда речь идет о добровольных обобществлениях с целью общественного дополнения индивидуальных производственных и потребляющих хозяйств, как в так называемых товариществах современного права, членство обычно остается закрытым, и права участников, хотя и жестко апроприированы и, подобно обязанностям, жестко ограничены, но не всегда свободно отчуждаемы; персональная ответственность значительно важнее для кредитоспособности союза, которая или ограничена, или там, где риск остается обозримым, не ограничена, а управление ведется формально бюрократически, но на деле нередко с опорой на элиту. Индивидуальные права членов на совокупное имущество должны все более терять структурообразующее значение по мере того, как союз принимает характер мероприятия, обслуживающего неопределенное множество интересов в пользу получающих выгоду лиц, а вложения капитала на длительный срок или для получения дохода от деятельности союза утрачивают смысл. Это происходит уже в чисто экономически ориентированных страховых обществах, в полной же мере — в учреждениях, служащих социально-политическим и благотворительным целям. Иначе говоря, чем в большей

степени общность является хозяйствующей общностью, служащей прежде всего внеэкономическим целям, тем менее значимыми становятся гарантированные имущественные права участников и тем в меньшей степени экономические условия определяют ее структуру.

Вообще же развитие правовой структуры союзов в целом ни в коей мере не было преимущественно обусловлено экономически. Это доказывает в первую очередь сильное противоречие между средневековым и даже еще нововременным английским — и континентальным, прежде всего немецким, развитием. Английское право со времен норманнского завоевания вообще не знало товарищества, как его понимает Гирке. Понятие корпорации по континентальному типу возникло в английском праве лишь в Новое время. Оно не знало ни автономии союзов в том смысле и объеме, в каком последняя стала обыденностью в немецком Средневековье, — только ее зачатки, — ни правовой личности союзов, регулируемой общими нормами. Теория товарищества Гирке не имела, как показали Мейтленд, а затем и Хатшек, в английском правовом пространстве почти никаких подтверждений, за исключением формы, обозначенной Гирке как союз господства, которая, к сожалению, юридически может быть сконструирована — и была сконструирована в Англии — при помощи иных, чем введенные Гирке, категорий²⁶. И эта ситуация с отсутствием якобы германских форм права союзов сложилась там не только вопреки отсутствию рецепции римского права, а частично именно вследствие этого. Именно благодаря отсутствию в римском праве понятия «корпорация» получилось так, что в Англии действительными корпоративными правами сначала обладали только церковные учреждения в силу канонического права, а всем английским союзам поначалу была свойственна тенденция усвоения именно этой формы. Теория *corporation sole*, т.е. достоинства, воплощенного в чередующихся должностных лицах, дала возможность английской юриспруденции истолковать государственное и коммунальное управление как субъекты права того же рода, что и церковные учреждения согласно каноническому праву. Король вплоть до XVII в. рассматривался как *corporation sole*, и если даже теперь не государство и не казна, а корона считается носителем всех прав и обязанностей политического союза, то это следствие обусловленного политической структурой сословного государства отсутствия на раннем этапе немецкого понятия корпорации, сформированного под влиянием римского права, и одновременно результат влияния канонического права. В Новое время английские корпорации, в сущности, сохранили с момента своего возникновения характер учреждения, а не союза, и во всяком случае не стали товариществами немецкого права. Это позволяет предположить, что на континенте римское право не было решающей силой при отмирании средневекового права товариществ, как это часто полагали. Действи-

²⁶ См. библиографический указатель (Хатшек; Мейтленд; Гирке).

тельно, юстиниановское право²⁷ было чуждо средневековым союзам, и романистическим юристам приходилось по столь многим пунктам адаптировать его к окружающим реалиям, что получившаяся интерпретация никак не могла служить орудием подрыва существования средневековых союзов. Но юристы романисты хотя и не могли собственными силами заменить неустойчивую мыслительную форму немецкого права строгой концепцией понятия корпорации, но весьма этому способствовали. Специфика английского развития, с одной стороны, и континентального, особенно немецкого — с другой, как в Средневековье, так и в начале Нового времени скорее определялась преимущественно политическими условиями. В Англии это были сильная королевская центральная власть и технические средства управления Плантагенетов и их преемников, в Германии — отсутствие сильной централизованной политической власти. Кроме того, сказывалось влияние некоторых феодальных принципов английского *common law* в области правового регулирования недвижимости.

Такая жестко учрежденческая и ориентированная на господство форма корпорации была, впрочем, в Англии не единственной. Наряду с ней — как суррогат континентальных корпораций — появились доверенные лица, под которыми понимались определенные персоны или носители должностей, чьи права были обращены на пользу конкретных адресатов или публики в целом; так, король с конца XVII в. иногда рассматривался по отношению к народу (*public*) как опекун, или попечитель (*trustee*), так же как приходские и муниципальные власти, и везде, где сегодня возникает понятие «целевое имущество», в английском праве техническим инструментом выступает *trustee*. Специфика такой конструкции учреждения состоит в том, что доверенное лицо не только может, но должно делать то, что подлежит его компетенции, это суррогат понятия «должность». Причина появления термина *trust* в этом значении, как и римского *fideicommissum*, заключалась в потребности обойти некоторые запрещающие законы, а именно законы об амортизации и другие правовые барьеры действовавшего права. И кроме того, в отсутствие в Средневековье понятия корпорации. Когда английское право создало такое понятие, данные технико-правовые инструменты продолжали использоваться для учреждений, конституированных не по типу корпораций. Эта важная черта долгое время была характерна для английского права, и даже вне корпоративной сферы.

Последнее обстоятельство обусловило гораздо более радикальное проявление в английском праве, чем в немецком, форм господства в марковом товариществе, прежде всего в том, что собственником общинной земли, как правило, выступал землевладелец, а крестьяне считались только наделенными правом пользования чужим имуществом. Они могли обращаться в королевские суды, что было слабой поддержкой в противостоянии это-

²⁷ См. глоссарий (*Кодекс Юстиниана*).

му последовательно проводимому принципу, и в конечном счете *fee simple* стало основополагающей формой английской земельной собственности, причем в гораздо более радикальной форме, чем господствовавшее в реальности тинга понятие *ager optimo jure privates* римского права. Неделимые наследства, которыми родственники владеют сообща, и все другие образования, которые в немецком праве примыкают к ним по типу, были поэтому исключены уже вследствие феодального принципа первородства. И то, что любое владение землей в конце концов было сведено к королевскому пожалованию, неизбежно оказывало воздействие и на восприятие распорядительных полномочий союзов, которые стали пониматься как приобретаемые только в виде привилегии специальные правовые титулы определенных персон и их законных преемников. Как позволяют заключить исследования Мейтленда, английская практика в силу чисто инстинктивного, свойственного древнему закону общины распределения прав и обязанностей в зависимости от размера долей, которое было перенесено на все подобные союзы, поначалу слабо ощущала потребность в понимании совокупности членов общины как самостоятельного субъекта права. Этому способствовала частично феодальная, частично специфически сословная структура государственной организации. Такое положение поддерживалось законами об амортизации, которые в интересах короля и дворянства запрещали любое отчуждение земельного владения по праву мертвой руки, в том числе в пользу общин. Освободиться от запрета можно было только путем получения специальных привилегий, и фактически городские привилегии XV в., дававшие некоторым городам корпоративные права позитивного содержания (как, например, привилегия Кингстону в 1439 г.²⁸), стали предметом городских устремлений именно по причине существующих запретов. Однако корпоративное право при этом оставалось под воздействием специального права привилегий и общих принципов сословного правообразования. Начиная с короля и парламента, любая господствующая власть рассматривалась как комплекс определенных прерогатив и привилегий. Кто бы ни пользовался любого рода правом, приобретенным не на основании частного контракта, он обладал им только в силу действующих привилегий и мог использовать поэтому лишь в строго ограниченном объеме. Только обычай, идущий с незапамятных времен, мог заменить ясно подтвержденную привилегию. Эта доктрина при всем

²⁸ В жалованной грамоте короля Кингстону (Kingstone-on-Hall) говорилось: «да будут мэр, граждане и их преемники вечным корпоративным союзом под наименованием: мэр и граждане города Кингстона, и да приобретут они право наследования на вечные времена, а также право искать и отвечать по всякого рода искам, в каких бы судах эти последние ни были начаты, право покупать земли, держания, ренты, службы и владения в пределах города и городского округа...». Это первый акт, в котором встречается сам термин «корпорация» применительно к городским поселениям. Аналогичные привилегии были предоставлены затем Плимуту, Кентербери и др.

ее примитивизме продолжала существовать и после возникновения понятия корпорации в Новое время, в результате чего каждый союз, который в своем правовом поведении выходил за четко очерченные границы предоставленных ему привилегий, считался действующим *ultra vires*, а потому нарушившим привилегию, и тем самым подпадал под кассацию привилегии, что и происходило в массовом масштабе при Тюдорах и Стюартах. В результате все корпоративные формирования, как публично-правовые, так и частноправовые (английскому праву, собственно, незнакомое различие), выталкивались на путь образования концессионированных и обязанных концессионироваться, подлежащих контролю и надзору и официально направленных исключительно на «общественную пользу» целевых союзов. Все корпорации возникали как политические или политически авторизованные целевые учреждения. Такое правовое положение исторически, в конечном счете, было продуктом литургического характера норманнского правления, о чем речь еще пойдет ниже. Король обеспечивал себе средства, необходимые для осуществления правосудия и управления, путем формирования принудительных союзов с коллективными обязательствами, подобных тем, что известны также китайской, эллинистической, позднеримской, русской и другим правовым системам. Община существовала исключительно как литургический союз обязанностей в интересах королевского управления и обладала правами лишь в силу дозволения короля или с его молчаливого согласия. В противном случае все подобные общности оставались в правовом смысле и в Новое время *bodies non corporate*. Огосударствление союзов в начале английской национальной правовой истории из-за жесткого централизованного патримониального управления оказалось вершиной, с которой началось постепенное ослабление централизации, тогда как в континентальной правовой истории только бюрократическое княжеское государство Нового времени подорвало традиционную корпоративную самостоятельность, подчинило своему надзору общины, цеха, гильдии, товарищества, церкви, объединения всех мыслимых видов, концессионировало, регламентировало и подвергло строгому контролю их деятельность, кассировало неконцессионированные права и тем самым позволило теории легистов о том, что любое союзное формирование может обладать самостоятельными правами и правосубъектностью только в силу функции принцепса, возобладать над практикой.

Впоследствии Великая французская революция полностью разрушила на территории, находящейся под ее постоянным влиянием, как любые корпоративные образования, так и ясные концессионные структуры любого вида, созданные не только для строго ограниченных целей, а также любую автономию объединений вообще. Это произошло в основном по типичным для радикальной демократии политическим причинам, кроме того, под влиянием доктринерских естественно-правовых представлений и, наконец, частично под воздействием буржуазных, экономически обус-

ловленных и в силу безоглядности их реализации также доктринерских мотивов. *Code*²⁹ вообще умалчивает о правовой личности, тем самым исключая это понятие. Только экономические потребности капитализма и — для некапиталистических слоев — рыночного хозяйства, с одной стороны, политические агитационные потребности партий — с другой, и, наконец, возрастающая материальная дифференциация культурных потребностей в связи с различиями культурных интересов индивидов развернули этот процесс в обратном направлении. Такого резкого разрыва с прошлым английское право корпораций не испытало. Английская правовая теория начиная с XVI в. развивает в первую очередь для городов понятия «орган» и «действия органа», используя при этом термин *body politic* (римское *corpus*). Она относит гильдии к типу корпораций, дает общинам, обладающим печатью, процессуальную и контрактную самостоятельность, допускает концессионные корпорации *by law* с принципом большинства вместо единогласия, следовательно, ограниченную автономию, отрицает в XVII в. деликтоспособность корпораций. Хотя она рассматривает корпорации с имущественно-правовой точки зрения вплоть до XVIII в. только как *trustees* для пользы индивидов, чьи требования по отношению к *trustees* должны возмещаться согласно принципам *equity*, лишь в конце XVIII в. и очень нерешительно позволяет компаниям передавать акции с тем условием, что ответственность акционеров за долги корпорации исчезает, за исключением случаев неплатежеспособности; и лишь у Блэкстона, опиравшегося на римское право, обнаруживаются действительные различия между корпоративным имуществом и имуществом частных лиц. В этом развитии сказывается постепенно растущее влияние капиталистических потребностей. Крупные компании времен меркантилизма Тюдоров и Стюартов юридически являлись еще учреждениями государства. Не в меньшей степени — Банк Англии. Средневековое требование удостоверения печатью каждого действующего документа, выставяемого корпорацией, трактовка акций как недвижимости, если частью собственности корпорации было земельное владение, ограничение задач только публичными или общественно полезными целями — все это было невыполнимо для коммерческих обществ и в течение XVIII в. стало совершенно неактуальным. Но лишь XIX в. ознаменовался введением ограниченной ответственности для торговых корпораций и созданием нормативных предписаний для акционерных обществ, затем установлением особых норм для обществ взаимопомощи и филантропических организаций, научных и страховых обществ и сберегательных касс, позже — для профессиональных союзов рабочих, — все это примерно параллельно соответствующему континентальному законодательству. Однако старые формы не исчезли совсем. Статус *trustees* для целого ряда

²⁹ Имеется в виду Кодекс Наполеона, или Французский гражданский кодекс (*Code Civil des Français*).

разрешенных объединений (таких как, например, общества взаимопомощи) до сих пор является предварительным условием выступления в суде, в то время как неинкорпорированным союзам (*clubs*) для каждой сделки необходимы единогласно предоставленные полномочия. Запрет действий *ultra vires*, а также принцип концессии для корпораций, не подходящих под существующие законодательные схемы, все еще остаются в силе. На практике, впрочем, положение не слишком отличается от того, что существует и в Германии со времен введения в действие Германского гражданского уложения (1900 г.).

О том, что слишком избитым сравнением индивидуалистического характера римского права с социальным характером германского права *невозможно* объяснить столь сильные различия в правовом развитии, свидетельствует не только этот краткий сравнительный очерк, но и представления о других крупных областях права.

Богатство форм немецких средневековых товариществ, порожденное совершенно особыми и главным образом чисто политическими обстоятельствами, было и остается уникальным и неповторимым. Русская правовая система и восточное право (в том числе индийское) знают литургическую коллективную ответственность и соответствующие коллективные права в принудительных товариществах, прежде всего в тингах деревенских общин, но также у ремесленников. Они знают (не повсеместно, но в большинстве случаев) солидарную ответственность семейной общности, а также рабочей общности, образованной иногда путем побратимства по типу семейной (русская артель). Но дифференцированное право товариществ по типу средневекового Запада осталось им неизвестным, так же как рациональное понятие корпорации, каким его породило взаимодействие римского и средневекового права. Институт фондов в исламском праве был предвосхищен, как мы видели, древневосточным, а именно египетским и прежде всего византийским правовым развитием и не содержал в себе зачатков теории корпораций. Наконец, китайское право типичным образом демонстрирует взаимодействие устойчивых семейных и родовых связей как гарантии социального положения индивида с патримониальным господством князя. Понятия о государстве, независимом от личности императора, не существует, равно как и частного корпоративного права и права объединений, за исключением политически обусловленных полицейских запретов всех союзов, не относящихся к семейным, фискальным либо концессионным. Официальное право признает общины только как союзы семейной ответственности в связи с налогами и податями. Фактически же, происходя из родовых союзов, они являются для своих членов самым сильным авторитетом, создают разного рода институты для хозяйственной деятельности, при этом демонстрируют закрытость вовне, с которой органы императорского господства вынуждены считаться, как с самой мощной местной властью. Эти факты ни в Китае, ни где-то еще не находят

выражения в понятиях официального права и скорее сдерживают развитие последних. Автономия, которая проявлялась вовне в виде кровной вражды родов и общин и никогда не была признана официальным правом, не могла обрести строго определенного содержания. Состояние же частных союзов (помимо родов и семейств), прежде всего сильно развитых структур ссудных и смертных касс и профессиональных союзов, соответствует частично времени императорского Рима, частично — русского права XIX в. Вместе с тем понятие о правовой личности в античном смысле полностью отсутствует, и литургическая функция на сегодня в основном уже отмерла, если она вообще когда-то существовала, в чем нет полной уверенности. Капиталистические имущественные общности, хотя и освободились, подобно тому как это было в средневековой Южной Европе, от формальной связи с домашними общностями, все же, несмотря на фактическое использование таких структур, как стабильная фирма, не выработали соответствующей правовой формы, существовавшей в Европе уже в XIII в. Совокупная ответственность согласно состоянию обязательственного права и здесь связывается с деликтной ответственностью рода, пережитки которой еще существуют. Однако контрактная ответственность, являющаяся чисто личной ответственностью, не носит солидарного характера и исчерпывается обязанностью представить сбежавших участников общества, что надлежит сделать всем остальным, кто сам несет материальную ответственность пропорционально своему участию и только лично. Лишь в фискальном праве имеется солидарная ответственность семьи и право доступа к ее имуществу, в то время как совокупное имущество частных обобществлений в правовом смысле существует здесь в столь же малом объеме, что и в античном Риме, а современные торговые общества, подобно античным обществам публиканов, рассматриваются с правовой точки зрения как сообщества с консорциальным или коммандитным участием с персонально ответственными директорами. Сохранение влияния рода, в сторону которого смещен центр тяжести экономического формообразования, затрудненность развития автономных корпораций в силу политического патримониализма и привязанность самостоятельного капитала к фискальным возможностям получения прибыли, а также к торговле обусловили в китайском праве, как в Античности и сегодня и в прошлом на Ближнем Востоке, неразвитость частного права союзов и права имущественных обществ.

Причиной того, что западное средневековое развитие протекало иначе, является прежде всего другой — сословный, а не патриархальный — характер западного патримониализма, что обусловлено, как будет разъяснено позднее, важными политическими, особенно военными и государственно-хозяйственными обстоятельствами. К этому добавляется возникновение и сохранение типа юстиции, связанной с тинговым товариществом, историческая роль которого далее будет рассматриваться. Там, где этот тип отсутствует (как, например, в Индии со времени укрепления могущества

брахманов), даже фактическое богатство форм товариществ и корпораций не отразилось в соответствующем богатстве правового развития. Длительное отсутствие рациональной и вообще сильной центральной власти, появлявшейся лишь на короткие периоды времени, хотя и породило там признаваемую правом автономию торговых, профессиональных и сельских общинных союзов, но правовой системы, подобной немецкой, из этого не возникло. Практическим результатом тинговой юстиции стало принуждение господствующих персон, будь то политические вожди или землевладельцы, выносить приговоры и возглашать нормы права не самолично и не устами чиновников, а посредством членов общины из круга правовых товарищей или по крайней мере с их решающим участием, иначе эти нормы не считались объективно обязывающими правовыми предписаниями. Представители определенных правовых кругов участвовали во всех такого рода постановлениях: арендаторы, крепостные, прислуга — в тех, что касались их личных и экономических интересов; вассалы и горожане — в тех, где речь шла об их контрактных и политических обязательствах. Первоначально это происходило там, где в основе судебных округов были военные союзы, но с распадом центральной власти такой подход распространился на все союзы, которые получили или узурпировали право осуществлять правосудие. Ясно, что это было такой гарантией автономии правотворчества и крепости корпоративной и товарищеской организации, надежнее которой трудно придумать. Возникновение этой гарантии и одновременно фактической автономии отдельных правовых кругов в создании собственного права, что породило возможность развития западного права товариществ и корпораций, а также капиталистических форм ассоциации, имело важные политические и административно-технические основания. Господин был, как правило, слишком занят военными делами и столь мало распоряжался рациональным, зависимым от него аппаратом управления, контролирующим подданных, что становился зависимым от доброй воли последних и был вынужден как полагаться на их содействие для охраны его собственных интересов, так и заботиться об удовлетворении их традиционных или узурпированных притязаний. В этом — исток стереотипизации и превращения прав зависимых слоев в товарищеские права. Связанный с формой судопроизводства тинговой общины обычай периодически поверять действующие нормы устным обсуждением, результаты которого затем фиксировались в судебных книгах, и стремление зависимых подтвердить эти положения, истолковав их как привилегии со стороны господина, повышали гарантии союзных норм. Наличие таких процессов в политических и экономических союзах с элементами господства повышало, естественно, и шансы сохранения товарищеской автономии для не связанных с господством свободных форм, возникших по типу объединений. Где этого не было, как в Англии, в которой сильная патримониальная власть с помощью королевских судов вытеснила старое товарищеское правосудие графств,

общинных союзов и т.д., т.е. развития товарищеского права не происходило, там нет ни судебных книг, ни привилегий автономии, или они встречаются гораздо реже и не имеют того же характера, что на континенте. В Германии политические власти и феодалы сумели создать административный аппарат, сделавший излишним товарищескую юстицию, поэтому и здесь дело с автономией товариществ и самим товарищеским правом быстро пошло на спад. Разумеется, это не случайно совпало с возникновением чиновничества, воспитанного в романском духе, но римское право само по себе не играло при этом значительной роли. В Англии товарищескому праву не дали возникнуть германские технико-правовые средства. Впрочем, и там союзы, не подводимые под схему *corporation sole*, трастовой корпорации или концессионных форм объединений, точно так же рассматривались как чисто контрактные отношения участников, где статуты действовали лишь в смысле вступления как акцептирования поступившей договорной оферты, т.е. в соответствии с романской конструкцией. Политическая структура союзов, внедрявших право, и особенности профессиональных агентов правотворчества, о которых мы будем говорить позднее, сыграли при этом решающую роль.

Развитие упорядоченных правовых отношений в направлении договорного общества, а самого права — в сторону свободы договора, особенно формирование автономии уполномочения, регламентированной правовой нормой, обычно характеризуют как ослабление оков и усиление индивидуальной свободы. Насколько относительна справедливость этого мнения, следует из вышесказанного. Возможность вступать с другими в контрактные отношения, содержание которых согласовывается сугубо индивидуально, а также возможность по желанию использовать любую из увеличивающегося числа схем, предоставляемых правом для целей обобществления в самом широком смысле этого слова, в современной правовой системе, во всяком случае в области товарного оборота, личного труда и услуг, по сравнению с прошлым бесконечно расширились. Но в какой мере результатом всего этого стал рост свободы индивида в определении условий собственного образа жизни или в какой мере, несмотря на это (а может быть, частично в связи с этим), усилилась принудительная схематизация образа жизни, совершенно невозможно установить только из развития правовых форм. Ведь формальное наличие огромного многообразия допустимых контрактных схем, а также формальное право по собственному желанию и не глядя на официальные схемы определять содержание контрактов никоим образом не гарантируют, что эти формальные возможности доступны каждому и фактически. Препятствует этому прежде всего гарантированная правом дифференциация фактического имущественного владения. Формальное право рабочего заключить трудовой договор какого угодно содержания с каким угодно предпринимателем на деле не дает тому, кто ищет работу, ни малейшей свободы в создании условий собственного труда, не гарантиру-

ет даже влияния на них. Отсюда следует только возможность для того, кто сильнее на рынке, — а в данном случае это предприниматель, — определить эти условия по собственному усмотрению, предложить ищущему работу принять их или отклонить и тем самым (в обстоятельствах, когда предложенная работа, как правило, экономически крайне необходима ищущему) навязать свои условия. Результатом свободы договоров, следовательно, является в первую очередь открытие возможности — при условии умного использования имеющейся собственности — использовать эту собственность в условиях рынка, не будучи стесненным никакими правовыми барьерами, для достижения власти над другими людьми. Тем, кто стремится к рыночной власти, как раз и нужен такой правовой порядок. Главным образом в их интересах — создание «принципов наделяния полномочиями», определяющих легитимные схемы соглашений, которые формально могут быть применены каждым, а на деле доступны только имущим и в результате служат их успеху и поддерживают лишь их автономию и власть.

Особо отметить такое положение дел необходимо для того, чтобы избежать распространенного заблуждения, согласно которому те виды «децентрализации правотворчества» (хорошее выражение Андреаса Фойгта), которые представлены в современной форме схематически очерченной автономии участников сделки, означают уменьшение объема *принуждения* в правовой общности по сравнению с другими, например, с так называемыми социалистически организованными объединениями. Относительное снижение вероятности принуждения, состоящего в использовании предписывающих и запрещающих норм, путем расширения свободы договоров, а прежде всего норм уполномочивания, оставляющих все, что можно, на свободное согласование, формально означает, разумеется, ослабление принуждения. Однако, очевидно, только в пользу тех, кто экономически в состоянии воспользоваться этими полномочиями. Насколько при этом материально увеличится общее количество «свободы» в данной правовой общности, полностью зависит от конкретного хозяйственного порядка и особенно способа распределения имущества, во всяком случае, это не определяется содержанием права. В «социалистической» общности, например, управомочивающие положения типа тех, что обсуждаются здесь, наверняка играли бы незначительную роль; кроме того, структуры, практикующие принуждение, способ принуждения и лица, против которых оно могло бы быть направлено, были бы иными, чем в частнохозяйственном порядке. В последнем случае принуждение в значительной мере осуществляется частными собственниками средств производства и получения дохода в силу этой их собственности, обладающей правовой гарантией, и в форме расширения власти в рыночной борьбе. В той мере, в какой они избегают любых авторитарных форм принуждения, их действия соответствуют принципу *coactus voluit*. Ведь участник рынка труда *свободно* подчиняется экономически более сильному, имеющему правовые гарантии своей

собственности. В социалистической общности прямые предписывающие и запрещающие указания некой единой, регулирующей экономическую деятельность инстанции формально играли бы гораздо более важную роль. На случай сопротивления этим предписаниям было бы предусмотрено какое-либо «принуждение», но, конечно, не в форме рыночной борьбы. Однако где в результате окажется больше принуждения вообще, и где это «больше» будет соприкасаться с областью фактической личной свободы, — это никак не определить просто путем анализа действующего или мыслимого в том и другом случае формального права. Социологически сегодня могут быть поняты только качественные различия в характере принуждения и его распределение среди нынешних участников правовой общности.

Любой (демократический) социалистический порядок (в смысле популярных ныне идеологий) отклоняет не только принуждение в той форме, которую оно принимает на основе частного владения в ходе рыночной конкуренции, но также прямое принуждение в силу чисто персональной претензии на авторитет. Он опирается только на значимость общепризнанных абстрактных законов (все равно, называются ли они этим именем). Рыночная общность, со своей стороны, формально тоже не признает прямого принуждения в силу личного авторитета. Она вместо этого принудительно помещает индивида — причем любого: рабочего и предпринимателя, производителя и потребителя — в ситуацию неизбежности приспособления к чисто экономическим «законам» рыночной борьбы под страхом наказания (как минимум относительной) потерей экономической власти, а при определенных обстоятельствах — утратой возможности экономического существования вообще. Капиталистическая система превращает действительно существующие личные и авторитарные иерархические связи на капиталистическом предприятии в отношении объектов рынка труда. Исчезновение нормального эмоционального содержания авторитарных отношений не препятствует, однако, тому, что авторитарный характер принуждения сохраняется и в некоторых обстоятельствах даже усиливается. Чем шире разрастается структура, чье существование зиждется на особом рода «дисциплине», например капиталистическое промышленное предприятие, тем более бесцеремонно может проявляться в определенных обстоятельствах авторитарное принуждение и тем уже круг тех, в чьих руках сосредоточена власть принуждать других и обеспечивать самое эту власть при посредстве правового порядка. Формально правовой порядок, обеспечивающий так много «свобод», предоставляющий и гарантирующий «полномочия» и содержащий так мало предписывающих и запрещающих норм, может в своем фактическом функционировании вести не только к значительному качественному и количественному усилению принуждения в целом, но и к усилению авторитарного характера принуждающей власти.

§ 3. Характер форм объективного права

Проблема возникновения новых правовых норм. «Обычное право» с. 121. — Фактические компоненты правового развития. Согласование интересов и правовое принуждение с. 122. — Иррациональный характер древних способов улаживания споров с. 125. — Харизматическое правотворчество и отправление правосудия с. 128. — «Правовые элиты» как субъекты правотворчества с. 132. — Товарищеское правосудие с. 135

Как возникают *новые* правовые нормы? Сегодня обычно в силу закона, т.е. человеческого установления в его считающейся легитимной — благодаря традиционной или октроированной конституции союза — форме. Само собой разумеется, это не изначальное понимание. И даже в условиях глубоко дифференцированных социальных и экономических отношений оно не общепринято. В Англии *common law* прямо противопоставляется сложившемуся путем принятия законов так называемому статутному праву — *statute law*. У нас традиционно право, возникшее не путем принятия законов, называют обычным правом. Это относительно современное понятие, которое поздно появилось в римском праве и у нас стало продуктом общеправовой юриспруденции. Предпосылки, на которых основывается значимость норм, включаемых в состав обычного права: 1) фактическое общее применение этих норм, 2) общее убеждение в правомерности их существования и 3) их рационализируемость — суть целиком продукт теоретического мышления. Да и все привычные сегодняшние дефиниции в рамках обычного права действуют как юридические конструкции, для которых понятие в сублимированной форме, вроде той, что придали ему Цительман и Гирке, оказывается необходимым, пусть даже за счет ограничения всего нестатутного права обязывающими преюдициями. В юридической области упорная борьба правовых социологов (Ламберт, Эрлих) против обычного права, на мой взгляд, совершенно не обоснована и объясняется смешением юридической и социологической точек зрения. Со всем другое дело, если речь идет об интересующем нас вопросе: насколько точно дошедшая до нас юридическая конструкция условий действительности обычного права отражает обстоятельства *фактического* возникновения эмпирической действительности права, не созданного путем установлений. На деле отражает лишь в очень малой степени. Как свидетельства фактического развития права в прошлом, именно во времена полного или почти полного отсутствия законодательств, эти юридические понятия были бы не нужны и исторически недействительны. Хотя они и опираются как на позднеримские, так и на средневековые — континентальные и английские — высказывания о значении и предпосылках *consuetudo* как источника права. Только ведь при этом постоянно идет речь об извечной проблеме сравнения претендующего на универсальную значимость рационального

права и ранее существующих локальных (или национальных) правовых порядков. В позднеримской империи — о противоположности имперского права и национальных прав провинциалов. В Англии — о противоположности имперского права (*lex terrae*) как *common law* и местных порядков, на континенте — об отношении реципированного римского права к национальному праву. Отметим лишь, что эти противостоявшие универсальному праву партикулярные порядки были подведены юристами под дефиницию обычного права и их действительность была связана с предпосылками обычного права, поскольку в условиях, когда единственно легитимными представлялись универсальные права, иначе быть не могло. Никто, однако, не подумал о том, чтобы попытаться квалифицировать английское общее право, которое, разумеется, не является «правом законов», как обычное право. А исламская *idschmâ*, определяемая как *tacitus consensus omnium*, хотя бы потому не имеет ничего общего с обычным правом, что претендует на роль права священного.

Чисто теоретически процесс возникновения правовых норм, как мы видели³⁰, проще всего представить себе так: 1) сначала чисто фактические привычки в результате выработки психических установок начинают восприниматься как обязательные, 2) по мере осознания распространенности этих привычек их начинают понимать как точки согласия и вкладывать в сознание других как полусознательное или просто сознательное ожидание поведения, которое в связи с этим воспринимается как осмысленное, 3) они получают гарантии аппарата принуждения, что отличает их от просто конвенции. Но уже здесь теоретик вправе задать вопрос, каким образом вообще в этой косной массе канонизированных привычек, которые происходят из самих себя и воспринимаются как обязательные, может возникнуть что-то новое? Историческая школа права склонна видеть в этом эволюцию национального духа, в качестве носителя которого выступает гипостазированное сверхиндивидуальное органическое единство. К этому склоняется, например, Карл Книс. У такого взгляда не может быть научной перспективы. Бессознательное, т.е. не воспринимаемое участниками как создание нового, возникновение эмпирически значимых правил, в том числе правовых норм, разумеется, всегда имеет место в ходе повседневной деятельности. Это происходит в силу незаметного сдвига значений, потому что сами участники полагают, будто новые обстоятельства на самом деле не содержат ничего нового с точки зрения правового суждения. Или, наоборот, применяя к старым или же новым обстоятельствам новое право, человек пребывает в уверенности, что так было всегда и именно оно, это право, всегда и применялось. Но наряду с этим с давних пор имеется особый тип случаев, в которых и обстоятельства, и применяемое к ним право оцениваются как новое, хотя в разном смысле и в разной степени. Откуда

³⁰ См. с. 27–32 настоящего тома.

происходит это новое? Можно ответить так: оно возникает благодаря изменениям внешних условий существования, которые влекут трансформацию эмпирически значимых моментов общего согласия. Но просто изменение внешних условий не является для этого ни обязательным, ни достаточным. Решающим скорее становится новый способ действия, меняющий значение наличного права или создающий новое право. В этом, в конечном счете преобразующем право действию участвуют разные категории лиц. Прежде всего отдельные индивиды, заинтересованные в конкретном общественном действии. Они меняют свое поведение, особенно в том его аспекте, что относится к действию общности, чтобы защитить свои интересы в *новых* внешних условиях, точно так же, как они стремились бы защищать их лучше, чем ранее, и в старых условиях. В результате возникают новые моменты согласия или даже складываются рациональные обобществления с иным смысловым содержанием, что дает потом почву для зарождения новых привычек. Конечно, изменения в совокупном составе участников общественного действия могут произойти и без таких переориентаций индивидуального поведения. Так, среди многих *уже имеющихся* видов действия есть такие, которые в новых обстоятельствах с точки зрения экономических и социальных шансов участников предпочтительнее, чем другие, которые ранее также считались «подходящими»; первые выживают в ходе простого отбора и становятся общим достоянием, а вторые исчезают, при том что ни один человек — разумеется, в чисто теоретически мыслимой идеальной ситуации — не изменяет своего поведения. Приблизительно то же самое происходит с группами, особенно стойко держащимися за свои обычаи, при выработке собственной идентичности в процессе выбора между этническим и религиозным. Но в целом новое содержание действия общности и обобществления чаще «изобретается» индивидом, а затем распространяется путем подражания и отбора. Этот последний случай на всех, даже умеренно рационализированных, ступенях развития стилей жизни, а не только в современности имеет особое значение как источник новой экономической ориентации. Участников таких новых соглашений сначала не очень заботит вопрос о том, есть ли у них шанс быть поддержанными правовым принуждением, по меньшей мере политическим. Политическое правовое давление они часто полагают либо ненужным, либо само собой разумеющимся и еще чаще считают собственный интерес или лояльность прочих участников либо то и другое вместе плюс давление конвенции достаточно надежной гарантией. Действительно правовая гарантия нормы до существования аппарата принуждения, даже до возникновения долга родовой мести, несомненно, состояла в том, что тот, кто по всеобщему признанию и согласию был «прав», имел шанс найти сторонников, чтобы противостоять нарушителю. Если же были нужны особые гарантии, то заинтересованным лицам, пусть и в достаточно развитых отношениях, любую гарантию, вплоть до гарантии аппарата принуждения, в самых разных

контекстах заменяла клятва, т.е. магическое заклятие в собственный адрес. В большинстве эпох общепризнанный порядок даже в экономических отношениях реализовывался по большей части именно так: без оглядки на возможность *государственного* правового принуждения, а чаще всего — без оглядки на возможности принуждения вообще. Однако такие институты, как южнославянская *Zadruga* (домашняя коммуна), на примере которой обычно демонстрируют ненужность правового принуждения, на самом деле обходились только без государственной правовой защиты, находясь, конечно же, во времена своего широчайшего распространения под весьма эффективной защитой деревенских властей. Такие однажды усвоенные формы общепринятого поведения могли существовать столетиями без оглядки на государственное правовое принуждение. Правила задруги были не просто неизвестны используемому судами австрийскому праву — они входили в прямое противоречие со многими его нормами и вместе с тем господствовали в практическом поведении крестьянства. Но это не типичный случай, и на нем нельзя строить обобщения.

Прежде всего, даже при условии полного равноправия правовых систем, обладающих равной религиозной легитимацией для их сторонников, и при возможности свободного выбора, тот факт, что одна из этих систем помимо религиозной обязательности располагает еще возможностями государственного принуждения, решающим образом влияет, пусть в самом традиционалистском государстве и в самой традиционалистской экономике, на их шансы в конкурентной борьбе. Так, в исламе считались официально равно признанными четыре ортодоксальные правовые школы, в которых действовал принцип правовой личности, приблизительно как во франкской империи для сословных правовых норм, и все четыре были представлены в Университете Каира. Но благодаря тому обстоятельству, что в светских органах власти и судах принудительной поддержкой пользовалась правовая конфессия Османского султаната — ханафитство, другие правовые секты (ранее также привилегированное, а затем лишенное такой поддержки маликитство и еще две группы), несмотря на отсутствие иных препятствий для их деятельности, оказались обречены на медленное умирание. Равнодушие субъектов к возможностям политического правового принуждения в относительно малой степени касалось собственно «деловой» жизни, т.е. контрактов на рынке товаров. Здесь как раз выработка новых форм обобществлений с давних пор происходила с учетом возможностей правового принуждения со стороны судов и политической власти, каковые весьма точно просчитывались при заключении целевых контрактов, прежде всего путем выработки контрактных схем. Изменение значений действующего права хотя и осуществлялось, таким образом, в повседневной деятельности отдельных купцов и промышленников, или, скорее, их профессиональных консультантов, но при этом путем сознательного и рационального приспособления к ожиданиям относительно практики пра-

воприменения. Собственно, в этом и состоит старейший вид деятельности «профессиональных», рационально работающих «юристов» (римское *cavere*). Просчитываемость функционирования аппаратов принуждения в условиях развивающегося рыночного хозяйства есть техническая предпосылка и одна из причин изобретательности деятелей каутелярной юриспруденции, которая в качестве самостоятельного элемента нового развития права путем частной инициативы функционировала повсюду, но в наиболее развитой и систематической форме — в римском и английском праве.

В то же время, естественно, возможности правового принуждения сильнейшим образом обуславливаются фактом распространения общего согласия и рациональных договоренностей определенного типа, ибо только единичное не находит при нормальных условиях никаких гарантий со стороны аппарата принуждения. Однажды получившие универсальное распространение привычки и представления могут долго игнорироваться аппаратом принуждения, только если к тому существуют абсолютно непреодолимые и определенные формальные причины, или налицо вмешательство авторитарной власти, или органы правового принуждения находятся под давлением этнически или политически чуждой власти, подавляющей свободу подданных, или из-за профессиональной или предметной специализации они отрезаны от деловой жизни и оказываются ей чужды, как это может иметь место в условиях глубокой дифференциации общества. Смысл договоренностей бывает спорным, распространенным может стать и сомнительное новшество. Тогда «судья» — так мы *a potiori* будем именовать аппарат правового принуждения — является второй самостоятельной инстанцией. Но даже если отвлечься от этого, он не просто скрепляет своей печатью уже достигнутый путем согласия и по всеобщей договоренности действующий порядок, а, напротив, в каждом случае оказывает воздействие на отбор того, что выживает как право, причем часто очень сильное воздействие, когда принятое решение влечет последствия, выходящие за рамки единичного случая. Впрочем, мы скоро увидим, что источником «судейских» решений лишь в малой степени (только для решения некоторых формальных предварительных вопросов) служат либо не служат вовсе какие-то общие нормы («нормы решений»), которые можно применить к конкретному случаю. Совсем наоборот, дав ход в конкретном случае по вполне конкретным причинам принудительной гарантии, судья создает в этих условиях эмпирическую действенность генеральной нормы как объективного права, ибо она наделяется значимостью вне единичного случая. Такое положение не является изначальным и универсальным, этого вовсе нет в прежних решениях, принимавшихся при помощи магических средств правового откровения. В других формах судопроизводства, еще не достигших формальной юридической рациональности, даже если они уже ушли от признания Божьего суда, также очень сильно проявляет-

ся иррациональность отдельного случая. К нему не прилагается ни общая «правовая норма», ни максима конкретного решения (если она вообще осознана и понята), как некая именно теперь «познанная» и определяющая будущие решения норма. Мухаммед в сурах много раз опровергает ранее данные указания, хотя те имеют божественное происхождение. Яхве также «раскаивается» в своих суждениях. Это касается и правовых решений. Оракул Яхве устанавливает право дочернего наследования (гл. 27). В результате возражений заинтересованных лиц оракул поправляется (гл. 36)³¹. Так что даже судебники нежестки в правилах. Там, где дело решается жребием (урим и туммим у евреев), или поединком, или другим божьим приговором, или конкретным оракулом, нет речи о регулярности решения в смысле применения или создания правил. Но и в правовые решения судей-неспециалистов с трудом и поздно проникает представление о том, что приговор означает норму, выходящую за пределы единичного случая, как показывают, например, исследования Владимирского-Буданова. Когда решение становится делом специалистов, оно принимается не столько «не взирая», сколько именно «взирая» на лица и конкретное положение дел. Определенная степень стабильности и стереотипизации норм неизбежно достигается по мере того, как решение становится предметом дискуссии или идет интенсивный поиск рациональных оснований и предпосылок, т.е. по мере ослабления его первоначального чисто иррационального, оракульского характера. Хотя, как мы увидим далее, сначала в определенной степени сказывается магический характер доказательственного права раннего времени — необходимость «правильного» формулирования поставленных вопросов. И еще важна природа дела, ибо судья, для которого известна максима, будучи осознанной, послужила нормой решения, с большим трудом может, а иногда вообще не может в других подобных случаях отказать в гарантии принуждения, использованной в том, первоначальном случае, не попав под подозрение в необъективности. Это относится и к судьям, которые придут после него, и в тем большей степени, чем дольше не прерывается господствующая традиция, потому что именно тогда естественным образом каждое решение, независимо от того, как оно принято, представляется — полностью или частично — продуктом единственно правильной, а значит, длительной традиции, т.е. становится схемой, по крайней мере «притворяющейся» издавна значимой. В этом смысле субъективная *вера* в «применение» уже действующих норм на самом деле была свойственна еще правосудию, возникшему во времена пророков, в ней нет вовсе ничего «современного». Формирование — прежде всего путем целерациональных со-

³¹ «...И сынам Израилевым объяви и скажи: если кто умрет, не имея у себя сына, то передавайте удел его дочери его» (Числ. 27: 8). «...И всякая дочь, наследующая удел в коленах сынов Израилевых, должна быть женою кого-нибудь из племени колена отца своего, чтобы сыны Израилевы наследовали каждый удел отцов своих» (Числ. 36: 8).

глашений — определенных типических точек согласия, которые делают поведение индивидов более осозанным благодаря тому, что при посредстве опытных «поверенных» помогают разграничивать сферы их интересов, наряду с преюдициями судей является, следовательно, одним из первичных источников правовых норм. Так в действительности возникла, например, большая часть *common law* в Англии. Сильное влияние хорошо обученных и опытных, профессиональных экспертов, таких как адвокаты и судьи, позволило навесить на корпус возникшего таким образом права ярлык «права юристов». Но это никак не отменяет роли чисто эмоционального фактора — так называемого чувства справедливости — в образовании права. Однако наблюдение подсказывает, насколько лабильно любое «правовое чувство», если ему не указывает путь жесткая прагматика внутренне или внешне обусловленных интересов. Оно, как легко увидеть и теперь, способно на любые неожиданные повороты, и только немногие весьма общие и бессодержательные максимы присущи ему универсально; насколько известно, ни одна из национальных правовых систем не «выводится» из особенностей функционирования национального «чувства справедливости». Именно чувство по природе своей менее всего годится в качестве основания претендующих на стабильность норм, скорее оно является одним из источников иррационального правоприменения. Вопрос поэтому, вероятно, надо ставить так: в какой степени народные, т.е. распространенные среди самих заинтересованных в праве лиц, представления могут реализоваться *в противовес* «праву юристов», которое практикуется сосредоточенными на изобретении контрактов и судебных процессах профессионалами (адвокатами и судьями)? Но этот вопрос решается по-разному, в зависимости, как мы увидим далее, от способа организации правоприменения.

Кроме воздействия и (чаще) взаимодействия указанных факторов — во-первых, переориентации совместной деятельности субъектов, которые сначала равнодушны к возможности правового принуждения, а затем вдруг сталкиваются с новой ситуацией, делающей его необходимым, во-вторых, деятельности профессиональных консультантов (адвокатов), которая ориентирована на возможности, предоставляемые правоприменением и аппаратом принуждения, а в-третьих, последствий решений в ходе правоприменения (преюдиция судей), — образование новых норм права может идти путем их спонтанного октроирования (правотворчество). Разумеется, сначала это происходит совсем не в тех формах, к каким мы привыкли сегодня, так как изначально совершенно отсутствует мысль о том, что можно намеренно создать правила действия, которые имеют характерные черты права, т.е. гарантируются правовым принуждением как *нормы*. Поначалу, как мы видели, в правовых решениях вообще нет понятия «норма». Нормы возникают не как результат применения твердо установленных правил, что теперь считается само собой разумеющимся для каждого судебного решения. Как бы ни зародилось представление о значимых для действий и

обязывающих при решении споров нормах, они вначале не воспринимаются как продукт или даже возможный предмет человеческих установлений. Напротив, их легитимное существование основывается на абсолютной святости определенных обычаев, нарушение которых может вызвать злое волшебство, беспокойство духов или гнев богов. Эти нормы понимаются как традиция, поэтому, по меньшей мере теоретически, считаются неизменными. Их можно познать и правильно, в соответствии с обычаями, интерпретировать, но их нельзя создать. Интерпретировать их пристало тем, кто знает их дольше всего, т.е. старейшим в физическом смысле, или старейшинам племени, или — чаще всего — колдунам и жрецам, поскольку именно последним в силу их профессии свойственно знание магических правил обращения с миром сверхчувственного. И все-таки нормы также возникают осознанно, как *откроированные* новые правила. И происходит это единственно возможным путем нового харизматического *откровения*. Это либо откровение индивидуального решения, т.е. решения о том, что справедливо в данном конкретном случае (это основа всего), либо откровение общей нормы, которая впредь будет проявляться во всех подобных случаях. Правовое откровение в этих формах есть изначальная революционная стихия, сокрушающая стабильность традиции, и мать всех «установлений» права. Откровения новых норм нисходят на харизматически квалифицированных индивидов действительно или по крайней мере по видимости непосредственно, без конкретных поводов и особенно без всяких изменений во внешних условиях. Такое случалось действительно часто. Но, как правило, новые нормы все же создавались искусственно с помощью разного рода волшебных средств, когда происходящие сдвиги в экономических и прочих условиях жизни требовали новых форм овладения новыми проблемами. Обычный носитель данной примитивной формы приспособления порядка к новой возникшей ситуации — это колдун, жрец оракула или пророк. Переход от интерпретации старой традиции к откровению нового порядка, конечно, осуществляется постепенно. Но когда мудрость старейшин или священников отказывает, остается только один путь. Тот же самый путь неизбежен и при установлении *фактов* в правовом процессе, если они спорны.

Нас интересует воздействие данного процесса правоизобретения, правоприменения и правотворчества на формальные качества права. Следствием вторжения магии во все процессы улаживания споров и создания новых норм оказывается свойственный всем примитивным правовым процедурам строго формальный характер. Магическое средство дает правильный ответ только на формально правильно поставленный вопрос. Нельзя для ответа на какой угодно вопрос о правоте или неправоте применять какое угодно магическое средство, но для каждого вида вопроса имеется свое специфическое средство. Именно отсюда происходит базовый принцип, характерный для всей древней, но уже достигшей твердых пра-

вил юстиции: малейшая ошибка в произнесении стороной торжественной формулы, обосновывающей процессуальный акт, ведет к потере соответствующего правового инструмента, а возможно, и процесса в целом. Этот принцип действителен для римского процессуального, так же как и для раннего средневекового, права. Процесс же был, как мы видели, старейшей «правовой сделкой», ибо основывался на контракте — договоре возмездия. Отсюда возникает соответствующий принцип для осуществляемых в торжественной форме частных сделок строгого права в Риме, так же как в раннем Средневековье: сделки ничтожны, если произошло хоть малейшее отклонение от (магически) действенных формул. Правда, в самом начале правового формализма процесса стоит доказательственное право. Но оно вообще не регламентирует процессуальное доказательство в сегодняшнем понимании. Не представляются материалы, доказывающие, что какой-то «факт» является «истинным» или «ложным». Зато решается, какая из сторон и в какой форме может или должна ставить вопрос о своем праве перед магическими силами. Формальному характеру самой процедуры противостоит, следовательно, совершенно иррациональный характер средств принятия решений. Но даже реализующееся в откровениях «объективное право», если нет строжайших общепризнанных традиционных норм, оказывается насквозь текучим и гибким. Отсутствуют любые логически рациональные обоснования конкретного решения. Даже если решение диктует не бог или оракул, а выносит харизматически квалифицированный мудрец или, позднее, хранящий традицию старец, или старейшина племени, или избранный третейский судья, или раз и навсегда выбранный возвещатель закона, или же назначенный политическим господином судья, обоснование решения всегда одно и то же: это либо «так было всегда», либо «так повелел Бог», либо «так будет сейчас и так будет впредь в подобных случаях». Примерно таким же образом обстоит дело с известным нововведением Генриха II Английского, ставшем причиной появления института присяжных в гражданском процессе. *Assisa novae disseisinae*, или процессы относительно права владения, узаконивающие или, наоборот, не признающие новое владение, решения в которых должны были приниматься согласно королевскому *writ* по жалобе одной из сторон в результате свидетельств двенадцати присягнувших соседей, есть эрзац решения земельных споров старыми магическо-иррациональными средствами — клятвой и особенно единоборством. Благодаря тому, что в дальнейшем стороны, вместо того чтобы оспаривать *assisa* и прибегать к старым иррациональным методам, добровольно (хотя впоследствии фактически под давлением) соглашались считать спор улаженным, появилось *jury*, которое в определенном смысле замещало вопрошание богов (оракул) и в столь же малой степени рационально обосновывало свое решение. Исполнение судебной процедуры разделяется между ведущим процесс судьей и жюри. Популярная точка зрения, согласно которой присяжные якобы решают «фактические» во-

просы, а судья — «правовые», очевидно ошибочна. Практики права ценят жюри (особенно в гражданских делах) именно за то, что оно решает определенные конкретные правовые вопросы, не создавая этим обязывающей преюдиции применительно к будущим решениям по другим делам, т.е. за иррациональный характер их решений по правовым вопросам. В английском праве на этой роли гражданского жюри основывается постепенный переход некоторых долгое время действовавших правил в разряд правовых норм. Именно в той степени, в какой судья берет составные части решения, пребывающие неидентифицированными как таковые и нераздельно связанными с обстоятельствами дела, и выводит их из этого «инкогнито», провозглашая в качестве принципов решения, они становятся составной частью действующего права. Собственно, так была в ходе судейской работы лорда Мэнсфилда преюдициально сформулирована значительная часть действующего торгового права. Тем самым преюдиции обрели достоинство правовых положений, тогда как до этого приходилось в каждом конкретном случае полагаться на «правовое чутье» жюри, члены которого одновременно с фактическими решали соответствующие правовые вопросы, и если в жюри были опытные предприниматели — могли решать вполне по существу дела. В римской правовой жизни именно на мнениях присяжных по гражданским делам основывалась творческая деятельность консультирующих стороны юристов, с той лишь разницей, что анализ правовых вопросов осуществлялся самостоятельной юридически грамотной инстанцией вне суда; это способствовало перекладыванию работы с присяжных на консультантов, а также толкованию максим «правового чувства» в качестве рациональных правовых предписаний, что превращалось в тенденцию; в свою очередь, в английском процессе искушение переложить работу с председательствующего судьи на жюри могло дать и часто давало противоположный эффект. Таким образом, в форме жюри в английском судебном процессе и по сей день живет изначальная иррациональность орудий принятия решения, а тем самым и действующего права вообще.

Также и типичные составы деяния, которые следует судить по типичным правилам в той мере, в какой они развились из взаимодействия частной деловой практики и преюдиций судьи, не содержат рационального характера правовых положений, выведенных из современного правового мышления. Релевантные в правовом отношении ситуации вычленяются не исходя из правовой логики их смыслового содержания, а созерцательно, по наглядным признакам и всегда только с одной точки зрения: какие вопросы и какой путь вопрошания богов или харизматических инстанций допустимы в каждом отдельном случае и у какой из заинтересованных сторон есть право и обязанность применить соответствующие средства доказывания. Прimitивные правовые процедуры там, где они развивались строго формально и последовательно, воплощались в «обусловленное доказательственное решение», соответствующее чаще всего случаям, и теперь решаемым на

основе присяги одной из сторон, которой вменяется в обязанность (и дается право) представить определенное доказательство. С этим как правовое последствие связана (явно или по умолчанию) победа или поражение в деле. Как формулярное производство перед претором в Риме, так и английский процесс по предписанию короля с жюри, со свойственным обоим (хотя в остальном они технически различны) разделением производства на две части, основываются на этом принципе. Подход с точки зрения того, какой, собственно, *вопрос* должен быть поставлен перед магической инстанцией, есть поэтому первый шаг к образованию технических «правовых понятий», но при этом не отграничиваются ни фактические вопросы от правовых, ни объективные нормы от субъективных (через обеспеченное «требование» индивида), ни требование исполнения обязательства от жажды мести по причине деликта (ибо просто все, что дает основание для жалобы, изначально — деликт), ни публичные права от частных, ни правотворчество от правоприменения, ни по-прежнему «право» (несмотря на то что по этому поводу сказано ранее) в смысле нормы, предписывающей индивиду его притязания, от «управления» в смысле чисто технического упорядочения, в качестве побочного действия которого индивиду могут выпасть определенные шансы. Все эти различия присутствуют, так сказать, латентно и в зачатках (иначе и быть не может). Важно, однако, что различные виды средств принуждения и, возможно, с наших позиций, разные принуждающие инстанции в той или иной степени, причем неодинаковой, отражают некоторые из этих различий. Так, с определенными оговорками, как мы уже видели, религиозное «линчевание» общиной товарища, который навлек на нее гнев магических сил, отличается от искупительного процесса между родами примерно так, как сейчас различаются возбуждение уголовного дела должностным лицом и частное судебное преследование. Такое же различие мы видим между не ограниченной никакими рамками и принципами властью господина в доме, как изначальном месте всего управления, и строгим формализмом искупительного производства между родами, которое выглядит предшественником упорядоченного судопроизводства, выносящего решения только на основании действующего права. Там, где позднее возникает специфически ограниченная в своих функциях, т.е. отличающаяся от неограниченной внутрисемейной, власть, или, как мы сказали бы, империй, кажется схваченным (хотя бы в принципе) различие между легитимным приказом и легитимирующей его нормой, ибо освященная традиция или конкретная харизматическая квалификация дают *либо* предметную, *либо* персональную легитимацию отдельных приказов и тем самым создают границу их правомочности. Но в теории то и другое нераздельно, империй выступает как конкретное правовое качество его носителя, а не как предметная компетенция. Поэтому легитимный приказ, легитимное притязание и легитимирующие то и другое нормы в действительности отчетливо не различаются. Отграничение области неиз-

менной традиции от области, где господствует империй, также оказывается неустойчивым, поскольку ни одно важное решение носителя этого права, сколь бы легитимно он ни претендовал на господство, не может быть принято без подтверждения, по возможности, специальным откровением.

Но и внутри традиции фактически достигшее уровня практического применения право не является действительно стабильным. По крайней мере до тех пор, пока традиция не укоренилась путем формирования слоя специально обученных функционеров, обладающих прочными эмпирическими навыками (поначалу это обычно маги и жрецы), она во многом может оставаться весьма лабильной. Правом считается то, что применяется как таковое. Решения африканского палавера передаются из поколения в поколение и считаются действующим правом. Мунцингер сообщает то же самое о восточноафриканских правовых решениях (*buthas*). Преюдициальное право есть древнейшая форма новообразований в обычном праве. Свое содержание оно черпает, как мы видели, из заботливо сохраняемых навыков магического вопрошания. Только с уменьшением значения магии традиция обретает то свойство, которое характерно проявилось в ней, например, в Средневековье, когда возможность применения определенной практики в качестве права могла быть предметом доказывания сторонами, так же как и «факты». От харизматического откровения новых заповедей через империй самый прямой путь ведет к созданию права посредством согласуемых и октролируемых *установлений*. Поначалу исполнители таких согласований — главы родов или местные вожди. Там же, где по каким-то политическим или экономическим причинам наряду с деревней и родом существуют более масштабные политические союзы или общности, господствующие над значительными территориями, проблемы обычно решаются в ходе разовых или регулярных встреч их главных лиц. Достигаемые при этом соглашения обычно имеют чисто технический и экономический характер и относятся, с нашей точки зрения, к простому управлению или всего-навсего к частным договоренностям. Иногда они распространяются на другие области и сферы. Собравшиеся могут также пожелать, чтобы их решения играли более весомую роль в деле интерпретации священной традиции, и при определенных обстоятельствах — даже поучаствовать в объяснении магически значимых норм, например, родовой экзогамии. Сначала это происходит примерно так: харизматически квалифицированные колдуны или мудрецы открывают собранию знание новых начал, полученное ими в экстазе или в трансе, и участники, признав их харизматическую квалификацию, везут эту весть домой, своим союзам, для знания и поклонения. Но поскольку границы между техническим указанием, истолкованием традиции путем вынесения решения и откровением новых правил всегда подвижны, а престиж колдунов изменчив, то — как это можно наблюдать, например, в Австралии — происходит секуляризация правовых предписаний, откровение фактически исключается из подготовки согла-

шений или используется *post factum* для их легализации, и в конце концов широкие области, где ранее возникновение нового права было возможно лишь через откровение, начинают управляться простыми соглашениями собравшихся авторитетов. Даже у африканских племен нередко встречается вполне развитое представление о правовых установлениях. Хотя старейшинам и знати не всегда удается вынудить соплеменников исполнять принятые ими новые правила. Так, Монрад обнаружил на побережье Гвинеи, что договоренности элит относительно денежных наказаний исправно проводились в жизнь в отношении бедняков, а богатые и уважаемые этих штрафов избегали, если не соглашались признать их добровольно, как это, впрочем, часто происходило в сословных структурах Средневековья. В то же время аханта и негры Дагомеи имеют обыкновение периодически или в зависимости от обстоятельств пересматривать старые соглашения и заключать новые. Такую ситуацию уже нельзя поэтому считать примитивной. В общем и целом правового установления либо нет в наличии, либо, если оно фактически существует, не проводится различие между правоприменением и созданием права, а потому полностью отсутствует представление о законе как о правиле, которое «применяет» судья. Правовое решение тогда просто имеет авторитет преюдиции. Это промежуточная ступень между интерпретацией действующего права и созданием нового права; к ней относятся, например, германские «судебники», где решения конкретных или абстрактных правовых вопросов представлены в суждениях авторитетов, чья легитимность основана на личной харизме, возрасте, знаниях, знатности рода или просто на должности (как в случае с северогерманским возвещателем законов). Судебники вначале даже не отделяют объективное право от субъективного, правовое установление от решения, публичное право от частного, наконец, управленческое распоряжение от нормативного правила. Только в зависимости от обстоятельств дела больше влияет то одно, то другое. Даже английские парламентские постановления почти до наших дней сохраняли такой же характер. Как показывает сам термин *assisa*, во времена Плантагенетов и, в сущности, до XVII в. ассизы выполняли роль того же самого правового решения. Король и сам необязательно был связан своими ассизами. Парламент разными средствами пытался его направлять. Протоколирование и изготовление различных *rolls* наделяло парламентские решения, подтвержденные королем, статусом и авторитетом преюдиции. Поэтому они надолго, вплоть до сегодняшнего дня, остались в роли простых *amendments* к существующему праву — в противоположность современным континентальным кодифицированным законам, которые в случае сомнения стремятся полностью заново урегулировать свой предмет, целиком исключая предшествующее право. Принцип, по которому новое право отменяет предыдущее, до сих пор полностью не возобладал в английском праве. Материальное понимание закона, распространившееся в Англии благодаря рационализму пуритан, а затем вигов, про-

исходит из римского права. В последнем же оно первоначально коренилось в должностном праве и, следовательно, в изначально военном по своей природе империи магистратов. *Lex rogata* был таким постановлением магистрата, которое с согласия гражданского ополчения становилось обязательным для граждан и только для них, а также не могло быть нарушенным преемниками магистрата. Первичным источником сегодняшнего понятия «закон» были, следовательно, римская дисциплина и характер римской военной общины. В средневековой континентальной Европе, после попыток Каролингов римское понимание закона начали использовать Гогенштауфены (Фридрих I). Но и этот уровень раннесредневекового, особенно английского, представления о законе как установленном дополнении к праву был достигнут не сразу. Харизматическая природа правотворчества и правоприменения прорывалась зачастую, как мы уже не раз видели, в многочисленных институтах даже во времена чисто рационального законодательства и правоприменения, и сегодня она преодолена не везде. Еще Блэкстон называл английского судью чем-то вроде живого оракула, и действительно та роль, которую играли его *decisions* как неизбежная особенная форма воплощения *common law*, подобна роли оракула в старом праве: «то, чего раньше не знали (т.е. правовой принцип), теперь (на основе решения) стало постоянным правилом». Но если решение было явно абсурдным или противоречило божественным заповедям, оно теряло свой харизматический характер, и ему можно было не следовать. Подлинный оракул отличался от английской преюдиции только отсутствием рационального обоснования. Эту особенность он, однако, делит с вердиктом присяжных. Конечно, присяжные как таковые не являются исторически наследниками харизматических правовых пророков, совсем наоборот, они представляют собой скорее эрзац иррациональных средств доказывания, характерных для средневековой общинной юстиции (примером может служить свидетельство соседей, особенно о праве владения, в королевском суде), а значит — продукт княжеского рационализма. Действительно по происхождению связаны с харизматическим откровением права позиция германского шоффена в его отношении к судье и институт возвещателя закона в нордическом праве. Замечательный факт, необычайно сильно повлиявший на развитие товарищеской и сословной автономии на средневековом Западе, состоит, как мы видели, в том, что обычно сам судья или его заместитель в суде только председательствуют и наводят порядок, решение же принимается практически без их участия харизматическими знатоками права или, позднее, назначенным шоффеном из круга тех, для кого решение должно создавать право (этот с величайшей последовательностью проводимый принцип отчасти, правда, имел и уже упоминавшиеся политические основания). В то же время данная практика означает возврат к природе харизматического правоприменения. Судья, осуществляющий судоговорение по должности, совсем не мог вмешиваться в правоприменение, ибо в соот-

ветствии с харизматическим пониманием права должность не дает ему того, что для этого необходимо, — не рассудка даже, а харизмы правовой мудрости. Задача судьи считалась исчерпанной, если он заставил стороны предпочесть искупление мести, судебный мир — собственным действиям, а также совершить все формальности, делающие обязательным соблюдение достигнутого соглашения и к тому же создающие предпосылки правильного и действенного вопрошания богов или уполномоченных на то мудрецов (по причине их харизмы). Этими правовыми мудрецами первоначально были сплошь люди, обладавшие магическими навыками, которые лишь в отдельных случаях привлекались в силу их харизматического авторитета, затем — либо жрецы (как брейоны в Ирландии или друиды у галлийцев), либо избранные в качестве авторитетов представители правовой знати (как возвещатели закона в Северной Германии или рахинбурги у франков). Харизматическим возвещателем закона становился путем периодических выборов, а позже фактически путем назначения кто-то из имевших на это право чиновников, в роли рахинбурга выступал шоффен, получая тем самым как бы королевский патент на место в правовой элите. Однако всегда соблюдался один принцип: не начальственная должность как таковая, а лишь приобретенный в силу харизмы авторитет дает возможность возвещать право. Так что северный возвещатель закона был в соответствии со своим харизматическим достоинством, так же как шоффены в Германии, политически весьма значимым представителем своей судебной общины, который мог выступать против начальствующих. Так, например, обстояло дело в Швеции. Там он всегда принадлежал, как и шоффены в Германии, к знатной фамилии, и, естественно, его должность, как и (в еще большей степени) должность шоффена, была связана с родовой харизмой. Возвещатель закона, существование которого прослеживается до X в., никогда не был судьей. Он не занимался исполнением решений, первоначально не располагал вообще никакой — а лишь позже в Норвегии стал обладать ограниченной — властью принуждения. Принуждение, поскольку оно имело место в правовых государствах, находилось скорее в руках политических чиновников. Из приглашаемого по отдельным случаям толкователя (применителя) права возвещатель закона превратился в чиновника, работающего на постоянной основе, а из рациональной потребности в устойчивости и предсказуемости действующего права сложилась его обязанность ежегодно объявлять собравшейся общине как для ее сведения, так и для самоконтроля все те нормы, по которым он вершит правосудие. При всех различиях в этом можно легко увидеть сходство с ежегодными публикациями преторианских эдиктов. Преемник не был связан с лёгзага³² своего предшественника, ибо в силу своей харизмы каждый возвещатель мог создавать новое право и принимать при этом во внимание

³² См. глоссарий.

интересы и решения общности, но не обязан был это делать, поскольку данные решения не представляли собой права до тех пор, пока не были включены в лёгзага. Право могло возникнуть только из откровения — этот характерный принцип и вытекающие отсюда формы создания и декларирования права были очевидны. Следы таких конструкций мы находим у тюрингов и в других немецких правовых системах, особенно во Фрисландии (*à sega*), есть основание полагать, что упомянутые во вступлении к *Lex Salica* «редакторы» как раз и являются такого рода правовыми пророками и способ возникновения капитуляриев, дополнявших законы Салической правды времен королевства франков, обусловлен огосударствлением правового пророчества³³.

Следы такого же развития обнаруживаются почти повсюду. Первоначальный способ решения правовых споров посредством оракулов находит массовое применение и там, где политическое и социальное состояние общества в остальном сильно рационализировано. Например, в Египте (оракул Амона) и в Вавилоне. Связь с правовыми решениями составляет одну из главных опор власти эллинских оракулов. То же и у правовых оракулов израэлитов. Господство правовых пророчеств было, можно полагать, всеобщим явлением. Власть жрецов всюду базировалась по большей части на их роли распределителей оракулов и руководителей ордалий, именно поэтому власть усиливалась по мере умиротворения, т.е. замены мести искуплением и в конечном счете процедурой иска. Хотя в Африке значение иррациональных средств доказывания уже довольно сильно потеснила процедура разбирательства у племенных вождей, ужасная власть служителей фетишей сохраняется до сих пор; в сакральном магическом процессе, проходящем под непосредственным руководством этих жрецов и завершающемся божьим приговором, они могут по обвинению в колдовстве лишиться жизни и состояния каждого, кто неугоден либо им самим, либо тем, от кого они зависят. Но и чисто светская административная юстиция при определенных обстоятельствах надолго сохраняет важные черты старого харизматического правоприменения. Даже институт афинских тесмотетов справедливо рассматривают как результат регламентации и превращения изначально харизматического правового пророчества в коллегия избираемых чиновников. Насколько участие понтификов в правовом процессе первоначально регулировалось в Риме наподобие других правовых пророчеств, теперь трудно установить. Принцип разделения формального руководства процессом и вынесения приговора в любом случае действовал и в Риме, хотя в техническом смысле сильно отличался от способа, принятого в Германии. Что касается эдиктов преторов и эдилов, то их родство с лёгзага состоит также в том, что обязывающая самих чиновников власть их собственных решений приходит на место их прежней большей свобо-

³³ О «редакторах» и капитуляриях см. глоссарий (*Салическая правда*).

ды. В правовом смысле принцип, согласно которому претор связан своим эдиктом, был окончательно реализован лишь во времена империи, и следует признать, что опирающееся поначалу на эзотерическое знание толкование права понтификами, так же как и процессуальные правила претора, первое время носило довольно иррациональный характер. Традиция позволила плебсу после кодификации и обеспечения публичности права выступить против как эзотеризма понтификов, так и властных прерогатив магистратов.

Разделение правоприменения и правового принуждения, которое часто считают особенностью немецкого правосудия и источником власти товариществ, — сама по себе черта не только немецкая. Но именно немецкая коллегия шоффенов заняла место прежнего харизматического правового пророчества. Специфическим для германского развития является скорее способ сохранения и технического оформления этого принципа, что связано с некоторыми другими важными особенностями. Прежде всего с относительно долго сохранявшимся значением «окружения», т.е. участия в процессе правовых товарищей, которые не принадлежали к правовой элите и функция которых состояла в ратификации найденного решения путем аккламации, — без этого решение не могло вступить в силу; причем каждый из товарищей принципиально обладал правом выступить против. Участие «товарищей» посредством аккламации обнаруживается и вне германской правовой области; можно предположить, что элементы именно такой практики содержатся в гомеровском описании суда, изображенного на щите Ахиллеса³⁴, а также в процессе Иеремии³⁵ и в других местах. Важна, кроме того, возможность оспорить решение, но и этот способ регламентированного участия свободных членов общины необязательно считать чем-то изначальным, скорее это продукт специфического, а именно военного, развития.

Один из ключевых факторов, которые ведут к секуляризации мыслей о том, что считать обязательной нормой, и способствуют освобождению ее от магически гарантированной традиции, — перевороты, вызванные войнами и военными обстоятельствами.

Империй военного вождя-завоевателя, пусть даже его власть во всех важнейших случаях обусловлена свободным согласием его войска, неизбежно очень широк в содержательном плане; по самой своей природе он чаще всего ориентирован на порядок отношений, который в мирное время должен был бы регулироваться нормами откровения, а в военных условиях — создаваться из ничего путем согласованных или октроированных установлений. Военному вождю и его войску необходимо распорядиться пленными, добычей и прежде всего захваченной землей, тем самым заново

³⁴ Илиада. XIX. 497–508.

³⁵ Иер. 26: 7–16.

установив как права индивидов, так и действующие в этих обстоятельствах правила. При этом для обеспечения общей безопасности, предотвращения нарушений дисциплины и внутренних беспорядков вождь должен иметь гораздо более широкие полномочия, чем судья в мирное время. Область действия империя уже поэтому разрастается в ущерб области действия традиции. Вызванное войной крушение существующих социальных и экономических отношений дает каждому со всей очевидностью понять, что привычное как таковое не может быть вечно действенным и священным. Систематическое утверждение уже действующего или вновь создаваемого права на разных ступенях развития особенно часто происходит именно в связи с военной экспансией. Создание права и правоприменение под влиянием настоятельной потребности обеспечить защиту от внешних и внутренних врагов обнаруживают тенденцию к более рациональному устройению. Прежде всего самые разные носители правового процесса входят в новые отношения друг с другом. Как политический союз, возникший на почве войны и подготовки к ней, на долгое время обретает военный характер, так и оборонительный союз как таковой решающим образом влияет на разрешение споров между его членами, а тем самым — на дальнейшее развитие права. Prestиж старцев и в определенном смысле престиж магии при этом обычно снижается. Снятие противоречий между империем военных вождей, с одной стороны, и светскими либо духовными хранителями священной традиции — с другой, а также общиной воинов, которые относительно свободны от традиции и, со своей стороны, тоже должны участвовать в контроле распоряжений, приводит к очень разным результатам. При этом важен вид военной организации. Германская тинговая община отдельных гау, так же как большая территориальная община политического союза, состоит из мужчин, способных носить оружие и потому владеющих землей, точно так же как римский *populus* изначально представлял собой построенное и поделенное на тактические единицы войско владельцев земельной недвижимости. Во времена больших перемен, пришедшихся на эпоху Великого переселения народов, создание нового права легло, как представляется, на германские территориальные политические общины; ведь совершенно невозможно, вопреки мнению Зома, считать все установленное право королевским правом. В такого рода законодательстве носителям империя, кажется, нельзя приписать решающей роли. У более оседлых народов власть харизматических мудрецов-законников остается нерушимой, у тех же, кто в силу военных походов перестраивается на новые отношения (особенно у франков и лангобардов), напротив, усиливаются властные побуждения воинской общины, которая требует и добивается активного и определяющего участия в установлении прав и вынесении решений.

В Европе раннего Средневековья христианская церковь в лице епископов повсюду поддерживает вмешательство князей в правосудие и правотворчество, а часто даже прямо стимулирует такое вмешательство из

церковных и этических соображений. Капитулярии франкских королей возникают параллельно с развитием полутеократических земных судов. И в России вскоре после введения христианства во второй редакции Русской Правды появляются отсутствующие в первой редакции свидетельства вмешательства князя в формирование и применение права, а также развивается обширное новое материальное княжеское право. Однако на Западе эта тенденция империя постоянно сталкивается с жесткими структурами харизматической и товарищеской юстиции внутри военной общины. Напротив, римский *populus* в соответствии с дисциплиной го-плитского войска мог только принять или отвергнуть то, что предлагал носитель империя, это относилось, кроме правовых установлений, только к приговорам по тяжким преступлениям в случае апелляции. В германской тинговой общине, для того чтобы решение вступило в действие, нужна была аккламация «окружения». Римский *populus* сначала мог только просить о кассации тяжких приговоров магистратов. В германском общинном собрании более слабому развитию военной дисциплины соответствовало право каждого оспорить приговор. Харизма правосудия не обусловлена исключительно профессиональным статусом руководителя суда, поэтому каждый из тинговых товарищей мог в конкретном случае попытаться вопреки его словам представить и отстоять свое понимание. Выбор из двух вариантов первоначально происходил путем божьего приговора и часто сопровождался штрафными санкциями в адрес проигравшего, ибо неправильное решение — это не просто ошибка, а святотатство в отношении богов — хранителей закона. Фактически всегда учитывалась аккламация или просто гул собравшихся общинников (голос которых в данном случае есть «глас божий»). Жесткой дисциплине римлян соответствовало исключительно магистратское руководство процессом, так же как и исключительное право на инициативу (*agere cum populo*) различных конкурирующих друг с другом категорий чиновников. Германское разделение правоприменения и правового принуждения — это одна форма, а римская конкуренция обладающих правом интерцессии чиновников и распределение функций между чиновниками и судьями (*iudex*) — другая форма *разделения властей* в осуществлении правосудия. Оно гарантируется необходимостью взаимодействия (которое по-разному организуется в описанных выше случаях) чиновников, судебной элиты и военной и гражданской общины, чем обеспечивается сохранение *формального* характера права и правоприменения. Там, где властям по должности — т.е. в силу либо империя князя и его чиновников, либо священнической власти — как официальным хранителям права удалось во имя собственного могущества свести на нет влияние самостоятельных харизматических законников, с одной стороны, и общины или ее представителей — с другой, там правообразование рано приобрело тот теократическо-патримониальный характер, с воздействием которого на формальные качества права мы ско-

ро познакомимся. Иначе (хотя, как мы увидим, с точки зрения формального успеха правообразования — сходным образом) обстоит дело там, где ставшая политически всесильной община, со своей стороны, полностью устраняет прежних магистратских и харизматических носителей права и сама себя провозглашает единственной суверенной инстанцией создания права и, главное, правоприменения. Ту форму права, которая реализовалась в германской и уже в более рационализированном виде в римской военной общине и состояла в том, что община правовых товарищей хотя и участвует в отправлении правосудия, но не господствует в нем суверенно, а лишь принимает или отклоняет предложение харизматического или должностного носителя правовой мудрости либо влияет на него при помощи специальных средств, таких как оспаривание приговора, мы хотели бы назвать «товарищеским» правосудием. Для существования этой формы помощь общины в отправлении правосудия вообще не является решающей. Распространена данная форма очень широко, например, у негров Того, а также у русских во времена первой, дохристианской редакции Русской Правды³⁶. В обоих случаях имеется соответствующий коллегии шоффенов узкий круг выносящих решение (у русских — двенадцать). В Того он составляется из старейшин племени или старейшин поселения, что могло бы рассматриваться как зачаток формирования заседательской корпорации. В Русской Правде участие князя, как уже говорилось, сначала вовсе не значит. В Того князь председательствует, а приговор выносится в ходе его тайного совещания со старейшинами. И в том и в другом случае отсутствует принципиально равноправное участие «окружения» в отправлении правосудия при сохранении харизматического характера последнего. Но, кажется, в Африке, как и в других местах, временами обнаруживается нечто похожее. Там, где участие общины (как «окружения») налицо, с одной стороны, в значительной мере сохраняется формальный характер права и правоприменения, ибо правосудие оказывается не продуктом произвольных желаний или эмоций тех, по отношению к кому право должно быть действенно, над кем оно призвано господствовать, а не кому служить, — но продуктом откровения правовых мудрецов. С другой стороны, их мудрость, как любая подлинная харизма, вынуждена искать подтверждения, и в силу этой необходимости может непрямым образом подпасть под влияние одобрения и повседневного опыта общинных товарищей. Но и в этом случае право формально остается «правом юристов», так как без специфического знания дела оно не примет форму рациональных правил. Тем не менее одновременно оно и материальное «народное право».

³⁶ Русь приняла христианство в 988 г. (хотя имеются и указания на более поздние годы). Первый список Русской Правды датируется 1016 г. Очевидно, что обычное право, кодифицированное в Русской Правде, имеет дохристианское происхождение.

Эпохе товарищеской юстиции, которая, впрочем, в ее точном, подразумеваемом здесь смысле, т.е. в смысле (различного по форме) «разделения властей» между авторитетом правовой харизмы и ратифицирующей функцией гражданской или военной общины, не получила универсального распространения, мы можем с большой вероятностью приписать возникновение «правовых поговорок». Их специфика состоит в том, что формальная правовая норма соединяется с ее наглядным популярным основанием, как, например, во фразах «кому вверил, у того ищи», или — короче — «рука за руку отвечает», или «рука руку заверяет», или «рука руке верит»³⁷. С одной стороны, эти поговорки возникли благодаря популярности права, обусловленной участием общины и относительно большими правовыми знаниями дилетантов, с другой же, их появление — продукт размышлений над максимумами повторяющихся решений дилетантов, профессионалов и не в последнюю очередь пророков права. Это фрагментарные правовые положения в форме «паролей».

Напротив, формально развитое право как комплекс осознанных максимум решения никогда и нигде не существует без определяющего воздействия образованных специалистов. Мы уже познакомились с разными категориями таковых. Наряду с отвечающими за правосудие чиновниками к правовой элите относятся возвещатели закона, рахинбурги, шоффены, иногда священники, а также слой связанных с отправлением правосудия практикующих юристов. Когда правовая работа требует все больше опыта и в конечном счете профессиональных навыков, к юристам присоединяются частные консультанты и поверенные заинтересованных лиц (ходатаи, адвокаты) как еще одна категория практиков, часто очень сильно влияющих на формирование права путем «правоизобретения». Об обстоятельствах их появления мы еще будем говорить далее. Возрастающая потребность в профессиональных юридических знаниях порождает профессиональных юристов. Большой запрос на опыт и знание правовых практиков и, вместе с тем, импульс рационализации права вообще почти всегда объясняется увеличением торгового оборота и, соответственно, ростом значимости лиц, обеспечивающих его правовое обслуживание. Возникают все новые проблемы, решение которых требует профессиональной и, значит, рациональной подготовки. Нас особенно интересуют пути и судьбы *рационализации* права и, следовательно, развитие его сегодняшних специфически «юридических» особенностей. Мы увидим, что право может рационализироваться по-разному и необязательно в направлении развертывания его «юридических» качеств как таковых. Направление, в котором развиваются эти формальные качества права, прямо обусловлено, так сказать, внутриюридическими отношениями, т.е. спецификой круга лиц, которые в состоянии оказывать *профессиональное* воздействие на формирование

³⁷ См. *Hand muß Hand wahren* в словаре иноязычных слов и выражений.

права, и лишь косвенно — влиянием общих экономических и социальных обстоятельств. Но важнее всего для указанного развития вид правовой *доктрины*, что в нашем контексте означает направление обучения правовых практиков.

§ 4. Типы правового мышления и правовая элита

Эмпирическое и рациональное правовое учение: школа адвокатуры и университетская школа с. 142. — Теократическое правовое обучение с. 146. — Континентальная правовая знать и средневековые судебники с. 149. — Римские юристы и формальные характеристики римского права с. 151

Для развития специализированного обучения в области права и одновременно специфического правового мышления существуют два пути. Это либо обучение исключительно или преимущественно на практике при помощи действующих юристов — т.е. ремесленным, или эмпирическим, путем, — либо теоретическое изучение права в рациональном систематическом виде в специальных правовых школах, т.е. в чисто техническом смысле научное обучение.

Довольно характерной иллюстрацией первого рода обучения была английская цеховая выучка юристов. Средневековье четко отделяет представителя в суде от адвоката. Первый появляется в силу особенностей общинных процессов, второй — в ходе рационализации судопроизводства в княжеских судах с жюри присяжных и доказательной силой протоколов (*records*). Важным основанием института представителей стал вербальный формализм, отчетливо проявившийся в истории французского судопроизводства вместе с требованием публичности, свойственным товарищескому процессу. Принцип *fautes valent exploits* и жесткая связанность самих сторон и других участников уже произнесенным словом вынуждали неспециалистов привлекать такое лицо, как *avantparlier*, или *prolocutor*, который назначался судьей обычно из числа шоффенов, чтобы представлять сторону, т.е. «вместо нее» и «от ее имени» произносить необходимые в ходе процесса формулы, благодаря чему сторона (поскольку сама не высказывалась) получала в числе прочих преимуществ возможность внести поправку (*amendment*) в уже сказанное. Представитель (*counsel*) первоначально стоит перед судьями вместе с представляемой им стороной. Этим он отличается от адвоката (*Anwalt, avoué, solicitor, attorney, procurator*), который должен исполнять техническую роль в подготовке процесса и в представлении средств доказывания. Он смог появиться в этой роли только тогда, когда процесс был в значительной степени рационализирован. Адвокат в его сегодняшней функции в тогдашнем процессе был совершенно невозможен. Представлять сторону в суде он смог лишь после того, как в результате королевских судебных реформ в Англии и Франции появилось процессуальное представительство; соответственно назначение представителя базирова-

лось, как правило, на специальной привилегии. В функцию представителя ранее входило также участие в вынесении судебного решения; более того, чтобы иметь возможность предложить свое решение, он должен был относиться к кругу лиц, формулирующих приговор. Адвокат, напротив, представляет сторону и не более. Первоначально в английских королевских судах адвокаты рекрутировались почти исключительно из немногих умеющих писать, в основном клириков, для которых это занятие было главным источником дохода. Интересы церковной службы, с одной стороны, и растущее правовое образование светских лиц из числа знати — с другой, привели к постепенному вытеснению клириков из адвокатской профессии и к объединению светских адвокатов в четыре гильдии — так называемые *Inns of Court*: это *Lincoln's Inn*, *Inner Temple*, *Middle Temple* и *Gray's Inn*. *Inns of Court* — это корпорация адвокатов, состоящая из четырех гильдий и стремившаяся монополизировать должности судей и судебных чиновников, что и произошло фактически в XVI–XVII вв. Поскольку прежние *prolocutors* исчезли по мере рационализации судебного процесса, новая правовая элита — барристеры и солиситоры — складывается из адвокатов. Но допущенный к представительству сторон в королевском суде адвокат унаследовал многие черты прежнего представителя-«пролокутора». Он подчинен строжайшему сословному этикету, отказывается участвовать в технической подготовительной работе, часто не вступает в прямые отношения с клиентом, с которым иногда даже лично не сталкивался. «Производство» находится в руках поверенного или стряпчего (*attorney, solicitor*), не входящих в гильдии специалистов, т.е., по сути дела, предпринимателей, не имеющих требуемого гильдией юридического образования, которые работают на адвокатов (*advocates*), готовят документы о положении дел или состоянии вопроса (*status causae*), причем, как правило, настолько глубоко и тщательно, что могли бы юридически представлять их в суде. Настоящие практикующие адвокаты жили вместе, по-товарищески сплоченно в домах гильдий. Исключительно из их среды выходили судьи, продолжавшие традицию общинного товарищества. *Bar* и *bench* представляли собой две формы существования закрытого сословия юристов³⁸, которое, особенно в Средневековье, последовательно набиралось из дворян и все более автономно регулировало вступление в гильдию. Для последнего требовалось четырехлетнее ученичество с занятиями в школах гильдии, затем «приглашение к барьеру», дававшее право выступать в суде, и наработка практических навыков. Важно было соблюдение этикета (минимальный гонорар, всегда вносимый клиентом добровольно и принимаемый адвокатом без всяких жалоб). Лекции в школах гильдии были исключительно продуктом

³⁸ *Bar* и *bench* — это барьер и скамья. К барьеру выходит адвокат в суде, поэтому барьер — символ адвокатуры. Адвокат именуется «барристер». Скамья — это метафора судейского сословия.

конкурентной борьбы с университетом; когда монополия гильдии была достигнута, лекции начали отмирать и в конце концов прекратились вообще. С тех пор подготовка стала практически-эмпирической и шла, как в ремесленных гильдиях, в направлении глубокой специализации. Из такого способа обучения рождалась, естественно, формалистическая, связанная с преюдициями и аналогиями, трактовка права. Уже ремесленническая специализация адвокатов препятствовала систематическому видению всей совокупности правового материала. Но и правовая практика стремилась не к рациональной систематике, а к выработке требуемых в реальной работе схем договоров и исков, ориентированных на типичные повторяющиеся запросы клиентов. Она и создала то, что в Риме называлось кауелярной юриспруденцией³⁹. Широко применялись процессуальные фикции, облегчающие классификацию и вынесение решения в новых случаях по уже известной схеме, и другие подобные практические манипуляции. Имманентно присущие такой системе мотивы не могли стать основой для возникновения рационально систематизированного права и даже для рационализации права. Понятия, образующие право, были ориентированы на конкретные, осязаемые, наглядно данные в повседневном опыте и в этом смысле формальные обстоятельства, которые оно по возможности разграничивало по внешним однозначным признакам и факторам и перечень которых по необходимости расширяло, применяя названные выше средства. В нем не возникали — путем абстрагирования от наглядного, логического толкования смысла, генерализации и субсумции — общие понятия, которые через построение силлогизмов применялись бы как нормы. Чисто эмпирическое производство правовой практики и правового знания всегда ведет от единичного к единичному и никогда не устремляется от единичного к общим суждениям, чтобы затем дедуцировать из них единичное решение. Оно, скорее, очаровано словом, которое вертит во все стороны, толкует, растягивает, чтобы приспособить его к своей потребности, а когда это не помогает, ссылается на аналогию или технические фикции. Если созданные когда-то, исходя из практических потребностей заинтересованных лиц, исковые или контрактные схемы были достаточно эластичны, официально действующее право могло при сохранении своего крайне архаичного характера пережить сильнейшие экономические преобразования в формально неизменном виде. Архаичная казуистика земельного права, отвечающего временам гуфы и норманнского землевладения, продержалась в сельских поселениях североамериканских центральных штатов вплоть до самого порога современности, хотя иногда имела гротескные последствия, если взглянуть на это с точки зрения теории.

Из такого состояния рациональное правовое обучение и правовая теория сами по себе не возникают. Где прочны позиции практических юристов,

³⁹ См. глоссарий.

особенно адвокатов, как носителей правовой доктрины и владельцев цеховой монополии на допуск к практике, там на стабилизацию официального права, продолжение его применения только эмпирическим путем и препятствование любой его законодательной или научной рационализации обычно сильно влияет экономический фактор, а именно получение вознаграждений. Любая попытка изменений — например, старых форм судопроизводства, а также положения, когда адаптация контрактных и исковых схем к формальным нормам, с одной стороны, и потребностям клиентов — с другой, доверена практике, — угрожает материальным интересам юристов. Например, английским практикам, особенно адвокату, удалось весьма успешно воспрепятствовать систематическому рациональному правотворчеству, так же как и введению рационального правового обучения по типу наших университетов, так что отношение между *bar* и *bench*, т.е. между барристерами и судебским сословием в англосаксонских странах до сих пор совсем иное, чем у нас в Германии. Особенно нужно отметить тот факт, что толкование правовых нововведений в Англии находилось и находится в руках судей, вышедших из недр адвокатуры, поэтому английский законодатель должен был — должен по сию пору — прежде всего стараться исключать из каждого нового закона всевозможные «конструкции» правовых практиков, которые, как это неоднократно случалось, могли бы противоречить его намерениям. Эта, так сказать, внутренняя тенденция, обусловленная частично экономически, а в целом — традиционализмом производственной практики, повлекла самые выдающиеся последствия. Например, отсутствие поземельных книг и потому рациональных ипотечных кредитов в значительной степени объяснялось гонорарным интересом адвокатов, поскольку делало неизбежной в условиях существующей правовой неопределенности проверку правовых оснований владения. Эта ситуация глубоко повлияла и на распределение земельных владений в Англии и особенно на способ оформления аренды как совместного предприятия (*joint business*). В Германии не было такого изолированного и организованного в гильдии адвокатского сословия. Отсутствовала и потребность в адвокатах, как, впрочем, и во Франции. Правда, формализм общинной процедуры и здесь породил повсеместную потребность в помощи защитника в суде (судебного представителя) и в регулировании его обязанностей, что и было сначала осуществлено в Баварии в 1330 г. Но разделение судебного представителя и адвоката здесь возникло рано, в значительной степени под влиянием римского права. Требования к подготовке адвокатов сложились позднее, в ответ на жалобы сословий, уже в то время, когда стандарт лучших практиков определяло римско-правовое университетское образование, а в условиях децентрализации правосудия мощная гильдия возникнуть не могла. Не автономия, а княжеский регламент определял место и роль адвокатов.

Чистейший тип второго из указанных в начале параграфа способов обучения правовому мышлению представляет собой современное рацио-

нальное университетское юридическое образование. Там, где к практике допущены только выпускники университетов, оно обладает монополией на правовую доктрину. Поскольку сегодня оно повсюду дополняется годами практического обучения и временем, необходимым для получения дополнительных свидетельств (в Германии до недавнего времени только в ганзейских городах простая докторская степень давала допуск к профессии адвоката), университетская доктрина комбинируется с эмпирическим правовым учением. Образуемые ею понятия имеют характер абстрактных норм, которые, по крайней мере в принципе, организованы строго формально и рационально, путем логической интерпретации смысла, и отграничены друг от друга. Рационально-систематический характер этих норм может вести правовое мышление к отрыву от повседневных потребностей потенциальных клиентов и к уменьшению его конкретного содержания. Стихия освобожденных чисто логических интересов правового учения и его власть над правовой практикой в результате могут привести к тому, что человеческие потребности все менее будут служить движущей силой формирования права. Известно, например, что пришлось затратить огромные усилия, чтобы предотвратить внесение в немецкий свод гражданского законодательства положения, почерпнутого из социально-политических отношений Античности, о том, что купля разрушает наем и аренду, положения, которое грозило стать частью законодательства по причине чисто логических махинаций с формой правовых суждений.

Особую разновидность рационального, но не юридически формального правового учения — чистейший его тип — представляет собой правовое учение *духовных семинарий* или примыкающих к ним правовых школ. Мы увидим далее, что часть этих особенностей обусловлена тем, что церковный (и любой родственный ему) подход к праву обусловлен стремлением не к формальной, а к материальной рациональности. Но прежде всего надо учитывать некоторые общие характеристики существования правового учения таких школ. Традиционно оно опирается на священное право, зафиксированное либо в священных книгах, либо в устойчивой устной, а позднее литературной традиции, и его рациональность обычно имеет специфический смысл. Это учение исходит из потребностей теоретического конструирования, и его казуистика побуждена потребностями скорее свободного интеллекта ученых, чем заинтересованных в праве лиц. В случае применения «диалектического» метода оно может вырабатывать абстрактные понятия и тогда приближается к рационально систематизированному правовому учению. В то же время, как и вся церковная мудрость, оно прочно связано с традицией, поэтому его казуистика, если она служит практическим, а не интеллектуальным потребностям, оказывается формальной, но не в том смысле, что стремится к рациональной систематике, а в том, что ей приходится обеспечивать реальное применение традиционных неизменных норм к изменчивым потребностям практики. Такого рода

учение всегда отягощено разделами, представляющими собой идеальные религиозно-этические требования к человеку и правовому порядку, а не логическую переработку эмпирических действующих порядков.

Так же обычно обстоит дело в школах, полностью или частично независимых от церковного управления, но связанных со священным правом.

Все «священные» системы права по форме, в какой они являют себя миру, близки типу, четко представленному в индийском праве. Поскольку здесь нет, как в книжной религии, откровения в письменной форме или вдохновенной свыше его письменной записи, священное право может передаваться в «аутентичном» виде через непрерывную цепь свидетелей. Но и книжной религии приходится прибегать к каким-то иным, чем запись, способам передачи аутентичной интерпретации священных норм, а также дополнений к ним. Это одна из важных причин отказа от письменной традиции, что свойственно как индуистскому, так и исламскому праву: традиция должна передаваться непосредственно из уст в уста надежными, святыми людьми; доверие же письменным записям означало бы, что мы верим пергаменту и чернилам, а не харизматическим учителям и пророкам. То, что сам Коран был письменным сочинением (суры публиковались Мухаммедом по совету Аллаха, будучи старательно записаны со слов последнего), исламское учение старается оправдать догмой о физическом сотворении самим Аллахом некоторых экземпляров Корана. Для хадисов важна изустность. Только на поздней стадии стали предпочитать письменную фиксацию с целью сохранения единообразия, которое могло страдать при устной передаче; это постоянно связывают с уже известным нам типичным мотивом неприятия новых откровений: харизматическая эпоха, мол, давно завершена. При этом принято твердо придерживаться основополагающего принципа, недавно удачно сформулированного фон Гертлингом и характерного для религиозных общин учрежденческого характера; суть его в том, что не Священное писание гарантирует истинность традиции и учения Церкви, а, наоборот, святость Церкви, заложенной Богом как фидеикомисс истины, и святость ее традиции как раз и гарантируют подлинность священных текстов. Это последовательное и практичное суждение: обратный (старый протестантский) принцип открывает возможности исторической и филологической критики Писания.

Для индуизма священными книгами являются Веды. В них мало права, гораздо меньше, чем в Коране и тем более в Торе. Веды известны как «шрути» (откровение), все производные священные источники — как «смрити» («вспоминание», традиция). Важнейшие категории вторичной литературы — Дхармасутры и Дхармашастры (последнее версифицировано, первое — изложено в прозе, последнее целиком относится к смрити, первое занимает промежуточное положение между смрити и шрути) — представляют собой компендии догматики, этики, правоучения и как таковые идут бок о бок с традицией описания образцов жизненной практики и поучений

святых. Им точно соответствуют исламские хадисы, представляющие собой описания образцового поведения пророка или его сподвижников и изречения пророка, не вошедшие в Коран. В исламе эпоха пророка считается завершившейся с жизнью пророка. Индийские книги дхармы (книжной религии с единственной священной книгой) не имели аналогии в исламе, так же как в иудаизме и христианстве. Как правовые книги, т.е. частные труды правоведов, они (особенно одна из позднейших — «Законы Ману») долгое время являлись руководствами в судах, пока не были полностью вытеснены из практики компиляциями и комментариями ученых школ, так что ко времени английского завоевания практику фактически определял такой третичный источник, как «Митакшара» (XI в.). Сходным образом исламская сунна дополнялась компендиями и комментариями к ним, ставшими каноническими, о чем еще будет упоминаться. В меньшей степени трудами раввинов в античное время (талмудисты) и в Средневековье дополнялась Тора. Раввинское правотворчество в античное время и в определенной степени до сегодняшнего дня — а исламское в очень значительной степени и до сегодняшнего дня — находится в ведении соответствующих юристов-теологов, в то время как ни индуизм, ни христианство (с исчезновения харизматического пророчества и Дидаскалии, которая имела скорее не правовой, а этический характер) ничего подобного не знали, хотя и по совершенно разным причинам. По индийскому праву главный священник короля входит в королевский суд и в случае ошибочного решения искупает его постом. Все важные дела вершит королевский суд. Таким образом обеспечено единство светской и религиозной юстиции, и концессионной почвы для соответствующей правовой элиты не имеется. Западное христианство, напротив, в соборах, в аппарате епископов, в курии — прежде всего посредством догм о примате папской юрисдикции и непогрешимости престола — создало себе органы рационального правотворчества, отсутствовавшие во всех других великих религиях. Поэтому правовые разъяснения и распоряжения церковных органов наряду с решениями соборов и декретами пап играют здесь роль, которая в исламе отводится фетве муфтия, а в иудаизме — заключению раввинов. Индуистская правовая ученость, школьно-теоретическая и систематизирующая, находящаяся в руках философов и теоретиков, в очень сильной степени — во всяком случае, в гораздо более сильной, чем каноническое право, — отразила типичные черты сакрально обусловленного теоретического и систематического, но слабо связанного с практикой правового мышления. Собственно, все типичные системы «священного» права, в том числе и индийская, являются продуктом школьной науки, поэтому во всех их разработках присутствует огромное количество интерпретаций давно устаревших институтов (например, порядок четырех каст у Ману, устаревшие разделы шариата в исламских школах). Часто в связи с тем, что книги предназначены для учебных целей, и в силу особенностей мышления священников систематика таких право-

вых книг оказывается более рациональной, чем трудов, свободных от религиозного влияния. Индийские правовые книги гораздо систематичнее, чем, например, «Саксонское зеркало». Однако это систематика не юридическая, а ориентированная на принципы сословной организации или на практические жизненные проблемы. Эти правовые книги, поскольку право в них служит священным целям, суть компендии не только права, но и ритуалов, этических правил, а в зависимости от обстоятельств — социальных конвенций и этикета. Естественным следствием оказывается казуистичная и потому не наглядная и не конкретная, но при этом юридически крайне *неформальная* и только относительно рациональная обработка правового материала. Ибо движущей силой здесь оказывается не реальная правовая практика с ее конкретными потребностями и наглядным эмпирическим основанием (как у практикующих юристов) и не догматичная, только из профессиональных предпосылок исходящая логика (как у правовых доктринеров), но гетерогенные по отношению к любой правовой работе материальные основания.

Иначе должен был выглядеть результат правового обучения и там, где его носителем была элита, относившаяся к юридической практике профессионально, хотя и не так, как английские адвокаты с их специфической цеховой и *доходной* ориентацией. Такой особенным образом связанный с практикой слой элиты может существовать в принципе только тогда, когда, с одной стороны, правовой процесс свободен от сакрального господства, а с другой — объем профессиональной нагрузки еще не достиг уровня, характерного для городского торгового оборота. Таковы средневековые эмпирические юристы континентальной северной Европы. Конечно, в экономических центрах, где оборот выше, происходит лишь перемещение функций правовой элиты с консультационной на каутелярную работу, да и то только при особенных обстоятельствах. После заката Римской империи в Италии оставался единственный слой, который мог продолжать и преобразовывать традиции развитого коммерческого права, — *нотариусы*. Они стали тогда особенной группой правового сословия, которая долгое время оставалась господствующей. В быстро растущих городах нотариусы объединялись в гильдии и представляли собой часть *popolo grasso*, т.е. политически весомого слоя знати. Именно здесь деловой оборот с самого начала шел в форме нотариального удостоверения; процессуальный порядок городов, например Венеции, предпочитал документальное удостоверение как рациональное средство доказывания иррациональным формам доказывания, характерным для старого общинного процесса. О влиянии нотариального удостоверения на развитие ценных бумаг мы уже знаем. Но нотариат был одной из решающих групп в правовом развитии вообще. До возникновения в Италии образованного судейского сословия он оставался самым авторитетным слоем. Так же как их предшественники на эллинистическом Востоке в Античности, нотариусы выполнили большую часть

работы по приведению разнообразных местных норм к единому варианту и прежде всего по рецепции римского права, что и здесь, и там происходило поначалу путем усвоения форм документооборота. Наличие собственной традиции, постоянная связь с императорскими судами, необходимость иметь под рукой рациональное право, чтобы обслуживать быстрорастущие потребности оборота, и социальная мощь больших университетов — все это позволило итальянским нотариусам воспринять римское право как собственно коммерческое право, причем у них на пути не стояли, как у английского сословия юристов, цеховые и особенно гонорарные интересы. Так итальянские нотариусы оказались старейшим и важнейшим слоем правовой элиты, заинтересованным и практически участвующим в создании *usus modernus* римского права, а не носителями национального права, как английские адвокаты. От попыток создать собственную правовую доктрину в противоположность университетской итальянские нотариусы должны были отказаться уже потому, что, в отличие от английских юристов, у них отсутствовало ощущение национального единства, которое у англичан возникало в результате концентрации правосудия в королевских судах. Но благодаря университетам римское право в Италии сохранило свой великодержавный статус с точки зрения структуры права и правового учения даже тогда, когда его первый политический покровитель, император, политически уже ничего не значил. Даже поддаты итальянских городов часто рекрутировались из университетски образованного сословия правовой элиты. Синьория целиком опиралась на политические доктрины, выведенные из римского права. Так же обстояло дело с нотариусами во французских и восточноиспанских приморских городах.

Совсем другим было положение немецкого и северофранцузского правового сословия, которое, по крайней мере сначала, участвовало в правовом производстве в качестве шоффенов и чиновников — в меньшей степени в городской, в большей степени в сельской землевладельческой среде с ее особыми правовыми отношениями. Влиятельные в этой области фигуры, например, Эйке фон Репгов, Бомануар и другие, создавали правовую систематику на основе реальных проблем повседневной практики и ее в сущности эмпирических и недостаточно «очищенных» абстракцией понятий. Составленные ими правовые книги претендовали на то, чтобы стать фундаментом традиции, но хотя в них и присутствует иногда *raisonnement*, мало специфически юридического *ratio*. Вместо этого даже самый значительный из таких трудов, «Саксонское зеркало», содержит немало конструкций правовых институтов, которые на самом деле представляют собой не действующее право, а вдохновленные художественной потребностью авторов и их любовью к священным числам попытки путем фантазии восполнить пробелы и недостатки права. Формально их систематические юридические записи были частными работами, так же как у индийских, римских и исламских юристов. Они также представляли собой удобные

компендии и сильно повлияли на правовую практику, а некоторые из них были прямо признаны судами в качестве авторитетных источников права. Их создатели, с одной стороны, являлись представителями юридической элиты, но с другой — не составляли, как английские адвокаты и итальянские нотариусы, объединенного в могущественную гильдию единого сословия, которое, исходя из своих материальных групповых интересов, монополизировав судебные места и сплачиваясь вокруг центрального суда, набирает силу, с которой нелегко справиться даже королю и парламенту. При этом они не стремились, как английские адвокаты, организовать цеховое обучение праву и, следовательно, заложить прочную эмпирическую традицию правового развития, которая могла бы составить долговременную конкуренцию рациональному правовому учению университетов и обученным там юристам. Формально эмпирическое право средневековых правовых книг детально разработано, однако с точки зрения систематики и казуистики — недостаточно рационально, и ориентировано не столько на абстрактное толкование смысла и правовую логику, сколько на наглядные средства различия.

Особое влияние античных *римских* юристов на право определялось прежде всего тем обстоятельством (с общей позиции мы обсудим его позднее), что римское аристократическое управление, стремясь сэкономить на чиновничестве, минимизировало вмешательство готовивших процессуальные инструкции чиновников в конкретный ход судопроизводства. Специфика господства аристократии, отличавшая Рим, к примеру, от эллинской демократии, не допускала также юстиции кади, характерной для аттических народных судов. Должностное руководство процессом и разделение власти между чиновниками и другими процессуальными фигурами сохранилось. Всё вместе породило особую римскую практику управления процессом: строго формальное указание магистрата гражданину, выбранному из списка судей, при каких правовых и фактических условиях он должен признать или не признать поданный иск правомочным. Схемы этих процессуальных инструкций магистраты, особенно преторы и эдилы, стали в конце концов формулировать в своих эдиктах, издаваемых в начале года пребывания в должности, однако их содержанием, в отличие от обязывающего характера северной *lögsaga*, они сами оказывались связаны лишь позднее. Эдикт, естественно, составлялся при помощи практикующих юристов и потому соответствовал вновь возникающим потребностям заинтересованных лиц, хотя на самом деле его содержание просто заимствовалось у предшественника. Признанные исковые основания в большинстве своем должны были определяться не конкретными обстоятельствами, а *правовыми* понятиями обывденного языка. Поэтому применение стороной при выборе схемы иска юридически неправильной формулы означало проигрыш процесса, в отличие от нашего принципа субстантивирования иска, согласно которому представления фактов, обосновывающих иск, достаточно, если они

оправдывают подачу иска с любой, какой угодно правовой точки зрения. Ясно, что в случае субстантивирования необходимость в слишком детальной юридической фиксации понятий гораздо меньше, чем в римском процессе, побуждавшем практиков к строгим различениям и разграничениям повседневных правовых понятий. И даже там, где магистрат связывал свои процессуальные инструкции с чисто фактическими обстоятельствами (*actiones in factum*), интерпретация по причине указанной техники юридического мышления принимала строгий формально-юридический характер. В такой ситуации практическое развитие правовой техники в значительной мере доставалось каутелярной юриспруденции, т.е. правовым консультантам, которые готовили схемы контрактов для сторон, призывались магистратами для обсуждения в *consilium*, как это было свойственно римскому чиновничеству, в качестве экспертов для создания эдиктов и исковых схем, наконец, помогали назначенному гражданину в рассмотрении и решении вопросов, поставленных перед ним магистратом и в интерпретации процессуальных инструкций.

Все упомянутые виды консультационной деятельности традиционно находились в руках понтификов, один из которых ежегодно выбирался для этой цели. Под влиянием священнослужителей правосудие, несмотря на кодификацию «двенадцати таблиц», легко могло бы приобрести сакрально обусловленный и иррациональный характер, как это произошло, скажем, с мусульманским правом под воздействием консультационной деятельности исламских муфтиев. Хотя кажется точно установленным, что в материальном содержании древнеримского права религиозные воздействия сыграли весьма второстепенную роль, влияние сакрального права (как это, по крайней мере, на отдельных важных примерах показал Демелиус) именно на исторически наиболее важные, т.е. формальные, черты римского права, безусловно, было значительным. Такие важные институты правовой техники, как процессуальные фикции, возникли под влиянием сакрально-правового принципа *simulata pro veris accipiuntur*. Вспомним, какую роль играла мнимая сделка в культе мертвых у многих народов, и особенно в тех случаях, когда ритуальные обязательства формально были четко прописаны, и в то же время антипатия гражданского общества к реальному исполнению этих экономически крайне обременительных обязательств побуждала к тому, чтобы просто имитировать их исполнение. Материальная секуляризация римской жизни и политическое бессилие священнослужителей побуждали их к чисто формальному и юридическому обращению с религиозными предметами. Раннее развитие каутелярно-юридических методик в гражданском обороте, естественно, привело к усилению их роли в культовой сфере. Однако с облегчением признаем, что приоритет в значительной мере лежал в области сакрального права.

Одним из наиважнейших качеств уже раннего римского права — как это следует из устаревших в остальном формулировок фон Иеринга — был

его исключительно аналитический характер. Особенно это относится к разложению процессуальных вопросов, а также формальностей сделок на логически простейшие составные части. Процесс только по одному вопросу, по этому же вопросу только один процесс, сделка только об одном предмете, обещание только одной услуги, причем только одностороннее, и т.д. — разложение пластичного комплекса обстоятельств повседневной жизни на юридически однозначно квалифицируемые элементарные акты есть в сущности наиболее характерная и методически самая значимая по последствиям тенденция именно старого гражданского права. Правда, при этом весьма страдала конструктивная способность к синтезу в охвате пластичных правовых институтов, существующих в виде продукта логически нерасчлененной правовой фантазии. Тенденция к аналитичности точнейшим образом соответствовала изначальному пониманию ритуальных обязанностей в национальной римской религии. Вспомним, что специфика подлинной римской *religio*, а именно понятийное и абстрактное, насквозь аналитическое разделение компетенций разного рода неперсонифицированных божественных сил (*numina*), в значительной степени вызвала к жизни рациональное юридическое рассмотрение религиозных проблем. Традиционно считается, что уже понтифики создали надежные схемы допустимых исков. Но, кажется, правовое искусство понтификов осталось сословно монополизированной тайной доктриной. Лишь III в. принес освобождение от сакрального правосудия. Когда цензор Аппий Клавдий пытался стать тираном, одному его вольноотпущеннику было сказано опубликовать понтификальные формулы исков. Первый плебейский верховный понтифик Тиберий Корунканий, как сообщается, был тем, кто впервые давал публичные *responsa*. Лишь на этой стадии эдикты должностных лиц стали приобретать значение, свойственное им позднее. Одновременно в качестве консультантов и поверенных в открывшееся пространство устремилась светская аристократия. Разъяснение юрисконсульта сторонам давалось устно, госучреждениям — письменно, и вплоть до императорских времен — подобно оракульским изречениям харизматических мудрецов или фетве муфтиев, т.е. без представления обоснования. Однако развитие специального обучения и профессиональной юридической деятельности уже в республиканское время повлек за собой, по мере усиления спроса, рост формального правового образования. Ученики (*auditores*) уже во времена республики допускались на консультации юристов-практиков. Практически действующее право и его процессуальное воплощение должны были принимать в высшей степени формальный и рациональный характер, что помимо уже упомянутых моментов определялось, естественно, и объектом правовой практики, который представлял собой *городскую* предпринимательскую деятельность, состоящую в заключении целевых контрактов, в отличие от преимущественно сельских отношений немецкого Средневековья, где

интересы вращались главным образом вокруг социального ранга, недвижимости, наследственных и семейных прав.

Но при всем при том римской правовой жизни вплоть до императорского времени недоставало не только синтетически-конструктивного, но даже рационального систематического начала в гораздо большей степени, чем это иногда считается. Систематику в действующее право окончательно внесла лишь византийская бюрократия, которая в отношении формальной строгости юридического мышления, наоборот, оказалась далеко позади консультантов времен республики и принцепата. Если обратиться к консультационной литературе, бросается в глаза, что самый востребованный систематический курс — *Institutiones* Гая, компендиум для введения в обучение праву, занимающий в литературе примерно то же место, что в наше время учебные справочники рядом с трудами правоведов, — принадлежит перу неизвестного, при жизни не имевшего авторитета и стоящего вне круга юридической элиты автора. Справедливости ради отметим, что литературная продукция римских практикующих юристов, с которой сравнивается его труд, имеет характер не рациональной правовой системы, которая могла бы сложиться в учебных занятиях, а в основном слегка рационально упорядоченных сборников отдельных судебных решений.

Юридические консультанты составляли специфический слой элиты. Для имущих слоев Рима они были универсальными «исповедниками» во всех экономических делах. Требовалась ли в старое время лицензия на респондирование, что позволяет предположить одно место у Цицерона⁴⁰, остается неясным. Позднее — не требовалась. Все большая изошренность юридического мышления вела респондирующих юристов к дистанцированию от методов старой каутелярной юриспруденции и от отождествления самих себя с составителями документов. К концу республики они разделились на школы. Республиканское время и в Риме — по мере того как особые политические суды присяжных (репетундовые суды) приобретали характер народной юстиции — продемонстрировало хорошо известную по Афинам традицию судебных ораторов (таких как Цицерон) воздействовать скорее эмоционально и *ad hominem*, чем путем рациональной аргументации, способствуя тем самым ослаблению тенденции формулирования точных понятий. В Риме это касалось, в сущности, только политических процессов. В императорский период юстиция окончательно стала занятием профессионалов. Часть сословия респондентов благодаря предоставленной Августом привилегии, состоящей в том, что их *responsa* сделались обязательными для судей, получила официальные места в системе правосудия. Эти консультанты уже не были поверенными (*causidici*), не составляли, следовательно, адвокатский цех, мышление которого ориентируется на повседневную практику и потребности клиентуры. Их отзывы не касались

⁴⁰ Имеется в виду место в трактате «Об обязанностях» (*De officiis*. 2, 65).

теперь чисто адвокатских производственных вопросов, а ориентировались на правовую оценку ситуаций, уже «отпрепарированных» судьей и адвокатом или одним из них, что, конечно, создавало оптимальную возможность для формирования системы абстрактных правовых понятий. Консультанты оказались отодвинуты от собственно правового производства на достаточное расстояние, чтобы задуматься о редукции конкретного к общим принципам путем применения научных методик. Эта дистанция в Риме была больше, чем у английских адвокатов, которые всегда оставались представителями сторон. Средством принудить консультантов к абстрагированию были школьные контроверзы. В силу обязывающего характера своих советов консультанты занимали господствующее положение в судебной системе. *Responsa* по-прежнему давались без обоснования, как оракул мудреца или фетва муфтия. Но юристы начали их собирать и издавать, все больше с добавлением юридических обоснований. Из допуска *auditores* к консультациям родились напоминающие школу разборы и обсуждения судебных случаев. Только к концу республики на этой основе сложилась четкая учебная специализация. Как в юридическом мышлении возрастала роль формального изучения эллинской философии, так и во внешнем оформлении юридических школ примером постоянно были эллинские философские школы. В учебной и публицистической деятельности юридических школ развивалась — при всей точности используемых ими понятий — еще очень эмпирическая, но все более рационализирующаяся техника римского права и происходила его научная сублимация. Вторичное положение теоретического изучения права по сравнению с правовой практикой объясняет, почему при всей абстрактности правового мышления налицо было очень слабое развитие отвлеченных правовых понятий там, где они служили не практическим интересам, а прежде всего потребностям систематизации. Например, подведение многочисленных, казалось бы, гетерогенных содержаний под категорию *locatio* имело важные практические последствия. Напротив, образование понятия «сделка» таковых, по крайней мере напрямую, не имеет, оно служит потребностям систематизации, в результате чего это понятие, так же как понятия «требование», «распоряжение» и им подобные, отсутствует в античном римском праве; их систематика была в определенной, да и то весьма малой степени рационализирована только при Юстиниане. «Очищение» понятий вообще происходило только применительно к конкретным схемам исков и контрактов. Оно привело к результатам, которые мы сегодня наблюдаем, преимущественно по двум причинам. Прежде всего, решающую роль сыграла полная секуляризация правовой деятельности, в том числе консультационной. Фетва исламского муфтия — это параллель *responsum* римского юриста, так как исламский муфтий — тоже концессионный правовой консультант. Образование он получал в исламских высших школах, которые, конечно же, формировались по образцу поздних официально признанных восточно-рим-

ских правовых школ и какое-то время под воздействием формального обучения античной философии развивали методики, близкие античным. Но образование оставалось преимущественно теологическим, связанность религией и традицией, неясное и практически крайне сомнительное положение священного права, которое невозможно ни устранить, ни реализовать на практике, и прочие особенности любой теократической, привязанной к священным книгам юстиции постоянно искореняли эти ростки развития, и правовое обучение ограничивалось механическим и эмпирическим усвоением правового материала с чисто теоретической, чуждой жизни казуистикой. К этому добавлялись вид судебной организации и политически обусловленные ограничения рационализации хозяйства. Это вторая причина различий. В развитии римского права теологический уклон полностью отсутствовал. Чисто светское и все более бюрократизирующееся позднеимперское государство создало из относительно рационально систематизированных продуктов высокоточного правового мышления консультантов и их учеников единственное в мире уникальное собрание Пандектов и систематически дополняло их собственными правовыми творениями, что и стало спустя столетия материалом и для средневековой правовой мысли, и для университетского образования. Уже в императорский период наряду с *аналитическим* принципом, издавна характерным для римского права, в нем появилась новая черта: все более *абстрактный* характер правовых понятий. Отчасти он был предопределен сущностью римских исковых формул. Каждая из них предполагала правовое понятие как состав деяния. Но понятия эти были сформулированы таким образом, что у практикующих юристов, в том числе каутелярных, а также адвокатов и консультантов появлялась возможность, а значит, и повод подвести под одно понятие даже самые разные экономические обстоятельства. Приспособление к новым экономическим потребностям происходило поэтому в значительной мере благодаря способу, каким интерпретировались, расширялись и растягивались старые понятия. При этом логико-правовая и конструктивная работа была поднята на такую высоту, какой только она вообще способна достичь на почве аналитического метода. Гольдшмидт справедливо указывал на исключительную эластичность таких правовых понятий, как *locatio conductio, emptio venditio, mandatum* (в особенности *actio quod iussu*), *depositum*, и прежде всего на безграничную «вместимость» *stipulatio* как *constitutum* большинства сделок при посредстве векселей или других формальных обязательств по выплате строго фиксированных сумм. Специфика римской правовой логики, выросшей из существующих формальных условий, станет особенно наглядной, если сравнить ее с примерным образом действий английской каутелярной юриспруденции. Она тоже часто смело использовала отдельные понятия, чтобы с их помощью подвести под схему иска самые разные обстоятельства. Однако разница становится очевидной, когда, с одной стороны, римские юристы используют

категорию *iussus* для конструирования поручительства по кредиту и распоряжения, а с другой — английские юристы из деликтного понятия *trespass* выводят возможность оспорить в суде многочисленные, отличающиеся друг от друга контракты. В последнем случае, чтобы окольным путем добиться судебного принуждения, смешиваются воедино юридически гетерогенные понятия; у римлян же новые, экономически (внешне) различные обстоятельства подводятся под адекватное им правовое понятие. Разумеется, абстрактный характер многих считающихся сегодня специфически римскими правовых понятий не является исконным, а иногда и вообще не имеет ничего общего с Античностью. Так, активно обсуждавшееся римское понятие собственности, например, было лишь продуктом денационализации римского права, его превращения в мировое право. Собственность в национальном римском праве не была не только особым абстрактно упорядоченным институтом, но и вообще единым институтом. Лишь Юстиниан устранил радикальные различия, или, точнее, свел их к немногим формам, которые обнаруживаются в земельном праве, и лишь вследствие отмирания старых процессуальных и социальных условий преторианского интердикта Средневековью осталось анализировать два зафиксированных в Пандектах института — *dominium* и *possessio* — как абстрактные отношения. Не очень отличается и ситуация с другими институтами. В своей первоначальной форме большинство подлинно римских правовых институтов были не намного абстрактнее, чем таковые же германские. А своеобразная форма Пандектов возникла из характерных перипетий римской государственности. Сублимирование самого юридического мышления было по своей направленности, как следует из вышесказанного, частично обусловлено политическими отношениями, причем в разной степени в республиканское и позднее императорское время. Столь важное техническое своеобразие более старого правосудия и консультирования являлось, как мы видели, в значительной мере результатом республиканского господства элиты. В то же время это господство не показало безусловно позитивных результатов с точки зрения собственно юридического специального обучения избираемых на краткий срок политических чиновников. «Двенадцать таблиц» с давних пор были предметом школьного изучения. Законы же римский республиканский чиновник осваивал только на практике. Все остальное ему обеспечивали юрисконсульты. Императорское правление с его назначаемыми чиновниками, рационализацией и бюрократизацией, наоборот, сильно двинуло вперед систематическое юридическое образование, особенно необходимое для службы в провинциях. Это универсальное следствие бюрократизации господства, которое мы еще будем рассматривать в более масштабном контексте. Поскольку, например, в Англии такой бюрократизации не было, систематическая рационализация права там сильно отстала. Пока консультанты в качестве юридической элиты господствовали в римском правосудии, стремление к систематике там тоже было

слабым, полностью отсутствовало даже кодифицирующее и систематизирующее вмешательство политической власти. Падение римской знати при Северах обозначило одновременно снижение роли сословия консультантов и возрастание значимости императорских рескриптов для судебной практики. Обучение праву, в поздние времена предлагавшееся в лицензированных государством школах, превратилось в *литературное* занятие, состоящее в изучении трудов юристов. В судебной практике эти книги трактовались как авторитетные источники, а император посредством так называемого закона о цитировании⁴¹ установил иерархический порядок правовых сочинений и правило решения вопросов большинством в случае расхождения мнений. Собрание *responsa*, таким образом, заняло здесь то же место, что и собрание преюдиций в английском *common law*. Эта ситуация обусловила форму Пандектов и обеспечила сохранение по крайней мере той части классической правовой литературы, что была в них включена.

§ 5. Формальная и материальная рационализация права. Теократическое и профанное право

Значение и общие условия правового формализма с. 158. — Материальная рационализация права: священное право с. 161. — Индийское право с. 165. — Китайское право с. 166. — Исламское право с. 167. — Персидское право с. 170. — Иудейское право с. 171. — Каноническое право с. 175

С этими размышлениями мы подошли к важным, частично уже затронутым проблемам влияния форм политического господства на формальные качества права. Для того чтобы прийти к окончательным выводам по этой теме, необходим анализ форм господства, к которому мы перейдем лишь позднее⁴². Однако несколько общих замечаний следует сделать уже сейчас. Древнее народное правосудие, которое первоначально существовало в форме искупительного процесса между родами, под воздействием власти князей и магистратов (империй, банн), а также иногда организованной власти священников освободилось от примитивной формалистской иррациональности, но оказало стойкое воздействие на правовое содержание этих властей. Воздействие было различным в зависимости от характера властей. Чем более рациональным и опосредуемым чиновниками был аппарат господства князей и иерархов, тем в большей степени и его влияние (через *jus honorarium* и процессуальные орудия преторов в Античности, через капитулярии франкских королей, процессуальные инновации английского короля и лорда-канцлера, церковные инквизиционные процедуры) было направлено на то, чтобы придать правосудию рациональный

⁴¹ См. глоссарий (*Закон о цитировании*).

⁴² См. т. IV настоящего издания.

(во всем многообразии смыслов этого слова) по форме и содержанию характер, исключить иррациональные процессуальные средства, систематизировать материальное право. Но эта всеобщая тенденция рационализации наиболее выразительно проявлялась там, где этого требовали интересы собственного рационального управления (папская администрация) или же власть входила в союз с сильными группами, заинтересованными в рациональном характере права и процесса (буржуазные классы в Риме, на излете Средневековья, в Новое время). Там, где объединения не было, либо секуляризация права и вычленение строго формального юридического мышления тормозились в самом начале, либо происходило попятное движение. Причина, вообще говоря, в том, что рационализм иерархов, так же как патримониальных князей, имеет *материальный* характер. Они стремятся не к созданию формально-юридически выверенной, оптимальной с точки зрения предсказуемости действия рациональной системы права и процедуры, а к выработке структуры, наилучшим образом содержательно отвечающей утилитарно-прагматическим и этическим требованиям любого авторитета. Разделение этики и права, как мы уже видели, вовсе не вытекает из действия этих сил, противостоящих всякому самодостаточному и профессиональному юридическому подходу к праву. Особенно это касается теократически обусловленных моделей формирования права с их комбинацией этических требований и юридических предписаний. Из содержания неюридических частей такого окрашенного священническим влиянием правового учения по мере растущей рационализации правового мышления, с одной стороны, и форм обобществления — с другой, могли вытекать совершенно разные следствия. В первом варианте священный закон (*fas*) противопоставлялся мирскому установленному праву (*jus*), служащему для улаживания религиозно индифферентных конфликтов. Затем установленное право могло начать самостоятельно развиваться в сторону рациональности и формализации с логическим либо эмпирическим уклоном, что и произошло сначала в древности (в Риме), затем в Средневековье. Как регулировались отношения между связанным религией законом и свободно установленным правом, еще предстоит обсудить. Религиозное право по мере секуляризации мышления могло обрести (мы это еще увидим) конкурента или эрзац в виде философски обоснованного естественного права, которое сопутствовало позитивному праву частично в виде идеального постулата, частично — в виде доктрины, с разной силой влияющей на правовую практику. Во втором варианте отделения священных заповедей от мирского права не происходило, и продолжала существовать специфическая теократическая смесь религиозных и ритуальных норм с правовыми предписаниями. Затем возникало расплывчатое взаимопроникновение этических и правовых обязательств, нравственных заповедей и правовых указаний, лишенное всякой формальной строгости, — складывалось *неформальное* право. Какая из альтернатив оказывалась реальной,

частично зависело от рассмотренных выше внутренних особенностей той или иной религии и ее отношения к государству и праву, частично (об этом еще пойдет речь) от властной позиции священства и его отношений с политической властью, частично, наконец, от структуры политической власти. Именно спецификой структур господства, о чем нам предстоит говорить позднее, объясняется тот факт, что почти во всех азиатских правовых системах осуществился второй из названных вариантов.

Но некоторые общие черты в логической структуре права могут быть продуктом очень различающихся между собой форм господства. С одной стороны, неформальное право обычно создает поддерживаемая нормами *пиетета* авторитарная теократическая либо патримониально-княжеская власть. С другой стороны, определенные формы демократии порождают формально очень сходные последствия. Причина заключается в том, что во всех этих случаях речь идет о власти, обладатель которой (будь то иерарх, деспот — даже «просвещенный» — или демагог) не хочет быть *ограниченным* никакими формальными барьерами (даже если это правила, созданные им самим), за исключением тех норм, которые он считает религиозными и абсолютно священными, а потому обязательными к исполнению. На его пути встает неизбежное противоречие абстрактного формализма правовой логики и обязательности выполнения материальных постулатов посредством права. Если специфический правовой формализм дает аппарату права функционировать как технически рациональной машине, заинтересованное лицо получает относительный максимум свободного пространства, особенно для рациональной оценки правовых возможностей и последствий собственного целевого действия. С точки зрения такого формализма правовой процесс трактуется как специфическая форма мирной борьбы интересов, связанная твердыми и нерушимыми «правилами игры». Древний искупительный процесс между родами, так же как и общинная юстиция, обладают формальным доказательственным правом, которое, как мы видели, связано с магическими представлениями: вопрос, требующий доказательства, должен ставиться правильным образом, и делать это надлежит именно той стороне, которой положено. Правосудию и потом долго будет оставаться чуждой мысль, что факт в том смысле, в каком он фигурирует в современном процессе, можно установить рациональными средствами, прежде всего путем важнейшего на сегодня метода опроса свидетелей или при помощи косвенных свидетельств. Фигурировавший в старом процессе «клятвозаступник», т.е. человек, подтверждающий под присягой правдивость показаний, данных другим лицом, клянется не в том, что факт действительно имел место, — он подтверждает правоту поддерживаемой им стороны, рискуя навлечь на себя в случае обмана божественный гнев. Впрочем, сама по себе практика по меньшей мере столь же реалистична, что и сегодня, ведь большинство свидетелей и в нынешнем процессе считают, что их роль состоит не иначе как в том, чтобы заявить под присягой, кто «прав». Древнее право поэтому трактует «свидетельство» не

как «обязанность», но, по крайней мере в основном, как право стороны, ей предоставляемое. Судья, однако, строго связан правилами и традиционными средствами доказывания. Современная теория «бремени доказывания» даже в гражданском процессе отличается от этого только пониманием доказательства как «долга». В остальном же и она связывает судью ходатайствами о допущении доказательств и средствами доказывания, предоставляемыми ему сторонами. То же касается всего хода процесса. Следуя принципу состязательности, судья ждет ходатайств сторон. То, что они не заявили или не предъявили, для него не существует; то, что не дано в форме общепринятых средств доказывания, рациональных или иррациональных, также не существует. Следовательно, судья стремится только к той относительной истине, которая достижима в границах, очерченных процессуальными действиями сторон. Таким же был характер правосудия и в четко выраженной древнейшей из доступных нам форм: в искупительном или арбитражном производстве между родами с оракулом или божьим судом в качестве процессуального средства. Строго формально, как любая деятельность, ориентированная на призывание магических или божественных сил, такой процесс требовал получения *материально* «правильного» приговора благодаря применению иррациональных сверхъестественных процессуальных средств. Если же авторитет этих иррациональных сил и вера в них исчезли и вместо них должны прийти рациональные средства доказывания и логическое обоснование решений, формальное правосудие обретает характер упорядоченной борьбы интересов сторон с относительно оптимальными, по крайней мере, шансами установления истины. Продвижение процесса — это забота сторон, а не публичной власти. Судья не принуждает их делать что-то, чего не желают они сами. Именно поэтому он не может удовлетворять потребности в оптимальном исполнении *материальных* требований правосудия, которое ориентировалось бы на конкретное чувство справедливости или целесообразности. Формальная юстиция, обеспечивая максимальную свободу заинтересованных лиц в представительстве своих формально легальных интересов, уже в силу неравенства экономических сил, ею же легализованного, всегда приводит к тому, что материальные постулаты религиозной этики или еще и политической целесообразности теряют свою незыблемость. Но именно благодаря этому в условиях авторитарной власти (теократия и патриархализм) ослабевает зависимость людей от милости и воли авторитетов, а в условиях демократии — зависимость правовой практики, а следовательно, и индивида, от решений товарищей. В результате по мере превращения процесса в мирную борьбу интересов растут шансы усиления дифференциации экономических и социальных сил и позиций. Во всех этих случаях из-за неизбежно абстрактного характера правосудия страдают содержательные идеалы справедливости.

Именно в абстрактном характере формальной юстиции обычно видят ее преимущество по сравнению с неформальной, несущей полный про-

извол и субъективистское непостоянство, не только те, кто силен экономически и заинтересован в сохранении своей власти, но также идеологи, стремящиеся к освобождению от авторитарных пут или иррациональных массовых инстинктов в пользу развития возможностей и способностей индивидов. Ей обычно симпатизируют политические и экономические слои, которым важны постоянство и предсказуемость правового процесса, т.е. выразители *долговременных* рациональных политических и экономических интересов особенно. Они видят в формальной и равным образом рациональной юстиции прежде всего гарантию свободы, т.е. того блага, от которого хотят отказаться теократические и патриархально-авторитарные, а иногда и демократические, вообще любые власти, идеологически ориентированные на материальную справедливость. Последним нужна не формальная юстиция, а так называемая юстиция кади. В значительной мере таковой была, например, народная юстиция в аттической прямой демократии. Не по формальному праву, но определенно по воздействию таков нередко современный суд присяжных, поскольку даже в этой, очень ограниченной форме проявления народной юстиции существует склонность связывать себя формальными правилами лишь постольку, поскольку это прямо необходимо технически в процессе. В остальном же народная юстиция судит (и тем сильнее, чем более она народная) по конкретному *чувству*, будь это этически, или политически, или социально-политически обусловленное чувство (последнее особенно проявлялось в древности, в Афинах, но не менее действенно и в наши дни). Такая тенденция суверенной демократии сближается с тенденцией авторитарной власти теократии и патриархальных князей. Это ведь одно и то же, когда вопреки формальному праву французские присяжные регулярно оправдывают мужа, убившего любовника жены, или когда Фридрих II посредством кабинетного правосудия решает дело в пользу мельника Арнольда⁴³. Сущность теократической юстиции целиком состоит в преобладании этической позиции конкретной справедливости, неформальные и антиформальные тенденции которой ограничиваются только отчетливо сформулированным священным правом. Там, где в дело вмешиваются нормы священного права, юстиция, наоборот, прибегает к необычайно формалистической казуистике, чтобы приспособить их к потребностям заинтересованных лиц. Светская патримониально-авторитарная юстиция, даже если она связана традицией, в силу большей гибкости последней чувствует себя свободнее. И наконец, типичная аристократическая юстиция демонстрирует иногда двойственный образ в зависимости от того, идет ли речь о типичных правовых интересах слоя элиты или подвластных ему слоев. Английская юстиция, например, во всех дошедших до имперского суда делах была строго формальной. Но правосудие мировых судей в отношении массовых

⁴³ См. библиографический указатель (Арнольд).

повседневных действий и деликтов представляло собой в некоторой степени неформальную прямую юстицию кади, каковая нам на континенте совершенно неизвестна. В то же время высокая стоимость услуг адвокатов означала фактический отказ в правовой помощи неимущим (так же как в условиях республиканской римской юстиции, но по другим причинам), что было в интересах имущих, т.е. капиталистических слоев. Там, где такой дуализм правовой практики (формальное правосудие для конфликтов внутри собственного слоя и произвол или фактический отказ в помощи экономически слабым) оказывается недостижимым, капиталистические интересы обычно лучше всего реализуются при универсальном проведении строго формальной юстиции, основанной на принципе состязательности сторон. И поскольку аристократическая юстиция с ее, в сущности, неизбежно эмпирической правовой практикой, сложной системой процессуальных инструментов и их дороговизной может еще и мешать этим, капиталистическим интересам (Англия вступила на путь капитализма не столько благодаря, сколько отчасти вопреки структуре своего права), буржуазные слои обычно держатся преимущественно рациональной правовой практики, а потому заинтересованы в систематизированном, однозначном, целерационально сформулированном формальном праве, которое равным образом исключает и связанность традицией, и произвол, что и позволяет выводить субъективное право только из объективных норм. Английские пуритане требовали именно такого *систематически кодифицированного* права, так же как римские плебеи и немецкая буржуазия XIX в. Но до реализации этих требований было еще далеко.

Не только теократическая юстиция, но и юстиция, ведомая светской элитой, следующая путем огласителей права или же частных или официально признанных консультантов, а также развитие права и правового процесса, опирающееся на империй и банн издающих эдикты магистратов, князей и чиновников, — все эти виды правовых учений и правовой практики не посягали на фундаментальное представление о том, что право, в сущности, являет собой нечто изначально действующее и нуждается лишь в однозначной интерпретации и применении к единичному случаю. Как мы видели, повсюду — даже при экономически очень слабо развитых отношениях — прорыв рационально согласованных норм сам по себе оказывался вполне возможным при условии, что разрушена власть магических стереотипов. Существование иррационального откровения как единственного пути обновления часто фактически означало высокую подвижность норм, а его исчезновение — усиление стереотипизации, так что теперь власть сакральной традиции, единственно только и выступающей в качестве священной, оставалась работающей и превращалась священниками в систему сакрального права.

Сакральное право и сакральное правотворчество в очень разной степени проявлялись в разных географических и предметных областях права

и, в свою очередь, по-разному вытеснялись из них. Мы совершенно опускаем здесь особый интерес священного права, обоснованного поначалу чисто магическими нормами, ко всем проблемам наказания и искупления, так же как его интерес к политическому праву, о чем нам придется размышлять позднее, равно как и вопрос о первоначально тоже магически обусловленных нормах, касающихся времени, места и средств доказывания, допустимых в процедуре с сакрально-правовой точки зрения, и хотим сосредоточиться преимущественно на гражданском праве в обычном его понимании. В этой области главным доменом сакрального права были основания допустимости и последствия заключения брака, семейное право и, по сути, относящееся к нему наследственное право, что равно справедливо по отношению к Китаю и Индии, так же как к римскому *fas*, исламскому *shari'a* или каноническому праву Средневековья. Древний магический запрет инцеста был предшественником религиозного контроля брака. К этому добавились правильные пожертвования предкам и другие семейные *sacra*, посвященные богам, также обусловившие проникновение священного права в наследственное и семейное. В христианских районах, где отмеченные сакральные интересы частично отпали, возник фискальный интерес церкви к вопросам действительности завещаний, имевший целью сохранение контроля над наследственным правом. С профанным коммерческим правом могли сначала оказаться в конфликте религиозные нормы, касающиеся объектов и мест, посвященных религиозным целям или по каким-то иным причинам священных либо, наоборот, магически табуированных. В сферу контрактного права сакральное право вмешивалось по формальным причинам, когда избиралась религиозная форма принятия обязательств (а это происходило необычайно часто и поначалу даже регулярно), например, клятва. Кроме того, это вмешательство имело и материальные основания, когда под вопрос ставились важные нормы религиозной этики, например, запрет на ростовщичество, который уже обсуждался, когда речь шла об экономическом значении религиозной этики⁴⁴. Из сказанного в связи с этим также вытекает, что отношения между профанным и сакральным правом принимали самые разные формы в зависимости от принципиального характера религиозной этики. Если она застывала на стадии магического и ритуального формализма, то могла при определенных обстоятельствах путем рафинированной рационализации магической казуистики собственными средствами парализовать себя вплоть до полной бездейственности. Такая судьба постигла римское *fas* в республиканский период. Не было практически ни одной священной нормы, для которой не придумали бы соответствующего сакрально-технического средства ее нейтрализации или обходного маневра. Право кассации народных решений коллегией авгуров — со ссылкой на ритуальные ошибки или дурные

⁴⁴ См. т. II настоящего издания. С. 229–233.

предзнаменования — формально в Риме никогда не отменялось, как это было сделано в Афинах Эфиальтом и Периклом с таким же сакрально обусловленным кассационным правом ареопага. Но в условиях абсолютного господства мирской чиновной знати над священниками сакральное право служило, по существу, лишь политическим целям, и его казуистика и в этой функции (совсем так же, как казуистика материального *fas*) путем применения сакрально-технических средств была сделана совершенно безвредной. Насквозь секуляризированное *jus* оказалось таким образом, как и эллинское право позднего времени, полностью защищено от нападений со стороны сакрального права, и это несмотря на то огромное внимание, которое в римской жизни уделялось ритуальным обязанностям. Такое положение было predeterminedено подчинением священнической власти профанным властям на земле античного полиса, а также некоторыми ранее упоминавшимися особенностями римских богов и обращения с ними.

Совершенно иначе дело обстояло там, где господствующее священство сумело подчинить ритуальной регламентации всю жизнь и удерживать под контролем все право, а именно — в *Индии*. Согласно теории все право содержалось в Дхармасутре, поэтому чисто светское правообразование было ограничено развитием частных прав профессиональных сословий — купцов, ремесленников и проч. Возможность для профессиональных союзов и каст самим устанавливать свое право, т.е. принцип, согласно которому особое право «бьет» общее право, никем не оспаривалась, и почти все практически действующее профанное право произошло из этого источника. Поскольку это практическое, а для большинства жизненных отношений единственно действующее право не было предметом ни учения священнослужителей, ни школьных философских доктрин и вообще не получало никакого профессионального рассмотрения, оно избежало всякой рационализации, вопреки даже широко распространенной беззаботности в отношении сакрального права, нормы которого теоретически были абсолютно обязательными, но на практике редко когда давали действительную гарантию. Индийское правоприменение не избежало этой специфической смеси магических и рациональных элементов, что соответствует характеру религиозности, с одной стороны, и теократическо-патриархальному регламентированию жизни — с другой. Формализм судопроизводства незначителен; суды не имеют общинного товарищеского характера; обязательность решений верховного суда для короля и указание привлекать зажиточных граждан (купцов и писчих — в древних, глав гильдий и писчих — в более поздних источниках) исходят из рационального порядка. Автономным правоустановлениям союзов соответствует значимая роль частных третейских судов. Вместе с тем допускается апелляция организованных судов союзов к общественному суду. Средства доказывания теперь в первую очередь рациональные: документы и свидетели. Ордалии были сохранены для случаев, когда недостает оснований для рационального решения, и со-

хранились они, особенно клятва (включая срок ожидания последствий в случае обмана), в своем полноценном магическом значении. Магические средства принуждения (голодовка кредитора перед дверью должника) также существовали наряду с официальным исполнением и легализированной самопомощью. Довольно полный параллелизм сакрального и профанного права проявлялся в криминальном процессе; однако сформировалась тенденция к их слиянию, и в целом сакральное и профанное право образовали нераздельное единство, перекрывшее остатки древнего арийского права. Но это единство нарушалось то автономным правосудием союзов, то преимущественно кастовой юстицией, имевшей в своем распоряжении наиболее эффективное из всех средств принуждения: изгнание из касты. Немалую роль сыграло законодательное влияние буддистской этики в регионах существования буддизма в качестве государственной религии (Цейлон, Северная Индия, а прежде всего Камбоджа и Бирма). Равноправие мужчины и женщины (когнатическое наследственное право, общность имущества), пиетет по отношению к родителям в интересах их потусторонней судьбы (долговая ответственность наследника), развитие права на основе этики убеждения, защита рабов, мягкость уголовного права (за исключением — по контрасту — часто крайне жестокого политического уголовного преследования), ручательство за доброжелательное поведение — все это можно записать в заслугу буддистской этики. В целом, однако, релятивирующая мировая этика буддизма столь сильно нацелена на убеждение, с одной стороны, и на ритуальный формализм — с другой, что собственно священное право как объект доктрины на этой почве вряд ли могло возникнуть. Тем не менее сформировалась правовая литература с индуистским оттенком, что позволило объявить в 1875 г. «буддистское право» (т.е. буддистским образом модифицированное право индийского происхождения) официальным правом в Бирме.

В *Китае*, наоборот, только автократическая бюрократия ограничила магические и анимистические верования чисто ритуальной областью, будучи принадлежностью которой они, правда, как мы видели и еще увидим, оказали довольно существенное влияние и на хозяйство. Иррациональный характер правосудия обусловлен там патримониально, а не теократически. Как пророчество вообще, так и правовое пророчество в исторический период в Китае не известны. Отсутствует также слой юристов-консультантов и, кажется, нет специального правового обучения, что соответствует патримониальному характеру политических союзов, которые противодействовали развитию формального права. Советники в области магических ритуалов — это *у* и *си*, даосские маги-священники⁴⁵; те из них, кто выдержал экзамен, т.е. их литературно образованные представители, действовали в семье, роде или деревне как консультанты по церемониальным и правовым вопросам.

⁴⁵ См. глоссарий.

Согласно теории в *исламе*, как ни в одной другой правовой области, проявилось воздействие священных норм, перекрывших путь развития профанного права. Факты говорят о том, что там имела место обширная рецепция эллинского и римского права. Официально же все гражданское право рассматривается как интерпретация или развитие Корана в рамках обычного права. Оно происходило главным образом после падения Омейядов и воцарения Аббасидов под знаком возвращения к священной традиции, перенесшей на ислам цезарепапистские принципы заратустрианцев Сасанидов. Место священного права в исламе — это идеальная парадигма положения священного права в возникшей на пророческой основе книжной религии. Коран содержит целый ряд чисто правовых предписаний, подобных отмене запрета на брак с приемной невесткой. Мухаммед отменил этот запрет, преследуя собственный интерес⁴⁶. Однако основной массив юридических предписаний имеет другое происхождение. Они выступают, как правило, в форме хадисов, представляющих собой передающиеся из уст в уста поучительные рассказы и сообщения о поступках и изречениях пророка, аутентичность которых может быть доказана целой цепью поручителей, от особо доверенных соратников Мухаммеда до современников рассказчика. Неразрывности этой цепи персональных гарантов способствует то, что все они являются или считаются принадлежащими исключительно устной традиции и вместе составляют *сунну*. Сунна — не интерпретация Корана, а традиция, существующая наряду с Кораном. Ее древнейший состав в очень значительной части происходит из доисламских времен, особенно из кутума Медины, а редакция в виде сунны восходит к Малику ибн Анасу. Однако ни Коран, ни сунна сами по себе не являются непосредственными правовыми источниками, которыми пользуются судьи. Таким источником является *фикх*, представляющий собой продукт умозрительной работы юридических школ, собрание хадисов, упорядоченных либо по авторам (*муснад*), либо по темам (*мусаннаф*, где шесть тематических направлений образуют традиционный канон). Фикх включает как моральные, так и правовые заповеди, с момента иммобилизации права в нем становится все больше и больше разделов устаревающего характера. Иммобилизация официально заключалась в том, что, начиная с VII–VIII вв. хиджры, т.е. с XIII–XIV вв. христианской эры, *иджтихад*, т.е. время харизматических правовых пророков, считается законченным (подобно тому как христианство и иудаизм считают завершенной эпоху пророков). Правовые пророки (*муджтахиды*) того времени были носителями

⁴⁶ Имеется в виду женитьба Мухаммеда на Зайнаб бинт Джахш. Она была женой его приемного сына, но брак оказался неудачным. Когда молодая пара развелась, Мухаммед взял ее в жены, несмотря на то что традиция запрещала жениться на разведенной жене приемного сына. Именно в это время явилось откровение очередной суры Корана, снявшей этот запрет (Сура. 33: 37).

откровения права, но считались еще и основателями четырех считающихся ортодоксальными правовых школ (*мазхаб*). С концом иджихада пророки исчезли, остались комментаторы (*муқвалидины*), и воцарилась абсолютная стабильность права. Борьба четырех правовых школ была прежде всего борьбой за состав ортодоксальной сунны, которая вскоре превратилась в борьбу за правильные методы истолкования, и эти различия с иммобилизацией права все больше стереотипизировались. Небольшая ханбалитская школа отвергает любые беда, т.е. нововведения в праве, все новые хадисы, все рациональные средства толкования, и по принципу *coge intrare* принципиально противопоставляет себя остальным, терпимым в отношении друг к другу школам, иначе понимающим роль, которую юридическое искусство должно играть в создании нового права. Долгое время господствующая в Африке и Аравии маликитская школа уже в силу своего происхождения из старейшего политического центра ислама — Медины особенно восприимчива к доисламскому праву и считается сильнее связанной с традицией, чем ханафитская школа, которая зародилась в Ираке и потому испытала сильное влияние Византии, играла важную роль при дворе халифов, официально признана в Турции и господствует в Египте. Более адаптированная к потребностям двора юриспруденция ханафитов развивает преимущественно эмпирическую технику исламских юристов, состоящую в применении аналогии (*qijâs*), а особенно *ra'j* — ученого мнения, которое в качестве особой позиции может служить самостоятельным источником в противоположность принятым интерпретациям Корана. И наконец, шафиитская школа, происходящая из Багдада и распространенная в Южной Аравии, Египте и Индонезии, отвергает как научную технику и чуждые правовые заимствования ханафитов, так и свободное отношение к традиции, свойственное маликитам, и является, следовательно, традиционалистской, хотя и достигает, кажется, того же эффекта, что и маликиты, благодаря массовому включению в традицию сомнительных хадисов. Борьба *Асхаб аль-Хадис*, консервативных традиционалистов, с *Асхаб аль-Фикх*, рациональными юристами, пронизывает всю историю исламского права.

Исламское священное право — это насквозь специфическое право юристов. В основе его значимости лежит принцип *иджма* (*idsma`-al`amah* = *tacitus consensus omnium*), который практически определяется как согласие правовых пророков, следовательно, великих юристов (*fuqahâ*). Официально наряду с непогрешимостью пророка признается и непогрешимость *иджма*. Коран и сунна являются лишь историческими источниками *иджма*. Не Коран и сунну, а компиляции *иджма* раскрывает перед собой судья; самостоятельная интерпретация Священного писания и традиции ему запрещена. Положение юристов напоминает то, которое существовало в Риме, так же как и организация школ, налицо сосуществование консультационной практики и занятий с учениками, что соответственно обеспечивало связь как с практическими потребностями заинтересованных в праве

лиц, так и с потребностями в систематизации и классификации практических учебных задач. Только вот обязательность применения строгих методов толкования, установленных руководителями школ, а также сформулированных ими комментариев исключает со времен иммобилизации права любое свободное суждение, и в официальных университетах, таких как Университет Аль-Азхар в Каире, где представлены учителя всех четырех ортодоксальных школ, учение превращается в механическую декламацию обязательных сентенций.

В сущности, такое превращение священного права в стереотипизированное «право юристов» обусловила организация ислама, в частности, отсутствие церковных соборов и непогрешимой кафедры. В результате сфера непосредственной значимости священного права оказалась ограниченной рядом базовых институтов и еще некоторыми в целом не очень важными материальными областями права наподобие того, как это произошло, например, в средневековом каноническом праве. Но принципиальный универсализм господства священной традиции сделал неизбежными регулярные обновления, которые либо появлялись в виде фетвы, выходящей по какому-то конкретному случаю, использованному в качестве основания, или просто как повод, либо вытекали из спорной казуистики конкурирующих ортодоксальных правовых школ. Именно эти факторы, помимо ранее упомянутой недостаточной формальной рациональности правового мышления, сделали невозможным систематическое правотворчество с целью внутренней и внешней унификации права. Священное право не могло быть ни отброшено, ни действительно, несмотря на любую адаптацию, реализовано в практике. В таких условиях советы и консультации, которые, по аналогии с Римом, время от времени получали кади и заинтересованные клиенты от официально лицензированных юристов (муфтиев, во главе которых стоял шейх-уль-ислам) были оппортунистичны, персонализированы, преподносились на оракульский манер без всякого обоснования и в целом ни на йоту не способствовали рационализации права; скорее, наоборот, в результате иррациональность священного права возрастала. При этом священное право воспринималось как сословное товарищеское право мусульман, а никак не покоренных иноверцев. Следствием было развитие правового партикуляризма во всех возможных формах: сословных прав разных конфессий, просто терпимых или привилегированных (позитивно или негативно) прав местных или профессиональных общин, действовавших исходя из принципа, согласно которому частное право общины «бьет» общие права, сколь бы ни была сомнительна ценность этих частных прав по сравнению со священными нормами, претендующими на обязательную значимость, но лишенными устойчивой интерпретации. Исламское торговое право как развитие позднеантичных правовых техник выработало специальные институты торговли, которые частично были переняты Западом. Однако их значимость в условиях ислама в немалой степени гарантирова-

лась взаимной лояльностью торговцев и их экономическим влиянием на судопроизводство, а не установлениями или надежными принципами рационального права. Священные традиции могли бы скорее угрожать многим из этих институтов, чем их поощрять. Они существовали *praeter legem*.

Трудности обеспечения внутреннего и внешнего единства права наблюдаются повсюду, где долго и всерьез приходится иметь дело со священным правом и неизменной традицией, в Китае, в Индии, в странах распространения ислама. Даже внутри самого ислама правовым лицом обладали все четыре ортодоксальные школы, так же, как частично — народные права в империи Каролингов. Создание права страны (*lex terrae*), каким в Англии еще со времен Норманнского завоевания и совсем официально — с правления Генриха II являлось *common law*, здесь было совершенно невозможно. Сегодня практически во всех огромных исламских империях существует дуализм светского и духовного правосудия: рядом с кади стоит светский чиновник, рядом с шариатом — светское служебное право. Это светское право (*Qânûn*), наподобие капитуляриев Каролингов, с самого начала, со времен Омейядов, росло возле духовного права юристов и приобретало все большее значение по мере стереотипизации последнего. Оно обязательно для любого светского судьи, который решает любые вопросы, за исключением тех, что связаны с опекой, браком, наследственным правом, разводом, иногда — имуществом фонда и, следовательно, земельным владением. Запретами духовного права этот судья вообще не интересуется, ибо вмешательство духовного права нарушает систематическое единство светских законов (официально публикуемый с 1869 г. Турецкий кодекс есть не «кодификация» в строгом смысле слова, а собрание ханафитских юридических правил), и в большинстве случаев принимает решение на основе местных обычаев. Логическая систематизация права в формальных юридических понятиях при таком состоянии исключена, а экономическая важность этого состояния, как мы увидим, велика.

В шиизме, являющемся официальной конфессией в Персии, иррациональность священного права еще усиливается. Здесь отсутствует хотя бы относительно устойчивая опора, которую давала сунна; вера в невидимого, теоретически обладающего непогрешимостью имама, конечно, не является адекватной заменой. Утверждение на должность судьи осуществляет шах с непременным (и для него, как религиозно нелегитимного правителя, еще и крайне необходимым) учетом позиции местной знати. По сути, это не административное «назначение», а утверждение претендента, имеющего диплом одной из цеховых теологических школ и, как представляется, не обладающего твердо установленной компетенцией единоличного судьи (хотя и знающего свой судебный участок). Более того, часто приходится выбирать из нескольких претендентов, представляющих конкурирующие партии. Даже в этом отчетливо проявляется харизматический характер таких правовых пророков. Узкосектантский характер *шиа*, еще сильнее проявив-

шийся по причине зороастрийского влияния, мог бы привести к прямому ритуальному исключению всяких экономических отношений с неверными как «нечистых», если бы не многочисленные фикции, приведшие в конце концов к полному отказу от подобных притязаний священного права и вследствие этого к почти полному его отступлению из всех экономически и (с тех пор как конституционализм со ссылками на Коран был «обоснован» в фетвах) политически релевантных сфер. Тем не менее сама теократия и поныне экономически отнюдь не *quantité négligeable*. Для хозяйства, наряду с обсуждаемой ниже спецификой восточного патримониализма как формы господства, имело и имеет огромное значение проникновение теократии (несмотря на постоянное сужение ее сферы) в правосудие. Но — в Персии, как и в других местах, — не столько в силу позитивных норм священного права, сколько в силу принципиальной направленности правосудия, которое стремится не к формальному регулированию борьбы интересов, а к материальной справедливости. Например, в процессах о земельной собственности, если таковая попадает в сферу его юрисдикции, оно судит в основном с позиции конкретной справедливости, что естественно при отсутствии кодифицированного права, и благодаря этому его решения совершенно непредсказуемы (правосудие кади). До тех пор пока процессы о земельной собственности попадают в компетенцию духовного суда, капиталистическое использование земли оказывается невозможным, как это было, например, в Тунисе, пока представителям капиталистических интересов не удалось ликвидировать эту юрисдикцию. Процесс типичен с точки зрения того воздействия, которое теократическое правосудие повсюду, хотя и в разной степени, оказывает (и должно оказывать в силу своей имманентной природы) на рациональное хозяйствование.

Иудейское священное право формально находится в положении, близком исламскому, но обусловлено это совершенно иначе. Тора и священная традиция, ее интерпретирующая и дополняющая, также рассматриваются в качестве универсальной нормы, господство которой должно распространяться на всю сферу жизни права. Как и в исламе, иудейское священное право действует только для единоверцев, однако, в отличие от ислама, его носителем является не господствующее сословие, а народ-пария. Отношения вовне — в правовом смысле отношения с чужестранцами. В этих отношениях действуют, как мы видели⁴⁷, отчасти другие этические нормы. В правовых отношениях еврей следовал значимым в его среде нормам в той мере, в какой это позволялось его окружением, с одной стороны, и не противоречило его собственным ритуальным соображениям — с другой. Уже во времена царей древний национальный оракул *урим* и *туммим* заменили правовые пророки, которые оспаривали у царя право создания законов, причем более действенно, чем соответствующие фигуры в герман-

⁴⁷ См. т. II настоящего издания. С. 159–160.

ском праве. После того как *небиим* — прорицатели и, конечно, правовые пророки царского времени, после изгнания сначала составившие, как мы видели, благодаря своей книжной учености аристократический слой литераторов эллинистического толка, а потом освоившие наряду с этим побочное занятие мелких буржуа, — утратили свою роль, в обоих восточных центрах еврейства, в Иерусалиме и Вавилоне, самое позднее в последнем дохристианском столетии сложились навыки школьного рассмотрения ритуальных и правовых вопросов, а вместе с ними и юридические техники комментаторов Торы и консультирующих юристов. Подобно исламским и индийским юристам, они являлись носителями традиции, которая частью состояла в интерпретации Торы, частью была независима от последней. Бог внушил Тору Моисею во время сорокадневного общения с ним на Синае, и благодаря ей официальные институты, такие, например, как левиратный брак, были преобразованы столь же сильно, сколь в исламе и индуизме. Так же как и там, сначала это была исключительно устная традиция. Ее письменное закрепление благодаря *танаим* началось с усилением раскола диаспоры и развитием учености в начале христианского летоисчисления (школы Гиллеля и Шаммая) несомненно с целью усиления единообразия, после того как была реализована обязательность учета судьями мнений консультирующих юристов и — тем самым — преюдиций. Как в Риме и в Англии, стало обычным цитирование правовых суждений авторитетов, а обучение, экзаменации и концессионирование окончательно заняли место формально свободного правового пророчества. *Мишна* — это еще и результат деятельности правовых консультантов, объединенных патриархом Иегудой. Официальные комментарии к ней (*гемара*), напротив, были продуктом деятельности *обучающих* юристов, *амораев*, произошедших из толмачей, которые переводили и интерпретировали для слушателей предложенные лектором места с еврейского на арамейский язык. Они принесли в Палестину почетный титул «рабби», в Вавилон — соответствующее «мар». «Диалектическое» рассмотрение Торы по типу западной теологии имело место в основном в академии Пумбедиты в Вавилонии, однако этот метод в более поздний период ортодоксии стал считаться подозрительным и сегодня осужден; спекулятивное теологическое рассмотрение Торы с тех пор невозможно. Определеннее, чем в Индии и в исламских странах, были разведены (как с функциональной точки зрения, так и литературно) догматическо-назидательные и юридические составные части традиции — *хаггада* и *халаша*. Внешне центр ученой организации все больше сдвигался в Вавилон. По достоверным сведениям, со времен Адриана и вплоть до XI в. там было местопребывание *реш-галуты* (эксиларха). Носитель этой должности, наследуемой в роду Давида, признавался парфянскими и персидскими, а затем и исламскими владыками, обладал достоинствами понтифика, признанной юрисдикцией (причем долгое время и в криминальных делах) и, наконец, в период арабского правления — властью отлучения. Разработка

права сосредоточилась в двух конкурирующих академиях — в Суре и, уже упомянутой, в Пумбедите (первая считалась более важной), руководители которых, гаоним совмещали судебскую деятельность как члены Синедриона с практикой консультирования для всей диаспоры и академическим изучением права. Гаоним частью избирались из числа допущенных учителей, частью назначались эксилархами. Внешне академическая организация напоминала средневековые и ориентальные школы. Постоянные студенты жили в интернате, к ним на Каллах присоединялись массы более зрелых слушателей извне, соискателей мест раввинов, чтобы присутствовать на семинарских обсуждениях Талмуда. Комментарии гаоним давали частично от собственного имени, частично в качестве вывода из дискуссий на Каллахе или со студентами. С внешней стороны литературная работа гаоним выглядела (примерно с VI в.) как чистое комментирование, т.е. значительно скромнее, чем у их предшественников амораев и даже у преемников последних, сабореев, и, разумеется, чем у танаим. На практике же, благодаря четкой организации своего предприятия, гаоним добились того, что вавилонский Талмуд стал важнее иерусалимского. Хотя это верховенство признавалось в основном в исламских странах, к X в. оно стало признаваться и евреями Запада. Лишь после такого признания, а также исчезновения (в результате преследований) должности эксиларха Запад освободился от восточного влияния. Франкские раввины, например, добились в эпоху Каролингов перехода к моногамии, а вслед за научными работами Маймонида и Ашера, конечно, отвергнутыми ортодоксией как рационалистические, испанскому еврею Иосефу Каро, наконец, удалось создать «Шулхан арух» — очень удобный и краткий по сравнению с исламскими каноническими системами компендиум, который, по существу, занял место талмудических комментариев и на практике господствовал в Алжире, например, а часто и в континентальной Европе в качестве свода законов. Формально талмудическая юриспруденция демонстрировала ту самую черту священного права, которая и должна была очевидным образом следовать из его схоластического характера и — именно в период возникновения комментариев к Мишне — из относительно слабой (по сравнению с более ранними и более поздними эпохами) связи с судебной практикой: безусловное преобладание чисто теоретической, сконструированной, практически неживой казуистики, которая в узких границах чисто рационального конструирования даже не могла быть переработана в настоящую систематику. Казуистическая сублимация права сама по себе была значительной. Жизнеспособное и мертвое право, однако, были поглощены друг другом, юридически обязательные и этические нормы — не разделены.

С точки зрения содержания еще до появления Талмуда произошла массивная рецепция элементов переднеазиатской, преимущественно вавилонской, позднее эллинистической и византийской правовой среды. Однако не все, что соответствует переднеазиатскому общему праву, было в

иудейском праве заимствованным. В свою очередь, маловероятной кажется всплывающая время от времени современная гипотеза о том, что евреи на собственной почве выработали важные правовые институты капиталистического коммерческого права (например, как утверждалось, ценные бумаги на предъявителя) и экспортировали их на Запад. Документы со ссылкой на предъявителя известны вавилонскому праву со времен Хаммурапи, и вопрос лишь в том, обеспечивали они или нет легитимное правопритязание. Указанные документы знало также эллинистическое право. Однако правовая конструкция там выглядела иначе, чем на Западе, где она была обусловлена германским пониманием документа как «носителя» права, и формулировки, придававшие документу характер ценной бумаги, служили первоначально никак не коммерческой, а чисто процессуальной цели, а именно цели замены отсутствующего процессуального представительства. Так что предки западной ценной бумаги были порождением непосредственно средневекового *процесса* в его рациональной форме, почему они и оказались столь эффективными в смысле «коммерциализации». Все это слишком очевидно, чтобы считать вероятным предположения о воздействии именно иудейской правовой практики. До сих пор импортирование именно от евреев хотя бы одного-единственного правового института не доказано. Хотя не на Западе, а именно на Востоке иудейское право сыграло важную роль как рецепированное право других народов. Значительная составная часть Моисеева права была воспринята во время христианизации армянским правом как один из компонентов дальнейшего развития. В империи хазаров иудейство было официальной религией, поэтому там иудейское право действовало во всем его объеме. И наконец, правовая история русских дает основание с известной вероятностью полагать, что определенная составная часть даже древнейшего русского права возникла под влиянием иудейско-талмудических правовых норм. Напротив, на Западе не было ничего подобного. Если импорт деловых форм должен был происходить при посредстве евреев (что, конечно, нельзя считать невозможным), то это вряд ли были бы национально-иудейские, а скорее — сирийско-византийские или — через них — эллинистические и, наконец, возможно, общевосточные, восходящие к вавилонскому праву институты. Нужно принять во внимание, что при импорте восточных торговых техник на Запад, как минимум в период поздней Античности, с евреями прежде всего конкурировали сирийцы. Подлинно иудейское право как таковое, а именно обязательственное право, уже в силу своего формального характера, несмотря на свободное развитие видов правовых сделок, никак не представляло собой особо подходящую питательную среду для институтов, которые требуются современному капитализму. И это в противоположность мощному влиянию, оказываемому иудейским священным правом на внутреннюю жизнь семьи и синагоги, особенно в той части, в какой она носила ритуальный, обрядовый характер. Ибо экономические нормы ча-

стично, как, например, субботний год, были ограничены Святой землей (а потом и здесь устранены с разрешения раввинов), частично устарели в силу изменения экономического законодательства или, как и везде, могли быть практически обойдены путем конструктивных действий. Еще до освобождения евреев действие священного права различалось от местности к местности по объему и содержанию. Формально оно не имело никаких особенностей в сравнении с другими ему подобными. Как партикулярное право, которому недостает рациональной систематизации и рациональности вообще, казуистическое и, вместе с тем, чисто логически не выстроенное, иудейское священное право демонстрирует типичные черты продукта, сформировавшегося под контролем священных норм и в результате их обработки священнослужителями и теологами-юристами. Однако в специальном рассмотрении этой темы, хотя она и интересна сама по себе, здесь нет необходимости.

Каноническое право *христианства* занимало по сравнению со всеми другими священными правами, по крайней мере в некоторой степени, особое положение. Прежде всего, в существенных своих аспектах оно было значительно рациональнее и в формально-юридическом смысле более развито, чем другие священные права. Кроме того, оно с самого начала состояло в относительно явных дуалистических отношениях с профанным правом, причем со столь очевидным разделением областей юрисдикции, какого не встречалось нигде более. Это было следствием того факта, что в античные времена на протяжении столетий Церковь отвергала всякую связь с государством и правом. Относительно рациональный характер канонического права стал результатом влияния нескольких обстоятельств. Когда Церковь поняла, что ищет отношений со светскими властями, она, как мы уже видели, объяснила себе необходимость этих отношений, прибегнув к помощи стоических концепций «естественного права», т.е. путем рационального обоснования. Кроме того, в ее собственной управленческой деятельности продолжали жить рациональные традиции римского права. Затем, в начале Средних веков, при разработке своего первого систематического законодательства — порядков покаяния — Западная церковь использовала в основном наиболее формальные из составных частей германского права. Далее, в эпоху Средневековья, европейское университетское образование отделило теологию, с одной стороны, и светское право — с другой, от канонического правового учения и таким образом предотвратило появление возникавших повсюду смешанных рационально-теократических идейных структур. Строго логическая и профессионально юридическая методика, которая применялась при изучении античной философии, с одной стороны, и античной юриспруденции — с другой, не могла не оказать сильного воздействия на разработку канонического права. СобираТЕЛЬСКАЯ деятельность церковных правоведов должна была ориентироваться не на советы консультантов и преюдиции, как это было почти везде, а на заключения

Соборов, официальные рескрипты и декреталии, так что на почве церковного рвения случалось даже создавать таковые путем сознательной фальсификации (Псевдо-Исидор⁴⁸). И наконец, более всего на характер церковных правоустановлений воздействовал — по завершении харизматической эпохи древней Церкви — типичный для церковной организации рационально-бюрократический *административный* стиль ее функционеров, который после феодального перерыва в раннем Средневековье возродился в григорианский период и стал господствующим. Это также было следствием связи с Античностью. В несравненно большей степени, чем любая другая религиозная общность, Западная церковь встала на путь создания права путем рациональных установлений. Строго рациональная иерархическая организация Церкви позволила ей вырабатывать общие правила отношения к экономически невыполнимым, а потому обременительным и в связи с изменением обстоятельств (*ratione temporum habita*) утратившим силу нормам, что мы видели на примере запрета ростовщичества. Сколь мало, несмотря на это, ни отвергало каноническое право во множестве частных случаев характерные черты теократического правообразования (такие как смешение материальных мотивов законодательства и материальных моральных целей с формально-юридически релевантными разделами установлений и связанный с этим ущерб точности и систематичности), все же оно более, чем все остальные священные права, ориентировалось на строго формальную юридическую технику. Развитие здесь не определялось прежде всего мнениями консультирующих юристов, как в исламском и иудейском праве, а Новый Завет вследствие эсхатологического неприятия мира содержал лишь минимум формально обязательных норм ритуального или правового характера, что освобождало путь к чисто рациональному построению права. Аналогию муфтиям, раввинам и геоним представляли собой только антиреформационные исповедники и *directeurs de l'âme*, а в позднепротестантских кирхах — пасторы, чья душеспасательная казуистика также обнаруживала, как минимум на католических землях, некоторое отдаленное сходство с талмудическими продуктами. Однако все здесь подлежало контролю центрального аппарата курии, и только в силу ее в высшей степени гибких предписаний происходило совершенствование этических и социальных норм. В результате возникло нигде более не существующее отношение между сакральным и профанным правом: каноническое право служило для профанного ни более ни менее как одним из проводников на пути к рациональности. И все это именно по причине рационального «учрежденческого» характера католической церкви, также, впрочем, нигде более не встречающегося. В области материального права, помимо частных, таких как иски по поводу возврата неправомерно изъятых имущества и *possessorium summariissimum*, признание неформальных

⁴⁸ См. глоссарий.

договоров и, главное, свобода завещания в пользу благотворительных фондов, важнейшее, принципиальное значение имело каноническое понятие корпорации; церкви были первыми учреждениями в правовом смысле, отсюда также берет начало и юридическая конструкция открытых союзов как корпораций. Об этом уже говорилось выше. Прямое практическое влияние канонического права в области преимущественно интересующего нас материального гражданского права (прежде всего контрактного права) было, впрочем, неустойчивым, а в Средневековье по сравнению со светским правом — относительно слабым. В Античности, еще до Юстиниана, неоднократно предпринимались попытки добиться с позиций канонического права правового запрета на свободное расторжение брака, а церковная подсудность оставалась добровольной. Принципиальная безграничность претензий на материальное господство над всем образом жизни, которую каноническое право разделяло со всеми прочими теократическими правами, не нанесла юридической технике на Западе особого вреда, поскольку каноническому праву составило конкуренцию — в образе римского права — светское, формально расцветшее до необычайного совершенства и в силу исторической непрерывности запечатлевшееся в качестве всемирного права; древняя Церковь сама объявила империй Рима и его право как окончательное на все время существования посястороннего мира. На все претензии канонического права очень энергично и в результате успешно реагировали, с одной стороны, буржуазия с ее экономическими интересами, с другой — заключившие союз с папой итальянские города. В городских и гильдейских статутах (в городских — в Германии и в обоих — в Италии) мы находим жесткие штрафные определения против граждан, обратившихся к церковному суду, и рядом — выглядящий почти цинично регламент о порядке суммарного погашения наложенных по вине гильдии церковных штрафов за ростовщичество. В то же время в национальных адвокатских гильдиях и сословных собраниях против церковного права поднимались голоса тех же заинтересованных лиц, прежде всего правовых практиков, что выступали отчасти и против римского права. Влияние канонического права на светскую юстицию сказывалось, за исключением отдельных институтов, главным образом в сфере судопроизводства. Здесь стремление любой теократической юстиции к *материальной* и абсолютной, а не только формальной истине очень рано привело к выработке рациональной, но безусловно специфически материальной методики официального процесса (в противоположность формалистическому и основанному на принципе состязательности доказательственному праву светского процесса). Теократическая юстиция не может предоставить установление истины, так же как и искупление случившейся несправедливости, желанию сторон. Она действует «согласно должности» (принцип официальности) и создает процесс доказывания, который, как ей кажется, гарантирует оптимальное выяснение того, что действительно произошло; на Западе это инквизиционный

процесс, который затем переняла светская уголовная юстиция. Позднее борьба вокруг материального канонического права на Западе, в сущности, превратилась в политическое явление, его и по сей день существующие претензии практически не касаются экономически релевантных областей.

В Восточных церквях, из-за отсутствия непогрешимой кафедры и соборного законодательства, с конца ранневизантийского времени положение стало близко к тому, что сложилось в исламе. Разве что, по крайней мере, византийский монарх выдвигал гораздо более сильные цезарепапистские притязания, чем могли бы выдвинуть султаны Востока после отделения султаната от халифата Аббасидов или турецкие султаны после передачи халифата от Мутаваккиля султану Селиму, не говоря уже о сомнительной легитимности персидских шахов в отношении их шиитских подданных. И все-таки ни поздневизантийские, ни русские, ни любые другие цезарепапистские владыки не демонстрировали намерения создать новое священное право. Для этого просто не было нужного органа, а также правовых школ наподобие исламских, вследствие чего каноническое право там, будучи ограниченным своей изначальной сферой, осталось вполне устойчивым, но совершенно лишенным влияния на экономическую жизнь.

§ 6. Административное право и патримониально-княжеские установления. Кодификации

Империй с. 178. — «Сословная» или «патриархальная» структура патримониально-княжеского права с. 182. — Движущие силы кодификаций с. 186. — Рецепция римского права и развитие современной правовой логики с. 190. — Тип патримониальной кодификации с. 193

Вторая *авторитарная* власть, которая вторгалась в формализм и иррациональность древнего товарищеского права, это империй князей, магистратов и чиновников. Особые права, создаваемые князем для своей свиты, чиновных подданных и прежде всего — для своего войска, существующие в весьма действенных пережитках и поныне, мы оставляем в стороне. Такое правотворчество привело в прошлом к возникновению очень важных партикулярных структур (клиентское право, служебное право, ленное право), которые в Античности и Средневековье не подпадали под общее право и нормальную судебную процедуру и отграничивались от них разными и сложными способами. Несмотря на свою политическую важность, эти структуры не имели собственной формальной организации. В зависимости от общего характера права они либо регулировались, как клиента в древности, смесью сакральных норм, с одной стороны, и конвенциональных правил — с другой, либо, как служебное и ленное право в Средние века, имели сословный характер, либо, наконец, как нынешние права чиновников и военных, подчинялись частично особым нормам административного и государственного права, частично просто специальным материальным и

процессуальным инстанциям. Для нас важно скорее воздействие империя на *общее* право как таковое, на его изменение или на возникновение возле него, вместо него или против него равно всеобщего действующего права, и прежде всего влияние такой ситуации на формальную структуру права вообще. Одно можно сказать точно: степень развития особых прав такого рода отражает, конечно, масштаб соотношения сил империя и тех слоев, с которыми он должен считаться как с проводниками его власти. В английском королевстве ленное право не сложилось в особое право такого рода, как в Германии, а вылилось в единое *lex terrae*, действующее в стране в целом, — *common law*. Конечно, все право земельного владения, все семейное и наследственное право поэтому получило сильный феодальный отпечаток. Римское право статутов учло некоторые определения клиентелы, прежде всего формы отлучения, однако этот важный для социального положения римской знати институт намеренно не был включен в область регулирования буржуазного права. Итальянские статуты Средних веков создали, подобно английскому праву, единое *lex terrae*. В Центральной Европе на это пошло только абсолютистское княжеское государство, правда, в основном щадя при этом материальные составляющие особых прав, которые затем уже были полностью поглощены современным государством-учреждением.

Откуда князь, или магистрат, или чиновник черпали легитимацию и фактическую власть для создания общего права или воздействия на него и как далеко простиралась эта власть в отдельных географических и предметных областях? Эти вопросы, равно как и обсуждение мотивов появления общих прав, мы откладываем до рассмотрения форм господства. Фактически каждый из этих видов власти был организован по-своему и соответственно давал свои результаты. В целом обычно одним из первых творений княжеского банна становилось рациональное уголовное право. Военные интересы, как и вообще интересы *порядка*, побуждали к регулированию именно в этой сфере. Наряду с религиозным судом Линча княжеская должностная власть стала вторым главным источником отдельного уголовного процесса. Очень часто в этом проявлялось прямое влияние священничества. В районах распространения христианства оно объяснялось стремлением искоренить кровную месть и единоборства. Русский *knjäs*, который в прежние времена претендовал на функции просто третейского судьи, сразу после установления христианства под влиянием епископов создал казуистическое уголовное право, где понятие «штраф» (*prodascha*)⁴⁹ впервые появилось в терминологическом смысле. Подобным же образом обстояло дело и на Западе; даже в исламских странах и, несомненно, в Индии определенную роль играли рациональные тенденции священничества. Уместно

⁴⁹ В словарях древнерусского языка (Срезневский, Фасмер) одно из значений слова «продажа» — штраф, денежная пеня за преступление.

также предположить, что детальные тарификации вергельда и покаяний в старых уставах всегда составлялись при решающем влиянии князей. Сначала, очевидно, после того как вообще были сформулированы типичные условия искупления, повсюду (применительно к немецкому праву это показал Биндинг) существовали две главные формы: плата за убийство или — эквивалентное — за увечье, требующее кровной мести, и гораздо более скромный штраф за все без различия прочие проступки. Возможно, под влиянием князей стали возникать и такие почти гротескные преискуранты, где перечислялись все проступки, какие только можно измыслить, и каждому разрешалось подумать, совершить ли проступок или пойти по законному пути, в зависимости от того, что «окупится». Явное преобладание чисто экономического подхода к преступлениям и наказаниям свойственно крестьянским слоям всех стран и времен. Формализм твердой шкалы штрафов возник из стремления предотвратить произвол господина. Этот строгий формализм затем открыл повсюду возможность сначала, в условиях патриархального развития юстиции, довольно гибкого, а потом иногда совершенно произвольного определения меры наказания.

В области буржуазного права, куда феодальная власть князей легче всего могла проникнуть именно в качестве формальной уголовно-правовой гарантии порядка и безопасности, повсюду проявлялось более позднее и различное как по форме, так и по результатам вмешательство империя. Одной из форм было княжеское и магистратское право, которое, в отличие от общего права, совершенно открыто ссылается на свой источник. Это *jus honorarium* преторских эдиктов, *writ* английского короля, *equity* английского лорда-канцлера. Оно создавалось путем судебного принуждения со стороны чиновников, уполномоченных управлять правосудием, при поддержке правовых практиков, ориентированных на потребности своих клиентов, т.е. при поддержке прежде всего юрисконсультов (Рим), адвокатов (Англия) и вообще слоев правовой аристократии. Благодаря возможности давать обязательные к исполнению инструкции принимающему решение судье (претор), либо отдавать вопреки желанию обычных судов также обязывающие распоряжения (*injunction*) сторонам процесса (в Англии такое право получил от Якова I лорд-канцлер Бэкон), либо, наконец, с согласия участников или принудительно переводить процесс в собственный или в специальный суд (в Англии сначала — в королевские суды, а позднее — в суд лорда-канцлера (*Chancery Court*)), они выработали новые правовые средства, которые в значительной степени оставили не у дел действующее общее право (*jus civile, common law*). Все эти сравнительно поздние официальные новации материального права были мотивированы потребностью в более рациональной организации процесса, которая исходила преимущественно от рационально хозяйствующих, т.е. буржуазных слоев. Очень древний процесс интердикции и *actiones in factum* показывают, что господствующее положение в процессе (возможность инструктирования присяжных)

было характерно для римского претора не только со времен *lex Aebutia*. Но если взглянуть на материально-правовое содержание эдиктов, становится ясно, что коммерческие потребности бюргерства по мере роста интенсивности связей порождали формулярный процесс в его регулируемой эдиктами упорядоченности, и это было связано с потребностью устранения неких изначально магически обусловленных формализмов. В Англии и Франции, как и в Риме, это освобождение от вербального формализма и (в Англии) от формальностей вызова в суд (от имени короля *subpoena*), от присяги при заслушивании сторон (широко распространенной на Западе), в Англии — от *jury*, там же, как и в других местах, — от доказательной силы протокола и от невыносимых для бюргерства иррациональных средств доказывания, особенно единоборства, что и составляло главную причину привлекательности королевских судов. Материально-правовые нововведения в массовом порядке пришли в Англию лишь на основе *equity* с XVII в. Людовик IX, а также Генрих II и его преемники (в частности, Эдуард III) создали (относительно) рациональный процесс доказывания и вообще ликвидировали остатки общинного и магического формализма. Наконец, в сфере действия *equity* оказалось возможным элиминировать великое достижение королевского судопроизводства — *jury*, так что даже сегодня формальное различие все еще существующего в Америке правового дуализма *common law* и *equity*, т.е. правовых инструментов, между которыми во многих ситуациях может выбирать истец, состоит в наличии *jury* в первом случае и в его отсутствии во втором. Поскольку технические средства официального права, в целом, однако, имевшие в равной степени чисто эмпирический и насквозь формалистический характер (особенно частое уже во франкских капитуляриях применение фикций), полностью соответствовали статусу любого вырастающего прямо из юридической практики права, его техническая сторона оставалась неизменной. Формализм временами даже возрастал, хотя, учитывая смысл самого термина *equity*, материальные идеологические постулаты также могли служить основанием для вмешательства в право. Речь здесь шла как раз о том случае, когда империй вступает в конкуренцию с таким правосудием, легитимность которого для него неприкосновенна и общие основания которого он, следовательно, должен принять, если этому не противостоят, как в случаях вербального формализма и иррациональности доказательств, сильнейшие устремления заинтересованных в праве лиц.

Напротив, усиление власти империя происходило благодаря прямому изменению действующего права посредством княжеских указов и распоряжений, которые трактовались как равносильные общему праву, таких как часть франкских капитуляриев (*capitula legibus addenda*), ордонансы и распоряжения синьорий итальянских городов и более поздние, выступающие *vice legis* постановления римского принципата (хотя ранний императорский период знал только распоряжения, обязывающие должностных лиц). При этом речь, конечно, шла в основном об определениях, которые

принимались с согласия знати (сенат, имперское собрание чиновничества), частично даже с согласия представителей товарищеских общин. Тем не менее долгое время оставалось, по крайней мере у франков, ощущение, что все эти указы не могут создать настоящее право, что сильно затрудняло княжеское правотворчество. Поэтому многообразные пути к фактически полностью суверенному становлению военных диктаторов Запада или патримониальных князей Востока вели через действующее право.

Обычно патримониально-княжеское правотворчество, конечно же, склонно блюсти традицию. Однако чем больше ему удастся отодвинуть в сторону товарищеское правосудие (а именно к этому оно в основном стремится), тем свободнее оно себя чувствует и тем в большей степени может выражать свойственные ему специфические формальные качества права. Последние, однако, как мы увидим далее, могут иметь двойственный характер, в зависимости от политических условий существования патримониальной княжеской власти. Суть одной из форм такова, что политическая власть князя рассматривается как легитимно полученное, наподобие обычных имущественных прав, субъективное право, и от этой полноты власти отчуждаются в пользу других — чиновников, подданных, иностранных купцов, будь это отдельные люди или союзы, — и предоставляются им под гарантию князя равным образом *субъективные* права (привилегии), которые затем уважаются княжеским правосудием. Если ситуация выглядит так, то объективное и субъективное право, норма и требование в некотором смысле сливаются, соответственно правовой порядок, если продумать его до конца, должен иметь характер связки чистых привилегий. Либо — и это другая форма — князь никому не предоставляет прав требования, которые были бы обязывающими для него самого или его юстиции. Он или просто отдает распоряжения от случая к случаю по своему свободному усмотрению; если дело обстоит так, то отсутствует само понятие права, как объективного, так и субъективного. Или же он издает регламенты, содержащие общие предписания его чиновникам. Эти предписания в абстрактном виде сводятся к следующему: улаживать дела и разрешать споры указанным общим способом вплоть до последующего распоряжения. Тогда возможность для индивида получить нужное ему решение есть не его субъективное право, а фактический, отнюдь не гарантированный в правовом смысле *рефлекс* содержащихся в регламенте определений. Подобным образом желания ребенка может выполнять отец, который тоже ведь не связан формальными юридическими принципами и строгой процедурой. По существу, в крайних своих последствиях такое правосудие «отца народа» означает только перенос внутрисемейных методов решения споров на политический союз. Если довести эту ситуацию до крайних последствий, правосудие окажется растворенным в управлении.

Мы назовем первую из этих форм сословным, вторую — патриархальным типом патримониально-княжеского правосудия. В сословном типе

правовой порядок оказывается строго формальным, но насквозь конкретным и в этом смысле иррациональным. Он может породить только эмпирическую интерпретацию права. Управление здесь на каждом шагу: переговоры, торговля, соглашения о привилегиях, содержание которых также находится в его ведении, — оно протекает в форме, напоминающей судебный процесс, и формально не отличается от правосудия. Таков, как уже говорилось, процесс управления, свойственный английскому парламенту и старым высшим королевским учреждениям, которые первоначально были управленческими и судебными органами одновременно. Важнейший и единственный пример, полностью выражающий суть сословного патриониализма, — это западный политический союз Средневековья. При чисто патриархальном правовом управлении все обстоит как раз наоборот, поскольку там, где господствует регламент, о праве нет и речи, так как это управление насквозь неформально. Правосудие здесь стремится к установлению материальной истины и поэтому взрывает формально обязательное доказательственное право. В результате правосудие часто вступает в конфликт с древними магическими процедурами, при этом отношения профанного и сакрального процессов складываются по-разному. Так, в Африке истец нередко может, получив княжеское решение, апеллировать к божественному суду или к экстатическому усмотрению *oghanga* — жрецов фетиша, носителей древнего сакрального права. При этом глубоко патриархальная княжеская юстиция уничтожает даже формальные гарантии субъективных прав и принцип состязательности, чтобы добиться объективно правильного, удовлетворяющего требованиям справедливости решения конфликта. Фактически патриархальное правосудие вполне может быть рациональным с точки зрения строгого соблюдения некоторых принципов. Но если оно и таково, то не в смысле логической рациональности его юридических понятий, а скорее в смысле проведения *материальных* принципов социального порядка, будь они политической, утилитарно-социальной или этической природы. Правосудие и управление здесь тоже сходятся воедино, но не так, что любое управление обретает форму правосудия, а совсем наоборот: любое правосудие получает характер управления. Княжеские управляющие — одновременно и судьи; сам князь путем кабинетной юстиции произвольно вмешивается в правосудие, принимает решение по собственным меркам, исходя из своих представлений о целесообразности, справедливости или из политических соображений, толкует предоставление права как изъявление милости, разовую привилегию, определяет ее условия и формы и отменяет иррациональные формы процесса и иррациональные средства доказывания в пользу свободного официального поиска истины (принцип официальности). Идеальный образ такого рационального «правосудия кади» — это соломоновы решения, выносимые героем библейской легенды, и приговоры Санчо Пансы в роли наместника. Вся патриониально-княжеская юстиция стремится свернуть

на этот путь. *Writs* английских королей формально следовали за просьбой об изъятии милости. Однако *actiones in factum* позволяют догадываться, насколько и римский магистрат был свободен в признании или отклонении иска (*actiones temporales*). Даже английская официальная юстиция Нового времени подает себя как *equity*. Реформы Людовика IX во Франции выступают в полностью патриархальных формах. Ориентальное правосудие в той мере, в какой оно не теократично, в сущности патриархально. Так же и индийское. Наконец, китайское правосудие представляет собой тип патриархального снятия границ между юстицией и управлением. Указы императора, наполовину поучающие, наполовину повелевающие, касаются иногда общих принципов, а иногда и отдельных случаев. Процесс выработки решений, если он не обусловлен магически, ориентирован на материальные, а не формальные критерии, и потому, если соразмерить его с формальными критериями или с экономическими ожиданиями, обнаруживает себя как крайне иррациональную и конкретную юстицию справедливости.

Такой тип вмешательства империя в осуществление правосудия и правообразование обнаруживается на разных ступенях культуры и обусловлен не экономически, а скорее политически. Так, в Африке, если власть вождя возрастала благодаря союзу с колдунами, из-за войны или, наконец, по причине монополизации торговли, древний формалистичный и магический процессы и исключительное господство традиции часто почти полностью исчезали, и на их место приходили, с одной стороны, судебный процесс с вызовом в суд от имени князя (часто с «присягой» вызываемого) и с публичной экзекуцией, а также с рациональным доказыванием через свидетелей вместо ордалий или же, с другой — установление права самим князем (ашанти) или князем с одобрения общины (Южная Гвинея). Но князь, вождь или судья часто выносили решения по своему произволу и исходя из собственных представлений о справедливости без всякой формальной привязки к правилам (у басуто, баролонгов, в Дагомее, в империи Муато Казембе, в Марокко, т.е. в регионах, различающихся по уровню культурного развития). Ограничивать их произвол могла только боязнь лишиться трона при слишком вопиющем нарушении прав, считающихся прежде всего выражением священной традиции, на которой в конечном счете зиждилась собственная легитимность правителя. Этот неформальный, материальный характер патримониального управления обычно достигает кульминации там, где (светский или церковный) князь служит позитивным религиозным интересам и, более того, в своих постулатах пропагандирует не ритуалистическую религиозность, а религиозность *убеждений*. Тогда все антиформальные тенденции теократии сливаются воедино, — освобождаясь при этом от действующих в иных случаях ограничений ритуальных, а потому формальных священных норм, — в бесформенности некой патриархальной заботы об общем благе, имеющей целью выработку правильного *вну-*

тренного габитуса, и тогда управление приближается по своему характеру к заботе о спасении душ. В этом случае рушатся границы между правом и нравственностью, правовым принуждением и отеческим увещанием, законодательными мотивами и целями и технико-правовыми средствами. Указы буддистского царя Ашоки ближе всего к этому патриархальному типу. Как правило же, в патримониально-княжеском правосудии господствует комбинация сословных и патриархальных компонентов — друг с другом и с формальным товарищеским правосудием. Степень преобладания того или другого, в сущности, определяется (как станет ясно из анализа господства) политическими обстоятельствами и властными отношениями. На Западе традиция товарищеского правосудия (также первоначально политически обусловленная), которая принципиально отрицала за королем право вынесения приговоров, служила значимым фактором преобладания сословных форм правосудия.

Рост формально-рационального элемента за счет типичных проявлений патримониального права, который мы наблюдаем на Западе в Новое время, мог быть обусловлен собственными внутренними потребностями патримониально-княжеского управления в случае, когда речь шла о ликвидации господства *сословных* привилегий и сословного характера правосудия и управления вообще. В этом последнем случае потребность в большей рациональности (что фактически означало господство формального правового равенства и формальных объективных норм) соединялась с властными интересами князей, противостоящих обладателям привилегий. Введение регламента вместо привилегий служило обеим целям. Но этого совпадения не происходило, если требовалось ограничение патриархального произвола в пользу 1) твердых правил и 2) гарантии свободных требований подданных к юстиции, т.е. субъективных прав. Первое и второе, как мы знаем, сами по себе не идентичны: разрешение конфликтов по твердо установленным управленческим регламентам еще не означает наличия гарантированных субъективных прав. Но последнее, т.е. существование не только объективных твердых норм, но объективного «права» в строгом смысле есть, по крайней мере в частноправовой области, единственная надежная гарантия приверженности объективным нормам вообще. На такие гарантии нацелены экономические группы интересов, которые князь в определенных обстоятельствах желает поощрить и привязать к себе, ибо это служит фискальным и политическим интересам его власти. Прежде всего это, конечно, бюргеры, которым требуется право, свободное от однозначного и явного иррационального произвола управления, так же как от разрушающих его иррациональных конкретных привилегий, и гарантирующее правовые обязательства по контрактам, т.е. в силу всех этих качеств *предсказуемое* действующее право. Союз правящих и буржуазных по своим интересам слоев относился поэтому к важнейшим движущим силам формальной рационализации права. Не в том смысле, что всегда требовалась-

де их прямая кооперация. Утилитаристский рационализм чиновничьего управления уже сам по себе, как самостоятельный фактор, соответствовал частнохозяйственному рационализму бюргерских слоев. И фискальный интерес князя заставлял его готовить почву для удовлетворения капиталистических интересов в гораздо больших масштабах, чем они того актуально требовали, и даже раньше, чем они появлялись. Но в то же время очевидно, что гарантия прав, независимых от княжеского и чиновничьего произвола, не вырастает из собственных тенденций развития бюрократии. Впрочем, она не является безоговорочным следствием собственно капиталистических интересов, особенно если иметь в виду старую, в сущности политически ориентированную форму капитализма, о противоположности которой современному буржуазному капитализму еще не раз пойдет речь. И даже начала буржуазного капитализма еще не демонстрируют или демонстрируют в очень ограниченной мере типичную заинтересованность в гарантированных субъективных правах, иногда даже, наоборот, проявляют противоположные тенденции. Не только крупные торговые и колониальные монополисты, но и крупные монополисты-предприниматели меркантилистского периода мануфактур опирались, как правило, на княжеские привилегии, которые часто нарушали действующее общее право, а именно цеховое право, вызывали гневное сопротивление бюргерских средних слоев и побуждали капиталистов из-за двусмысленности их правовых отношений с князем покупать для себя привилегированные возможности получения дохода. Политически и монополистически ориентированный и даже ранний меркантилистский капитализм мог, таким образом, вопреки желанию сословий и даже бюргерского ремесленного сословия, быть сторонником создания и сохранения патриархальной княжеской власти, каковым он был во времена Стюартов и каковым все больше становится во многих областях сегодня и будет становиться впредь. Несмотря на это, вмешательство империя, особенно империя князя, в правовую жизнь (тем больше, чем сильнее и продолжительнее оказывалось его влияние) повсюду демонстрировало стремление к унификации и систематизации права, т.е. к *кодификации*. Князю нужен порядок. Ему нужны единство и замкнутость империи. Стремление к кодификации обнаруживает себя и в том, что и технические потребности управления, и личные интересы чиновников сориентированы на возможность их (чиновников) одинакового использования во всех областях империи, что, в свою очередь, открывает широкие карьерные перспективы для должностных лиц, которые больше не привязаны к своему округу тем, что знают только его локальное право. В целом чиновники стремятся к «обозримости» права, а буржуазные слои — к «надежности» правоприменения.

Если, таким образом, интересы чиновничества, буржуазные интересы получения дохода, фискальные, а также управленческие интересы князя и были естественными стимулами к кодификации, то не единственно воз-

можными. И другие политические слои подданных, помимо бюргерства, могли быть заинтересованы в однозначной фиксации права, да и властвующей силой, к которой они апеллировали, — а она вынужденно или добровольно шла им навстречу, — необязательно должен был быть только князь.

Систематические кодификации права могли также быть продуктом всеми осознаваемой переориентации правовой жизни, которая становилась необходимой или по причине возникновения новых внешних политических структур, или в силу компромиссов между сословиями и классами, чьей целью становилось достижение внутреннего социального единения политического союза, а при некоторых обстоятельствах и по обоим этим причинам. Речь могла идти либо о планомерном создании союзов на новых землях, как это было в случае *leges datae* античных колоний, либо о создании новых типов политических союзов, таких как израэлитские коммуны, которые в известной мере также подчинялись единому праву, либо о завершении революций компромиссом между сословиями и классами, как это, вероятно, было при возникновении «двенадцати таблиц», либо, наконец, о систематической записи законов, которая проводилась в интересах правовой безопасности после социальных конфликтов. Инициаторы такой фиксации обыкновенно принадлежали к тем слоям, которые ранее больше всего страдали от отсутствия однозначных и общедоступных норм, позволявших контролировать правосудие. В Античности это особенно касалось крестьянских и бюргерских слоев в противоположность аристократии со стоящей под ее контролем правовой элитой или священничеству. Систематическая запись законов в таких случаях представляет собой радикальную правовую новацию, поэтому иницируется обычно пророками или харизматическими фидуциариями (эсимнетами) и октроируется как *lex data*, полученный в откровении или через оракул. Интересы, об обеспечении которых идет речь, при этом обычно довольно ясно представляются самим заинтересованным лицам, а их возможная правовая форма проясняется и вызревает в ходе обсуждения и агитации, чтобы затем быть объявленной пророком или эсимнетом. В то же время те, кому нужны новые нормы, реально заинтересованы не столько в систематическом праве, сколько в праве, дающем однозначное, формальное и четкое разъяснение именно спорных моментов. Поэтому новые правила часто обретают форму правовых афоризмов, характерную для оракулов, средневековых судебныхников или речений правовых консультантов. Тот факт, что нечто подобное мы находим в «двенадцати таблицах», позволяет отбросить сомнения в том, что это — законодательство, созданное *uno actu*, так же как Декалог и еврейская книга Завета. Уже сама характерная форма обоих наборов заповедей и запретов, римского и иудейского, говорит об их происхождении от правовых пророков и эсимнетов. Сходство с «двенадцатью таблицами» обнаруживается также в том, что и в римском, и в иудейском источниках одновременно содержатся и религиозные, и гражданские заповеди. Зако-

ны «двенадцати таблиц» предают анафеме по сакральной формуле *sacer esto* как сына, ударившего отца, так и патрона, не хранящего верность клиентам. Гражданско-правовые последствия в обоих случаях исключались. Эти заповеди были явно необходимы, ибо домашняя дисциплина и домашний пиетет пришли в упадок. Только религиозное содержание иудейской кодификации в Декалоге и книге Завета систематизировано, а в римских законах сводится к отдельным определениям: очевидно, религиозное право как целое устойчиво и надежно и новое религиозное откровение не требуется. Совсем другой (и не столь существенный) вопрос, можно ли считать, что «двенадцать таблиц», на которых правовыми пророками было записано городское право Рима и которым предстояло погибнуть в галльском пожаре, более историчны, чем обе скрижали закона Моисея. Однако ни языковые (как раз при устной передаче законов совершенно несущественные), ни содержательные причины не побуждают отказаться от традиционного представления о древности и целостности этого законодательства. Мнение о том, что мы имеем дело с коллекцией правовых афоризмов или с набором изречений правовой элиты, по сути, лишено правдоподобия. Речь идет об общих нормах довольно абстрактного характера, которые, с одной стороны, выражают отчетливую тенденцию и осознание собственных целей, а с другой — стремление к компромиссу между сословными интересами. Кажется по меньшей мере маловероятным, что такое могло сложиться в практике консультантов, и еще менее вероятно, что литературный продукт собирателя судебных решений, такого, к примеру, как Секст Элий Пет Кат, в период рациональной борьбы интересов в пределах одного города мог приобрести такой авторитет. Да и аналогия с другими законами эсимнетов тоже бросается в глаза.

Систематичность кодификации, конечно, только в чисто формальном смысле свидетельствует о типичной ситуации эсимнетских правоустановлений и характере потребностей, ими удовлетворяемых. Систематичную кодификацию не являют собой ни Декалог по отношению к этике, ни «двенадцать таблиц» или правовые предписания книги Завета по отношению к деловой жизни. Систему и юридическую *рациональность* привносит — в ограниченном объеме — лишь деятельность правовых практиков, и прежде всего потребность в обучении праву, но в полном объеме — только работа княжеских чиновников, которые и есть собственно кодификационные систематики, ибо они-то и заинтересованы в обозримости систематики как таковой, поэтому княжеские кодификации, как правило, имеют с систематической точки зрения гораздо более рациональный характер, чем даже самые обширные законодательства эсимнетов и пророков.

Иначе, чем путем княжеской кодификации, систематика вносится в право обычно только через литературно-дидактическую продукцию, а именно через правовые книги, которые затем нередко превращаются в

канонические тексты, авторитетные как для правосудия, так и для законодательства. Систематические правовые записи по большей части возникают в обоих случаях прежде всего как сведение воедино действующих прав для устранения возникших сомнений и конфликтов. Многочисленные собрания начальственных постановлений и регламентов (в духе официального китайского собрания законов и других подобных вещей), внешне выглядящие как кодификации и созданные по поручению патриониального князя, несмотря на некоторую систематичность членения, не имеют ничего общего с кодифицирующим законодательством, поскольку представляют собой результат механических усилий. Иные кодификации приводят в упорядоченный и системный вид уже действующее право. Таковы Салическая правда и большинство других подобных ей форм «народного права», отразивших правовую практику товарищеской юстиции, влиятельные Иерусалимские ассизы, представляющие собой записи преюдиций, составляющих основу торговых обычаев, *Siete Partidas* и другие кодификации, начиная с *Leges Romanae*, собравших продолжающие действовать части римского права. Такая систематизация предполагает определенную степень рационализации правового материала, и инициаторы ее обычно те же самые, что и в случае собственно кодификации с целью систематической ревизии содержания существующих прав. Одно трудно отделить от другого. В политических слоях всегда существует стремление к правовой стабильности, каковую и обеспечивает кодификация, поэтому она обычно оказывается особо востребованной в любых политических новообразованиях. Попытки кодификации предпринимались при создании монгольской империи (*Яса* Чингисхана) и в других подобных ситуациях, вплоть до основания империи Наполеона. На Западе эпоха кодификаций начинается, по всей видимости, вопреки историческому порядку, у самых истоков его истории — в *leges* возникшей на римской почве империи германцев. Умиротворение этнически смешанных политических образований непременно требовало здесь установления действительно работающего права, и военные преобразования во всех сферах облегчили формальный радикализм его проведения в жизнь. Достижение правовой стабильности в интересах четкого функционирования официального аппарата и наряду с этим (особенно при Юстиниане) поддержание престижа монархов стали поводом для создания позднеимских собраний законов и, наконец, правовой кодификации Юстиниана, так же как и княжеских, чисто римскоправовых кодификаций Средних веков в духе испанской *Siete Partidas*. Непохоже, чтобы большую роль здесь играли частные экономические интересы. Напротив, один из самых древних и почти полностью дошедший до нас и в этом смысле уникальный кодекс — книга законов Хаммурапи — позволяет с определенной уверенностью утверждать, что имелся относительно сильный слой торговцев, и царь, исходя из собственных политических и фискальных

интересов, желал поддержать правовую безопасность товарооборота. Это типичная ситуация для города-царства. Сохранившиеся остатки более ранних законодательств позволяют предположить, что и здесь действовали характерные для античного города сословные и классовые противоречия, но — из-за различий в политической структуре — с иными последствиями. На основании более ранних документов можно с уверенностью полагать, что Кодекс Хаммурапи не вводил собственно нового права, а кодифицировал существующее, и это была не первая попытка такого рода. Выше экономических и религиозных интересов (проявляющихся в настойчивом регулировании близких патриархальному сердцу, как и везде, семейных обязанностей, в частности, обязанности почитания родителей) здесь, как и в большинстве других княжеских кодификаций, стоит политический интерес, суть которого — в обеспечении единства права внутри государства. Большинство других княжеских кодификаций также обусловлены уже известным нам стремлением устранить из правового оборота принцип «частное право сильнее общего права». Тот же мотив сказывался еще сильнее в княжеских кодификациях Нового времени, участившихся в связи с возникновением чиновничьего государства. Эти кодификации лишь в очень малой части представляли собой действительные нововведения. Их предпосылкой, по крайней мере в Центральной и Западной Европе, скорее была универсальная действенность римского права и канонического права. Каноническое право претендовало на принудительную универсальную значимость своих предписаний, римское право считалось субсидиарным, в результате на первый план выходил тезис о том, что особое, местное право сильнее права страны. По правде говоря, так же обстояли дела и с многочисленными определениями канонического права.

По степени важности с точки зрения переворота в правовом мышлении или хотя бы в действующем праве ни одну из княжеских кодификаций нельзя даже поставить рядом с *рецепцией* римского права. Проследить ее историю здесь было бы неуместно, следует ограничиться несколькими замечаниями. Рецепция римского права в той мере, в какой в ней оказался замешан император (Фридрих I), а позднее — князья, в основном была инициирована появившимся в Кодексе Юстиниана положением о суверенной позиции монарха. В остальном же все сводится к вопросам, на которые пока нет, а возможно, и не будет ответа. Стояли ли за рецепцией экономические интересы? Если да, то какие? Помогла ли она их реализации? Кому следует быть обязанным за выдвижение на первый план ученых, т.е. университетски образованных судей, представлявших романистику и в то же время знакомых с патримониально-княжеской процедурой? И прежде всего, сами ли заинтересованные стороны посредством третьей стороны призвали на место судей юридически грамотных княжеских управленцев, признав тем самым, что решение «по службе» важнее решения «по закону» и отодвинув в сторону старые суды

(Штёльцель), или же (что именно убедительно пытался доказать Розенталь) сами суды по инициативе князей стали набирать в свой состав все больше юристов вместо заседателей из числа знати? Как бы то ни было, одно можно считать твердо установленным: поскольку согласно источникам даже те сословные слои, что с недоверием взирали на приход римского права, в основном не сопротивлялись принятию нескольких «докторов» в число заседателей, а боролись лишь с их перевесом и прежде всего с привлечением иностранцев, то очевидно, что именно *практические* потребности правового производства, т.е. приобретаемое путем правового обучения умение выразить сложный состав обстоятельств в юридически однозначной формулировке, и в целом необходимость рационализации процесса и обусловили выдвижение профессиональных юристов. Но здесь производственные интересы правовых практиков сталкивались с интересами нуждающихся в праве частных лиц, в первую очередь бюргеров, а также дворянства. В рецепции *материальных* определений римского права как раз «современнейшие», т.е. бюргерские, слои вовсе не были заинтересованы: институты средневекового торгового и городского земельного права гораздо больше отвечали их потребностям. Но именно всеобщие *формальные* качества римского права по мере неизбежной профессионализации правового производства помогали ему победить везде, где не существовало, как в Англии, собственного национального юридического образования, оберегаемого к тому же могущественными силами. Данные формальные качества и обусловили то, что патримониально-княжеская юстиция на Западе не свернула на путь патриархальной заботы о духовном благе и материальной справедливости, как это произошло в других местах. Этому помешало также формальное обучение юристов, к которому они были вынуждены прибегать как чиновники, в результате чего правосудие на Западе приобрело достаточно формалистический и специфический характер в отличие от других патримониальных способов правового управления. С тех пор уважение к римскому праву и романистской образованности сказывалось во всем, что наступавшее Новое время связывало с княжескими кодификациями, которые и были продуктом сформированного в университетах юридического рационализма.

Рецепция римского права создала новый *слой* правовой элиты — ученых юристов, владевших правовой *литературой* и снабженных университетским докторским дипломом. Это и стало, с точки зрения социологии, основой его властных позиций на Западе. Важность литературного образования юристов для формальных качеств права была очень велика. Уже во времена империи в Риме право постепенно становилось предметом чисто литературного занятия. Однако это было нечто совсем иное, чем, скажем, создание судебныхников средневековой правовой элитой Германии и Франции или оснований действующего права английскими юристами, сколь ни велико было значение и тех и других. Ведь под влиянием

пусть даже поверхностного философского образования античных юристов значительно возрастала роль чисто логических элементов в правовом мышлении. И это происходило именно там, где оно не было связано священным правом и теологическими или материально-этическими интересами, которые толкали бы на путь чисто спекулятивной казуистики с гораздо более серьезными последствиями для формирования юридической практики. Принцип, согласно которому то, что не может «помыслить» или «сконструировать» юрист, не может существовать и в правовой действительности, в зачатках обнаруживается уже у римских юристов. Сюда относятся такие чисто логические положения, как уже упоминавшееся *quod universitati debetur, singulis non debetur* или *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, и множество им подобных. Только речь при этом идет о несистематизированных побочных продуктах абстрактной правовой логики, которые в одних случаях добавлялись для обоснования уже имеющихся конкретно мотивированных решений, а в других — теми же самыми юристами пренебрежительно отбрасывались. По существу, индуктивный, эмпирический характер правового мышления поэтому совершенно не менялся или менялся очень мало. Совсем иной была ситуация при рецепции римского права. Прежде всего, процесс абстрагирования правовых институтов, начавшийся на этапе перехода римского гражданского права в имперское право, естественно, продолжился в возросшем масштабе. Как правильно подчеркивал Эрлих, для того чтобы вообще иметь возможность быть рецепированными, римские правовые институты должны быть освобождены от любых остатков национальной специфики и целиком подняты в сферу логически абстрактного, а римское право в целом должно быть просто абсолютизировано как «логически правильное» право. Это фактически и произошло в ходе более чем 600-летней работы общеправовой юриспруденции. Однако способ правового мышления сдвинулся дальше в формально-логическую сторону. Случайные блестящие *aperçus* римских юристов, вроде тех, что приведены выше, были освобождены от привязки к конкретным случаям, что отличало Пандекты, и подняты на уровень последних правовых принципов, из которых затем можно было дедуцировать аргументы. Теперь, наконец, возникло то, чего недоставало римским юристам, — чисто систематические категории. Были сконструированы понятия таких явлений, как, например, «делка» или «волеизъявление», для которых в античной юриспруденции не имелось даже единого названия. Но главное, обрел действительно практическое значение тезис, согласно которому то, что не может быть помыслено юристом, не существует с точки зрения права. Исторически обусловленный аналитический характер римского правового мышления стал причиной того, что у античных юристов способность к конструктивным заключениям если не отсутствовала вовсе, то не была развита. Теперь же, при переносе тогдашнего права на со-

вершенно чужеродные, незнакомые Античности ситуации, на передний план выдвинулась главная задача, состоящая в том, чтобы выработать юридически непротиворечивую конструкцию состава деяния. В результате основой правового мышления стало господствующее ныне понимание права как замкнутого, логически непротиворечивого и беспробельного комплекса норм, которые подлежат «применению». В таком специфическом способе логизации права, в отличие от тенденции формализации права вообще, жизненные потребности, подобные желанию бургерских слоев иметь предсказуемое право, не играли никакой роли, ибо они, как показывает опыт, хорошо (и нередко даже лучше, чем при этой новой системе) удовлетворяются формальным эмпирическим правом, основанным на преюдициях. Чисто логические юридические конструкции весьма часто ведут себя по отношению к ожиданиям клиентов совершенно иррационально, демонстрируя несоизмеримость с их ожиданиями; в этом причина столь широко обсуждаемой оторванности чисто логического права от жизни. Между тем основанием такого развития были внутренние мыслительные потребности теоретиков права и обученных ими докторов — типичных аристократов литературного образования в области права. Мнения факультетов стали на континенте последним авторитетом в сомнительных правовых случаях, а академически образованные судьи и нотариусы вместе с адвокатами — типичной правовой аристократией. Благодаря им римское право победоносно продвигалось вперед там, где отсутствовало национально организованное сословие юристов; оно завоевало всю Европу — от Испании до Шотландии и России, за исключением Англии, Северной Франции и Скандинавии. В Италии агентами его продвижения были (по крайней мере сначала) преимущественно нотариусы, на севере — главным образом княжеские ученые судьи, за которыми, как правило, стояли князья. Ни одно западное право не могло свободно устоять перед этим воздействием, даже английское. Влияние на это последнее обнаруживается не только в его систематике и множестве отдельных правовых институтов, но и в определении источников *common law*, к каковым отнесены судебные преюдиции и *legal principles*, и это при том что по внутренней структуре остаются, конечно, гигантские различия. Но подлинной родиной римского права, разумеется, оставалась Италия, главным образом благодаря влиянию генуэзского и других ученых судов (*rotae*), элегантные и конструктивные решения которых в XVI в. были собраны и изданы в Германии и обусловили влияние Имперской судебной палаты и ученых земельных судов.

Лишь в эпоху «просвещенного деспотизма», начиная с XVIII в., была сделана сознательная попытка преодолеть этот специфически формальный, логико-правовой характер общего права и связанной с ним академической правовой элиты, сложившейся во всем мире только в Европе. Решающую роль при этом прежде всего играл всеобщий рационализм

бюрократии в ее самовластном расцвете и наивном всезнайстве. По сути, патриархальное политическое господство, ориентированное на государство благоденствия (о нем мы будем говорить позднее), беззаботно переступало как через конкретные желания заинтересованных в праве сторон, так и через формальные принципы правового мышления. Последние оно желало бы подавить полностью. У права надо отнять его профессионально-юридические качества и выстроить его так, чтобы оно исчерпывающе и без посторонней помощи разъясняло не только чиновникам, но и в первую очередь подданным их права и обязанности. Такое стремление к правосудию, свободному от юридических тонкостей и формализмов и воплощающему дух материальной справедливости, свойственно, как мы видели, любому княжескому патриархализму. Однако он не всегда мог безоговорочно предаться этому стремлению. Юстиниановы кодификаторы не давали, конечно, оснований думать, что дилетант может изучить и даже понять то сублимированное право юристов, которое было ими систематизировано. Искоренить юридическое образование они не смогли, особенно ввиду активной работы классических юристов, обладавших в силу закона о цитировании официально признанным авторитетом. Поэтому все, что они сумели, — это дать основополагающий сборник цитат в виде рассчитанного на занятия со студентами и представленного в форме закона учебника (*Institutionen*⁵⁰). Гораздо полнее патриархализм проявился в классическом памятнике современного «государства благоденствия» — «Общем земском праве»⁵¹ Пруссии. В противоположность сословному праву, представляющему собой пространство «субъективных прав», здесь налицо в основном «объективное право», образующее пространство правовых обязанностей; господствующее качество правопорядка — универсальность «проклятых повинности и долга»; главный, бросающийся в глаза признак права — систематический рационализм, но не формального, а, как и бывает в подобных случаях, *материального* рода. Там, где должно действовать материально «разумное», правовое должно отступить. И прежде всего «обычное право». Все современные законодательства, вплоть до первых набросков Гражданского кодекса⁵², объявили прусскому общему праву войну. Обычай правовой практики, не основанные на четком определении законодателя, и любые традиционные способы толкования права, ему, как и любому рациональному законодателю, представлялись совершенно неполноценным источником правоприменения и были терпимы лишь постольку, поскольку закон еще не высказался на эту тему. Сама кодификация должна была быть «исчерпывающей», и считалось, что она может стать таковой.

⁵⁰ Имеются в виду не «Институции» Гая, а «Институции» как часть *Кодекса Юстиниана*. См. глоссарий.

⁵¹ См. глоссарий.

⁵² См. глоссарий.

В сомнительных случаях прусский судья, чтобы держать ненавистную юриспруденцию в стороне от всякого правообразования, должен был делать запрос в специально для этого формируемую комиссию. Последствия такой общей тенденции выразились в формальных качествах созданного права. Попытка освободить право от профессиональных юристов путем прямого обучения публики, которая предпринималась самим законодателем, без учета привычки практиков ориентироваться на понятия римского права, с чем следовало бы считаться, породила лишь скрупулезную казуистику, которая из-за стремления к материальной справедливости часто страдала недостатком точности. И все же связь с понятийным запасом и методикой римского права, несмотря на многие отдельные расхождения и предпринятое впервые в немецком законодательстве энергичное «онемечивание» терминологии, оставалась неистребимой. Многочисленные поучающие или только нравственно увещающие положения часто порождали сомнение, действительно ли в соответствующем случае предполагается принуждающая норма. Поскольку систематизация отчасти исходила не из формальных юридических понятий, а из практических жизненных отношений, обсуждение правовых институтов часто прерывалось и вопреки целям систематизации возникали неясности. В результате законодатель на самом деле в значительной степени достиг цели исключения профессиональной юридической обработки права. Хотя частично и в ином смысле, чем он предполагал. Действительно, привнести правовые знания в широкую публику сложнее всего посредством многотомного труда в десятки тысяч параграфов, а если это подразумевает освобождение адвокатов и других профессиональных практиков, то такая цель по самой природе вещей недостижима в условиях современной правовой жизни. Авторитет преюдиций в Пруссии, после того как Верховный трибунал⁵³ начал издание официального собрания своих решений, поднялся высоко, как нигде за пределами Англии. И напротив, научная обработка права, которая не создала ни точных формальных норм, ни гибких правовых институтов, причем и то и другое не было задачей утилитарного законодателя, фактически никого не заинтересовала. Патримониальный материальный рационализм, естественно, вообще нигде не может стимулировать формальное юридическое мышление. Кодификация, следовательно, оказалась одной из причин того, что юристы в собственно научной деятельности частично стали все более обращаться к римскому праву, частично — под влиянием национальной идеи — к дошедшим из прошлого пластичным институтам старого немецкого права, и из обоих средствами исторической методики старались выделить их «чистое» историческое содержание.

Для *римского* права последствия должны были состоять в том, что в руках профессиональных и исторически образованных юристов оно вновь

⁵³ См. глоссарий.

пережило превращение, подобное тому как в ходе рецепции оно адаптировалось к потребностям заинтересованных сторон. Продукт общеправовой обработки юстиниановского права, *usus modernus Pandectarum*, впал в забвение и был осужден научным историческим пуризмом, следствием чего стала утрата приспособленности римского права к современным реалиям, как в свое время пренебрежительное отношение гуманистической филологии к «латинству» Средних веков обусловило закат латыни в качестве языка ученых. И только после этого освободился путь для абстрактной логики права. Это был лишь перенос воздействия научного рационализма на другую область, а не его преодоление, как часто считают историки. Чисто логическая новая систематизация древнего права по понятным причинам не совсем удалась историческим юристам. Как известно, почти все учебники по Пандектам, вплоть до компендиума Виндшайда, остались незаконченными, и это не случайно. В то же время строго формальная юридическая сублимация институтов, заимствованных не из римского права, удалась германской партии исторической школы права в столь же малой степени, ибо научный интерес историков возбуждала как раз иррациональная, вытекающая из сословного правопорядка и потому антиформальная составляющая этих институтов. Только правовые партикулярии, которые были самостоятельно приспособлены участниками оборота к своим потребностям и рационализированы в практике специальных судов (прежде всего вексельное и торговое право), удалось кодифицировать и научно систематизировать, не утратив их практической значимости, ибо здесь в игру вступали настоятельные и прямые экономические интересы. Однако когда после семи десятилетий господства историков и при развитой, как ни в какой другой стране, истории права в результате создания немецкого рейха патетически, в качестве национальной цели, была поставлена задача создания единого гражданского права, немецкое сословие юристов приступило к ней, будучи расколотым, частично против собственной воли, и совсем не готовым к ее решению.

К тому же типу патримониально-княжеских кодификаций относились и другие законодательства, прежде всего австрийское и русское; последнее, конечно, представляло собой в основном сословное право ограниченных по численности привилегированных слоев и оставляло правовые партикулярии отдельных сословий, особенно крестьян, составлявших большинство подданных, совершенно незатронутыми, разрешая им даже собственную юрисдикцию в практически весьма значимом объеме. Более сжатый по сравнению с прусским правом объем обоих названных законодательств достигался ценой часто гораздо меньшей точности определений, а в австрийском законодательстве также ценой гораздо меньшей оригинальности по сравнению с римским правом. Научное мышление проникло в австрийское законодательство только спустя десятилетия (в работах Унгера), и то почти целиком в категориях романистики.

§ 7. Формальные качества революционно созданного права. Естественное право и его типы

Своеобразие *Code Civile* с. 197. — Естественное право как нормативный масштаб позитивного права с. 198. — Типы естественного права. Естественное право и право свободы с. 199. — Превращение формально-рационального естественного права в материально-рациональное с. 200. — Классовые отношения естественно-правовой аксиомы с. 202. — Практическое воздействие естественного права на правотворчество и правоприменение с. 204. — Разложение естественно-правовой аксиоматики с. 204. — Правовой позитивизм и юридическое сословие с. 205

Если сравнить плод революции *Code Civile* и подражания, которые он вызвал по всей Западной и Южной Европе, с рассмотренными явлениями дореволюционного периода, формальное различие будет значительным. Отсутствуют нагромождение неюридических деталей, поучающий и нравственно-увещательный тон и всякая казуистика. Сформулированные афористично и точно, как в «двенадцати таблицах», многие положения *Code Civile* вошли в повседневный обиход подобно старинным правовым поговоркам, чем точно не могут похвастаться ни прусское земское право, ни другие немецкие кодификации. Наряду с англосаксонским правом, вытекающим из *юридической практики*, и общим римским правом, продуктом литературно-теоретического правового образования (ставшим основой большинства восточноевропейских и центральноевропейских кодификаций), право *Code Civile* как явление *рационального законодательства* представляет собой третье великое мировое право, и причиной тому — именно названные формальные качества, благодаря которым частью действительно достигается, частью имитируется исключительная прозрачность и точность определений. Пластичностью многих своих положений, которой принесены в жертву достаточно формальных юридических качеств и глубина материальных соображений, *Code Civile* обязан ориентации ряда правовых институтов на право кутюмов. Однако наличие абстрактной целостной структуры правовой систематики и аксиоматические формулировки отдельных понятий не заставляют правовое мышление пойти по пути собственно конструктивной обработки институтов в их прагматической связи; наоборот, оно чувствует себя обязанным воспринимать те редкие формулировки Кодекса, которые представляют собой не правовые нормы, а скорее правовые положения, именно как положения и сообразно проблемам адаптировать к практике. Формальные качества современной французской юриспруденции можно хотя бы частично приписать этой несколько противоречивой особенности закона. Само по себе, однако, это есть выражение специфического рода рационализма, суверенного сознания того, что здесь впервые создается чисто рациональный и свободный от исторических «предрассудков» закон, который соответствует идеалу

Бентама и, как ему кажется, черпает свое содержание только из здравого человеческого рассудка в сочетании с государственным интересом большой нации, обязанной своей мощью не легитимности, а гению. Специфическое положение правовой логики — в той мере, в какой она жертвует юридической тонкостью во имя пластичности изложения, — надо во многих случаях отнести на счет личного вмешательства Наполеона. Афористичная театральность свойственна формулировкам «прав человека и гражданина» в американской и французской конституциях. Некоторые аксиомы, относящиеся к содержанию правовых положений, даются здесь не в форме трезвых юридических правил, а в виде афористических постулатов с предположением, что право легитимно только тогда, когда не противоречит этим постулатам. Мы должны кратко остановиться на этом особенном способе формирования абстрактных правовых положений.

С социологической точки зрения представления о «праве прав» возникают в рациональном и позитивном правопорядке только тогда, когда решение этой проблемы может иметь практические последствия для поведения разработчиков права, его практиков и заинтересованных в нем лиц, а именно когда убежденность в специфической «легитимности» каких-то правовых максим, т.е. определенных правовых принципов, непосредственно воздействующих без всякого октроирования со стороны позитивного права, оказывает действительно заметное влияние на практическую правовую жизнь. В истории это повторялось не раз, особенно в начале Нового времени и в революционную эпоху, а отчасти происходит и сейчас (в Америке). Содержание таких максим обычно называют *естественным правом*.

Ранее мы познакомились с *lex naturae* как продуктом творчества Стои, который переняло христианство, чтобы навести мосты между собственной этикой и мирскими нормами. В посюстороннем мире греха и насилия это было по воле Бога законное «право для всех» в противоположность божьим заповедям, переданным в откровении только религиозно избранным и исповедующим их. Теперь мы смотрим на *lex naturae* с иной точки зрения. Естественное право есть совокупность независимых от любого позитивного права и превосходящих его по значимости норм, которые обретают свою значимость не посредством произвольного ленного договора, наоборот, они легитимируют обязывающую силу последнего. Это, соответственно, нормы, легитимные не благодаря своему происхождению от легитимного законодателя, а благодаря своим чисто имманентным качествам; специфическая и единственно последовательная форма легитимности права, которая может сохраниться, когда отпадают религиозные откровения и авторитарная святость традиций и их носителей. Естественное право является поэтому специфической формой легитимности *революционно* создаваемых порядков. Ссылка на естественное право всегда была формой, используемой классами, восстающими против существующего порядка, для выра-

жения желания придать легитимность своему правотворчеству, если оно не опиралось на позитивные религиозные нормы и откровения. Впрочем, не любое естественное право по своему подразумеваемому смыслу революционно, т.е. обосновывает нормы, которые путем насильственных действий или пассивного сопротивления должны быть проведены вопреки существующему порядку. Естественно-правовую легитимацию пережили не только разные виды авторитарных властей. Было еще влиятельное «естественное право исторически ставшего», направленное против мышления, которое основано на абстрактных правилах или вырабатывает таковые. Естественно-правовая аксиома такого рода лежала, например, в основе теории исторической школы о превосходстве «обычного права» (понятие которого было четко разработано только этой школой). Крайне ярко она проявлялась в суждениях о том, что законодатель не может своими установлениями ограничить область действия обычного права, и прежде всего исключить его отменяющую силу в отношении законов. Ибо историческому становлению *нельзя* запретить осуществляться. Но и все другие, не доходящие до таких крайностей полуисторические, полунатуралистические теории «духа народа» как естественного и потому легитимного источника, из которого эманцируют право и культура, или теории органического роста любого *подлинного*, т.е. основанного на непосредственном правовом чувстве, а *не искусственного*, т.е. целерационально сформулированного, права, или какие-либо иные свойственные романтизму ходы мысли содержали эту предпосылку, деклассирующую всякое установленное право как «всего лишь» позитивное.

Этой аксиоме иррационализма противостоит естественно-правовая аксиома правового рационализма, на основании которой только и могли создаваться нормы формального рода, так что обычно, говоря о естественном праве, *a potiori* имеют в виду только ее. Основой формирования этой, второй аксиомы в Новое время, помимо религиозных идей, обнаруживающихся в рационалистических сектах, стало понимание Ренессанса как стремления постичь канон «естественного» как «желаемого Природой», а также характерное в первую очередь для Англии представление о врожденных правах каждого соотечественника. Специфически английское понятие *birthright* возникло под воздействием распространенного понимания некоторых провозглашенных в *Magna Charta* и первоначально закрепленных, разумеется, только за баронами сословных свобод как национальных свобод английских подданных, на которые не могли посягнуть ни король, ни любая другая политическая власть. Переход к представлению о *правах человека вообще*, напротив, происходил под эпизодически очень сильным религиозным воздействием со стороны крестителей и в основном был осуществлен лишь рационалистическим Просвещением XVII–XVIII вв.

Аксиомы естественного права могут относиться к разным типам. Мы хотим рассмотреть здесь те, которые более всего связаны с хозяйственным

порядком. Естественно-правовая легитимность позитивного права может быть в большей степени обусловлена либо формальными, либо материальными условиями. Различия только в степени преобладания того или иного. Чисто формальное естественное право не может существовать; оно совпало бы с пустыми по содержанию абсолютно общими юридическими понятиями. Тем не менее различие очень важно. Самый чистый тип из относящихся к первой категории — это прежде всего концепция естественного права, возникшая в XVII—XVIII вв. под воздействием упомянутых выше факторов первоначально в виде теории общественного договора, особенно в индивидуалистской форме последней. Все легитимное право зиждется на установлении, а установление, со своей стороны, всегда в конечном счете — на рациональном соглашении. Соглашение может пониматься как реальное, т.е. как подлинный изначальный договор свободных индивидов, который еще и регулирует способ установления нового права в будущем, или же как идеальное, предполагающее, что легитимно только такое право, содержание которого не противоречит понятию разумного порядка, установленного путем свободного соглашения. Существенную часть такого естественного права составляют права свобод, и в первую очередь свободы договоров. Свободный рациональный контракт (либо как действительное историческое основание всех обобществлений, включая государство, либо как регулятивный масштаб оценки) стал одним из универсальных формальных принципов естественно-правовых конструкций. Этот тип, как и любое формальное естественное право, опирается на систему прав, законно обретенных в силу заключения целевых контрактов и, следовательно, если речь идет об экономических благах, на экономическую общность единомышленников, созданную путем полного развития собственности. Собственность, законно приобретенная в результате свободного договора со всеми (изначальный договор) или с отдельными людьми, и свобода распоряжения ею, а следовательно, свободная конкуренция, образуют его само собой разумеющиеся составные части. *Формальные* ограничения свободы договоров состоят только в том, что договоры и действия общины не должны противоречить самому легитимирующему их естественному праву, т.е. не должны покушаться на вечные и нерушимые права свобод, идет ли речь о частных договоренностях индивидов или об официальных действиях органов союзов и действиях членов союзов по отношению к ним. Нельзя законно продать себя в политическое или частноправовое рабство. Также, впрочем, не может быть законным ни одно правовое установление, ограничивающее распоряжение индивида своей собственностью и своей рабочей силой. Поэтому, например, любая законодательная охрана труда и, следовательно, любой запрет каких-либо условий свободных трудовых договоров представляют собой нарушение свободы договоров — этой позиции придерживался вплоть до последнего времени Верховный суд Соединенных Штатов, считавший такие определения ничтожными уже по чи-

сто формальной причине, на основании естественно-правовой преамбулы Конституции. *Материальным* критерием того, что с естественно-правовой точки зрения легитимно, являются *природа* и *здравый смысл*. Одно и другое, а также выводимые отсюда правила — общие регулярности происходящего и общезначимые нормы — представляются совпадающими. Плоды познания человеческого разума считаются идентичными «природе вещей» (или «логике вещей», как это сегодня называют); юридические или этические нормы, полученные в результате логической обработки понятий, относятся, как и законы природы, к тем всеобщим обязательным правилам, которые «сам Бог не может изменить» и против которых не должен пытаться выступить правовой порядок. Природе вещей и принципу легитимности приобретенных прав соответствует, например, существование только таких денег, которые приобрели денежную функцию в ходе свободного товарообмена, т.е. только металлических денег. Поэтому, как утверждали фанатики еще в XIX в., естественно-правовой долг правового порядка заключается в том, чтобы дать разрушить государство, но не осквернить легитимное состояние права нелегитимностью «искусственно» созданных бумажных денег, ибо нарушение легитимного права отрицает само понятие государства.

Смягчение этого формализма происходило разными путями. Прежде всего, чтобы войти хотя бы в какие-то отношения с существующим порядком, следовало признать основания приобретения прав, не выводимые из свободы договоров. В первую очередь приобретение в силу *наследственного права*. Поскольку разнообразные попытки дать наследственному праву естественно-правовое обоснование носят не формально-правовой, а философско-правовой характер, мы оставляем их в стороне. Почти всегда в рассмотрение в конечном счете вторгаются материальные мотивы, еще чаще — в высшей степени искусственные конструкции. Другие многочисленные институты действующего права можно легитимировать практически только на утилитарном, а не на формальном основании. В ходе такого «обосновывания» естественно-правовой разум соскользнул на путь утилитаристского рассмотрения, что выразилось в сдвиге смысла понятия «разумное». В чисто формальном естественном праве разумное — это то, что выводится из вечных порядков природы и логики, причем последние пронизывают друг друга. Однако именно английское слово *reasonable* с самого начала содержало в себе и значение «рациональный» в смысле «практически полезный». Из этого легко можно было сделать следующий вывод: то, что ведет к абсурдным последствиям, не может быть правом, угодным природе и разуму, а это означало открытое внесение в понятие «разум» материальных предпосылок, которые, впрочем, присутствовали в нем всегда, хотя и латентно. Фактически именно благодаря этому понятийному сдвигу Верховный суд Соединенных Штатов научился теперь избегать связанности *формальным* естественным правом и получил возможность

признать, например, действительность определенной части социального законодательства.

В принципе же формальное естественное право превращалось в *материальное*, когда легитимность приобретенных прав обеспечивалась уже не формально-юридическими, а материально-экономическими признаками способа приобретения. В «Системе приобретенных прав» Лассалья уже была сделана попытка решить проблему с позиций естественного права формальными средствами, используя учение Гегеля о развитии. Предполагалась неприкосновенность формально легитимных прав, полученных на основании позитивных установлений, однако при обсуждении проблемы так называемой обратной силы закона и связанного с ней вопроса о возмещении государством убытков в случае отмены привилегий Лассаль натолкнулся на естественно-правовые границы этого правового позитивизма. Не интересующее нас здесь решение этого вопроса имеет целиком формальный и естественно-правовой характер.

Решающий перелом в пользу материального естественного права связан в основном с социалистическими теориями о том, что легитимным может быть только приобретение в результате собственного труда. Этим отвергается не только безвозмездное приобретение в силу наследственных прав или гарантированной монополии, но и формальный принцип свободы договоров и безусловной легитимности всех приобретенных по договору прав вообще, ибо любое присвоение вещественных благ должно быть материально проверено на предмет того, основано ли оно на труде как источнике приобретения.

Разумеется, формально-рационалистическое естественное право свободы договоров было также сильно классово обусловлено, как и материальное естественное право исключительной легитимности трудового вклада. Свобода договоров и все положения о легитимности собственности, полученной на их основе, представляли собой естественное право занятых на рынке лиц, стремящихся к окончательному присвоению средств производства. И наоборот, догма о специфической невозможности присвоения земли, поскольку-де ее никто не создал своим трудом, наоборот, представляет собой выражение протеста пролетаризированных крестьян против закрытия земельных общностей, ибо сокращение источников питания отдаст тех, кто трудится на земле, под гнет земельных монополистов. Этот лозунг должен приобрести особый пафос и там, где главным фактором дохода от сельскохозяйственного производства являются естественные характеристики почв и освоение земель, по крайней мере внутри общности, еще не завершено, а также там, где в сельском хозяйстве отсутствует рациональное крупное предприятие как форма организации труда, а рента землевладельцев либо представляет собой чистую плату за аренду, либо образуется путем использования крестьянских техник и инвентаря, как это часто происходит в черноземных областях. Однако в

позитивном смысле это естественное право мелкого крестьянства весьма многозначно, ибо включает 1) право на земельный надел, соответствующий полному использованию собственной рабочей силы (по-русски: *trudovaja norma*), 2) право на земельное владение, достаточное для удовлетворения традиционных потребностей (по-русски: *potrebitelnaja norma*), т.е., в обычной терминологии, либо «право на труд», либо «право на прожиточный минимум», и — связанное как с первым, так и со вторым — 3) право на полный трудовой доход. По всей вероятности и насколько об этом можно судить теперь, последняя естественно-правовая аграрная революция, которую видел мир, — русская последнего десятилетия⁵⁴, — в идеальном смысле обескровила сама себя из-за невыносимых противоречий между первыми двумя естественно-правовыми нормами, и между ними и самыми разными крестьянскими программами, которые были мотивированы историческими, реально-политическими, практико-экономическими соображениями или, наконец, марксистской эволюционистской перспективой, впавшей в безнадежную путаницу по причине противоречий с собственными базовыми догмами. Троица «социалистических» индивидуальных прав, как известно, сыграла свою роль и в идейном мире ремесленного пролетариата. Первые два из них теоретически осмысленны и возможны в условиях существования рабочего класса как при ремесленном, так и при капиталистическом производстве, третье, напротив, возможно только при ремесленном производстве, а при капиталистическом — нет, или все же да, но только если предполагается (и считается возможным) неизменно придерживаться при любом обмене традиционной строго определенной цены. И точно так же в сельском хозяйстве при свободном от капитала производстве, ибо капиталистическое разделение труда переносит начисление дохода от сельского хозяйства из мест прямого сельскохозяйственного производства в мастерские, где создаются сельскохозяйственные орудия, искусственные минеральные удобрения и т.п. В сфере ремесел происходит то же самое. Там же, где доход определяется реализацией продукта на рынке в условиях свободной конкуренции, содержание права индивида неизбежно утрачивает смысл уже не существующего более индивидуального трудового дохода и может иметь смысл только как коллективное требование тех, кто находится в одинаковом классовом положении. На практике это превращается в требование *living wage*, что является своего рода игровой формой «права на прожиточный минимум, обеспечивающий *обычные* потребности», наподобие требуемой церковной этикой в Средневековье *justum pretium*, которая в сомнительных случаях подвергалась проверке, иногда путем практического эксперимента: сможет ли данный ремесленник при данной цене обеспечить себе соответствующее сословию содержание.

⁵⁴ Русская революция 1905—1907 гг.

Justum pretium — важнейший естественно-правовой элемент канонического хозяйственного права — в общем, постигла та же судьба. Можно проследить, как по мере роста в общине рыночных отношений в канонической литературе, обсуждавшей принципы определения справедливой цены, происходил постепенный переход в понимании цены труда от понятия «пропитание» как принципа ее расчета к конкурентной цене как *естественной* цене. Уже у Антонина Флорентийского последняя получила решающий перевес, а у пуритан абсолютно доминирует. Под отвергнутой теперь *неестественной* ценой понимается такая, которая не основана на свободной, т.е. не испорченной монополией или другим произвольным человеческим вмешательством, рыночной конкуренции. Этот принцип действует во всем подвергшемся пуританскому влиянию англосаксонском мире и ныне. Он оказался там в силу своего естественно-правового достоинства гораздо более важной опорой идеалов свободной конкуренции, чем на континенте — чисто утилитаристские экономические теории бастиатского толка⁵⁵.

Все естественно-правовые догмы оказали более или менее значительное воздействие как на правовое творчество, так и на правоприменение. Некоторые из этих догм надолго пережили экономические условия своего возникновения и стали самостоятельным компонентом правового развития. С формальной точки зрения они способствовали стремлению к логически абстрактному праву, власти логики вообще в правовом мышлении. С материальной точки зрения их влияние было не везде одинаково сильным, но повсюду значимым. Здесь не место проследивать в деталях это влияние, так же как превращения и компромиссы разных естественно-правовых аксиом. Не только революционные, но и дореволюционные кодификации современного рационального государства находились под влиянием естественно-правовых догм и в конечном счете выводили специфическую легитимность создаваемого ими права в значительной мере из его разумности. Мы уже видели, как легко под воздействием именно этого понятия могло происходить и происходило превращение этически и юридически формального в утилитарно и технически материальное. Это превращение, конечно, особенно легко давалось (по причинам, о которых мы уже говорили) дореволюционным патриархальным властям, тогда как революционные кодексы, сложившиеся под влиянием буржуазных классов, наоборот, всячески продвигали и подчеркивали формальные естественно-правовые гарантии прав индивидов по отношению к господствующей власти. Рост идей социализма означал в первую очередь усиление господства материальных естественно-правовых догм в сознании масс и еще больше — в головах их теоретиков, принадлежащих к интеллектуальному слою. Однако прямого воздействия на судебную практику эти материаль-

⁵⁵ Имеется в виду концепция Фр. Бастиа (см. библиографический указатель).

ные естественно-правовые догмы не смогли оказать хотя бы потому, что, прежде чем они оказались к этому способны, их разрушил чрезвычайно быстро развившийся позитивистский и релятивистско-эволюционистский скепсис тех же самых интеллектуальных слоев. Под влиянием этого анти-метафизического радикализма эсхатологические ожидания масс стали искать оснований в пророчествах, а не в постулатах. Таким образом, в сфере революционных правовых теорий естественно-правовое учение было разрушено эволюционной догматикой марксизма, а в официальной науке — как контовскими схемами развития, так и «органической» теоремой развития историзма. К тому же вело и влияние «реальполитик», проникавшей в публичное право под давлением политических властей.

Метод теоретиков публичного права состоял в прошлом и состоит теперь, как правило, в следующем: из юридической конструкции, с которой они сражаются, выводятся кажущиеся абсурдными практические и политические последствия, в результате чего она считается уничтоженной. Этот метод прямо противостоит методу формального естественного права и в нем нет ничего от материального естественного права. В остальном континентальная юриспруденция вплоть до недавнего прошлого работала с никем, в сущности, не оспоренной аксиомой о логической замкнутости позитивного права. Открыто она была провозглашена сначала Бентамом в борьбе против преюдициальной механики и иррационализма *common law* и поддержана, хотя и не прямо, направлениями, отрицавшими всякое сверхпозитивное право, особенно естественное право, т.е., следовательно, и исторической школой. Но полностью уничтожить воздействие на судебную практику не идентифицирующих себя как таковые естественно-правовых аксиом, конечно, трудно. Естественно-правовая аксиоматика ныне потеряла доверие, и причиной тому не только непримиримая вражда формальных и материальных естественно-правовых аксиом, и не только распространенность различных форм учения о развитии, но также нарастающий распад и релятивизация любых метаюридических аксиом, порожденных частично самим правовым рационализмом, частично скептицизмом современного интеллектуализма вообще. В любом случае свою роль фундамента права данная аксиоматика утратила. Для этой роли — по сравнению с твердой верой в позитивную религиозную явленность некой нормы или с неразрывной святостью древней традиции — даже самая убедительнейшая из добытых путем абстракции норм оказывается слишком subtilной. Правовой позитивизм поэтому находится пока что в непрерывном наступлении. Разложение старых естественно-правовых представлений в принципе свело на нет возможность придать праву как таковому в силу его имманентной природы некое надэмпирическое достоинство. Эти представления сегодня в большинстве своем слишком уязвимы, и многие из относящихся к ним принципиально важных определений разоблачены как продукт и техническое орудие примирения интересов. Однако имен-

но отмирание их метаюридической закреплённости привело к двоякого рода идеологическому результату: с одной стороны, оно, конечно, породило скепсис относительно достоинства отдельных положений какого-то правового порядка, с другой же — именно в силу этого исключительно способствовало подчинению *в целом* властям, до сих пор оцениваемым чисто утилитаристски, но ведущим себя как легитимные. И это имело место прежде всего в кругу самих правовых практиков. Профессиональная обязанность защиты существующего права, кажется, позволяет зачислить правовых практиков в ряды консервативных сил. Это во многих отношениях справедливо, но в двояком смысле: правовой практик должен одинаково хладнокровно противостоять нападению на материальные постулаты как снизу, во имя «социальных» идеалов, так и сверху, во имя патриархальных властных или общегосударственных интересов политических инстанций. Однако все это не без оговорок. Адвокатам — в силу их прямой связи с клиентами и позиции зарабатывающих, не обладающих устойчивым социальным статусом частных лиц, — особенно близка роль представителей непривилегированных слоев и защитников формального правового равенства. Поэтому адвокаты и юристы вообще сыграли выдающуюся роль уже в пополанском движении итальянских коммун⁵⁶, затем во всех буржуазных революциях Нового времени и, уж конечно, в социалистических партиях, а в чисто демократических политических союзах (Франция, Италия, Соединенные Штаты) они как единственные профессионально разбирающиеся в правовых возможностях специалисты, как элита и доверенные лица клиентуры суть самые подходящие кандидаты на политическую карьеру. Но и судьи при определенных обстоятельствах по идеологическим соображениям, из сословной солидарности, иногда и по материальным причинам формировали сильную оппозицию патриархальной власти. Четкая и устойчивая определенность всех внешних прав и обязанностей являлась для них ценностью, которая сама по себе заслуживала внимания и поддержки, и это специфически буржуазное основание их мышления обуславливало соответствующую позицию в политической борьбе, которая велась ради ограничения патриархального произвола. Упор при этом делался либо на *порядок* как таковой, либо на гарантии и безопасность, предоставляемые социальным порядком индивиду, т.е. на *свободу* (на право как регламент или как источник субъективных прав, если согласиться с категоризацией Радбруха). В зависимости от этого выбора позже, когда устойчивость социального порядка была уже достигнута, юридическое сословие становилось на сторону либо авторитарных, либо антиавторитарных сил. Однако не только это противоречие, но и в первую очередь старая альтернатива формального и материального правовых идеалов и экономически обусловленное усиление последних как сверху, так и снизу приводили к ослаблению

⁵⁶ См. глоссарий (*Пополаны*).

оппозиционных настроений юристов. При помощи каких технических средств патриархальным властям удалось обезвредить сопротивление внутри судейства, мы выясним позже. Среди общих идеологических причин изменения позиции юристов значимую роль сыграл распад естественно-правовой веры. В той мере, в какой юридическое сословие сегодня вообще демонстрирует характерное идеологическое отношение к общественным силам, его вес в идеологии — в отличие от юристов времен английской и французской революций, эпохи Просвещения и даже патримониально-княжеских деспотий, парламентов и территориальных корпораций, вплоть до прусского «Парламента окружных судей» 60-х годов XIX в., — в гораздо большей степени падает на чашу «порядка», что практически означает поддержку актуальной господствующей «легитимной» авторитарной политической власти.

§ 8. Формальные качества современного права

Правовые партикулярии в современном праве с. 207. — Антиформальные тенденции в современном правовом развитии с. 210. — Сегодняшнее англосаксонское право с. 215. — Непрофессиональная юстиция и сословные тенденции в современной юридической профессии с. 218

Основополагающие формальные характеристики специфически современного западного правосудия, возникшего на основе этих рациональных систематических актов создания права, именно по причине новейшего развития не могут быть оценены однозначно.

Исчезли старые принципы, которые были «ответственными» за слияние субъективного и объективного права и состояли в том, что право есть *значимое* свойство членов союза, монополизированное ими. Следовательно, исчезли род или сословие как правовые личности, а с ними и партикулярность права, узурпированная или легализованная благодаря товарищескому объединению или полученной привилегии, вместе с этим исчезли также сословные и другие особые судебные процедуры и учреждения. Но только ни особые и персональные права, ни особые юрисдикции этим не были устранены. Наоборот, именно правовое развитие последнего времени продемонстрировало возрастающую партикуляризацию права. Только принцип разграничения сфер значимости характерным образом изменился. Типичным примером современной партикуляризации права является один из важнейших ее продуктов — торговое право. Этим специальным правом регулируются, например, согласно немецкому торговому законодательству, с одной стороны, определенные виды контрактов, важнейший из которых — приобретение с целью дальнейшей реализации для извлечения прибыли — целиком в духе рационализованного права определяется не его формальными качествами, а указанием на его подразумеваемый целерациональный смысл, а именно на прибыль, которая будет получена

путем иной, будущей сделки. С другой стороны, этим правом регулируются отношения определенных типов юридических лиц, отличительной чертой которых является то, что все заключаемые ими контракты заключаются «в интересах бизнеса». Поэтому решающей для выделения сферы действия этого права становится не формула контракта, а, по сути, понятие «предприятие». Предприятие, которое возникает из таких контрактов как конститутивных составляющих, есть торговое предприятие, и все, по существу (т.е., повторим, по их подразумеваемому смыслу), относящиеся конкретно к нему контракты (все равно какого характера) являются, как далее определяет закон, торговыми сделками. Более того, такие конституирующие торговое предприятие сделки подпадают под действие специального права даже тогда, когда они носят характер случайных, заключенных людьми, не имеющими отношения к торговой профессии. Определяющими для отграничения сферы действия права также являются, с одной стороны, содержательный характер (прежде всего целерациональный смысл) отдельных сделок и, с другой стороны, содержательная (целерационально осмысленная) принадлежность к целерациональному союзу — предприятию, а не к сословию, конституированному в правовом смысле путем свободного объединения или привилегий, как это обычно бывало в прошлом. Торговое право, поскольку его применение лично ориентировано, представляет собой классовое, а не сословное право. Это отличие от прошлого, разумеется, очень относительно. Для права именно торговли и других чисто экономических сфер принцип отграничения с давних пор имел хотя и проявляющийся внешне в разных формах, но внутренне единый чисто содержательный характер. Только раньше наряду с профессиональными имелись качественно и количественно гораздо более важные сословные правовые партикулярии. И выделение сферы действия партикулярных профессиональных прав (если они не предполагали приема в объединение) также происходило в основном чисто формально, путем приобретения лицензии или привилегии. В новом Немецком торговом кодексе, определяющем торговца как лицо, занесенное в торговый реестр, отграничение сферы действия проведено также по формальному признаку, ну а кроме того, по экономическому смыслу сделок. Особые права других профессиональных классов также преимущественно определяются по содержательным признакам и только при определенных обстоятельствах еще и формально отграничиваются. Современным партикулярным правам соответствуют многочисленные партикулярные суды и партикулярные особые процедуры.

Причины возникновения этих партикулярных прав сводятся к двум основным. Прежде всего, это результат дифференциации профессий и роста внимания к товарному обороту и промышленному производству благ, чего добивались сами работавшие в этой сфере, чтобы получить инструмент профессионального компетентного решения своих правовых проблем. Помимо этого как раз в Новое время все более важную роль стала играть

еще одна причина партикуляризации: стремление избежать формальностей обычной правовой процедуры путем создания приспособленного к конкретным случаям и быстрого правосудия. Практически это означает ослабление правового формализма в пользу материальных интересов. В той степени, в какой данное явление имеет место, оно становится в обширный ряд других подобных современных процессов.

Общее развитие права и правового процесса, если поделить его теоретически на ступени развития, ведет от харизматического откровения права из уст *правовых пророков* к эмпирическому созданию и применению права, характерному для *правовой элиты* (каутелярное и преюдициальное правотворчество), далее — к октроированию права, которое осуществляют светский империй и теократические власти, и, наконец, к систематическому правоустановлению и профессиональному, основанному на литературном и формально-логическом обучении правосудию, которое практикуется *образованными правоведами* (профессиональными юристами). Формальные качества права развиваются при этом от характерной для примитивного правового процесса комбинации формализма, обусловленного магией, с иррациональностью, порожденной откровением, через обходные пути теократической или патримониальной практической и неформальной целерациональности ко все более профессионально юридической, а следовательно, логической рациональности и систематике и при этом — сначала в чисто внешнем аспекте — к возрастающей логической тонкости и дедуктивной силе права и все более рациональной технике процесса. То, что теоретически сконструированные здесь ступени рациональности в реальной истории не обязательно следовали друг за другом именно в такой последовательности, и то, что повсюду, в том числе и на Западе, они присутствовали, да и присутствуют одновременно, так же как и то, что способы и ступени рационализации права, как это показал уже наш короткий очерк, исторически могут формироваться по-разному, — все это можно проигнорировать, когда речь идет об установлении общих закономерностей. Но при этом надо помнить, что особенности развития всегда обуславливались 1) различиями в политических отношениях власти (по политическим причинам, которые будут разобраны позднее, империй по-разному проявлял себя в отношениях с родоплеменной, общинной или сословной властью), 2) отношениями теократической и профанной власти, 3) характером правовой элиты, которая держит в своих руках формирование права и по своей структуре сильно зависит от политических констелляций. Только на Западе существовали полностью развитые товарищеская юстиция и сословно стереотипизированные формы патримониализма, только там выросло рациональное хозяйство, представители которого сначала для свержения сословных властей объединились с княжескими силами, а затем повернули революционное оружие против последних. Только Запад поэтому знал естественное право, только он целиком провел деперсонализацию права

и полностью отказался от тезиса о приоритете решения общины по отношению к праву страны, только он, наконец, увидел рождение такой своеобразной структуры, как римское право, и пережил процесс его рецепции. Все это в основном были процессы, обусловленные конкретными политическими причинами, и в остальном мире им можно найти только очень отдаленные аналоги. Профессиональное юридическое образование в полной мере было обеспечено, как мы видели, только на Западе. Экономические обстоятельства при этом всегда играли важную роль, но — как покажет исследование политического господства⁵⁷ — никогда не были единственным решающим фактором. Степень, в какой они участвовали в формировании характера современного западного права, определялась спецификой интереса рыночных агентов, а для последних систематизация и рационализация права важны были лишь постольку, поскольку — в целом и с учетом оговорок, которые мы сформулируем позже, — они обеспечивали регулярность и предсказуемость функционирования правосудия, что является одной из важнейших предпосылок существования долговременных экономических предприятий, особенно капиталистических, которым требуются юридические гарантии товарообмена. Особые формы сделок и особые процедуры, такие как вексель и вексельный процесс, служили этим потребностям в силу чисто формальной однозначности правовых гарантий. Вместе с тем современное (как в определенной мере и античное римское) правовое развитие содержало тенденции, ведущие к разрушению правового формализма. На первый взгляд ослабление формально обязательных правил доказывания в пользу *свободной оценки доказательств* имеет чисто технический характер. Мы видели, что подрыв древней, изначально чисто магической формальной обязательности норм доказывания стал результатом отчасти теократического, отчасти патримониального рационализма, который был ориентирован на поиск материальной истины, т.е. представлял собой продукт материальной рационализации. Однако и сегодня объем и границы свободной оценки доказательств определяются в первую очередь «деловыми интересами», т.е. экономическими моментами. Ясно, что по причине свободной оценки доказательств все более сужается некогда очень важная область формального юридического мышления. Нас, однако, больше интересуют соответствующие тенденции в области материального права. Часть их лежит в области внутреннего развития правового мышления, чье логическое совершенствование повсюду приводило к тому, что место ориентации на внешние формальные смыслообразующие признаки все больше занимала *интерпретация* смысла как самих правовых норм, так и прежде всего правовых сделок. Смысловая интерпретация в общеправовой доктрине предполагала придание значимости действительной воле сторон и потому вносила в правовой формализм индивидуализирующий и (относи-

⁵⁷ См. т. IV настоящего издания.

тельно) материальный момент. Более того, она стремится теперь — подобно известной нам систематизации религиозной этики⁵⁸ — конструировать отношения сторон в зависимости от внутреннего ядра их поведения, т.е. от их добронамеренности (*bona fides* или *dolus*), и в результате обуславливает правовые последствия неформальными обстоятельствами. Значительная часть торгового оборота всегда, как в примитивных, так и в технически дифференцированных условиях, возможна только на основе высокого личного доверия и материальной лояльности партнеров. Рост товарного оборота порождает в правовой практике потребность в выработке гарантий такого поведения, по самой своей природе не поддающегося формальному описанию. Поэтому рационализация в духе этики убеждения, предпринимаемая правовой практикой, идет на пользу могущественным интересам. Но и помимо ситуаций обмена товарами рационализация права повсюду вместо оценки по внешним критериям выдвигает на первый план внутреннюю убежденность как нечто единственно значимое. В уголовном праве она заменяет месть, для которой важен прежде всего «механический» результат, на рациональную (в этическом или утилитарном смысле) цель наказания, внося тем самым в правовую практику все более неформальные моменты. Это имеет далеко идущие последствия. Если принимать во внимание убеждения, особенно в частноправовой области, придется согласиться и с необходимостью их оценивания судьей. «Честность» и «добросовестность», «добрые нравы» в делах — т.е. в конечном счете сугубо этические категории — становятся критерием определения того, что стороны имеют право «хотеть». И всякий раз, когда юстиция принимает в расчет «нравы», она фактически признает в качестве правового критерия некие усредненные представления или ожидания самих участников сделки, т.е. некий признак содержательно-делового и, по существу, фактического характера.

Мы видели, таким образом, что чисто профессиональная юридическая логика, которая конструирует жизненные ситуации из абстрактных правовых положений, опираясь при этом на максимум, согласно которой то, чего юрист не может помыслить при помощи выработанных в научной работе принципов, в правовом смысле не существует, — эта логика неизбежно должна иметь своим последствием глубочайшее разочарование ожиданий заинтересованных в правовой помощи частных лиц. Эти ожидания ориентированы на экономический или почти утилитарно-практический *смысл* правовых положений, а он-то с точки зрения правовой логики иррационален. Ни один непосвященный не поймет, что при старом определении понятия «воровство» не может быть воровства электричества. К такого рода непониманиям ведет ни в коем случае не специфическая глупость современной юриспруденции, а глубокое расхождение между *логической* самостоятельностью любого вообще формального правового мышления

⁵⁸ См. т. II, гл. 4, § 11 настоящего издания.

и направленными на *экономический* результат и основанными на экономических ожиданиях договорами и вообще релевантными в правовом отношении действиями частных лиц. Сегодня вновь и вновь возникает протест заинтересованных в праве лиц против профессионального юридического мышления как такового. Протест этот находит поддержку и в том, что думают сами юристы о своем собственном занятии. Но без полного отказа от имманентно присущего ему формального характера право юристов никогда не сможет полностью удовлетворить упомянутые выше ожидания; это касается ныне столь часто восхваляемого у нас именно в этом отношении английского права в той же мере, что и древнеримского права юристов, и традиций современной континентальной правовой мысли. Поэтому даже попытки (вроде предпринятой Эрихом Юнгом) поставить на место преодоленного естественного права «нормальное право», которое примет во внимание способы решения споров, отвечающие усредненным ожиданиям участников, неизбежно упрутся в некие имманентные границы. Впрочем, эта мысль связана с некоторыми реалиями правовой жизни. Род деловой морали, ориентирующейся, по существу, на нечто «в среднем ожидаемое», фактически учитывался в римском праве позднего республиканского, а также императорского периодов. Это касалось в целом только узкого круга приемов, считавшихся грязными и мошенническими. Такое право могло фактически гарантировать лишь *этический минимум*. Тем более что кроме принципа *bona fides* действовал и принцип *caveat emptor*. Ныне, с пробуждением современных классовых проблем, возникают материальные требования к праву со стороны как самих заинтересованных лиц (а именно рабочих), так и идеологов, которые протестуют против универсальной значимости критериев, ориентированных на деловую мораль, и требуют социального права на основе патетически звучащих моральных постулатов («справедливость», «человеческое достоинство»). Но этим ставится под вопрос сам формальный характер права, поскольку применение понятий вроде «использование затруднительного положения» (в законе о ростовщичестве) или попытки из-за несообразности вознаграждения объявить некоторые контракты противоречащими морали, а потому ничтожными основаны, если подойти юридически, на антиформальных нормах, имеющих не правовой, не конвенциональный, не традиционный, а чисто этический характер и потому являющихся инструментами не формальной легальности, а материальной справедливости.

Параллельно этим воздействиям на право и правовую практику, обусловленным социальными требованиями демократии, с одной стороны, и монархической бюрократии государства благосостояния — с другой, формируются и внутренние идеологии правовых практиков. Положение обреченного на толкование параграфов и контрактов правового автомата, в который засовывают обстоятельства дела и деньги, чтобы он в ответ выплюнул приговор и основания для него, кажется многим современным

правовым практикам унижительным, а в связи с универсализацией современного формального законодательства воспринимается еще более болезненно. Они требуют для судей «творческой» правовой работы, по крайней мере там, где не работает закон. Сторонники «свободного права» стараются показать, что такая неработоспособность — в принципе судьба всех законов, ибо они сталкиваются с иррациональностью фактов, и поэтому во многих случаях интерпретация норм — это видимость, а решение на самом деле принимается и должно приниматься не по формальным нормам, а по конкретным ценностным соображениям. Известная и часто переоцениваемая по ее практической значимости первая статья швейцарского Гражданского кодекса, согласно которой в случае, если закон не дает однозначной рекомендации, судья должен принимать решение по правилу, которое он сам, будь он законодателем, включил бы в закон, формально, конечно, соответствует известным кантовским формулировкам⁵⁹. По существу же, судебная практика, строящаяся согласно такому идеалу, ввиду неизбежности ценностных компромиссов очень часто отрывалась бы от необходимости учитывать абстрактные нормы и, по крайней мере в спорных случаях, неизбежно допускала бы исключительно конкретные оценки, т.е. практиковала бы не просто неформальное, но еще и иррациональное правоприменение. Наряду с учением о неизбежной неполноте права и протестом против фикции его систематической замкнутости, также фактически встречается еще одно далеко идущее утверждение: правосудие — вообще и принципиально — не представляет собой (или не должно представлять) применение общих норм к конкретным обстоятельствам дела, так же как языковое выражение не представляет собой «применение» правил грамматики, — наоборот, правовое суждение есть вторичный продукт, добытый путем абстракции из конкретных решений, которые как продукты юридической деятельности и есть подлинное место жизни действующего права. В то же время на другой стороне противопоставление немногочисленных правовых коллизий, ведущих к противоречивым судебным решениям, гигантскому количеству правил, успешно определяющих фактическое поведение, используется для «деклассирования» правовых норм, которым противопоставляются правила, «фактически действенные» в несистематизированной повседневности, и отсюда выводится постулат «социологического» фундирования юриспруденции. Из исторического факта, состоящего в том, что право на протяжении долгих эпох было и остается продуктом все более заинтересованных в юридическом совете практиков и все более профессионально образованных судей, т.е., иными словами, в том, что обычное право на самом деле было и есть право юристов, вместе с другим столь же неоспоримым фактом, состоящим в том, что даже сейчас, после

⁵⁹ Имеется в виду так называемый категорический императив: «поступай так, чтобы максима твоей воли могла бы быть всеобщим законом».

вступления в силу Гражданского кодекса, судебная практика, в частности Имперский суд, время от времени формулирует новые правовые принципы *praeter legem* и даже *contra legem*, — из всего этого иногда делается вывод о превосходстве преюдиций над рациональным установлением объективных норм и о превосходстве способа конкретного целерационального разрешения конфликта интересов над способом создания и признания норм вообще. Современное учение об источниках права разрушило как созданное историзмом полумифологическое понятие «обычное право», так и равным образом историческое понятие «воля законодателя», которое должно быть результатом изучения способа порождения законов (с опорой на протоколы комиссий и другие подобные источники): юрист должен иметь дело с законом, а не с законодателем. Изолированный таким образом закон передается юристам — иногда практикам, а иногда ученым (таков часто мотив современных законодательств) — для целей обработки и применения. В итоге роль законодательной фиксации некоей правовой заповеди порой сводится просто к проявлению симптома действительности правового положения или пожеланию (проблематичному до тех пор, пока не высказана позиция правовых практиков) его действительности. Эта склонность к преюдициальному праву, прямо соприкасающемуся с правовой жизнью (точнее, с жизнью правовых *практиков*), идущая в ущерб праву законов, опять-таки есть выступление против принципа, согласно которому преюдиции, побуждающие к свободному выбору между всегда и неизбежно конкретными возможностями оценки не должны быть обязывающими вне пределов отдельного случая.

По контрасту с этими прорывами ценностного иррационализма происходят попытки восстановления объективной меры ценностей. Чем сильнее давление представлений о том, что правовые порядки — не более чем техника, тем решительнее такое деклассирование порядков отвергают сами юристы. Когда чисто техническое предписание (вроде того, что, скажем, при переходе определенной границы потребления какого-либо товара нужно сделать дополнительный взнос) ставится на одну доску с положениями, регулирующими брак, или отцовскую власть, или даже содержание права собственности, именно у правовых практиков возникает упорное сопротивление и смутная тоска о сверхпозитивном праве, лежащем по ту сторону позитивного, т.е. изменчивого и в широком смысле слова технического, права. Это происходит даже несмотря на то что старое естественное право кажется дискредитированным исторической и позитивно-правовой критикой. В качестве замены предлагаются либо связанное с религией естественное право (католических) догматиков, либо попытки вывести объективные мерки путем дедукции из сущности права. Здесь два направления: априористское неокантианское — и эмпирическое, связанное с Контом. В первом случае это попытки использовать «правильное право» как законный порядок «общества свободных людей» в качестве основания рацио-

нального правотворчества или в качестве критерия правоприменения для случаев, когда закон заставляет судью обращаться к неформальным признакам; пока что это, в сущности, надежды, не обещающие сбыться. Во втором случае — стремление использовать усредненные ожидания практически действующих лиц относительно обязанностей друг друга в качестве суверенных (даже по отношению к закону) базовых норм решения, призванных заместить смутные понятия о справедливости и других подобных вещах. Более детальное рассмотрение и критика этих движений, приводящих, как об этом говорит уже краткое упоминание, к взаимоисключающим результатам, не входят в наши планы. Эти тенденции проявляют себя в международном масштабе, сильнее всего — в Германии и Франции. Единоы они в основном лишь в отрицании традиционного и до недавних пор господствовавшего *petitio principii* понятийной «беспробельности» права. В остальном они борются против разных противников: во Франции — против школы интерпретаторов *Code Civil*, в Германии — против методики пандектистов. В зависимости от того, чьими трудами продвигается та или иная доктрина, результаты идут на пользу либо науке, т.е. теоретикам права, либо юристам-практикам. По причине постоянного прироста формулируемых законов, особенно кодификаций, академические юристы чувствуют себя сильно ущемленными в своей значимости и свободе научного мышления, поэтому резкое усиление как антилогического, так и антиисторического движения в Германии, где правоведы опасаются разделить судьбу французской правовой науки после *Code* или прусской после «Общего земского права», легко объяснимо и является продуктом исторической констелляции интересов внутри интеллектуального слоя. Вместе с тем все, в том числе и в первую очередь именно иррационалистические, отклонения от выработанной общеправовой наукой чисто логической систематики представляют собой опять-таки последствия перехлестывающей через край рационализации и не имеющей предпосылок суверенизации правового мышления. Самим этим отклонениям свойствен рационалистический характер, и как форма бегства в иррациональное они суть результат возрастающей рационализации правовой техники и явление, параллельное иррационализации религиозного. Но прежде всего — что нельзя не отметить — это обусловлено стремлением современных правовых практиков, сплывающих в профессиональные объединения, повысить ощущение собственной власти и сословного достоинства, что подтверждается в Германии, например, частой ссылкой на исключительное положение английских судей, не связанных рациональным правом.

Это различие между континентальным и англосаксонским правом порождено обстоятельствами, связанными с различием общих структур господства и вытекающим отсюда способом распределения социальной чести.

Частично об этом уже шла речь, но мы еще будем затрагивать данную проблему. И дело касается — даже если к этому примешаны экономические

факторы — преимущественно внутренних обстоятельств, определенных отношениями и условиями существования юридического сообщества, а также причин, заключающихся в специфике политического развития. При рассмотрении этих исторических констелляций обнаруживается тот факт, что современный капитализм добивается равных результатов и даже демонстрирует одинаковые экономические характеристики в условиях правовых порядков, которые не только имеют совершенно непохожие друг на друга с юридической точки зрения нормы и правовые институты (казалось бы, такое фундаментальное понятие, как «собственность», в континентальном понимании этого института до сих пор отсутствует в англосаксонском праве), но и глубочайшим образом, насколько это вообще возможно, расходятся в своих формальных структурных принципах. Во-первых, английское правовое мышление, несмотря на постоянные требования научного обучения, вплоть до сегодняшнего дня остается эмпирическим искусством, где преюдиции полностью сохранили свое прежнее значение, хотя и считается *unfair* ссылаться на слишком отдаленные преюдиции, скажем более чем столетней давности. Во-вторых, не исключительно, но, пожалуй, преимущественно в новых странах, а именно в Соединенных Штатах, в значительной степени сохранился истинно харизматический характер правоприменения, и преюдиции здесь имеют на практике весьма разный вес, но в зависимости не от уровня принимающей решение инстанции в общей иерархии, как в других местах, а скорее от личного авторитета судьи. По отношению к важным нововведениям в области правовых средств, подобным тем, что осуществил лорд Мэнсфилд, это справедливо во всем англосаксонском праве. На американский взгляд, приговор вообще представляет собой творческий продукт отдельного конкретного судьи и связан с его именем в противоположность безличному королевскому суду первой инстанции, что типично для континентально-европейской бюрократической атмосферы. Такая позиция характерна и для английских судей. В-третьих, поэтому степень рациональности в англосаксонском праве гораздо ниже, и сама она имеет иную форму, чем в европейском континентальном праве. Вплоть до последнего времени, во всяком случае до Остина, в Англии почти полностью отсутствовала юриспруденция, которая заслуживала бы по континентальным стандартам право называться наукой. Уже это делало кодификацию, которую требовал Бентам, почти невозможной. Именно данная черта в первую очередь обусловила практическую приспособляемость английского права, его практичность с точки зрения заинтересованных лиц. Правовое мышление дилетанта, с одной стороны, привязано к словам. Если он прибегает, как ему кажется, к юридическим аргументам, то становится настоящим буквоедом и крючкотвором. Естественно, что, будучи далеким от юридического абстрактного подхода специалистов, он идет от единичного к единичному. Искусство эмпирической юриспруденции, как мы видим, близко ему во всех отношениях. Оно может быть ему

совсем не симпатично (ни в одной стране мира нет такого количества жалоб и острых карикатур на юристов, как на адвокатов в Англии), и конструкционные формы каутеллярной юриспруденции могут быть ему совершенно непонятны (что также в высшей степени характерно для Англии), но их принципиальный тип ему ясен, он может их сопережить и с ними смириться, если однажды, раз и навсегда, заведет себе — как это делает каждый английский бизнесмен, — оплачиваемого юридического «духовника» на все случаи жизни. Он не питает в отношении права никаких надежд и ожиданий, которые могли бы быть разрушены по причине логического характера правовых конструкций. Но и для правового формализма здесь есть отдушина, ибо в частноправовой области как *common law*, так и *equity* уже из-за связанности преюдициями глубоко формалистичны в своей практической реализации. Этому способствует укорененность адвокатской работы в традиции. Границы рациональности ставит только институт гражданских жюри. Жюри как таковые не только обязательны, но и глубоко ценимы судьями именно по причине связанности последних преюдициями, ибо часто преюдиция заставляет формально подчиняться правилу (*bad law*) там, где судье хотелось бы иметь руки развязанными, чтобы вынести решение на основании конкретных ценностных соображений. Изложение способа, каким на практике осуществляется это разделение области преюдиций и области ценностных соображений, мы опускаем. Во всяком случае оно влечет ослабление рациональности правосудия. К этому в Англии добавляется весьма упрощенный, до сих пор крайне патриархальный и в высшей степени иррациональный способ решения любых мелких повседневных дел мировыми судьями, имеющий (как это следует из изложения Мендельсона) характер юстиции кади, совершенно отсутствующей у нас в Германии. Таков в общем и целом образ правосудия, имеющего принципиальные формальные характеристики материального права и процесса и отличающегося от структуры континентального права в такой степени, в какой это вообще возможно для свободной светской юстиции, не связанной теократическим догмами и патримониальной властью. В любом случае английское правоприменение не состоит, в отличие от континентального, в опоре на правовые положения, выведенные при помощи логики из предписаний законов. Эти различия имели чувствительные экономические и социальные последствия, но последствия не настолько глубокие, чтобы повлиять на целостную структуру хозяйства. Для развития капитализма они даже оказались благоприятными по двум причинам. Прежде всего, потому что правообразование в основном находилось в руках адвокатов, из среды которых рекрутировались судьи, т.е. в руках слоя, состоявшего на службе у имущих, в основном капиталистических элементов и материально прямо от них зависевшего, и далее, по причине концентрации правосудия в имперских судах в Лондоне и его крайней дороговизны, по существу, означавшей практически отказ в правосудии для неимущих. В любом случае

одинаковое, по сути, капиталистическое развитие не смогло сгладить эти крайне глубокие различия в характере права. Нет также никаких видимых свидетельств того, что структура права и правосудия в соответствии с потребностями капиталистической экономики изменится в направлении континентальной модели. Наоборот, там, где оба типа правосудия и правообразования имели возможность конкурировать друг с другом, как в Канаде, англосаксонский тип оказался преобладающим и относительно быстро вытеснил привычный нам континентально-европейский. Следовательно, в природе капитализма как такового не содержится решающего мотива, благоприятствующего именно той форме рационализации права, которая со времен романистического университетского образования Средних веков в специфической форме сохранилась на западе континента.

Напротив, современное социальное развитие демонстрирует, помимо ранее упомянутых политических и только что рассмотренных внутренних сословно-юридических, еще и всеобщие мотивы, ведущие к ослаблению формального правового рационализма. Прямо иррациональная юстиция кади сегодня широко распространяется в уголовном правосудии через «популярный» институт присяжных, который отвечает настроениям людей, не имеющих профессиональной юридической подготовки, чьи чувства должен оскорблять юридический формализм, применяемый к конкретному случаю, а кроме того, отвечает инстинкту непривилегированных классов, требующих социальной справедливости. Однако именно из-за своего родственного народному правосудию релятивного характера суд присяжных подвергается нападкам с двух сторон. Прежде всего, подчеркивается вовлеченность присяжных в сеть социальных интересов, в отличие от сосредоточенности на деле, соответствующей внутреннему габитусу профессионала. Еще в античном Риме список присяжных всегда становился предметом классовой борьбы; так и теперь в результате почти неизбежных конфликтов, обусловленных, естественно, политической борьбой, выбор присяжных из слоев элиты, пусть даже плебейского происхождения, отвергается рабочими как «классовая юстиция», а если на скамье присяжных оказываются рабочие, их присутствие оспаривается имущими классами. Впрочем, не только классы участвуют в этой борьбе. В Германии, где, разумеется, честь женщины, как бы то ни было, оценивается крайне низко, присяжные-мужчины почти ни разу не сумели признать мужчину виновным, например, в изнасиловании, по крайней мере ни разу в тех случаях, когда девушка казалась им «порочной». В то же время представители профессиональной юридической школы упрекают непрофессионалов в том, что крайне сомнительные с формально-юридической точки зрения решения выносятся без обоснования и без возможности их оспорить по существу, т.е. точно так же, как откровения иррациональных оракулов, и по этой причине, мол, при вынесении решения жюри должны ставиться под контроль профессионалов, т.е. следует формировать смешанные коллегии. Но, как

показывает опыт, в таких случаях дилетанты обычно подпадают под влияние юристов, и тогда их присутствие практически сводится к функции некоего общественного давления на решения профессионалов, подобно тому как в Швейцарии с этой целью пытались сделать публичными даже совещания судей. Со своей стороны, профессиональная юстиция также кивает на практику оценивания вменяемости профессиональными психиатрами, на которых таким образом перекалывается ответственность за решение в случаях особо тяжких уголовных преступлений. При этом психиатрам рационализм предписывает решить задачу, которую они не в состоянии решить естественно-научными методами. Все эти конфликты явно лишь очень опосредованно обусловлены техническим и экономическим развитием, способствующим росту интеллектуализма, в гораздо большей степени они суть следствие неизбежного противоречия между формальными и материальными принципами правосудия, конфликтующими друг с другом даже при одном и том же классовом положении сторон. Впрочем, нет уверенности, что сегодняшние негативно привилегированные классы, особенно рабочие, могут ожидать от неформального правосудия удовлетворения своих интересов, как то предполагает идеология юристов. Судейское сословие, где господствует бюрократизация и решающие посты планомерно заполняются работниками прокуратуры, а карьера зависит от отношений с политической властью, нельзя сравнивать со швейцарскими или английскими и тем более с американскими (федеральными) судьями. Если у этого сословия отнять веру в святость чисто объективного правового формализма и вместо этого заставить его членов *оценивать*, то результат, без сомнения, будет совсем не таким, как в упомянутых выше странах. Но эта тема не есть предмет наших рассуждений. Остается лишь исправить некоторые исторические ошибки.

Действительно творчески *осознанно*, т.е. как творцы нового права, вели себя по отношению к действующему праву только пророки. В остальном же, и это следует еще и еще раз подчеркнуть, именно тем юристам, которых *объективно* можно считать самыми «творческими», не только ныне, но и во все времена было свойственно *субъективно* ощущать себя выразителями — пусть иногда латентными — уже действующих норм, их интерпретаторами и «применителями», а не творцами. Если сейчас этой субъективной вере по общему признанию выдающихся юристов противопоставляются некие факты, объективно иллюстрирующие иное положение вещей, и делается попытка вывести на данной основе норму субъективного поведения, то это в любом случае — результат интеллектуалистской потери иллюзий. Прежнее положение английских юристов должно было со временем сильно пошатнуться в результате бюрократизации и введения правовых установлений. Но можно ли бюрократического судью в странах с кодифицированным правом возводить в правовые пророки только потому, что на него возложили корону «творца»? В этом нет уверенности. Во всяком слу-

чае юридическая точность работы, находящая выражение в обосновании решений, довольно сильно понизится, когда социологические и экономические или этические резоны займут место юридических понятий. Все движение в целом представляет собой типичный контрудар по господству специалистов и рационализму, который в конечном счете и есть истинный родитель.

Как бы то ни было, развитие формальных качеств права демонстрирует своеобразные противоречивые черты. Строго формалистичное и ясное, когда этого требует безопасность делового оборота, право в интересах деловой лояльности может становиться неформальным, если это обусловлено смысловой интерпретацией желания сторон или истолкованными с точки зрения этического минимума нормами честного бизнеса. Оно может быть вытеснено на антиформальный путь теми силами, которые ставят перед правовой практикой иную задачу, чем быть орудием мирной борьбы интересов. Это классовые интересы и идеологии, выдвигающие требования материальной справедливости, это также некоторые и сегодня действенные политические — как автократические, так и демократические — формы господства со свойственными им представлениями о целях права, это и выдвигаемые непрофессионалами требования создания понятной для них юстиции. И наконец, при некоторых обстоятельствах — идеологически обосновываемые властные претензии юридического сословия. Какой бы облик ни принимали право и правовая практика под воздействием всех этих требований, при любых обстоятельствах, вопреки желаниям непрофессиональных судей техническое и экономическое развитие неизбежно порождает *незнание* технического содержания постоянно растущего права со стороны непрофессионалов, а значит, профессионализацию права. Это ведет к превращению любого действующего права в рациональный и, соответственно, постоянно целерационально преобразуемый, избегающий любой содержательной святости технический аппарат. Это и есть его судьба, которая из-за усиливающегося по разным причинам влияния уже существующих правовых школ и направлений может быть осложнена, но не изменена в целом. Все коротко упомянутые современные, часто весьма ценные формулировки социологическо-правового или философско-правового плана могут только усилить это впечатление, независимо от того, представляют ли они теории о природе права или о положении судей и каково их содержание.

ПРИЛОЖЕНИЯ

Глоссарий

Аббасиды — династия персидских халифов, правившая с 750 г. вплоть до вторжения монголов и разрушения Багдада в 1258 г.

Агнатическое родство — в древнеримском праве вид родства, основанного не на крови, а на подчинении одному домохозяину, где родственниками (агнатами) считались лица, являющиеся членами одного и того же домохозяйства. См. также *Когнатическое наследственное право*.

Аккламация — выражение одобрения или неодобрения со стороны присутствующих в виде реплик, восклицаний, аплодисментов и т.п. как один из способов выражения общественного мнения, становящегося основой для упрощенного (без подсчета голосов) принятия политических решений.

Альменда — правовая форма общинной собственности, представляющей собой часть угодий общины или товарищества, не распределенную в качестве парцелл в пользу индивидуальных членов. См. *Марка*.

Аморай — комментаторы *Мишны* (см.), действовавшие со времени завершения ее канонизации в начале III в. примерно до начала VI в.

Амортизация, законы об амортизации (от франц. amortir — списать) — в раннем Средневековье переход движимого имущества светских владельцев и доходов от него в руки духовенства, т.е. церкви и церковных фондов. В процессе амортизации объекты списываются, выводятся из оборота и становятся собственностью *мертвой руки* (см.). В результате амортизации церковь обогатилась настолько, что император Карл V (правил с 1519 по 1556 г.) декретировал норму, согласно которой амортизация может происходить только с разрешения государства. Впоследствии во многих странах посредством особого законодательства амортизированное имущество в ходе секуляризации было «оживлено», т.е. возвращено в свободный оборот. Согласно французскому *Code civil* (см. словарь иноязычных слов и выражений) и большинству более поздних гражданских законодательств принятие церковью крупных пожертвований, *легатов* (см.) и наследств требует одобрения правительства.

Аргентарии (лат. argentarii) — менялы и банкиры в Древнем Риме, проводившие операции по приему денежных вкладов и выдаче ссуд, а также безличным расчетам между клиентами.

Ассизы — см. *Assisa* в словаре иноязычных слов и выражений.

Ахемениды — династия царей Древней Персии (558–330 гг. до н.э.).

Банн (бан) — юридический термин, означавший в средневековой Европе право князя либо сеньора на осуществление власти; он мог регламентироваться в зависимости от сфер деятельности (бурговый, судебный, лесной банн и проч.).

Барристер (от англ. bar — барьер) — одна из высших юридических специализаций в рамках *common law* (см. словарь иноязычных слов и выражений).

Барристеры работают в судах высшего уровня, вырабатывая стратегии защиты, непосредственно участвуя в судебных прениях и защищая клиентов. Из барристеров выходят судьи и правовые философы. Барристерами, в частности, являлись выдающиеся юристы *лорд Мэнсфилд*, *Джон Остин*, *Уильям Блэкстон* (см. биобиблиографический указатель) и др. Часто имя барристер рассматривается как почетный титул. Другой правовой специализацией является *солицитор* (см.).

Бодмеря (от голл. bodemerij) — договор займа под залог судна и груза. По германскому праву при «бодмерейном» займе кредитор принимает на себя всякого рода риск, которому подвергается заложенное имущество во время пути, так как должник не несет личной ответственности за долг, а уступив кредитору заложенное имущество, может освободиться от всякой дальнейшей ответственности. За этот риск кредитор получал усиленные проценты или премию, размер которой в средние века доходил до 33½ процента.

Борьба за инвеституру — конфликт между папским престолом и престолом Священной Римской империи в последней четверти XI в. — первой четверти XII в., самый значительный конфликт между католической церковью и светской властью в средневековой Европе. С формальной точки зрения борьба шла за право назначать епископов и аббатов, на деле же — за власть и финансовое могущество в империи. Почти полвека противостояния ослабили власть императоров *Салической династии* (см.) и значительно усилили власть великих князей и аббатов. Конфликт нанес удар по перспективе превращения Священной Римской империи в полноценное целостное государство, от которого она не смогла оправиться вплоть до объединения Германии в XIX в.

Бреоны (Brehons) — в древней Ирландии судьи и *возвещатели закона* (см.) в древнегерманском духе, они же — третейские судьи.

Верховный трибунал (нем. Obertribunal) — высший судебный орган в Пруссии, подчинявшийся непосредственно министерству юстиции. Создан в 1782 г., просуществовал до 1879 г., когда функцию высшей судебной инстанции принял на себя Имперский суд (Reichsgericht) в Лейпциге. Большинство судей Верховного трибунала стали членами Имперского суда.

Виндикация — см. *Vindicatio* в словаре иноязычных слов и выражений.

Возвещатель закона, возглашатель закона (нем. Gesetzesprecher, Rechtsprecher) — в древних шведских и северогерманских правовых союзах (т.е. в политических общностях, имеющих общую правовую конституцию) чиновник, который периодически во время *тинга* (см.), т.е. общего собрания товарищей, провозглашает изустно выработанные и составленные правовые решения. В случае, если они без возражений воспринимаются собранием, они становятся законами и записываются; из таких записей состоят древние судебники. Соответствующие должности существовали повсюду в Северной и Западной Европе, функции их носителей, а также их место в иерархии и способ получения должности (выборы или королевское назначение) не всегда совпадали, в некоторых союзах возвещатели закона вообще доносили и интерпретировали все важные для членов союза сообщения.

Вторая Латинская война — конфликт Римской республики с членами Латинского союза на территории древней Италии в 340–338 гг. до н.э. Конфликт закончился распадом Латинского союза и включением его территории в сферу влияния Рима с предоставлением членам союза части гражданских прав.

Вульгарное право — система правовых отношений, сложившаяся вследствие упадка юриспруденции в IV в. и сильного упрощения классического римского права, прежде всего в Западной Римской империи. См. *Leges Romanae, Leges Romanae barbarorum* в словаре иноязычных слов и выражений.

Гаоним (мн. ч. от гаон — евр. мудрец) — официальный титул глав иешив (академий) в городах Вавилонии Суре и Пумбедите. С конца VI и до середины XI в. гаоним считались у евреев высшим авторитетом в толковании Талмуда и применении его принципов при решении вопросов повседневной жизни.

Gau (нем. Gau) — область, край, округ.

Гогенштауфены, или *Штауфены* (нем. Hohenstaufen, или Staufen) — династия южногерманских королей и императоров Священной Римской империи (1138–1254), угасшая в мужском поколении в 1268 г., со смертью Конрадина.

Гражданский кодекс (нем. «Bürgerliches Gesetzbuch») — пришедшая на смену «*Общему земскому праву*» Пруссии (см.) и вступившая в силу с 1 января 1900 г. кодификация германского частного права, действовавшая в масштабах всего германского рейха на момент вступления в силу и продолжающая действовать и сегодня в масштабах всей ФРГ. Кодекс испытал множество изменений и дополнений, совершенствуясь и поныне.

Гуфа, хуфа (нем. Hufe, Hube) — земельный надел сначала свободного общинника, затем крепостного крестьянина в Германии в Средние века или же пахотная земля, входящая в надел.

Гуфное право — в некоторых областях северной Германии право землевладельца в случае смерти оброчного крестьянина либо арендатора требовать часть его хозяйства.

Двенадцать таблиц — см. *Законы двенадцати таблиц*.

Декалог (десятисловие) — десять заповедей, которые согласно Библии были возвещены Богом Моисею на горе Синай и начертаны на двух каменных скрижалях, которые Моисей принес с собой с горы, где оставался сорок дней и сорок ночей. Спустившись вниз, он обнаружил, что сыны Израиля изготовили золотого тельца, который изображал божество, вызволившее их из Египта. В гневе Моисей разбил скрижали. За этим последовало наказание и раскаяние некоторой части израильтян, после чего Моисей снова взошел на гору Синай и, проведя там еще сорок дней и сорок ночей, спустился с новыми скрижалями, которые были помещены в Ковчег Завета. Десять заповедей в вольном изложении: не заводи себе других богов, не создавай себе кумира, не произноси имя господина напрасно, соблюдай субботу, почитай своих родителей, не убивай, не прелюбодействуй, не кради, не лжесвидетельствуй, не желай жены и имущества другого. Перечни десяти заповедей в иудаизме и христианстве несколько различаются. См. Исх. 20: 3, 4, 7, 8, 12–17. См. также *Книга Завета*.

Декреталии (от лат. *decretum* — указ, постановление) — постановления римских пап (с конца IV в.) в форме посланий. В отличие от энциклик, декреталии оформлены как письмо конкретному адресату, ответ на вопрос, обращенный к папе по частному делу, разрешение которого может служить общим правилом.

Деликт (лат. *delictum* — проступок, правонарушение) — неправомерное поведение, частный или гражданско-правовой (*delictum privatum*) проступок, влекущий возмещение вреда и ущерба, взыскиваемое по частному праву в пользу потерпевших.

Дигесты — см. *Пандекты*.

Дидакалия (греч. *Διδακχλία τῶν ἀποστόλων*, лат. *Didascalia Apostolorum*, букв.: «Наставление (учение) апостолов») — «Наставление апостольское», один из наиболее ранних (первая половина III в.) памятников христианского права (*corpus juris canonici*), традиционно приписываемый святым апостолам. Представляет собой собрание нравственных предписаний и правовых норм, касающихся различных сторон жизни.

Динг — см. *Тинг*.

Друиды (галльск. *druidae*, древнеирл. *druí*, мн.ч. *druid*) — жрецы у древних кельтских народов, организованные в виде замкнутого, но не наследственного сословия, также выполняли функции судей, *возвещателей закона* (см.), занимались врачеванием и астрономией.

Задруга (серб. *задружна кућа*) — сельская община, состоящая из нескольких семей, связанных не столько родством, сколько экономическими отношениями и территориальной близостью; особенно распространена среди сербов и хорватов.

Закон о цитировании (лат. *lex citationum*) — закон, изданный в 426 г. западноримским императором Валентинианом III как орудие стандартизации и стереотипизации права. Первоначально в Риме правом давать консультации (см. *Respondere*; *Responsa* в словаре иноязычных слов и выражений) обладал любой юрист. В течение веков это право ограничивалось и регулировалось государством. По закону Валентиниана III нормативную силу получили сочинения пятерых юристов-классиков: Папиниана, Павла, Ульпиана, Модестина и *Гая* (см. биобиблиографический указатель). При этом в случае противоречий в мнениях этих юристов судьи должны были решать голосованием, какому именно мнению стоит отдать предпочтение; если же голоса судей были равны, то руководствоваться надлежало мнением Папиниана. А в 529 г. восточноримский император Юстиниан издал антологию из сочинений различных юристов (см. *Кодекс Юстиниана*), обязательную для использования в качестве источника прав. Ссылаться в правовых решениях на сочинения, не вошедшие в антологию, было запрещено.

Законы двенадцати таблиц (лат. *leges duodecim tabularum*) — произведенная в 451–450 гг. до н.э. в Древнем Риме кодификация государственного закона децемвирами, утвержденная народом (*lex publica*). На двенадцати бронзовых

таблицах (по некоторым данным, на таблицах из слоновой кости) были сведены воедино нормы, регулирующие практически все области жизни: семейные и наследственные отношения, торговые операции, уголовные преступления и наказания за них и т.п. «Двенадцать таблиц» представляли собой первый правовой кодекс Древнего Рима, первый источник римского права. Таблицы, скорее всего, погибли при пожаре во время разграбления Рима галлами в начале IV в. до н.э. Законы сохранились только в отрывках, их содержание реконструируется на основе упоминаний и ссылок, содержащихся в сочинениях римских писателей и юристов.

Законы о выкупе (нем. Ablösungsgesetze) — ряд декретов, а затем законов прусской монархии и других германских государств, принятых в течение XIX в., преследующих целью снятие обременений и обязательств по владению земельными участками, сохранившихся со времен средневекового ленного права, и создание условий для развития мелких и средних крестьянских хозяйств. Необходимость таких мер возникала в силу того, что в сложившихся условиях земельные участки не могли полностью находиться в собственности их номинальных владельцев, а были обременены множеством отягощений в пользу владельцев имений, церкви, церковных фондов и других корпораций. Начало было положено декретами короля Пруссии от 9 октября 1807 г. и 14 ноября 1811 г. Освобождение земель происходило как путем выкупа долгов и обязательств, так и безвозмездно.

«Запрещенные лица» — незамужние и неженатые, а также бездетные персоны, которым законами Августа, направленными на улучшение демографической ситуации, было полностью или частично запрещено принимать имущество по завещанию (lex Julia et Papia Poppaea 9 г.).

Зендовый суд, или *зенд* (Sendgericht, Send от греч. Σύνοδος — синод) — суд, состоящий из представителей духовенства, который в присутствии княжеских или графских чиновников разбирал и порицал позорные поступки, грехи и пороки членов общины (сквернословие, пьянство, карточная игра и проч.). Выносимые судом приговоры носили характер морального порицания либо публичного наказания (позорный столб, позорный камень и проч.). Существовал с IX по XIX в.

«Зерцала» — см. *«Саксонское зеркало»*; *Судебники*.

Иерусалимские ассизы (Assises de Jérusalem) — судебник, т.е. собрание правовых обычаев и судебных решений, созданный в XII в. крестоносцами в Иерусалимском королевстве. Первоначальный вариант погиб при падении Иерусалима, но был воссоздан в королевстве Кипра через сто с лишним лет. Один из важнейших правовых памятников Южной Европы.

Империй (от лат. imperare — командовать) в Древнем Риме — публично-правовое понятие, характеризующее высшую исполнительную власть. Вообще власть римских *магистратов* (см.) имеет два названия: imperium и potestas. Первоначально оба термина были взаимозаменяемы, но впоследствии стали различать magistratus cum imperio и sine imperio (с империем и без империя),

последним стали приписывать potestas. Только та власть обычно обладает империем, которая заключает в себе военную, общеадминистративную и уголовную функции. В этом смысле империй — высшее полномочие магистратов. Империем обладали цари, а потом, в республиканское время, некоторые так называемые высшие магистраты (magistratus maiores). Считается, что империй был неделимым, а объем полномочий, заложенных в нем, всегда оставался неизменным. Однако у него могли быть разные сферы применения (военная и/или гражданская), разные условия и публично-правовые механизмы реализации. Вскоре после падения республики империй (именно summum imperium) стал даваться императору сразу по вступлении на престол одним законом (так называемый lex de imperio), предоставлявшим не только верховный военный империй пожизненно и на всю территорию Римского государства, но и многие другие значительные полномочия. Некоторые из них уже в последнем веке республики были соединены с чрезвычайным империем, дававшимся некоторым полководцам: Сулле, Цезарю, Помпею и др.

Инофициозность (от лат. inofficiosum testamentum — завещание, составленное в ущерб законным наследникам). Практика инофициозности состояла в выработке особого порядка рассмотрения наследственных дел, позволявшего суду изменять завещания, где оказывались обойденными родственники, имевшие право на обязательную часть наследства. Лица, обойденные в завещании, могли жаловаться магистратам extra ordinem (в исключительном порядке), жалоба эта носила название querela inofficiosi testamenti (жалоба на неофициозное завещание). Такая жалоба становилась единственным средством осуществления материального необходимого наследования (подробнее см: *Покровский И.А. История римского права. СПб.: Летний сад, 1999. С. 513*).

Институции — 1) «Институции», сочинение римского юриста *Гая* (см. библиографический указатель); 2) «Институции» Юстиниана, часть так называемого второго издания *Кодекса Юстиниана* (см.) В основу текста, изданного в 529 г., были положены «Институции» *Гая* (II в.), дополненные работами более поздних римских юристов.

Интердикт (лат. interdictum, от interdicere — запрещать) — в римском праве приказ или предписание претора одной из спорящих сторон в ходе процесса, например, запрет обжалования.

Интерцессия (лат. intercessio, букв.: вмешательство) — в Древнем Риме вето, которое магистрат мог наложить на решение другого магистрата, обладавшего равной с ним (intercessio par potestas) или меньшей (par majore potestas) властью.

Инфамия (лат. infamia — бесчестие, умаление чести) — в Древнем Риме бесчестие, сопряженное с лишением навсегда некоторых гражданских прав. Гражданин подвергался инфамии за совершение позорных деяний (двоеженство и др.), занятие позорной профессией (проституция, сводничество, профессии гладиатора, актера), в случае осуждения по некоторым гражданско-правовым основаниям и др. Подвергшиеся инфамии лишались права голоса в народных

собраниях, права занимать государственные должности, права свидетельствовать в суде, они исключались из войска, на них налагались определенные ограничения при вступлении в брак.

Историческая школа права — течение в правовой науке первой половины XIX в., зародившееся и получившее известность в Германии. Школа выступала против кодификации и целенаправленной рационализации права, ибо, как следовало из идей К. Савиньи и др., право формируется на протяжении длительного исторического времени путем передачи от поколения к поколению, посредством не материальной, а духовной составляющей, так называемого народного духа (Volksgeist). Спор между профессорами Тибо (Гейдельберг) и Савиньи (Берлин), который в немецкой литературе именуется «спором о кодификации», стал отправной точкой формирования исторической школы права. Школа делилась на две ветви: романистов и германистов. К первой принадлежал, в частности, *Виндшайд* (см. библиографический указатель), ко второй — *Зом, фон Гирке* (см. библиографический указатель) и др.

Кабинетная юстиция — элемент кабинетного правления, под которым подразумевается постоянное вмешательство властей в судебные решения, вообще в деятельность правовой системы.

Кабинетное правительство (кабинетное правление, кабинетная система) — это не кабинет министров в современном понимании, когда правительство — одна из ветвей власти (исполнительная власть), а группа доверенных лиц главы государства, правящих от его имени. Например, кабинет министров Российской империи, высший государственный орган, образованный в 1731 г. указом императрицы Анны Иоанновны, состоял из трех кабинет-министров, подписи которых (с 1735 г.) приравнивались к подписи самой императрицы. Во времена Вебера кабинет понимался в традиционном смысле и четко отличался от правительства, формируемого парламентом (или же при посредстве либо под контролем парламента).

Кади — в традиционном исламе мудрец и знаток закона, назначаемый халифом и вершащий суд на основе шариата. В современном мусульманском мире кади — чаще всего любой судья, в том числе действующий на основе позитивного права. См. *Правосудие кади* в словаре понятий Макса Вебера.

Казуистика (от лат. casus — случай) — 1) в общепотребительном смысле — ловкость и изворотливость в доказательствах; 2) в теологии — диалектический метод истолкования формальных принципов применительно к конкретным случаям; 3) в науке, в частности, у Вебера — рассмотрение конкретных «случаев», т.е. конкретных проявлений общих закономерностей.

Каллах (ивр. kallah — община) — регулярные весенние (март-апрель) конференции в вавилонских академиях в Суре и Пумбэндите, где *гаоним* (см.) вели открытые занятия и давали советы по правовым вопросам.

Каролинги — королевская и императорская династия в государстве франков, а после его распада — в некоторых европейских государствах, правившая с 751 по 987 г.

Каутелярная юриспруденция (от лат. *cautela* — осторожность, осмотрительность) — направление юридической деятельности, состоящее в реализации мер по обеспечению надежности правовых решений и документов, формулировании условий и оговорок с целью защитить интересы клиента и создать условия, не дающие возможности для исков в его адрес. Характерна для римского права; позже значительная часть соответствующих обязанностей легла на нотариусов.

Клерос (греч.) — 1) доля, жребий; 2) земельный надел, который находится в собственности лица и может наследоваться обладающими определенными характеристиками индивидами.

Клиент (лат. *client*) — в Древнем Риме формально свободный индивид, принадлежащий к дому патриция (но не член его семьи), получавший от патриция землю для обработки и находящийся от него в правовой и экономической зависимости. Покровительствующий клиенту патриций именовался патроном. Клиентские отношения — разновидность отношений *пиетета* (см.).

Клиентела (лат. *clientela*) — совокупность клиентов одного господина. В Римской республике клиентелами могли становиться целые города или регионы.

«*Клятвозаступник*» (нем. *Eidshelfer*) — человек, подтверждающий на суде под присягой правдивость показаний, данных под присягой другим лицом.

Книга Завета (ивр. *Sefer ha-Berit*) — это главы библейской книги Исход, следующие за *Декалогом* (см.) и разъясняющие правила исполнения десяти заповедей и обязательства, взятые на себя Израилем при заключении Завета на Синае. С правовой точки зрения она содержит введение в гражданское и уголовное право общности израильтян и необходимые предписания по осуществлению культа. См. Исх. 20–24.

Когнатическое наследственное право — по римскому праву наследование согласно когнатическому родству, т.е. на основе кровной семейной связи с наследодателем: наследниками (*cognati*) считались все непосредственные родственники без различия пола с соблюдением степеней наследования и порядка рождения. См. *Агнатическое родство*.

Кодекс Юстиниана (лат. *Codex Iustiniani*) — законодательная компиляция, созданная при Юстиниане, содержащая законы, входящие в предыдущие кодексы и сохранившие действенность, дополненные позднейшими новеллами и видоизмененные согласно требованиям времени. Необходимость в подготовке кодекса была связана с большим числом предписаний, утративших практическую ценность, но включенных в старые кодификации. Комиссия по составлению кодекса имела право делать сокращения, исправлять тексты, изменять их, дополнять, соединять многие положения в одно и т.д. Кодекс был обнародован и введен в действие в 529 г. Позже, с изданием *Дигест* (см.) и *Институций* (см.) возникла необходимость в переработке кодекса, новое издание которого появилось в 534 г.

Коммандитное товарищество (от ит. *commandare*, соответствующего лат. *deponere* — вкладывать), *товарищество на вере* — коммерческая организация,

основанная на общем капитале, в которой две категории членов: полные товарищи и вкладчики-коммандитисты, в Риме — *affines* (см. словарь иноязычных слов и выражений). Первые ведут предпринимательскую деятельность от имени товарищества и отвечают по его обязательствам всем своим имуществом. Вторые отвечают только своим вкладом. В настоящее время данная организационно-правовая форма практически не используется. См. также *Товарищ*; *Товарищество* в словаре понятий Макса Вебера.

Комменда — в средневековой Италии распространенная форма торгового партнерства, состоящего в сотрудничестве владельца товара и странствующего торговца, бравшегося доставить и продать товар в отдаленных местностях при условии получения доли дохода. Такое партнерство при морской торговле именовалось морским сообществом (*societas maris*). Является одной из важнейших ранних форм капиталистического предпринимательства.

Коммendaция — церемония установления вассальной зависимости между господином и его рыцарем.

Конкубинат — в римском праве внебрачное сожительство мужчины и женщины. Строгие законы Августа о браке (18 г. до н.э.), наказывая *adulterium* (прелюбодеяние), допускали внебрачную связь для лиц определенных сословий, имеющих намерение установить впоследствии брачные отношения. При этом женщина (*concubina*) не разделяла общественного положения сожителя, который наряду с узаконенным конкубинатом мог состоять в браке, в то время как конкубинат жены представлял собой *adulterium*. В католическом церковном праве конкубинатом считался всякий брак, заключенный помимо церкви. Впоследствии конкубинатом стали называть все случаи длительного внебрачного сожительства.

Консультанты (юрисконсульты, советники) (лат. *juris consulti*) — главный род деятельности юристов в Риме. Как писал И.А. Покровский в «Истории римского права» (СПб., 1999, с. 136), деятельность юристов, по словам Цицерона, проявлялась в трех формах: *savere*, *respondere* и *agere*. Под этими выражениями разумелось: а) *savere* — выработка наилучших формул для различных юридических актов (договоров, завещаний и т.д.), т.е. помощь частным лицам при заключении сделок и т.д.; б) *respondere* — ответы на запросы частных лиц по поводу всяких юридических сомнений; в) *agere* — подача советов относительно постановки исков и процессуального ведения дела; в качестве прямых поверенных римские юристы почти не выступали, ибо процессуальное представительство в Риме не допускалось так свободно, как у нас. Именно в процессе консультационной и советнической деятельности сформировалось римское право в том виде, в котором оно вошло в историю.

Концессионный брак — брак, понимаемый как коммерческое соглашение (см. *Концессия*).

Концессия (от лат. *concessio* — разрешение, уступка) — соглашение о предоставлении на определенное время прав пользования движимым или недвижимым имуществом, инфраструктурой, недрами и т.д., заключаемое правитель-

ством, местными властями, корпорацией или физическим лицом, т.е. любым лицом, имеющим правовой статус, с условием раздела получаемой при этом выгоды. Концессионерами в Древнем Риме являлись *публиканы* (см.), *откупщики* (см.).

Корпорация — 1) в современном праве группа лиц, объединенных на каком-либо основании и наделенных государством правами юридического лица (церковный приход, университет, торговое общество, муниципальное образование и т.д.). См. также *Территориальная корпорация*; 2) в римском праве в раннереспубликанский период существовали разнообразные частные корпорации: братства, коллегии, профессиональные объединения (см. *Sodalicia, sodalitates; Collegium* в словаре иноязычных слов и выражений), не располагающие правовой самостоятельностью (не являющиеся юридическими лицами). Первой была признана гражданская и процессуальная правоспособность муниципий как коллективных личностей (юридических лиц). По этому образцу принцип юридического лица переносится затем на различные частные корпорации с проведением идеи о полной обособленности целого, именуемого *corpus* (см. словарь иноязычных слов и выражений) или *universitas* (см. словарь иноязычных слов и выражений), от отдельных лиц, его составляющих. Особым путем шло развитие понятия *учреждения* (см. в словаре понятий Макса Вебера). Таким образом, в римском праве оформилась идея корпорации как юридического лица, сложилось понятие ее правоспособности, независимой от лица физического, сформировались приемы искусственной дееспособности и определились основные типы юридических лиц (корпорации и учреждения).

Крестители (нем. *Täufer*) (раньше называвшиеся также «перекрещенцами», «вновь крещенными»), или *анабаптисты* — сторонники радикально-реформаторского движения в Европе во второй четверти XVI в., представлявшие «левое» крыло Реформации. Стремилась буквально следовать заветам Христа, проповедуя отказ от насилия и превращение церкви в обитель братства. Общины анабаптистов существуют и поныне.

Кутюмы, право кутюмов (от фр. *coutume* — обычай) — нормы обычного права, часто действующие одновременно с нормами писаного систематического права. Пример — «Кутюмы Бовези» (*Coutumes de Beauvoisis*) — сборник обычаев средневекового французского права, распространенных в северо-восточной части Франции, в провинции Бовези, который создан в 1282 г. *де Бомануаром* (см. библиографический указатель). Это одна из первых попыток записи обычаев французских народов.

Левиратный брак, левират — обычай жениться на вдове умершего брата. Смысл такого брака состоял в рождении сына, который считался сыном умершего и его наследником. «Если два брата живут вместе и один из них умрет, не имея у себя сына, то жена умершего не должна выходить на сторону за человека чужого, но деверь ее [левир, откуда и само название] должен войти к ней и взять ее себе в жены, и жить с нею. И первенец, которого она родит, останется

с именем умершего брата, чтобы имя его не изгладилось в Израиле» (Втор. 25: 5–6). За нарушение левирата Бог покарал библейского Онана.

Легат — в римском праве специально оговоренный в завещании дар, вычитавшийся из общей наследственной массы и предназначенный конкретному лицу.

Лёгзага, логзага (lögsaga, lag saga от lög — закон, saga — говорение, сказание) — сказание закона — у средневековых скандинавских народов система создания и применения права. В ту эпоху реальной законодательной властью располагало народное собрание — *тинг* (см.). На собрании присутствует конунг (князь), руководит тингом лёгмар (lögmadr) — «законник», знаток, помнящий правовые нормы (аллитерированные, как стихи) и знающий их наизусть, умеющий «сказывать закон» (lögsaga). В Исландии глава тинга — lögsogumadr — «законоговоритель» (см. *Возвещатель закона*). В сфере ответственности лёгмара (как, впрочем, и конунга) было как «возвешение», так и «улучшение» закона.

Литеральный контракт (от лат. litterae — письмо) — договор, который совершается на письме (litteris fit obligatio, т.е. «обязательство возникает посредством записи»). Древнереспубликанский письменный контракт заключался посредством записи в приходо-расходные книги, которые велись римскими гражданами. Он представлял собой обязательство, по существу, не впервые возникавшее, но заменявшее собой обязательство, уже существовавшее ранее на другом основании (например, задолженность на основании купли, найма и т.п.) или на другом лице (долг Тиция переписывался на Люция). См. подробнее: *Новицкий И.Б.* Римское право. М.: ТЕИС, 2002. С. 201–202.

Литургия (от греч. leiturgia) — повинность в пользу государства, т.е. общественная обязанность, или повинность, которую граждане, обычно состоятельные, или группы граждан исполняли лично или путем принятия на себя связанных с этим затрат (например, в Древней Греции триерархи, оплачивавшие строительство трирем для флота, хорегии, бравшие на себя финансирование хоров и общественных увеселений, и т.п.).

Магистраты — лица, исполняющие государственные должности в Древнем Риме. Высшие магистраты были обладателями *империя* (см.).

Манципация — см. *mancipatio* в словаре иноязычных слов и выражений.

Марка, марковое товарищество — в Средние века союз нескольких деревень, охватывающий значительную территорию, которая используется ими для хозяйственной деятельности и подлежит их общему управлению и судебному порядку.

Меровинги — первая династия франкских королей в истории Франции. Короли этой династии правили с конца V до середины VIII в. на территории современных Франции и Бельгии.

Мертвая рука, право мертвой руки (лат. manus mortua — мертвая рука) — в ленном праве обозначение недвижимого имущества, которое не подлежит более отчуждению, а поэтому мертво с точки зрения общественного оборота. Право мертвой руки отменено в протестантских странах в период Реформации

(XVI в.), во Франции — в период Великой французской революции. См. также *Амортизация*.

Мишна (ивр., букв.: повторение) — первый письменный текст, содержащий основополагающие религиозные предписания ортодоксального иудаизма. Когда возникла опасность, что устное учение, переданное согласно традиции Всевышним Моисею на горе Синай, будет забыто, мудрецы приняли решение записать его в виде Мишны, что и было сделано в конце II — начале III в. раввином Иехудой ха-Наси, известным как «Рабби». Текст написан на иврите, за исключением нескольких стихов на арамейском языке.

Морской заем (лат. foenus nauticum) — род *комманды* (см.). Должник получал кредит для обеспечения покупки и морской транспортировки товара. Обычно заем выполнял также функцию страховки, поскольку поездка предпринималась на риск кредитора.

Мужской дом — явление, воплощающее принципы полового разделения хозяйственных, культурных и прочих функций общности на ранних этапах развития. Это общее жилище мужчин (в одних культурах — молодых неженатых мужчин, в других — взрослых воинов), куда не допускаются замужние женщины, но допускаются незамужние девушки. Жизнь в мужском доме строится по принципу потребительского коммунизма, обеспечение — за счет винской добычи и труда женщин.

Немой обмен, или *немой торг* — у первобытных народов форма обмена, которая практиковалась между группами, не поддерживавшими никаких иных отношений. Члены одной группы оставляли в условленном месте вещи, предназначенные для обмена, и уходили. Члены другой группы, осмотрев вещи, клали рядом то, что считали достаточным возмещением за предложенное. Затем возвращались члены первой группы. Если условия их удовлетворяли, они забирали вещи, оставленные членами второй группы, если нет — снова уходили. В последнем случае члены второй группы либо забирали свои товары, либо увеличивали их количество. Все повторялось, пока представленные товары не удовлетворяли обе стороны.

Непогрешимость папы (лат. infallibilitas) — согласно догмату, принятому в 1870 г. Первым Ватиканским собором, состоит в том, что решения вопросов веры и морали, которые высказывает с амвона (ex cathedra) папа как «отец всех христиан», являются истинными и не подлежащими пересмотру. Непогрешимость — качество папы не как частного лица, а как носителя должности.

Общая рука — см. *Собственность общей руки*.

«*Общее земское право*» Пруссии (нем. Allgemeines Landrecht Preussens) — разработанное по указу Фридриха II в 1780 г. и вступившее в силу в 1794 г. прусское законодательное уложение, просуществовавшее до 1900 г., когда на смену ему пришел *Гражданский кодекс* (см.).

Общее право (англ. common law) — исторически сложившаяся система английского права, истоки которой восходят к раннему Средневековью (примерно XI в.). Характерной чертой общего права является то, что оно создается

судьями, выносящими решения на основе прецедентов. В процессе слушаний судьи, руководствуясь принципом *stare decisis* (лат. придерживаясь решенного ранее), применяют прецеденты к фактам и обстоятельствам каждого конкретного дела. Некоторые прецеденты имеют двухсотлетнюю и даже трехсотлетнюю историю. Другими составными частями английского права являются *статутное право* (см.) и право справедливости, или *Equity* (см. словарь иноязычных слов и выражений).

Октроирование (от фр. *octroyer* — даровать) — дарование, пожалование, а также навязывание, декретирование, вообще введение в действие самыми разными путями (кроме принятия парламентом или путем референдума) каких-либо законов и установлений. Октроированная конституция — конституция, дарованная властью монарха. Вебером октроирование чаще всего понимается как насильственное введение, декретирование, навязывание.

Омейяды — династия арабских халифов, правившая в 661–750 гг.

Ордалии (от англосакс. *ordal*) — в эпоху раннего Средневековья испытание обвиняемого огнем, водой, а также применение других пыток с целью установления его вины или невинности в расчете на вмешательство свыше. Например, подозреваемый должен был нести голыми руками раскаленное железо. Если он выдерживал пытку без видимых повреждений или раны быстро заживали, значит, он был оправдан Божьим судом. Подозреваемых в колдовстве женщин бросали в воду и признавали виновными, если они не тонули: значит, им в подмогу дьявол. Церковь отменила ордалии в XII в.

Откупщики — частные лица, которым государство за определенную плату передает право сбора с населения налогов и других государственных доходов. В руках откупщиков часто накапливались огромные богатства, так как собранные ими налоги и сборы с населения в 2–3 раза превышали средства, вносимые в казну. В Риме большая часть налогов отдавалась на откуп с торгов. Откупщики, или публиканы (*publicani*), являлись значительной силой в государстве. См. словарь иноязычных слов и выражений: *Socii vectigalium publicorum*.

Оттониды, или *Саксонская династия* — династия германского происхождения, ряд представителей которой были королями Восточно-Франкского королевства (Германии) и императорами Священной Римской империи. Правила с 840 по 1024 г.

Палавер (*palaver*) — здесь у Вебера подразумевается африканский обычай всей общиной обсуждать насущные проблемы с приведением пространных доводов. Решения палавера передаются из поколения в поколение и считаются действующим правом. В современных языках, в частности, в английском, под этим понимается говорильня, пустые речи. В XVIII в. английские и португальские моряки и торговцы часто встречались во время торговых поездок на восточном побережье Африки. Тогда-то англичане заимствовали португальский термин *palavra*, означающий слово, речь и применяемый португальцами в специфическом смысле — для обозначения переговоров с туземцами.

Пандекты (от греч./лат. *paedectae* — всеохватное) — позднеантичный сборник извлечений из законов, сочинений и высказываний знаменитых римских юристов, составленный по инициативе Юстиниана и называвшийся также *Дигесты* (см.). В Пандектах берет свое начало так называемая пандектная система, т.е. принцип построения гражданского кодекса, при котором выделяется общая часть, вещное право, обязательственное право, семейное право, наследственное право. Эта система была создана в XVIII—XIX вв. германскими правоведами (пандектистами) на базе проведенной ими систематизации источников римского права, прежде всего Юстиниановых Дигест (Пандектов). Благодаря работам пандектистов появились многие ныне общепринятые понятия. Учебники римского права, подготовленные пандектистами, некоторое время исполняли даже функции правовых кодексов в Германии. См. *Виндшайд* в библиографическом указателе.

Пенсаторные платежные средства (от лат. *pensum* — масса) — средства обмена и платежа, используемые в весовых соотношениях.

Пиетет (лат. *pietas*) — почитание, любовь и преданность в отношении родителей, близких людей, авторитетных персон, Отечества, богов.

Пополаны (от итал. *popolo* — народ) — торгово-ремесленные слои городов Северной и Центральной Италии в XII—XIV вв. Пополаны вели борьбу с нобиллями-феодалами, к середине XIII в. завоевали власть в ряде городов (Болонья, Флоренция). Там была установлена выборная власть представителей цехов, а феодалы лишены политических прав. К XIV в. произошло резкое расслоение пополанов на «жирный народ» (городская верхушка) и «тощий народ». В XIV в. термин «пополаны» исчез.

Претор (лат. *praetor*, от *praе-ire* — идти впереди, предводительствовать) — государственная должность в Древнем Риме. В период ранней республики преторами именовали две высшие магистратуры — консулов и диктаторов. Затем (с 367 г. до н.э.) верховное должностное лицо стало именоваться консулом, а термином «претор» обозначали следующую по старшинству должность. В отсутствие консула претору принадлежала высшая власть. При Сулле число преторов увеличилось до 8, при Цезаре — до 16, а во времена империи — до 18. В период империи должности преторов уже потеряли былое значение, но служили необходимой ступенью для замещения целого ряда высших административных постов и офицерских должностей на пути к сенаторской должности.

Преюдиция (от лат. *praеjudicialis* — относящийся к предыдущему судебному решению) — обязательность для всех судов, рассматривающих дело, принять без проверки доказательств факты, ранее установленные вступившим в законную силу судебным решением по другому делу, в котором участвуют те же лица.

Примат папской юрисдикции, примат папы, примат Петра (лат. *primatus* — преимущество, первенство) — термины, обозначающие притязания главы Римско-католической церкви на роль вождя всего христианства. Это притязание опирается на традицию римской общины: ее первым епископом был Петр,

за которым тянется непрерывная апостольская череда. Притязание папы стало одной из причин раскола восточного и западного христианства, а потом и Реформации. В догматическом смысле примат получил подтверждение в догматах о высшей правовой власти папы (примат папской юрисдикции) и его высшей учительской власти (см. *Непогрешимость папы*) на Первом Ватиканском соборе в 1870 г.

Принудительный лен (нем. *Leihezwang*) — обязательное требование передачи земли в новый лен после смерти предыдущего ленного владельца.

Принцепс (лат. *princeps* — первый) — титул императора в Римской империи. Иногда применяется в отношении первого лица в авторитарной иерархической системе.

Псевдо-Исидор — опубликованное в IX в. под именем св. Исидора, епископа Севильского собрание фальсифицированных папских писем, декреталий и других документов, имевшее целью усиление определенных сторон в политической борьбе внутри и вокруг церкви, в частности, усиление позиций папы в борьбе против епископов и светских властей.

Публиканы — см. *Откупщики*.

Раввин — в иудаизме своего рода ученое звание, обозначающее квалификацию в толковании Торы и Талмуда. Присваивается по получении религиозного образования и дает право возглавлять общину, преподавать в религиозных школах, быть членом религиозного суда. Вопреки распространенному мнению, раввин не является священнослужителем.

Рахинбурги, рахимбурги (позднелат. *Rachimburgii*) — коллегия выборных заседателей в народном судебном собрании у франков в V–VIII вв. Знатоки правовых норм и судебных обычаев. Сведения о функциях рахимбургов содержат *Салическая правда* (см.) и другие франкские источники. В процессе реформ Карла Великого этот институт был упразднен. См. также *Тинг*.

Рентные хозяйства (нем. *Rentengüter*) — земельные участки, которые передавались в собственность пользователям в обмен на обязательство выплаты твердой денежной ренты. Практика организации рентных поместий была введена в Пруссии в конце XIX в. для предоставления рабочим возможности приобретения земельных участков и создания благодаря этому постоянного сельского населения в провинциях Восточной Пруссии, страдающих от недостатка сельскохозяйственных работников. Организация рентных хозяйств стала элементом политики так называемой внутренней колонизации, т.е. перемещения немецких поселенцев на земли, занятые в основном польскими крестьянами, в Восточной Пруссии, а также передачи польских землевладений в руки немцев. По закону от 26 апреля 1886 г. правительство Пруссии получило 100 миллионов немецких марок на покупку земель в этих местностях, которые шли, в частности, на организацию рентных хозяйств.

Репетундовые суды (от лат. *repetere* — требовать назад) — в период поздней римской республики (II в. до н.э.) действующее в провинциях Рима особое судебное учреждение с регулярно меняющимся составом присяжных. Главной

задачей репетундового процесса (*actio de repetundis*) было ограничение злоупотреблений магистратов в провинциях и возвращение незаконно отнятого ими имущества.

Русская Правда («правда» в значении лат. *iustitia*, греч. δικαιοσύνη) — сборник правовых норм Киевской Руси. Самый ранний вариант датируется 1016 г. Основной письменный источник русского права. Аналогична более ранним европейским правовым сборникам, в том числе так называемым германским правдам, например, *Салической правде* (см.). К варварским правдам относятся и англосаксонские судебники, а также ирландский, алеманский, баварский и другие сборники. Древнейшую Правду связывают с именем Ярослава Мудрого. Время ее создания — вторая треть XI в. В ее основе — нормы восточнославянского обычного права с элементами византийского и скандинавского права, а также церковного влияния.

Сабореи, или *савораи* (арам. савораим; евр. — рассуждающие, взвешивающие) — вавилонские ученые, жившие между периодами *амораев* (см.) и *гаоним* (см.) (VI–VII вв.) и осуществившие окончательную редакцию Талмуда. Деятельность сабореев заключалась в записывании всего Талмуда, собранного и приведенного в систему их предшественниками, амораями.

«*Саксонское зеркало*» (нем. *Sachsenspiegel*) — старейший правовой сборник Германии, составленный в 1221–1225 гг. *шёффеном* (см.) *Эйке фон Ренго* (см. библиографический указатель). В XIV в. появились глоссы, ознаменовавшие начало комментирования памятника, в ходе которого при написании глосс, глосс к глоссам и далее сложилась целая область литературы.

Салическая (Франконская) династия — династия королей Восточно-Франкского королевства (Германии) и императоров Священной Римской империи, правивших с начала X по начало XII в.

Салическая правда (лат. *Lex Salica*) — сборник законов салических франков, одна из самых древних варварских правд (см. *Leges barbarorum* в словаре иноязычных слов и выражений). Древнейший текст памятника, записанный на вульгарной латыни, был создан в 507–511 гг. при короле Хлодвиге I и состоял из 65 глав («титолов»), содержавших преимущественно перечисление штрафов за правонарушения и изложение различных процессуальных процедур; ряд правил регулирует семейные, вещные, обязательственные и наследственные отношения. В двух прологах к Салической правде, имеющих характер эпических произведений и составленных значительно позже основного текста, говорится, что Правда была составлена четырьмя выборными мужами, которых согласно прологу I звали Визогаст, Бодагаст, Салегаст и Видогаст, а согласно прологу II — Визогаст, Салегаст, Арогаст и Видогаст. Очевидно, именно их Вебер называет «редакторами», относя их к правовым пророкам. Титулы 66–133, введенные в состав Правды как королевские капитулярии, были созданы до 596 г. включительно.

Сасаниды — династия персидских царей (шахиншахов), правивших в Сасанидской империи с 224 по 651 г.

«Свободное право», движение «свободного права» — направление правовой науки в немецкоязычных странах в начале XX в., отвергавшее видение права как системы логически связанных норм, выдвигавшее на первый план «живое» правотворчество судей, а также общин, ассоциаций, корпораций и других субъектов общественной жизни.

Северы (лат. Severi) — династия римских императоров в 193–235 гг.

Синдик (др.-греч. σύνδικος или συνήγορος) — в Древней Греции защитник на суде. В Новое время синдиком называли должностное лицо, ведущее судебные дела какого-нибудь учреждения; так, существовали городские синдикаты, синдикаты учреждения, союза, акционерного общества и т.д. В Пруссии были коронные синдикаты — лица, которые по предложению короля давали свои заключения по важным государственно-правовым вопросам; они назначались королем из числа известных юристов и по закону 1883 г. состояли членами палаты господ (верхней палаты парламента).

Собственность общей руки (Gesamthandseigentum) — особая форма совместной собственности, в течение долгого времени распространенная в германском праве. В случае «общей руки» каждый из группы собственников является собственником всего общего владения («каждому принадлежит все»), а не его хотя бы условно выделенной части. Этим собственность общей руки отличается от совместной собственности, где каждому из собственников принадлежит часть общей собственности. И хотя при этом осуществлять действия от имени общества, представляя его интересы, могли быть уполномочены либо все участники вместе, либо каждый в отдельности, либо некоторые из них, либо кто-то единственный, отвечать своей личностью и имуществом надлежало всем членам общества. Первоначально принцип общей руки господствовал в домашней общности.

Солиситор (англ. solicitor) — категория адвокатов в Великобритании, ведущих подготовку судебных материалов для ведения дел *барристерами* (см.) — адвокатами высшего ранга. Солиситоры также работают юрисконсультами в различных организациях и имеют право вести судебные дела в судах низших инстанций.

Статутное право (англ. statutory law или statute law, от слова «статут» — устав, правовое положение, свод правил) — в странах англосаксонской правовой системы совокупность норм права, создаваемых законодательными органами (законы, статуты). В статутное право также включаются акты органов местного самоуправления. В статутном праве существует иерархия правовых актов: акты законодательных органов обладают большей юридической силой, чем акты исполнительных органов; акты государственных органов — большей юридической силой, чем акты местных органов. См. также *Общее право*.

Стюарты — династия королей, правивших в разные периоды с 1371 по 1714 г. в Шотландии, Англии, Ирландии и Великобритании.

Субсидиарность (от лат. subsidiarius — вспомогательный) — принцип социальной организации, возникший в Риме на Первом Ватиканском соборе

(1869–1870). Связан с идеей децентрализации. Согласно субсидиарности социальные проблемы должны решаться на самом низком, местном или удаленном от центра уровне, на котором их разрешение возможно и эффективно: центральная власть должна играть «субсидиарную» (вспомогательную), а не «субординативную» (подчинительную) роль, решая только те задачи, которые не могут быть эффективно выполнены на местном/локальном уровне. В политической теории принцип субсидиарности иногда рассматривается в качестве аспекта концепции федерализма, хотя между ними и не существует прямой связи.

Суггестия, внушение (лат. *suggestio*) — психологическое воздействие на сознание, при котором происходит усвоение человеком чужих убеждений и установок.

Судебники, судебные книги (нем. *Weistümer*) — средневековые сборники, где собраны решения конкретных или абстрактных правовых вопросов, представленных в суждениях авторитетов, чья легитимность основана на личной харизме, возрасте, знаниях, знатности рода или просто на должности, как у северогерманских *возвещателей закона* (см.). Судебники вначале даже не отделяют объективное право от субъективного, правовое установление от решения, публичное право от частного, даже управленческое распоряжение от нормативного правила.

«Суды любви» — специфический игровой институт средневекового куртуазного общества. Участниками судов были рыцари-поэты, с одной стороны, и дамы-поэтессы — с другой, рассмотрению подлежали тонкие любовные вопросы, знаменитые дамы-председательницы выносили «приговоры», форма приговоров внешне соответствовала судебным формулам эпохи. На самом деле о «судах любви» — их подлинном составе, функциях и т.д. — мало достоверных сведений, нет единого мнения даже о том, существовали ли они на самом деле.

Сунна (араб. — обычай, пример) — мусульманское священное предание, повествующее о жизни пророка Мухаммеда, представляемой как образец и руководство для всей мусульманской общины (уммы) и каждого мусульманина. Сунна является вторым после Корана источником исламского права (фикх). В нее включены описания поступков пророка, его высказывания и примеры невысказанного одобрения им людей и поступков. Сунна передавалась устно сподвижниками пророка и была зафиксирована в виде *хадисов* (см.). Сунна тесно связана с Кораном, объясняет и дополняет его. Для исламских традиционалистов следование сунне есть главное содержание жизни мусульманина, а изучение сунны является важной частью мусульманского религиозного образования. Исламский правовед (факих) не может считаться авторитетом в области права, если не обладает достаточным знанием сунны. Кроме того, словом «сунна» называют желательные, соответствующие сунне поступки. См. также *Шиа*.

Танаим, таннаи (от араб. «тни» или «тна» — повторять, изучать, учить) — титул законоучителей в Земле Израиля в I–II вв. В Талмуде этот термин упо-

требуется для того, чтобы отличить мудрецов данного периода от предшествовавших им законоучителей и от последовавших за ними *амораев* (см.).

Территориальная корпорация (Gebietskörperschaft) — наделенная соответствующими правами целостная совокупность населения проживающего на данной территории. Территориальной корпорацией высшего порядка является государство. См. *Корпорация*.

Тесмотеты (греч. θεσμοῦῆται) — название части архонтов — высших должностных лиц в древнегреческих полисах. Из девяти афинских архонтов первые три носили особые имена, остальные же образовали коллегию из шести лиц и назывались тесмотетами. Первые три архонта имели до Солона свои канцелярии, тесмотеты же заседали в особом присутствии, впоследствии и первые трое архонтов заседали там же.

Тинг, динг (древневерхнегерм. Ding, средневерхнегерм. Dinc, скандинавск. Thing) — так назывались у древних германских и скандинавских народов народные собрания и заседания суда, а также день и место суда. Во многих регионах Германии и Скандинавии название это употребляется и поныне; в Исландии судебные округа, на которые она разделена, называются тингами; кроме того, «тинг» участвует в образовании многих слов, например: «ландстинг» (собрание страны) и «фолькетинг» (народное собрание) — верхняя и нижняя палаты парламента в Дании, «стортинг» — парламент Норвегии. Кроме постоянных собраний, проходивших три раза в год, бывали и чрезвычайные, на которые народ созывали вестники. В зависимости от административной единицы, в рамках которой собирался тинг, различали ландтинг (тинг страны, земли), гаутинг (тинг области, округа; см. *gau*), бургтинг (тинг замкового округа). В древнейшие времена собрания проходили под открытым небом, обычно — под священными деревьями или на месте жертвоприношений. Князья сидели на камне (Dingstein), а вокруг в шлемах, с мечами стояли воины. Руководителем собрания был княжеский чиновник, именуемый *возвещателем*, или *возглашателем, закона* (см.).

Тинговые (динговые) товарищи — см. *Товарищ; Товарищество; Товарищеское правосудие* в словаре понятий Макса Вебера.

Тюдоры — королевская династия Англии, правившая в 1485—1603 гг.

Уи си (Wu und Hih) — даосские маги-священники согласно характеристике в WuG. В «Хозяйственной этике мировых религий» Вебер пишет: «Древние знахари и вызывающие дождь колдуны, у (мужчины и женщины) и си (исключительно мужчины), существуют до сих пор и упоминаются в литературе всех эпох» (*Вебер Макс. Хозяйственная этика мировых религий. Опыт сравнительной социологии религии. Конфуцианство и даосизм / пер. с нем. О.В. Кильдюшева. СПб.: Владимир Даль, 2017. С. 312*).

Фетва — в исламском праве разъяснение какой-либо проблемы религиозно-правового характера, а также ответ на вопрос религиозного характера, который дает компетентный человек. Ученый, отвечающий на вопросы религиозно-правового характера, называется муфтием. Фетвы выдавались еще в

самой ранней истории ислама. Сподвижники по всем вопросам обращались к пророку Мухаммеду. В то же время он дал разрешение на фетвы некоторым сподвижникам. В правовых школах фетвы стали записываться в специальные правовые сборники. Это делалось для того, чтобы не возвращаться к решению уже решенных вопросов. Позднее эти сборники были систематизированы и изданы в виде книг. Ясно, таким образом, что с точки зрения их правовой функции фетвы в определенной степени аналогичны ответам консультантов (*responso*) в римском праве.

Фидеикомисс (лат. *fideicommissum*, от лат. *fides* — доверие и лат. *committere* — вверять) — в римском праве вид завещания, в котором завещатель поручал наследнику выполнить оговоренные действия в пользу третьего лица, которое не имело пассивной завещательной способности. Фидеикомисс не был связан ограничениями, предусмотренными для *легатов* (см.). При соблюдении интересов других наследников можно было поручить передать в качестве фидеикомисса все наследство полностью третьему лицу. По сути, фидеикомисс снимал ограничения по возможности для завещателя распоряжаться имуществом в завещании. В германском праве смысл фидеикомисса иной — это завещательное распоряжение, в силу которого какое-нибудь имущество, обычно недвижимое, должно оставаться во владении семьи.

Фидуциарий, фидуциар (лат. данный или принятый на веру, вверенный) — 1) доверенное лицо, которое управляет собственностью по доверенности или как душеприказчик не для получения прибыли, а ради соблюдения интересов другого лица или лиц; 2) характеристика займа, основанного на доверии, а не на обеспечении залогом.

Фила — в Древней Греции родовое объединение, община. Позже филиами стали называться территориальные единицы, населенные этими общинами. Родовые филы обычно делились на три *фратрии*. Фила имела своих жрецов, воинское подразделение и т.д.

Фиск (от лат. *fiscus* — корзина с деньгами) — то же, что и государственная казна, совокупность финансовых ресурсов государства, аккумулируемых в бюджете страны и внебюджетных фондах.

Формулярный процесс, или процесс посредством формулы (лат. *per formulas*) — механизм судопроизводства, начавший действовать в Риме с закона Эбуция (см. *lex Aebutia* в словаре иноязычных слов и выражений) и полностью утвержденный законом Августа о судопроизводстве по тяжбам частных лиц (*Lex Iulia iudiciorum privatorum*) в 17 г. до н.э. В этом процессе (в отличие от прежнего, так называемого легисационного процесса) ведущую роль играет *претор* (см.), который дает указание (инструкцию) судье, каким образом надлежит решить дело. Такая инструкция называлась формулой и представляла собой записку, вручаемую претором истцу и адресованную судье. Записка была обязательной для судьи и содержала указанные претором основания и условия, при которых иск подлежал удовлетворению. Со временем содержание инструкции стало доводиться до общего сведения посредством эдиктов. В формуле содержалось

указание судье, при каких фактических и юридических обстоятельствах тот должен наказать (присудить) или освободить от наказания ответчика по иску (*si paret... condemnato, si non paret, absolvito* — если окажется... присуди, если не окажется, оправдай).

Фратрия — см. *Фила*.

Хадисы — передающиеся из уст в уста поучительные рассказы и сообщения о поступках и изречениях пророка Мухаммеда, аутентичность которых доказывается наличием целой цепи поручителей, начиная от особо доверенных соратников Мухаммеда. См. также *Сунна*.

Цензор (от лат. *censere* — оценивать) — в Древнем Риме государственная должность, утвержденная законом в V в. до н.э. В функции цензора входило в первую очередь проведение цензов, т.е. оценивание имущества граждан, что определяло уровень налогообложения и военные обязательства, финансовый контроль, надзор за общественным имуществом, а также контроль соблюдения нравов. Сначала был определен пятилетний срок пребывания на посту цензора, затем он был сокращен до 18 месяцев, потом стал бессрочным. См. *Аппий Клавдий Цек* в библиографическом указателе.

Цессионное право, цессия (лат. *cessiō* — уступка, передача) — уступка прав требования или имущества, права собственности, которые подтверждаются некими документами (титолом); в международном праве — уступка одним государством другому своей территории по соглашению между ними. Цессионное право — составная часть обязательственного права.

Цех (нем. *Zunft*) — в Средние века в Европе объединение городских ремесленников, принадлежащих к одной профессии (кожевники, столяры и т.д.), цеха боролись за участие в управлении городами и представительство в разного уровня советах и инстанциях.

Шёффены, или шоффены (нем. *Schöffen*) — в средневековой Германии члены судебной коллегии, определявшие наказание вместе с судьей (председателем суда), позднее — судебные заседатели с разными полномочиями. Появились в связи с реформой Карла Великого, относящейся к 70-м годам VIII в.

Шиа, шииты (араб. *шй'а* — приверженцы, партия) — вторая по величине ветвь ислама. После смерти пророка Мухаммеда сформировалась группа мусульман, которые считали, что власть в общине должна принадлежать исключительно его потомкам (детям Фатимы, дочери Мухаммеда, и Али, его двоюродного брата). По мнению шиитов, право на имамат (институт верховного руководства общиной) было закреплено за родом Али божественным установлением. Первоначально эта группа являлась только политической партией, а как самостоятельное религиозно-правовое течение в исламе сформировалась позднее, при шестом имаме Джафаре ас-Садыке (702–765 гг.). См. *Сунна*.

Эксиларх — титул светских лидеров вавилонских евреев. Пост эксиларха просуществовал до XII в. По еврейской традиции человек, занимающий пост, должен был быть прямым потомком царя Давида. Община почитала эксиларха и как своего руководителя, и как высшего представителя официальной власти.

Эсимнеты — в древнегреческих городах в VI в. до н.э. должностные лица (судьи, выборные правители), наделяемые чрезвычайными полномочиями, в том числе законодательными в период гражданских волнений. Статуты эсимнетов — харизматические законы, вводимые эсимнетами.

Этика убеждения (Gesinnungsethik) — тип моральной теории, согласно которой действия должны оцениваться с точки зрения их цели и полноты реализации в них ценностей и принципов действующей личности. Термин использовался Трельчем, Шелером и Максом Вебером, последним, в частности, в статье «Политика как призвание и профессия» (МВИП. С. 644–706). Понятийной противоположностью этики убеждения является этика ответственности, требующая прежде всего внутренней ответственности человека за результаты его действий.

Юрисконсульты — см. *Консультанты*.

Юстиция кади — см. *Правосудие кади* в словаре понятий Макса Вебера.

Яса, Великая Яса (монг.) — уложение Чингисхана, которое он, по преданию, провозгласил на великом всемонгольском курултае и которое постоянно подтверждалось его преемниками.

Словарь ИНОЯЗЫЧНЫХ СЛОВ И ВЫРАЖЕНИЙ

Слова и выражения даны в том написании, в каком они представлены у Вебера. Это касается прежде всего греческих слов, которые сам автор пишет иногда в диакритике, а иногда в латинице. В словаре описаны также некоторые немецкие термины, которые в тексте оставлены без перевода, поскольку не удалось подобрать им русский аналог. При переводе терминов, как правило, ставится задача передать не все значения, а только то (или те), которое следует из контекста употребления слова Вебером.

Actio (лат.) — судебный процесс, тяжба, иск, форма иска, процессуальная формула.

Actio de pauperie (лат.) — иск к собственнику животного из-за того, что животное ведет себя не так, как должно.

Actio de peculio (лат.) — иск о возмещении долга к господину, если долг сделан рабом, или к отцу, если долг сделан сыном.

Actio exercitoria (лат.) — иск против собственника или арендатора судна, если им нарушен коммерческий контракт. См. *Exercitoria*.

Actio fiduciae (лат.) — иск вследствие отказа вернуть купленную в фидуциарном порядке вещь. См. *Fiducia*.

Actio noxalis (лат.) — иск о возмещении вреда, причиненного животным, рабом или ребенком.

Actio quod iussu (лат.) — иск кредитора к хозяину из договора, заключенного рабом от имени хозяина. Если хозяин уполномочил раба (или отец — сына, т.е. в любом случае зависимое лицо) заключать сделки на свой страх и риск, то посредством *actio quod iussu* он может быть призван к ответу, как будто бы это его собственные сделки.

Actiones in factum (лат.) — иски, основанные на факте. Классификация римских исков проводилась по системам права, положенным в основу исков. Различались гражданские иски, основанные на гражданском праве, и иски гонимые, или преторские, основанные на преторском праве (см. *Претор* в глоссарии). Иски, не соответствовавшие этим типам, но ставившие суждение (решение) в зависимость от какого-либо нового состава фактов, назывались *actiones in factum*.

Actiones temporalis (лат.) — иски, которые могут быть поданы в течение определенного времени (например, в рамках срока давности).

Actor (лат.) — исполнитель, управляющий, агент, менеджер, т.е. лицо, действующее обычно не от своего имени.

Ad hoc (лат.) — к случаю, к данному случаю, специально для этого случая, со специальной целью.

Adiaphoron (от др.-греч. ἀδιάφορος — неразличимый, безразличный) — вещи или явления, которые ничего не значат в религиозном или нравственном отношении: в философии Стои это безразличные вещи, ничего не значащие для достижения счастья (например, бедность и богатство), в христианстве — то, что не имеет значения для спасения.

Adjutorium (лат.) — помощь, содействие, поддержка.

Affines (лат.) — простые командитные товарищи.

Ager (лат.) — поле, участок, район страны, имеющий определенные границы и правовые характеристики. *Agri* (мн. ч.) — часто обозначает сельские земли в противоположность городским.

Ager compascuus (лат.) — общественная земля, используемая некоторыми членами общины (теми, кто имел примыкающие к ней участки).

Ager optimo jure privatus (лат.) — частный участок с хорошим правовым положением (например, обеспечивающий вхождение в ценз).

Ager privatus (лат.) — земля, находящаяся в собственности частного лица.

Ager publicus (лат.) — общественная земля, т.е. земля, находящаяся в собственности Римского государства.

Ager Romanus (лат.) — традиционная территория римлян.

Ager vectigalis (лат.) — государственная земля, или земля городской общины, отдаваемая в аренду частным лицам.

Agere cum populo (лат.) — действовать с народом. Имеется в виду право носителей империя (см. глоссарий) — консулов и преторов — созывать народное собрание для объявления выборов или принятия законов.

Amal (араб.) — действие, дело (как элемент веры).

Amendment (англ.) — поправка, дополнение.

Amhaarez (ивр.) — букв.: человек от земли, неуч, невежда, деревенщина; в евангельскую эпоху презрительная кличка, означающая человека, несведущего в еврейской письменности и религиозных законах.

Ανδρῆον (греч.) — мужской дом.

Antrustiones (лат.) — доверенные, верные (личная гвардия при дворе королей династии Меровингов).

Anwalt (нем.) — адвокат, защитник, поверенный.

Aperçus (фр.) — очерк, обзор; тонкое суждение, мнение.

A potiori (лат.) — большей частью, преимущественно, главным образом.

Αποφορά (греч.) — апофора, оброк, отчисление, взнос.

Arbitria (лат.) — решения третейского суда.

Assisa (лат.) — 1) законодательные акты и издания правовых норм, например, *Иерусалимские ассизы* (см. глоссарий); 2) в Англии во время Норманнского завоевания *writ of assise* — имущественные иски; 3) *court of assise* — регулярно собиравшиеся в графствах королевскими судьями и чиновниками суды присяжных.

Assisa novae disseisinae (лат.) — «ассиза о новом захвате» — форма иска о возвращении земель и помещений, незаконно отнятых у истца.

Attorney (англ.) — человек, официально уполномоченный вести дела от имени другого лица, прежде всего юрист.

Auflage (нем.) — в германском праве платеж, взимаемый с граждан по распоряжению правительства или местных властей помимо регулярных налогов для целей удовлетворения общественных потребностей. См. *Литургия* (гlossарий). Одной из разновидностей Auflage является возложение на бенефициара завещательного распоряжения обязанности полной или частичной передачи полученных им средств на благотворительные цели.

Avantparlier (фр.) — правозащитник, представитель в суде, выступающий от имени одной из сторон. См. также *Prolocutor*.

Avoué (фр.) — в судебной системе Франции юрист, в обязанности которого входит подготовка письменных материалов (*postulation*) при представлении интересов доверителя. Аналог — *solicitor* (см.). В противоположность этому функция адвоката (*avocat*) — устное выступление перед судом. В настоящее время эти две функции практически слились.

Bad law (англ. «плохой закон») — в английском праве нормы, которым прецедент заставляет формально подчиняться, хотя судье при этом хотелось бы иметь возможность вынести решение на основании конкретных ценностных соображений.

Beneficia (лат.) — бенефиции, привилегии.

Bittarbeit (нем.) — работа по просьбе, безвозмездное (однако в расчете на взаимность) оказание помощи тому, кто в силу обстоятельств в ней нуждается.

Bodies non corporate (англ.) — общности, не являющиеся корпорациями, не обладающие корпоративными правами.

Body politic (англ.) — «политическое тело» — метафора, означающая нацию как политическое единство, а впоследствии любую корпорацию (или, в терминах Макса Вебера, союз), имеющую политический характер.

Bona fides (лат.) — добросовестность, искренность, искренняя вера (в противоположность *mala fides*, т.е. недобросовестности, неискренности, нечестности).

Bukannu (жезл *bukannu*) — символ собственности в древней Месопотамии.

By law (англ.) — по закону, на основе закона.

Capitula legibus addenda (лат.) — дополнения (капитулярии) к законам. Имеются виду дополнения к варварским законам, принятым в эпоху *Меровингов* (см. glossарий), например, к салическим или баварским. Капитулярии имели тот же вес, что и сами законы. Как и законы, они представляли собой в основном «ценники» за вред, причиненный личности или имуществу, а также правила судебной процедуры и торжественно принимались на собраниях общин с одобрения народа, т.е. всех присутствовавших. См. *Тинг* (glossарий).

Causa (лат.) — причина.

Causae turpes (лат.) — причины, источники безнравственности. Применительно к контрактам — низменные, запрещенные законом основания, делающие контракт недействительным.

Causidico, causidici (лат.) — поверенный, поверенные.

Caveat emptor (лат.) — пусть остерегается покупатель (т.е. пусть покупатель будет осторожен, ибо он принимает на себя риск приобретения недоброкачественного или не соответствующего его ожиданиям товара) — древний принцип торгового права в условиях отсутствия обязательной законной гарантии.

Cavere (лат.) — заботиться, охранять — старейшая максима, руководившая деятельностью римских юристов, суть которой состояла в том, чтобы оградить интересы гражданина при совершении сделок, в частности советом не включать в договор какое-либо невыгодное условие. См. также *Responsa*.

Charta (лат.) — грамота, документ, письмо, сочинение.

Civitates privatorum loco habentur (лат.) — «союзы рассматриваются как частные лица» — формула, выражающая понятие юридического лица.

Clausula rebus sic stantibus (лат.) — «оговорка о неизменных обстоятельствах» — специальная оговорка в контракте, согласно которой основные правовые параметры до завершения действия контракта считаются неизменными, т.е. правила не меняются во время игры.

Coactus tamen voluit, coactus voluit (лат.) — даже под принуждением остается воля, или насилие предполагает свободу, т.е. насилие или принуждение может быть применено только к существу, обладающему свободой.

Code Civil — см. *Code Napoléon*.

Code Napoléon (фр.) — Кодекс Наполеона, он же *Code Civil*, или *Code Civil des Français*, т.е. Гражданский кодекс Франции, разработанный по поручению Наполеона Бонапарта и введенный в действие в 1804 г.

Coemptio (лат.) — коэмпция, т.е. покупной брак, брак по торговому праву, а также форма брака у плебеев, при которой бракосочетание сопровождалось символическим обрядом купли-продажи, либо фиктивный брак, в который женщина вступала для того, чтобы освободиться от тяготившей ее опеки или от обязательного фамильного культа. См. также *Confarreatio; Usus*.

Coge intrare, или compelle intrare (лат.) — заставь войти (в истинную веру) — фраза восходит к евангельской: «И сказал господин рабу: пойдь вдоль улиц и изгородей и заставляй войти, чтобы наполнился дом мой» (Лк. 14: 23). Слова эти часто использовались, в частности *Августином* (см. биобиблиографический указатель), как формула, оправдывавшая насильственное обращение иноверцев в христианство.

Collegia cultorum (лат.) — культовые общности, коллегии религиозной направленности, в частности, крупнейшие культовые коллегии римских священников: коллегия понтификов, которую возглавлял верховный понтифик, коллегия авгуров и др.

Collegium (лат.) — коллегия — в Древнем Риме любое объединение с правами юридического лица, которое могло выполнять социальные функции гильдии, сословного или делового клуба, религиозной общности.

Collegium mercatorum (лат.) — коллегия торговцев.

Commenda dare ad proficuum de mari (лат., от commendare — доверять) — вложение для получения выгоды от морской торговли. Коммендатор доверял купцу деньги и товары, с которыми тот участвовал в морской торговле, в обмен на долю в прибыли.

Commercium (лат.) — торговля, коммерческие отношения.

Common law (англ.) — общее право (см. глоссарий).

Commune (лат.) — общий, общее имущество.

Confarreatio (лат.) — конфареация, древнейший обряд заключения брака в семьях патрициев, который совершался в присутствии верховного жреца (*pontifex maximus*), фламينا (жреца) Юпитера и десяти свидетелей с приношением жертвы Юпитеру и другим богам. Брак по священному праву, в противоположность *coemptio* (см.)

Connubium (лат.) — сожительство, в том числе брачное, связь.

Consideration (англ.) — здесь: оплата, вознаграждение.

Consilarii (лат.) — советники.

Consilium (лат.) — совет.

Constitutum (лат.) — условие, уговор; постановление, определение, установление, закон.

Consuetudo (лат.) — привычка, обыкновение, обычай.

Consules (лат.) — консулы.

Contra legem (лат.) — против закона, вопреки закону.

Corporation sole (англ.) — единоличная корпорация, т.е. корпорация, состоящая из одного человека, место которого в случае его смерти или отставки занимает его преемник.

Corpus (лат.) — 1) тело; 2) личность, человек, лицо; 3) общность, община, организация, сословие, корпорация, цех, все граждане, государство в целом; 4) собрание, свод (например, законов).

Corpus collegii habere (лат.) — Макс Вебер здесь отсылает к одному месту из *Дигест* (см. глоссарий), относительно которого романисты ведут дискуссию, как говорится в MWG (1/22-3. S. 401), начиная с Гая. Полностью оно выглядит так: «*Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat*». Перевод: «Тем же, кому дозволено иметь объединение под названием коллегии, товарищества или каким-либо другим такого рода, свойственно по образцу общины (*rei publicae*) иметь общие имущества, общую казну и представителя (*actor*) или синдика, через которого так же, как в общине, то, что должно делаться и совершаться сообща,

делается и совершается» (Покровский И.А. История римского права / вступ. ст., пер. с лат., науч. ред. и коммент. А.Д. Рудокваса. СПб.: Летний сад, 1999. Примеч. 526). Вебер понимает это в том смысле, что *corpus habere collegii* предполагает наделение правомочностью, которая не следует непосредственно из концессионирования (MWG. 1/22-3. S. 401).

Counsel (англ.) — адвокат, советник, защитник, *барристер* (см. глоссарий).

Court of assise — см. *Assisa*.

Curia (от лат. *co-viria* — община мужей) — одно из древнейших административных подразделений римского населения, также в Риме место собраний и жертвоприношений.

De loco publico fruendo (лат.) — имеется в виду *Interdictum de loco publico fruendo*, т.е. запрет (интердикт) на извлечение доходов от общественных мест. *Loco publico* — общественная земля, которая принадлежит римскому народу и защищается от посягательств частных лиц, например, богатых арендаторов, преторскими запретами — интердиктами.

Decisions (англ.) — решения.

Deus absconditus (лат.) — бог сокрытый, бог сокровенный.

Diadikasiae (греч.) — правовой спор, в котором участвуют две или несколько сторон, претендующих на право владения чем-либо или, наоборот, на освобождение от какого-то обязательства. *Diadikasiae* часто встречалась в наследственных спорах. См. также *Vindicatio*.

Dolus malus (лат.) — злонамеренность, злой умысел.

Dominium (лат.) — собственность по римскому праву, полное право на какую-либо вещь (см. также *Possessio*).

Einlager (нем., лат. *obstadium*) — средневековый правовой обычай: должник, не выплативший долг в назначенное время, по требованию кредитора был обязан перейти в указанное ему место и под угрозой бесчестия находиться там, пока кредитор не будет удовлетворен. Норма применялась и к лицам духовного звания, и даже к судьям, если они отклоняли законный иск или затягивали его рассмотрение. Правило было отменено в XVI в. Подход, подобный тому, на который ссылается Вебер, описан в китайском праве (MWG. 1/22-3. S. 330).

Emptio venditio (лат.) — купля-продажа; договор о купле-продаже, контракт при покупке. Под конец Республики контракт находился под защитой *actio empti* или *actio venditi*. Процесс мог начать как покупатель при неисполнении контракта, так и продавец в случае неуплаты денег за покупку.

Equity (англ.) — справедливость, беспристрастность, также право справедливости — правовой институт, действовавший с XIV в. в рамках традиции английского *общего права* (см. глоссарий), дополняя его в определенных случаях. По причине формализма общего права большинство людей не имело возможности подавать иски в суды, что заставляло их обращаться к королю напрямую, прося его о «милости и справедливости». Жалобы направлялись лорд-канцлеру, при котором был создан специальный Канцлерский суд (*Chancery*

Court), также известный как «суд справедливости» (поскольку считалось, что, раз он не зависит от системы общего права, то при вынесении решений руководствуется лишь принципами справедливости). Чаще всего право справедливости применялось в области гражданских правоотношений. С конца XIX в. оно формально стало частью общего права.

Ex cathedra (лат.) — по должности, букв.: с кафедры, с амвона. Первоначально употреблялось в связи с догматом католической веры относительно непогрешимости папы, суждения которого не подлежат сомнению и критике только в том случае, если делаются *ex cathedra*, в рамках исполнения обязанностей верховного понтифика. Это означает, что непогрешимость — не качество человека, исполняющего должность, а качество должности.

Ex delicto (лат.) — по причине правонарушения (деликта). Могут быть деликтные обязательства — это обязательства из правонарушения, т.е. из причинения вреда. Может быть также деликтный иск. Ответственность наступает, если есть соответствующий иск, нет иска — нет деликта.

Exercitoria (лат.) — особая форма иска. Ю. Барон объясняет суть *actio exercitoria* на примере: если корабельщик (*exercitor navis*) назначил кого-либо капитаном корабля, то он отвечает перед третьими лицами, с которыми заключит договор капитан, за полное исполнение всех договоров и обязан уплатить по займу, если последний был необходим (например, для ремонта корабля), хотя бы капитан растратил деньги на другие цели. В общем, заключает Ю. Барон, «корабельщик, хозяин предприятия, давший поручение.., отвечает за исполнение договоров, заключенных капитаном, инститором, мандаторием, даже если эти лица исполняют договор ненадлежащим образом» (*Барон Ю. Система римского гражданского права: в 6 кн. Книга четвертая. Обязательственное право.* СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. С. 604).

Expressis verbis (лат.) — отчетливыми словами, прямым текстом.

Extra ecclesiam nulla salus (лат.) — вне церкви нет спасения.

Fas (лат.) — 1) божественный закон; 2) все правомерное, разрешенное, законное в глазах богов, в противоположность неправомерному, нелегитимному в религиозном смысле. Последнее обозначается термином *nefas*.оборот *per fas et nefas* означает: любыми средствами, дозволенными и недозволенными; всеми правдами и неправдами.

Fautes valent exploits (франц.) — ошибка стоит акта. Подразумевается, что ошибка в исполнении уничтожает правовую процедуру в целом. То же самое относится к магической процедуре.

Fee simple (англ.) — вид собственности на землю, когда собственник имеет право держать, использовать и передавать землю по своему желанию; недвижимость, наследуемая без ограничений.

Festuca (лат.) — жезл, которым по ритуалу римский претор прикасался к отпускаемому на волю рабу. У Вебера применительно к германскому праву — *festuka*.

Fides (лат.) — вера, доверие.

Fiducia (лат.) — одна из форм залога. Должник либо поручитель продает вещь кредитору с тем, чтобы при условии неисполнения должником своего обязательства вещь осталась в собственности кредитора. При условии исполнения долга кредитор продает вещь обратно залогодателю. Однако эта обязанность кредитора (залогодержателя) по обратной продаже была скорее моральной, чем правовой, только позже она была обеспечена иском, т.е. стала правовой в собственном смысле слова. См. *Actio fiduciae*.

Fratres arvāles (лат.) — арвальские братья, или братья-пахари, — коллегия в Древнем Риме, состоящая из 12 жрецов, возносивших моления о ниспослании урожая и процветании общины.

Fundus (лат.) — земля, земельное владение, поместье.

Gemeinderschaft (нем.) — одна из форм общинного владения; создается индивидами, находящимися в родственных отношениях, которые договариваются о том, что любое наследуемое имущество добавляется к общему имуществу и не подлежит отделению. Система была особенно распространена в сельских общинах Швейцарии в Средние века.

Hand muß Hand wahren (нем.) — принцип защиты добросовестного приобретателя от заявляющего претензию собственника. Согласно римскому праву собственник мог отобрать вещь назад при помощи иска о собственности, так называемой виндикации (см. *Vindicatio*), даже у добросовестного приобретателя. В германском праве, наоборот, действовало правило «Рука за руку отвечает», согласно которому только вещи, вышедшие из рук владельца против его воли (похищенные, потерянные), могли быть истребованы у любого третьего лица. А те вещи, которые он передал кому-либо добровольно, в случае продажи их третьим лицам не могли быть истребованы у добросовестного приобретателя. Прежний собственник имел лишь право на иск об убытках к тому, кому он их доверил.

Imperium (лат.) — см. *Империй* в глоссарии.

Improbitas (лат.) — бесчестность, аморальность, бессовестность, бесстыдство.

Improbis intestabilisque (лат.) — бесчестный и недостойный быть свидетелем. Лица, уличенные в нечестности, утрачивают частично или полностью гражданскую правоспособность. Согласно Авлу Геллию, «в тех же Таблицах [XII таблиц] можно также прочесть: “Если тот, кто будет выставлен как свидетель или весовщик (*libripens*), откажется давать свидетельские показания, пусть будет он признан бесчестным и недостойным быть свидетелем (*Improbis intestabilisque*)”» (кн. XV, гл. 13). Наказание это весьма тяжелое, ибо на практике это равнялось лишению человека способности к гражданским юридическим действиям. *Intestabilis* не мог не только сам совершать такие акты и свидетельствовать о них, но и быть даже свидетелем на суде.

In foro conscientiae (лат.) — перед судом совести; с точки зрения моральных, а не правовых обязательств.

Infamia — см. *Инфамия* в глоссарии.

Injunction (англ.) — распоряжение, предписание, судебный запрет.

Institutiones — см. *Институции* в глоссарии.

Jury (англ.) — жюри присяжных, коллегия присяжных.

Jus (лат.) — право, справедливость, совокупность законов, система прав, законодательство.

Jus avocandi (лат.) — право отзыва, право вышестоящего суда отозвать для собственного рассмотрения и решения дело из нижестоящего суда; в Священной Римской империи — право короля, считавшегося верховным судьей, отозвать любое дело и передать его в любой из королевских судов.

Jus civile (лат.) — гражданское (гражданское) право.

Jus gentium (лат.) — право народов, правовая система в Древнем Риме, сложившаяся при разрешении споров между иностранцами (*peregrini*) и римлянами и бывшая частью единого римского права.

Jus honorarium (лат.) — право, устанавливавшееся эдиктами магистратов.

Jus terrae — у Вебера право страны, общее право в противоположность праву общины, особому праву.

Jussus (лат.) — приказание, распоряжение.

Juste (лат.) — справедливо, законно, по праву, по справедливости, как следует.

Justitia (лат.) — справедливость, правосудие, право, благочестие, почтительность (например, к родителям, к старшим по возрасту).

Justum pretium (лат.) — справедливая цена. Согласно учению средневековых схоластов, ведущему свое происхождение от Аристотеля, справедливой считается цена, покрывающая издержки производства и обеспечивающая производителю (ремесленнику) «соответствующее сословию» содержание. Спрос при этом во внимание не принимается.

Label (англ.) — ярлык, знак.

Leges barbarorum (лат.) — законы варваров, или варварские правды — сборники норм права, действовавших у древнегерманских народов в период формирования у них государства, составленные в V–IX вв. Играли роль судебныхников, т.е. перечней штрафов и других наказаний за те или иные преступления. Латинское название этих памятников — *Lex* («закон») с добавлением названия племени или народа (например, *Lex Saxonum*). На русском языке они по аналогии с *Русской Правдой* (см. глоссарий) называются «правдами».

Leges datae (лат.) — данные законы (лат.), например, специальные права и привилегии, данные отдельным общинам при покорении территории магистратами-полководцами от имени народа Рима.

Leges Romanae, Leges Romanae barbarorum (лат.) — законы римлян, варварские законы римлян — широкое понятие, обозначающее сборники права, выпускаемые германскими королями для своих подданных римского происхож-

дения начиная с VI в.: *Lex Romana Visigothorum*, *Lex Romana Burgundionum* (Восточнототский римский закон, Бургундский римский закон) и т.д. Римляне и германцы жили по разным законам, хотя и под управлением германских королей. Римское право *Leges Romanae* значительно уступало классической римской юриспруденции, было примитивным и грубым и представляло собой так называемое *вульгарное право* (см. глоссарий). Часто его влияние было настолько сильным, что подавляло национальное право (романизация). В конечном счете вырабатывались правовые системы, соединявшие черты римского и национального права.

Λειτουργία (греч.) — *литургия* (см. глоссарий), общее дело, общественная служба.

Lex (лат.) — закон, правовая норма, правило, принцип, порядок.

Lex Aebutia (лат.) — закон Эбуция, был принят в ранний республиканский период, предположительно в 149–126 гг. до н.э. Предполагается, что этим законом были введены 1) так называемый *формулярный процесс* (см. глоссарий) судопроизводства и 2) правило о том, что при законодательном введении какой-либо новой должности (нового предприятия) в ее исполнении (его реализации) не имел права участвовать ни автор законопроекта о ее (его) введении, ни его родственники или товарищи.

Lex rogata (лат.) — законодательный акт, одобренный народным собранием, т.е. формально народом, который представлял собой высшую власть в Риме.

Lex Salica (лат.) — *Салическая правда* (см. глоссарий) — древний судебник салических франков, обосновавшихся на территории Римской Галлии и создавших в V–VI вв. самое крупное варварское королевство в Западной Европе.

Lex terrae (лат.) — в немецком Средневековье — право страны, т.е. общее право крупного регионального союза в противоположность особым правам, относящимся к особым общностям или объединениям лиц (например, цеховым союзам, городам или марковым общинам).

Libel Act (англ.) — закон о клевете в печатной или письменной форме.

Living wage (англ.) — прожиточный минимум.

Locatio (лат.) — размещение, распределение, сдача в аренду, арендный договор.

Locatio conductio (лат.) — договор о найме имущества, предоставлении услуг или труда за вознаграждение. *Locator* что-то предоставляет (*locat*) в распоряжение, а *conductor* это предоставленное получает. В рамках контракта могут быть предоставлены и получены материальные объекты (движимые и недвижимые), услуги, труд.

Lögsaga, *lag saga* (*lög* — закон, *saga* — говорение) — сказание закона — у средневековых скандинавских народов система создания и применения права. См. *Лёгзага* в глоссарии.

Mala fides — см. *Bona fides*.

Manceps (лат.) — приобретатель на аукционе, с торгов, покупатель государственных имуществ, скупщик, откупщик государственных доходов, предприниматель, поставщик, подрядчик (общественных работ), арендатор.

Mancipatio (лат.) — манципация — в римском праве акт фиксации перехода права собственности от одного лица к другому, при котором отчуждаемая вещь в присутствии пяти свидетелей и весовщика передавалась приобретателю при произнесении строго определенных словесных формул и выполнении обряда с весами и медным слитком. См. также *Per aes et libram*.

Mandatum (лат.) — договор поручения, по которому одна сторона (доверитель — *mandans*) поручала сделать что-либо в своих интересах, а другая сторона (поверенный — *mandator*) безвозмездно принимала на себя исполнение поручения. Предмет договора поручения — действия как юридического характера (заключение сделки), так и фактического (получение купленной доверителем вещи). Под этот договор подпадали услуги врачей, учителей, юристов, служителей культа, работников культуры и искусства.

Μοῖρα (греч.) — участь, судьба, доля.

Municipium (лат.) — муниципий — город, население которого получало в полном или ограниченном объеме права римского гражданства и право на самоуправление.

Mutuum (лат.) — взаимность, обоюдность; римское название беспроцентного займа.

Nefas — см. *Fas*.

Negotiatores (лат.) — приказчики.

Nexum (лат.) — термин, в широком смысле означающий всякого рода правовые сделки, известные под именем манципаций, в узком смысле (более употребительный вариант) — договоры займа и другие, предметом которых служили деньги. Первоначально это был договор займа под гарантию личной свободы.

Noxae datio (лат.) — «передача вреда». Ноха означает вред; если вред был причинен животным, хозяин животного может передать его тому, кому был причинен вред, избежав тем самым *actio de pauperie* (см.). То же самое может быть сделано с рабом, если вред причинил раб. В ранний период римского права это правило было применимо к детям.

Pactus (лат.) — обусловленный соглашением, предусмотренный, оговоренный.

Πάντα μοι ἔξεστιν (греч.) — начальные слова стиха из первого Послания коринфянам (1 Кор. 6: 12): «Все мне позволительно, но не все полезно; все мне позволительно, но ничто не должно обладать мною». Это толкуется в том смысле, что все дозволено, но не все разумно или полезно.

Par majorve potestas (лат.) — посредством большей власти. См. *Интерцессия* в глоссарии.

Patres (лат.) — патриции, члены римского сената; старейшие из патрициев.

Patria potestas (лат.) — отцовская власть.

Peculium (лат.) — собственность, имущество; здесь: особый род имущества — переданное господином рабу или отцом сыну (в любом случае господином — подвластному лицу) для хозяйствования, но остающееся в собственности господина. По долгам, которые могут возникнуть в результате такого хозяйствования, отвечает господин (хозяин раба или отец семейства) посредством *actio de peculio* (см.).

Pensum (лат.) — масса, взвешенное.

Per aes et libram (лат.) — букв.: с помощью меди и весов. Обозначение процедуры сделки в римском праве. Сделка совершалась в присутствии пяти свидетелей и весовщика (*libripens*) с весами. В древнейшую эпоху, когда в качестве денег фигурировал металл в слитках, нужно было при займе отвесить условленное количество этого металла. С введением монет это стало простой формой: будущий кредитор брал маленькую монетку и, ударив ею по весам, передавал ее должнику вместо подлинных денег, которые вручались или несколько раньше, или несколько позже. См. также *Mancipatio*; *Пенсаторные платежные средства* (глоссарий).

Per tempora (лат.) — на время, на некоторое время.

Petitio principii (лат.) — то же, что «порочный круг», или *idem per idem* (доказательство того же тем же), — логическая ошибка, состоящая в том, что в качестве основы доказательства явно или скрытно принимается положение, которое само нуждается в доказательстве.

Popolo grasso (итал.) — «жирный народ» — общественный слой, возникший из соединения дворянства с купечеством.

Populus Romanus (лат.) — народ Рима.

Possessio, possessio precarium (лат.) — пребывание во временном пользовании, в найме, завладение; подразумевается фактическое распоряжение вещью, т.е. фактическое осуществление собственности, которое противопоставляется полному владению в правовом смысле (*possessio juris*) и регулируется путем перехода права собственности по давности владения либо *интердиктом* (см. глоссарий). См. также *Dominium*.

Possessorium (лат.) — иск о владении.

Possessorium summariissimum (лат.) — промежуточное судебное решение о «замораживании» ситуации владения на время до вынесения решения судьи.

Posterius (лат.) — вторичное, последующее.

Potestas (лат.) — власть, должностные полномочия.

Praeter legem (лат.) — вопреки закону.

Prius (лат.) — предшествующий, первичный.

Private bill (англ.) — акт, который принимается законодателем с целью обеспечения определенных преимуществ, улучшения положения или оказания помощи конкретному лицу, группе лиц или корпорации и может состоять в исключении из действия какого-то другого закона, предоставлении исключи-

тельной привилегии или освобождении от ответственности за какое-либо неверное действие. Противоположностью ему является *public bill*, который адресуется всем индивидам в пределах юрисдикции законодателя.

Procurator (лат.) — представитель, поверенный, уполномоченный.

Profiteri (лат.) — объявлять себя, признавать.

Prolocutor (лат.) — тот, кто говорит за другого, правозаступник, защитник.

Publicum (лат.) — государство, общество, общественность, государственное, общественное, публичное.

Quantité négligeable (фр.) — ничтожно малая величина.

Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere (лат.) — что порочно с самого начала, то не может быть исправлено течением времени. Пример употребления — у А.Ф. Кони: «В самом учреждении попечительство было нечто неудачное, колебавшее доверие, которого нельзя получить в кредит, — это было больное место, которое постоянно давало себя чувствовать и осуществляло старинное латинское изречение: *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convallescere non potest*». (Кони А.Ф. По вопросу об упразднении попечительств о народной трезвости в их настоящем виде // Кони А.Ф. На жизненном пути. Ревель — Берлин, 1922. Т. 2. С. 512).

Quod universitati debetur, singulis non debetur (лат.) — что должна корпорация, не должны ее отдельные члены. Полностью эта фраза звучит так: «*Siquid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent*» — «Если что причитается корпорации, отдельным [ее членам] это не причитается, и что должна корпорация, не должны ее отдельные члены» (Покровский И.А. История римского права / вступ. ст., пер. с лат., науч. ред. и коммент. А.Д. Рудковского. СПб.: Летний сад, 1999. Примеч. 523).

Ratione temporum habita (лат.) — сообразуясь с требованиями времени.

Reasonable (англ.) — разумный, обоснованный.

Receptum (лат.) — принятое обязательство, обязанность, гарантия; в римском праве название различных неформальных договоров, которые в противоположность нормам общего обязательственного права пользовались юридической защитой, например, обязанность банкира по распоряжению клиента выплатить деньги третьему лицу.

Respondere (лат.) — отвечать, давать советы или заключение по судебным делам, защищаться от обвинений, давать юридическое заключение.

Responsa, Responsa prudentium (лат.) — ответы, ответы юристов — один из источников римского права. Деятельность юристов в Древнем Риме состояла в выполнении трех основных функций: *cavere* (составление формул исков и сделок), *agere* (участие в судебных заседаниях) и *respondere*. Функция *respondere* состояла в ответах на запросы частных лиц и адвокатов по тем или иным вопросам юридического характера. Мысли юристов, запечатленные в ответах, стали одним из источников *jus scriptum* — писаного права. Самый известный и влиятельный образец таких *responsa* — сборник «Дигесты», составленный Юлианом Сальвием.

Richtsteige (нем.) — «указатели пути». Обозначение двух средневековых правовых книг, описывающих процесс судопроизводства. *Richtsteig* происходит от *richten* — указывать, направлять, и *Steig* или *Weg* — путь. Первая из книг, прилегающая к «*Саксонскому зеркалу*» (см. глоссарий), описывает процесс в судах по общему, земскому праву (*Landrecht*), ее автор — *Johann von Buch*, вторая посвящена процессу судопроизводства по ленному праву. Обе относятся к середине XIV в.

Rotae (лат.) — высшие суды средневековых итальянских городов. Название происходит от *Rota* — высшего папского трибунала по церковным и светским делам.

Sacer esto (лат.) — ритуальная формула как благословения, так и проклятия, букв.: «да будет свят, да будет посвящен божеству!». Слово *sacer* означает как священный, святой, великий, так и обреченный подземным богам, проклятый, гнусный. При посвящении вышним богам это благословение, а при посвящении подземным богам — проклятие.

Sacra (лат.) — святое, священное: священные предметы, утварь, обряды, богослужения, жертвоприношения, жертвы, тайны, таинства, мистерии.

Seewurf (нем.) — выбрасывание груза за борт для облегчения и спасения корабля и остального груза. Выбрасывание груза в римском праве регулировалось посредством так называемого *lex Rhodia de jactu* — Родосского закона об авариях. Если для спасения корабля и груза часть последнего будет выброшена за борт, то убыток разлагается пропорционально на всех заинтересованных в спасении, т.е. на хозяина корабля и хозяев товара. Выброшенные за борт товары остаются собственностью корабельщиков, поскольку они не выброшены за ненадобностью. Присвоивший найденный товар будет обвинен в воровстве.

Si civis Romanus esset (лат.) — формула, открывающая возможность использования гражданского права для неграждан. Претор объявляет решение, предвзяя его словами: «Как если бы он был гражданином Рима...».

Siete Partidas (исп.) — «Семь партий», или «Уложение в семи частях», или просто «Части» (*Partidas*), — кастильское собрание статутов, впервые созданное во время царствования Альфонсо X Кастильского, короля Кастилии и Леона (1252–1284), с целью выработки единого свода прав для всего королевства.

Simulata pro veris accipiuntur (лат.) — восприятие фикции как истины — несколько измененная часть фразы «*Judicia sunt tanquam juris dicta, et pro veritate accipiuntur*» — «Мнения представляют собой как бы суждения закона и поэтому воспринимаются как истинные». Речь идет о правовых фикциях, т.е. об обстоятельствах, когда закон требует воспринимать как истинные суждения, истинность которых не может быть доказана. Простейший пример — положение *Code Napoléon*, вошедшее в гражданское право большинства стран, о том, что отцом ребенка, родившегося в браке, является муж. Считается, что правовые фикции пришли из сакрального права, которое предполагало существование

высказываний, являющихся истинными, даже если их истинность не может быть доказана.

Societas (лат.) — 1) общность, общее, общение, связь, союз, (близкие) отношения, соучастие, сотрудничество; 2) товарищество, объединение, политический союз; 3) торговое общество, компания; 4) общество генеральных откупщиков (публиканов).

Societas maris (лат.) — морское сообщество, вид коммерческой организации в Италии в Средние века. См. *Комменда* в глоссарии.

Socii (лат.) — товарищи, компаньоны.

Socii vectigalium publicorum (лат.) — члены общества генеральных откупщиков (см. *Societas 4*), публиканы, т.е. откупщики государственных доходов — налогов и пошлин (*vectigalia* — налоги).

Sodalicia, sodalitates (лат.) — братства, товарищества, вообще группы лиц, бравших на себя заботы о поддержании культа или вновь вводимого, или такого, который не мог поддерживаться родом (*gens*) по причине его вымирания. Впоследствии это понятие стало обозначать общественные ассоциации и обобществления и как таковое совпадало по содержанию с *collegium* (см.).

Solicitor (англ.) — категория адвокатов в Великобритании, ведущих подготовку судебных материалов для ведения дел *барристерами* (см. глоссарий) — адвокатами более высокого ранга. Солиситоры также работают юрисконсультами в различных организациях и имеют право вести судебные дела в судах низших инстанций.

Sponsio (лат.) — древнейший вид вербального договора в римском праве. Во-первых, он понимался как формальное, религиозно обоснованное обязательство, которое практиковалось на любом уровне — от обязательства жениться до обязательств магистратов в отношениях с другими народами. Во-вторых, *sponsio* существовал как взаимное соглашение между тяжущимися сторонами. «Каждый из спорящих выставлял свое утверждение («ты должен мне столько-то»; «я тебе ничего не должен» и т.п.) и на случай своей неправоты назначал для себя известный штраф, который он обещал уплатить противнику. Это обещание облекалось в особую форму вопроса и ответа (*stipulatio*) и называлось *sponsio*, с одной стороны, и *restipulatio* — с другой. На основании этих *sponsiones* возникал уже затем обыкновенный процесс об обещанном штрафе: кто кому должен его уплатить» (*Покровский И.А.* История римского права / вступ. ст., пер. с лат., науч. ред. и коммент. А.Д. Рудокваса. СПб.: Летний сад, 1999. С. 165). См. также *Stipulatio*.

Sponsio correalis (лат.) — корреальный договор. В гражданском праве порождает корреальное обязательство, т.е. обязательство, возлагающее ответственность за его выполнение в целом на всех должников вместе и на каждого из них в отдельности. Отличие от солидарного обязательства состоит в том, что, если долг целиком отдает один из должников, в случае солидарного обязательства он может потребовать от содолжников возмещения приходящейся на

них части обязательства, в случае же корреального обязательства он этого права лишен. Этот достаточно сложный правовой механизм возник как результат осмысления делимых и неделимых обязательств. В нынешнем праве практически не применяется.

Statute law, statutory law (англ.) — в странах англосаксонской правовой системы совокупность норм права, создаваемых законодательными органами, в том числе органами местного самоуправления (в противоположность *common law*, имеющему прецедентный характер).

Stipulatio (лат.) — в римском праве — формальный, абстрактный, устный контракт, устанавливающий обязательство. Стипуляция заключалась посредством установленной словесной формулы, используя которую спрошенный отвечал, что даст или сделает то, о чем его просили. Происходит из *sponsio* (см.) Так же как *sponsio*, первоначально была односторонним обязательством. Различие состоит в том, что *sponsio* заключался только между римскими гражданами, а *stipulatio* — «между всеми людьми» (Гай).

Subpoena (англ.) — повестка, посредством которой государственный орган, обычно суд, предписывает лицу явиться для представления определенного свидетельства под угрозой наказания в случае отказа. Термин имеет средневековые корни и происходит от лат. *sub poena*, что означает «под угрозой наказания».

Superadditum (лат.) — добавленное.

Tacitus consensus omnium (лат.) — молчаливое общее согласие.

Trespass (англ.) — правонарушение, незаконное действие, причинившее вред личности, имуществу или правам другого, обычно сопряженное с насилием или угрозой насилия.

Tribunus plebis (лат.) — народный трибун — должность, учрежденная для охраны плебса от злоупотреблений высших сословий.

Trust (англ.) — 1) доверие, уверенность в ком-либо (см. *Fides; Fiducia*); 2) правоотношение, состоящее в том, что одно лицо или одна компания (*trustee*) управляет имуществом, доход от которого предназначается другому лицу или компании (*beneficiary*); 3) группа компаний, объединяющихся с целью контроля рынка.

Trustee — см. *Trust*.

Ultima ratio (лат.) — последний довод.

Ultra vires (лат.) — с превышением власти, с превышением полномочий, с выходом за пределы юрисдикции.

Unfair (англ.) — неправильно, нечестно, неподобающе.

Universitas (лат.) — здесь: объединение, коллектив, корпорация.

Uno actu (лат.) — одним действием, одним и тем же актом.

Usus (лат.) — брак «по давности», ранняя форма брака в римском праве: женщина, прожившая безотлучно в доме своего фактического мужа один год, признавалась его законной женой, т.е. передавалась в его власть. Чтобы из-

бежать такого брака, согласно Законам двенадцати таблиц достаточно было ежегодно отлучаться на три ночи подряд из своего дома (*trinoctium*), прерывая таким образом годичное совместное проживание.

Usus modernus (лат.) — современное применение.

Usus modernus Pandectarum (лат.) — современное использование Пандектов.

Vadiatio (лат.) — форма договора с залогом в раннем германском праве. Кредитор получал в залог вещь, которая переходила в его собственность, если должник не расплачивался вообще или не расплачивался вовремя.

Vice legis (лат.) — вместо закона, в роли закона.

Vindicatio (лат.) — в гражданском праве способ защиты права собственности, с помощью которого собственник может требовать свое имущество из чужого незаконного владения. Согласно римскому праву собственник может виндигировать свое имущество у недобросовестного, а если имущество приобретено безвозмездно, то и у добросовестного приобретателя независимо от того, каким путем оно выбыло из владения собственника. Добросовестный приобретатель — лицо, которое не знало и не могло знать, что приобрело собственность у того, кто не имел права ее отчуждать. С учетом того, что в Римской империи была весьма оживленная торговля, виндикация создавала значительные трудности для покупателей. Они никогда не могли быть уверены в том, что после оплаты покупки не появится некто, претендующий на нее, способный доказать право собственности, и не отберет ее. Антиподом римской виндикации стало немецкое правило *Hand muß Hand wahren* (см.).

Writ (англ.) — в *common law* обычно письменное предписание от какого-либо административного или судебного органа, как правило, суда; то же, что *subpoena* (см.). В Средневековье это обычно предписание от короля конкретному лицу с требованием совершения определенного действия, например, предписание кому-то из приближенных дворян явиться в такое-то время в такое-то место в боевом снаряжении в сопровождении венной дружины.

Writ of assise — см. *Assisa*.

Writ of assumpsit (англ.) — в раннем английском праве обозначение формы иска с целью возмещения потерь от неисполнения контракта.

Χατ' ἐξοχήν (греч.) — особенно, преимущественно, по сути.

Κλήρος, *Kleros* (греч.) — часть, доля, пай, парцелла, наследственная доля в земельной собственности. См. также *Fundus*.

Словарь понятий Макса Вебера

«Хозяйство и общество» представляет собой космос специфических понятий, отражающих особенное веберовское видение социальной жизни. Настоящий словарь призван, с одной стороны, по мере возможности систематизировать это видение, а с другой — помочь читателям ориентироваться в масштабном труде, что особенно необходимо еще и потому, что Вебер далеко не всегда заботился об удобочитаемости собственных работ. Он сам пишет в первых строках своего труда, что научная точность важнее, чем популярность изложения.

В словарь включены не только понятия, введенные в научный оборот Максом Вебером, но и некоторые общепринятые понятия и термины, которые, однако, Вебером применяются в специфическом, только для его работ характерном смысле. В основном в словарь вошли понятия и термины, встречающиеся в настоящем, третьем томе, но частично отражена также терминология предыдущих томов. Представленные ниже определения с максимально возможной точностью воспроизводят собственные веберовские дефиниции и характеристики соответствующих терминов.

Автокефалия (Autokephalie) — возможность определения (путем выборов или назначения) руководителя и штаба *союза* самим союзом в соответствии с его собственным *порядком*, а не внешними по отношению к союзу лицами, как при *гетерокефалии*.

Автономия (Autonomie) — в противоположность *гетерономии*, возможность установления порядков союза не посторонними лицами, а самими членами союза именно в силу этого их качества. Применительно к праву понятие автономии состоит в существовании ограниченного по определенному признаку, постоянного или меняющегося круга лиц, подчиняющихся в силу согласия или по уставу особому праву, которое может изменяться им по собственному усмотрению.

Авторитет (Autorität) — см. *Господство*.

Альменда (Almende, Almande) — правовая форма общинной собственности, представляющей собой часть угодий *общины* или *товарищества*, не распределенную в качестве парцелл в пользу индивидуальных членов. См. *Марка*.

Антиномия формальной и материальной рациональности (Antinomie der formalen und materialen Rationalität) — если антиномию в логическом смысле можно определить как принятие в качестве истинных двух взаимно отрицающих друг друга суждений, то в социологическом смысле антиномия двух типов рациональности представляет собой признание необходимости одновременной реализации двух типов социального действия, каждый из которых является отри-

цианием другого. Эта антиномия, имеющая место в экономике (см. *Формальная и материальная рациональность хозяйства*), в праве (см. *Правосудие кади*), в управлении и других областях, представляет собой, согласно Веберу, фундаментальную иррациональность социальной жизни и познания. См. *Формальная и материальная рациональность*.

Апроприация (Apropriation) — процесс закрытия монополизируемых социальных и экономических возможностей по отношению к чуждым *общности* лицам и группам, а также и внутри самой общности, т.е. по отношению к *товарищам*. Апроприировать что-либо (собственность, право, возможность) в пользу индивида (союза, общности) означает присвоить это себе, каким-то образом лишив этого других (индивидов, союзов, общностей). Способы апроприации — это способы, какими *закрытые социальные отношения* обеспечивают свои монополистические возможности.

Блага (Güter) — в экономическом смысле это носители полезности, каковы-ми могут являться как неодушевленные объекты, так и человеческие действия. Вещные носители полезности (все равно, какого рода) называются вещными благами, а выполняющие эту функцию человеческие действия в их активном проявлении — услугами. Не все наглядные вещные единства являются вещными благами. Благо в смысле возможной полезности — это в строгом смысле слова не лошадь или, например, железный прут, а отдельные, оцениваемые как желаемые, предполагаемые возможности их использования (способность везти груз, выдерживать вес или что угодно еще). В соответствии с этой терминологией не являются вещными благами возможности, заложенные в таких объектах хозяйственного оборота (покупки, продажи и проч.), как клиентура, залог, собственность. Но перспективы, которые через эти предоставляемые или гарантируемые *порядком права распоряжения* вещными благами и услугами открываются для хозяйства, должны простоты ради называться экономическими возможностями (или просто *возможностями* там, где это понятно без оговорок).

Бюрократия (Bürokratie) — одно из самых важных понятий социологии Вебера. Это: 1) самый эффективный и рациональный способ управления; 2) современная эффективная форма господства; 3) высшая на сегодняшний день ступень рациональной организации социального действия.

Власть (Macht) — любая *вероятность* реализации своей воли в данном социальном отношении даже вопреки сопротивлению, на чем бы эта вероятность ни основывалась. Понятие «власть» социологически аморфно, это значит, что любые человеческие качества и любые сочетания обстоятельств могут помочь человеку реализовать свою волю в сложившейся ситуации. Власть не тождественна *господству*.

Вероятность (Chance) — согласно Веберу, одна из главных характеристик социальных отношений. Социальная структура не существует, так сказать, постоянно в «овеществленном» виде, имеется лишь вероятность того, что *социальное действие* будет воспроизводиться в дальнейшем. Например, *государство*

в социологическом смысле перестает существовать, если исчезла вероятность реализации определенных видов осмысленно ориентированного социального действия. Кроме того, по Веберу, социальные науки не формулируют строго детерминистские законы, но констатируют вероятностный характер совершения тех или иных социальных действий. См. *Возможность*.

Возможность (Chance). Термин *chance* используется Вебером в двух значениях: 1) возможность; 2) *вероятность*. Под возможностями Вебер понимает в основном экономические возможности; экономическими возможностями называются возможности хозяйственного действия, которыми располагает хозяйство в силу обычая, конкретной констелляции интересов или (конвенционально либо юридически) гарантированного *порядка*. Апроприированные возможности называются *правами*. См. *Блага*.

Гарантированное объективное право — *порядок* при наличии аппарата принуждения, т.е. одного или нескольких лиц, готовых к проведению в жизнь этого порядка с помощью специально предусмотренных средств принуждения (правовое принуждение).

Гетерокефалия — см. *Автокефалия*.

Гетерономия — см. *Автономия*.

Гильдия, цех (Gilde, Zunft) — закрытое социальное отношение, возникающее, когда некий ограниченный круг полноправных членов монополизирует распоряжение соответствующими идеальными, социальными и экономическими благами, возможностями и жизненными позициями как *профессию*.

Господство (Herrschaft) — *вероятность* того, что некоторая группа людей будет повиноваться некоему приказу (или приказам). То есть это не любая возможность реализации *власти* или влияния. Господство («авторитет») в этом смысле выражается в подчинении, которое каждый раз может вызываться разными мотивами — от простой *привычки* до чисто *целерациональных* (см. *Целерациональность*) соображений. Каждому подлинному отношению господства свойствен определенный минимум желания подчиниться, а следовательно, внешней или внутренней заинтересованности в подчинении. См. *Типы господства*.

Государство (Staat). Определение государства у Вебера с трудом поддается переводу на любой язык по причине как его чисто языковой специфики, так и специфичности используемых при этом категорий веберовской социологии. По-немецки оно звучит так: «Staat soll ein politischer Anstaltsbetrieb heißen, wenn und insoweit sein Verwaltungsstab erfolgreich das Monopol legitimen physischen Zwanges für die Durchführung der Ordnungen in Anspruch nimmt». Ключевое значение здесь имеет изобретенный Вебером термин «Anstaltsbetrieb» (Anstalt — учреждение, Betrieb — предприятие), калькой с которого является выражение «учрежденческое предприятие» или, может быть, «учрежденческое производство». Смысл его становится ясен при разборе обоих составляющих его элементов. *Предприятие*, по Веберу, — это «непрерывное целевое действие» в любой области; решающей характеристикой здесь является непре-

рывность. *Учреждение* — это союз, уставной порядок которого в рамках его сферы деятельности *октроируется* (см. *Октроирование* в глоссарии) в отношении каждого действия, имеющего определенные характерные признаки. Следовательно, термин «Anstaltsbetrieb» можно передать выражением «непрерывно действующее учреждение», каковое мы и применяем в настоящем переводе. Государство тогда, в точном веберовском смысле, — непрерывно действующее политическое учреждение, управляющий штаб которого успешно реализует монополию легитимного физического принуждения ради утверждения его *порядков*. Кроме этого случая, т.е. определения понятия государства, Вебер лишь однажды вновь применяет термин «Anstaltsbetrieb» — для определения понятия «*церковь*».

Вышеприведенное определение государства дано Вебером в «Основных социологических понятиях» (см. т. I настоящего издания). Далее приводится определение, данное в работе «Условия развития права», вошедшей в настоящий том. Оно было сформулировано раньше, чем предыдущее, и в нем более отчетливо выражено политико-правовое содержание государства. По данному определению государство — это структурно-организационное, т.е. учрежденческое, *обобществление* избранных по особым правилам носителей империев (см. *Империй* в глоссарии), внешне отграниченных друг от друга согласно общим принципам (1) разделения властей и совместно обнаруживающих пределы легитимности своих распоряжений благодаря установленным (2) ограничениям власти. В случае ограничения власти конкретный империй сталкивается благодаря действующей священной традиции или принятому акту с субъективными правами своих подданных, в результате чего у властителя остается возможность отдачи только приказов определенного рода, или любых приказов, за исключением приказов определенного рода, или любых приказов, но лишь при определенных обстоятельствах, при которых они становятся легитимными и обязательными к исполнению. В случае разделения властей империй наталкивается на другой, равный или в чем-то превосходящий его империй, в значимости которого он обнаруживает свои границы. Оба процесса могут происходить одновременно, и на их комбинации основывается своеобразие современного государства как учреждения, поделенного на сферы компетенции.

Действенность (Geltung) — см. *Значимость*.

Действие (Handeln) — поведение, имеющее субъективно подразумеваемый смысл, а потому доступное пониманию. Если этот смысл отсутствует, действие терминологически описывается как поведение. См. также *Социальное действие*; *Общностное действие*.

Действие общности (Gemeinschaftshandeln) — см. *Общность*.

Действие союза (Verbandshandeln) — см. *Союзное действие*.

Денежный расчет (Geldrechnung) — оценивание *благ* (товаров) не только по их полезности здесь и сейчас для данного конкретного лица, но и с точки зрения возможностей их использования (неважно, для потребления или про-

изводства) в неопределенном будущем неопределенным числом третьих лиц для их собственных целей, если, конечно, таковые возможности могут быть учтены в определяемых владельцем *прав распоряжения* условиях денежного обмена. Результатом такого рода денежного расчета оказывается определение *рыночного положения* соответствующего товара.

Дисциплина (Disziplin) — вероятность быстрого, автоматического и схематичного подчинения приказу у определенного множества людей в силу выработанной у них установки.

Должностная харизма (Amtscharisma) — см. *Служебная харизма*.

Домохозяйство, домашняя общность, домашний союз (Hausgemeinschaft, Hausverband, Haushalt) — общность, управляемая патриархально и удовлетворяющая повседневные потребности ее членов в товарах и услугах. См. также *Ойкос*.

Доход (Erwerb) — это деньги или иные блага, получаемые агентами экономической деятельности. Вебер строго разделяет 1) домохозяйственный доход, или ренту, и 2) предпринимательский доход, или *прибыль*. В первом случае налицо ориентация на удовлетворение потребностей членов хозяйствующей общности, во втором — на получение новых *прав распоряжения* благами. С точки зрения чистого типа для первого характерны состояние и натуральный расчет, для второго — капитал и капитальный расчет. Домохозяйствовать или извлекать прибыль — не взаимоисключающие альтернативы. Например, предприятие потребительского объединения стоит (обычно) на службе домохозяйства, но по форме своего поведения является не домохозяйственным, а прибыльным предприятием без материальной цели получения прибыли. Домохозяйствование и получение прибыли могут в деятельности отдельных индивидов настолько переплетаться (и это типичный для прошлого случай), что лишь завершающий акт (сбыт — в одном случае, собственное потребление — в другом) определяет суть происходящего (особенно это типично для мелкого крестьянства). *Обмен* для нужд домохозяйства (выменивание для потребления, обмен излишков) является составной частью домохозяйствования.

Доходное предприятие (Erwerbsbetrieb, Unternehmung) — вид деятельности по получению дохода, который последовательно ориентирован на рыночные возможности и при этом использует блага как средства для того, чтобы путем производства и сбыта на рынке желаемых товаров или предложения желаемых рынком услуг выменять деньги — через свободный обмен или с использованием апроприированных возможностей (см. *Предпринимательство*). Также Вебер дает более формальное (концептуальное) определение: доходное предприятие — это непрерывное целостное длительное предпринимательское (т.е. ориентированное на извлечение дохода) *действие*, которое в реальности немислимо без конституирования предприятия в техническом смысле (может быть, даже индивидуального, т.е. без штата помощников). Противоположностью доходного предприятия, является *домохозяйство*, ориентированное на удовлетворение потребностей. См. *Предприятие*.

Естественные обязательства (Naturalobligationen) — обязательства, выполнение которых не может быть обеспечено искомым путем. См. *Права, не подлежащие исполнительному производству*.

Закрытое социальное отношение — см. *Открытое и закрытое социальные отношения*.

Землевладение, землевладелец (Grundherrschaft, Grundherr). Для Вебера землевладение — это система господства, в основе которой лежит собственность на землю, а сама система — совокупность способов использования земли и типы лиц, осуществляющих использование. Тот, кто обладает правами распоряжения землей (господин, сеньор, помещик), как правило, передает ее для хозяйственного использования другим (зависимые — крепостные, арендаторы, колонны и др.), которые за это либо выполняют определенные повинности в пользу господина, либо передают в его распоряжение часть продукта, полученного в ходе своего хозяйствования.

Знать, элита (Honoratioren) — веберовский термин, имеющий латинское происхождение, относится не к наследственной, сословно характеризующей знати (это аристократия), а к тем людям, в основном в мелких городах и крупных сельских поселениях, которые благодаря своему статусу пользуются уважением сограждан и имеют возможности неформального влияния: учитель, священник, судья, врач, почтмейстер (в общем, герои «Ревизора»), а также богатые фермеры или фабриканты (если таковые имеются). Знать в этом смысле — уважаемые люди, местная знать. Т. Парсонс полагает, что нет точного английского перевода этого термина; в его определении honoratioren — это «лица, которые выполняют властные функции, имея при этом независимый от властной позиции источник дохода и, как правило, независимый статус в обществе» (EaS. P. 664). К представителям знати в указанном смысле слова относится и правовая элита — судьи, адвокаты, прокуроры.

Значимость (Geltung). Значимость социальной нормы, или, по Веберу, значимость *порядка*, предписывающего какое-либо действие, есть *вероятность* того, что это самое действие будет иметь место. См. также *Легитимность*.

Идеальный тип (Idealtypus) — это образ, представление, репрезентация какого-либо явления путем выделения, подчеркивания, преувеличения с аналитической целью определенных характерных его элементов. Это также научное конструирование смысла или смысловой связи, который или которая образует собой идеальный (чистый) тип часто встречающегося явления. Такими идеально-типическими конструкциями являются, например, понятия и законы экономической теории. Они показывают, как протекало бы человеческое действие определенного характера, если бы оно развивалось строго целерационально, без ошибок и аффектов, и было бы совершенно однозначно ориентировано на одну-единственную цель (хозяйство). Реальное действие только в редких случаях, да и то лишь приблизительно, соответствует тому, как оно сконструировано в идеальном типе.

Иерократический союз (hierokratischer Verband) — это союз господства, если и поскольку существование его порядков обеспечивается психическим насилием путем предоставления или отказа в предоставлении священных благ (иерократическое насилие). Примером такого союза является церковь.

Иерократия (Hierokratie) — форма правления, при которой либо властитель легитимирован священнослужителями как воплощение бога или как властитель божьей милостью, либо высший священнослужитель одновременно является властителем. См. *Иерократический союз*.

Интуиция, озарение (Eingebung) — внезапное и резкое пробуждение под влиянием чрезвычайных факторов в индивиде представления о том, что он делает, как о должном и необходимом. Вместе с *эмпатией* является главным средством распространения фактических нововведений, которые начинают регулярно практиковаться именно потому, что поддерживаются присущим им ощущением обязательности. Вебер говорит не о том, как возникают эти переживания — новые в силу своей аномальности, — но о том, как они влияют на окружающих. Такое влияние, преодолевающее инерцию привычного, психологически может реализовываться по-разному.

Иррациональность (Irrationalität, Irrationale) действия — совокупность проявлений пророческого, мистического, аффективного поведения. Иррациональность тем сильнее, чем дальше действие отходит от идеала целерациональности и оказывается ориентированным аффективно, традиционно или ценностно-рационально.

Иррациональность права — см. *Рациональность и иррациональность права*.

Капитальный расчет (Kapitalechnung) — способ хозяйственного расчета, представляющий собой оценивание и контроль возможностей и результатов получения дохода путем сравнения выраженной в деньгах стоимости всех имеющихся (в деньгах или в натуре) благ на начало и остающихся и вновь полученных на момент закрытия доходного предприятия (или, если предприятие имеет постоянный характер, на конец отчетного периода) посредством начального и конечного баланса.

Клерос, клир (греч. κλήρος — часть, доля, жребий) — 1) в христианстве — духовенство как особое сословие церкви, отличное от мирян; 2) в экономическом отношении (в античном полисе) — земельный надел, который лично апроприирован и может наследоваться обладающими определенными характеристиками индивидами.

Коммунизм (Kommunismus), по Веберу, — общее наименование характерных для определенного типа общностей «безрасчетных» форм организации совместного труда, в основе которых лежит не достижение хозяйственных оптимумов обеспечения путем хозяйственного расчета, а непосредственно переживаемое чувство солидарности. Это: 1) домашний коммунизм семьи, сложившийся на традиционной и аффективной основе; 2) товарищеский коммунизм войска; 3) коммунизм братской любви, характерный для (религиозной) общины. См. *Харизматическая община*.

Конвенция (Konvention) — один из типов *порядка* наряду с *обычаем* и *правом*. Порядок называется конвенцией, если его *значимость* внешне гарантирована *вероятностью* в случае его нарушения столкновения с (относительно) всеобщим и практически ощутимым неодобрением в определенном круге лиц. От *обычая* конвенция отличается тем, что участники группы защищаются от нарушений посредством санкций, состоящих в неодобрении нарушений; обычай санкций не предполагает. От *права* она отличается отсутствием аппарата принуждения.

Конкуренция (Konkurrenz) — не предполагающая применения прямого физического насилия и состоящая в использовании формально мирных средств борьба за получение прав распоряжения возможностями, обладать которыми стремятся и другие. Конкуренция называется регулируемой, если при выборе целей и средств ориентируется на определенный *порядок*.

Консенсуальное действие (Einverständnishafteln) — действие на основе полного согласия всех его участников.

Конституция союза (Verbandsverfassung) — фактическая *вероятность* подчинения октроирующей власти управляющих органов в соответствии с масштабами, способом и предпосылками их действий. К числу предпосылок согласно уже имеющемуся *порядку* может относиться прежде всего учет мнения или согласие определенных групп либо долей участников союза и, кроме того, конечно, разные прочие условия.

Корпорация (Körperschaft) в немецком праве — ряд лиц, объединенных на каком-либо основании и наделенных государством правами юридического лица (церковный приход, университет, муниципальное образование и т.д.).

Критерий значимости права — *вероятность* того, что аппарат принуждения при необходимости силой заставит исполнять нормы.

Легальное господство (legale Herrschaft) — *господство*, которое основано на вере в *легальность* зафиксированных в формальных актах порядков и прав распоряжения, принадлежащих тем, кто призван к господству на основе этих порядков. Один из трех *типов господства* наряду с *традиционным* и *харизматическим господством*. Наиболее полно реализуется в *бюрократии*.

Легальность (Legalität) — характерное качество установлений и норм, состоящее в том, что они формально правильны и созданы согласно принятым нормам. См. *Легитимность*.

Легальный господин (legaler Herr) — «начальник», который распоряжается и отдает приказания, но, в свою очередь, сам подчиняется безличному *порядку*, в соответствии с которым ориентирует свои распоряжения.

Легитимность (Legitimität) — одно из ключевых понятий социологии Вебера. Однозначное определение отсутствует. Далее — краткий синопсис представлений о легитимности, содержащихся в «Хозяйстве и обществе». Действие, особенно социальное действие и особенно социальное отношение, может ориентироваться на представление о существовании легитимного *порядка*. Вероятность того, что это действие будет иметь место, есть *значимость* соответ-

ствующего порядка. Легитимность порядка может гарантироваться (I) чисто внутренне: аффективно, в силу эмоциональной преданности этому порядку; ценностно-рационально, благодаря вере в абсолютную значимость порядка как выражения обязательных конечных ценностей; религиозно, благодаря вере в необходимость подчинения порядку для спасения души, а также (II) внешне, т.е. ожиданием специфических внешних последствий в силу наличия интересов. Виды легитимного порядка: а) *конвенция*, если его значимость внешне гарантирована вероятностью в случае его нарушения столкнуться с (относительно) всеобщим и практически ощутимым неодобрением в определенном круге лиц, б) *право*, если он внешне гарантирован вероятностью (физического или психического) принуждения путем действия *штаба* людей, специально предназначенного принуждать к соблюдению и карать за нарушение установленного порядка. Легитимность *господства* должна рассматриваться лишь как *вероятность* того, что она в некоторой степени существует и будет воплощаться в реальном поведении. Господство называется *традиционным*, если его легитимность опирается на веру в святость пришедших из прошлых времен порядков и господских прав. *Харизматическое* господство зиждется на выходящем за пределы повседневного опыта убеждении в святости, или героической мощи, или совершенстве какой-то персоны и провозглашенного либо созданного ею порядка. Самая распространенная сегодня форма легитимности — вера в *легальность*, т.е. готовность подчиняться установлениям, которые формально правильны и созданы согласно принятым нормам; это *легальное господство*. В самом общем виде легитимность характеризуется как вера подвластных в значимость господства, причем только в силу этой веры господство и обретает значимость.

Лен (Lehn) — в Западной Европе в эпоху феодализма земельное владение, предоставляемое вассалу при условии несения им военной службы и других повинностей. В терминологии Вебера леном называются апроприированные полномочия господина, если они передаются на основе контракта индивидам, отвечающим необходимым требованиям, причем определение взаимных прав и обязанностей ленника и господина ориентируется главным образом на конвенциональное сословное, а именно военное понимание чести.

Ленный феодализм (Lehensfeudalismus) — феодализм, который характеризуется существованием штабов управления главным образом с ленным содержанием, основанным на свободном контракте с господином.

Литургическое государство (leiturgischer Staat), государство повинностей (Fronstaat) — государство, в политическом и экономическом смысле основанное на *литургиях* (повинностях).

Литургия (Leiturgie) — повинность в пользу государства, т.е. общественная обязанность, или повинность, которую граждане или группы граждан исполняют лично или путем принятия на себя всех связанных с этим затрат. По Веберу, это способ удовлетворения потребностей союзов путем негативного привилегирования лиц или *сословий*.

Марка, марковое товарищество (Mark, Markgenossenschaft) — в Средние века союз нескольких деревень, охватывающий значительную территорию, которая использовалась ими для хозяйственной деятельности и подлежала их общему управлению и судебному порядку. Каждый из *товарищей* имел право пользования марковой землей, лежащей вне непосредственно деревенских, частных наделов (обычно в соответствии с размером его собственного владения), но не имел возможности ее присвоения. Такая земля, в случае если она не подверглась разделу или не была приобретена лицами, принадлежащими к церковной или светской знати, переходила в общинную собственность — *альменду*.

Материальная иррациональность права — см. *Рациональность и иррациональность права*.

Материальная рациональность права — см. *Рациональность и иррациональность права*.

Материальное регулирование хозяйства (materielle Regulierung der Wirtschaft). Регулирование хозяйства имеет место, когда автокефальное (см. *Автокефалия*) хозяйствование членов союза материально гетерономно (см. *Гетерономия*) ориентируется на *порядки* союза. Материальное регулирование хозяйства имеет свои фактические границы там, где продолжение определенного экономического поведения еще связано с жизненно важными интересами снабжения регулируемых хозяйств.

Меновое хозяйство (Verkehrswirtschaft). Удовлетворение потребностей осуществляется на основе менового хозяйства, если оно складывается в результате взаимодействия интересов участников, ориентированных на возможности обмена и кооперирующихся только путем обмена. В противоположность этому потребности удовлетворяются на основе *планового хозяйства*, если участники систематически ориентированы на установленные в рамках *союза* договорные или октроированные материальные порядки. Меново-хозяйственное удовлетворение потребностей предполагает обычно и при достижении определенной степени рациональности денежные расчеты, а при наличии капитального расчета — экономическое разделение *домохозяйства* и предприятия. Планово-хозяйственное удовлетворение потребностей (в разном смысле и в неодинаковой мере в зависимости от объема) связано с натуральным расчетом как последней основой материальной ориентации хозяйства, а формально для хозяйствующих — с ориентацией на указания неизбежно имеющегося в нем управляющего штаба. В меновом хозяйстве действие отдельных автокефальных хозяйств автономно ориентируется (в случае домохозяйства) на предельную полезность имеющихся денег и ожидаемых денежных доходов либо (при случайном приобретении) на рыночные возможности, а действие предприятия — на капитальный расчет. В противоположность этому в плановом хозяйстве любое хозяйственное действие (в той мере, в какой оно реализуется) ориентируется строго домохозяйственно и гетерономно на предписывающие и запрещающие распоряжения с учетом установленных вознаграждений и штрафов.

Натуральное хозяйство (Naturalwirtschaft) — хозяйство без денежного обращения. Оно не есть нечто однородное, но может иметь очень разную структуру. Натуральным считается 1) абсолютно безобменное хозяйство или 2) хозяйство с натуральным обменом без использования денег как средства обмена. В первом случае примеры: полностью коммунистическое (см. *Коммунизм*) либо товарищеское (с долевым участием) закрытое домохозяйство или же хозяйство натуральных повинностей (ойкос, строго литургический (см. *литургическое государство*) политический союз). Во втором случае примеры: натуральное хозяйство с чисто натуральным обменом без денег и денежного расчета (чистое хозяйство натурального обмена) или хозяйство натурального обмена с денежными расчетами. В соответствии с этим все исторически существовавшие виды хозяйств можно распределить по степени «денежности» или «натуральности».

Натуральный расчет (Naturalrechnung) — как и денежный расчет, это рациональная техника. Хозяйственное управление и при известной рациональности также бюджетный план существуют и в случае натурального расчета. Любой натуральный расчет по самой его глубинной сути ориентирован на потребление, на покрытие потребностей. Он основан на владении натуральными благами и, если приобретения происходят мирным путем, на поступлениях в натуральной форме от использования наличных благ и рабочей силы, которые рассматриваются как средства удовлетворения потребностей и управляются исходя из оптимума их возможного удовлетворения. Проблема натурального расчета остро ставится «в связи с социализирующими тенденциями последнего времени», и она действительно является центральной с точки зрения полного социализирования, предполагающего отсутствие эффективных цен. См. *Капитальный расчет*.

Обмен (Tausch) — любое основанное на формально добровольном соглашении предложение сиюминутных, длящихся, сегодняшних или будущих полезных благ любого рода против ответных возможных полезных благ также любого рода, т.е., например, передача или предоставление в распоряжение благ, состоящих в товарах или деньгах, в обмен на будущий возврат такого же рода товаров или предоставление какого-либо разрешения, или передачу в пользование объекта путем найма либо аренды, или наем услуг любого рода за зарплату или содержание. Предметом обмена становится все, что в том или ином виде может быть передано в распоряжение кого-то другого и за что этот другой готов предоставить вознаграждение. Предметом обмена могут являться не только вещные блага и услуги, но также экономические возможности любого рода (например, существующая только в силу обычая или особенной экономической ситуации и ничем не гарантированная клиентура) и, конечно же, возможности, как угодно гарантированные каким угодно порядком. Обмен всегда есть компромисс интересов партнеров. Обмен может быть ориентирован 1) традиционно или конвенционально, т.е. (особенно во втором случае) экономически нерационально, или 2) экономически рационально.

Обобществление (Vergesellschaftung) — социальное отношение, если и поскольку *социальное действие* внутри него базируется на рационально (ценностно- или целерационально) (см. *Целерациональность; Ценностная рациональность*) мотивированном компромиссе интересов или на точно так же мотивированном объединении интересов. Обобществление есть концептуальная противоположность такому социальному отношению, как *общность*, представляющему собой не рационально, а иногда ценностно-рационально, но, как правило, традиционно или аффективно (см. *Типы ориентации социального действия*) порожденную «совместность» участников, их общую принадлежность чему-либо. Эта пара понятий, как указывает сам Вебер, родственна понятиям «общность» (*Gemeinschaft*) и «общество» (*Gesellschaft*), предложенным Ф. Тённисом. Однако у Тённиса, считает Вебер, налицо слишком резкое разграничение. Для самого Вебера это — идеальные типы, и в реальных социальных группах и организациях всегда проявляются черты и одного и другого отношения.

Образ жизни (Lebensführung) — одно из важнейших понятий социологии Вебера. Сам он его не определил, а сколько-нибудь приемлемого перевода на русский не существует. Близки по смыслу были бы слова «жизнеустройство», «жизнеорганизация», но подходя для приблизительного описания феномена, они вряд ли пригодны в качестве термина. Отсюда и выбор термина «образ жизни». Для характеристики образа жизни можно применить определение Р. Сведберга (которое сам он, впрочем, относит к понятию «жизненный стиль»): это «реальное поведение группы индивидов в том его аспекте, что рассматривается в качестве групповой ценности» (MWD. P. 150) и, добавим, служит идентификационным признаком группы, как правило, сословной. См. *Сословие*.

Община — феномены, обнимаемые этим русским словом, Вебер обозначает по-разному в разных контекстах: 1) русская крестьянская община (*Obschtschina, Gemeinschaft*); 2) церковная община, конгрегация, приход (*Gemeinde*); 3) соседство, объединенное для фискальных или политических целей (*Gemeinde*); 4) *домашняя общность* (*Hausgemeinschaft, Gemeinderschaft*); 5) *харизматическая община*. Все эти явления сложными путями связаны между собой. Например, русскую крестьянскую общину, домашнюю общину, харизматическую общину связывает единое «безрасчетное» коммунистическое отношение к хозяйствованию. Церковная община, в свою очередь, согласно Веберу, связана с харизматической, поскольку представляет собой в определенном отношении конечный результат *рутинизации харизмы*.

Общностное действие (Gemeinschaftshandeln) — см. *Общность*.

Общность (Gemeinde, Gemeinschaft, Vergemeinschaftung) — социальное отношение, если и поскольку реализующаяся в нем установка *социального действия* (в конкретном случае, в среднем или в чистом типе) базируется на имеющем аффективное или традиционное происхождение субъективном чувстве взаимопринадлежности участников. Примеры: *семья*, этническая общность, церковная община, любого рода братство. См. *Общность; Обобществление*.

Объединение (Verein) — договорной союз, уставной порядок которого значим только для тех, кто участвует в нем лично. В качестве идеала объединения Вебер рассматривает секты.

Обычай (Sitte) — основанная на длительном укоренении регулярность поведения, состоящая в постоянном повторении одним или несколькими индивидами одного и того же действия. Обычаю предшествует *привычка*: это фактическая регулярность, само существование которой обеспечивается лишь фактом повторения. Если фактическое повторение основано на длительном укоренении, привычка становится обычаем. Как один из видов *порядка* обычай, в отличие от *конвенции* и *права*, не обладает внешней гарантией. Действующий следует обычаю «по привычке», и того же он с определенной степенью вероятности вправе ожидать от других принадлежащих к той же группе. Обычай не является чем-то обязывающим в юридическом смысле, никто не «требует» его придерживаться.

Ойкос (Oikos) — большая домашняя общность, чаще всего авторитарно управляемое домохозяйство князя, помещика, патриция, производящее разнообразные продукты (например, ремесленные наряду с сельскохозяйственными) как для собственного потребления, так и для продажи излишков на рынке, конечным мотивом деятельности которого является не получение капиталистической денежной прибыли, а организованное натуральное удовлетворение потребностей господина. Сущность ойкоса — организованное удовлетворение потребностей.

Организация (Betriebsverband) — *обобществление* с непрерывно и целенаправленно действующим *штабом управления*.

Особое право (Sonderrecht) или особые права — существующие в любой правовой системе и в любой период времени особые нормы, обусловленные специфическими обстоятельствами деятельности разных социальных групп. В современном праве основанием для особых установлений могут становиться определенные чисто технические или экономические качества предметов или лиц (например, фабрики или земельного участка сельскохозяйственного назначения; торговца, адвоката, фармацевта, ремесленника). Особые права «старого типа» — длительные правовые привилегии в отношении либо непосредственно лиц, принадлежащих к определенному союзу, как таковых, либо определенных объектов, владение которыми опосредствовало эту принадлежность. Они опирались на сословные, т.е. обусловленные особенностью рождения, стиля жизни или принадлежностью к союзу, личностные качества («знать», «живущие по-рыцарски», «товарищи по гильдии») или на социальные отношения в связи с определенными вещами (служебный лен, рыцарское имение). В прошлом важным источником возникновения особых прав было *произвольное право* (см.).

Открытое и закрытое социальные отношения (offene und geschlossene Beziehungen). *Социальное отношение* (все равно *общность* или *обобществление*) называется открытым вовне, если и поскольку участие в *социальном действии*, которое его конституирует, согласно смыслу этого действия и регулирующему

его *порядку* не запрещено никому, кто к этому способен и склонен. Напротив, закрытым вовне оно является, если и поскольку его смысловое содержание или регулирующие его порядки исключают или ограничивают участие либо связывают его с определенными условиями. Открытость и закрытость могут быть обусловлены как традиционно или аффективно, так и ценностно- или целерационально. См. *Типы ориентации социального действия*.

Отнесение к ценностям (Wertbeziehung) — одно из важнейших понятий и одновременно одна из важнейших проблем методологии Вебера. В «Хозяйстве и обществе» она специально не исследуется, однако ей (в разных ее аспектах) уделено много внимания в ряде работ ученого (см.: МВИП. С. 345–506, 547–601). Само понятие «отнесение к ценностям» было введено Г. Риккертом, который считал его важнейшим моментом, определяющим содержание понятий и суждений в индивидуализирующих науках о культуре. У Вебера отнесение к ценностям как специфическая методологическая установка предполагает 1) внимание к ценностным аспектам человеческого действия, которое только и дает возможность понять его в его социально-исторической обусловленности, 2) постоянную рефлексию по отношению к ценностным аспектам деятельности социолога, где ценности (чаще всего исподволь, нереклексивно) проявляются, во-первых, при выборе объекта исследования, во-вторых, в процессе формирования понятий, в-третьих, в ходе интерпретации получаемых результатов. Все шаги веберовской методологии понимания преследуют именно эти две цели: ценностно понять действующего индивида (или действующую *общность*) и максимально нейтрализовать роль ценностей исследователя *в понимании*. Отнесение к ценностям, таким образом, оказывается конститутивным моментом понимания.

Парии (Paria) — в техническом смысле у Вебера термин для обозначения групп, которые, проживая на той же территории, что и другие, отделены от последних ритуальными барьерами, что затрудняет или делает невозможным взаимодействие между ними. Эти группы могут быть носителями профессий, презируемых членами других групп, тогда это ремесленники-парии, или — при соединении последних в политический союз на основе межэтнических ритуальных различий — кастами, как в Индии.

Патриархализм (Patriarchalism) — положение, когда в *союзе*, организованном на хозяйственной или семейной (домашней) основе, управляет индивид, получивший власть согласно твердым правилам наследования. При этом предполагается, что управление ориентировано на удовлетворение интересов общности. Наряду с геронтократией патриархализм — форма господства при отсутствии личного *штаба управления* господина.

Патримониализм (Patrimonialismus) — отличается от патриархализма 1) определенной децентрализацией власти, поскольку управление частично передается вместе с землей сыновьям дома и/или другим зависимым лицам, и 2) существованием личного *штаба управления* господина. Это форма господства, которое изначально традиционно ориентировано (*традиционное господство*), но реализуется в силу полного личного права, т.е. *штаб управления (па-*

тримониальная бюрократия) и военные являются инструментами реализации воли господина.

Патримониальная бюрократия (patrimoniale Bürokratie) — использование в нормальном бюрократическом процессе несвободных чиновников (министериалов, рабов, крепостных).

Пьетет (Pietät) — благочестие, почтительная, преданная сыновья/дочерняя любовь к родителям, родственникам, вообще благодетелям. У Вебера пьетет является основой *домашней общности*, практикующей аффективную ориентацию действия (см. *Типы ориентации социального действия*), и в этом смысле основанием домашнего авторитета, т.е. структурой *господства*.

Плановое хозяйство (Planwirtschaft) — хозяйство, направленное на удовлетворение потребностей в противоположность *рыночному* или *меновому*, которое направлено на получение *прибыли*. Участники экономической деятельности систематически ориентированы не на рыночную ситуацию и собственные интересы, а на установленные в рамках союза договорные или октроированные (см. *Октроирование* в глоссарии) материальные *порядки*. Меново-хозяйственное удовлетворение (см. *Меновое хозяйство*) потребностей предполагает обычно и при достижении определенной степени рациональности денежные расчеты, а при наличии капитального расчета — экономическое разделение домохозяйства и *предприятия*. Планово-хозяйственное удовлетворение (см. также *Меновое хозяйство*) потребностей (в разном смысле и в неодинаковой мере в зависимости от объема) связано с натуральным расчетом как последней основой материальной ориентации хозяйства, а формально для хозяйствующих — с ориентацией на указания неизбежно имеющегося в нем управляющего штаба. В меновом хозяйстве действие автокефальных отдельных хозяйств автономно ориентируется (в случае домохозяйства) на предельную полезность имеющихся денег и ожидаемых денежных доходов либо (при случайном приобретении) на рыночные возможности, а действие предприятия — на капитальный расчет. В плановом хозяйстве любое хозяйственное действие (в той мере, в какой оно реализуется) ориентируется строго домохозяйственно и гетерономно на предписывающие и запрещающие распоряжения с учетом установленных вознаграждений и штрафов.

Поведение (Verhalten) — понятие, тесно связанное с понятием *действия*. Действие — это поведение, имеющее *подразумеваемый смысл*, соответственно, поведение — это действие в отсутствие подразумеваемого смысла. Такие типы действия, как аффективное и традиционное, в концептуальном смысле близки к поведению. Реактивное поведение (обжегшись, человек отдергивает руку от огня) есть (терминологически) чистое «поведение».

Подразумеваемый смысл (subjektiv gemeinter Sinn) — доступный пониманию субъективный смысл действия, даже если речь идет не только о рационально и целесообразно ориентированном действии, но и об аффективных явлениях.

Подчинение (Gehorsam) — ситуация, когда действие подчиняющегося в основном протекает так, как если бы он принял содержание приказа за

максиму своего поведения только лишь по причине наличия приказа и исключительно ради формального отношения подчинения, без оглядки на собственные представления о правильности или неправильности приказа как такового.

Политический капитализм (politisch orientierter Kapitalismus) — капиталистическое *предпринимательство*, достигающее своих целей (получение прибыли) посредством государственных контрактов или путем сотрудничества с лицами, имеющими влияние на государственные решения.

Политический союз (politischer Verband) — *союз господства*, если и поскольку устойчивость и значимость его порядков на определенной территории непрерывно обеспечиваются применением или угрозой применения физического принуждения со стороны *штаба управления*. Если союзы, использующие силу, обладают еще и этим признаком, то все равно, будь то деревенские союзы, домашние общины, союзы цехов или рабочие союзы (советы), все они именно поэтому считаются политическими.

Политическое действие, политически ориентированное действие (politisches Handeln, politisch orientiertes Handeln) — *социальное действие*, если и поскольку оно ставит своей целью влияние на руководство *политического союза*, особенно в направлении *апроприации*, экспроприации, перераспределения или передачи властных полномочий.

Понимание (Verstehen) — это 1) актуальное понимание *подразумеваемого смысла действия*, в том числе высказывания. Мы, например, актуально понимаем смысл суждения « $2 \times 2 = 4$ », когда его слышим или читаем (рациональное актуальное понимание мыслей), или взрыв гнева, проявляющийся в мимике, междометиях, беспорядочных движениях (иррациональное актуальное понимание аффектов), или поведение человека, колющего дрова или тянущегося к дверной ручке, чтобы закрыть дверь, или охотника, который целится в зверя (рациональное прямое понимание действий). Понимание может быть также 2) объясняющим, когда мы понимаем, к какой смысловой связи относится то или иное из указанных действий в соответствии с его мотивом (рациональное мотивационное понимание). Понимание означает во всех этих случаях истолковывающее постижение одного из следующих видов смысла или смысловой связи: а) действительно *подразумеваемого смысла действия*, имеющего место в данном конкретном случае (применяется в историческом рассмотрении), или б) *смысла*, усредненно подразумеваемого или в приближении к действительно подразумеваемому смыслу (при массовом социологическом рассмотрении), или с) *смысла* или смысловой связи, который или которая научно конструируется для *идеального типа* часто встречающегося явления. Во всех этих случаях понимание стремится к очевидности, достижение которой означает формирование каузальной гипотезы, оказывающейся шагом в достижении каузального объяснения. См. *Социология*.

Порядок (Ordnung) — нормативная структура, обеспечивающая ориентацию *социального действия*, т.е. совокупность поведенческих предписаний,

рассматриваемых индивидами как обязательные. Говорить о порядке можно только в том случае, если действие ориентировано на определенные максимы; говорить о *значимости* порядка — только в том случае, если ориентация на эти максимы имеет место также и потому, что она значима, т.е. рассматривается участниками как в определенной степени обязательная или достойная того, чтобы быть реализуемой. Порядок может быть экономическим, правовым, социальным, организационным. Основные формы порядка — это *конвенция* и *право*, отличающиеся друг от друга степенью обязательности и формой санкционирования исполнения норм.

Порядок управления (Verwaltungsordnung) — все правила, руководящие поведением как *штаба управления*, так и членов *союза* «в отношении союза», т.е. в отношении целей, на которые ориентированы порядки союза и достижение которых предполагается обеспечить путем позитивно предписанного этими правилами планомерно ориентированного действия управленческого штаба и членов союза. При полной коммунистической хозяйственной организации сюда относились бы едва ли не все социальные действия, а при полном правовом государстве — только деятельность судей, полицейских органов, присяжных, солдат и участие в законодательстве и выборах.

Права (Rechte) — апроприированные (см. *Апроприация*) *возможности* в рамках закрытых отношений (см. *Открытое и закрытое социальные отношения*).

Права, не подлежащие исполнителю производству (unvollstreckbare Rechte) — права, для реализации которых не может быть применено государственное принуждение, прежде всего глубоко личные, в частности интимные, обязательства.

Право (Recht) — в самом общем виде это *порядок* с определенными специфическими гарантиями возможности его эмпирической *значимости*; гарантии состоят в *вероятности* (физического или психического) принуждения путем действия *штаба* людей, специально предназначенного для того, чтобы добиваться соблюдения и карать за нарушение порядка. См. также *Обычай*; *Конвенция*.

Право прав (Recht der Rechte) — простые гарантии против определенного рода вмешательства третьих лиц, особенно государственного аппарата, в рамках разрешенного правом действия (свобода передвижения, свобода совести, свободное распоряжение находящейся в собственности вещью и т.д.).

Право распоряжения (Verfügungsgewalt) — см. *Распорядительная власть*.

Правовая общность (Rechtsgemeinschaft) — любые общность или обобществление, которые стали носителями особого правового порядка (особого права). Первоначально это группа лиц, объединенных либо общим объективным признаком (рождение, политическая, этническая, религиозная принадлежность, образ жизни или способ заработка), либо узами побратимства. С хозяйственной точки зрения это общность лиц, обладающих монопольными правами на использование определенных экономических возможностей. См. также *Товарищество*.

Правовая урегулированность какой-либо ситуации — наличие человеческой инстанции, способной (в принципе) при наступлении некоторого события определить согласно тем или иным нормативным представлениям, как на него реагировать «по закону».

Правовое положение (Rechtssatz) — абстрактная норма, говорящая о том, что определенное состояние дел должно влечь определенные правовые последствия. Самое ходовое членение правовых положений — их деление на предписывающие, запрещающие и разрешающие, чему в области субъективных прав индивида соответствует право предписывать другим какое-либо действие, запрещать его или разрешать.

Правовой подход (juristische Betrachtungsweise) — подход, имеющий задачей выявление правильного смысла суждений, воплощающих *порядок*, который служит правилом поведения для определенного круга людей. Выявить смысл суждений означает установить факты, к которым эти суждения применяются, и указать способ, каким это делается. В то же время, не сомневаясь в эмпирической значимости этих суждений, данный подход стремится связать их в соответствии с их логически правильным смыслом таким образом, чтобы все вместе они составили логически непротиворечивую систему, которая и есть *правовой порядок* в юридическом смысле слова. См. *Хозяйственный порядок*.

Правовой порядок (Rechtsordnung) — см. *Правовой подход*.

Правовой пророк (Rechtsprophet) — тот, кто провозглашает новое право в силу своей харизмы. Харизматический *пророк* творит право от случая к случаю, следуя откровению, оракулам, собственному озарению или конкретной созидательной воле, и строит свое право по формуле: «Сказано было <...>, а я говорю вам <...>!». В противоположность этому в традиционные эпохи создание нового права невозможно без его привязывания к традиции, т.е. новые максимы могут быть приняты только в случае их истолкования как чего-то уже содержащегося в прежних откровениях, но до сих пор не обнаруженного в них, или уже бывшего, но забытого.

Правовой товарищ (Rechtsgenosse) — член *правовой общности*. См. *Товарищ*.

Правоприменение (Rechtsfindung) — «отнесение» установленных норм (см. *Правоустановление*) и выведенных из них путем работы юридической мысли отдельных правовых положений к конкретным составам деяния, которые тем самым «подводятся» под эти положения. К правоприменению (чисто технически) примыкает исполнительное производство.

Правосоздание — см. *Правоустановление*.

Правосудие кади (Kadijustiz) — правосудие, которое ориентируется не на формальные принципы законов, а на содержательные (материальные) (См. *Формальная и материальная рациональность*) представления о справедливости, т.е. с формальной точки зрения это иррациональное правосудие. Оно выражается в ценностных суждениях, исходящих из морально-этических постулатов и практической целесообразности. Такое правосудие характерно для *правовых*

пророков, для революционных трибуналов, вообще для правоприменения в чрезвычайных ситуациях. Вебер считает его укорененным в практике мусульманского права, но видит его элементы и проявления в старинном западном и английском праве. См. *Кади* в глоссарии.

Правотворчество — см. *Правоустановление*.

Правоустановление (Rechtssatzung) — установление генеральных норм, каждая из которых, будучи изложенной юридическим языком, предстает в виде одного или нескольких рациональных правовых положений. Этот же или близкий смысл Вебер вкладывает в термины *правосоздание, правотворчество (Rechtsbildung, Rechtsschaffung)*.

Предпринимательство (Unternehmung) — хозяйственное действие, направленное на получение дохода, но не каждое такое действие, а лишь то, которое ориентировано на *капитальный расчет*.

Предприятие (Betrieb) — непрерывное целеориентированное действие, которое может иметь хозяйственную, религиозную или какую-либо иную направленность. Предприятие в сфере хозяйственно ориентированного действия — техническая категория, означающая способ непрерывного соединения определенных трудовых усилий между собой и с вещественными средствами производства. Его противоположностью является либо а) непостоянное, либо б) технически не непрерывное действие. Именно эти «технические» характеристики (целерациональность и непрерывность) объясняют, почему Вебер характеризует как предприятие также многие структуры, никак не связанные с экономикой, в частности, *церковь* и *государство*, которое он определяет термином «Anstaltsbetrieb» (букв.: учрежденческое предприятие). См. также *Доходное предприятие; Предпринимательство*.

Представительство (Vertretung, Vertretungsbeziehung, Repräsentation) — ситуация, когда действие определенных членов союза как представителей а) приписывается всем остальным («солидарное товарищество») или же б) рассматривается этими остальными (представляемыми) как легитимное в отношении их самих и поэтому должностующее считаться и считающееся для них самих обязательным к исполнению. См. *Приписывание; Солидарность*.

Представительство интересов (Interessenvertretung) — такой тип представительных *корпораций*, в которых назначение представителей не происходит свободно, без учета профессиональной, сословной или классовой принадлежности, а наоборот, именно профессиональные, сословные или классовые группы выделяют из своего состава лиц, которые и соединяются в профессионально-сословном представительстве.

Прибыль (или убыток) (Gewinn, Verlust) — в социологическом смысле: получение (или соответственно утрата) в результате хозяйственного действия новых прав распоряжения благами (экономических *возможностей*); в техническом смысле: опосредованное конечным балансом превышение (или недостатка) оценочной суммы по сравнению с суммой баланса на начало периода. Характерна для предпринимательского хозяйства (см. *Предпринимательство*),

базирующегося на *капитальном расчете*, не является домохозяйственной категорией (см. *Домохозяйство*).

Привилегии (Ermächtigungen, Privilegierungen) — преимущества или, наоборот, обременения, получаемые индивидами или группами в *социальных отношениях*. Соответственно речь идет о позитивном или, наоборот, негативном привилегировании. Примером позитивно привилегированной группы могут быть рантье, негативно привилегированной — рабы. Также в качестве примера негативного привилегирования могут рассматриваться *литургии*.

Привычка (Brauch) — фактически существующая *вероятность* регулярного воспроизведения установки *социального действия*, если и поскольку *возможность* ее существования в определенном круге людей обеспечивается только самим фактом повторения. Привычка становится *обычаем* в случае, если фактическое повторение основано на длительном укоренении.

Призвание (Beruf). В немецком языке термин «Beruf», который применяет Вебер, означает 1) *профессию* (в более или менее привычном для нас обыденном значении слова) как определенный род занятий, четко ограниченную сферу деятельности и 2) *призвание* (в некоем возвышенном смысле) как внутренне осознаваемую необходимость выполнения долга в рамках мирской профессии, что понимается как наивысшая задача нравственной жизни человека. Неизбежным следствием (или, наоборот, основанием) объединения двух кажущихся сначала разнородными понятий было провозглашенное Реформацией представление о религиозном значении мирского будничного труда. Это совпадение двух разных значений в одном и том же термине отразилось в русском переводе названий знаменитых статей Вебера «Политика как призвание и профессия» и «Наука как призвание и профессия» (МВИП. С. 644–736), хотя в оригинале в обоих названиях стоит одно слово — Beruf. Сам Вебер противопоставляет одно значение другому, говоря, что харизма специфически чужда всякому хозяйствованию, и там, где она есть, она конституирует не профессию, а призвание в эмоционально-напряженном смысле слова — как ощущение миссии, как внутреннюю задачу.

Приписывание (Zurechnung) — 1) форма пассивной и активной *солидарности*, состоящая в том, что в случае действия одного участника все остальные считаются так же, как он сам, ответственными и так же, как он сам, имеющими право на использование *возможностей*, приобретаемых в результате этого действия; 2) положение, когда участники закрытого отношения (см. *Открытое и закрытое социальные отношения*) в соответствии с традиционным или рационально установленным порядком легитимируют в качестве законного использование их представителями для своей пользы *возможностей* (особенно экономических), возникающих в рамках этого отношения.

Произвольное право (gewillkürtes Recht) — самостоятельно избираемый, принимаемый либо в силу традиции, либо благодаря единомыслию изначальной *общности* или соответственно рационально обобщественной группы и автономно утверждаемый *порядок права*. Термин происходит от Willkür — в не-

мецком языке это слово обозначает произвольное, ничем не обоснованное «хотение», в более узком смысле — желание, основанное не на законе или рациональном осмыслении, а исключительно на собственном свободном выборе. В еще более узком смысле *Willkür* — принцип автономного *правоустановления*, на котором зиждилось *правотворчество* цехов, гильдий, городов в эпоху высокого Средневековья (XI–XIV вв.). Сумма всего права, действующего в определенной области или определенном кругу индивидов, складывалась и развивалась в основных своих частях в результате автономной узурпации со стороны различных самостоятельных по отношению друг к другу общностей или рациональных обобществлений, а сглаживание различий между ними происходило постоянно путем обоюдного компромисса либо октроирования со стороны политических или церковных властей. Произвольное право в прошлом представляло собой типичный способ формирования *особого права* (см.).

Пролетариус — в античном смысле (лат. *Proletarii*): беднейший слой в Риме, представители которого освобождались от налогов и военной службы; в современном смысле (*Proletarier*): класс современного капиталистического общества, представители которого хотя и могут обеспечить себе и своей семье прожиточный минимум, но не в состоянии достичь большего.

Пророк (Prophet) — обладатель личной *харизмы*, возвещающий в силу своей миссии религиозное учение или волю Бога. Личная призванность отличает пророка от *священнослужителя*, прежде всего потому, что авторитет священнослужителя основан на священной традиции, а пророк, напротив, притязает на этот авторитет в силу личного откровения или личной харизмы. От колдуна, также действующего на основе личного дара, пророка отличает то, что его откровение содержательно и сущность его миссии составляет не магия, а учение или заповедь.

Профессия (Beruf) — та спецификация, специализация и комбинация трудовых усилий индивида, которая является для него основой возможности непрерывного жизнеобеспечения или получения дохода. См. *Призвание*.

Публичное и частное право (öffentliches und privates Recht). Публичное право в соответствии с социологическим разграничением определяется как совокупность норм того, что в правовом порядке принято обозначать как действие, связанное с государственными органами, т.е. определяемое по составу, сфере применения и возможности прямого осуществления через обращение к статутам или просто в силу понимания реальных целей государства. В свою очередь, частное право принято рассматривать как совокупность норм действия, не связанного по смыслу правового порядка с государством, а только урегулированного нормами государственных органов.

Распорядительная власть, право (права) распоряжения (Verfügungsgewalt) — право контроля и распоряжения экономическими благами и возможностями.

Рационализация действия (Rationalisierung des Handelns). Решающий элемент процесса рационализации действия состоит в нарастающей смене установки — от внутренней укорененности в обычае к сознательному овладению

ситуацией в свете собственных интересов, т.е. в смене *типа ориентации социального действия* — от *традиционного* и *ценностно-рационального* к *целерациональному*. Рационализация может развиваться как позитивно — в смысле сознательной рационализации с учетом принятых ценностей, так и негативно — за счет отказа не только от обычая, но и от аффективного и даже от ценностно-рационального действия в пользу несвязанного ценностями, чисто целерационального поведения.

Рациональное хозяйствование (rationales Wirtschaften) — хозяйствование, которое ориентировано в основном целерационально, т.е. согласно плану. См. *Формальная и материальная рациональность хозяйства*.

Рациональность и иррациональность права (Rationalität und Irrationalität des Rechts). Право в разных его институциональных и организационных формах является в формальном смысле иррациональным, когда постановка и решение проблем определяются средствами, не подлежащими контролю разума, например, оракулами или их суррогатами. В материальном смысле оно иррационально тогда, когда в основе решения лежат конкретные оценки — будь то этические, моральные или политические — единичного случая, а не общие нормы. Рациональным право опять-таки может быть в формальном или в материальном смысле. В формальном смысле по меньшей мере относительно рациональным будет каждое формальное право. Право является формальным настолько, насколько в материально-правовой и процессуальной работе принимаются во внимание исключительно однозначные генеральные признаки состава деяния. Материальной рациональность оказывается в случае, когда решение правовой проблемы определяется нормами качественно иной природы, чем логическая генерализация толкований смысла деяния, а именно этическими императивами, утилитаристскими или иными правилами целесообразности либо политическими максимами, которые разрушают как формализм внешних признаков, так и логический формализм.

Рынок (Markt). Определение рынка у Вебера отсутствует; тем не менее можно прийти к выводу, что рынок для него — совокупность *социальных отношений*, в центре которой находятся отношения *обмена* и *конкуренции* и которая регулируется нормами (конвенциональными и правовыми) рыночного *порядка*. Рынок существует везде, где есть конкуренция, пусть даже односторонняя, за возможности обмена среди множества участников. Их вероятное присутствие в одном месте, скажем, на рыночной площади, на ярмарке, на бирже, — это просто один из самых наглядных примеров рынка, позволяющий отчетливо проявиться его конститутивному признаку — возможности *торга*. Рынок для Вебера — архетип любого рационального *социального действия*. См. *Меновое хозяйство*.

Рыночное хозяйство, рыночная экономика, меновое хозяйство (Marktwirtschaft, Verkehrswirtschaft) — хозяйство, которое складывается в результате взаимодействия интересов участников, ориентированных на возможности *обмена* и кооперирующихся только путем обмена. См. *Меновое хозяйство*; *Плановое хозяйство*.

Священнослужитель (Priester) — функционер регулярно организованного постоянно действующего предприятия по оказанию влияния на богов, в отличие от индивидуальных действий колдунов, происходящих от случая к случаю. Эти крайние противоположности связывает целая шкала плавных переходов, но в своих «чистых» типах они вполне однозначны, и признаком священства можно считать наличие постоянных мест отправления культа, а также определенного аппарата, служащего этой цели. Или же решающим для характеристики священнослужителей можно считать тот факт, что как функционеры — независимо от того, наследственный или персональный характер имеют занимаемые ими должности, — они состоят на службе обобщественного союза (каков бы ни был его характер), т.е. представляют собой служащих или органы этого союза и действуют исключительно в интересах его членов, в отличие от колдунов, которые суть лица свободной профессии.

Семья (Familie) — в широком смысле это *закрытое социальное отношение* общностного типа (см. *Общность*), т.е. важнейшей ее характеристикой является чувство взаимопринадлежности ее членов. Для существования семьи недостаточно наличия физиологических, в частности сексуальных, связей и отношений, конститутивную роль в ней играют хозяйственные отношения; семья невозможна без наличия *домашней общности*. Важно, что семья в разные исторические периоды принимает самые разнообразные формы, и использовать это понятие можно, только установив его смысл в каждом конкретном случае.

Служебная иерархия (Amtshierarchie) — система постоянных органов контроля и надзора по отношению к каждой инстанции с правом апелляции или жалобы подчиненных на начальствующих.

Служебная, или должностная, харизма (Amtscharisma) — тип «объективированной» харизмы, которую получает индивид в результате иерургических актов в связи с обретением им определенного статуса (примеры: харизма священника, приобретаемая через миропомазание, освящение и возложение рук, королевская харизма, переносимая или укрепляемая через миропомазание и коронование). Она связана с представлением о том, что *харизма* есть такое (первоначально магическое) качество личности, которое сам его носитель может с помощью иерургических средств переносить на других или вызывать в других. Вера в *легитимность* в этом случае относится уже не к личности как таковой, а к приобретенным ею качествам и *значимости* иерургических процедур.

Собственность (Eigentum) — это наличие доступа к чему-то, к чему не имеют доступа другие, или, в точной веберовской терминологии, форма монополизированной и апроприированной (см. *Апроприация*) *возможности*. Право наследования оказывается, таким образом, частью понятия собственности. Наследственной собственностью являются возможности, наследственно апроприированные в пользу индивидов или наследующих общностей и обществ, свободной собственностью — возможности, апроприированные с перспективой отчуждения.

Солидарность (Solidarität, Solidaritätsbeziehungen) — ситуация, когда в случае действия любого одного участника все остальные считаются так же, как он сам, ответственными и так же, как он сам, имеющими право на использование возможностей, приобретаемых в результате этого действия. См. *Приписывание*.

Сословие, сословное положение (Stand, ständische Lage) — типичное значимое притязание на позитивную или негативную *привилегию* в социальной оценке, основанное на особом *образе жизни*, особом воспитании, связанном с этим образом жизни, а также на престиже происхождения или *профессии*. На практике сословное положение выражается прежде всего в браке, иногда в совместных трапезах, часто в монопольном присвоении особых возможностей получения дохода или, наоборот, в запрете некоторых способов получения дохода, в ином рода сословных *конвенциях* (традициях).

Сословное господство (ständische Herrschaft) — форма патримониального господства (см. *Патримониализм*), при которой определенные полномочия господина и соответствующие экономические возможности апропрированы *штабом управления*. *Апроприация* (см.) может произойти, как и во всех подобных случаях, а) в пользу союза или категории лиц, отмеченных какими-либо отличительными признаками, или б) в пользу индивидов (пожизненно или с правом наследования либо в свободную собственность).

Сословное разделение властей (ständische Gewaltenteilung) — такое состояние политической системы, при котором *союзы* сословно (т.е. в силу апроприированных полномочий господина) привилегированных лиц время от времени создают политические или управленческие уставы или вырабатывают конкретные управленческие решения и способы контроля их исполнения, а иногда сами через посредство или при участии собственных управленческих штабов реализуют свои властные полномочия путем компромисса с господином.

Социализирование (Sozialisierung) — стремление управлять хозяйством без капитального расчета по домохозяйственному типу (см. *Домохозяйство*), т.е. при отсутствии эффективных цен; полное социализирование фактически (в чистом типе) должно быть равноценно переходу на натуральный расчет. Полное социализирование в смысле чисто домохозяйственной плановой экономики и частичное социализирование (производящих отраслей) с сохранением капитального расчета, несмотря на тождество целей и наличие смешанных форм, технически представляют собой принципиально разные направления хозяйства. У Вебера, как и вообще в немецкой социологической и социально-политической терминологии, социализирование отождествляется с передачей средств производства в общественную собственность. В советской марксистской литературе в этом случае применялся термин «обобществление [средств производства]».

Социальное действие (soziales Handeln) — действие, которое по своему подразумеваемому действующим или действующими смыслу соотносено с поведением других людей и ориентируется на него в своем протекании. Оно (включая отказ от действия или претерпевание) может быть ориентировано на прошед-

шее, настоящее или ожидаемое в будущем поведение других людей. «Другими» могут быть отдельные и знакомые люди или неопределенно многие и совершенно незнакомые. См. *Действие общности; Типы ориентации социального действия*.

Социальное отношение (soziale Beziehung) — поведение нескольких лиц, при том что действие каждого из них по смыслу обуславливает действия других и ориентируется на эту взаимообусловленность. Поэтому социальное отношение состоит полностью и исключительно в *вероятности* осмысленного хода *социального действия*, независимо от того, на чем основывается эта вероятность.

Социальный класс (soziale Klasse) — совокупность классовых положений, между которыми легко возможен и, как правило, происходит переход от одного к другому как в течение индивидуальной жизни, так и в последовательности поколений.

Социология (Soziologie) — в веберовском смысле этого очень многозначного слова — наука, которая стремится, истолковывая (интерпретируя), понимать *социальное действие* и тем самым причинно объяснять его протекание и результаты. Она не останавливается на непосредственности понимания, а образует типовые понятия и ищет общие правила явлений. См. *Понимание*.

Союз (Verband) — социальное отношение с регулируемым ограничением или закрытием вовне, если соблюдение его *порядка* обеспечивают действия специально предназначенных для этого людей — руководителя и, возможно, *штаба управления*, которые обычно имеют одновременно и права *представительства*. Существование союза целиком и полностью зависит от наличия руководителя и в некоторых случаях — штаба управления, или, если выразиться точнее, от вероятности осуществления со стороны определенных лиц действия, смысл которого состоит в проведении в жизнь порядков союза. Если вероятность этого действия со стороны определенного штаба (или лица) отсутствует, то терминологически существует только *социальное отношение*, а не союз.

Союз порядка, или упорядочивающий союз (Ordnungsverband) — хозяйственно ориентированный союз, если его порядки только формально с помощью правил нормируют автокефальное и автономное хозяйствование членов союза и гарантируют получаемые от него *возможности*. Примером может служить чистое правовое государство, которое оставляет хозяйствование отдельных домохозяйств и предприятий материально полностью автономным и только формально контролирует выполнение свободно заключаемых договоров обмена.

Союзное действие, или действие союза (Verbandshandeln) — направленное на реализацию *порядка* союза и проводимое органом управления или представительной властью легитимное действие управленческого *штаба* союза или же направляемое указаниями штаба и «относящееся к союзу» действие самих членов союза.

Статусный и целевой контракты (Statuskontrakt und Zweckkontrakt). Отличие современных характерных для товарного оборота и, следовательно, для ры-

ночной общности целевых контрактов от *статусных* контрактов, на которых основывались, например, политические или другие личные союзы или семейные связи, состоит в том, что статусные контракты предполагали изменение целостного правового качества, универсального статуса и социального габитуса затронутых персон. Первоначально они были магическими либо так или иначе магически значимыми актами и еще долго сохраняли в символике следы этой своей природы. Большинство из них представляют собой договоры побратимства. Каждый должен отныне стать ребенком, отцом, женой, братом, господином, рабом, сородичем, соратником, покровителем, клиентом, свитским, вассалом, подданным, другом, т.е. в широчайшем смысле слова «товарищем» другого. Это означает, что человек «стал» качественно иным, чем ранее. Целевой контракт, напротив, предполагает, что при сохранении собственной идентичности стороны предоставляют друг другу или ожидают друг от друга определенных услуг, нужных для достижения конкретных целей. Нынешнее значение целевого контракта — результат в первую очередь интенсивного роста рыночного обобществления и развития денежной экономики.

Стереотипизация (Stereotypisierung) — происходящая под воздействием магических и религиозных культов стабилизация представлений о мире и способов деятельности. Ритуалы стереотипно воспроизводятся в бесчисленном количестве случаев независимо от места и времени их осуществления. В основе стереотипизации лежит представление о том, что любое изменение обычая, который так или иначе находится под защитой сверхчужденных сил, может задеть интересы духов и богов. Тем самым присущие человеку неуверенность и сопротивление новшествам религия подкрепляет могущественным аргументом: священное — это уникально неизменное.

Типы господства (Typen der Herrschaft) — три типа *господства* в зависимости от типа его *легитимности*: *традиционное* (легитимация в силу традиции), *харизматическое* (в силу *харизмы* господина), *легально-рациональное* (легитимация в силу соответствия выбора господствующего существующим правовым нормам).

Типы ориентации социального действия (Typen der Orientierung des sozialen Handelns). Как и любое действие, социальное действие может быть ориентировано 1) целерационально, т.е. посредством расчета на определенное поведение предметов внешнего мира и других людей, которые тем самым используются действующим индивидом в качестве «условий» или «средств» реализации собственных рационально поставленных и взвешенных целей, 2) ценностно-рационально, благодаря сознательной вере в безусловную этическую, эстетическую, религиозную или как угодно еще толкуемую самооценку определенного поведения как такового независимо от его результата, 3) аффективно, в частности эмоционально, т.е. воздействием непосредственных аффектов и эмоциональных состояний, 4) традиционно, т.е. силой укоренившейся привычки.

Товарищ (Genosse) — участник закрытого социального отношения, он же — правовой товарищ (*Rechtsgenosse*), если является участником правовой общности и в его пользу апропрированы какие-либо возможности.

Товарищеское правосудие (genossenschaftliche Justiz) — форма права, которая реализовалась в германской и уже в более рационализированном виде в римской военной общине и состояла в том, что община правовых товарищей хотя и участвует в отправлении правосудия, но не господствует в нем суверенно, а лишь принимает или отклоняет предложение харизматического или должностного носителя правовой мудрости либо влияет на него при помощи специальных средств, таких как оспаривание приговора.

Товарищество (Genossenschaft) — закрытое вовне монополистическое объединение, движущей силой которого является стремление монополизировать определенные (как правило, экономические) возможности. См. *Марка; Альменда*.

Традиционное господство (traditionelle Herrschaft) — господство в случае, если его легитимность опирается на веру в святость пришедших из прошлых времен («издревле существующих») порядков и господских прав.

Управление (Verwaltung) — рациональное преследование целей, предусмотренных порядком союза, происходящее в границах правовых норм и согласно общим принципам, одобряемым или, по крайней мере, не встречающим неодобрения с точки зрения порядков союза.

Учреждение (Anstalt) — союз, уставной порядок которого в рамках принятой сферы деятельности (сравнительно) успешно октроируется для каждого действия, имеющего определенные характерные признаки. Это прежде всего государство со всеми его гетерокефальными объединениями и церковь, если ее порядки рационально сформулированы. Порядки учреждения стремятся быть значимыми для каждого, кто имеет определенный признак (рождение, пребывание, использование определенных служб), независимо от того, вступал ли он в него лично (как в объединение) и участвовал ли в создании управляющих им норм. Учреждением может быть территориальный союз. Родственное учреждению понятие — *объединение*. В отличие от учреждения объединение предполагает добровольное членство, как, к примеру, секта по отношению к *церкви*. В американском издании ХиО учреждение переводится как «принудительная организация» (compulsory organisation).

Фонд, целевое состояние (Stiftung) — тип юридического лица, формируемого для распоряжения имуществом, которое предоставляется определяемому согласно правилам некоторому количеству лиц, не обобществленных в рамках какого-либо союза.

Формальная и материальная рациональность (formale und materiale Rationalität). Веберовское представление о двух типах рациональности связано с пониманием терминов «формальное» и «материальное». В самом общем смысле формальное — это то, что относится только к форме, будучи абстрагированным от материального, т.е. от содержания. В противоположность формаль-

ному материальное — это содержательное, относящееся к сути дела. Следовательно, формальная рациональность — это рациональность, так сказать, в себе и для себя, ориентированная только на собственную наиболее полную и последовательную реализацию. Чистым типом такой рациональности применительно к праву служит известный принцип «*fiat justitia, pereat mundus*» («да восторжествует правосудие, пусть даже погибнет мир»). Материальная рациональность ориентирована на рациональное преследование неких материальных целей, принятие которых само по себе не есть рациональный акт. Пример материальной рациональности в праве — *правосудие кади*. Оба типа рациональности состоят в антиномических отношениях: чем более последовательно реализуется один из них, тем более он не соответствует требованиям другого. Это хорошо видно на примере соотношения *формальной и материальной рациональности хозяйства*: чем больше растет формальная рациональность хозяйства, тем меньше оно ориентировано на потребности каких-то важных с социальной точки зрения групп, чем более учитываются интересы этих групп (принцип материальной рациональности), тем менее рациональным (в формальном смысле) оказывается хозяйство. Рассуждая о *социализировании*, Вебер пишет, что перспектива возможной социалистической организации общества зависит от его способности создать рациональное, т.е. строго бюрократическое, управление по еще более жестким формальным правилам, чем при капиталистическом устройстве. И это в условиях, когда во главу угла социализм ставит принцип материальной справедливости, т.е. материальной рациональности. Оба принципа исключают друг друга. Это проявление одной из великих иррациональностей — *антиномии формальной и материальной рациональности*, — наличие которых так часто вынуждена констатировать социология.

Формальная и материальная рациональность хозяйства (formale und materiale Rationalität des Wirtschaftens). Под формальной рациональностью понимается мера расчетов, доступных хозяйствованию технически и применяемых в нем фактически; центральную роль здесь играет степень применимости денежного расчета. Материальной рациональностью, напротив, считается степень, в которой снабжение определенных (любых по составу) человеческих групп как экономически ориентированное *социальное действие* регулируется ценностными постулатами (все равно, какими именно), согласно которым судили, судят или могут судить об этих группах (примером может служить рационализация продуктов питания в военное время, когда войска снабжаются лучше, чем гражданское население). В этом последнем случае хозяйственное действие в отношении данных групп оказывается ориентированным *ценностно-рационально* (см. *Типы ориентации социального действия*).

Формальная иррациональность права — см. *Рациональность и иррациональность права*.

Формальная рациональность права — см. *Рациональность и иррациональность права*.

Формальное право (formales Recht). Формальный характер права определяется двояко. С одной стороны, он проявляется в случае, когда юридически релевантные признаки имеют чувственно-наглядный характер. Первостепенное внимание к внешним признакам, таким, например, как произнесение конкретного слова, совершение подписи либо определенного, раз и навсегда фиксированного в его символическом значении действия — это строжайший вид правового формализма. С другой стороны, формализм налицо и в случае, когда юридически релевантные признаки выявлены путем логического толкования смысла, а затем построены и применены строгие правовые понятия в виде абстрактных правил. При такой логической рациональности строгость наглядного формализма ослабевает, поскольку исчезает однозначность внешних признаков. Но его противоположность материальной рациональности права становится весьма выразительной, ибо эта последняя состоит как раз в том, что решение правовой проблемы определяется нормами качественно иной природы, чем логическая генерализация абстрактных толкований смысла, а именно этическими императивами, утилитаристскими или иными нормами целесообразности либо политическими максимами, которые разрушают как формализм внешних признаков, так и формализм логических абстракций. Специфически профессиональное возвышение права в сегодняшнем смысле возможно только в том случае, если оно имеет формальный характер. Когда господствует абсолютный формализм «наглядных» внешних признаков, все сводится к казуистике. И лишь толкующая смысл абстракция позволяет ставить специфическую задачу систематизации, т.е. логического сведения отдельных действующих правовых норм в непротиворечивое единство абстрактных правовых положений и рационализации последних.

Харизма (Charisma), или *дар благодати* — некое качество индивида, в силу которого он слышит одаренным сверхъестественными, сверхчеловеческими или, по крайней мере, особо исключительными, никому больше не доступными силами и способностями или считается посланцем богов, образцом, достойным подражания, и поэтому вождем. Изначально — у пророков, врачей, мудрых судей, знаменитых охотников и военных героев — оно воспринималось как магически обусловленное. Харизма — типичное начальное явление религиозного (пророческого) или политического (завоевательного) господства; в этот момент складывается *харизматическая община*, внутри которой постепенно происходит процесс рутинизации харизмы. Харизма может быть наследственной, родовой, служебной.

Харизматическая община (charismatische Gemeinde) — общность учеников, соратников и приближенных харизматического вождя, возникающая на эмоциональной основе. Именно стремление общины к долговременному существованию есть причина рутинизации *харизмы*.

Харизматическое господство (charismatische Herrschaft) — господство, обусловленное преклонением перед харизматическим господином и подчинением ему, легитимное лишь постольку и до тех пор, поскольку и пока его личная

харизма значима (см. *Значимость*), ибо подтверждена, т.е. признана и востребована учениками, соратниками и приближенными.

Хозяйственный порядок (Wirtschaftsordnung) — возникшее благодаря взаимоприемлемому компромиссу распределение фактических прав распоряжения благами и услугами, а также способ, каким они действительно используются в силу этих прав, основанных на взаимном согласии, и в соответствии с их подразумеваемым смыслом.

Целевой контракт — см. *Статусный и целевой контракты*.

Целерациональная ориентация (zweckrationelle Orientierung) — один из типов ориентации социального действия (см.) наряду с ценностно-рациональной, традиционной и аффективной.

Целерациональность (Zweckrationalität) — свойство действия, которое организуется путем расчета на определенное поведение предметов внешнего мира и других людей, которые тем самым используются действующим индивидом в качестве «условий» или «средств» реализации собственных рационально поставленных и взвешенных целей.

Ценностная рациональность (Wertrationalität) — свойство действия, которое ориентировано ценностно-рационально, т.е. благодаря сознательной вере в безусловную этическую, эстетическую, религиозную или как угодно еще толкуемую самоценность определенного поведения как такового независимо от его результата.

Церковь (Kirche) — непрерывно действующее иерократическое (см. *Иерократия; Иерократический союз*) учреждение, если и поскольку его управленческий штаб располагает монополией легитимного иерократического насилия. В основе господства церкви лежит явление *служебной харизмы*. Для понятия церкви у Вебера важно противопоставление ее секте. Главное различие в том, что церкви человек принадлежит по рождению, а к секте примыкает по собственному выбору в связи с наличием определенных качеств и интересов. Это означает «открытость» церкви как общности и соответственно «закрытый» характер секты, что влечет целый ряд социологически важных последствий.

Цех (Zunft) — см. *Гильдия*.

Частное право — см. *Публичное и частное право*.

Чиновник (Beamte) — член бюрократического штаба управления.

Штаб, штаб управления, управленческий штаб (Verwaltungsstab) — группа надежных доверенных лиц, специально действующих в направлении реализации как общих указаний, так и конкретных приказов господствующего (или господствующих). Наличие штаба является неотъемлемой характеристикой *права*. Также без наличия штаба невозможны существование *союза* и *союзное действие*. Наличие штаба управления является характерной чертой *патримониализма* и всех следующих за ним форм господства (феодализм, *бюрократия* и их разновидности).

Элита — см. *Знать*.

Эмпатия, или *вчувствование (Einfühlung)* — сопереживание тем или теми, на кого оказывается воздействие, внутренних состояний самого воздействующего. Эмпатия у Вебера связана с *пониманием*. Понимание может иметь либо рациональный (и в этом случае логический или математический), либо эмпатический (основанный на сопереживании или художественной восприимчивости) характер. Эмпатическое понимание имеет место, когда действие полностью сопереживаемо в его действительно испытанной (пережитой) эмоциональной связи. См. также *Интуиция*.

Юридический подход (juristische Betrachtungsweise). Юридический подход, или подход, свойственный правовой догматике, имеет задачей выявить правильный смысл суждений, воплощающих порядок, который должен служить правилом поведения для определенного круга людей, т.е. установить факты, к которым эти суждения применяются, и указать способ, каким это делается. В то же время, не сомневаясь в эмпирической значимости этих суждений, данный подход стремится связать их в соответствии с их логически правильным смыслом таким образом, чтобы все вместе они составили логически непротиворечивую систему. Она и представляет собой *правовой порядок* в юридическом смысле слова.

Юстиция кади — см. *Правосудие кади*.

Библиографический указатель

В настоящем указателе представлены краткие сведения об авторах научных трудов и исторических личностях, на которых ссылается или о которых упоминает Вебер в работах, вошедших в настоящий том, а также библиографические данные о книгах, в связи с которыми названы эти авторы.

Имена и книги, упоминаемые в предисловии и примечаниях редактора русского издания, в этот перечень не входят.

Сам Вебер не только не приводил библиографические описания, но, как правило, не называл даже книгу, просто упоминая имя ее автора в связи с той или иной идеей. Разумеется, иногда невозможно определить, какой именно из работ названного им ученого или каким из изданий конкретного сочинения пользовался Вебер. Поэтому составитель перечня использовал несколько простых практических правил: 1) приводятся только книги и статьи, опубликованные до смерти Вебера, т.е. те, которыми он мог пользоваться в своей работе; 2) если в этот период вышло несколько изданий упомянутой книги, то приводится либо самое первое из них, либо самое полное; 3) дополнительно указаны — если они имеются — данные о русских переводах этих работ.

Абу Абдуллах Малик ибн Анас аль-Асбахи, или имам Малик (примерно 708/716—795) — исламский правовед, основатель исламской правовой школы, названной его именем (маликитский мазхаб). Ему приписывается авторство так называемой Аль-Маватта — старейшей правовой книги в истории ислама, ставшей затем основой, на которой базируется иджма — согласие ученых, принадлежащих к школе маликитов, происходящей из Медины.

Август, Augustus, полное имя *Октавиан Август*, Octavianus Augustus, при рождении Gaius Octavius Thurinus (63 г. до н.э. — 14 г. н.э.) — приемный сын Цезаря, первый император Рима. Имя Augustus (священный, высокий), ставшее с тех пор официальной частью титулования римских императоров, было присвоено ему сенатом в 27 г. до н.э. С 12 г. до н.э. — великий понтифик (верховный жрец, глава коллегии понтификов). Еще при жизни получал божественные почести, а после смерти сенат объявил его богом. В его честь месяц, следующий за июлем, названным в честь Юлия Цезаря, стал называться августом.

Августин Аврелий, Блаженный Августин, Augustinus Aurelius (354—430) — христианский теолог и философ, проповедник, епископ Гиппонский (с 395 г.). Основоположник христианской философии истории («О граде Божием»), один из Отцов Церкви, основатель неоплатонической философии августинизма, господствовавшей в западноевропейской философии и теологии вплоть до

Средневековья. Учение Августина о предопределении стало основой кальвинизма, оказав, таким образом, косвенное влияние на становление протестантской этики в ее веберовском понимании.

Адриан Публий Элий Траян, *Nadrianus Publius Aelius Traianus* (76–138) — римский император с 117 по 138 г., третий из пяти хороших императоров (Невро, Траян, Адриан, Антонин Пий и Марк Аврелий).

Антонин Флорентийский, *Antoninus Florentinus de Forciglioni*, имя при рожд. Антонин Пьероци, *Antonino Pierozzi* (1389–1459) — доминиканский монах и теолог, с 1446 г. архиепископ Флоренции, основатель монастыря Сан-Марко, выдающийся проповедник и благотворитель, причислен к лику святых в 1523 г. Написал множество трудов, среди которых «*Summa theologica*» и «*Summa confessionalis*». Считается одним из выдающихся экономических мыслителей Средневековья, именно в этом качестве упоминает его Вебер.

Аппий Клавдий Цек (Слепой), *Appius Claudius Caecus* (ок. 350 г. до н.э. — ок. 273 г. до н.э.) — древнеримский государственный деятель и военачальник, дважды консул (в 307 и 296 гг. до н.э.). Во время своей цензуры, начавшейся в 312 г. до н.э., осуществил ряд важных политических реформ, ставших причиной недовольства многих знатных родов, и провел большие строительные работы, в частности, построил Аппиеву дорогу и первый водопровод — Аппиев акведук. Его реформы вызвали сопротивление знати, его пытались лишить цензуры, но он отказался уходить. Даже по истечении 18 месяцев он оставался на своей должности, утверждая, что закон, ограничивший цензуру полутора годами, на него не распространяется. Арестовать его также не удалось. Он оставался цензором, пока не закончил начатые строительные работы. После ухода с должности, по некоторым данным, Аппий заявил, что ослеп, и под этим предлогом оставался дома, чтобы избежать преследований. Именно в этот период бурной деятельности, или, как пишет Вебер (с. 153), «когда цензор Аппий Клавдий пытался стать тираном», он распорядился опубликовать составленные им понтификальные формулы исков. Упомянутый Вебером вольноотпущенник — секретарь Аппия Гней Флавий.

Арнольд (мельник Арнольд), *Arnold* — мельник в Неймарке (Западная Пруссия), приобретший известность благодаря судебному процессу в царствование Фридриха II. Мельник Арнольд, наследственный арендатор, подал королю жалобу на то, что королевский чиновник Герсдорф, вырыв пруд, отвел у него воду, необходимую для мельницы. Несмотря на это, окружной суд в Кюстрине, а затем и Высший суд в Берлине заставили его платить за аренду мельницы. За невзнос же последней платы мельница у него была отнята, а сам он доведен с семейством до нищеты. Король поручил вновь произвести следствие, и так как результаты его были в пользу мельника, не только отставил от должности канцлера Фюрста, объявив ему строжайший выговор, но велел также посадить на год в тюрьму советников Высшего суда, разбиравших это дело, и предать его гласности. Вебер приводит дело мельника Арнольда как пример *кабинетной юстиции* (см. глоссарий).

Бастиа Фредерик, Bastiat Frédéric (1801–1850) — французский экономист либерального направления; сначала занимался торговлей, после получения наследства посвятил себя социальным и экономическим исследованиям. Член-корреспондент Французской академии, к концу жизни депутат Национального собрания. Рано умер от туберкулеза. Выступал за свободу торговли (доктрина манчестерского либерализма), свободу предпринимательства и свободу конкуренции, против государственного регулирования («Государство — это громадная фикция, посредством которой все пытаются жить за счет других»), полагая, что все это необходимые условия воцарения общественной гармонии. Основной его труд (неоконченный) — «Les Harmonies économiques» (Paris: Guillaumin, 1850).

Бентам Иеремия (Джереми), Bentham Jeremy (1748–1832) — английский философ-моралист и правовед, социолог, юрист, один из крупнейших теоретиков политического либерализма, родоначальник одного из направлений в английской философии — утилитаризма. Изучал право в Оксфорде и в Лондоне, где был слушателем на заседаниях Верховного суда под руководством *лорда Мэнсфилда* (см.), с 1767 г. — *барристер* (см. глоссарий). Помимо других важных правовых идей (см., например, в рус. пер.: *Бентам И.* Принципы законодательства. М., 2015) Бентам сформулировал последовательное и развернутое учение о кодификации права, весьма влиятельное в начале XIX в. (см. его: General View of a Complete Code of Laws // The Works of Jeremy Bentham / ed. J. Bowring. L., 1838–1843. Vol. 3. P. 155–210. Reprinted: N.Y., 1962). Именно в контексте кодификации Вебер неоднократно ссылается на Бентама, в частности, подчеркивая его идею полноты и закрытости законодательства (с. 198) и противопоставляя такой подход английскому прецедентному праву (с. 205).

Биндинг Карл Людвиг Лоренц, Binding Karl Ludwig Lorenz (1841–1920) — юрист, специалист по уголовному праву и историк права, ординарный профессор в Базеле, Фрайбурге (Брейсгау), Страсбурге и Лейпциге, ректор Лейпцигского университета (1892–1893 и 1908–1909). В знак признания его заслуг город Лейпциг удостоил его в 1909 г. звания почетного гражданина. Один из основоположников так называемой ретрибутивной юстиции. Известен своими исследованиями по теории правового нормирования (Die Normen und ihre Übertretung. 4 Bde. Leipzig: Engelmann, 1872–1920). Его книга, написанная совместно с психиатром Альфредом Хохе (Alfred Hoche), «Право уничтожения жизни, недостойной жить» (Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Leipzig: Felix Meiner, 1920) стала одним из оснований нацистской программы насильственной эвтаназии, в ходе осуществления которой было уничтожено более 60 тыс. человек, «недостойных жить». По этой причине г. Лейпциг в 2010 г. лишил его звания почетного гражданина. Вебер ссылается на Биндинга (с. 180) в связи с проблемами ретрибуции (искупления) в средневековом праве.

Блэкстон Уильям, Blackstone William Sir (1723–1780) — английский юрист, историк права и политик. Барристер (1746), с 1753 г. по рекомендации *лорда*

Мэнсфилда (см.) — лектор по английскому праву в Оксфорде, затем профессор там же, с 1761 г. — член парламента и королевский поверенный, с 1770 г. — судья королевского суда. Его фундаментальная работа «Commentaries on the Laws of England in Four Books» (Oxford: Clarendon Press, 1765—1769; в рус. пер.: *Истолкования аглинских законов г. Блэкстона* / пер. с англ. С.Е. Десницкого, А.М. Брянцева. М.: Университетская типография Н. Новикова, 1780—1782), выдержавшая восемь изданий еще при жизни автора, является обязательным пособием при изучении права в англосаксонских странах вплоть до нашего времени. Блэкстон, опиравшийся в своей работе на римское право (как отметил Вебер на с. 114), сыграл важную роль в систематизации английского права.

Бомануар Филипп де Реми сир де, Beaumanoir Philippe de Rémi sire de (примерно 1247/1254—1296) — французский юрист, судья, королевский чиновник, составитель (по поручению графа де Клермона) сборника «Кутюмы Бовези» (см. *кутюмы* в глоссарии) — одного из важнейших памятников средневекового французского права.

Виндшайд (Виндшейд) *Бернхард* (Бернгард), Windscheid Bernhard (1817—1892) — выдающийся цивилист, пандектист, историк права. Профессор римского права в Базеле, Мюнхене, Гейдельберге, Лейпциге. Член первой комиссии по составлению проекта Германского гражданского уложения (Bürgerliches Gesetzbuch) с 1874 по 1883 г. Его точка зрения состояла в том, что римское право не в деталях, а целиком должно быть перенято современным правом. Самый важный его труд, выдержавший семь изданий только при жизни автора, — Учебник пандектного права (Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 Bde. Düsseldorf: J. Buddeus, 1875) — соединил римское право с юриспруденцией XIX в. и существенно повлиял на развитие общего права в Германии. Вплоть до начала XX в. учебник Виндшайда не только заменял первоисточники для изучающих римское право, но и фактически выполнял функции долгое время отсутствовавшего свода гражданского законодательства. Фактически книга Виндшайда, завершавшая период господства исторической школы, означала начало нового периода рационализации и систематизации права, что косвенно признает Вебер (с. 196).

Владимирский-Буданов Михаил Флегонтович (1838—1916) — российский историк, член-корреспондент РАН с 1903 г. После учебы в России и Германии с 1870 г. читал курс истории русского права в Ярославском юридическом лицее. С 1875 по 1915 г. — ординарный профессор Киевского университета св. Владимира по кафедре истории русского права. Основные труды по истории права: Хрестоматия по истории русского права. Вып. 1—3. Ярославль: Тип. Г.В. Фалька, 1871—1875; Обзор истории русского права. 7-е изд. Пг.; Киев: Н.Я. Оглоблин, 1915. Ссылаясь на русского ученого при рассмотрении вопроса о соотношении партикулярного и общего в судебном решении, Вебер пользуется переводом из указанной хрестоматии: *Wladimirski-Budanow Mikhail Fl.* Geschichte des russischen Rechts. Rechtsquellen // Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. Bd. 14. 1900. S. 219—293.

Гай, Gaius (ок. 130 — ок. 180) — один из самых знаменитых ныне, но почти неизвестных при жизни римских юристов. О его частной жизни высказывается множество догадок, но нет достоверных сведений, даже его полное имя неизвестно. Среди довольно большого числа написанных им книг выделяются «Институции» («*Institutiones*») — самый систематический, самый популярный и самый долгоживущий из учебников римского права, неподражаемый по точности изложения и до сих пор считающийся полезным пособием. Долгое время текст его считался утерянным. В Средние века «Институции» были известны только по изложению. Подлинный текст обнаружил немецкий историк Античности Нибур в 1816 г. в библиотеке Вероны под текстом сочинения св. Иеронима. Впервые «Институции» Гая были изданы в 1820 г. Первое русское издание: Институции Гая / текст и пер. Ф. Дыдынского. Варшава: Тип. К. Ковалевского, 1892; одно из последних: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М.: Зерцало, 1997. (Памятники римского права.) Вебер рассматривает «Институции» как одну из первых попыток кодификации римского права (с. 154).

Гельпах Вилли Луго, Hellpach Willy Hugo (1877–1955) — немецкий врач, психолог, политик, выступавший с оригинальными идеями относительно влияния погоды, климата, почвы и ландшафта на сознание человека. С 1920 г. — профессор и директор Института социальной психологии в Техническом университете в Карлсруэ. Вебер, очевидно, имеет в виду (с. 29) его книгу: *Die geistigen Epidemien*. Frankfurt a. M.: Rütten und Loening, 1906; его же: *Die geopsychischen Erscheinungen. Die Menschenseele unter dem Einfluß von Wetter und Klima, Boden und Landschaft*. Leipzig: Engelmann, 1911.

Гертлинг Георг фон, Hertling Georg von (1843–1919) — немецкий философ и государственный деятель. Ординарный профессор в Мюнхене, депутат рейхстага (1875–1890, 1896–1912), премьер-министр Баварии (1912–1917). С 1 ноября 1917 г. по 30 сентября 1918 г. — рейхсканцлер. Подписал с Россией Брестский мир. Автор философских книг: *Über die Grenzen der mechanischen Naturerklärung*. Bonn: Eduard Weber, 1875; *Albertus Magnus*. Köln: Bachem, 1880; *Das Princip des Katholicismus und der Wissenschaft*. Freiburg im Br.: Herder, 1899; *Recht, Staat und Gesellschaft*. Kempten; München: Kösel, 1906; и др. Вебер указывает (с. 147) на проводимое Гертлингом различие между католическим и протестанским отношением к Священному писанию. В MWG (1/22-3. S. 488) отмечается, что это высказывание характерно для взглядов Гертлинга вообще, но конкретный источник данного высказывания не обнаружен.

Гирке Отто Фридрих фон, Gierke Otto Friedrich von (1841–1921) — правовед, выдающийся исследователь в области немецкого товарищеского права, основоположник наряду со своим учеником *Хуго Пройсом* (см.) учения о территориальных корпорациях. В области права и социологии права Гирке если не открыватель в полном смысле слова, то самый замечательный исследователь целого многовекового пласта социальной жизни — форм товариществ и товарищеского права. Основной труд, создавший ему имя в профессиональной

среде: Das deutsche Genossenschaftsrecht. 4 Bde. Berlin: Weidmann, 1868–1913. С точки зрения корпораций — а именно в этом контексте ссылается на Гирке Вебер (с. 98, 107, 110) — важны три последних тома: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs (1873); Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland (1881); Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit (1913). Гирке был одним из университетских учителей Вебера.

Гольдшмидт Левин, Goldschmidt Levin (1829–1897) — юрист, один из основоположников немецкого торгового права, ординарный профессор в Берлине, преподаватель и руководитель докторской диссертации Макса Вебера. Вебер ссылается на Гольдшмидта (с. 74), обсуждая происхождение бумаг на предъявителя и сопоставляя мнение Гольдшмидта с мнением *Колера* (см.). Согласно комментариям в MWG (1/22–3), первое представлено в статье Гольдшмидта «Inhaber-, Order- und executorische Urkunden im klassischen Alterthum» (Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Rom, 1889. Abt. Bd. 10. S. 352–396), второе — в книге Колера и Унгнада (Ungnad Arthur) «Закон Хаммурапи» (Hammurabi's Gesetz. Bd. 3. Übersetzte Urkunden, Erläuterungen. Leipzig: Pfeiffer, 1909).

Гракс Тиберий Семпроний, Gracchus Tiberius Sempronius (162–133 гг. до н.э.) — римский государственный деятель, народный трибун, выступавший против патрицианского Сената на стороне обедневшего крестьянства и убитый на Капитолии вместе с несколькими сотнями своих сторонников. Борьбу за реформы продолжил его младший брат, также народный трибун Гай Семпроний Гракх (Gaius Sempronius Gracchus, 153–121 гг. до н.э.).

Демелиус Густав, Demelius Gustav (1831–1891) — немецкий и австрийский юрист, цивилист и историк права, профессор в Кракау, Граце и Вене. По мнению Вебера (с. 152), показал влияние сакрального права на формальные черты римского права.

Еллинек Георг, Jellinek Georg (1851–1911) — немецкий юрист и государствовед. С 1891 г. — профессор конституционного и международного права в Гейдельберге, где был дружен с Вебером. Его работы по конституционному праву (Gesetz und Verordnung: staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage. Freiburg im Br.: Akademische Verlagsbuchhandlung von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1887; Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: eine staatsrechtlich-politische Abhandlung. Berlin: Haring, 1906; в рус. пер.: *Еллинек Г.* Конституции, их изменения и преобразования. СПб.: Изд. юрид. кн. скл. «Право», 1907) были весьма влиятельны в конце XIX — начале XX в. Применительно к материалу данного тома: Еллинек полагал, что бессмысленно ставить юридически вопрос о том, что невозможно политически. На с. 37 Вебер комментирует эти слова, обещая разъяснить, почему это бессмысленный («праздный») вопрос.

Зом Готтхольд Юлиус Рудольф, Sohm Gotthold Julius Rudolph (1841–1917) — немецкий юрист, профессор германского и канонического права во Фрайбурге, Страсбурге, Лейпциге. Университетский учитель Вебера. Его мысли о «ха-

ризматической организации» церкви в апостольский период оказали влияние на веберовскую концепцию харизматического господства. Важнейшая работа в этом отношении: Kirchenrecht. Die geschichtlichen Grundlagen // Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft / Hrsg. von K. Binding. Bd. I. Leipzig: Duncker und Humblot, 1892.

Иеринг Рудольф фон, Ihering Rudolf von (1818–1892) — немецкий правовед, исследователь в области гражданского и римского права, представитель так называемой реалистической школы, стремящейся соединить политико-правовые теории с социологическими, психологическими и иными концепциями. Вебер ссылается (с. 152) на его книгу: Der Zweck im Recht. Erster Band. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877; в рус. пер.: Цель в праве. Т. 1. СПб.: Изд. Н.В. Муравьева, 1881. Правда, большинство его формулировок Вебер считает устаревшими.

Каро Иосеф бен Эфраим, Caro Yosef ben Efraim (1488–1575) — крупнейший законоучитель и мистик, с 1523 г. руководитель талмудической школы в Никополесе. Его главный труд «Бет Иосеф» («Дом Иосефа») в четырех частях представляет собой развернутый комментарий к книге *Якова бен Ашера* (см.) «Арбаа турим», на основе которого Каро составил систематический сборник предписаний для практической жизни «Шулхан арух».

Книс Карл Густав Адольф, Knies Karl Gustav Adolf (1821–1898) — немецкий национал-эконом и политик, ординарный профессор во Фрайбурге (1855), затем в Гейдельберге (1865–1896), депутат второй палаты Сословного собрания (парламента) Великого герцогства Баден (1861), затем вице-президент верхней первой палаты (1882). Один из ведущих представителей исторической школы в национал-экономии, «историцистскую» методологию которой Вебер подверг детальной критике в большой статье «Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie» (GAzW. S. 1–145). В ХиО Вебер критически высказывается о подходе Книса к проблеме развития права, в основе которого историческая школа права склонна видеть эволюцию национального духа. Этот подход, считает Вебер, не имеет научной перспективы (с. 122). В 1896 г. Вебер стал преемником Книса на его кафедре в Гейдельберге.

Колер Йозеф, Kohler Joseph (1849–1919) — юрист, специалист в области государственного права и истории права. Ординарный профессор в Вюрцбурге (1878), затем в Берлине (1888), один из самых плодовитых и разносторонних ученых-юристов своего времени. Основополагающий характер имеют его работы в области так называемого права нематериальных благ — патентного и авторского права, а также права товарных знаков. В настоящем томе Вебер ссылается на Колера (с. 74), обсуждая происхождение бумаг на предьявителя и сопоставляя мнение Колера с мнением *Гольдшмидта* (см.).

Ламберт Эдуард, Lambert Édouard (1866–1947) — профессор торгового и сравнительного права в Лионе. Вебер (с. 121) причислил его наряду с *Эрлихом* (см.) к сторонникам социологии права.

Лассаль Фердинанд, Lassalle Ferdinand Johann Gottlieb (1825–1864) — немецкий философ, публицист, радикальный политик социалистического направле-

ния, сотрудник издаваемой Карлом Марксом «Новой Рейнской газеты». Один из основоположников германской социал-демократии, в частности, так называемого катедер-социализма. Ссылаясь на Лассалья в рассуждении о понятии конституции в т. II ХиО, Вебер, очевидно, имеет в виду опубликованные речи Лассалья: *Über Verfassungswesen: Rede am 16. April 1862 in Berlin; Was nun? Zweiter Vortrag über Verfassungswesen // Ferdinand Lassalles Reden und Schriften / Hrsg. von E. Bernstein. Bd. 1. Berlin: Cassierer, 1892. S. 463–498, sowie 499–535.* В настоящем томе Вебер показывает на примере «Системы приобретенных прав» Лассалья (с. 202) границы правового позитивизма в естественно-правовом обличье.

Лорд Мэнсфилд (Уильям Мюррей, 1-й граф Мэнсфилд), Mansfield (William Murray, 1st Earl of Mansfield) (1705–1793) — британский адвокат, политик и судья. С 1723 г. изучал классическую филологию в Оксфорде, с 1727 г. — барристер (см. глоссарий) в Линкольн-Инне, 1743 г. — председательствующий в Линкольн-Инне, с 1732 г. исполняет судебные поручения для правительства. 1754 г. — генеральный прокурор, 1756 г. — высший судья Королевского суда и член Палаты лордов, 1777 г. — ее спикер. Оказал огромное влияние на английское право, прежде всего торговое.

Маймонид Моисей, Маймонид (евр. Моше бен Маймон), מַיְמוֹנִיד מוֹשֶׁה מַיְמוֹנוֹבִּיץ (греч.), в русской литературе известен также как Моисей Египетский (примерно 1135/1138–1204) — выдающийся еврейский философ и богослов-талмудист, врач и разносторонний ученый своей эпохи, систематизатор и комментатор законов Торы.

Мейтленд Фредерик Уильям, Maitland Frederic William (1850–1906) — британский юрист и историк, профессор в Кембридже, считается «отцом» современной английской правовой истории. Пытался способствовать усвоению в Англии некоторых аспектов континентального права, опираясь, в частности, на высоко им ценимые работы Гирке (см.), посвященные товарищескому праву.

*Мендельсон Бартольди Альбрехт, Mendelssohn Bartholdy Albrecht (1874–1936) — юрист, специалист в области гражданского и международного права, ординарный профессор в Вюрцбурге и Гамбурге. В 1919 г. наряду с Максом Вебером и другими членами так называемой Профессорской комиссии по вопросу военной вины входит в состав немецкой делегации на мирных переговорах в Версале. С 1923 г. основатель и директор Института внешней политики, в 1934 г. эмигрирует в Англию и преподает в Оксфорде. Вебер ссылается (с. 217) на раннюю книгу Мендельсона о правовой жизни в Англии: *Das Imperium des Richters. Ein Versuch kasuistischer Darstellung nach dem englischen Rechtsleben im Jahre 1906/1907. Straßburg: K.J. Trübner, 1908.**

*Миттайс Людвиг, Mitteis Ludwig (1859–1921) — австрийский юрист, романист и историк права, окончил Венский университет, преподавал в Вене, Праге и Лейпциге. Наиболее значительный вклад внес в сравнительную историю античного права. Основной труд: *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs, mit Beiträgen zur Kenntniss des griechischen Rechts und der spätrömischen Rechtsentwicklung. Leipzig: Teubner, 1891.* Вебер*

упоминает Миттайса в ХиО лишь единожды (с. 70), но в трактовке им римского права идеи Миттайса сыграли важную роль (см. MWG. S. 327, 399–401).

Моммзен Теодор, Mommsen Theodor (1817–1903) — знаменитый немецкий историк, филолог-классик и юрист. Опубликовал свыше 1500 работ и установил новый подход в систематическом изучении римской истории, написав «Историю Рима» в трех томах, вышедших в 1854, 1855 и 1856 гг. За этот труд был удостоен в 1902 г. Нобелевской премии по литературе. Также подготовил фундаментальные сборники римского права *Corpus Iuris Civilis* и *Codex Theodosianus*. Вебер оспаривал (с. 94) социально-структурную идентификацию Моммзеном римских клиентов с плебсом.

Монрад Ханс Кристиан, Monrad Hans Christian (1780–1825) — католический священник из Дании, получивший назначение в 1805 г. в поселение Кристиансбург в африканской колонии Датская Гвинея (Золотой берег), где и проработал до 1809 г. Вернувшись в Данию, опубликовал книгу записок, которая была переведена на немецкий и издана в Веймаре в 1824 г.: *Gemälde der Küste von Guinea wie der Einwohner derselben, wie auch der Dänischen Kolonien auf dieser Küste // Neue Bibliothek der wichtigsten Reisebeschreibungen*. Bd. 37. Weimar: Landes Industrie-Comptoir. На эту книгу, очевидно, и ссылается Вебер на с. 133. Новый пер. на англ.: *Two views from Christiansborg Castle*. Vol. II. A Description of the Guinea Coast and its Inhabitants by H.C. Monrad / transl. by S. Axelrod Winsnes. Accra, Ghana: Sub-Saharan Publishers, 2009.

Монтескьё Шарль-Луи де Секонда, барон де Ля Брэд, Charles-Louis de Seconda, Baron de La Brède et de Montesquieu (1689–1755) — французский писатель, правовед и философ, автор романа «Персидские письма», статей из «Энциклопедии, или Толкового словаря наук, искусств и ремесел», трактата «О духе законов» (*De l'Esprit des Loix, ou du rapport que les loix doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, mœurs, climat, religion, commerce, etc.* Genève Barrillot & Fils. 2 vol. in-4 [1748]). Именно на эту работу указывает Вебер в томе II ХиО, говоря о вкладе Монтескьё в учение о разделении властей. В работе по социологии права Вебер соглашается, хотя и с оговоркой (с. 53), с мнением Монтескьё о зависимости публичного права от разделения властей, имея в виду, очевидно, мысли из знаменитой главы 6 («О государственном устройстве Англии») книги II «О духе законов».

Мунцингер Вернер, Munzinger Werner (1832–1875) — швейцарский лингвист и этнолог, полиглот, пионер исследований Восточной Африки. Предприниматель в Александрии и Эритрее, в 1865–1869 гг. английский, затем французский консул в Абиссинии, в 1873 г. генерал-губернатор Египетского Судана (Мунцингер-паша). Погиб в ходе военной экспедиции в Эфиопии. Вебер ссылается (с. 132) на его данные о прецедентах в африканском праве: «...Старейшины обладают определенной законодательной властью, но обычно опираются на традицию предшествующих правовых решений, которые под именем *butha* цитируются как нормы закона» (*Ostafrikanische Studien*. Schaffhausen: Fr. Hurter, 1864. S. 477. Цит. по: MWG. 1/22-3. S. 454).

Остин Джон, Austin John (1790–1859) — английский юрист и теоретик права, основоположник юридического позитивизма. В 1818 г. — барристер, с 1819 по 1826 г. ведет адвокатскую деятельность, с 1826 г. — профессор юриспруденции в Лондоне, совершает научные поездки в Европу, в частности, в Гейдельберг и Бонн, поддерживает дружеские отношения с *Бентамом* (см.) и Дж.Ст. Миллем. Лекции Остина не пользовались успехом у студентов, их даже приходилось отменять из-за отсутствия слушателей, а его труды, в частности «The Province of Jurisprudence Determined» (L.: John Murrey, 1932), получили признание и обрели успех только после смерти автора. Остин стал известен как основоположник аналитической школы права, претендовавшей на строгую научность правового исследования, что и было отмечено Вебером (с. 216).

Радбрух Густав, Radbruch Gustav (1878–1949) — выдающийся юрист, политик, философ права. Профессор в Гейдельберге (1904–1914), Кёнигсберге, Киле, с 1926 г. — снова в Гейдельберге, в 1933 г. отстранен от преподавания по политическим причинам, в 1945 г. вернулся в университет, в 1920–1924 гг. — член Рейхстага от СДПГ, в 1921–1922 и 1923 гг. — министр юстиции, в Гейдельберге принадлежал к узкому кругу друзей и коллег Макса и Марианны Вебер. Вебер (с. 206) говорит о том, что в праве упор может делаться либо на порядок, либо на свободу, ссылаясь при этом на «категоризацию Радбруха». Правда, в широко известной так называемой «формуле Радбруха» речь идет о выборе между порядком и справедливостью. Ранний Радбрух — на стороне первой позиции: «существование правового порядка важнее, чем его справедливость, <...> справедливость — это вторая великая задача права, а первая — это правовая безопасность, порядок, мир» (Grundzüge der Rechtsphilosophie. Leipzig: Quelle & Meyer, 1914. S. 183. Цит. по: MWG. 1/22-3. S. 613). После нацистской катастрофы, поняв, что этот путь ведет к релятивизму, он ищет более надежного основания в материальной справедливости. Основные работы: Einführung in die Rechtswissenschaft. Leipzig: Quelle & Meyer, 1910; в рус. пер.: Введение в науку права. М.: Труд, 1915; Rechtsphilosophie. Leipzig: Quelle & Meyer, 1932; в рус. пер.: Философия права. М.: Международные отношения, 2004.

Репгов Эйке фон, Repgow (Repkow, Repchowe) Eike von (примерно 1180/1190 — после 1233) — автор «*Саксонского зеркала*» (см. глоссарий), одного из древнейших и важнейших немецких правовых сочинений.

Розенталь Эдуард, Rosenthal Eduard (1853–1926) — юрист, историк права, ординарный профессор в Йене (с 1896 г.). Главный труд: Geschichte des Gerichtswesens und Verwaltungsorganisation Bayerns. 2 Bde. Würzburg: A. Stuber, 1889–1906. Соображение, на которое ссылается Вебер (с. 191), высказано Розенталем на с. 559 первого тома указанного труда (см. MWG. 1/22-3. S. 579).

Секст Элий Пет Кам, Sextus Aelius Paetus Catus — римский юрист и политик конца III — начала II в. до н.э. Принадлежал к знатному роду Элиев. Исполнял важные политические должности в Республике (эдил, консул, цензор), имея право на курульный трон, каковым могли обладать только высшие маги-

страты. Помимо этого прославился как юрист и писатель, автор знаменитой «Tripertita», называемой также «Jus Aelianum» («Элианово право»), и «Cunabula juris» (колыбель законов), представлявшей собой литературное переложение *Законов двенадцати таблиц* (см. глоссарий), рассмотрение их интерпретаций и набор процессуальных формул и *responsa* (см. словарь иноязычных слов и выражений).

Снук-Хюргронье Христиан, Snouck Hurgronje Christiaan (1857–1936) — голландский арабист, исламовед и путешественник, служил в разных учебных и исследовательских учреждениях, с 1906 г. — профессор Института наук об исламе в Лейденском университете. В 1884 г. предпринял научное путешествие в Аравию и провел целый год в Джидде и Мекке под видом мусульманского законоведа. Он принадлежал к числу первых западных ученых, допущенных в Мекку. Будучи исключительным знатоком мусульманской культуры, явился одним из основоположников современного исламоведения.

Соломон (1011 г. до н.э. — 931 г. до н.э.) — по библейскому преданию третий царь Израильского царства в 965–928 гг. до н.э. Традиционно считается автором «Книги Екклесиаста», книги «Песнь песней Соломона», «Книги Притчей Соломоновых», а также некоторых псалмов. Вебер, наверное, имеет в виду легенду, согласно которой Соломон разрешил спор двух женщин о том, кто из них является матерью ребенка.

Тиберий Корунканий, Tiberius Coruncanus (ум. в 243 г. до н.э.) — римский юрист, консул, первый из плебеев, достигший должности верховного понтифика. Знаменит тем, что первый стал публично давать советы гражданам (*responsa*) относительно их юридических споров и таким образом содействовал раскрытию тайны, ревностно хранимой понтификами.

Унгер Йозеф, Unger Joseph (1860–1913) — австрийский юрист, политик, государственный деятель. Профессор в Праге, Вене (1857). В 1869 г. назначен членом верхней палаты парламента, с 1871 по 1879 г. — министр (без портфеля), с 1881 г. и до конца жизни — президент Имперского суда. В своем главном научном труде (*System des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts*. 3 Bde. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1856–1864) сделал попытку разработки гражданского права на основе пандектного права, параллельную работе *Виндшайда* (см.). Вебер оценил научный характер его юридической деятельности (с. 196).

Фихте Иоганн Готтлиб, Fichte Johann Gottlieb (1762–1814) — философ, один из ведущих представителей немецкого идеализма, сторонник национальной идеи. Профессор философии в Йене, ординариус в Кёнигсберге и Берлине, второй (1811–1812) ректор Университета Фридриха Вильгельма (ныне Университет Гумбольдта) в Берлине. В работе «Закрытое торговое государство» (*Der geschlossene Handelsstaat. Ein philosophischer Entwurf als Anhang zur Rechtslehre*. Tübingen: J.G. Cotta, 1800; в последнем русском издании название работы переведено иначе: *Замкнутое торговое государство // Фихте И.Г. Сочинения: в 2 т. Т. 2. СПб.: Мифрил, 1993*), на которую ссылается Вебер (с. 36), Фихте дал государственно-органическую концепцию общества, раз-

витую затем в других работах, в частности в правовой доктрине (Das System der Rechtslehre, 1812).

Фойгт Андреас, Voigt Andreas (1860–1941) — немецкий национал-эконом, профессор университета во Франкфурте-на-Майне, один из основателей (наряду с Вебером и др.) Немецкого социологического общества (1909). Ссылаясь на высказывание Фойгта о «децентрализации правотворчества» (с. 119), Вебер имеет в виду похожие по смыслу фразы в серии статей Фойгта «Wirtschaft und Recht» в «Zeitschrift für Sozialwissenschaft» за 1911 г. (подробнее см. MWG. 1/22-3. S. 426, 732).

Хаммурапи (ок. 1810–1750 гг. до н.э.) — властитель Вавилона, автор одного из древнейших собраний законов, запечатленных в камне и на глиняных таблицах.

Хатшек Юлиус, Hatschek Julius (1872–1926) — юрист и историк права. Ординарный профессор в Гёттингене. Ученик *Еллинека*. Вебер высоко ценил Хатшека как специалиста по английскому праву. Он ссылается на Хатшека (с. 110), объясняя особенности восприятия учения *Гирке* (см.) о корпорациях в английском праве. По Хатшеку, оно обусловлено такими характерными для английского права понятиями, как trust, corporation sole, trust-corporation и др. (рассмотрены Вебером на с. 110–118 настоящей работы), в результате чего корпорация в английском праве обретает характер «учреждения» (Englisches Staatsrecht mit Berücksichtigung der für Schottland und Irland geltenden Sonderheiten. Bd. 1. Die Verfassung. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1905). Об этом также пишет *Мейтленд* (см.).

Хойслер Андреас, Heusler Andreas (1834–1921) — швейцарский юрист, специалист по германскому праву, ординарный профессор (1863), затем ректор (1871) в Базеле, там же председатель апелляционного суда (1891–1907), занимает и другие должности в городском управлении. Автор важных работ по истории частного и конституционного права в Германии и Швейцарии. Вебер ссылается на Хойслера, рассматривая вопросы соотношения общего и особого права в разные исторические эпохи (с. 91), а также при анализе права товарищеских общин (с. 96).

Цительман Эрнст, Zitelmann Ernst (1852–1923) — цивилист, ординарный профессор в Ростоке, Галле, Бонне, дважды ректор Боннского университета. Отличался широтой научных интересов, публиковал также сборники стихов и книги афоризмов. Вебер ссылается (на с. 121) на статью Цительмана: Gewohnheitsrecht und Irrtum // Archiv für die civilistische Praxis. 1883. Bd. 66. S. 323–468.

Штаммлер Рудольф, Stammeler Karl Eduard Julius Theodor Rudolf (1856–1938) — немецкий философ неокантианского направления, работавший в области философии права. Ординариус в Гиссене, Галле, с 1916 г. — в Берлине. По Штаммлеру, хозяйство — это материя социальной жизни, а право — форма. Поэтому право может направлять, организовывать и формировать социальную жизнь в направлении истины и справедливости. Главная работа: Wirtschaft und

Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung: eine sozialphilosophische Untersuchung. Leipzig: Veit, 1914. В первом томе WuG Вебер подверг теорию Штамллера жесткой критике главным образом из-за путаницы в понятиях формы и содержания и отсутствия разделения нормативной и эмпирической значимости порядков (см. т. I настоящего издания, с. 91–92), назвав его книгу «вводящей в заблуждение» (см. там же, с. 67). В настоящем томе, в частности в работе «Хозяйство и порядки», Вебер также уделяет большое внимание критике Штамллера, поскольку эта работа, собственно, представляет собой альтернативу штамллеровскому видению соотношения хозяйства и права. Издатели тома «Право» в академическом собрании трудов Вебера особо подчеркивают (MWG. 1/22-3. S. 9–13), что статья «Хозяйство и порядки» в значительной степени выросла как раз из критического анализа идей Штамллера в одной из предыдущих работ Вебера, а именно: *Weber Max. R. Stammers "Überwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung. Besprechung von Rudolf Stammers "Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung" // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1907. Bd. 24. Heft 1. S. 94–151; перепечатано: GAzW. S. 291–359.*

Штёлльцель Адольф Фридрих, Stölzel Adolf Friedrich (1831–1919) — немецкий юрист, судебный ассистент в Касселе (1860), далее занимал несколько судебных должностей. С 1875 г. — тайный советник юстиции в Берлине, с 1886 по 1904 г. — председатель юридической экзаменационной комиссии прусского министерства юстиции. В 1891 г. удостоен титула коронного *сундика* (см. глоссарий). С 1887 г. — внештатный профессор Университета Фридриха Вильгельма в Берлине (ныне — Университет Гумбольдта). Книги Штёлльцеля считаются важным источником по вопросам судебной организации и управления правосудием в Германии и Пруссии. Основные работы, выдержавшие много изданий: *Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien. 2 Bde. Stuttgart: Cotta, 1872; Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung dargestellt im Wirken seiner Landesfürsten und obersten Justizbeamten. 2 Bde. Berlin: Franz Vahlen, 1888; Schulung für die civilistische Praxis. 2 Bde. Berlin: Franz Vahlen, 1894–1897.*

Эрлих Ойген, Ehrlich Eugen (1862–1922) — австрийский юрист (романист) и социолог права, профессор, в 1906–1907 гг. ректор университета в Черновике (Австро-Венгрия), преподавал в Вене и Берне. Выступил против так называемой понятийной юриспруденции за выработку правовой системы, более связанной с жизнью. По мнению Эрлиха, следует рассматривать судью не как интерпретатора, а как творца права в ходе самого процесса. Его главный труд (*Grundlegung der Soziologie des Rechts. München; Leipzig: Duncker & Humblot, 1913*) оказал большое влияние на осознание социальной обусловленности правового развития и позволил многим считать Эрлиха основоположником социологии права. Внес большой вклад в развитие таких достаточно влиятельных в начале XX в. школ, как «живое право» и «свободное право» (см. глоссарий). Вебер принимал некоторые позиции Эрлиха (с. 192), в то же время жестко крити-

кую его и его единомышленников в «живом праве» за смешение юридической и социологической точек зрения (с. 121).

Юнг Эрих, Jung Erich (1866–1950) — немецкий юрист-цивилист и философ права, профессор в Страсбурге и Грайфсвальде, соиздатель журнала, посвященного философии права (*Zeitschrift für Rechtsphilosophie*). Он выступал против так называемой понятийной юриспруденции (*Begriffsjurisprudenz*), т.е. против абстрактных норм и систематического рационального права, и настаивал на разработке «нормального» права, базирующегося на методах разрешения конфликтов, свойственных «нормальной» жизни, как они схвачены в дарвинизме и в философии развития Шопенгауэра. Это как раз была попытка «социологизирования» права, о чем пишет Вебер в последнем параграфе настоящего труда, ссылаясь, в частности, на Юнга (с. 212).

Яков бен Ашер, Jakob ben Ascher, иногда называемый Баал ха-Турим по сокращенному названию его главной книги (1269 — ок. 1340), — германо-испанский раввин, автор монументального труда по еврейскому закону «Арбаа турим», который лег в основу еврейского законодательного сборника «Шулхан арух» (см. *Каро*).

Список сокращений

ЖТМВ — *Вебер Марианна*. Жизнь и творчество Макса Вебера. М.: РОССПЭН, 2007.

МВИОО — *Вебер Макс*. Избранное. Образ общества. М.: Юрист, 1994.

МВИП — *Вебер Макс*. Избранные произведения. М.: Прогресс, 1990.

ХиО — *Вебер Макс*. Хозяйство и общество.

EaS — *Weber Max*. *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*. Berkeley — Los Angeles: University of California Press, 1978.

GAzR — *Weber Max*. *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*. Bd. I. Tübingen: Mohr Siebeck, 1920.

GAzW — *Weber Max*. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. 6. Aufl. Hrsg. Von Johannes Winckelmann. Tübingen: Mohr Siebeck, 1985.

GdS — Grundriß der Sozialökonomik.

MWG — Max Weber Gesamtausgabe.

MWD — *Swedberg R*. *The Max Weber Dictionary. Key Words and Central Concepts*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2005.

WuG — *Weber Max*. *Wirtschaft und Gesellschaft*.

Именной указатель¹

- Абу Абдуллах Малик ибн Анас аль-Асбахи (имам Малик) 167, 293
Август (Октавиан Август) 105, 154, 293
Августин Аврелий (Блаженный Августин) 293
Адриан Публий Элий Траян 172, 294
Антонин Флорентийский 204, 294
Аппий Клавдий Цек 153, 294
Арнольд (мельник Арнольд) 162, 294
Ашока 185
Бастиа Фредерик 204, 295
Бентам Иеремиа (Джереми) 198, 205, 216, 295
Биндинг Карл Людвиг Лоренц 180, 295
Блэкстон Уильям 114, 134, 295
Бомануар Филипп де Реми сир де 150, 296
Бонапарт Жозеф (Буонапарте Джузеппе, Бонапарте Хосе) 83
Бэкон Фрэнсис 180
Вебер Марианна 6
Виндшайд (Виндшейд) Бернхард (Бернгард) 196, 296
Владимирский-Буданов Михаил Флегонтович 126, 296
Гай 154, 194, 297
Гегель Георг Вильгельм Фридрих 202
Гельпах Вилли Гуго 29, 297
Генрих II Плантагенет 129, 170, 181
Генрих VIII 72
Гепхарт Вернер 11, 12
Гертлинг Георг фон 147, 297
Гиллель 172
Гирке Отто Фридрих фон 98, 107, 110, 121, 297
Гольдшмидт Левин 74, 156, 298
Гракх Тиберий Семпроний 92, 298
Давид 172
Демелиус Густав 152, 298
Еллинек Георг 37, 298
Зайнаб бинт Джахш 167
Зом Готтхольд Юлиус Рудольф 138, 298
Иегуда Ганаси 172
Иеремиа 137
Иеринг Рудольф 152, 299
Каро Иосеф бен Эфраим 173, 299
Кеслер Дирк 8, 14
Клавдий (император) 102
Книс Карл Густав Адольф 122, 299
Колер Йозеф 74, 299
Конт Огюст 214
Кронмен Энтони 12
Ламберт Эдуард 121, 299
Лассаль Фердинанд 202, 299
Лорд Мэнсфилд 130, 216, 300
Ляйст Герхард 73
Людовик IX 181, 184
Маймонид Моисей (Маймонид) 173, 300
Мейтленд Фредерик Уильям 110, 112, 300

¹ Курсивом выделены страницы из биобиблиографического указателя.

- Мендельсон Бартольди Альбрехт 217, 300
- Миттайс Людвиг 70, 105, 300
- Моисей 172, 188
- Моммзен Теодор 94, 301
- Монрад Ханс Кристиан 133, 301
- Монтескьё Шарль-Луи де Секонда 53, 301
- Муато Казембе 184
- Мунцингер Вернер 132, 301
- Мухаммад Аль-Мутаваккиль 178
- Мухаммед 126, 147, 167
- Наполеон Бонапарт 83, 114, 189, 198
- Остин Джон 216, 302
- Перикл 165
- Радбрух Густав 206, 302
- Репгов Эйке фон 150, 302
- Розенталь Эдуард 191, 302
- Секст Элий Пет Кат 188, 302
- Селим I 178
- Срезневский Измаил Иванович 179
- Снук-Хюргронье Христиан 84, 303
- Соломон 303
- Солон 105
- Тиберий (император) 102
- Тиберий Корунканий 153, 303
- Унгер Йозеф 196, 303
- Фасмер Макс 179
- Фихте Иоганн Готлиб 36, 303
- Фойгт Андреас 119, 304
- Фридрих Вильгельм I 101
- Фридрих I 134, 190
- Фридрих II 162
- Хаммурапи 74, 174, 189, 190, 304
- Хатшек Юлиус 110, 304
- Хермес Зигфрид 11
- Хойслер Андреас 91, 96, 304
- Цительман Эрнст 121, 304
- Цицерон Марк Туллий 154
- Чингисхан 189
- Шаммай 172
- Штаммлер Рудольф 33, 34, 38, 58, 304
- Штёльцель Адольф Фридрих 191, 305
- Эдуард III 101, 181
- Эрлих Ойген 7, 121, 192, 305
- Эфиальт (политик) 165
- Юнг Эрих 7, 212, 306
- Юстиниан I 111, 155, 157, 177, 189, 190, 194
- Яков бен Ашер 173, 306
- Яков I 180

Предметный указатель

- Авторитарная власть** 45, 82, 119, 120, 125, 160–162, 178, 199, 207
- Авторитарные**
отношения в браке 82
трудовые отношения 120
- Авторитет, авторитеты** 40, 120, 133, 159, 161, 172 — см. также Правовой авторитет; Харизматические авторитеты магических сил 161
магов и пророков 49
преюдиций 133, 195
религиозный 104
факультетов 193
- Адвокат, адвокаты** 26, 73, 88, 127, 142, 143, 151, 154, 163, 177, 180, 195, 206, 217
в английской правовой системе 73, 142, 143, 155, 180, 217
в Риме 156
как профессия 142–145
- Адвокатские гильдии** 143
- Адвокатское сословие** 143, 145, 146, 149, 193
- Аккламация** 137, 139
- Аксиома правового иррационализма** 199
- Аксиома правового рационализма** 199
- Амортизация** 111, 112
- Аппарат**
административный 118, 176, 189
государственный 60
права 160, 220
принуждения 20–25, 27, 28, 30, 31–36, 38–40, 50, 53, 59
управления 99, 117
- Барристер** 143, 145
- Безобменное хозяйство** 60
- Беспробельная система права** 57, 58, 193, 215
- Биржа** 36
- Блага** 19, 22, 35, 36, 40, 200, 202, 208
- Благотворительные фонды** 177
- Благочестие** 67, 106 — см. также Пиетет
- Бойкот** 25, 31, 70
- Брак** 77, 78, 80 — см. также **Формы брака**
аристократический 80
законный 78, 80
патриархальный 80
плебейский 80
- Братство, побратимство** 27, 65–70, 86, 98, 99, 106, 115
кровное братство 27
римские братства 106
- Брачный контракт** 76
- Верность** 70
- Верховный суд Соединенных Штатов** 200, 201
- Верховный трибунал** 195
- Властитель** 27, 45, 46, 47, 51, 103
- Власть, власти** 120 — см. также **Империй**
авторитарная 45, 46, 125, 131, 160, 162, 178, 199, 207
дисциплинарная 53
домашняя 47, 48, 51, 52, 67, 131
источник власти 60
наказывающая 53
общности 107, 109
ограничение власти 53, 160
органы власти 44

- патриархальная мужская 78, 81
патримониально-княжеская 50, 52, 117, 160, 182
политическая 36, 42, 46, 86, 87, 96, 101, 124, 158, 158
приходские и муниципальные власти 111
разделение властей 53, 54, 139, 141, 151
распределение власти 31, 37
рыночная 89, 119
светская 103
этические власти 82
- Возвещатель закона, права 134, 135, 141
- Возникновение правовых норм 122, 123, 126, 127
- Г**осударственная
власть 46
казна 101, 102
касса 102
правовая гарантия 24, 36, 42, 43
правовая защита 124
религия 166
- Государственное
господство 100
имущественное право 92
право (гарантированное государством право) 19, 22, 24, 25, 26, 53, 54, 102, 178
правовое принуждение 22 — см. Аппарат принуждения;
Правовое принуждение
управление 38, 110
учреждение 100, 114
- Государственные
деньги 66
контракты 100
литургии 106
органы 21, 44, 45, 46, 47, 52, 100
поставщики 102
суды 26
- чиновники 100
- Государственный
аппарат принуждения — см. Аппарат принуждения;
Принуждение
капитализм 78
правовой порядок 23
- Государство 22, 24, 27, 43, 44, 46, 47, 53, 54, 62, 103, 104, 106, 110, 160, 200, 201, 202
абсолютистское княжеское 179
благоденствия 194, 212
бюрократическое княжеское 113
в китайском праве 115
как правовое отношение 27
как учреждение (государство-учреждение) 21, 22, 46, 47, 53, 79, 89, 100, 179
Нового времени 113
позднеримское 156, 157
правовое 135
современное рациональное 204
сословное 54, 110
традиционалистское 124
цели государства 44
чиновническое 190
- Гражданский кодекс 214
- Д**ействие 37
консенсуальное 32, 34, 37, 38, 41
общности 32, 37, 38, 40
союза 32, 96
- Действенность 214 — см. Значимость
- Денационализация права 157
- Деперсонализация права 209
- Доверенное лицо 111, 206
- Доверие 70, 94, 147, 167, 211
- Домовая община 47
- Домовладелец 47
- Дуализм права союзов 86
- Дуэль 25, 26, 39

- Е**стественное право мелкого крестьянства 203
- Е**стественно-правовая аграрная революция 203
- вера 207
- идеология 84, 113
- легитимация 199
- Е**стественно-правовые аксиомы 199, 204, 205
- догмы 204
- Ж**юри 129–131, 142, 217 — см. Суд присяжных
- З**адруга 24
- З**начимость 76, 207
- нормы, норм 20, 34, 39, 76, 121
- порядка 22, 39
- права 21, 23, 76, 121, 207
- И**ммобилизация права 167, 169
- И**мперий 50–55, 131–134, 137–139, 158, 163, 178, 179, 181, 182, 184, 186, 209
- И**мперий Рима 177
- И**мперия 87, 186
- германцев 189
- Каролингов 170
- монголов 189
- Наполеона 189
- Рима 74, 83, 87, 94, 99, 105, 122, 137, 191
- франков 124
- хазаров 174
- «Имперская судебная палата» 101
- И**мперский суд 214
- И**нтерес, интересы 35, 40, 41
- И**нтернационализация права 75
- И**нтерпретация 128, 132, 133, 146, 147, 148, 152, 163, 169, 183, 210
- Корана 167, 168
- смысла правовых норм 210
- И**нтуиция 29, 30
- И**нфамия 93, 94
- И**ррациональность доказательств 130
- И**ррациональность правотворчества и правоприменения 57, 127
- И**ск, иски 21, 25, 49, 50, 51, 68–71, 73, 85, 92, 93, 105, 136, 144, 151–153, 155, 156, 176, 184
- вещные и личные 51
- виндикационный 68, 69
- контрактные 67
- о земельном владении 67, 68
- против государства 102, 103
- статусные 51, 67, 68
- ex delicto 49, 70
- И**сковые схемы 41, 55, 71, 85, 94, 105, 144, 145, 151–153, 155, 156
- И**скупительный процесс 131, 158, 160 — см. также Процедуры искупительные
- И**скупление 47, 86
- И**сламские империи 87, 170
- И**сторическая школа права 122, 196
- И**сточники права 49, 59, 121, 150, 214
- К**ади 162
- К**апитал 101, 108, 109, 118
- К**апитализм 114, 116, 117, 120, 163, 171, 186, 203, 216
- античный 78, 83, 99, 102
- государственный 78, 99
- рабовладельческий 99
- К**апиталистические институты 79, 174
- К**апиталистическое предприятие 73, 98, 120, 203, 210
- рабство 83, 84
- К**артель 36
- К**ассационное право 165
- К**ассация 134, 164

- Кассация привилегии 113
- Категории правового мышления 40, 41
- Клиент, клиентура 36, 143–146, 154, 206
клиентела 94, 178, 179
клиентские отношения 67, 69, 93, 94
клиентское право 93, 188
- Клятва, заклятие 64, 125, 129
- Кодификация, кодификации 137, 158, 170, 178, 186–190, 194–196, 215, 216
«двенадцати таблиц» 152
европейские 197
законодательства 63, 133, 189
патримониально-княжеские 188, 190
революционные 204
Юстиниановы 194
- Кодифицированное право 163, 171, 219
- Коллективная ответственность 115 — см. также Солидарная ответственность
- Коллективные права 115
- Конвенция 22, 27, 28, 30–39, 42, 43, 53, 85, 93, 122, 123, 149, 212
- Конкуренция 82, 89, 101, 120, 170
политическая 101
правовых школ 170
рыночная 120, 124
эротическая 82
- Конституция 37, 38
- Контракт 43, 48, 51, 55, 61–70, 72, 73, 85, 86, 90, 94, 96, 97, 99, 100, 101, 105, 112, 116–118, 124, 127, 129, 144, 145, 152, 153, 155, 157, 185, 200, 207, 208, 212 — см. также
Право контрактное
азтический 65, 66
брачный 76
государственный 100
литеральный 74, 80
свободный 55, 101, 200
сексуальный 80
статусный 58, 64, 99
целевой 58, 64–69, 86, 90, 99, 153, 200
частный 100, 112
- Контрактное общество 61, 82
- Контрактные отношения 118
схемы 118, 124, 144, 145, 155
- Контрактный формализм 129
- Корпоративное имущество 103, 104, 114
право — см. Право корпоративное
- Корпорация 97, 98, 104, 105, 115
адвокатская 143
в английском праве 91, 110, 111, 113, 114
в каноническом праве 177
в немецком праве 111, 115
в римском праве 54, 85, 95, 105, 106
городская 112
как учреждение 113
территориальная 207
трастовая 111, 119
частная 91, 105
- Кровная месть 27, 67, 95, 179, 180
- Л**егализация права 133
- Легаты 93
- Лёгзага 135, 136
- Личность права 87, 88, 217
- Логическая структура права 160
- М**агистрат, магистраты 50, 82, 102, 106, 134, 137, 139, 152, 178, 184
- Магистратское руководство процессом 139, 151, 152, 180

- Магическая
вера 49, 128, 129
символика 64
- Магически значимые акты 64, 131, 132, 136
- Магические
культовые общности 80
нормы (табу) 52, 132, 164
силы 50
средства правового откровения 125, 132
- Магический
запрет инцеста 164
формализм права 69, 126, 128, 129, 131, 164, 181, 209, 210
- Монарх 37, 38
- Монополия, монополизация 42
- Мораль 32, 33, 47
- Моральные нормы 33
- Мужская власть 81
- Мужской военный союз 80
- Мужской дом 63, 80
- Н**еграждане 87, 92–94
- Немой обмен 35
- Неправомерное владение 50
- Неправомерность 50, 67
- Несправедливость 51, 177
- Новое, новизна 29
- Норманнское правление 113
- Нормативное регулирование 38
- Нормы права — см. Правовая норма
- Носитель власти — см. Властитель
- О**бмен 35, 36, 38, 60, 65, 66, 80, 203, 210, 211
женщинами 65, 80
немой 35
экономический 65
- Обмиршение права 66
- Обобществление 37, 38
- Общее благо 184
- «Общее земское право» 194, 215
- Община 140
благочестия 67
как суверенная инстанция создания и применения права 140
римская военная 140
тинговая 140
- Общность
политическая 22, 25,
правовая — см. Правовая общность
- Объект права 47
- Обычай 20, 27, 28, 31, 32, 34, 38, 39, 53, 71, 79, 80, 85, 112, 117, 123, 170, 189, 194 — см. Право обычное
- Обязательность 28, 29, 30
- Огласитель права — см. Возвещатель закона, права
- Огосударствление правового пророчества 136
- Октроирование права 132, 209
- Ордалии 55
- Откровение права 126, 132, 134, 136, 167, 209
- Офицерское сословие 26
- П**артикулярность,
партикуляризация права 207
- Патримониализм 46
- Пиетет 93, 160, 166, 180 — см. также Благочестие
- Побратимство — см. Братство
- Половые отношения 78, 80, 81 — см. также Брак
внебрачные 81
договорные 78, 80
- Порядок, порядки 206 — см. также Правовой порядок; Социальный порядок

- Постулаты современной правовой работы 58
 Права человека 199
 «Права человека и гражданина» 198
 Правительство 47
 Правление 46, 47, 48
 Право 19, 20, 31, 32, 33, 38, 46, 163, 207
 австрийское 124, 196
 административное 178
 американское 82
 английское 50, 51, 57, 73, 83, 110–114, 118, 193, 212, 217
 англосаксонское 62, 197, 207, 215, 216
 анормальное 78
 античное 104
 арабское 68
 аргентариев 93
 армянское 174
 брачное 80, 81
 брачно-имущественное 82
 буддистское 166
 буржуазное 179, 180
 вавилонское 75, 174
 вексельное 196
 великое мировое 197
 византийское 103, 115, 154
 владения 134
 врожденное 199
 всемирное 177
 в социологическом смысле 40
 гарантированное объективное 20
 германское 70, 71, 73, 74, 85, 118, 139, 175
 городское 91, 191
 государственное (гарантированное государством) 22, 24, 54, 178
 гражданское 45, 49, 54, 66, 73, 81, 92, 93, 94, 100, 106, 164, 177, 192, 196
 гражданства 104
 греческое 73
 гуфное 68
 дворовое 91
 диспозитивное 75
 договорное 73
 доказательственное 126, 129, 130, 160, 177, 183
 доконтрактное 70
 должностное 134
 древнее 160
 древнее арийское 166
 египетское 81, 115
 естественное 45, 54, 82, 84, 159, 175, 197–205, 209, 212, 214
 западное 79, 193, 210
 земельное 144, 191
 земское 197
 и мораль 33
 имперское 104, 192
 имущественное 62, 100, 182
 индийское 51, 115, 147, 148, 184
 и нравственность 185
 интерцессии 139
 и правление 46
 исламское 82, 87, 103, 115, 152
 исламское торговое 169
 итальянское 75, 150
 иудейское 82, 85, 171, 172, 174, 175, 176
 и хозяйство 19, 59
 и этика 159
 как регламент 206
 каноническое 104, 107, 110, 148, 164, 169, 175, 176, 177, 178, 190, 204
 кассации 164, 165
 китайское 49, 51, 113, 115, 184
 классовое 208
 клиентское 178
 княжеское 139, 180
 когнатическое 166
 кодифицированное — см. Кодифицированное право

- командования 45, 46
- коммерческое 150, 164, 174
- континентальное 107, 110, 113, 215, 216, 217, 218
- контрактное 164, 177
- королевское 138
- корпоративное 104, 106, 110, 112, 114, 117
- косвенно гарантированное 21, 31
- кутюмов 197
- лангобардское 87
- легитимно приобретенное
 - субъективное 36
- легитимное 59, 61, 200, 201, 202
- ленное 63, 91, 93, 178, 179
- личное 87
- локальное 186
- магистратское 180
- материальное 51, 55, 159, 176, 177, 180, 181, 210, 217
- материальное естественное 202, 205
- материальное княжеское 139
- материальное народное 140
- материальное особое 92
- материально-рациональное 57, 58, 197
- международное 62
- мертвой руки 112
- мировое 157
- мусульманское — см. Право исламское
- на земельное владение 203
- на земельный надел 203
- на полный трудовой доход 203
- на прожиточный минимум 203
- народное 140, 189
- наследственное 51, 61, 62, 64, 164, 166, 179, 201
- на труд 203
- национальное 122
- национальное римское 157
- негарантированное 21
- негосударственное 23
- неконцессионированное 113
- немецкое 180, 195, 110–112, 137
- нестатутное 121
- неформальное 159, 160
- новое 63, 122, 123, 132, 133, 136, 138, 145
- нордическое 134
- «нормальное» 212
- общее 91, 122, 165, 179, 180, 186, 190, 193
- объективное 46, 54, 58, 59, 90, 96, 121, 128, 194, 207
- обычное 27, 30, 121, 122, 132, 194, 199, 213, 214
- обязательственное 70, 116, 174
- особое 76–79, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 165, 178, 179
- открытых торговых обществ 98
- официальное 145
- пандектное 106
- партикулярное 86, 89, 175, 208
- патримониальное 45, 183
- позднеримское 103, 104, 113
- позитивное 197, 205, 214
- политическое 63, 67, 164
- прав («право прав») 198
- «правильное» 96
- преторское 94
- преюдициальное 132, 214
- привилегированное 89
- примитивное 49
- приобретенное 45, 61, 101, 201, 202
- произвольное 89
- профанное 164, 165, 166, 175, 176
- профессиональное 208
- процессуальное 55, 63, 64, 129
- прусское 194, 196, 197
- публичное 21, 44, 45, 46, 53, 54, 62, 64, 205
- распоряжения 22, 59, 74, 76
- рационально
 - систематизированное 144

- рациональное 121, 150, 159
 рациональное естественное 82
 революционное 197
 ремесленников 91
 римское 48, 50, 51, 53–55, 57, 66, 71, 73, 74, 76, 78, 79, 81, 82, 83, 85, 87, 92, 95, 100, 102, 103–107, 110, 113–115, 118, 121, 129, 134, 145, 150, 152, 154–157, 175, 189–193, 195–197, 210, 212, 213 — см. также: Право национальное римское; Право позднеримское; Право римское имперское; Право римское республиканское; Право римское реципированное
 римское гражданское 92, 107, 153
 римское имперское 95, 104, 107, 116, 122, 157
 римское республиканское 85, 95, 154, 157
 римское реципированное 122
 родовое 87
 русское 113, 115, 116, 174, 196
 сакральное 53, 163, 164, 165, 166, 183
 самостоятельно избираемое 86
 сверхпозитивное 214
 свобод 58, 60, 77, 197, 200
 «свободное» 37, 213
 свободы договоров 60, 200, 202
 священное 81, 103, 122, 146–148, 159, 162, 164, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 175, 176, 178, 192
 сделок 61
 семейное 62, 64, 78, 81, 164, 179
 служебное 91, 170, 178
 собственное 117
 собственности 45, 50, 214
 современное 78, 80, 118
 сословное 94, 194, 196, 208
 социальное 212
 союзов 86, 96, 110
 средневековое 107, 115, 129, 169, 191
 статусных союзов 92, 93
 статутное 121, 179
 страны 87, 91, 170, 210
 субсидиарное 190
 субъективное 23, 27, 36, 44, 46, 47, 53, 54, 59, 60, 76, 88, 90, 163, 182, 183, 185, 186, 194, 207
 товарищеское 67, 68, 86, 106, 115, 117, 178
 торговое 65, 74, 79, 91, 191, 196, 207, 208
 требования 44, 45, 46, 48, 49, 73, 74, 182
 уголовное 49, 52, 53, 166, 179, 211, 218
 уголовно-процессуальное 53
 установленное 31, 138
 фискальное 116
 фондов 103 — см. также Фонд, фонды
 формальное 57, 118, 120, 128, 139, 163
 формальное естественное 201, 202, 205
 формально-рациональное 57, 58, 197
 французское 54
 хозяйственное 204
 церковное 24, 104
 цессионное 73
 цеховое 186
 частное 44, 45, 46, 48, 49, 54, 56, 61, 63, 99, 100, 103, 115, 165, 169, 185, 190, 211
 частное корпоративное 115
 эллинистическое 74, 113, 174
 эллинское 83, 165
 эмпирическое 193
 юристов 127, 140, 168, 169, 194, 212, 213

- юстиниановское 111, 196
- Правовая**
- аристократия 180, 193
 - гарантия 35–38, 41–43, 57, 59, 85, 119, 123, 210
 - доктрина 142, 145, 146, 150
 - университетская 146, 150
 - эмпирическая 146
 - защита 36, 59, 66, 73, 124
 - история 54, 86
 - казуистика 56
 - конструкция 79, 145
 - конструкция обмена 66
 - конфессия 87, 124
 - легитимация 104
 - литература 191, 193 — см. Правовые книги
 - личность 97, 101, 110, 114, 116, 124, 207
 - логика 130, 156, 157, 160, 192, 211
 - мобилизация (земель) 85
 - мудрость 135
 - наука 215, 216
 - новация 187
 - норма 22, 32, 39, 44, 54, 55, 59, 60, 76, 121, 122, 124–126, 141, 197
 - общность 86–88, 119, 140
 - обязательность 28
 - помощь 95, 163, 211
 - практика 143–146, 149, 161, 163, 174, 191, 194, 211, 212, 219
 - привилегия 88
 - процедура 101, 209
 - равенство 89
 - рациональность 56, 218
 - систематика 150, 154, 197
 - стабильность 145, 189
 - теория 144
 - техника 74, 79, 104, 152
 - упорядоченность социального поведения 58
 - урегулированность 37
 - харизма 141
 - школа 146
 - элита 135, 137, 141, 143, 148–150, 187, 188, 191, 193, 209
- Правовед, правоведы** 148, 154, 209, 215
- Правовое**
- государство 135
 - давление 123
 - знание 144
 - лицо 97
 - мышление 56, 66, 68, 71, 72, 79, 130, 142, 145, 146, 148, 155, 156, 190, 192, 193, 194, 204, 210, 211, 212, 215, 216
 - обучение, образование 142–145, 149, 151, 153–156, 158, 191, 197, 209, 216
 - откровение 124, 128
 - отношение, правоотношение 56, 75
 - принуждение 21, 60, 70, 85, 123, 124, 125, 127, 137, 139
 - производство 86
 - пророчество 136, 137
 - равенство 185, 206
 - сословие 150
 - установление 133, 139, 200, 218
 - учение 146, 150
 - духовных семинарий 146
 - правовых школ 146
 - рациональное 146
 - чувство, чутье 127, 130
- Правовой**
- автомат 212
 - авторитет 45, 50
 - акт 66
 - догматик 39
 - дуализм 181
 - институт 56, 71, 73, 79, 85, 174, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 216
 - инструмент 57, 74, 111, 129, 181
 - мудрец 135, 140

- партикуляризм 42, 43, 79, 122, 169
 подход 19, 121
 позитивизм 202, 205
 порядок (правопорядок) 19, 20, 25, 40, 41, 44, 50, 57, 60, 119, 120–122, 182, 183, 194, 201, 206, 214
 практик 141, 142, 206, 212, 213, 214, 215
 процесс 138, 162
 рационализм 79, 218 — см. Правовая рациональность
 символизм 75
 формализм 57, 71, 129, 131, 143, 160, 209, 210, 217, 218, 219
 харизматик 135
- Правовые**
 афоризмы 187, 188, 198
 книги 148, 149–151, 154, 158, 188, 189 — см. также Судебник, судебники
 консультанты 152, 153–157, 172, 187
 максимы 198
 партикулярии 89, 196, 207, 208
 поговорки 141, 197
 положения 56, 58, 59, 141, 197, 198, 211
 понятия 131, 155, 156, 157
 практики 180, 188
 пророки 136, 141, 167, 168, 170, 171, 172, 209, 219
 сделки 45, 60, 61, 66, 70, 72, 76, 89, 129
 секты 124
 системы 49, 51, 61, 67, 70, 72, 73, 106, 124, 160
 социологи 121
 товарищи 86, 88, 95, 117, 137, 140
 школы 148
 школы в исламе 87, 124, 168, 169, 178
- Правоизобретение 128, 141
 Правообразование 46, 47, 48, 54, 56, 59, 112, 117, 127, 132, 141, 165, 195, 217
 сословное 112
 товарищеское 117
 харизматическое 134
- Правопорядок — см. Правовой порядок
- Правоприменение 46, 47, 48, 54, 55, 56, 57, 63, 127, 131, 134, 137–139, 140, 165, 186, 194, 197, 215
- Правопритязания 46, 55, 60, 174
- Правосоздание 138, 140
- Правосознание
 традиционное 49
- Правосубъектность 59, 98, 100, 105, 113
 государства 101
 союзов 59, 97, 98, 110, 113
- Правосудие 47, 54, 69, 95, 100, 106, 113, 138, 141, 152, 153, 161, 171, 183, 191, 213
 автономное 166
 английское 217, 218
 времен пророков 126
 кабинетное 162, 183
 кади 171, 183
 как управление 54, 182, 183, 184
 княжеское 182, 183, 194
 народное 158, 218
 немецкое 137
 неформальное 218
 патриархальное 182, 183, 184, 194
 патримониально-княжеское 182, 185
 рациональное 158
 регулярность и предсказуемость правосудия 210
 родовое 69
 сакральное 153
 современное западное 207

- сословное 182, 185
теократическое 171
товарищеское 117, 140, 182, 185
харизматическое 139
- Правотворчество 57, 86, 89, 95, 119, 127, 128, 131, 136, 138, 145, 148, 163, 169, 182, 197, 199, 209, 215, 219
автономное 117
каутелярное 209
преюдициальное 209
раввинов 148
рациональное 148
харизматическое 128, 134
- Правоустановление 128, 132, 133, 138, 176, 184, 188, 200, 209
харизматическое 128, 134
- Представительство в суде — см. Процессуальное представительство
- Прерогатива, прерогативы 46, 63, 67, 102, 108, 137
- Преюдиции 121, 127, 132–134, 144, 158, 172, 175, 189, 193, 195, 216–218 — см. Право преюдициальное
- Привилегированное
положение на рынке 89, 186
право 89, 169
- Привилегия, привилегии 26, 46, 54, 63, 87–90, 94, 101, 102, 108, 112, 117, 154, 182, 185 — см. Кассация привилегии корпораций 95
сословные 89, 112, 185, 196
- Претор 63, 73, 92, 94, 131, 135–137, 151, 158, 180, 181
преторское право 94, 158
- Привычное, привычка 28, 34
- Приказ 27, 45, 53, 131,
- Принуждение 21, 22, 23, 25, 27, 31, 33–36, 38–43, 59, 62, 63, 69, 83, 85, 117, 119–128, 131, 135, 137, 157, 166, 185 — см. Правовое принуждение
- Пробелы — см. Беспробельная система права
в конституции 37
в праве 37, 93, 150
- Продажа себя в рабство 71, 76
- Профессионализация права 220
- Профсоюзы 25, 26
- Процедура, процедуры
гражданские 50
искупительные 86
исполнения 50
правовые 49, 130
примирительные 47
процессуальные 48, 55
уголовные 50
- Процессуальное представительство 142–143
- Публичность права 137
- Р**аб 96, 97
- Рабовладельческий капитализм 99
- Рабство 77, 78, 80, 81, 83, 84, 87, 105
- Разделение властей — см. Власть, власти
- Рационализация права 73, 85, 141, 143–145, 159
- Рационализация правового мышления 56, 85, 145, 159
- Рациональность 47
- Рациональность права — см. Правовая рациональность
- Рациональность правотворчества и правоприменения 57, 145
- Революционные правовые теории 205
- Революция 203
- Регламент, регламенты 44, 45, 46

- Регулярность, регулярности 29, 34, 38, 39
- Рефлекс правопорядка 45
- Рефлексы регулирования 45
- Рецепция римского права 210
- Римское понятие собственности 157
- Род 47
- Рыночная связь 41
- Рыночное обобществление 43
- С**
- Самоуправство 70
- Свобода 206
- договоров 60–63, 75, 77, 78, 81, 89, 90, 101, 118, 200, 201
 - завещания 83
 - индивида 118
 - личная 120
 - развода 82, 177
 - сексуальных договоров 81, 82
- Свободная
- конкуренция 36, 200, 203, 204
 - оценка доказательств 210, 214
- «Свободное право» 37, 213
- Свободное соглашение 63, 200
- Свободный рынок 51
- Свободы — см. Право свобод
- Священная Римская империя 102
- Священные системы права 147
- Секуляризация права 133
- «Система приобретенных прав» 202
- Систематизация права 56, 57, 58
- Смысловая интерпретация 210
- Солидарная ответственность 51, 70, 71, 78, 95, 98, 99, 115, 116
- Солидарные права 99
- Солиситор 143
- Сословие, сословия 63, 145, 171
- борьба сословий в Риме 72, 95
 - сословие консультантов (респондентов) 154, 158
 - офицерское 26
 - правовые 143, 145, 149, 150
 - профессиональные 165
 - респондентов 154
- Сословная
- автономия 89, 134
 - группа 25, 89
 - общность 86
 - политическая структура 63
 - солидарность 206
 - структура 101, 133, 149
- Сословное
- государство 54, 110
 - право — см. Право сословное
 - правосудие — см. Правосудие сословное
- Сословные
- качества (характеристики) личности 88
 - отношения в Античном полисе 105
 - правовые нормы 124
 - привилегии 89, 185
 - структуры принуждения 43
- Сословный
- князь Средневековья 102
 - круг 88, 90
 - патримониализм 116, 183
 - союз 25, 94, 104
 - этикет 143
- Социализм 204
- Социалистическая общность 119, 120
- «Социалистически организованные» объединения 119
- Социалистические идеалы 206
- «Социалистические» права 203
- Социалистические теории 202
- Социалистический
- порядок 120
 - способ производства 40
- Социальная
- власть 83

- мощь больших университетов
150
справедливость 218
честь 215
экономика 19, 42
- Социальное
действие 37, 40
законодательство 202
качество 61
одобрение или неодобрение 35
поведение 58
право 212
- Социальные
группы 41
идеалы 206
отношения 88
требования демократии 212
- Социальный
габитус 64
порядок 61, 183, 206
ранг 154
статус 66
- Социологическая точка зрения —
см. Социологический подход
- Социологический подход 19, 20, 23,
26, 27, 32, 33, 34, 36, 39, 40, 44,
121
- Социологическое
понятие права 22
рассмотрение — см.
Социологический подход
фундирование юриспруденции
213
- Социология 21, 29, 32, 38–40, 59
- Союз, союзы 32, 36, 42, 96, 97,
98, 101, 102, 104, 106, 107, 108,
110–118, 138, 159, 177, 182, 200,
207, 208
военные 117, 138
политические 107, 108, 138, 183,
187
правосубъектность союза 59, 97,
98, 110
- правосудие союзов 166
профессиональные (гильдии)
106, 165
средневековые 111, 183
тотемный 106
- Справедливая цена 204
- Справедливость 47, 51, 127, 161, 171,
183, 184, 215, 218
- конкретная 171
материальная 162, 194, 195, 212,
220
социальная 218
чувство справедливости 127
- Средства принуждения 20, 22, 23, 25,
26, 43
- Статут, статуты 44, 179
- Субъект права 47, 110
- Суверен 102
- Суверенитет 103, 140
- Суверенная
городская община 104
демократия 162
позиция монарха 190
- Суггестия 30
- Суд 34, 70, 71, 101, 124, 137, 142, 190,
191
английский королевский 73, 87,
111, 117, 134, 143, 150, 180, 216,
217
аттический народный 151
зендовый 139
индийский 148
Линча 67, 179
лорда-канцлера 180
общеправовой 91
особый 91, 208 — см. Право
особое
политический 151
преторский 92
присяжных 48, 101, 106, 129, 130,
134, 142, 154, 162, 180, 218 —
см. также Жюри

- репетундовый 154
 римский 92
 сословный 208
 специальный 196, 208
 справедливости (equity) 181
 третейский 31, 63, 106, 129, 165, 179
 церковный 177
 чести 25
- Судебная
 жалоба 69
 община 135
 практика 213, 214
 процедура 67, 129, 178
 элита 139
- Судебник, судебники 55, 126, 133, 142, 154, 187, 191
- Судебное
 представительство —
 см. Процессуальное
 представительство
 принуждение 157, 180
 решение 71, 125–127, 154, 184, 213
 требование 67
- Судебные
 ораторы 154
 органы 183
 преюдиции 193 — см.
 Преюдиции
- Судебный
 иск — см. Иск, иски
 округ 117
 орган 48
 представитель 145
 процесс 70, 130
 чиновник 143
- Судейское сословие 149, 151
- Судопроизводство 47, 63
 административное 47, 103
 искупительное 131
 союзов 69
 тинговой общины 117
- «Суды любви» 31
- Судья, судьи 24, 47, 31, 34, 45, 47, 102, 125–127, 129, 130, 133, 134, 135, 138, 139, 142, 143, 151, 154, 161, 184, 190, 206, 207, 211, 213, 215
 академически образованные, ученые 193
 американские 219
 английский 215–217
 исламский 87, 168, 169, 170 —
 см. Кади
 иудейский 173
 мировой 162, 217
 непрофессиональные 219
 прусский 195
- Т**
 Тотемная организация 80
 Тотемные союзы 106
 Традиция 34
- У**
 правление 46, 47, 48, 54, 69, 107–109, 113, 117, 131, 151, 186, 191
 аристократическое 151
 бюрократическое 109
 государственное 110
 демократическое 109
 коммунальное 109, 110
 конституционное 62
 патримониальное 113, 184
 публичное 46
 рациональное 159
 свободное 54
 сословное 108
 частное 46
 чиновническое 186
- Управленческий акт, акты 48, 63
 Урим и туммим 126
 Уставный капитал 77
 Учреждение 21, 26, 31, 46, 53, 54, 79, 86, 89, 93, 97, 98, 100, 103, 104,

108, 110, 147, 179, 183 — см. также
Государство как учреждение
в юридическом смысле 97
государственное 100, 102, 153
и корпорация 98
имущество учреждения 100
происхождение понятия 104,
105, 177
Учрежденческий
механизм 50
целевой союз 31

Фидуциарии 187
Философия государства 54
Фонд, фонды 78, 97, 98, 103, 104, 115,
170
Формализм права 128
Формальное качество права
139–140, 158
Формулярный процесс 131, 181
Формы брака 80, 81
Формы господства 158, 160

Харизма 133, 135, 139, 140, 141
Харизматическая
квалификация 131, 132, 170
эпоха 147, 167, 176
Харизматические
авторитеты 104, 128, 129, 132,
135, 136, 138, 140, 147, 153, 167,
187
инстанции 130
правовые пророки 134, 137, 170
Харизматическое
откровение — см. Откровение
права

правотворчество — см.
Правотворчество
Хартальные деньги 42
Хозяйственный порядок 19, 20,
199–200
Хозяйство 41

Церковь 42

Частнохозяйственный способ
производства 40

Экзогамия 65, 80, 132
Экономика — см. Хозяйство
Экономическая теория 35
Эмпатия 29, 30
Эсимнеты 187

Юрический подход — см.
Правовой подход
Юриспруденция 121

Юстиция
английская 162
аристократическая 162
древняя 129
кади 217, 151 — см. Правосудие
кади
народная 162
национальная 127
патримониальная 162
справедливости 184
тинговая 117
товарищеская 141, 189
формальная 162

Язык права 19, 54, 77, 151, 196

Оглавление томов I–IV

ХОЗЯЙСТВО И ОБЩЕСТВО: Очерки понимающей социологии

Том I. СОЦИОЛОГИЯ

Глава 1. Основные социологические понятия

- § 1. Понятия социологии и смысла социального действия
 - I. Методические основания
 - II. Понятие социального действия
- § 2. Основания ориентации социального действия
- § 3. Социальное отношение
- § 4. Типы социального действия: привычка, обычай
- § 5. Понятие легитимного порядка
- § 6. Виды легитимного порядка: конвенция и право
- § 7. Основы значимости легитимного порядка: традиция, вера, установление
- § 8. Понятие борьбы
- § 9. Общность и обобществление
- § 10. Открытые и закрытые отношения
- § 11. Приписывание действия. Представительские отношения
- § 12. Понятие и виды союзов
- § 13. Порядки союза
- § 14. Порядки управления и регулирования
- § 15. Предприятие и союз предприятия, объединение, учреждение
- § 16. Власть, господство
- § 17. Политический союз, иерократический союз

Глава 2. Основные социологические категории хозяйствования

- § 1. Понятие хозяйствования
- § 2. Понятие полезности
- § 3. Хозяйственная ориентация действия
- § 4. Типичные правила рационального хозяйствования
- § 5. Виды хозяйственных союзов
- § 6. Средства обмена, средства платежа, деньги
- § 7. Первичные последствия типичного употребления денег. Кредит

- § 8. Рыночное положение, ликвидность, рыночная свобода, регулирование рынка
- § 9. Формальная и материальная рациональность хозяйства
- § 10. Рациональность денежного расчета
- § 11. Понятие и виды доходов, капитальный расчет
- § 12. Натуральный расчет и натуральное хозяйство
- § 13. Условия формальной рациональности денежного расчета
- § 14. Меновое хозяйство и плановое хозяйство
- § 15. Типы хозяйственного распределения труда (общее)
- § 16. Виды технического членения труда
- § 17. Виды технического членения труда (продолжение)
- § 18. Социальные виды разделения труда
- § 19. Апроприация использования труда
- § 20. Апроприация средств производства
- § 21. Апроприация управленческого труда
- § 22. Экспроприация средств производства у работников
- § 23. Экспроприация средств производства у работников (продолжение)
- § 24. Профессия и виды разделения профессий
- § 24а. Главные формы апроприации и рыночные отношения
- § 25. Об условиях расчета производительности труда
- § 26. Безрасчетные трудовые общности. Формы коммунизма
- § 27. Капитальные блага и капитальный расчет
- § 28. Понятие «торговля» и ее формы
- § 29. Понятие «торговля» и ее формы (продолжение)
- § 29а. Понятие «торговля» и ее формы (окончание)
- § 30. Условия формально высшей рациональности капитального расчета
- § 31. Типичные направления «капиталистического» получения дохода
- § 32. Денежная конституция современного государства и разные виды денег: оборотные деньги
- § 33. Денежная конституция современного государства и разные виды денег: закрытые деньги
- § 34. Денежная конституция современного государства и разные виды денег: нотальные деньги
- § 35. Формальная и материальная значимость денег
- § 36. Средства и цели денежной политики
- § 36а. Экскурс о государственной теории денег
- § 37. Немонетарное значение политических союзов для хозяйства
- § 38. Финансирование политических союзов

- § 39. Обратное воздействие на частное хозяйствование
- § 40. Влияние хозяйства на образование союзов
- § 41. Движущая сила хозяйствования

Глава 3. Типы господства

1. Значимость легитимности

- § 1. Определение, условия и виды господства. Легитимность
- § 2. Три чистых типа легитимного господства: рациональное, традиционное, харизматическое

2. Легальное господство с бюрократическим штабом управления

- § 3. Легальное господство: чистый тип с бюрократическим штабом управления
- § 4. Легальное господство: чистый тип с бюрократическим штабом управления (продолжение)
- § 5. Бюрократическо-монархическое управление

3. Традиционное господство

- § 6. Традиционное господство: чистый тип
- § 7. Традиционное господство: чистый тип (продолжение)
- § 7а. Геронтократия, патриархализм, патримониализм
- § 8. Геронтократия, патриархализм, патримониализм (продолжение)
- § 9. Сословно-патримониальное господство
- § 9а. Традиционное господство и хозяйство

4. Харизматическое господство

- § 10. Признаки харизматического господства. Образование общностей на его основе

5. Рутинизация харизмы

- § 11. Рутинизация харизмы и ее последствия
- § 12. Рутинизация харизмы и ее последствия (продолжение)
- § 12а. Рутинизация харизмы и ее последствия (окончание)

6. Феодализм

- § 12b. Феодализм, ленный феодализм
- § 12с. Пребендальный и иные виды феодализма
- § 13. Смешение разных типов господства

7. Неавторитарное переосмысление харизмы

- § 14. Харизма вне рамок господства

8. Коллегиальность и разделение властей

- § 15. Коллегиальность и разделение властей
- § 16. Специфицированное разделение властей
- § 17. Отношения политического разделения властей к хозяйству

9. Партии

- § 18. Понятие и сущность партии

10. Управление без господства и представительное правление

- § 19. Непосредственная демократия и правление представителей
- § 20. Правление знати

11. Представительство

- § 21. Сущность и формы представительства
- § 22. Представительство интересов (в продолжение пп. 1—4 в начале § 21)

Глава 4. Сословия и классы

1. Понятия

- § 1. Классовое положение, класс, класс владения
- § 2. Класс дохода, социальный класс
- § 3. Сословное положение, сословие

Том II. ОБЩНОСТИ

Глава 1. Хозяйственные отношения общностей (хозяйство и общество) в основных чертах

- § 1. Сущность хозяйства. Хозяйственная, хозяйствующая и регулирующая хозяйство общности
- § 2. Открытые и закрытые хозяйственные отношения
- § 3. Формы общностей и экономические интересы
- § 4. Типы экономической деятельности хозяйствующих общностей и формы хозяйства
- § 5. Действия общности по удовлетворению потребностей и распределение бремени. Порядки, регулирующие хозяйство

Глава 2. Типы общностей и обобществлений в их отношении к хозяйству

- § 1. Домашняя общность
- § 2. Соседская общность, хозяйственная общность и община

- § 3. Сексуальные отношения в домашней общности
- § 4. Род и регулирование сексуальных отношений. Домашняя, родовая, соседская и политическая общности
- § 5. Отношение к военному и хозяйственному устройству. «Брачное имущественное право» и наследственное право
- § 6. Распад домашней общности: изменение ее функциональной роли и появление расчета. Рождение современных торговых обществ
- § 7. Развитие ойкоса

Глава 3. Отношения в этнических общностях

- § 1. Расовая принадлежность
- § 2. Возникновение веры в этническое единство. Языковая и культовая общности
- § 3. Отношение к политической общности. «Род» и «народ»
- § 4. Национальность и культурный престиж

Глава 4. Социология религии (типы религиозных общностей)

- § 1. Возникновение религии
- § 2. Колдуны и священники
- § 3. Понятие бога. Религиозная этика. Табу
- § 4. Пророк
- § 5. Община
- § 6. Священное знание. Проповедь. Спасение души
- § 7. Сословия, классы и религия
- § 8. Проблема теодицеи
- § 9. Спасение и возрождения
- § 10. Пути спасения и их воздействие на стиль жизни
- § 11. Религиозная этика и «мир»
- § 12. Культурные религии и «мир»

Глава 5. Рыночное обобществление

Глава 6. Политические общности

- § 1. Сущность и «правомерность» политических союзов
- § 2. Стадии развития политического объединения
- § 3. Престиж власти и «великие державы»
- § 4. Хозяйственные основы «империализма»
- § 5. «Нация»

Глава 7. Распределение власти: классы, сословия, партии

Воинские сословия. набросок

Том III. ПРАВО

Хозяйство и порядки

- § 1. Правовой порядок и хозяйственный порядок
- § 2. Правовой порядок, конвенция и обычай
- § 3. Значение и границы правового принуждения в экономике

Условия развития права (социология права)

- § 1. Дифференциация предметных областей права
- § 2. Формы обоснования субъективного права
- § 3. Характер форм объективного права
- § 4. Типы правового мышления и правовая элита
- § 5. Формальная и материальная рационализация права. Теократическое и профанное право
- § 6. Административное право и патримониально-княжеские установления. Кодификации
- § 7. Формальные качества революционно созданного права. Естественное право и его типы
- § 8. Формальные качества современного права

Том IV. ГОСПОДСТВО

I. Социология господства

- § 1. Господство
- § 2. Бюрократизм
- § 3. Патримониализм
- § 4. Феодализм
- § 5. Харизматизм
- § 6. Реорганизация харизмы
- § 7. Удержание харизмы
- § 8. Государство и иерократия

II. Нелегитимное господство (социология городов)

- § 1. Понятие и категории города
- § 2. Западный город
- § 3. Родовой город в Средневековье и Античности
- § 4. Плебейский город
- § 5. Античная и средневековая демократия

III. Проблемы социологии государства

- § 1. Возникновение рационального государства
- § 2. Господствующий союз с монополией легитимного насилия
- § 3. Господство как управление
- § 4. Партии
- § 5. Парламент
- § 6. Парламентаризм и демократия

Научное издание

Макс Вебер

ХОЗЯЙСТВО И ОБЩЕСТВО
Очерки понимающей социологии

В четырех томах

Том III

ПРАВО

Перевод с немецкого под общей редакцией Л.Г. Ионина

Зав. редакцией *Е.А. Бережнова*

Редактор *Г.Е. Шерихова*

Художник *В.П. Коршунов*

Компьютерная верстка: *О.А. Быстрова*

Корректор *Е.Е. Андреева*

Подписано в печать 11.12.2017. Формат 70×100 ¹/₁₆

Печать офсетная. Гарнитура Newton

Усл. печ. л. 27,3. Уч.-изд. л. 23,0. Тираж 1000 экз. Изд. № 2059

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

101000, Москва, ул. Мясницкая, 20

Тел.: (495) 772-95-90 доб. 15285

Отпечатано в АО «Первая Образцовая типография»

Филиал «Чеховский Печатный Двор»

142300, Московская обл., г. Чехов, ул. Полиграфистов, д. 1

www.chpd.ru, e-mail: sales@chpd.ru

Тел.: (499) 270-73-59

Заказ № 8798



Макс Вебер

ХОЗЯЙСТВО И ОБЩЕСТВО

Представляем читателю первое полное издание на русском языке классического сочинения Макса Вебера «Хозяйство и общество». Эта книга по праву была признана в 1997 году Международной социологической ассоциацией главной социологической книгой XX века. Поскольку история социологии как науки и есть, собственно, история социологии в XX веке, можно смело сказать, что это — главная социологическая книга вообще.

Книга разделена на четыре тома:

том I «Социология»

том II «Общности»

том III «Право»

том IV «Господство»

«Хозяйство и общество» учит методологии исследования, дает блестящие образцы социологического анализа и выводит на вершины культурно-исторического синтеза.

Инициатором и идеологом проекта по изданию книги Макса Вебера на русском языке и редактором перевода выступил доктор философских наук, профессор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» Л.Г. Ионин.



ИЗДАТЕЛЬСКИЙ ДОМ
ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ