

ПРАВО КАК РЕГУЛЯТОР ОТНОШЕНИЙ ПО ПОВОДУ ЦЕННОСТЕЙ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ

© 2021 г. А. Г. Чернявский

Военный университет Министерства обороны Российской Федерации, г. Москва

Поступила в редакцию 15.10.2020 г.

Аннотация. В статье изложен взгляд автора на правокачественность права с точки зрения теории о праве как о нормах согласования интересов по поводу ценностей. Автор дает оценку норм права, как норм разграничения и согласования отношений по поводу ценностей. Анализируется, что является движущим принципом права: сближение государственных ценностей и ценностей человека. Автор полагает, что всякие попытки присвоить приоритетное значение тем или иным ценностям, без учета их реального соотношения в обществе, заранее обречены на неудачу. Отношение человека к праву является определяющим воплощением правовых ценностей как социокультурной основы права. Право регулирует порядок реализации интересов по отношению к ценностям.

Ключевые слова: ценности, правовые отношения, приоритет, юридическая форма, интерес, функциональное действие, правопорядок.

Цитирование: Чернявский А.Г. Право как регулятор отношений по поводу ценностей: теоретико-правовые аспекты // Государство и право. 2021. № 1. С. 26–35.

DOI: 10.31857/S102694520013250-6

LAW AS A REGULATOR OF RELATIONS ABOUT VALUES: THEORETICAL AND LEGAL ASPECTS

© 2021 г. А. Г. Chernyavsky

Military University of the Ministry of Defense of the Russian Federation, Moscow

Received 15.10.2020

Abstract. The article presents the author's view on the legal quality of law from the point of view of the theory of law as the norms of coordination of interests about values. The author gives an assessment of the norms of law as the norms of differentiation and coordination of relations about values. It analyzes what is the driving principle of law: the convergence of state values and human values. The author believes that any attempts to assign priority to certain values, without taking into account their real correlation in society, are doomed to failure in advance. the attitude of a person to the law is the defining embodiment of legal values as the socio-cultural basis of law. The law regulates the order of realization of interests in relation to values.

Key words: values, legal relations, priority, legal form, interest, functional action, law and order.

For citation: Chernyavsky, A. G. (2021). Law as a regulator of relations about values: theoretical and legal aspects // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 1, pp. 26–35.

Право образуется только жизнью, выделяется из нее постоянно, по мере того как открывается создающее значение различных форм достижения благ и необходимость дать этим формам определенность. Пока нет сознания о такой необходимости, отношения между лицами остаются чисто фактическими или выражают собой чисто нравственные требования.

Справедливо, что каждое право в своем первоначальном виде есть факт; юридическим он становится только через признание его таковым. Поэтому также всякая потребность стремится к тому, чтобы получить юридическое признание, которое служит для него последним словом в данное время; доюридическое бытие каждой силы есть случайное, необеспеченное. Нагляднее всего можно видеть это на стремлении ассоциации приобрести статус юридического лица, на желании общества юридически определить отношения власти и подчинения и т.п. Тем не менее прежде чем установить твердые формы для выражения жизни, необходимо дать простор силам и потребностям, чтобы каждая из них заявила свою природу, чтобы не охранять того, что не имеет творчества¹. История показывает, что все законодательства более или менее шли по этому пути: все первоначальные кодексы имеют уголовный характер, они охраняют только несомненные блага (жизнь, собственность и иные ценности), предоставляя самой жизни вырабатывать новые отношения или сочетания сил. Для личности и общества ценность какого-либо объекта или явления представляет собой совокупность ориентиров, свидетельствующих об их значении, важности, актуальности и полезности. Осознавая ценность какого-либо объекта или явления, отношение личности к ним меняется в силу объективных причин, таких как потребность во владении чем-либо ценным, мотивация получить что-либо ценное, а также желание сохранить все ценное, что было получено либо достигнуто особыми усилиями. Изменение отношения к определенным ценностям изменяет, соответственно, и отношение к праву, возможно даже обесценивает, регулируя-ще отношения по поводу этих ценностей.

Таким образом право создается из жизни и в ней получает свое видимое бытие, становится положительным, идея права находит свое внешнее выражение. Жизнь всегда шире права, она постоянно служит для права источником обновления, в ней всегда скрываются задатки нового права², коренятся новые силы. Это доказывает, например, необходимость перемен в законодательстве.

¹ См.: *Чернявский А.Г.* Фундаментальные основы права: компаративистика в юриспруденции. М., 2019. С. 34.

² См.: *Ihering R.* Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Leipzig, 1852. Teil I. S. 31.

Ярким примером может служить Конституция РФ, которая, заключая в себе основные цивилизационно-правовые ценности, по своей природе все же подвержена изменениям. Однако принципиально важно, чтобы эти изменения были направлены на поступательное развитие и происходили эволюционно, правильно и на перспективу расставляя ценностные ориентиры³.

В этом образовании право проходит три ступени. Прежде всего оно осознается как отдельная сила, которая должна получить самостоятельное бытие в среде других общественных сил. Далее право получает определенность через формулирование: необходимо, чтобы выражено было ясно и положительно, какие отношения охраняются им и какими средствами. Наконец, для того чтобы стать действительной, принуждающей силой, право должно быть выражением определенной общественной власти, олицетворяющей собой юридические запреты и предписания. Смотри по характеру этой власти, и право получает различное значение: в семье, основанной на любви, право равнозначно с нравственностью, в государстве оно выражается в строгих формальных предписаниях, в международном союзе оно возвышается на стень жизненной правды.

Право не есть результат ни случая, ни человеческого произвола, ни человеческой мудрости; оно не создается ни законодательством, ни философскими умозаключениями. Подобно нравам и языку, право вырастает на почве отношений между лицами. В юности народа, в простом быту весь народ непосредственно сознает свое право; впоследствии это понимание доступно только законодателям и юристам⁴. Фальк считает источниками права: первоначальную природу человеческих отношений, жизнь народа и законодательную власть⁵.

Сознание о праве принадлежит сначала отдельным лицам и потом все более и более обогащается вследствие той фактической и нравственной зависимости, которая существует между членами общества. Силой убеждения или бессознательно-го подражания достигается охранение определенных жизненных отношений. Не имея юридического характера, такой переход от индивидуального к общему не подчиняется внешнему определению. Понятие об общем не представляет собой количественной величины; иногда немногие лица сознают что-либо как право, и это сознание получает господство, иногда же вся масса общества понимает

³ См.: *Чернявский А.Г.* Комментарий к Конституции Российской Федерации. Новая редакция (постатейный). М., 2020. С. 21–25.

⁴ См.: *Beseler G.* Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig, 1843. S. 59.

⁵ См.: *Falck N.* Juristische Encyclopedie, 5-te Auflage, Leipzig, 1851. S. 12.

одинаково отношение друг к другу, основываясь на всем присущем нравственному требованию. Но поскольку сознание есть творчество и только лицо творит что-либо новое, то народные легенды связывают происхождение права с известным историческим и мифическим лицом⁶. В то же время личная свобода в деле сознания юридически не ограничена и против убеждения многих может выступить убеждение одного; не количество мнений дает им значение, а их согласие с справедливостью, которая присуща каждому обществу.

На сознание о праве имеют влияние отчасти богатство и разнообразие жизненных явлений, на которых оно основывается, отчасти же врожденная способность известного общества к юридическому мышлению. Хотя нравственные требования всех цивилизованных обществ одинаковы и вытекают из той или иной религии, однако не все одинаково способны к логическому выводу понятий, к сочетанию элементов права. У одних народов юридические положения остаются не выделенными из нравственности и факта, у других они образуют самостоятельное целое, на котором отражаются все духовные способности и задатки.

В этом смысле говорят: право есть выражение народного духа⁷. *Der Volksgeist ist die Quelle des menschlichen Rechts, der rechtlichen Überzeugungen, die sich in den einzelnen Gliedern bethätigen* — Народный дух является источником прав человека, правовых убеждений, действующих в отдельных членах⁸.

Сознанию доступны прежде всего внешние признаки права и юридические положения, в которых выражается то, что повторяется постоянно и должно повторяться. Право осознается как предписание на каждый отдельный случай, служащее руководством человеческой деятельности и устанавливающее внешний порядок; смысл самой деятельности и охраняемых отношений или объясняется религией, или остается недоступным пониманию. Поэтому первоначально юридические правила имеют характер внешний и формальный; в них выражается непосредственная связь лица с предметом его права, например, прямое воздействие на вещь, признаки отеческой власти и проч.

От внешних признаков сознание переходит к юридическим понятиям путем логического отвлечения и обобщения. Хотя эти понятия находятся в зависимости от фактов и нравственных требований, однако как понятия они имеют отдельное

бытие. Так, например, собственность в юридическом смысле не есть хозяйственная сила, а совокупность признаков, образующих власть; договор становится отношением лица к лицу; право вообще отделяется от своей материи и необходимо получает характер отвлеченный. Хотя и не остается в области чистого мышления⁹. Одни из этих понятий имеют самостоятельное бытие, потому что определяют конкретную власть лица, другие же служат дополнением к ним и относятся не к существу права, а к условиям его применения. Так, например, самостоятельными юридическими понятиями являются: собственность, купля-продажа, завещания; к производным относятся: просрочка, ошибка, недействительность, давность, сроки. Сами по себе эти понятия не представляют ничего юридического и по своему отвлеченному характеру относятся одинаково ко многим конкретным отношениям; не изменяя сущности права, они определяют его жизненное значение для известного лица.

Р. Иеринг называет самостоятельные понятия — конкретное юридическое лицо, а дополнительные — абстрактными; первые он сравнивает с гласными буквами, а вторые — с согласными¹⁰.

Нужна значительная степень юридического мышления, чтобы выразить все признаки права в понятиях. Весьма долго эти понятия не отличаются от материи; так, например, в Германии только в XIII в. появляются отвлеченные понятия «собственность», «наследственное право» и пр.; до этого времени право собственности выражалось названием его признаков или предметов: *Eigen* — собственный, *Habe* — у меня есть, *Zins* — интерес, *Rente*, *Zehente* — десятина; в России собственность как право и предмет этого права обозначаются одним и тем же словом; для выражения ее признаков употреблялись слова «вотчина» и «поместье»; для владения признаком служило: куда соха, коса и топор ходили. И позднее в Своде законов Российской империи не было определения права собственности как понятия.

Наконец, юридические положения и понятия, как самостоятельные, так и производные, осознаются не отдельно, а во взаимосвязи и с определенным жизненным отношением: образуется понимание юридического института. Из положений, соблюдаемых при переходе имущества от одного лица к другому и из понятия о праве на имущество образуется институт купли-продажи; из различных положений, в которые попадает собственник и из признаков права собственности образуется ее институт и проч. Каждое отношение представляется в своей целостности, с определением существа

⁶ См.: Fichte J. H. Anthropologie: die Lehre von der menschlichen Seele, Leipzig, 1860. S. 55.

⁷ См.: Savigny Fr. C. von Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3-те Ausgabe, 1840. S. 30.

⁸ См.: Puchta G. Fr. V. Cours der Institutionen, 9-te Auflage nach dem Tode des Verfassers besorgt von Paul Krüger, 1881. S. 22.

⁹ См.: Arnold W. Cultur und Rechtsleben, Berlin, 1865. S. 320.

¹⁰ См.: Ihering R. Op. cit. Leipzig, 1866. II Teil 1. Abth., 5. S. 372.

и со всеми фактически возможными условиями применения.

В анализе институтов Р. Иеринг различает их онтологию, т.е. исследование свойств и сил (структура), феноменологию или проявление и телеологию или цель института¹¹.

Одного сознания, как бы глубоко и разнообразно оно ни было, для права недостаточно. Юридические положения и понятия требуют непременно внешнего выражения или формулирования, для которого орудием служат действие и слово. Чем разнообразнее понятия, тем большей гибкостью отличается право и внешнее выражение должно вполне соответствовать этой гибкости: форм должно быть ни меньше, ни больше, чем самих понятий; излишество, равно как и недостаток форм указывают на ненормальное положение права: оно или страдает излишним формализмом, или недостатком определенности. Слово представляет собой более духовную форму выражения права; в нем юридические понятия должны быть воспроизведены всецело, предписания и запрещения обобщаются насколько возможно; но по своему характеру слово может потерять связь с жизненным отношением, и необходимо всегда восходить к его смыслу.

Действие более осязательно, точно, индивидуально, хотя по своей дробности оно не в состоянии выразить понятия во всем его объеме и легко ведет к смешению юридического с неюридическим. Поэтому обе формы выражения права равно существенны и необходимы; они дополняют друг друга и никакое право не может ограничиться только словом, а непременно проявляется также в обычаях, обрядах, символах и проч.

Формализм не тождествен с гибкостью права. Право может быть богато формами, символическими действиями и не имеет гибкости, если внешних форм больше, чем внутреннего разнообразия, выражений больше, чем понятий¹².

Поскольку до образования юридических понятий право представляется только в своих признаках, то прежде всего выражением права служит все, на чем отражаются эти признаки. Для наглядного представления этих признаков выбираются известные предметы и действия, которые служат их символами или образными выражениями. Производя непосредственное впечатление, символы видимым образом охраняют свободу лица или его власть. В существе права лежит необходимость таких внешних признаков, которыми определяется и закрепляется деятельность человека (материализм права): деньги, векселя, все письменные

документы, жесты служат символами вещей и действий. Но первоначально символическое выражение права было преобладающим и почти исключительным; понятия и признаки права находили в них свое формулирование: в символах и символических обрядах заключалось все право, если только оно не входило в область религии. Так образовалось множество юридических символов: палка означала суд и власть, разламывание палки — судебный приговор, меч — право наказания, бросание копья — объявление войны, мантия — защиту, ключ — право домохозяина, ношение шляпы — свободного человека, кольцо — обручение и брак, рукобить — заключение договора и проч. В этих символах отражалась поэзия права и наглядное представление о нем; по сохранившимся остаткам юридических символов можно воспроизвести народное воззрение на право, а вместе с тем и на жизненные отношения.

Символизм в праве сохранялся в символах, символических действиях и преданиях. Вот несколько примеров этого первоначального права. Огонь означал собственность: в Германии новый собственник зажигал свой огонь и гасил прежний; во Франции клали солому на землю, которая определялась в публичную продажу; эта солома сжигалась, когда продажа была совершена. Позднее при аукционной продаже соблюдался следующий обряд: зажигались свечи, горящие около одной минуты; пока не сгорят три свечи, продажа не считалась состоявшейся, а если в процессе сгорания цена повышалась, то нужно было сжечь еще две свечи. Тот же обычай был в Женеве и в Виртемберге. Подать взымалась с огня, с дыма¹³. Огонь представлял также духовное начало, был символом божественного права, как вода служила символом гражданского права: отсюда *aquae et ignis interdictio* — запрет огня и воды. Рука и нога означали владение. При продаже продавец снимал руку с продаваемой вещи, а покупатель накладывал ее; если продавалось недвижимое, то продавец приносил кусок земли, феодальный барон брал в руку палку и, давая ее конец покупателю, произносил: *je vjus en saisis sauf tous les droits* — я вижу это право (в Англии, во Фландрии, в Артуа). Лица, не имевшие права приобретать собственность, назывались людьми без собственности. Так как на праве собственности основывалась судебная власть, то для нее символом служила также рука. Вассалы клали руки в руки феодального господина: по древним французским конкордатам епископы давали присягу — в руках короля. Две руки означали договор. Перчатка и плащ имели также символическое значение. Еще по саксонскому зеркалу судьям запрещалось быть

¹¹ См.: *Ihering R. Op. cit. Teil I. S. 27.*

¹² См.: *Ihering R. Op. cit. II Teil I. Abth., 5. S. 15.*

¹³ См.: *Chassan M. Essai sur la symbolique du droit. Paris, 1847. Art. 705, 706.*

в перчатках; то же правило применялось к адвокатам. При судебных поединках перчатка бросалась среди сражающихся; перчатка передавалась судье, который вручал ее тому, кому подарена или продана вещь¹⁴. Плащ означал защиту: усыновленные покрывались плащом и назывались *Mantelkinder*: вассал, давая клятву верности, снимал свой плащ в знак того, что он не имел другой защиты, кроме короля (обычай снимать верхнюю одежду в прихожей имеет тот же смысл); вдова вассала, отказавшаяся от лена своего мужа, клала плащ на его могилу (иногда даже ключи). Предание о волках символически означало лишение всех прав: в октябре месяце колдуны и другие преступники переплывали реку и превращались в волков; отсюда в англосаксонской и рипуарской правде встречается формула: *wargus sit; wargis* (по-исландски *Wargr* означает волк). Символы сохранились преимущественно в свадебных обрядах; они существуют как выражение понятий юридических; таковы, например, герб, флаг, корона в монархиях (шаровидная форма ее изображает земной шар, а впадина по середине — океан). В юридической терминологии можно найти признаки символов: *capacitas, capitis diminution, manus, servitus, persona* — все эти слова образовались из символов.

От символов и символических действий формулирование права переходит к слову. Оно находит высшее, общее и духовное свое выражение в изречениях, которые закрепляются в уме человека и направляют его деятельность, и по мере установления юридических понятий образуются особые юридические термины.

Прежде всего отдельные юридические положения получают форму стихов и пословиц, легче удерживающихся в памяти и соответствующих символам. У греков одно и то же слово означает закон и песню; Цицерон называет законы XII таблиц *carmen* — песня; в средние века лицо, провозглашавшее закон, носило название *incantator publicus* — публичный заклинатель; *la lyra significava la legge* — говорит Вико.

Шассан приводит несколько примеров поэтической формы таутологии, существующей до сих пор в юридическом языке. Римские положения XII таблиц он излагает стихами.

Пословицы есть образные и символические выражения юридических норм, имеющие форму размеренной речи. Это первые попытки отвлеченно представить положения права как вывод из нескольких конкретных понятий. При развитии юридического сознания и анализа пословицы получают значение паремий, т.е. основных положений права,

в первоначальном же своем виде они отражают народное воззрение на отношение между лицами.

Так, например:

Отрезанный ломоть к хлебу не пристаёт (отделенные дети).

Большой палец и мизинец равно болят (о наследстве).

С чужого коня среди грязи долой (о праве иска).

Сестра при брате не вотчинница (о наследстве).

Чин чина почитай, а меньшей садись на край (о местничестве).

В пословицах нередко юридическое смешивается с неюридическим. А потому они недостаточны для выражения права. Необходимо, чтобы в точном слове определена была власть каждого лица и дано было руководство для его деятельности. Юридический язык есть выражение юридических понятий; он отличается от обыкновенного языка своей определенностью. С известным техническим словом связано только данное понятие, часто недоступное для незнакомого с терминологией права. Так, например, различие между резолюцией и решением, между существом дела и его существенным значением; в договорах между лицами право принимает то значение слов, которое они имеют в специальной сделке, например, «будущие товары» в торговом праве.

По мнению Р. Иеринга, для права лучше всего сохранить латинскую терминологию. Перевод на новые языки не принесет пользы: как крестьянину недоступны алгебраические формулы, хотя бы они написаны были известными ему знаками, так не юристу не доступны юридические понятия, хотя и выраженные обыкновенным языком¹⁵. Но с этим нельзя согласиться: есть много понятий, которые были известны римлянам и латинское выражение которых совершенно искусственно; в то же время латинская терминология ограничивает свободное юридическое мышление и заставляет его не выходить за определенные рамки понятий; без самостоятельного народного слова нет самостоятельной мысли. Р. Иеринг также проводит параллель между различными степенями предписания и грамматическими формами: повелительное наклонение есть выражение категорического требования, сослагательное — более мягкая форма приказанья, неопределенное служит формой приговора, а изъявительное — объявления¹⁶.

Сознание и формулирование права делают возможным его существование как направляющей силы. Но для того чтобы право получило этот

¹⁴ См.: Chassan M. Op. cit. P. 143.

¹⁵ См.: Ihering R. Op. cit. II Teil 1. Abth., 5. S. 345.

¹⁶ См.: ibid. S. 627.

характер, необходимо его применение. Без применения право как сила не существует: оно осознается и формулируется для того, чтобы применяться в жизни, охранять ее. Наоборот, применение сообщает юридический характер тому, что прежде считалось только фактом или нравственным требованием: обязательная сила придается не только предписаниям, основанным на началах справедливости, но и тем, которые признаются необходимыми во имя пользы.

Применение есть последний момент, в котором право существующее, живущее в убеждении народа, вполне выражается и получает тело; только в этом моменте право распознаваемо¹⁷. *Da ein bestimmtes Wollen, als Macht, nur in seiner Bathätigung erscheint, so kann Recht nur durch wirkliche Uebung, durch die Gewohnheit entstehen* — Поскольку определенная воля как сила проявляется только во время омовения, право может возникнуть только в реальной практике, в привычке¹⁸. *Das Recht hat seine Wurzel nicht im Bewusstsein, sondern im Willen der Nation* — Закон коренится не в сознании, а в воле нации¹⁹.

Применение права есть последняя ступень его образования. До этого момента право не имеет еще полного бытия; только в соприкосновении с жизнью оказывается, насколько его осознание и формулирование соответствует фактическим и нравственным требованиям общества. Начала справедливости и пользы, высшие указания религии, разнообразные отношения между лицами, особенности нравов и характера — одним словом, все движущие силы жизни и их проявление отражаются в праве.

Особый научный интерес представляет позиция, в соответствии с которой определяется значение ценности как предмета ее связи с человеком. Исходя из значимости данного предмета для социального объекта, автор предлагает разделять правовые ценности на два самостоятельных вида: эйдетические ценности, вытекающие из правовой идеи и существующие независимо от воли законодателя, их закрепления в законодательных текстах, а также ценности социокультурные, которые отражают особенности развития конкретного общества, т.е. они не являются универсальными, зависят от исторических, идеологических, иных факторов.

Олицетворением такого разнообразия и органом единства, существующего в нем, служит общественная власть. Она представляет собой интересы всех отдельных лиц по отношению к ценностям, стремления и требования каждого и возводит

их к единому выражению в праве. Поэтому общественная власть формулирует право, существующее в сознании общества, как нравственного целого (не в смысле количественной величины) и охраняет применение юридических норм — служит органом права и правосудия. Эта власть не должна стоять вне общества; она должна жить одной с ним жизнью, иметь одни и те же интересы и лично (непосредственно) представлять только единственную потребность — общения; поэтому она не творит права извне, а находит его готовым и сама подчиняется ему. Постоянное творчество права принадлежит отдельным лицам, которые выражают свое сознание или фактическим применением известных норм, или же разъяснением и установлением общих юридических начал.

Отсюда три формы положительного права: обычное право, закон и право юристов. Все эти формы связаны между собой одним общим источником — жизнью, из которой они выделяются; в обычном праве преобладает ее фактическая сторона, в праве юристов нравственная, в законодательстве обе стороны приводятся в равновесие. Ни одна из этих форм не имеет преимущества перед другой, они дополняют друг друга, и при их взаимодействии возможно органическое развитие права; исключительность же одной какой-либо формы ведет к односторонности юридической жизни, создает глубокие расхождения в отношении к ценностям, порождает правовой нигилизм.

Формы права иногда называют его источниками; но им можно придать это название только в смысле *fontes, e quibus juris notitia hauritur* — источники, из которых происходит знание закона. Вопрос о значении каждой из этих форм послужил основанием для нескольких теорий права; одни ставили выше всего естественное право (право юристов), другие обычное право и полагали, что только в этом последнем выражается творчество народа. Савиньи говорит, что первоначально всякое право есть народное, к нему впоследствии приходит законодательство и, наконец, право юристов, в которых живет право, когда исчезает сила народного творчества²⁰. Но законодательство не теряет своего народного характера, оно очищает обычное право силой общих начал справедливости, приводит к единству разнообразие фактов, не уничтожая его. Так же односторонне полагали, что право может быть создано разумом²¹. Еще менее можно согласиться с теми, которые утверждают, что право создается по произволу отдельных лиц, как бы велико не было их число: воля сама по себе

¹⁷ См.: Puchta G. Fr. V. Op. cit. S. 28.

¹⁸ См.: Harum P. Von der Entstehung des Rechts. Innsbruck, 1863. S. 19.

¹⁹ См.: Glaser J. C. Encyclopadie der Gesellschaft und Staatwissenschaft. Berlin, 1864. S. 48.

²⁰ См.: Savigni V. System des heutigen Romischen Rechts, Erster Band. Berlin, 1840. S. 45.

²¹ См.: Putter K. Th. Der Inbegriff Der Rechtswissenschaft Oder Juristische Encyclopadie Und Methodologie. Berlin, 1846. S. 26.

есть факт, она не может сделать правом то, что не есть право. Наконец, происхождение права нельзя приписывать силе (право сильного) или отождествлять с религией. Право не есть воля лица, которое выражает непосредственно закон, также не есть воля народа, в нравах и обычаях которого оно получает жизнь²². Только признание власти и подчинение ей прилагают путь к признанию права²³.

Существование положительного права в той или другой форме возможно в каждом обществе, в котором признается власть; от характера власти зависит и характер права, но ни одно общество не имеет исключительной способности к его образованию. Так, например, церковь, государство, международный союз, семья создают свое право. По историческому движению жизни преимущественно в государстве организуется защита права, в нем признается определенная сила, так что положительные права отличаются и в зависимости от государства. Действительно, в государстве право получает видимое олицетворение своей принуждающей силы, каждый отдельный член общества входит с ним в юридическое отношение и все народные силы ищут в нем своей охраны и защиты. Поэтому положительное право принимается как синоним права в государстве. Великому историческому факту разделения народов более или менее соответствует такой же непреложный факт существования отдельных государств как политических единиц, воплощающих в себе все народные силы. Но и вне государства, и до его образования всегда создавалось и действовало право.

По мнению Пухты, до образования народов существовали семьи, между членами которых не было юридической связи, а господствовала любовь. Римляне называли такое право *jus naturale* — естественное право²⁴. *Every positive law is set directly or circuitously by a sovereign individual or body to a member or members of the independent political society wherein author is supreme* — Каждый позитивный закон прямо или косвенно устанавливается суверенным лицом или органом для члена или членов независимого политического общества, в котором автор является высшим²⁵. По выражению Гоббса, законодатель не тот, кто первоначально создал право, но тот, по чьей власти оно продолжает действовать. Происхождение права начинается с появления судей; юридический порядок и государственный суд

есть синонимы²⁶. То же говорит Пухта²⁷. *Denkbar ist die Rechtsbildung vor dem Staate ausser dem Staate* — Правовое образование государства за пределами государства возможно²⁸. Ограничение права только государством было последствием учения о естественном праве; признавалась только одна форма положительного права — законодательство, зависящее от произвола законодателя. Романисты впали в ту же односторонность, поставив римское право вместо того же естественного; они смотрели не благосклонно на автономию и на международное право. В Риме действительно все право утверждалось, признавалось или допускалось государством: закон был волей народа, обязательной для всех; обычное право имело силу, как *tacitus consensus populi* — молчаливое согласие народа; юриспруденция признавалась государством.

Рассматривая право данного общества, мы замечаем в нем двоякую сторону: одни положения его принадлежат исключительно известному народу, составляют его особенность, другие же одинаково повторяются повсюду. Прилагая это наблюдение к различным формам права, можно сказать, что обычное право носит по преимуществу национальный характер, право юристов более общее, законодательство занимает середину между ними. Такое разнообразие и единство положительного права зависит от двух его составных элементов: нравственного, повсюду более или менее одинакового, и фактического, по существу своему изменяющегося. Еще римляне сознавали существование общего и особенного положительного права. Все институты, которые они находили у всех народов, причислялись к общему положительному праву, те же, которые были известны только римлянам, относились к праву одного государства.

Так как сущность и значение права неизменны и оно служит выражением справедливости, то и формы или внешнее выражение этой силы повсюду одинаковы. Наглядно это доказывается теми юридическими заимствованиями, которые один народ делает у другого. Можно сказать с уверенностью, что ныне нет ни одного законодательства, которое бы было чуждо заимствований, точно так же, как и в обычаях различных народов существует однообразие. К примеру, институт присяжных, хотя по происхождению английский, принадлежит всем народам. Такое обобщение права происходит вследствие всеобщего сознания о тех формах, в которых охраняются жизненные отношения; право, как духовное благо, составляет общее достояние, из

²² См.: Voigt M. Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus Gentium der Römer. Leipzig, 1856. S. 15.

²³ См.: Frobel J. Theorie der Politik, Wien, Drug und Verlag von Carl Gerolds Sohn, Zweiter Band, 1864. S. 107.

²⁴ См.: Puchta G. Fr. V. Op. cit. S. 18.

²⁵ См.: Austin J. The province of Jurisprudence determined. 2nd ed. London, 1861. Vol. 3. Issue. I. P. 316.

²⁶ См.: Ihering R. Op. cit. Teil I.S. 118.

²⁷ См.: Puchta G. Fr. V. Das Gewohnheitsrecht, Erlangen, in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung, Erster Teil, 1828. S. 181.

²⁸ См.: Harum P. Op. cit. S. 14.

которого каждый народ может брать свободно то, что признает за лучшее; таким источником служило римское право, получившее характер всеобщего.

В то же время поскольку право возможно во всяком обществе, нередко выходящем за пределы государства, то возможно также одно право для такого общества. Подобным характером отличается морское право, торговое, каноническое и пр.

Наконец, общие начала положительного права устанавливаются наукой и международными сношениями: в них приводятся к единству все возможные юридические положения, а самостоятельные и равные государства определяют свои взаимные отношения по началам справедливости.

*Nicht das eine oder andere Recht, sondern das Recht, was der Mensch vor dem Their voraus hat*²⁹. Юристы различают национальное и заимствованное право, историческое и эклектическое. Те из них, которые признают только право, исходящее от государственной власти, считают *jus receptum* не источником, а мотивом положительного права. Но и в Риме народное право было изменено преторами и принят потом в полном объеме морской закон Родоса. Иногда заимствованное право сливается с национальным, как во Франции и в России (магдебургское, шведское, византийское), иногда же общее право получает перевес над народным, как в Германии. Отсюда борьба романистов и германистов в этом государстве; Р. Иеринг доказывает впрочем, что римское право не имеет в Германии значения положительного права.

Разнообразие положительного права зависит от чрезвычайного многообразия его фактического элемента. Таким образом, климат, свойство почвы, род занятий, степень культуры, наконец, религия имеют влияние на потребности и взаимные отношения между лицами; поэтому как неодинаково движение жизни, так неодинаковы и формы ее охранения. Право отражает на себе все, что произведено созидательными силами жизни и охраняет моменты народного развития. Вечное, по существу, оно изменяется в своих формах в пространстве и времени. Это двойное изменение происходит постоянно: по мере увеличения материала для права, оно становится богаче в своем содержании и в формах; с развитием юридического языка вымирают символические выражения права; самооборона уступает место организованной власти, юридическая свобода лица признается все полнее. История права есть история его зрелости, история народного самосознания, а вместе с тем и сближения народов в области права. Если образование состоит в восприятии общего, то и право отражает на себя тот же закон.

²⁹ См.: Arnold W. Op. cit. S. 337.

Влияние хозяйственного быта на право бесспорно; право тесно связано с нравами, а потому на его основании можно воссоздать культуру известного народа и эпохи. Так, например, в неразвитом хозяйственном быту преобладают преступления против лица (убийство); у бедных народов преобладают телесные наказания, а денежные почти неизвестны; у народов земледельческих собственность по преимуществу недвижимая, у торговых же движимая; в торговых обществах особенно развиты договоры; притом морская торговля вызывает те из них, которые не требуют присутствия контрагента. Каждый юридический институт есть совокупность юридических положений, связанных одной экономической целью³⁰.

В этих двух сторонах — единства и разнообразия — постоянно развивается положительное право. Оно всегда есть более или менее удачная попытка выразить сущность права сообразно со временем и с потребностями народа; оно поэтому всегда есть исторически разумное. От первых своих проявлений до последнего момента своего развития оно представляет картину постепенного образования институтов из жизни и их влияния на жизнь. В этом взаимном воздействии открывается наглядно сущность права, его постоянно-охраняющее значение. Сравнивая положительное право у разных народов и в разное время, мы убеждаемся в необходимости известного рода жизненных отношений, в которых всегда достигались блага; то, что с первого раза кажется случайным, получает характер непреложный; юридическая зависимость, подчинение власти является во всем своем величии, точно так же, как и юридическая самостоятельность или свобода оказывается постоянно движущей силой жизни. Положительное право находит примирение между этими двумя, равно необходимыми потребностями свободы и порядка; оно движется вместе с жизнью. Нельзя сказать, чтобы вне положительного права не существовало права, как полагают некоторые³¹; но формулирование и применение служит осязательным доказательством годности, легитимности права для жизни. Требования жизни составляют *causa Juris*; в них открывается ее разум, *ratio juris*.

Поэтому возможна философия истории права, как ее называет Дж. С. Милль. Изучение ее имеет практическую пользу: оно показывает, что учреждения, которые существуют до сих пор в более или менее измененном виде, были плодом идей, теперь повсюду отвергнутых; и наоборот, что воззрения,

³⁰ См.: Dankwardt H. Nationalökonomisch-civilistische Studien. Leipzig, 1862. S. 14, 28.

³¹ См.: Allihn F.Y. Th. Die Grundlehren der allgemeinen Ethik, nebst einer Abhandlung über das verhältniss der Religion zur Moral. Leipzig, 1861. S. 182.

удержавшиеся до нашего времени, нередко искусственны и случайно вызваны законами и учреждениями, которые более не существуют и возрождения которых никто не пожелал бы. Родер различает: или идеальное представление о праве; или реальное право; наконец, *das Musterbild des Rechts* — модель права, соответствующая политике: из исторического изучения можно сделать вывод о том, что немедленно может быть осуществлена как право. В последнем случае модель права принимает философию положительного права синонимом политики.

Политическая организация общества диктует обязательное знание, уважение и соблюдение закона. Однако напомним, что право регулирует отношения по поводу ценностей (правда, не всех) и в связи с этим само становится ценностью — правовой ценностью.

* * *

В заключение направлений этих исследований не видно разницы между воспитываемым государством отношением к ценностям и появившимся естественным путем. Это измерение является важным хотя бы потому, что дает основание для понимания роли государства во всем этом процессе и соответственно характеризует уровень возможного правового нигилизма именно с точки зрения отношения населения данной культуры к тем или иным ценностям.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Чернявский А. Г. Комментарий к Конституции Российской Федерации. Новая редакция (постатейный). М., 2020. С. 21–25.
2. Чернявский А. Г. Фундаментальные основы права: компаративистика в юриспруденции. М., 2019. С. 34.
3. Allihn F. Y. Th. Die Grundlehren der allgemeinen Ethik, nebst einer Abhandlung über das verhältniss der Religion zur Moral. Leipzig, 1861. S. 182.
4. Arnold W. Cultur und Rechtsleben, Berlin, 1865. S. 320, 337.
5. Austin J. The province of Jurisprudence determined. 2nd ed. London, 1861. Vol. 3. Issue. I. P. 316.
6. Beseler G. Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig, 1843. S. 59.
7. Chassan M. Essai sur la symbolique du droit. Paris, 1847. Art. 705, 706. P. 143.
8. Dankwardt H. Nationalökonomisch-civilistische Studien. Leipzig, 1862. S. 14, 28.
9. Falck N. Juristische Encyclopedie, 5-te Auflage, Leipzig, 1851. S. 12.

10. Fichte J. H. Anthropologie: die Lehre von der menschlichen Seele, Leipzig, 1860. S. 55.
11. Frobel J. Theorie der Politik, Wien, Drug und Verlag von Carl Gerolds Sohn, Zweiter Band, 1864. S. 107.
12. Glaser J. C. Encyclopadie der Gesellschaft und Staatswissenschaft. Berlin, 1864. S. 48.
13. Harum P. Von der Entstehung des Rechts. Innsbruck, 1863. S. 14, 19.
14. Ihering R. Geist des romischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Leipzig, 1852. Teil I. S. 27, 31, 118; 1866. II Teil 1. Abth., 5. S. 15, 345, 372, 627.
15. Puchta G. Fr. V. Cursus der Institutionen, 9-te Auflage nach dem Tode des Verfassers besorgt von Paul Kruger, 1881. S. 22, 28.
16. Puchta G. Fr. V. Das Gewohnheitsrecht, Erlangen, in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung, Erster Teil, 1828. S. 181.
17. Putter K. Th. Der Inbegriff Der Rechtswissenschaft Oder Juristische Encyclopadie Und Methodologie. Berlin, 1846. S. 18, 26.
18. Savigny Fr. C. von Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3-te Ausgabe, 1840. S. 30.
19. Savigni V. System des heutigen Romischen Rechts, Erster Band. Berlin, 1840. S. 45.
20. Voigt M. Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus Gentium der Römer. Leipzig, 1856. S. 15.

REFERENCES

1. Chernyavsky A. G. Commentary to the Constitution of the Russian Federation. New edition (article-by-article). M., 2020. P. 21–25 (in Russ.).
2. Chernyavsky A. G. Fundamental principles of law: comparative studies in jurisprudence. M., 2019. P. 34 (in Russ.).
3. Allihn F. Y. Th. Die Grundlehren der allgemeinen Ethik, nebst einer Abhandlung über das verhältniss der Religion zur Moral. Leipzig, 1861. S. 182.
4. Arnold W. Cultur und Rechtsleben, Berlin, 1865. S. 320, 337.
5. Austin J. The province of Jurisprudence determined. 2nd ed. London, 1861. Vol. 3. Issue. I. P. 316.
6. Beseler G. Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig, 1843. S. 59.
7. Chassan M. Essai sur la symbolique du droit. Paris, 1847. Art. 705, 706. P. 143.
8. Dankwardt H. Nationalökonomisch-civilistische Studien. Leipzig, 1862. S. 14, 28.
9. Falck N. Juristische Encyclopedie, 5-te Auflage, Leipzig, 1851. S. 12.

10. *Fichte J.H.* Anthropologie: die Lehre von der menschlichen Seele, Leipzig, 1860. S. 55.
11. *Frobel J.* Theorie der Politik, Wien, Drug und Verlag von Carl Gerolds Sohn, Zweiter Band, 1864. S. 107.
12. *Glaser J.C.* Encyclopadie der Gesellschaft und Staatswissenschaft. Berlin, 1864. S. 48.
13. *Harum P.* Von der Entstehung des Rechts. Innsbruck, 1863. S. 14, 19.
14. *Ihering R.* Geist des romischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Leipzig, 1852. Teil I. S. 27, 31, 118; 1866. II Teil 1. Abth., 5. S. 15, 345, 372, 627.
15. *Puchta G. Fr. V.* Cursus der Institutionen, 9-te Auflage nach dem Tode des Verfassers besorgt von Paul Kruger, 1881. S. 22, 28.
16. *Puchta G. Fr. V.* Das Gewohnheitsrecht, Erlangen, in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung, Erster Teil, 1828. S. 181.
17. *Putter K. Th.* Der Inbegriff Der Rechtswissenschaft Oder Juristische Encyclopadie Und Methodologie. Berlin, 1846. S. 18, 26.
18. *Savigny Fr. C. von* Vom Beruf unserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3-tte Ausgabe, 1840. S. 30.
19. *Savigni V.* System des heutigen Romischen Rechts, Erster Band. Berlin, 1840. S. 45.
20. *Voigt M.* Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus Gentium der Romer. Lepzig, 1856. S. 15.

Сведения об авторе

ЧЕРНЯВСКИЙ Александр Геннадьевич — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного (государственного) и международного права Военного университета Министерства обороны Российской Федерации; 123001 г. Москва, ул. Б. Садовая, д. 14

Authors' information

CHERNYAVSKY Alexander G. — Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Constitutional (State) and International Law of the Military University of the Ministry of Defense of the Russian Federation; 14 B. Sadovaya str., 123001 Moscow, Russia