

КОНЦЕПЦИЯ «КРОТКОГО ПРАВА» РУДОЛЬФА ШТАММЛЕРА

ШАВЕКО Николай Александрович,

аспирант кафедры теории государства и права и политологии юридического факультета
Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова (МГУ).

E-mail: nickolai_91@inbox.ru; сот. тел.: 8(916)745-61-62

Краткая аннотация: в статье рассматривается концепция «кроткого» права известного немецкого теоретика права Рудольфа Штаммлера. Законодатель в процессе правотворчества, а судья и другие лица в процессе правоприменения должны руководствоваться принципами справедливого права. Поскольку законодатель не может предусмотреть все обстоятельства, при которых будет применяться закон, он может предоставить правоприменителю полномочия по самостоятельному поиску справедливого правила поведения для конкретной ситуации. Это проявляется в «каучуковых нормах права», умышленных пробелах в праве, амнистии, помиловании и других феноменах.

The article discusses the concept of «gentle» law of the famous German legal theorist Rudolf Stammler. The legislator in the process of law-making, and the judge and others in the enforcement process should be guided by the principles of just law. Since the legislator can not foresee all the circumstances in which the law is applied, it can give the law enforcers the power to independent search for equitable rules of conduct for a particular situation. This is manifested in the «rubber rule of law», «intentional gaps in the law», amnesty, pardon, and other phenomena.

Ключевые слова: справедливое право; судебское усмотрение; право и нравственность; Рудольф Штаммлер. Just law; judicial discretion; law and morality; Rudolf Stammler.

Рудольф Штаммлер (1856-1938) – выдающийся немецкий юрист, философ, представитель Марбургского неокантианства, основоположник теории «возрожденного естественного права», известный, прежде всего, своим оригинальным учением о социальном (правовом) идеале и соответствующем ему «правильном праве».

Правовой идеал Штаммлер мыслил как формальный критерий правильности, априорную регулятивную идею справедливости. Ей он называл «общество свободно хотящих людей». Право, соответствующее данной формуле, определялось Штаммлером как правильное.

Названный критерий, по мысли ученого, приложим ни к чему иному, как к внешним правилам поведения (прежде всего, к закону). В этом, как нам представляется, правовое учение Штаммлера выгодно отличается от идей многих других представителей «возрожденного естественного права» (А. Кауфман, А. Ауэр, Э. Фехнер, В. Майхофер и др.), которые вырабатывали критерии оценки, применимые не столько к системе действующего законодательства, сколько к индивидуальным ситуациям при вынесении судебно-административных решений (правоприменительных актов), либо вообще – к любым ситуациям принятия решения о внешнем поведении¹. Такая позиция вызывала трудности объективного разграничения справедливости и произвола; Штаммлер же ясно высказывает мысль о том, что «согласное с природой право должно служить целью для

законодателя; само же по себе оно не может служить нормой для судьи и для административных властей»², иными словами, естественное право «имеет в виду исключительно законодателя, к которому и обращается»³.

В последующих трудах Штаммлер признает, что в попытке предвидеть то, какие нормы будут правильными для будущих отношений, «законодатель не может учесть всех возможностей. Жизнь слишком сложна для этого». Поэтому законодатель «дает указание сторонам, судебным представителям и судьям, что в будущих спорах они вправе самостоятельно искать то, что при данных обстоятельствах будет принципиально правильным»⁴. По мнению Штаммлера, формальная определенность (буква) закона является его неотъемлемым и неизбежным признаком, однако зачастую лишь мешает его действительной правильности (духу). Не случайно римские юристы говорили: plurimae leges, pessima civitas (в худшем из государств больше всего законов)⁵. Таким образом, требование справедливости обращено в первую очередь к законодателю, однако поиск «правильного» в конкретной ситуации поведения осуществляют также судьи при отправлении правосудия и другие субъекты права, если законодатель предусмотрел для них такую возможность⁶.

² Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. Т. 1 СПб., 1907. С. 181.

³ Там же. С. 184.

⁴ Stammler R. The idea of justice. // University of Pennsylvania Law Review. Vol. 71. May, 1923. No. 4. P. 306.

⁵ Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 261 и ранее.

⁶ Аналогичная идея относительно судей присутствует и в «Метафизике нравов» Канта. См.: Кант И. Метафизика нравов // Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика чистого разума. Метафизика нравов. СПб., 2007. С. 289. По нашему мнению, воз-

¹ О взглядах названных мыслителей см., напр.: Четвернин В.А. Современные концепции естественного права. М., 1988. С. 42, 44, 71-85; История политических и правовых учений: Учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2001. С. 701-702.

Штаммлер подчеркивает, что в задачи судьи при разрешении конкретного дела входит правильное применение закона, но если сам закон не отвечает критериям правильности, судья не имеет права перешагнуть чрез него; судья должен проявлять усмотрение только в тех рамках, которые отведены ему законом¹.

Под возможностью усмотрения с целью поиска правильного права Штаммлер понимает, в первую очередь, наличие в действующем законодательстве так называемых «каучуковых норм», формулирующих правила поведения посредством использования таких выражений, как добросовестность, уважительная причина, разумность, справедливость, целесообразность, общественная нравственность, злоупотребление правом и т.п.² Все эти выражения, по мнению Штаммлера, апеллируют ни к чему иному, как к понятию правильного права, позволяя находить последнее с помощью единого формального метода не законодателю, а правоприменителю, более приближенному к конкретным жизненным ситуациям, и имеющему, поэтому, потенциально лучшие условия для этого. Соответствующие нормы права образуют *действующее, но технически не выраженное*, своего рода *кроткое (gelindes) право*³. В различных отраслях эти нормы права имеют различное значение, но в любом случае именно законодатель определяет сферу их применения. Одним из способов выражения кроткого права Штаммлер называет также *молчание*, подразумевая под ним умышленно допущенные законодателем пробелы в праве. Указанные пробелы должны восполняться в соответствии с принципами правильного права⁴.

При реализации «кроткого права» следует учитывать способность и навык субъектов права производить правильный выбор между взаимно спорящими стремлениями, наличие доброй воли к справедливому решению «и ту помощь, которую следует ожидать в этом отношении со стороны нравственного учения»⁵. Однако сами по себе вы-

ражения наподобие «добрых нравов» не способны дать нам критерий справедливости (правильного права), они лишь указывают на его необходимость. Таким образом, феномен «кроткого права» подразумевает наличие объективной меры, на основании которой судья либо иной правоприменитель должен принять правильное решение. Поэтому Штаммлер ставит вопрос: к какой инстанции следует обращаться для решения данного вопроса?

Говорят, - рассуждает мыслитель, - что правильным является тот поступок, который совершил бы добрый, честный и порядочный человек, но в этом случае сразу же возникает вопрос о критериях названных нравственных качеств. Между тем, вопрос «что сделал бы человек, думающий правильно?» равнозначен вопросу «что есть правильное деяние?»: проблема, таким образом, остается нерешенной⁶.

Помимо этого Штаммлер полагает неправильным искать объективный критерий справедливости в сложившихся моральных устоях, так как в противном случае справедливым могло бы быть признано любое беззаконие, устоявшееся во времени. Поскольку, как отмечал еще Сократ, именно популярность должна основываться на правильности, но не наоборот, неверным было бы, согласно Штаммлеру, решать вопрос о социальном идеале путем выяснения общественного мнения⁷. По мнению ученого, ориентация на мнение большинства при оценке законов равнозначна такой же ориентации при определении причин болезней, природы комет и т.п., что явно абсурдно⁸.

В качестве критерия справедливости Штаммлер обоснованно отвергает также любое субъективное нравственное («естественно-правовое» и т.п.) чувство судьи или иного правоприменительного органа. По мнению ученого, тот, кто желает вывести это чувство из свойственных человеческому духу основ, должен признать, что и судебские ошибки происходят оттуда же. Ребенок не обладает никаким чувством права; постепенное же становление этого чувства может идти правильным или неправильным путем, то есть оно исторически случайно. Таким образом, идея справедливости не может быть обусловлена психологически, в противном случае она окажется неясной, бездоказательной, мистифицированной⁹.

возможность процедуры медиации и заключения мирового соглашения, предусмотренные действующим российским законодательством, представляют собой примеры, когда поиск правильного права возлагается на сами стороны конфликта, а не на судей.

¹ Stammer R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 313.

² Штаммлер отмечает, что аналогичные выражения были известны еще римскому праву, однако теперь они используются не хаотично, а систематизировано. См. примеры: Stammer R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 40. В этом подходе, по мнению ученого, заключается непреходящее значение классических римских юристов, которые всегда знали, что строгое следование закону может вступить в противоречие с основной идеей права. Ibid. S. 165.

³ Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоведения. М., 1908. С. 103-104.

⁴ Stammer R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 271-275.

⁵ Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоведения. М., 1908. С. 111-112.

⁶ Stammer R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 45.

⁷ Ibid. S. 46, 155. Штаммлер также критикует также концепцию Руссо об общей воле, отличной от воли большинства: если правильным является то решение, которое принимается по общей воле, а общая воля формируется только взрослыми гражданами мужского пола, то как обосновать само решение об ограничении числа лиц, формирующих общую волю? Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. Т. 2. СПб., 1907. С. 286.

⁸ Ibid. S. 154.

⁹ Stammer R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 146-149.

Отвергает ученый и попытку выведения идеи справедливости из «народного духа», как это пытались сделать представители исторической школы правопонимания, из всеобщего убеждения, складывающегося на основе всеобщих психических феноменов. Подобные критерии, говорит Штаммлер, зачастую метафизичны (недоказуемый «народный дух» с одной стороны внеопытен, с другой – проявляется в правосознании и ограничен), в любом случае не обоснованы как объективные, более того, делают проблематичной какую-либо критику действующего права¹.

Таким образом, рассуждая о критериях правильного права, Штаммлер подверг суровой критике историческую школу права, которая в свое время выступила главным антиподом школы естественного права. Иными словами, «возрожденное» Штаммлером естественное право преодолело недостатки не только классической естественно-правовой концепции, но и взглядов ее главных оппонентов, которые допускали смешение должного и сущего, вырабатывали критерий оценки исторических явлений на основе самих же исторических явлений². Историческую школу права Штаммлер считал одним из необходимых, но пройденных этапов развития правовой мысли³.

Не могут быть, по мнению Штаммлера, критериями справедливости также мнение «правового сообщества» (так ученый обозначает лиц, правомочных принимать властные решения) и правоприменительная практика, поскольку они сами нуждаются в таковом, и ссылка на «добрые намерения» здесь, как было показано выше, недостаточна⁴.

Наконец, в качестве критерия правильного права Штаммлером отвергается классовая мораль⁵. Общая позиция Штаммлера такова, что в вопросе социального идеала мы должны различать существующую изменчивую материю волеи и идеальную неизменную упорядочивающую их форму: вторая не должна зависеть от первой. Иными словами, вопрос о правильном праве не должен ставиться в зависимость от какой-либо эмпирии. Обобщение исторических фактов не дает закономерности, а напротив, уже

предполагает ее⁶. Классовая мораль как критерий справедливости отвергается на этом же основании. Она порождена конкретными целями и желаниями господствующего класса, следовательно, априори субъективна, в отличие от искомого всеобщего метода.

Таким образом, «каучуковые нормы» предполагают не произвольное усмотрение судей, а вполне определенный и объективный (внеопытный) критерий справедливости при их применении. В противном случае правильным получается субъективное мнение, что представляет собой явный абсурд («мне так кажется, потому что мне так кажется»), необоснованную нивелировку роли законодателя⁷.

Судья, иной правоприменитель, стороны конфликта должны руководствоваться в своих решениях формулой и принципами правильного права. Вопрос о предоставлении им такой возможности Штаммлер называет вопросом о *средствах правильного права*, под которыми понимает «известные меры законоустановленного права»⁸. Средства правильного права подлежат установлению наряду с самим понятием правильного права. Здесь имеется две возможности: либо предусмотреть в законе четкие предписания надлежащего поведения (или предоставить лицам свободу действий), либо предусмотреть в нем возможность сторонам конфликта самим осуществлять поиск наиболее правильного для конкретных правоотношений регулирования.

Первая альтернатива подразумевает решение вопроса о границах государственного вмешательства в свободу личности. Само по себе указание на то, что неограниченная свобода торговли и неограниченное право собственности могут привести к негативным последствиям, которое встречается, например, у Иеринга, Штаммлер считает малопродуктивным. Общество вообще предполагает ограничение естественной свободы людей, поэтому социальные науки не рассматривают проявления этой свободы в чистом виде. Вопрос же о конкретной мере ограничений должен решаться на основе регулятивной идеи правильности, то есть не может быть разрешен раз и всегда сразу для всех ситуаций. Здесь Штаммлер вновь видит у Иеринга, отрицавшего концепцию регулятивной идеи, методо-

¹ Ibid. 149-153. Штаммлер также обращает внимание на необходимость различения «духа народа» и национальных особенностей (последние есть относительно согласованные характеристики людей определенного круга). Национальные особенности – это заслуживающий внимания материал, который должен учитываться законодателем. Однако они меняются с течением времени, особенно ввиду межнациональных связей, и поэтому не могут служить объективным критерием справедливости.

² Критику методологии историзма с неокантовских позиций см. в: Фролова Е.А. Методология науки о праве в отечественных неокантовских учениях // Право и государство: теория и практика. 2013. № 9. С. 21-22.

³ Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 152-153.

⁴ Ibid. 153-156.

⁵ Ibid. 156-160.

⁶ В частности: ibid. 176-177.

⁷ Ibid. S. 162. Штаммлер иронизирует, говоря, что судья, следующий субъективному усмотрению, прав настолько же, насколько человек, рассчитывающий расстояние до Луны невооруженным глазом. Ibid. S. 168. Поскольку Штаммлер говорит о том, что феномен «кроткого» права был известен еще римскому праву, он считает нужным подчеркнуть, что римские преторы не выносили решения по своему субъективному усмотрению, они могли заменить устаревшее правило на новое лишь по объективным причинам. S. 163. Критику всех вышеизложенных (наиболее распространенных, по мнению Штаммлера) точек зрения на критерий справедливости см. также в: Stammler R. The idea of justice // University of Pennsylvania Law Review. Vol. 71. May, 1923. No. 4. P. 305-308.

⁸ Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 245.

логическую ошибку¹.

Вторая предложенная альтернатива есть вопрос о допустимости кроткого права. По мнению Штаммлера, это вопрос доверия, которое имеется в небольших сообществах, и проблематично в больших государствах. Но если у граждан имеется представление о том, что их уверенность в завтрашнем благополучии (отсутствие борьбы за существование) связана именно с правом, законодатель может предоставить им некоторую свободу².

Штаммлеровская концепция «кроткого права» получила неоднозначную оценку в научной литературе. Так, И.А. Покровский критиковал панегирическое, по его словам, отношение Р. Штаммлера к некоторым «бланкетным» статьям Германского гражданского уложения. По мнению отечественного мыслителя, такая позиция противоречит одному из сформулированных самим же Штаммлером принципов справедливости: «воля одного лица не может быть предоставлена произволу другого»³. Мнение Покровского, как представляется, верно лишь в том смысле, что законодатель должен быть умеренным в установлении бланкетных статей. Однако само по себе такое установление не противоречит вышеназванному принципу справедливости, так как необходимо именно для лучшего соблюдения последнего.

Значительное место Штаммлер уделяет *институту прощения, или помилования* (Begnadigung), также усматривая в нем средство правильного права. По мнению ученого, данный институт свойственен не только уголовному праву (в виде амнистии и собственно помилования), но и гражданскому, где управомоченная сторона отношений имеет право простить долг или возместить убытки, не будучи обязанной к этому в силу закона.

Главная характеристика помилования: наличие у некоторого субъекта предусмотренного законом права в установленных законом случаях принять решение о принудительном претворении какого-либо решения, которого закон сам по себе не требует (отсутствуют в том числе «каучуковые нормы»). Смысл помилования состоит в том, чтобы сгладить жесткие последствия применения действующего законодательства. При этом данный акт не должен быть личным произволом, он должен ориентироваться на идею правильного права. В этой связи некоторые акты помилования могут быть подвергнуты объективной критике (например, помилование гладиаторов в Древнем Риме).

Штаммлер выделяет две ситуации, при которых допустимо помилование (прощение). Первая: когда факти-

ческие обстоятельства дела не установлены с достаточной точностью, вследствие чего имеется риск несправедливого решения, которое впоследствии затруднительно будет отменить (речь идет о презумпции невиновности). Вторая: когда законоустановленное право не обладает признаком правильности, и исправить последствия его применения можно только через помилование (прощение).

Во втором случае подразумевается, что правильное право с учетом меняющихся условий со временем может стать неправильным. Таким образом, отмечает Штаммлер, преодолевается классическая ошибка естественно-правовой доктрины, согласно которой естественное право не зависит от конкретных обстоятельств. Так, амнистия применяется, когда ранее вынесенный в соответствии с правильным правом приговор при новых условиях не содействует восстановлению социального порядка, как это планировалось изначально. По мнению Штаммлера, помилование (прощение) может осуществляться также заранее, когда неблагоприятные последствия еще не наступили, но могут наступить в будущем (речь, по всей видимости, идет о предоставлении возможности обжаловать судебные постановления в будущем при изменении фактических обстоятельств).

Штаммлер замечает, что совесть и мотивы лица, наделенного правом помилования, безразличны для законодателя. Кроме того, он не исключает, что иногда прощение происходит без достаточных доказательств ранее допущенной несправедливости (например, если амнистия объявляется в честь какого-либо праздника: здесь имеется в виду сама абстрактная возможность принятого ранее несправедливого решения). Тем не менее, ученый и в этом случае положительно оценивает рассматриваемый институт. Представляется, в данном отношении позицию Штаммлера действительно следует считать необоснованно панегирической.

Положительно, однако, следует оценить следующую мысль философа права. Существует два условия (или две характеристики лица, наделенного властью), при которых помилование (прощение) будет способствовать реализации правового идеала: 1) знание правового идеала; 2) сила нравственного воления. Правильное применение формулы правового идеала к конкретному случаю посредством помилования зависит от наличных обстоятельств. Если же мы говорим об установлении самого института помилования, то здесь имеет значение то, уверены ли мы в наличии второго из названных условий. Насколько действенна в обществе нравственность, настолько эффективным будет и институт помилования⁴.

¹ Ibid. S. 247-248.

² Ibid. S. 250-251.

³ Покровский И.А. «Справедливое право» Рудольфа Штаммлера (литературное обозрение книги: Stammer R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902) // Вестник права. 1904. Кн. 2. С. 164.

⁴ Вышеизложенные взгляды о помиловании и его отношении к правильному праву см. в: Stammer R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, 1902. S. 122-145/