

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

Оглавление

Предисловие научного редактора 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 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 порядок»). 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. биобиблиографический 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 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» (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 *владеющих классов как таковых*, которые только и могут извлечь из этого пользу» (с. 89–90 настоящего тома).

Упомянувшийся 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 частоту 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 индивиду. 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, потеря, 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 ящике 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 обстоит 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 сьемщикам жилья.

С социологической точки зрения пограничным случаем права, гарантированного принуждением, можно считать положение, когда гарантии — 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 *всею 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 задаться вопросом: 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 Гельпах. 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, иницируются 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.