

Новаторы, ориентированные в прошлое: германская историческая школа юриспруденции в контексте парадигм порядка

Серджио Деллавалле *

* Серджио Деллавалле - профессор кафедры публичного права и теории государства юридического факультета Туринского университета (Италия); старший научный сотрудник Института сравнительного публичного права и международного права Макса Планка, Гейдельберг (Германия)

"*Дайджест публичного права*" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. *Dellavalle, Sergio, Backward-oriented Innovators: The German Historical School of Jurisprudence within the Context of the Paradigms of Order*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2022-20.

Содержание

<u>1. Три вопроса к немецкой исторической школе юриспруденции и путь к возможным ответам</u>	138
<u>2. Что такое "парадигмы порядка"?</u>	142
<u>3. Отказ немецкой исторической школы юриспруденции от господствующих парадигм порядка в начале XIX-го века</u>	144
<u>4. Гегель и поиск пути вперед</u>	153
<u>5. Немецкая историческая школа юриспруденции и ретроспективное возрождение целостно-партикуляристской парадигмы порядка</u>	163
<u>6. Сомнительное наследие</u>	171

Аннотация

Статья посвящена рассмотрению исторической школы права на фоне наиболее значимых направлений в политической и правовой философии начала XIX века. Для этого автор обращается к теории "парадигм социального порядка". После краткого определения самого феномена „парадигм социального порядка“ как наборов концепций, которые соответственно формируют представление о социальной, политической и правовой общности как об "устроенной надлежащим образом", в статье далее проводится своего рода сопоставление работ наиболее значимых авторов исторической школы в проекции на парадигмы соответствующего исторического периода. Анализ показывает, что авторы исторической школы практически единодушно осуждали универсалистскую идею порядка, составлявшую центральную часть парадигм, доминировавших в дискуссиях конца XVIII века. Тем не менее, они не приняли и новаторский, многоуровневый подход *Гегеля*. Скорее напротив, они решительно способствовали тому, чтобы вдохнуть новую жизнь в модель порядка, переживавшую долгий и глубокий упадок, а именно в холистически-индивидуалистическую парадигму, согласно которой социальный порядок может быть достигнут только в рамках ограниченных и однородных общностей, а отношения между ними сводятся, в самом благоприятном случае, лишь к сдерживанию беспорядка. Поэтому авторы исторической школы были одновременно и новаторами, и мыслителями- ренегатами, ориентированными преимущественно на прошлое. Они были новаторами, поскольку проложили путь ко многим аспектам концепции права в XIX-ом веке и далее. Однако они были ориентированы и на прошлое, поскольку поддерживали такое понимание общества, которое не только уходило на тысячелетия назад, но и игнорировало все самые передовые предложения в области защиты мира и всеобщих прав, которые были разработаны за два века до этого или подлежали разработке и развитию в будущем.

1. Три вопроса к немецкой исторической школе юриспруденции и путь к возможным ответам

Огромное влияние, которое оказала немецкая историческая школа юриспруденции, особенно в стране своего рождения, но также и в других странах, сомнений не вызывает. Однако на службе какой идеи "упорядоченного общества" это влияние было оказано? Иными словами,

какая политическая философия лежала в основе работ наиболее значимых представителей германской исторической школы юриспруденции? Не вызывает сомнений тот факт, что немецкая историческая школа юриспруденции вдохнула новую жизнь в теорию права, предложив новое понимание того, как должно восприниматься право. Однако является ли это новое понимание действительно инновацией, т.е. открывает ли оно путь к "беспрецедентному" взгляду на социальный и правовой порядок? Или же оно ограничивается возрождением более чем двухтысячелетней традиции, пусть и адаптируя ее к новым условиям, но сохраняя тем не менее в значительной степени ее традиционные концептуальные рамки? Если вторая трактовка может быть подтверждена доказательствами, то авторов немецкой исторической школы юриспруденции следует рассматривать, скорее, как "новаторов, ориентированных на прошлое", чем как первооткрывателей еще неизведанных областей теории и практики. В таком случае следует предположить, что ученые немецкой исторической школы юриспруденции действительно могли использовать новые интеллектуальные средства, но только с целью спасения старой и, возможно, неадекватной модели "упорядоченного общества". Наконец, можно с полным основанием, однако, утверждать, что немецкая историческая школа юриспруденции внесла значительный вклад в формирование некоторых понятий, которым суждено было сыграть выдающуюся роль в правовой теории XIX века и последующих лет. В частности, ее сторонники сделали идею обычая независимой от абстрактной концепции универсальной рациональности, связав ее с более приземленным видением социальной коммуникации. Более того, оторвав понятие "народ" от понятия "государство", они заложили основу для таких последующих разработок, как *Lex mercatoria*, а также для усиления призыва к самоопределению. И тем не менее, каков был конечный результат этих усилий? Действительно ли они способствовали реализации перспективной программы, направленной на постепенный переход от авторитарных режимов к демократическим формам правления? Или же они, в конечном итоге, поддержали националистический пароксизм, который в итоге поглотил хотя и важные, но относительно слабые завоевания, достигнутые международным правом в XIX-ом веке?

Подводя итог, мы сталкиваемся с тремя вопросами: Во-первых, какое понимание "упорядоченного общества" лежало в основе политической философии немецкой исторической школы юриспруденции? Во-вторых - и это строго связано с первым вопросом - действительно ли концептуальные инновации, введенные немецкой исторической школой юриспруденции, открыли новую эру в правовой теории как в национальной, так и в международной сфере? Или же они были скорее на службе у старобитных

взглядов, которые просто необходимо было оживить для решения новых, ранее неизвестных задач? В-третьих, независимо от того, старыми или новыми были базовые идеи об "упорядоченном обществе", чего добилась в конечном итоге немецкая историческая школа юриспруденции? Иными словами, соответствовали ли эти идеи либеральному, демократическому и инклюзивному пониманию национального и международного порядка? Или, если они и способствовали формированию такого понимания порядка, то был ли этот вклад согласован с общей направленностью данного интеллектуального движения, или же он был маргинальным, условным и слабым? Чтобы ответить на эти вопросы, целесообразно рассматривать немецкую историческую школу юриспруденции на фоне наиболее значимых теорий политической и правовой философии начала XIX-го века. Для этого я предлагаю обратиться к так называемым "парадигмам социального порядка". Выявление того, к какой парадигме социального порядка в конечном итоге примыкают представители немецкой исторической школы юриспруденции, позволит также дать более точную оценку их интеллектуальным достижениям. Поэтому первый шаг анализа будет заключаться в уточнении методологии, которой я буду придерживаться, т.е. в кратком определении того, что такое "парадигмы социального порядка" (2.).

После создания на этой базе концептуальной основы второй раздел будет посвящен краткому описанию основных черт двух парадигм порядка, которые доминировали в западной политической и правовой философии со Средних веков до эпохи Просвещения и, следовательно, в период возникновения немецкой исторической школы юриспруденции. Я буду называть эти парадигмы порядка, соответственно, холистическим универсализмом и универсалистским индивидуализмом. Наиболее существенными характеристиками этих двух парадигм являются, в частности, сильная приверженность универсализму и рационализму, хотя и основанная, в одном случае, на целостном превосходстве сообщества людей, а в другом - на постановке индивида в центр общества. На этом этапе, если мы противопоставим наиболее фундаментальные постулаты этих двух парадигм тому пониманию социального, политического правопорядка, которое вытекает из работ наиболее значимых представителей германской исторической школы юриспруденции - в частности, *Густава Гуго*, *Фридриха Карла фон Савиньи*, *Георга Фридриха Пухты*, *Фридриха Юлиуса Шталя* и *Карла Кальтенборна фон Штахау*,¹ то

¹ Широкое представление сложной структуры немецкой исторической школы юриспруденции, выходящей далеко за рамки ее основных экспонентов, см: Hans-Peter Haferkamp, *Die Historische Rechtsschule*, Klostermann, Frankfurt a. M. 2017.

однозначным результатом является полное и зачастую весьма решительное их отрицание (3.).

Таким образом, если авторы немецкой исторической школы юриспруденции занимали явную позицию против господствовавших в их время представлений об общественном устройстве, то, по крайней мере, на первый взгляд, убедительность приобретает гипотеза, согласно которой они действительно ставили своей целью открыть новую эру в политической и правовой философии. На самом деле в период с конца XVIII-го по начало XIX-го века новый порядок делал свои первые шаги. Эта новая "коммуникативная парадигма", первая, еще достаточно рудиментарная формулировка которой, по сути, связана с грозной философской фигурой *Георга Вильгельма Фридриха Гегеля*, выделяется, в частности, как попытка преодолеть традиционные дихотомии в понимании порядка, а именно противопоставление партикуляризма и универсализма, с одной стороны, а также холизма и индивидуализма - с другой. Однако и в этом случае вердикт, который можно вынести из текстов немецкой исторической школы юриспруденции, оказывается весьма противоречивым: по сути, их взгляды не имели ничего общего с самой новаторской парадигмой порядка начала XIX-го века (4.).

Поскольку никакой другой новой „парадигмы правопорядка“ в этот период не разрабатывалось, вопрос о концептуальном месте немецкой исторической школы юриспруденции остается пока без ответа. Однако для решения этой проблемы у нас остается одна возможность, а именно: объект исследования не способствовал изобретению чего-то нового, а скорее способствовал возрождению достаточно старой парадигмы порядка и ее адаптации к новым условиям. В действительности, ни холистический универсализм, ни универсалистский индивидуализм не описывают древнейшее понимание порядка. Это качество, напротив, следует отнести к другой модели, которую мы можем назвать холистическим партикуляризмом, согласно которому порядок в подлинном смысле слова всегда ограничен достаточно ограниченными и гомогенными сообществами, а между ними возможно лишь временное и неустойчивое сдерживание беспорядка. Теперь, если сопоставить посылки, заложенные в работах представителей германской исторической школы юриспруденции, с наиболее фундаментальными постулатами холистического партикуляризма, то мы обнаружим, действительно, почти полное совпадение. Это, однако, не означает, что они не привнесли никакого нового элемента. На самом деле холистическо-партикуляристская парадигма порядка уже почти два столетия переживала глубокий кризис, связанный с тем, что фамилистическое понимание гомогенной общности было похоронено новыми достижениями в области политики, философии,

а затем и великими современными революциями. В результате мыслители, по-прежнему считавшие, что порядок должен быть ограниченным и опираться на однородную социальную структуру, оказались в поиске нового онтологического основания для своих убеждений. Именно в этом контексте следует рассматривать вклад немецкой исторической школы юриспруденции. Развивая идею о том, что гомогенность социального, политического и правового сообщества основывается на культурной и языковой идентичности нации - в том же ключе, хотя, возможно, и в более нюансированной форме, что и основатель современного национализма *Адам Мюллер (Adam Müller)*, - они возвели важную опору для обновления старого здания (5.).

В свете этого анализа можно оценить и тот вклад, который внесла немецкая историческая школа юриспруденции в теорию права. Если кратко, то можно утверждать, что она вместо того, чтобы проложить новые пути, заново консолидировала старую и отвергнутую традицию. Поэтому, если и можно обнаружить прогрессивные моменты, которые можно было бы отнести к влиянию немецкой исторической школы права, например, некоторую поддержку определенной идеи самоопределения, то их следует рассматривать скорее, как маргинальные и концептуально малоубедительные побочные продукты в значительной степени ретроградного (*backward-oriented*) подхода. Аналогичным образом сомнительным является его понятие обычая, которое, поскольку оно отвергает универсальную рациональность и скатывается к националистическому партикуляризму, в итоге оказывается малоприспособленным для более „дальновидной“ космополитической теории международного права (6.).

2. Что такое "парадигмы порядка"?

В соответствии со сказанным, первым шагом должно стать уточнение понятийной категории, которая должна подвести нас к оценке результатов, полученных немецкой исторической школой юриспруденции, т.е. уточнение того, что понимается под понятием "парадигмы социального порядка".² Для этого, однако, поскольку понятие "парадигмы порядка" опирается на определенное понимание "порядка", необходимо определить,

² Sergio Dellavalle, *Paradigms of Social Order. From Holism to Pluralism and Beyond*, Palgrave Macmillan, London/New York 2021.

что мы понимаем под понятием "упорядоченное общество". Если говорить коротко, то "упорядоченное общество" - это социальное, политическое и правовое сообщество людей, взаимодействие которых развивается - по крайней мере, в большинстве случаев - мирно, предсказуемо и (при наиболее благоприятных условиях) в духе сотрудничества. Таким образом, продвигаясь на шаг вперед, "парадигму социального порядка" следует рассматривать как набор концепций, а также абстрактных определений этих концепций, которые определяют способ, по которому мы считаем общество "хорошо организованным" или упорядоченным (*well-ordered*).

Сказав, что это определение включает в себя как дескриптивный, так и прескриптивный компонент, следует добавить, что любая парадигма порядка содержит предположения о трех фундаментальных характеристиках порядка. Первая - это расширение порядка, который может быть как ограниченным и партикуляристским, так и космополитическим и универсалистским. Вторая особенность - онтологическое основание порядка, которое может быть локализовано в гомогенном сообществе, вне индивидуальных интересов, или в сумме индивидов, образующих социальную общность, причем акцент делается на их рациональной способности, а не на квазиприродной принадлежности. Наконец, третий признак связан со структурой институционально-правовой системы, в частности с тем, предполагается ли она унитарной и иерархической, как некая пирамида, или же порядок может быть представлен как плюралистический, т.е. состоящий из множества различных институтов и правовых систем, которые накладываются друг на друга и образуют разнокомпонентную сеть взаимосвязей. В результате этих предпосылок каждая парадигма общественного устройства, по сути, устанавливается через утверждения, связанные с каждой из этих характеристик, и отличается от всех других парадигм именно специфическим содержанием этих утверждений. Например, если иметь в виду первый признак, утверждает ли парадигма, что общество, чтобы быть хорошо организованным, должно быть партикуляристским? Допускает ли она, что космополитическое или универсалистское решение в принципе осуществимо? И, наконец, ищет ли она примирения между двумя альтернативами, выходя за рамки их дихотомии? Та же схема может быть применена и к двум другим характеристикам "парадигм социального порядка". Что касается второго признака, то предполагается ли, что социально-политическое сообщество гомогенно и имеет приоритет над индивидами? Или, напротив, индивиды, особенно права личности, являются центральным элементом общества и высшей ценностью, которую необходимо защищать? Более того, возможно ли какое-то примирение между утверждением важности этической идентичности сообщества и

признанием уважения к индивидуальным предпочтениям? Наконец, что касается третьей особенности, должны ли институциональные и организационные структуры быть самодостаточными и иерархически организованными или же они могут пересекаться, вступать во взаимодействие и диалог, не знаменуя собой перехода от порядка к хаосу?

Здесь важно то, что ни один набор понятий и их объяснение, рассматриваемые в качестве "парадигмы социального порядка", не могут избежать необходимости занимать позицию по каждому из трех характерных признаков. Соответственно, если рассматривать немецкую историческую школу юриспруденции как специфический и оригинальный способ представления об "упорядоченном обществе", то авторы, в целом сформировавшие ее понятие, не могут не занять позицию по всем трем фундаментальным вопросам каждой парадигмы порядка - о расширении, онтологическом основании и структуре порядка.

3. Отказ немецкой исторической школы юриспруденции от господствующих парадигм порядка в начале XIX-го века

Если вернуться в прошлое, к началу XIX века, то можно обнаружить, что в этот период понимание "хорошо организованного" или упорядоченного общества характеризовалось двумя парадигмами: холистическим универсализмом и универсалистским индивидуализмом. Первая доминировала в этой области с раннего Средневековья, первоначально со схоластики *Фомы Аквинского*³ а затем Саламанкской школой,⁴ и пользовался большим влиянием в Германии благодаря таким авторам, как *Иоганн Альтузиус*,⁵ *Самуил Пуфендорф*⁶ и *Кристиан Вольф*.⁷

³ Фома Аквинский, *Summa theologica* [1265-1273], W. Benton-Encyclopedia Britannica, Chicago 1980.

⁴ Francisco de Vitoria, *De Indis et De Jure Belli Relectiones*, Oceana, New York/London 1964; Francisco de Vitoria, *Political Writings*, Anthony Padgen and Jeremy Lawrance eds, Cambridge University Press, Cambridge/New York 2012; Francisco De Vitoria, *Relecciones Teológicas*, Librería Religiosa Hernández, Madrid 1917; Francisco De Vitoria, *Vorlesungen*, Kohlhammer, Stuttgart 1997; Francisco De Vitoria, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, Vicente Beltrán de Heredia ed., Salamanca 1932 et seq.; Francisco Suárez, *Selections from three Works*, Clarendon Press, Oxford 1944.

⁵ Johannes Althusius, *Politica*, Frederick S. Carney ed., Liberty Fund, Indianapolis 1995.

По сути, она определяется через утверждения о том, что "упорядоченное общество" должно быть универсальным по охвату, целостным по онтологическому основанию и унитарным по структуре. Напротив, вторая - гораздо более молодая, так как восходит лишь к заре Нового времени, разделяя со старшей моделью представления о том, что порядок должен быть унитарным и универсальным, дистанцируется от своего интеллектуального собрата в той мере, в какой утверждает, что барицентр общества и высшая ценность, подлежащая защите, - это не сообщество людей, а индивиды с их интересами, разумом и правами. В качестве эпистемологической теории эта парадигма была заложена в своей основе *Рене Декартом*⁸ во Франции, а затем получила дальнейшее развитие как политическая философия контрактуализма в Англии в трудах *Томаса Гоббса*⁹ и *Джона Локка*,¹⁰ а также вновь во Франции в трудах *Жан-Жака Руссо*.¹¹ В Германии она была воспринята довольно поздно, однако оказала

⁶ Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo* (1672), полный английский перевод Basil Kennet, Lichfield et al., Oxford 1703; частичный английский перевод Michael J. Seidler, in: Samuel Pufendorf, *The Political Writings*, Craig L. Carr ed., Oxford University Press, Oxford/New York 1994.

⁷ Christian Wolff, *Institutiones Juris Naturae et Gentium* (1754), Officina Rengeriana, Halae Madgeburgicae 1754; Christian Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* 1764 (английский перевод Joseph H. Drake, Clarendon, Oxford 1934).

⁸ René Descartes, *Discours de la Méthode* (1637), Reclam, Stuttgart 2001 (английский перевод John Veitch, Project Gutenberg, available at: <http://www.gutenberg.org/ebooks/59>, accessed 1 September 2022); René Descartes, *Meditationes de Prima Philosophia* (1641), Reclam, Stuttgart 1986 (английский перевод John Cottingham: *Meditations on First Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge/New York 1996); René Descartes, *Principia philosophiae* (1644), Elzevir, Amsterdam 1672 (5th ed.).

⁹ Томас Гоббс, *Elementa philosophica de Cive* (1642), Johan. Jac. Flick 1782 (английский перевод Ричарда Така и Майкла Сильверторна: *On the Citizen*, Cambridge University Press, Cambridge/New York 1998); Томас Гоббс, *Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, Crooke, London 1651.

¹⁰ Джон Локк, "Два трактата о правительстве" (1690), Yale University Press, New Haven/London 2003.

¹¹ Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), Meiner, Hamburg 1983 (английский перевод: *Discourse on the Origins and Foundations of Inequality Among Mankind*, in: Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract and the First and Second Discourses*, Susan Dunn ed., Yale University Press, New Haven/London 2002, 69-148); Jean-Jacques Rousseau, *Du contract social, ou principes du droit politique* (1762), Garnier-Flammarion, Paris 1966 (английский перевод: *The Social Contract*, in: Rousseau, *The Social Contract and the First and Second Discourses*, supra note 11, 149-254).

огромное интеллектуальное влияние, в частности, в работах *Иммануила Канта*.¹²

Таким образом, помимо предположения о том, что общество может быть упорядоченным только в том случае, если его институционально-правовая структура внутренне идеально согласована и построена по принципу пирамиды, обе парадигмы объединяет универсалистская убежденность в том, что космополитическое общество, включающее все человечество, не только желательно, но и возможно, по крайней мере в принципе, поскольку против этой гипотезы нет неопровержимых аргументов. Скорее, сам разум велит сосредоточиться на реализации универсализма. Однако на этом сходство заканчивается. На самом деле, хотя обе парадигмы базируются на универсалистском рационализме, понимание универсализма и рационализма существенно различается. В случае холистического универсализма рациональность заложена в целостности (холоне) мира и потому имплицитна - как своего рода закон природы - во всех человеческих отношениях, если они не испорчены какой-либо социальной патологией. В соответствии с этой концепцией рациональности холистический универсализм обосновывает свою позицию в пользу космополитизма ссылками на якобы естественную тенденцию к общительности, которая распространяется от мельчайшего социального единства до *civitas maxima*. С другой стороны, сторонники индивидуалистической парадигмы рассматривают рациональность прежде всего, как индивидуальную данность. Но поскольку все здоровые индивиды обладают одними и теми же фундаментальными рациональными способностями, то правильное использование этих способностей должно привести нас к выводу, что создание универсального порядка является наилучшим способом обеспечения мира, коллективной автономии и

¹² Иммануил Кант, "Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis" (1793), in: Immanuel Kant, Werkausgabe, Wilhelm Weischedel ed., Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1977, Vol. XI, 125-172 (английский перевод Н. В. Нисбет: "On the Common Saying: 'This may be true in Theory, but It Does not Apply in Practice'", in: Immanuel Kant, Political Writings, Cambridge University Press, Cambridge/New York 1991, 61-92); Immanuel Kant, "Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf", in: Kant, Werkausgabe, supra note 12, Vol. XI, 193-251 (английский перевод Н. В. Нисбет: "Perpetual Peace: A Philosophical Sketch", in: Kant, Political Writings, supra note 12, 93-130); Immanuel Kant, 'Grundlegung zur Metaphysik der Sitten' (1785), in: Kant, Werkausgabe, supra note 12, Vol. VII, 9-102 (английский перевод Томаса Кингсмилла Эббота: "Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals", in: Immanuel Kant, Critique of Practical reason and Other Works, Longmans, Green and Co., London/New York 1898, 1-84); Immanuel Kant, "Die Metaphysik der Sitten" (1797), in: Kant, Werkausgabe, supra note 12, Vol. VIII, 309-634 (английский перевод Mary J. Gregor: The Metaphysics of Morals, Cambridge University Press, Cambridge/New York 1991).

самореализации личности. Соответственно, сторонники индивидуалистической парадигмы не рассматривают построение космополитического порядка как результат естественной и нерелексивной предрасположенности. Напротив, *космополис*, по их мнению, является скорее результатом высокорелексивного процесса, в котором участвуют изначально саморелексивные, но рациональные и, следовательно, в конечном счете, сотрудничающие между собой человеческие существа. Говоря кратко, холизм исходит из универсальной рациональности, укорененной в мире, которая затем достигает индивидов, и из естественной общительности, общей для всех людей. В отличие от этого, индивидуализм идет в обратном направлении, а именно от солипсической интеллектуальной сущности каждого индивида он переходит к расширению горизонта, на втором этапе - ко всему человечеству.

Чтобы лучше понять, какое отношение имела немецкая историческая школа права к этим двум господствующим парадигмам порядка в период, когда ее подход был впервые сформулирован, необходимо ответить на следующие вопросы: а) Во-первых, отстаивала ли немецкая историческая школа права универсализм или отвергала его амбициозную цель? б) Во-вторых, каково было ее понимание рациональности? в) В-третьих, играло ли в мышлении ее представителей роль предположение об универсальной общности людей? г) В-четвертых, какое место в воззрениях исторической школы отводилось индивидам, в том числе их правам, свободе и самореализации? В качестве предварительного замечания можно предположить, что по всем этим вопросам немецкая историческая школа права занимала позицию, не только далекую, но и явно критическую по отношению ко всем посылкам, выдвигаемым как сторонниками холистического универсализма, так и сторонниками индивидуалистической парадигмы. Но давайте проанализируем ответы на поставленные вопросы по порядку.

а) Все универсалистские теории социального порядка и, соответственно, обе универсалистские парадигмы порядка - независимо от того, ставят ли они в центр своих предложений космополитическое сообщество или индивида - утверждают, что существует набор фундаментальных правовых норм, применимых к любому типу человеческого общества, а также к человеческому сообществу в целом (*communitas humana*). В своей совокупности эти правовые нормы составляют то, что мы можем определить как "общее право человечества".¹³ Очевидно, что чем более универсальной является норма, тем более общей она должна быть. Более

¹³ C. Wilfred Jenks, *The Common Law of Mankind*, Praeger, New York 1958.

того, в принципе любая универсалистская теория утверждает, что правовые системы отдельных государств, чтобы считаться легитимными, должны соответствовать этим всеобъемлющим нормам. Именно эту универсалистскую направленность, а также ее аргументацию в пользу космополитического права, стоящего над отдельными социальными, политическими и правовыми сообществами, наиболее решительно отвергала германская историческая школа юриспруденции. По мнению ее сторонников, те нормы, которые рассматриваются некоторыми авторами как универсальные, являются не чем иным, как ипостасями нормативной базы конкретного времени и пространства.¹⁴ Иными словами, универсалистские теории необоснованно придают космополитическую значимость некоторым принципам и правилам, просто игнорируя тот факт, что они неизбежно укоренены в конкретном обществе. Именно *Фридрих Карл фон Савиньи*, пожалуй, наиболее авторитетный и влиятельный автор исторической школы, прямо осудил философию Просвещения за распространение ошибочного убеждения о возможности создания правовой системы,¹⁵ не зависящей от самобытности наций и потому универсально применимой.¹⁶ Напротив, он со всей категоричностью утверждал, что право, как и правовая система, берет свое начало в "духе народа"¹⁷ (*Volksgeist*),¹⁸ или, конкретнее, из его "языка, обычаев, конституции".¹⁹ Именно в этот момент на первый план выходит исключительно историческое измерение интеллектуальной деятельности Школы. Действительно, поскольку правовые системы в сущности

¹⁴ Frederick C. Beiser, *The German Historicist Tradition*, OUP, Oxford/New York, at 244 et seq.

¹⁵ В немецком языке существует достаточно четкое лингвистическое различие между понятиями *Gesetz* и *Recht*. Если под *Gesetze* понимаются правила и принципы, регулирующие взаимодействие членов социальной общности, то понятие *Recht* гораздо шире, поскольку включает в себя все институты, способствующие реализации *Gesetze*, в том числе суды, административные учреждения, ученых-переводчиков, юридическое сообщество и т.д. В английском языке первое понятие обычно переводится как "закон", а второе традиционно передается как "право", по крайней мере, применительно к классикам правовой философии. Однако использование слова "право" в этом значении стало крайне непривычным. Поэтому для перевода как *Gesetz*, так и *Recht* я обычно использую термин "право", а для *Recht* - "правовая система", когда семантическое измерение этого слова явно указывает на его более полное понимание.

¹⁶ Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr und Zimmer, Heidelberg 1814, at 5.

¹⁷ Beiser, *The German Historicist Tradition*, выше, примечание 14, at 238, 247.

¹⁸ Об использовании понятия *Volksgeist* авторами Школы см. ниже, раздел 5.а).

¹⁹ Savigny, *Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, выше, сноска 16, at 8. Когда цитируется немецкое оригинальное издание без ссылки на официальный английский перевод, это означает, что по всему тексту данный отрывок был переведен автором.

партикулярны, т.е. каждая из них является выражением определенной социальной общности или "нации",²⁰ то и правильно поняты они могут быть только в том случае, если мы реконструируем *историю* каждой конкретной системы в контексте того не менее конкретного сообщества, которое ее создало. По меткому выражению *Савиньи*, Историческая Школа исходит из того, что содержание права дается через всю прошлую историю народа (нации), а не по произволу, так что это содержание случайно может быть таким, какое оно есть, или иным. Таким образом, содержание права вытекает из самой глубинной сущности народа и его истории.²¹ В соответствии с этим основная цель юриспруденции должна заключаться в анализе истории *notopöiesis* в контексте его национального горизонта.²²

б) Сторонники холистически-универсалистской парадигмы порядка отождествляли рациональность с неким иррефлексивным здравым смыслом, который должен решающим образом помогать человеку управлять своей жизнью даже после зарождения процессов самосознания. С другой стороны, индивидуалистическая парадигма рассматривала рациональность либо как стратегически-вычислительную, либо как деонтолого-трансцендентальную способность, обоснованную и выраженную в солипсической психической деятельности каждого отдельного человека. Однако независимо от того, где располагается рациональность - в социальной общности и спонтанных взаимодействиях между ее членами или в индивидуальном сознании, - обе парадигмы разделяли убеждение, что у нас есть только одна рациональность, которая распространяется на весь мир и является общей для *всех* индивидов. Иначе обстоит дело в рамках немецкой исторической школы юриспруденции. Первая линия атаки, развернутая ее сторонниками, направлена против якобы чрезмерной абстракции идеи рациональности, которую породили господствовавшие в конце XVIII-го века парадигмы порядка. Так, в одном из первых текстов, свидетельствующих о зарождении новой школы юриспруденции, а именно в работе *Густава Гуго (Gustav Hugo) "Lehrbuch eines civilistischen Cursus"* 1799 года, автор недвусмысленно осудил "критическую оценку позитивного права на основе неверно понятых

²⁰ Об использовании понятий "нация" (Nation) и "народ" (Volk) см. ниже, глава 5.а).

²¹ Фридрих Карл фон Савиньи, "Über den Zweck dieser Zeitschrift", in: Friedrich Carl von Savigny, Karl Friedrich Eichhorn and Johann Friedrich Ludwig Göschen (eds.), *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Nicolaische Buchhandlung, Berlin 1815, Vol. I, 1-17, at 6.

²² Beiser, *The German Historicist Tradition*, supra note 14, at 229.

априорных принципов".²³ В том же ключе Савиньи переосмыслил свой ранний интерес к естественному праву и моральной философии.²⁴ в противовес ее рационалистическому направлению,²⁵ особенно против Просвещения²⁶ и Канта.²⁷ Действительно, в его понимании задача юриспруденции состоит в том, чтобы знать, "чем является право, а не то, чем оно должно быть".²⁸

Отбросив универсалистские устремления абстрактного рационализма, историческая составляющая вновь вступает в игру. В самом начале второго тома вышеупомянутого руководства (*Lehrbuch*) по частному праву Гуго предупреждает, что с момента возникновения государств стало проводиться различие между тем, что совесть считает правильным, и тем, что является правильным согласно (внешнему) закону.²⁹ Далее, в третьем томе, он уточняет, что, поскольку принципы "внутреннего душевного склада" (*inner disposition - Gemüt*) должны стать реальностью, основу права следует искать не только в философии, т.е. в принципах, априорно заложенных в этом "внутреннем складе", но и, что особенно важно, в истории.³⁰ Иными словами, история показывает, как политические сообщества превращали абстрактные принципы в позитивные законы, а поскольку изучение позитивного права должно быть целью юриспруденции, то она должна отвести историческому анализу надлежащее место.³¹ Исходя из этих предпосылок, неудивительно, что он организовал свои курсы по частному праву на основе реконструкции истории его источников.³²

Спустя несколько лет Савиньи пошел еще дальше своего предшественника, сразу же отменив всякое упоминание рационалистических принципов *a priori* в качестве объекта юриспруденции. Тем самым он преодолел некоторую двусмысленность, сохранявшуюся в текстах Гуго, и придал исторической школе более

²³ Gustav Hugo, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Vol. I, August Mylius, Berlin 1799, § 115, at 86 et seq.

²⁴ Beiser, *The German Historicist Tradition*, выше, примечание 14, at 218.

²⁵ Там же, стр. 216.

²⁶ Там же, стр. 238.

²⁷ *Ibid.*, at 224.

²⁸ Там же, стр. 229.

²⁹ Gustav Hugo, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Vol. II, *Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des positiven Rechts*, August Mylius, Berlin 1799, § 2, at 2.

³⁰ Gustav Hugo, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Vol. III, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, August Mylius, Berlin 1799, § 1, at 1.

³¹ Hugo, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Vol. I, *supra* note 23, § 16, at 15.

³² Там же, § 24 и далее, в 25 и далее; Gustav Hugo, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, August Mylius, Berlin 1792.

прочную и стройную концептуальную основу. В своей статье "Über den Zweck dieser Zeitschrift" 1815 года он прямо осудил "неисторическую школу" за то, что она якобы считает закон порождением свободной, или, как он говорил, "произвольной воли" (*Willkür*).³³ Закон - продукт не разума, а истории,³⁴ мы не должны игнорировать историческую реальность.³⁵ "Каждая эпоха, - утверждал он в статье, - должна признать, что нечто уже дано".³⁶ Поэтому, как он позже уточнил в предисловии к своей самой значительной работе, а именно к "Системе современного римского права" ("*System des heutigen römischen Rechts*"): "следует признать живую связь между прошлым и настоящим".³⁷ В этом концептуальном горизонте именно история, а не разум, оправдывает нормы и придает им легитимность.³⁸ Это объясняет, почему *Савиньи* так резко выступал против попыток рационализировать существующую систему права путем введения новых форм кодификации.³⁹

В заключение следует отметить, что, согласно учению немецкой исторической школы права, рациональность основывается не на абстрактно-рефлексивной деятельности и не на общих для всех людей универсальных способностях, а на истории. Более того, поскольку сама история не рассматривается как универсальный процесс, а предполагается, что она развивается как отдельный феномен в контексте каждого отдельного народа и в соответствии с его "духом" (*spirit*), возможность универсальной рациональности радикально исключается.

с) Что касается вопроса о том, присуща ли человеку природная склонность к социа(бе)льности или социальным формам общения (*sociability*), то в трудах авторы исторической школы трудно найти прямые ссылки непосредственно по этой проблематике. Поэтому мы вынуждены собирать доказательства из текстов и отрывков, посвященных преимущественно другим темам. Например, *Гуго* начал свою философию позитивного права с очень длинной главы, посвященной так называемой "антропологии права" (*juristische Anthropologie*), что является типичной

³³ Savigny, "Über den Zweck dieser Zeitschrift", выше, примечание 21, at 6.

³⁴ Beiser, *The German Historicist Tradition*, supra note 14, at 214.

³⁵ Savigny, "Über den Zweck dieser Zeitschrift", выше, примечание 21, at 4.

³⁶ Там же, 3.

³⁷ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. I, Veit und Comp., Berlin 1840, at XV.

³⁸ Beiser, *The German Historicist Tradition*, выше, примечание 14, at 245.

³⁹ О *Kodifikationsstreit*, или борьбе за новые кодификации в Германии, см: Beiser, *The German Historicist Tradition*, supra note 14, at 233 et seq., со ссылкой на Savigny, *Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, supra note 16.

методологией, принятой теми авторами, которые предполагают наличие склонности к социальности или социального импульса, корнящегося в человеческой природе.⁴⁰ При этом он строго избегает упоминания о возможном договорном основании права в абстрактных и досоциальных возможностях индивидов. Тем самым он неявно высказался в пользу целостного взгляда на общество. Такая трактовка подкрепляется и подтверждается тем, что *Гуго* в тех отрывках, где он был несколько более откровенен, четко заявил, что "человек... нуждается в помощи других людей".⁴¹ Однако органическое общество, из которого спонтанно возникает право, останавливается на границах каждой нации (*Volk*), и нет никакого намека на возможность того, что естественная (природная) социальность может привести к включению в нее всего человечества. Аналогичным образом *Савиньи* ограничивал социальный инстинкт человека "членством в семье, нации (*narode*), государстве".⁴² Таким образом, если можно утверждать, что сторонники немецкой исторической школы юриспруденции исходили из того, что действительно, люди обладают естественной тенденцией к социальному поведению, не вызывает сомнений и то, что это предположение используется только для обоснования национальной сплоченности, а не космополитической солидарности.

d) Предположение *Савиньи* о том, что индивиды исторически принадлежат к определенной социальной общности, которая естественным образом выстраивает органический *холон*, в достаточной мере проясняет его позицию относительно их общего места в его политической философии. Действительно, он был убежден - и это безоговорочно разделяли его коллеги по исторической школе, - что индивиды не могут быть правильно поняты или что они вообще не имеют никакого значения или даже просто эпистемологически не существуют, если они взяты в отрыве от своего соответствующего контекста. Иначе говоря, личность рассматривается как сущностно укорененная в той социальной общности, в которой она родилась и получила образование.⁴³ Эту точку зрения прекрасно выразил *Георг Фридрих Пухта*, написавший в своем основополагающем трактате по обычному праву 1828 г., что человек всегда

⁴⁰ Hugo, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Vol. II, supra note 29, § 56 et seq., at 69 et seq.

⁴¹ Там же, § 76, на 88.

⁴² Savigny, "Über den Zweck dieser Zeitschrift", выше, примечание 21, at 3.

⁴³ Beiser, *The German Historicist Tradition*, supra note 14, at 215, 222, 243.

является "частью семьи, народа в силу своего происхождения".⁴⁴ Последовательно, философия права, отвергающая естественную связь индивидов с природным сообществом, как и, в принципе, все теории, которые можно привести к индивидуалистической парадигме, неизбежно воспринимается как лишенные содержания.⁴⁵ Более того, если согласно индивидуалистической парадигме индивиды изначально равны, поскольку все они обладают правами, интересами и разумом, то органическая концепция общества, отстаиваемая авторами германской школы правоведения, рассматривает их неравенство как некий закон природы, которому должен соответствовать социальный порядок. Так, например, Гуго недвусмысленно говорил о "животном неравенстве различных людей".⁴⁶

Подводя итоги проведенного анализа, можно сказать, что политическая философия германской школы юриспруденции по своей сути является партикуляристской (т.е. антиуниверсалистской). Более того, она не признает универсальной рациональности, ставит во главу угла органическое сообщество, а не права индивида, и поддерживает социальность людей лишь в той мере, в какой она ограничена сплоченностью *народа*. По существу, трудно представить себе точку зрения, более противоречащую всем основным посылкам двух парадигм порядка, которые доминировали в понимании общественного порядка на момент возникновения исторической школы. По этой причине школу можно с полным основанием рассматривать как наиболее яркое противодействие космополитизму XVIII-го века и его идее человеческой общности (*communitas humana*), основанной на универсальной рациональности.

4. Гегель и поиск пути вперед

Тот факт, что наиболее влиятельные авторы немецкой исторической школы юриспруденции в конце XVIII-го века прямо отказались от основных постулатов двух господствующих парадигм порядка, может свидетельствовать о том, что они искали альтернативу и способ выйти за рамки двух представлений об общественном порядке, которые долгое

⁴⁴ Georg Friedrich Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Part I, Palm'sche Verlagsbuchhandlung, Erlangen 1828, Book II, at 134.

⁴⁵ Там же.

⁴⁶ Hugo, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Vol. II, supra note 29, § 77, at 89.

время определяли политическую и правовую философию. Действительно, в начале XIX-го века возникла новая парадигма порядка - сначала в очень зародышевом виде — что открыло путь к развитию, которому суждено было осуществиться в полной мере лишь полтора столетия спустя. Рождение этой новой "коммуникативной парадигмы" тесно связано с политико-правовой философией одного из величайших мастеров мысли во всей истории человечества - *Георга Вильгельма Фридриха Гегеля*.

Гегель может рассматриваться как инициатор новой парадигмы, которую мы называем "коммуникативной", поскольку он не основывал свое представление об общественном развитии - в особенности в ранних своих работах - на солипсических рациональных рассуждениях, осуществляемых индивидами, оторванными от реального контекста взаимодействия.⁴⁷ Движущей силой общества, по его мнению, является intersubjective коммуникация между реальными людьми, конфликты, возникающие при расхождении интересов, а также решения, которые прекращают эти конфликты и позволяют обществу двигаться к более полной реализации свободы. Помимо этого, определяющего элемента, гегелевский "коммуникативный парадигмальный порядок" содержит и вторую особенность, не менее важную, чем первая, и даже более значимую для конкретной цели нашего анализа. В частности, он первым из политических мыслителей выдвинул плюралистическую, многоуровневую и гетерархическую (разнокомпонентную) идею социального, политического и правового порядка.

Действительно, до начала XIX-го века для всех теорий социального порядка было характерно предположение, что для того, чтобы быть упорядоченным, общество должно организовывать свою институциональную структуру в унитарной и четко иерархической форме. Интересно, что это утверждение делалось независимо от того, ограничивался ли горизонт упорядоченного общества гомогенной социально-политической общностью или расширялся до всего человечества. Гегель, напротив впервые допустил сосуществование самобытности индивидуального государства как высшей индивидуальной формы реализации "духа" (*Geist*) в реальном мире и универсалистского стремления, заложенного сначала во всемирной истории, а затем в "абсолютном духе" (*absolute spirit*).⁴⁸

⁴⁷ Dellavalle, *Paradigms of Social Order*, примечание 2, at 382 et seqq.

⁴⁸ Sergio Dellavalle, *The Plurality of States and the World Order of Reason: On Hegel's Understanding of International Law and Relations*, в: Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, David Roth-Isigkeit (eds.), *System, Order, and International Law*, Oxford University Press, Oxford/New York 2017, 352-378.

По существу, *Гегель* во всех своих зрелых работах утверждал,⁴⁹ что высшая реализация рациональности находится не в государстве, а в сферах, однозначно выходящих за пределы его самодостаточности и ограниченности.⁵⁰ Особенно интересно здесь то, что именно эта самодостаточность и ограниченность статической рациональности определяет причину, по которой государство не может быть поставлено во главу угла развития "духа", который, чтобы быть полностью реализованным, должен довести до завершения присущую ему всеобщность. На самом деле предполагаемое "обожествление" государства *Гегелем* является скорее продуктом дискуссии, чем верным зеркальным отражением его мысли.⁵¹ Применительно к его якобы необусловленному статизму, пожалуй, наиболее важной - и горячо обсуждаемой - темой является исторический смысл, который он придавал войне.⁵² Вопреки некоторым интерпретациям, следует уточнить, что война для *Гегеля* никогда не была самоцелью и не ставилась на службу экзистенциальной

⁴⁹ Возможно, иначе обстоят дела в его работах до начала Йенского периода, в которых он рассматривал индивидуальное состояние - трактуемое вполне целостно - сначала как разрешение всех социальных конфликтов, а затем как венчающий момент всего развития "духа". См. Sergio Dellavalle, *Freiheit und Intersubjektivität. Zur historischen Entwicklung von Hegels geschichtsphilosophischen und politischen Auffassungen*, Akademie-Verlag, Berlin, 1998.

⁵⁰ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), в G. W. F. Hegel, *Werke in zwanzig Bänden*, Eva Moldenhauer and Karl Markus Michel eds., Suhrkamp, Frankfurt am Main 1971 et seq., Vol. 7, § 341 et seq., at 503 et seq. (англ. перевод: G. W. F. Hegel, *Philosophy of Right*, перевод by S. W. Dyde, Bell, London 1896); Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* (1830), в: Hegel, *Werke in zwanzig Bänden*, supra note 50, Volume 10, Ludwig Boumann ed. (1845), § 553 и далее, at 366 и далее (английский перевод Уильяма Уоллеса: *Encyclopaedia of the Philosophical Sciences*, Part 3, Clarendon Press, Oxford 1971).

⁵¹ Любопытно, что сторонников теории гегелевского неограниченного статизма мы находим как среди тех, кто приветствовал этот подход, так и среди тех, кто его отвергал (и возлагал на *Гегеля* ответственность за то, что они считали моральной и политической катастрофой). Два влиятельных примера первых см: Friedrich Meinecke, *Weltbürgertum und Nationalstaat*, Oldenbourg, München/Berlin 1922, at 278 et seq.; Erich Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus. Eine Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriff*, Neudruck der Ausgabe, Tübingen, 1911, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1964. Среди тех, кто критиковал *Гегеля* за то, что он якобы поддерживал националистическое и статистическое безумие XIX века, см: Hermann Heller, *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanken in Deutschland*, Teubner, Leipzig/Berlin 1921. Критическую оценку работ *Кауфмана* см: Nathaniel Boyd, Erich Kaufmann et la théorie hégélienne du droit international, Manuscript, 2022.

⁵² Dellavalle, *The Plurality of States and the World Order of Reason*, supra note 48, at 373 et seq. Другую интерпретацию см.: Robert Schütze, 'German Idealism after Kant: Nineteenth Century's Foundations of International Law', в: *Journal of the History of International Law* 1-37 (2022), at 5 et seq.

борьбе между различными политическими сообществами. Более того, он никогда не считал экзистенциальную борьбу между отдельными государствами сущностью истории, которую правильнее было бы трактовать как всеобъемлющий процесс реализации универсальной рациональности - процесс, в котором государства и люди (или *Volksgeist*, "духи народов") просто должны были играть свою роль. Поэтому, хотя *Гегель*, безусловно, был склонен придавать войне позитивный смысл, он всегда утверждал, что этот позитивный смысл должен укладываться в концептуальные рамки, согласно которым она является инструментом - наряду с другими средствами - для полного осуществления универсальной рациональности.

В результате выдвижения основополагающего многослойного и, следовательно, плюралистического понимания порядка *Гегель* смог также преодолеть жесткие дихотомии, характерные для прежней парадигмы. Его политическая философия, действительно, партикуляристская, поскольку признает особое качество каждого отдельного национального государства, и универсалистская одновременно, поскольку утверждает, что высшие проявления рациональности неизбежно выходят за пределы ограниченности множественности государств. С другой стороны, он никогда полностью не отвергал индивидуальных прав, но был убежден, что эти права должны быть вписаны в контекст комплекса общих ценностей.

Для того чтобы выяснить, действительно ли немецкая историческая школа юриспруденции находилась на одной волне с *Гегелем*, осуществляя тем самым попытку выйти за рамки традиционных парадигм порядка, необходимо вновь остановиться на некоторых вопросах: а) Во-первых, поскольку *Гегель* и современные представители исторической школы ссылались друг на друга в своих работах, как они соответственно оценивали теоретические положения, высказанные контрагентом? б) Во-вторых, играла ли intersубъективность какую-то роль в правовой философии немецкой исторической школы юриспруденции? И если в их трудах можно обнаружить некие следы intersубъективного мышления, то является ли их понимание intersубъективности сугубо рациональным понятием, открытым для каждого разумного существа, или же это нечто иное, связанное в большей степени с этнической идентичностью сообщества? в) В-третьих, может ли рациональность в их работах выйти за пределы индивидуального государства, как у *Гегеля*, или они рассматривают статичные институциональные и правовые рамки как последнее слово разума? г) В-четвертых, какое значение и роль приписывается истории в двух различных подходах? д) В-пятых, какую роль играла война в их соответствующих политических и правовых философиях?

а) Итак, сначала послушаем, а лучше почитаем, что говорят друг о друге *Гегель*, с одной стороны, и авторы Исторической Школы, с другой. Однако прежде чем начать, следует понять, что в трудах обеих сторон мы не найдем ничего особенного, что уже можно рассматривать как подсказку о том, что *Гегель* не считал школу столь интересной для своего подхода, а авторы школы - особенно *Савиньи*, который долгое время был коллегой *Гегеля* в Берлине, - были далеки от того, чтобы рассматривать правовую теорию философа из Штутгарта как нечто совместимое с их целями или даже как источник вдохновения. Однако если мы действительно можем выделить некоторые важные и полезные для нашего исследования фрагменты, то взаимная оценка переходит от мягко отрицательной до крайне пренебрежительной. Начать можно с *Гегеля*: в своих "*Основах философии права*" (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*) 1821 года он сделал две прямые ссылки на работу *Гуго* "*Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*" 1799 года⁵³ и одну косвенную ссылку на работу *Савиньи* "*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*" 1814 года.⁵⁴ Кроме того, мы располагаем его ответом, опубликованным в апреле 1821 года, на и резко критическую рецензию *Гуго* на гегелевские "*Grundlinien*".⁵⁵ Все без исключения замечания находятся на грани нелюбезности, если не за этой гранью. В самом начале "*Grundlinien*", говоря о том, что такое позитивное право и каково его отношение к философскому мышлению, он пишет, что

«под "пониманием" *Гуго* подразумевает, видимо, ту форму понимания, которая заключается в приведении в поддержку закона веских оснований. Но логическая процедура простого понимания, о которой говорит *Гуго*, не имеет ничего общего с удовлетворением требований разума и с философской наукой.»⁵⁶

Ответ *Гегеля* на рецензию *Гуго* был еще более откровенным, если не сказать одиозным, в нем утверждалось, что "г-н *Гуго*, несомненно, нигде не проявляет философского образования".⁵⁷ По поводу *Савиньи* и его отказа от проекта новой кодификации *Гегель* заявил, что отрицание возможности

⁵³ Hegel, Grundlinien, выше, примечание 50, § 3 и § 211, в 37 и далее, а также в 363.

⁵⁴ Ibid., § 211, at 363.

⁵⁵ Hegel, Erwiderung auf die Rezension der Rechtsphilosophie durch Gustav Hugo, в Hegel, Grundlinien, supra note 50, at 521 et seqq.

⁶² Там же, стр. 319.

⁵⁶ Hegel, Grundlinien, supra note 50, § 3, at 40 et seq. (на английском языке: § 3).

⁵⁷ Hegel, Erwiderung, выше, примечание 55, at 522.

"постижения мыслью" правовой системы - это "одно из самых тяжелых преступлений, которые можно совершить по отношению к нации".⁵⁸

Со стороны исторической школы картина мало чем отличается. Действительно, кроме уже упомянутой рецензии Гуго, мы можем найти только два конкретных анализа гегелевской мысли в работах авторов, связанных или, по крайней мере, находившихся под влиянием этой школы.⁵⁹ Прежде всего, Фридрих Юлиус Шмаль (*Friedrich Julius Stahl*) посвятил Гегелю большую главу в своей книге "Философия права в исторической перспективе" (*Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*), вышедшей в 1830 году.⁶⁰ Однако его итоговое суждение весьма критично. В частности, он обвинил именитого философа в чрезмерном и недалёковидном рационализме, который сделал его неспособным понять всю сложность и многообразие реальности. В этой связи он интересно добавил, что не следует удивляться тому, что авторы - и здесь он прямо ссылается на Савиньи - которые "серьезно относятся к институтам и фактам... и не занимают себя поиском в институтах и фактах тех [пустых] категорий, ... игнорируются этой [рационалистической] школой".⁶¹ При таких предпосылках вполне закономерно, что при необходимости определить философского вдохновителя интеллектуального проекта, в котором предпочтение отдавалось изучению исторической реальности, а не рационалистической категоризации и абстракции, выбор пал на Шеллинга (*Schelling*): ведь "система Шеллинга была призвана... излечить мир от рационализма".⁶² В свою очередь, вторым автором, в работах которого мы можем обнаружить особое внимание к философии Гегеля - хотя в конечном счете и маргинальное - является Карл Кальтенборн фон Штахау (*Carl Kaltenborn von Stachau*).⁶³ Действительно, Кальтенборн признавал, что "автономия государств сведена к подчиненному моменту ... во всемирной истории".⁶⁴ Тем не менее, этот факт не привел его к гипотезе о каком-либо внутреннем противоречии в рамках гегелевской теории. Напротив, то обстоятельство, что это преодоление суверенитета происходит "впервые во всемирной истории (а не в федерации государств)"⁶⁵ рассматривается как

⁵⁸ Гегель, *Grundlinien*, выше, примечание 50, § 211, в 363.

⁵⁹ Густав Гуго, Рецензия на "Grundlinien" Гегеля, в *Göttingische Gelehrten Anzeigen*, 16 апреля 1821 г., выпуск 61, 601-607.

⁶⁰ Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Vol. I, Mohr, Heidelberg 1830, at 270 et seq.

⁶¹ *Ibid.*, at 301.

⁶² *Ibid.*, at 301.

⁶³ Carl Kaltenborn von Stachau, *Kritik des Völkerrechts nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft*, Mayer, Leipzig 1847, at 149 et seqq.

⁶⁴ *Ibid.*, at 154.

⁶⁵ Там же

подтверждение формально верного, но совершенно одностороннего убеждения - вполне в духе позднейшей общепринятой оценки о гегелевской теории международного права, - что "автономия отдельных государств и их взаимное признание является ... [для *Гегеля*] высшим принципом международного права".⁶⁶ Однако еще более важным в анализе правовой философии *Гегеля* для *Кальтенборна* является фрагмент, в котором он утверждает - совершенно в том же духе, что и *Шталь*, - что *Гегель*, "именно благодаря силе своего метода, связал всю истинную жизнь природы и духа цепями логической необходимости".⁶⁷ Таким образом, представляется, что авторы, впервые принявшие подход немецкой исторической школы юриспруденции, гораздо лучше, чем их преемники, осознавали, что между рационализмом *Гегеля* и историзмом этой школы очень мало общего, если вообще что-то есть.

б) Концептуальная дистанция между *Гегелем* и авторами немецкой исторической школы юриспруденции легко подтверждается, если мы перейдем к более теоретическим вопросам. Что касается понятия интересубъективности, которое было центральным в гегелевской мысли, то вопрос заключается в том, играло ли оно какую-либо роль и во взглядах исторической школы. Опираясь на сказанное выше, можно сказать, что ее представители⁶⁸ понимали общество как сумму взаимодействий, а не как результат абстрактного, хотя и рационального решения, принятого солипсически ориентированными индивидами. В этом смысле они, безусловно, ближе к *Гегелю*, чем, например, к контрактуализму. Тем не менее, есть и принципиальное отличие. Сообщество межсубъектных взаимодействий, с точки зрения авторов исторической школы, - это, по сути, национальное сообщество, так что соответствующие межличностные обмены, составляющие суть интересубъективности в гегелевском понимании, как бы не существуют за пределами национальных границ. Кстати, это ограничение не может рассматриваться как следствие, возможно, чрезмерного территориального расширения взаимодействий, но непосредственно коренится в убеждении, что значимые обмены - т.е. обмены между индивидами, способные создать общую идентичность и общую историю, возможны только в рамках *Volk*. Напротив, *Гегель* ни разу не упоминает о такого рода ограничениях в развитие интересубъективности, что непосредственно вытекает из его предположения о том, что рациональность является универсальной способностью.

⁶⁶ Ibid., at 151.

⁶⁷ Ibid. at 149.

⁶⁸ См.: выше раздел 3.с).

с) Та же антиуниверсалистская направленность исторической школы проявляется и в отношении нормативности институционально-правовых рамок за пределами национальных государств, т.е. той роли, которая отводится международному праву. В этом вопросе позиция авторов школы прямолинейна: поскольку рациональность коренится в Volk,⁶⁹ никакие рациональные институты не могут существовать вне его. Ниже мы увидим, что это привело к резкому отрицанию самой юридической нормативности международного права.⁷⁰ Напротив, позиция *Гегеля* гораздо более нюансирована - и трудна для понимания. Уже подчеркивалось, что, по его мнению, государство не является даже высшей реализацией рациональности или человеческой деятельности⁷¹ в реальном мире, поскольку мировая история идет по этому пути гораздо дальше.⁷² Кроме того, существуют еще духовные компоненты этой деятельности, такие как художественный, религиозный и научный опыт, которые в любом случае находятся в сфере, превышающей все формы "объективного" мира.⁷³ Очевидно, нельзя обойти молчанием тот факт, что *Гегель* так и не воплотил идею надгосударственной рациональности в последовательные институционально-правовые рамки.⁷⁴ Однако это не ставит под сомнение

⁶⁹ См.: выше Глава 3.б).

⁷⁰ См. подробнее главу 5.а).

⁷¹ В лексиконе *Гегеля* "дух" (*Geist*) определяет все измерения конкретной деятельности человека в мире.

⁷² Государство можно считать высшей реализацией "духа" в реальном мире лишь постольку, поскольку мы принимаем во внимание только индивидуальные проявления. Действительно, государство - это некое индивидуальное политическое существо, определяемое своим весьма специфическим суверенитетом, а мировая история - это некая коллективная драма, в которой отсутствует унитарная и идентифицируемая субъективность и которая привносит в мир "объективного духа" вселенскую широту.

⁷³ Попытки - правда, весьма неудовлетворительные - придать рациональности, выходящей за рамки индивидуального государства, правовую и институциональную форму начались уже вскоре после смерти *Гегеля*. См: Johannes Fallati, 'Die Genesis der Völkergesellschaft' (1844), 1 Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 558-608; Adolf Trendelenburg, *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, Hirzel, Leipzig 1868. Однако четко сформулированное коммуникативное понимание международного порядка было впервые сформулировано при совершенно иных эпистемологических предпосылках более чем через полтора столетия после гегелевской интуиции двухуровневой рациональности, включающей как государственную составляющую, так и надгосударственный элемент. См. Dellavalle, *Paradigms of Social Order*, supra note 2, at 424 et seq.

⁷⁴ Причину этого недостатка трудно опреелить. Но наиболее вероятное объяснение состоит в том, что *Гегель* в своих зрелых работах совершил субъективистский поворот, который размыл его представление о бессубъектных решениях во всех областях его мысли. Точнее, единичные государства можно рассматривать как индивиды, а сугубо

тот простой факт, что государство в представлении *Гегеля* - в отличие от авторов исторической школы - отнюдь не является высшей реализацией человеческого разума. Наконец, следует также напомнить, что нормативность международного права в его работах - хотя и обремененная недостатками по сравнению с наиболее амбициозными предложениями, подготовленными до и после него, - далеко не так слаба и даже не отсутствует, как принято считать. В частности, *Гегель* в одной из лекций по *Философии права* прямо утверждал, что посредством международного права государства признают друг друга "как таковые [политические сообщества], с которыми можно жить в мире".⁷⁵ Из этого утверждения можно сделать вывод, что международное право было, по мнению *Гегеля*, не только объектом морального рассмотрения, в отличие от того, что можно предположить по некоторым пассажам его более осторожных текстов - при односторонней интерпретации - и в отличие от того, что прямо заявил один из наиболее значимых авторов его теоретической школы.⁷⁶

d) В соответствии с пониманием истории немецкой исторической школой юриспруденции, *Volksgeist* - это самоцель, не имеющая никакого высшего измерения, поставленного над ней. Напротив, по мнению *Гегеля*, *Volksgeist* всегда является инструментом чего-то высшего, а именно "мирового духа" (*Weltgeist*):

Конкретный дух конкретного народа может погибнуть, но он является звеном в цепи развития мирового духа, а этот универсальный дух погибнуть не может. Дух нации есть, таким образом, универсальный дух в конкретной форме; мировой дух выходит за пределы этой конкретной формы, но он должен принимать ее в той мере, в какой он существует,

индивидуалистическими являются и действия, солипсически совершаемые каждым человеком в контексте "абсолютного духа", т.е. в искусстве, религии и науке. Напротив, международные институты и нормы не могут быть истолкованы как индивидуальный организм, они плюралистичны и интерсубъективны по своей сути. Поэтому, поскольку *Гегель* ограничил диапазон и значение интерсубъективности, все гипотезы, требующие интерсубъективного подхода, - независимо от того, в какой области его мысли - неизбежно отходили на второй план.

⁷⁵ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über Naturrecht und Staatswissenschaft*. Heidelberg 1817/18. Nachgeschrieben von P. Wannenmann, C. Becker et al. eds., in: G. W. F. Hegel, *Vorlesungen. Ausgewählte Nachschriften und Manuskripte*, Vol. 1, Meiner, Hamburg 1983, § 161, at 250 (англ: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Lectures on Natural Right and Political Science*, transl. by J. Michael Steward and Peter C. Hodgson, University of California Press, Berkeley 1995) [перевод автора].

⁷⁶ См. примечание 118.

ибо он приобретает конкретный аспект, как только обретает реальное бытие или существование.⁷⁷

В самом деле, *Weltgeist* превосходит *Volksgeist* в той мере, в какой универсальное превосходит особенное. Более того, по Гегелю, "всемирная история есть прогресс в сознании свободы".⁷⁸ В работах же немецкой исторической школы юриспруденции никакой телеологии свободы или рациональности обнаружить не удастся. Если в ее представлениях об истории и можно выделить нормативный элемент, то это не более чем стремление отдельного *Volk* к выживанию и усилению своего влияния в контексте общего подхода, достаточно статичного и ретроспективного (ориентированного на прошлое).⁷⁹

е) В работах авторов немецкой исторической школы юриспруденции мы не найдем многочисленных упоминаний о значении войны и ее функциях. Наиболее четко выраженной была позиция, выраженная *Кальтенборном* (*Kaltenborn*), который явно "интегрировал ... [войну] в формально непрерывный европейский правовой порядок в качестве средства правовой защиты".⁸⁰ В частности, он облагородил то, что он определил как "юридическое осуществление правового требования посредством физического насилия",⁸¹ не рассматривая его как высший и самый дорогостоящий механизм прогресса свободы в мире, а считая его нормальным развитием любого спора между государствами, в котором ценностями являются лишь партикулярные богатство и власть отдельных наций. Действительно, такой вывод не должен вызывать удивления, если

⁷⁷ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*. Band I: Die Vernunft in der Geschichte, Johannes Hoffmeister ed., Meiner, Hamburg 1994, at 60 (англ: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Lectures on the Philosophy of World History: Введение, Разум в истории*, перевод Н. В. Nisbet, Cambridge University Press, Cambridge 1980, at 53).

⁷⁸ *Ibid.*, at 63 (на английском языке: at 54).

⁷⁹ Это вполне очевидно даже в случае *Фридриха Юлиуса Штала*, который рассматривал Бога как сущность и всего мира, и всего учения, включая судьбы народов и государств, а также юридических и исторических дисциплин, и прямо писал о "прогрессе мировых эпох". См: Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Vol. II, Mohr, Heidelberg 1833, at 18 et seq., 106. Однако его теология права и истории - это не теодицея (частичного) осуществления божественной свободы в материальном мире, как у Гегеля, а поиск метафизической субстанции, на которой, как предполагается, зиждется в значительной степени неподвижный мир.

⁸⁰ Jochen von Bernstorff and Max Mayer, *The Historical School and German 19th Century Contributions to International Legal Thought* (11.05.2022.), доступно на SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4106343>, accessed 1 September 2022, at 21.

⁸¹ Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts*, *supra* note 63, at 311.

принять во внимание концепцию политического сообщества немецкой исторической школы юриспруденции, которая в итоге легла в основу всех более конкретных аспектов их правовой доктрины. Так, например, в одном из показательных отрывков Гуго назвал "лишь отчасти правовое состояние" "союзом одних против всех других".⁸² Хотя в этих словах он ссылался на "младенчество человеческого рода",⁸³ подобная трактовка может быть легко распространена и на мир международных отношений в силу того слабого нормативного качества, которое школа обычно приписывает международному праву. Так, если потенциальное противопоставление считается эндемическим в отношениях между государствами - а это условие предполагается если не нормативно позитивным, то, по крайней мере, неизбежным, - то война неизбежно всегда нависает над судьбой человечества как необходимое средство самоутверждения единственного реального объединения людей в общественном домене, а именно партикулярного политического сообщества.

Таким образом, на основании проведенного анализа мы можем с полным основанием утверждать, что немецкая историческая школа юриспруденции не может быть близка к *Гегелю*, в частности к его попыткам создать новую парадигму порядка. Однако в этот момент перед нами встает дилемма: если немецкая историческая школа юриспруденции не вписывается ни в две доминирующие парадигмы порядка своего времени, но и не занимается созданием новой модели, то где она должна находиться в контексте истории политической и правовой философии?

5. Немецкая историческая школа юриспруденции и ретроспективное возрождение целостно-партикуляристской парадигмы порядка

Чтобы найти решение вопроса, поставленного в конце предыдущего раздела, необходимо иметь в виду, что история развития различных парадигм социального порядка вплоть до начала XIX века не покрывается полностью лишь тремя представленными до сих пор парадигмами - холистическим универсализмом, универсалистским индивидуализмом и коммуникативной парадигмой. Действительно, существовала еще одна

⁸² Hugo, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Vol. II, *supra* note 29, § 100, at 107.

⁸³ Там же.

парадигма, фактически имеющая самую долгую историю, которую мы можем назвать "холистическим партикуляризмом". Согласно этой парадигме, общество может быть "упорядоченным" только в том случае, если оно ограничено в своем распространении, однородно по составу и иерархично по структуре. В результате мир не может рассматриваться как *универсум*, а только как *плюриверсум*, состоящий из множества социальных и политических субъектов, конкурирующих друг с другом, часто прибегая к насильственным методам, чтобы эгоистично собрать достаточно ресурсов для выживания в всегда опасной обстановке.⁸⁴ Вариант в пользу партикуляризма раскрывает убежденность в том, что между отдельными государствами не может быть достигнут последовательный и мирный порядок, а только очень ненадежное сдерживание беспорядка. Фундаментальные постулаты партикуляризма, характеризующие эту парадигму, были заложены уже давно, еще в Древней Греции,⁸⁵ и не претерпели существенных изменений в последующие века. Действительно, незамысловатая идея о том, что призыв к космополитизму — это не более, чем фантазия для глупцов, до сих пор - с ее непосредственной привлекательностью - является важнейшим элементом всех современных вариантов холистического партикуляризма.⁸⁶

Однако если перенести внимание с вопроса о экстенциональном смысле порядка на его онтологические основания, то вопрос оказывается далеко не таким решенным. Действительно, с момента своего основания и до наших дней холистически-партикуляристская парадигма прошла через различные обоснования того, почему и на каком основании ограниченное сообщество следует рассматривать как гомогенное. Если оставить в стороне обсуждение всех этих вариаций, то в контексте настоящего анализа интересно сосредоточиться на том, как обстояли дела в начале XIX века, т.е. в период становления немецкой исторической школы юриспруденции. Из сказанного уже следовало, что холистический партикуляризм не входил в число господствующих парадигм в конце XVIII-го века, что позволяет сделать вывод о его глубоком кризисе. Действительно, среди наиболее

⁸⁴ Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (1932), в: Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Duncker & Humblot, Berlin 1963, 20-78 (англ. Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, transl. by George Schwab, The University of Chicago Press, Chicago/London 2007, 1st ed. 1996).

⁸⁵ Thucydides, *The Peloponnesian War*, in: *Hobbes's Thucydides*, Richard Schlatter ed., Rutgers University Press, New Brunswick (NJ) 1975, Book V, Chapter 84 et seq., at 377 et seq.

⁸⁶ См: Sergio Dellavalle, "The Necessity of International Law Against the A-normativity of Neo-Conservative Thought", in: Russell Miller, Rebecca Bratspies (eds.), *Progress in International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2008, 95-118.

значительных политических мыслителей с середины XVI-го века мы практически не находим выразителей этой модели порядка, последним из которых был *Жан Боден*.⁸⁷ После этого ее сторонники, такие как *Роберт Филмер* (*Robert Filmer*),⁸⁸ выглядели безнадежно устаревшими и не соответствующими новой реальности.

Причиной упадка стала именно утрата надежного обоснования внутренней сплоченности холистического сообщества. Долгое время сторонники холистического партикуляризма опирались на фамилистическое понимание социально-политического сообщества, согласно которому оно представляет собой не что иное, как расширенную семью, поэтому солидарность между ее членами должна быть ожидаемой, как это обычно происходит в рамках семейных уз.⁸⁹ Теория, вначале созданная для обоснования горизонтальной солидарности свободных и равных людей, являющихся гражданами *optimo jure* древнегреческого полиса, впоследствии стала все более и более увязываться с обоснованием вертикального подчинения индивидов, рассматриваемых теперь как послушные и пассивные подданные, абсолютистскому монарху, который должен был рассматриваться как *pater familias* всего полиса. Очевидно, что этот сдвиг сделал теорию более уязвимой: когда абсолютизм был отброшен и оставлен на полках истории, холистический партикуляризм оказался без онтологического основания и остро нуждался в некотором интеллектуальном возрождении.

Автором, выполнившим задачу восстановления старой парадигмы на новой и весьма успешной основе, стал *Адам Мюллер* (*Adam Müller*).⁹⁰ В частности, он дал беспрецедентное обоснование социально-политической сплоченности целостного сообщества, а именно принадлежности к *нации*. По мнению *Мюллера*, верность национальному сообществу, формирующему жизнь всех его членов, основана на том почти естественном факте, что они разделяют некоторые нерелективные характеристики, такие как "обычаи, язык, характер, искусство, культура, национальная физиономия".⁹¹ Чувство принадлежности, создаваемое концепцией нации, почти так же сильно, как и чувство принадлежности,

⁸⁷ Jean Bodin, *Six livres de la république*, Imprimerie de Jean de Tournes, Lyon 1579, 1st ed. 1576 (англ: Jean Bodin, *Six Books of the Commonwealth*, transl.by M.J. Tooley, Blackwell, Oxford 1955).

⁸⁸ Robert Filmer, *Patriarcha, Or the Natural Power of Kings*, Richard Chiswell, London 1680.

⁸⁹ Аристотель, *Политика*, английский перевод Х. Рэкхема, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1959, Книга I, Глава 2, 1252b и далее, at 6 и далее.

⁹⁰ Adam H. Müller, *Die Elemente der Staatskunst* (1809), Fischer, Jena 1922.

⁹¹ Там же, книга I, глава 1, 3.

основанное на семье - фактически, нация также может рассматриваться как семья семей, или как значительно расширенное родство - но охват сообщества гораздо шире, а ресурсы, которые могут быть собраны через обращение к национальной идентичности, гораздо более актуальны, чем во всех предыдущих основах холизма. До конца XVIII-го века "нация" была довольно маргинальным понятием. Точнее, определение *natio* применялось ко всем социальным общностям, которые были лишь "естественными",⁹² поэтому слишком примитивны, чтобы достичь стадии *political populi*. Смысл, придаваемый этому слову, изменился после Французской революции, которая придала *нации* политический оттенок, причем явно прогрессивный: *нация стала* социально-политической общностью всех тех, кто был привержен судьбе новой республики. *Мюллер* воспринял политическое измерение этого понятия, но адаптировал его к совершенно иной политической повестке дня, а именно к немецкому проекту реакционной реставрации в противовес французскому и вообще западному Просвещению. Для этого ему необходимо было преодолеть субъективистскую и волюнтаристскую направленность западной идеи нации, наполнив это понятие более существенным и объективным содержанием. Именно в этот момент на помощь пришла философия раннего немецкого романтизма, прежде всего идея *Иоганна Готфрида Гердера* (*Johann Gottfried Herder*) о *Народе* (*Volk*).⁹³ По *Гердеру*, каждый "народ" обладает своей самобытной идентичностью, несопоставимой с идентичностью любой другой социальной общности.⁹⁴ Отсюда вытекает именно тот отказ от универсализма, который был необходим *Мюллеру* для возрождения целостного партикуляризма.⁹⁵ Кроме того, чувство дорефлексивной принадлежности усиливается, по мнению *Гердера*, специфическим пониманием языка, который рассматривается не как логический инструмент потенциально универсальной коммуникации между разумными существами, а как средство коренной (вернакулярной) идентификации. Таким образом, большая заслуга *Мюллера* состояла в том, что он объединил идею нации с понятием *Volk*, создав тем самым мощный

⁹² В действительности, *natio* имеет тот же лингвистический корень, что и *natura*.

⁹³ Johann Gottfried Herder, *Abhandlung über den Ursprung der Sprache*, Christian Friedrich Voß, Berlin 1772, (англ: Johann Gottfried Herder, "Treatise on the Origin of Language", in: Johann Gottfried Herder, *Philosophical Writings*, ed. by Michael N. Forster, CUP, Cambridge/New York 2004, 1st ed. 2002, 65-164).

⁹⁴ Об историзме Гердера см: Beiser, *The German Historicist Tradition*, supra note 14, at 98 et seqq.

⁹⁵ "Утверждается, что сходство между языками земли так же мало похоже на сходство между [физическими] формами [различных] человеческих рас". (Herder, *Abhandlung über den Ursprung der Sprache*, выше, прим. 93, at 193; на английском языке: at 150).

инструмент консервативной и реакционной идеологии. Противопоставленная либеральному проекту нации граждан, она оказалась способной глубоко сформировать целостно-партикуляристскую концепцию социально-политической общности с тех пор и до наших дней.

Вопрос теперь заключается в том, какое отношение имела немецкая историческая школа юриспруденции к националистическому этапу развития холистическо-партикуляристской парадигмы порядка. Иными словами, переносили ли ее представители ее фундаментальные положения в область теории права, способствуя тем самым возрождению старой парадигмы и утверждению нового подхода в сфере своей компетенции? Что касается прямых ссылок на *Адама Мюллера*, то мы имеем краткий анализ работ *Мюллера*, сделанный *Шталем* во втором томе его "*Философии права в исторической перспективе*" в 1833 году.⁹⁶ Хотя его оценка не отличается особым энтузиазмом,⁹⁷ *Шталь* признает, что *Мюллер* справедливо критиковал рационалистическую и неисторическую договорную теорию, указывая при этом верный путь к новому основанию политического сообщества, а именно поворот к виталистическому взгляду на государство как на живой организм. Однако для поиска ответа на поставленный выше вопрос важно не столько то, как авторы исторической школы - точнее, только один из них - отреагировали на новаторское видение *Мюллера*, сколько то, как они отразили в своих работах два концептуальных столпа старейшей из всех парадигм порядка - холизм (а) и партикуляризм (б).

а) Начиная с первого из них, не вызывает сомнений тот факт, что "историческая школа представляет собой методологический холизм".⁹⁸ Ее целостное видение выражается в трех элементах: критике теорий общественного договора,⁹⁹ идея *Volk/Nation* и интерпретация языка. Что касается контрактуализма, то он не только однозначно отвергается *Шталем* в его комментарии к политической философии *Мюллера*, но также *Гуго*¹⁰⁰ и *Савиньи*,¹⁰¹ которые обвиняют его в нереальности и в том, что он, по сути, игнорирует развитие истории и возникновение фактических

⁹⁶ Stahl, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, supra note 79, at 6 et seqq.

⁹⁷ В частности, *Шталь* обвиняет работу *Мюллера* в том, что она слишком абстрактна, а также в том, что с философской точки зрения не обладает должной оригинальностью.

⁹⁸ Beiser, *The German Historicist Tradition*, выше, примечание 14, at 244.

⁹⁹ Там же, стр. 251.

¹⁰⁰ Hugo, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Vol. II, supra note 29, § 319, at 362 et seq.

¹⁰¹ Savigny, *Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, выше, примечание 16, at 8 et seqq.

политических сообществ. Переходя ко второму пункту, а именно к определению понятий *Volk*¹⁰² и нации в работах Исторической Школы, необходимо подчеркнуть, что большинство авторов, по-видимому, не вполне осознавали концептуальную разницу между этими двумя терминами, первый из которых имеет почти исключительно этническую основу, а второй объединяет этничность с политической привлекательностью, и поэтому, как правило, использовали их довольно безразлично. Точнее говоря, говоря о нации, они не имели в виду "нацию граждан", как в американской и французской конституционной традиции, и не придавали этническому сообществу тот драчливый политический привкус, который характерен для работ *Мюллера* и позднего консервативного национализма.¹⁰³ Скорее, авторы школы нивелировали политический масштаб понятия "нация" - независимо от того, стоял ли этот масштаб на службе прогрессивной или реакционной программы, - сведя его к квазиприродному измерению *Volk*.

После того, как было сказано, что *Volk* и *Nation* в значительной степени имеют одинаковое значение и что первый термин используется гораздо чаще второго, важно отметить, что характеристика *Volk* - и, по крайней мере, косвенно, *Nation* тоже - в значительной степени однородна во всех работах школы. Во всех ее вариантах холистический элемент, т.е. предположение о том, что социальное целое есть нечто большее, чем просто сумма его частей, неоспоримо находится в центре ее определения. Приведем несколько примеров: *Савиньи* утверждал, что *Volk* - это сообщество, обладающее "тем же чувством внутренней необходимости, которое исключает всякую мысль о случайном и произвольном происхождении".¹⁰⁴ Более того, он характеризуется как живой организм, как "целое, находящееся в процессе непрерывного изменения и развития".¹⁰⁵ В том же ключе *Шталь* утверждал, что *Volk* "проистекает не из рефлексивного объединительного акта, а из изначального физического и духовного единства".¹⁰⁶ Наконец, *Пухта* подтверждает эту точку зрения, утверждая, что "народ (*Volk*) ... является естественным целым, в том

¹⁰² О значении понятия "*Volk*" в немецкой исторической школе юриспруденции и, в частности, у *Савиньи* см: Schütze, 'German Idealism after Kant', выше, примечание 52, at 12 et seq.

¹⁰³ На самом деле использование понятия "нация" во вполне этническом смысле по крайней мере одним из авторов исторической школы предшествует призыву *Мюллера* к переосмыслению этого понятия, в котором к этнической основе добавляется политическая программа. См: Hugo, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, примечание 32, § 33, at 17.

¹⁰⁴ Savigny, *Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, выше, примечание 16, at 8.

¹⁰⁵ Savigny, "Über den Zweck dieser Zeitschrift", выше, примечание 21, at 4.

¹⁰⁶ Stahl, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, supra note 79, at 12.

смысле, что он основан на физическом и духовном родстве, а также на близости способностей и убеждений".¹⁰⁷ Представление исторической школы о *Volk* как о социальной общности, характеризующейся весьма специфической идентичностью, имеет явные корни в социальной философии романтизма, особенно в ее немецком органицистском варианте.¹⁰⁸ Однако в то же время его уподобляли так называемому "генеральному чувству нации", которое было разработано писателем, которым "очень восхищался", в частности, *Савиньи*, а именно *Монтескье*.¹⁰⁹ Несмотря на некоторые несомненные параллели, различия все же весьма существенны. Действительно, по мнению *Монтескье*, "общий дух нации" определяется внешними факторами - климатом, местностью, законами, правительством, традициями, обычаями, образом жизни, - так что, казалось бы, любой человек, подвергаясь тем же влияниям и независимо от своего происхождения, должен принять эту специфическую идентичность.¹¹⁰ Однако не так понимается *Volk* в работах немецкой исторической школы юриспруденции. Действительно, согласно этой школе, социальная общность имеет такое же отношение к своим членам, как живое тело к своим органам, так что каждый индивид по сути является частью органического целого и не может быть идентичен без него, и в то же время ни один иностранец не может стать полноценным компонентом социальной структуры.

Понимание языка Исторической Школой - третий элемент, говорящий в пользу целостного характера ее социальной философии.¹¹¹ Уже *Гюго* отмечал, что "человеческий интеллект дискурсивен".¹¹² Иными словами, рациональность по сути своей выражается в языке. *Савиньи* же дополнил мысль *Гюго* упоминанием о праве, поскольку "право, как и язык, живет в

¹⁰⁷ Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Part I, supra note 44, at 137. *Пухта*, однако, ввел интересное различие между "народом" и "государством". Согласно его трактовке, народ "не может возникнуть в результате свободного решения и воли" (там же, с. 134). С другой стороны, государства действительно являются продуктом человеческой воли. Однако в основе государства должно лежать единство нации (*Nation*). Следовательно, ни одно стабильное государство, - утверждал *Пухта*, - не может быть создано из множества различных наций (там же, с.135).

¹⁰⁸ Beiser, *The German Historicist Tradition*, выше, примечание 14, at 222.

¹⁰⁹ Там же, стр. 250.

¹¹⁰ Charles de Secondat de Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1758), 1st ed. 1748, Gallimard, Paris 1995, Livre XIX, Chapitre IV et seq. (англ: *The Spirit of the Laws*, перевод Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller and Harold Samuel Stone, CUP, Cambridge/New York 1989).

¹¹¹ Beiser, *The German Historicist Tradition*, выше, примечание 14, at 238.

¹¹² Hugo, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Vol. II, выше, примечание 29, § 79, at 91.

самосознании народа".¹¹³ По сути, если язык является частью специфики *народа*, а человеческий разум обретает свою фундаментальную форму в обыденном языке, т.е. не в абстрактных формулах, то сама рациональность зависит от духа отдельного народа. С учетом этих предпосылок мы имеем столько форм рациональности, сколько различных *народов*. То же самое можно сказать и о праве: если право - это язык, а язык коренится в народе, то каждый *народ* неизбежно имеет свою особенную (*incommensurable*) правовую систему. Глубинную взаимосвязь права, языка и народа в общем контексте истории *Савиньи* охарактеризовал следующими словами:

Эта органическая связь правовой системы с сущностью и характером народа также сохраняет свою силу во времени. И в этом отношении ее можно сравнить с языком. ... Правовая система, таким образом, развивается вместе с народом, вместе с ним обретает свою форму и, наконец, умирает по мере того, как народ утрачивает свою идентичность.¹¹⁴

Поскольку *Савиньи* всегда утверждал, что язык заложен в *Volk* как живом организме и поэтому сам является одушевленным, неудивительно, что он решительно выступал против любой жесткой кодификации. По его мнению, кристаллизация живого развития правовой системы превратила бы ее в мертвое тело абстрактных формулировок, которые практически неизменны, поскольку предполагаются абсолютно рациональными.¹¹⁵

б) Партикуляристское содержание понятия правовой системы, разработанного немецкой исторической школой юриспруденции, отчетливо проявляется, если рассмотреть ее достаточно критический подход к нормативности международного права. Уже в работах *Гюго* можно обнаружить существенный скептицизм. В частности, он утверждал, что космополитическое государство (*Universalstaat*) принесет больше проблем, чем решений: даже если его можно рассматривать как постулат разума, то в данной ситуации его идея не может принести никакой пользы.¹¹⁶ В результате, - заключил *Гюго*, - международное право не является правом в подлинном смысле этого слова, поскольку "вне государства невозможна никакая форма правовой системы".¹¹⁷ Эту же концепцию впоследствии

¹¹³ Savigny, *Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, выше, примечание 16, at 9.

¹¹⁴ Там же, на 11.

¹¹⁵ Schütze, 'German Idealism after Kant', выше, примечание 52, at 10 et seqq.

¹¹⁶ Hugo, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Vol. II, выше, примечание 29, § 101, at 107 et seqq.

¹¹⁷ Там же, § 340, на 403.

подхватил и сделал еще более откровенной и бескомпромиссной Пухта. По его мнению, система правил, чтобы заслужить название "право", должна включать в себя если не гарантию, то хотя бы высокую вероятность реализации. Если говорить более конкретно, то для перехода от провозглашенного на бумаге к социальной реальности ей необходим авторитет публичной власти - точнее, государства. Таким образом, "международное право" является недействительным понятием по той простой и самой радикальной причине, что оно не может считаться правом в той мере, в какой не наделено властью, способной его реализовать. Последовательно Пухта утверждал, что мы должны полностью отказаться от понятия "международное право" (*Völkerrecht*) и вместо этого просто обозначить эту систему абстрактных и в значительной степени неприменимых норм термином "мораль народов или государств" (*Völker- or Staatenmoral*).¹¹⁸

6. Сомнительное наследие

Восприняв оба столпа древнейшей из парадигм социального порядка, немецкая школа юриспруденции с полным правом должна рассматриваться как часть интеллектуального движения, призванного возродить целостный партикуляризм после почти двухвекового упадка. В рамках этого движения школа взяла на себя задачу адаптации правовой теории к концептуальным требованиям нового варианта парадигмы, в частности, подчеркивая национальную укорененность всех правовых систем. В этом смысле авторы, сформировавшие историческую школу, были одновременно и новаторами, и жёстко ориентированными на прошлое мыслителями, практически не интересовавшимися либерально-демократической повесткой дня (проблематикой). По сути, они были ориентированы на прошлое, поскольку поддерживали такое понимание общества, которое не только уходило на тысячелетия назад, но и игнорировало все самые передовые предложения в области защиты мира и всеобщих прав, разработанные за два столетия до этого. То, что эти предложения остались в основном на бумаге, не лишает их смысла, поскольку именно им было суждено заложить фундамент, на котором базировались достижения XX-го века. Но, с другой стороны, авторы исторической школы были и новаторами, поскольку ввели ряд новых понятий - всегда в ограниченных рамках целостно-партикуляристской парадигмы - и подготовили почву для многих аспектов правопонимания в XIX-ом веке и в

¹¹⁸ Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Part I, выше, примечание 44, at 141 et seqq.

последующие годы. Однако каковы были результаты этого влияния? Какой вклад они внесли в формирование прогрессивной идеи правовой системы, согласно которой право мыслится как служение решению общемировых проблем, а не только укреплению солипсических социально-политических общностей? Чтобы ответить на эти вопросы, остановимся на трех темах, в которых школа могла показать путь прогрессивного развития: а) концепция обычного права; б) поддержка самоопределения народов; и в) *Lex mercatoria*.

а) Центральное значение обычного права в правовой теории немецкой исторической школы юриспруденции не вызывает сомнений. В самом деле, по словам *Савиньи*: "всё право возникает таким способом, которому господствующее, хотя и не вполне подходящее, словоупотребление обозначает как обычное право".¹¹⁹ Однако обычное право может иметь два совершенно разных значения. С одной стороны, оно может означать неписанные нормы, укорененные во всеобщей рациональности, так что консенсус наций, через который оно выражается, в конечном счете определяется тем, что все нации разделяют одни и те же основные постулаты естественного разума. Такое понимание, заложенное в основополагающих работах, ознаменовавших зарю современного *jus gentium*,¹²⁰ строго связано с теорией естественного права и представляет собой одну из основных опор целостно-универсалистской парадигмы правопорядка. Кроме того, оно является важным ориентиром доктрины *jus cogens*.¹²¹ С другой стороны, обычное право может быть использовано и для обозначения системы норм, которая по своей сути является партикуляристской и неререфлексивной.¹²² В самом деле, согласно такому пониманию, любая правовая система является партикулярной, поскольку предполагается, что она порождена соответствующей спецификой данного отдельного *Volk*. Более того, она неизбежно иререфлексивна, поскольку предполагается, что нормы являются результатом традиции и истории, а не разума, независимо от того, рассматривается ли разум как нечто естественное или абстрактное. Не может быть и речи о том, какой стороне отдавали предпочтение авторы исторической школы: в той мере, в какой они обращались к теме обычного права, оно всегда исходило из *opinio juris* того или иного

¹¹⁹ Savigny, *Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, выше, сноска 16, at 13 et seqq.

¹²⁰ Francisco Suárez, *De legibus, ac Deo legislatore* (1612), в: Francisco Suárez, *Selections from three Works*, Clarendon Press, Oxford 1944, 1-646; Alberico Gentili, *De Jure Belli Libri Tres* (1589), Typographeo Clarendoniano, Oxonii (Oxford) 1877 (на английском языке: перевод John C. Rolfe, Clarendon Press, Oxford 1933); Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (1625) (на английском языке: Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, Richard Tuck ed., Liberty Fund, Indianapolis 2005); Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, *supra* note 6.

¹²¹ Stefan Kadelbach, 'Genesis, Function and Identification of Jus Cogens Norms', 46 *Netherlands Yearbook of International Law* (2015) 147-172.

¹²² Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Part I, *supra* note 44, at 123 et seqq.

народа,¹²³ а не из универсальной рациональности. Тем самым они однозначно закрыли дверь для любого возможного использования понятия обычного права в космополитических целях. На этом фоне вполне закономерно, что, поскольку система обычного права стала включать в себя не только одну нацию, это включение неизбежно носило весьма избирательный характер, поскольку касалось только так называемых "цивилизованных наций" ("civilized nations").¹²⁴ Поэтому теория международного обычного права, разработанная по следам исторической школы, в частности Кальтенборном, а также Августом Вильгельмом Хеффтнером (August Wilhelm Heffner)¹²⁵ и Иоганном Каспаром Блунчли (Johann Caspar Bluntschli),¹²⁶ следует рассматривать как расширение партикуляризма, а не как уступку универсализму. Иначе говоря, если основополагающие концепции немецкой исторической школы позволяют создать теорию международного права, то она основывается не на принципах, разумно разделяемых всем человечеством, а на конвергентных традициях, разделяемых народами, которые взаимосвязаны исторически, культурно и этнически. В результате авторы, поддерживающие универсалистскую идею международного права, как ни странно, избегали ссылок на историческую школу; когда упоминание мыслителей прошлого, обладавших большой интеллектуальной силой, считалось полезным для их аргументации, они решили обратиться к создателям раннего *jus gentium*.¹²⁷

b) Тот факт, что доктрина немецкой исторической школы юриспруденции отличает народ от государства, позволяет предположить, что она может быть использована для обоснования принципа самоопределения. Однако, несмотря на то, что в этом предположении есть доля истины, основные концептуальные положения школы неизбежно приводят к такому самоопределению, которое связано с этнической принадлежностью и имеет очень мало общего с демократическими и делиберативными процессами. Такое понимание самоопределения как укорененного в нерелексивной уникальности, возможно, действительно имело заметный политический и интеллектуальный успех в последние десятилетия благодаря возрождению национализма¹²⁸ и теории

¹²³ Schütze, 'German Idealism after Kant', *supra* note 52, at 13.

¹²⁴ *Ibid.*, at 15 et seq.; Bernstorff and Mayer, *The Historical School and German 19th Century Contributions to International Legal Thought*, *supra* note 80, at.

¹²⁵ August Wilhelm Heffner, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, Schroeder, Berlin 1844.

¹²⁶ Johann Caspar Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 2nd ed., Beck, Nördlingen 1872, первая публикация 1869.

¹²⁷ Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Wien/Berlin 1926; Christian Tomus-chat, 'International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century', in: *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 281, Nijhoff, The Hague 1999.

¹²⁸ Anthony D. Smith, *The Ethnic Origins of Nations*, Blackwell, Oxford 1986.

"столкновения цивилизаций".¹²⁹ Однако есть все основания полагать, что эти события мало способствовали созданию более мирного и справедливого мира.

с) Разъединение государства и общества можно рассматривать и как подготовительный шаг к созданию весьма амбициозной идеи *Lex mercatoria*, как она утвердилась в конце XX-го века.¹³⁰ Помимо вопроса о том, насколько убедительна сама эта идея, совершенно очевидно, что ее теоретические предпосылки следует искать скорее в теории систем и экономическом либерализме, чем в том представлении о правовой системе, которое было выработано школой.¹³¹ В самом деле, поскольку современный *Lex mercatoria* однозначно выступает против любого вида границ, налагаемых на экологические сделки публичной властью отдельных государств, его концептуальное обоснование не может быть связано с теорией, наиболее значимый вклад которой состоял в подчеркивании уникальности правовых традиций, закрепленных в отдельных социальных и политических сообществах.

Подводя итог, можно сказать, что даже если влияние немецкой школы юриспруденции было, бесспорно, впечатляющим, мы вправе задаться вопросом, какие политико-правовые проекты это влияние должно было поддерживать. С этой точки зрения следует признать, что все начинания Исторической школы были направлены на формирование представления о социальном, политическом и правовом сообществе, в центре которого находилась якобы уникальная этническая идентичность отдельного *Volk*. Такой подход, возможно, был исторически сильным, так что у исследователей истории права есть все основания отдать школе то выдающееся место, которое она заслуживает в этой области. Однако если мы хотим найти вдохновение для теории права, которая была бы инклюзивной и открытой новым идеям, либеральной и демократической, уважала бы конституционную идентичность отдельного государства, но при этом стремилась бы к поиску космополитических решений общемировых проблем, нам стоит обратиться к другим источникам.

¹²⁹ Samuel P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon & Schuster, New York 1996.

¹³⁰ Gunther Teubner, "'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society", in: Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot 1997, 3–28.

¹³¹ Armin von Bogdandy and Sergio Dellavalle, 'The Lex Mercatoria of Systems Theory: Localisation, Reconstruction and Criticism from a Public Law Perspective', 4 *Transnational Legal Theory* (2013) 59-82.