

позицию не должна определяться уступками или предоставлением встречных выгод со стороны другого лица, хотя ясно, что ни один обмен никогда не будет абсолютно эквивалентным. Сервитутное право не предполагает встречного вознаграждения или обязательного установления сервитута на имущество сервитуария, хотя возможны взаимные сервитуты. Во-вторых, признание чужих возможностей не должно определяться слабостью собственной позиции, а должно проявляться там, где более сильная сторона готова считаться с противоположным интересом. В соседском праве именно служебный участок обладает определенными преимуществами перед господствующим. В-третьих, признание чужого права не исключает возможности собственной реализации схожей потребности. Владелец сервитута не лишает другое лицо права пользоваться выгодами его имущества. В-четвертых, терпимое отношение к обременениям в интересах другого лица не означает отказа от собственного интереса. В случае недобросовестного использования сервитутного права владельцем господствующего участка вторая сторона может защищать свой интерес вплоть до предъявления требования о прекращении сервитута. В целом, видимо, необходимо, чтобы толерантность рассматривалась не только как элемент политической жизни, но и как явление более широкого содержания.

**Ал-др. Г. Кислов**  
*Екатеринбург*

## **СТАНОВЛЕНИЕ НОВОЕВРОПЕЙСКОЙ ТРАДИЦИИ ПРАВА**

В сложной проблематике происхождения важнейших форм социальной саморегуляции вопрос о генезисе права вызывает неизменный научный интерес. Многообразные ответы на него можно свести к простой дихотомии<sup>1</sup>: право имманентно социуму, а потому вопрос о его происхождении

---

<sup>1</sup> Вариант с дарованием права свыше мы не рассматриваем.

растворен в вопросе о происхождении общества; право — продукт общественной жизни, а потому право происходит из «не-права», как правило, из морали. Однако мораль, этос, нравственность, разводимые многими уважаемыми авторами в целях своих концептуальных построений, выражают одно и то же — архаический способ регулирования общественных отношений, т. е. способ регулирования жизни рода — общности, мыслящей себя как кровно-мистическое единство, в котором нет места приватной жизни, а все уместное располагается в освященном иерархизованном порядке. Порядок, лад, космос — та целостность богов, людей, вещей, сохранению которой и служит мораль: по нраву (нравится, нравственно) то, что обеспечивает этот порядок.

Серьезные социальные изменения, в том числе укрупнение родоплеменных общностей, разрастание их до гигантских империй, не сразу изменяют характер и природу общественного регулирования. Даже участие государства в общественном регулировании не означает выхода самого способа регулирования из сферы морали. Позднейшие исследователи допустили именование такого регулирования правом, что связано с оптическим (ретроспективным) эффектом отождествления в чем-то похожих, но существенно различающихся феноменов.

Склонность к осуществлению преимущественно морального, т. е. архаического способа регулирования общественных отношений сохраняется во многих этносах до сих пор. Так, общественные отношения в СССР регулировались прежде всего исходя из соображений «коммунистической нравственности», что совершенно адекватно архаической (языческой) сущности социализма<sup>1</sup>.

Несмотря на устоявшееся именование того способа регулирования, который был в Древнем Риме, правом, представляется эвристичной и заслуживающей внимания версия, согласно которой римское право — это если не древнейшая родовая (при этом, конечно, уже институализованная, обеспечиваемая принудительной силой государства и оформленная в письменных текстах) мораль, то все

---

<sup>1</sup> См.: *Шафаревич И. Р.* Социализм как явление мировой истории // *Есть ли у России будущее?* М., 1991. С. 5—388.

же содержательно (всегда архаическая) мораль. И именно развитая ее институализация дает повод к именованию правом этой, пусть мутирующей, даже разлагающейся, но — морали. Для того чтобы представить аргументы в пользу этой концепции, и понадобилось обратиться к вопросу о становлении новоевропейской традиции права — права как такового, а не морали в правовых одеждах.

Новоевропейское право, вопреки привычной для популярной литературы привязке его непосредственно к римскому праву, оформляется в эпоху Папской революции, т. е. в XI в. от Р. Х., и хотя нельзя его появление связывать исключительно с религиозным фактором, так как труднодоказуемым будет положение о решающем характере этого фактора, все же самоосмысление новоевропейской традиции права началось (и во многом остается) религиозным: «Западная наука права — это светская теология, которая часто выглядит бессмыслицей, так как ее богословские послышки уже никто не признает... правовые системы стран Запада и всех других стран, подпавших под влияние западного права, являются светским осадком религиозных воззрений и представлений»<sup>1</sup>.

Папская революция устами главных ее идеологов трактует себя как процесс освобождения христианского посюстороннего мира от языческого наследия. Это переделка мира на основах христианства, или — учитывая проделанное до нее — «допеределка» на началах, окончательно утвердиться которым предстоит после Страшного Суда. Она осуществляется в направлении Царства Божьего на Земле. А главнейшим деятелем в этой переделке является Церковь — не только как божественное присутствие, но и как мирской, говоря современным языком, социальный институт. И институт этот (Богом) наделен правом обеспечения спасения.

Для того же, чтобы решать эту религиозно-мирскую задачу, Церковь должна получить внятный мирской статус, причем статус экстраординарный. Потому Церковь не могла согласиться на простое, ординарное вписывание себя

---

<sup>1</sup> Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 165—166.

в сложившийся мирской порядок. До Папской революции западное христианство (и восточное по сию пору), будучи озабоченным вечностью, а не бранным миром, в непосредственных делах этого мира пассивно, ориентировано либо приспособленчески, либо иночески. Борьба двух этих тенденций — приспособления и иночества — то затухает, то возгорается на всем протяжении истории христианства. Так что переход католической Церкви к активной позиции можно рассматривать как «снятие», синтез двух этих противоречивых тенденций: она уходит (иночество) от мира былого, но остается (адаптация) в мире, ведомом (ею же) в вечность. Церковь уподобляется иноку, «прихватившему» с собой в долгий путь в будущее сей бранный мир, ею изменяемый в этом пути.

Но еще более существенным фактором, определившим западноевропейскую традицию права, стали многочисленные вынужденные компромиссы Церкви и светских властей. Сама эта вынужденность обусловлена, говоря современным языком, полисубъектностью тогдашнего западноевропейского общества. А от группового плюрализма недалеко и до персонального — сначала для избранных, потом для всех. И чем больше оказалось компромиссов (со-гласий), тем значимее стала процедура, то есть опять же право. Двойственность церковной и светской юрисдикции и множественность светских юрисдикций создавали острое соперничество, из которого вышло не только правление законом, но и господство права. Она являлась источником развития права и источником свободы. Легитимация множественности социальных интересов обусловила выделение права как нового (пусть зачастую и одетого в старые одежды) регулятора социальных отношений. Они дали жизнь совершенно новому явлению — **праву как свойственному сложному полисубъектному социуму регулятору отношений.**

Этот же — регулятор отношений малой, контактной группы, каковой и был архаический род. И сколь бы многочисленным впоследствии ни становилось общество, пока оно мыслило себя и действовало как большая семья, как физическое и/или мистическое единство, оно регулировалось этосом — стихийным и осознанным, устным и записанным, называемым во втором случае зачастую «правом», но

по-настоящему обслуживающим право и интерес единственного подлинного и признаваемого таковым субъекта — тотальности сверхчеловеческого и надбожественного порядка.

В горниле же Папской революции начало выплываться совершенно другое отношение к человеку. Это отношение в полной мере следует из библейского толкования человека как образа Божия, из внесловного равенства всех и каждого перед Господом. Это отношение еще явственнее оформляется через несколько веков — еще в одной религиозной — Лютеровой — революции, упразднившей посредника между человеком и Богом, каковым, по Лютеру, стала католическая Церковь. И упразднение это воспользовалось опять-таки правом как инструментом.

Лютеранская концепция индивидуальной воли превратилась в центральную для развития права. Человек в новом понимании вполне может и часто обязан нести на себе моральное бремя чести. Но теперь для человека первичнее *достоинство* как выражение безусловной, а не в силу принадлежности к той или иной социальной группе, ценности отдельного человека. Эта приставка «до-» в русском языке как бы подсказывает, что речь идет о важности человека *до* всякого оценивания его «стоимости». Многочисленные, особенно в православной среде; критики юридизма упрекают его в равнодушии к личности, делая вывод о негуманности юридической точки зрения. Но «в этом безразличии выражает себя юридический гуманизм, а именно безусловное предварительное доверие к каждому члену общества... Нравственный гуманизм часто выражает себя как вера в изначально добрую природу людей, гуманизм юридический — это доверие не к природе, а к основному личностному измерению человека, к его воле, понимаемой как способность самоконтроля и самодисциплины. Правовая оценка поступка позволяет допустить, что по природе своей люди несовершенны»<sup>1</sup>, но она не вторгается в тайну личности, оставляя ее лишь Богу, если Таковой признается. Тем самым за человеком действительно закрепляется свобода воли.

---

<sup>1</sup> Соловьев Э. Ю. Прошлое толкует нас: Очерки по истории философии и культуры. М., 1991. С. 418.

Архаичный человек руководствуется только и только **долгом**, предписанием, вытекающим из его определения места в космической, родовой, корпоративной иерархии. Все остальное — произвол, нарушающий мировую гармонию. Исторически явившаяся личность не освобождается от долженствования, но кроме него и прежде него она руководствуется «можением» (*нем.* die Möglichkeit), что и составляет основу **права** — иметь право, т. е. мочь. Долг **принуждает** к ответу на призвание, т. е. к ответу в силу и с обязательным учетом определенных условий, в силу и с обязательным учетом комбинации места человека внутри иерархии и внешних обстоятельств. Деятелем, субъектом, таким образом, оказывается как раз комбинация. А человек — ответчик лишь в силу занимаемого им места. Место обрекает его на ответ. Таким образом, нравственная ответственность императивна.

Право же не принуждает, а лишь **предлагает** дать ответ. В отличие от нравственного «Делай!», оно как бы вопрошает: «Сделаешь?» (если можешь и хочешь). **Долг подчиняет** волю, **право — провоцирует**. Но если правом не воспользоваться, значит — не воспользоваться возможностью быть личностью, т. е. не быть личностью, отказаться от признания в себе безусловного начала. Личность может делать выбор, в том числе выбор в пользу отказа от себя! Право, в отличие от нравственного — стихийного или институализированного — суда, судит не за поступок, а за препятствие выбору другой личности. Право равнодушно к долгу. Юридическая же обязанность — не долг, а следствие, вытекающее из необходимости обеспечить чьи-то права.

«Старые добрые» нравы не оставляют человека наедине со всем миром. С их точки зрения, все мы напроць и навсегда *связаны* («все во всем» — древняя мудрость). И в соответствии со «старыми добрыми» нравами обязательно «помогут» заблудшей овце волей-неволей примкнуть к стаду: свяжут! (Во многих языках этимология «свободы» восходит к «от-вяз-анности, необ-узда-нности».) Право же оставляет человека одного, точнее, предлагает ему среди других возможностей и возможность быть одиноким — один на один с хаосом Вселенной, если трактовать архаически. Право атомизирует общество. Но если «нехорошо

человеку быть одному», он принимает вызов всей Вселенной. Личность отвечает на этот вызов-вопросание, но не по образцу-императиву, а на свой страх и риск. Личность — это рискованный человек. **Право — прежде всего право на риск.** Образец, по которому всегда действует архаический человек, гарантирует. Ему следуют с гордо поднятой головой. От личного выбора прошибает пот — тут не до гордыни...

Бесспорно, право формируется и развивается в условиях определенных обычаев, влияя на них и частично вмещая их в себя. Но право — это не только и не столько обычай. Поэтому и не вызывает поддержки формула В. С. Соловьева: «право есть низший предел, некоторый минимум нравственности, для всех обязательный»<sup>1</sup>, поскольку в таком случае право и мораль не просто отождествляются, но сверх того право объявляется этакой «недоразвитой моралью». Право — новый социальный регулятор, свойственный постархаическому обществу, если и не идущий морали на смену, то вступающий с ней в очень непростые отношения.

**С. В. Кодан**  
*Екатеринбург*

## **ЛОГИКА ТОЛЕРАНТНОСТИ РОССИЙСКОГО ПРАВА (XVIII — ПЕРВАЯ ПОЛОВИНА XIX ВЕКА)**

Вопрос о развитии юридической политики Российского государства и ее реализации на законодательном уровне представляет интерес с точки зрения использования опыта предшествующих этапов развития государства в процессах модернизации современной государственно-правовой системы России. Поэтому целью настоящего выступления является изучение вопроса о толерантности российского права.

1. Формирование Российской империи путем добровольного и в результате войн включения в ее состав различных территорий ставило перед российской государственной

---

<sup>1</sup> Соловьев В. С. Определение права в его связи с нравственностью // Власть и право: Из истории русской правовой мысли. Л., 1990. С. 109.