ИСТОРИЯ И МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

Москва 2016

ББК .0
И

Рецензенты:

Доктор юридических наук, профессор
Алтайского государственного университета
С.И. Давыдов

Кандидат исторических наук, доцент
Алтайского филиала Российской академии народного хозяйства
и государственной службы при Президенте Российской федерации
Ю.А. Зеленин

И

История и методология юридической науки: коллективная монография /под ред. д-ра юрид. наук, профессора В.В. Сорокина. – М.: Юрлитинформ, 2016. – с.

ISBN

Эта книга поможет всем заинтересованным читателям разобраться в сложнейших разделах российской юридической науки – ее методологии и истории. Коллектив авторов под научным руководством доктора юридических наук, профессора В.В. Сорокина подготовил этот актуальный труд для ученых и аспирантов, всех интересующихся фундаментальными проблемами юридической науки. Кроме того, данное издание обеспечивает преподавание и изучение курса «История и методология юридической науки», предусмотренного Федеральным государственным образовательным стандартом для всех магистерских программ направления «Юриспруденция». Преподаватели и студенты юридических факультетов имеют возможность использовать это удобное издание в учебном процессе.
.

ISBN с , 2016

<u>Сведения об авторах:</u>

Сорокин В.В., *д-р юрид. наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Алтайского государственного университета –* ***параграфы 1.1., 1.5., 1.6., 1.13., 2.10;***

Васильев А.А. *д-р юрид. наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета –* ***параграфы 2.2., 2.4., 2.14., 2.15.;***

Авилова О.Е. *канд. юрид. наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета –* ***параграф 2.8.;***

Беденков В.В. *магистр юриспруденции, ассистент кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета –* ***параграф 2.13.;***

Васев И.Н., *канд. юрид. наук, доцент кафедры теории и истории Алтайского государственного университета –* ***параграфы 1.10., 2.5., 2.6., 2.7., 2.9., 2.17.;***

Куликов Е.А. *канд. юрид. наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета –* ***предисловие, параграфы 1.2. -1.4., 1.8., 1.9., 1.12., 1.14.-1.16., 2.1., 2.12., 2.16., 2.18.;***

Моисеева О.Г., *канд. юрид. наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета –* ***параграф 2.3.;***

Насыров Р.В. *канд. юрид. наук., доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета –* ***параграфы 1.17.-1.21.;***

Русанов В.В., *канд. ист. наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета* ***– параграфы 1.7., 2.11.;***

Синкин К.А. *канд. юрид. наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета –* ***параграф 1.11.***

ОГЛАВЛЕНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ 6
РАЗДЕЛ 1. МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ 11
ЧАСТЬ 1. ОБЩАЯ МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ 11
1.1. Об ангажированности юридической науки: постановка проблемы 11
1.2. Понятие, структура и функции юридической науки 15
1.3. Философские категории в юриспруденции 29
1.4. Правовые категории в юриспруденции 36
1.5. Подходы и методы юридической науки: вопросы теории права 47
1.6. О значении метафизического подхода в юриспруденции 54
1.7. Роль философии как методологического основания юридической науки 61
1.8. Формально-юридический (догматический) метод юриспруденции 66
ЧАСТЬ 2. СПЕЦИАЛЬНАЯ МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ 72
1.9. Общая характеристика юридического исследования 72
1.10. Требования к системным юридическим исследованиям 80
1.11. Критика нормативистской методологии отечественного юридического образования 86
1.12. Цивилизационный (духовно-культурный) подход 90
1.13. Возможности синергетики в изучении правовой системы переходного периода 95
1.14. Специфика уголовно-правовых и криминологических исследований 106
1.15. Своеобразие социально-правовых и сравнительно-правовых научных исследований 120
1.16. «Вспомогательные» методы юридических исследований 129
ЧАСТЬ 3. ЮРИСПРУДЕНЦИЯ В СИСТЕМЕ НАУЧНОГО ПОЗНАНИЯ 141
1.17. Рационально-научное познание: значение и пределы 141
1.18. Определение науки или «Нет науки, а есть ученые!» 156
1.19. Юридическая наука как диалог 172
1.20. Юриспруденция – наука прикладная 183
1.21. О проявлениях начал синхронии и диахронии в истории юридической науки 197

РАЗДЕЛ 2. ИСТОРИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ 217
ЧАСТЬ 1. ВСЕОБЩАЯ ИСТОРИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ 217
2.1. Традиционная правовая культура и стиль юридической науки 217
2.2. Особенности юридического познания в мусульманской правовой культуре 227
2.3. Особенности юридического познания в римском праве 247

2.4. Особенности юридического познания в странах средневековой континентальной Европы 265
2.5. Особенности юридического познания в средневековой Англии 280
2.6. Юридический стиль западноевропейской научной традиции 287
2.7. Своеобразие исторической школы права 295
2.8. Своеобразие позитивистской щколы права 301
2.9. Своеобразие нормативистской школы права 315
2.10. Своеобразие школы естественного права 322
2.11. Нетрадиционные методы в юридической науке XX века 347
ЧАСТЬ 2. ИСТОРИЯ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ 354
2.12. Генезис древнерусской правовой культуры 354
2.13. Памятники русского права: методология и технология 367
2.14. Возникновение юридической науки в России 385
2.15. Эволюция юридической науки в России в XIX в. – начале XX в. 400
2.16. Характеристика кодификационных работ в Российской империи в XIX в. (на примере Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г.) 414
2.17. Психологическая теория права Л.И. Петражицкого 423
2.18. Своеобразие евразийской юридической мысли 428
БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК 437

ПРЕДИСЛОВИЕ

Коллектив преподавателей кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета представляет на суд читателей подготовленный под научной редакцией доктора юридических наук, профессора В.В. Сорокина комплексный научный труд, посвящённый методологическим проблемам юридической науки и вопросам её истории. Авторы ведут базовые курсы и спецкурсы по историко-теоретическим юридическим дисциплинам в течение многих лет, параграфы работы распределены в соответствии с преподаваемыми курсами и сферами научных интересов. История и методология юридической науки преподается в Алтайском государственном университете с 2008 года, накоплен значительный опыт проведения семинарских и лекционных занятий по этому предмету, который обобщен в настоящей коллективной монографии.

Необходимость подготовки фундаментального курса истории и методологии юридической науки обусловлена на сегодняшний день рядом причин. Во-первых, дисциплина с таким названием предусмотрена федеральным государственным образовательным стандартом для всех программ магистратуры по направлению «юриспруденция» в качестве обязательной, и в связи с этим она должна быть обеспечена научной и учебной литературой, призванной помочь магистрантам юридических вузов и факультетов в освоении своих образовательных магистерских программ. Во-вторых, несмотря на то, что с недавнего времени публикуются учебники, учебные пособия и монографические работы по истории и методологии юридической науки, нельзя сказать, что они полностью охватывают содержание данной учебной дисциплины и способны сориентировать обучающихся в основных её проблемах. Каждый учебный курс, каждая научная работа, скорее, выражают определенную авторскую позицию (в лучшем случае), либо просто дублируют (в худшем случае) во многом содержание трудов по философии права или истории политических и правовых учений. Кроме того, наблюдается значительный перекос в содержании этих работ в пользу методологических проблем юридической науки и в ущерб её истории, которая либо рассматривается вскользь и мимоходом, либо однобоко и в какой-то, преимущественно, западноевропейской её части. В силу этого пока можно констатировать определенный пробел в научной и учебной литературе по истории и методологии юридической науки, который отчасти призвана заполнить настоящая коллективная монография.

В-третьих, необходимо учитывать и определенные изменения в общей современной ситуации в философско-методологической области познания, которые начало берут во второй половине XX века и продолжаются и по сей день. Формирование неклассической и постклассической научной методологии, новой научной рациональности, существенные изменения в картине мира, в т.ч. и в социальной её части, изменение общих принципиальных установок области социо-гуманитарного познания больше не могут игнорироваться

отечественной юриспруденцией и, в особенности, юридической наукой. Юридическая догматика, юридический позитивизм не способны отразить правовые реалии, а их методология, взятая в отдельности от остальных методов юридической науки, и противопоставляемая им в качестве универсального средства познания, особенно в отраслевых юридических науках, не просто не способна решать многие сложные задачи, стоящие перед современным российским правоведением, а, по большому счёту, вполне заслуживает тот упрёк, который представители иных наук, в том числе, гуманитарных, адресуют учёным-юристам – упрёк в ненаучности познания, в догматичности, схоластичности, экзегетизме и прочих «грехах», которые во многом стали преодолеваться с развитием новой научной рациональности в философии и методологии науки. Познавательная ситуация в современной российской юриспруденции такова, что она, сталкиваясь с разного рода проблемами, требует для относительно успешного их решения, привлечения данных других наук, и даже других областей знаний – религии, философии, эстетики, мифологии и т.п. Однако, научных исследований, выполненных с учётом этой ситуации, с учётом происходящей в философии науки революции, на сегодняшний день крайне мало, хотя они есть.

Существует и ещё одна немаловажная причина, обусловливающая избранный авторами настоящей работы способ рассмотрения историко-методологических проблем юридической науки. Речь идёт об обязательном учёте российской национально-правовой специфике при проведении научных юридических исследований. Вследствие этого выделен самостоятельный блок «история отечественной юридической науки», да и в других частях работы гносеологическим основанием выступают преимущественно отечественные идеи и концепции, а зарубежные рассматриваются в их связи с российской социально-правовой реальностью. Актуализация национальных самобытных юридических начал, поиски элементов собственно российской правовой культуры есть важные условия формирования и укрепления социально-культурной идентичности народа современной суверенной России.

Наконец, многие методологические проблемы современной юридическо науки в России остаются нерешенными, либо находятся в законсервированном состоянии (принципиально не решаются), особенно это касается методологии отраслевых юридических наук, которых практически не коснулись изменения в научной картине мира и в философии и методологии науки, происходящие со второй половины XX века. Мало анализируются также проблемы междисциплинарного взаимодействия и азаимообмена в рамках юридической науки, а также между юриспруденцией и другими науками и вненаучными формами знания. Часть названных проблем рассматривается в данной коллективной монографии.

Необходимо отметить также, что в современных трудах по истории и методологии юридической науки, за исключением работ профессора В.М. Сырых, курса истории и методологии юридической науки под редакцией И.Л. Честнова и Ю.А. Денисова (там рассмотрены два вида

юридических исследований), а также недавно вышедшего в издательстве Юрлитинформ научного труда А.М. Михайлова по методологии юриспруденции, практически не рассматриваются вопросы методологии отдельных научных юридических исследований, в связи с чем этим вопросам посвящена часть работы «специальная методология юридической науки», каждый параграф которой посвящается отдельно взятому виду юридического исследования. В обозначенных позициях состоит актуальность выбранной коллективом авторов тематики монографической работы.

Следует уделить определенное внимание обзору научной и учебной литературы в области истории и методологии юридической науки. Прежде всего, необходимо назвать труды В.М. Сырых, занимающегося проблемами методологии правоведения ещё с советских времен. Им написан обстоятельный учебник по истории и методологии юридической науки, вышедший в издательстве «Норма» в 2012-м году и регулярно каждый год переиздаваемый, а также трёхтомный курс «Логические основания общей теории права», в первом томе которого рассматриваются проблемы объекта, предмета и метода юридической науки, во втором – рекомендации по написанию диссертации, и в третьем – авторская концепция правопонимания. При всех несомненных достоинствах этих трудов в качестве недостатка можно считать тот факт, что эти работы содержат в основном не общие сведения о методологии, а выражают сугубо авторскую позицию при весьма грубой и эмоциональной критике взглядов оппонентов. Кроме того, вопросы истории юридической науки ученым рассматриваются в очень незначительной степени. Вторым крупным специалистом в области методологии юридической науки можно считать Д.А. Керимова, работа которого «Методология права: предмет, функции, проблемы философии права» была переиздана в 2011-м году. Однако Джангир Аббасович вообще не касается вопросов истории юридической науки, однако довольно подробно рассматривает проблему философских категорий в праве. Третьим можно назвать Н.Н. Тарасова, посвятившего докторскую диссертацию методологическим проблемам юридической науки, которая представляется нам весьма обстоятельным, глубоким и целостным научным трудом, характеризующимся профессиональным, грамотным и понятным языком. В этом состоит преимущество данной научной работы, поскольку труды В.М. Сырых и Д.А. Керимова с точки зрения изложения и языка представляют достаточную сложность для понимания.

Весьма оригинальны и интересны работы И.Л. Честнова, в том числе вышедший в 2014-м году под его редакцией обстоятельный учебный курс «История и методология юридической науки». Оригинальность его подхода состоит в том, что он один из немногих в современной юридической науке России пытается отойти от традиционных юридико-позитивистских установок и внести в методологию юриспруденции те принципы, методы, идеи и концепции, которые разрабатываются в философии и методологии науки западных стран и России со второй половины

XX века по сей день. Постклассическая методология юридической науки И.Л. Честнова, может быть, пока ещё и не зрелое формирование, но представляет значительный интерес и научно-методологическую ценность. Интересны и содержательны публикуемые А.М. Михайловым с 2011-го года в издательстве Юрлитинформ научные работы по отдельным вопросам истории и методологии юридической науки. Он рассматривает разные аспекты идеи естественного права, генезиса континентальной юридической догматики, англо-саксонского права и правового мышления, исторической школы права и юридического позитивизма, а также собственно проблемы методологии юриспруденции и правовой идеологии. Все вопросы рассматриваются обстоятельно, всесторонне и подробно, что, в некоторой степени не позволяет рассматривать работы этого учёного в качестве основной литературы по крусу истории и методологии юридической науки, но это не мешает им выступать в качестве хорошей дополнительной литературы для углубленного изучения историко-методологических проблем юриспруденции.

Следует также назвать ещё два недавно вышедших учебных пособия по истории и методологии юридической науки. Прежде всего, это работа Е.Н. Ярковой, которая, помимо рассмотрения традиционных вопросов методологии юридической науки, некоторых вопросов истории юридической науки (касательно зарубежных стран), освещает также «основные методологические парадигмы юриспруденции» - подходы, типы правопонимания, и основные юридические школы. Во-вторых, это учебник, подготовленный В.В. Лазаревым и С.В. Липень, самое свежее издание, содержащее краткий лекционный курс и хрестоматию, аккумулирующую выдержки из работ разных ученых и мыслителей. Сами по себе ни тот, ни другой не способны, на наш взгляд, выступить универсальными источниками по истории и методологии юридической науки, но вполне способны выступить вспомогательными средствами по освоению отдельных вопросов курса.

Наконец, отдельно охарактеризуем работы авторов настоящей коллективной монографии, затрагивающие отдельные вопросы истории и методологии юридической науки. Это курс лекций Р.В. Насырова «Человек как самоценность: к вопросу о формулировке статьи 2 Конституции РФ», вышедший в издательстве «Юрлитинформ» в 2011-м году, в котором он вдумчиво и взвешенно анализирует многие проблемы не только методологии и истории права, но юриспруденции в целом, и даже мировоззренчекого философского характера; монография А.А. Васильева «Правовая доктрина как источник права: вопросы теории и истории», вышедшая там же в 2009-м году, где выделяются основные черты правовой идеологии, правовой науки, правовой доктрины, а также освещается история зарубежной и российской юридической доктрины; а также коллективный учебник «История правовых учений России», вышедший в трёх томах, под редакцией В.В. Сорокина и А.А. Васильева, в 2014-м году в том же издательстве, в котором рассматриваются политико-правовые идеи русских мыслтелей по широкому фронту с X по XXI

вв. Специфика правовых категорий на примере категории субъективного права рассмотрена И.Н. Васевым в монографии «Субъективное право как общетеоретическая категория», опубликованной в 2012-м году в издательстве «Юрлитинформ». Проблематика философских категорий в праве, их взаимодействия с правовыми явлениями и понятиями, а также проявления категории меры в компонентах правовой системы общества анализируются Е.А. Куликовым в работе «Категория меры в праве: теоретико-правовые и философско-правовые аспекты», вышедшей в том же издательстве в 2015-м году.

Настоящая коллективная монография продолжает названные выше авторские работы по истории и методологии юридической науки. Она подготовлена исходя из принципа методологического плюрализма. Каждым автором сохранен авторский подход в изложении того или иного вопроса. Перед коллективом ставилась задача не сформировать унифицированные представления об историко-методологических проблемах, а предложить на суд читателя своё собственное видение этих проблем и их решения. Структура книги представляет собой результат определенного компромисса, в результате которого основные проблемы методологии юридической науки сведены в первый раздел (условный том), в рамках этого раздела выделяются три смысловые части, первая посвящена общим методологическим вопросам юридической науки, вторая – методологии отдельных юридических исследований (специальным методологическим вопросам). Третья часть первого раздела, подготовленная кандидатом юридических наук, доцентом Р.В. Насыровым, первым разработчиком курса «История и методология юридической науки» для магистратуры Алтайского государственного университета, называется «Юриспруденция в системе научного познания» и представляет собой авторское видение всей проблематики курса, выступая, своего рода, «изюминкой» настоящей коллективной монографии. Ученый обобщает многолетний опыт преподавания этого курса и на высоком академическом уровне излагает наиболее юискуссионные методологические и философско-исторические вопросы юриспруденции. Завершающий параграф третьей части выступает, своего рода, связующим звеном между первым и вторым разделами работы. Второй раздел работы посвящается отдельным проблемам истории юридической науки и стиля юридического мышления, в рамках которого также первая часть затрагивает зарубежную историю юридической науки, а вторая – отечественную.

Работа может быть использована магистрантами в процессе освоения дисциплины «История и методология юридической науки» в качестве учебного пособия при подготовке к семинарским занятиям и самостоятельного её изучения, она также рекомендуется аспирантам, адъюнктам, преподавателям юридических вузов и факультетов, а также всем, кто интересуется проблемами истории и методологии юридической науки.

РАЗДЕЛ 1. МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

ЧАСТЬ 1. ОБЩАЯ МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

1.1. Об ангажированности юридической науки: постановка проблемы

В настоящее время методология общей теории права носит в основном позитивистский характер. Господствует представление, будто научное исследование должно быть позитивистским, рационалистическим и материалистическим, иначе оно не научное. Эта идея существенно обеднила научные результаты многих трудов по юриспруденции. Господство юридического позитивизма и догматизма основательно критиковал еще Б.Н. Чичерин: «Вместо того, чтобы строить здание по общему плану эмпиризм воздвигает здание на основании чисто практических соображений. Метафизику эмпиризм отвергает как бред воображения, единственным руководящим методологическим началом всякого знания он признает опыт. В результате само понятие права низводится до степени практического интереса. Более того, оно понимается как политика силы. В условиях такой дезорганизации правосознания, - пишет Б.Н. Чичерин, - молодые юристы, которые и хотели бы восстановить старое право, при полном недостатке философской подготовки даже не знают, как к этому приступить»[1].

Проблему правопонимания трудно разрешить в условиях отрицания духа, духовной культуры, веры, сведения человеческой жизни к материальным процессам, материальным мерилам и материальному благополучию. «Находясь некоторое время под влиянием естественно-правовой доктрины, - признавался А.М. Величко, - внешне сориентированной на признание личности нравственной, духовной и неповторимой субстанцией, мы вскоре пришли к выводу о ее несостоятельности именно в духовном плане. Существо идеи права не может основываться на нравственном императиве, определенном рационально. И дело не в истинности отдельных научных методов и погрешностях других, а в том, что сам метод, основанный на принципах логики и духе рассудочного объяснения правовых явлений, не может быть признан единственным»[2]. Представитель исторической школы права Г.Пухта утверждал, что «не из понятия разума можно прийти к понятию права»[3].

Научное сознание в разное время догадывалось о неполноте как эмпирической, так и рациональной картины мира. Так, И.В. Михайловский обосновывал такую мысль: «чистый материализм уже сдан в архив науки, его в настоящее время могут признавать лишь полные

---

[1] Чичерин Б.Н. Философия права. М., 1990. С. 2.
[2] Величко А.М. Государственные идеалы России и Запада. Параллели правовых культур. СПб, 1999. С. 3.
[3] Пухта Г.Ф. Энциклопедия права. Ярославль, 1872. С. 4-5.

невежды»[4]. И.А. Ильин писал о том же: « За последние века человечество оскудело внутренним духовным опытом и прилепилось к внешнему чувственному опыту; сначала верхние, ученые слои утвердились на том, что самое достоверное, драгоценное знание идет к нам от внешних, материальных вещей…»[5]. Очевидно, это происходило из-за перехода правового мышления к материалистическим критериям, в которых роль религиозного фактора для генезиса права не идентифицируется сознанием.

Мы исходим из методологической традиции отечественного правоведения, согласно которой наука и религия не противоречат друг другу. Истинными реалистами следует считать именно тех ученых, которые адекватно воспринимают мир, имеющий как материальное, так и духовное измерение, и познаваемый двумя дополняющими друг друга способами. Выдающиеся ученые, сделавшие в свое время крупный вклад в мировую науку, не скрывали, что были верующими людьми.

Противостоящий христианству материализм не является наукой в собственном смысле слова. По своей природе это квазивера, то есть вера в материю. Сторонники материалистического мировоззрения веруют, что материя абсолютна и кроме нее ничего нет. Этот постулат квазиверы ни эмпирически, ни логически доказать невозможно.

Нами признается вечная идея права, что является тезисом идеализма. Мы защищаем вывод о том, что **право как духовное явление не поддается сугубо рационалистическим, причинным методам познания и не исчерпывается условиями среды.** Природа права самым органическим и естественным образом связана с феноменом правосознания, исходным пунктом которого служит правопонимание. Поэтому всякая трактовка природы права оказывается под прямым влиянием духовных факторов. Право представляет собой форму духовного освоения мира.

К истине в изучении права можно прийти через религию и мораль. Такая методологическая позиция может вызвать отторжение у ряда современных исследователей. Л.А. Зеленов, как многие в наше время, определяет науку как систему знания, а религию как систему веры[6]. Но как верующий, так и не верующий авторы в процессе исследования используют сравнительно-правовой, исторический, функциональный методы, поэтому по данному критерию нельзя наделить светское познание особыми свойствами. Существует весьма распространенное мнение о том, что научное знание объективно, а религиозное – субъективно. Но как быть с тем фактом, что созданное наукой есть порождение прикровенной религиозности? Во многих сферах светского научного знания получают распространение теории, подтверждающие истины, давно описанные в Библии. Наука, лишенная глубинной нравственной основы, может быть опасной и разрушительной силой, вести к бедствиям и безысходности. Такая наука может разрушить не

[4] История русской философии права. СПб, 1998. С. 314.
[5] Ильин И.А. Собр. соч. в 10-ти тт.М., 1994. Т. 1. С. 336-337.
[6] Зеленов Л.А. Философия права: вера или знание? // Вопросы философии. 2005. № 3. С. 133.

только окружающую природную среду, но и человека. Мышление, основанное на элементарной логике, не позволяет ощутить реальной сложности и многоцветности мира. К тому же, религиозная философия права не уступает светской науке в трех главнейших критериях: во-первых, в максимально полном и всестороннем изучении права; во-вторых, в анализе и синтезе полученных фактов на основе определенной методологии; в-третьих, в наличии целостной системы мировоззрения, позволяющей объяснить смысл изучаемых правовых явлений как в историческом, так и в сущностном аспектах.

Развитие общей теории права есть процесс умножения общих понятий, применимых не к данному конкретному случаю, а имеющих значение алгоритма. Пресловутый эмпиризм западной юридической науки давно уже выступает с программой изгнания общих понятий и замены их сугубо инструментальными. Сегодня эта программа вписана в проект глобализма.

Не секрет, каковы место и роль науки и научных знаний в формировании и развитии новоевропейской, а позднее и всей западной культуры и общественно-политической практики. С момента своего зарождения, с XVI-XVII веков, новоевропейская наука повела непримиримую борьбу с церковью за европейское мировоззрение и уже в XVII веке, в ходе первых буржуазных революций в Нидерландах и Англии одержала свои первые победы. К концу же XIX века наука, научные знания уже практически полностью овладели умами европейцев и превратились в локомотивы общественного развития всей западной цивилизации.

По сути, западная цивилизация превратилась в цивилизацию наукоцентричную, каковой остается по сей день. И более того, сегодня многие исследователи, как, например, большая группа известных специалистов в области социальной философии, экономики, социологии, политологии, юриспруденции, среди которых Мануэль Кастеллс, Жак Деррида, Юлия Крыстева, Пьер Рикер, Алэн Турен и другие, в конце 2005 г. подготовивших Всемирный доклад ЮНЕСКО «На пути к обществам знаний», считают, что наука, научные знания и в будущем будут играть ту же роль, то есть выступать в качестве фундамента западного мировоззрения и основной движущей силы общественного развития, только теперь уже в глобальном плане.

Точка зрения, согласно которой взаимоотношения науки и западной цивилизации в будущем ожидает радужная перспектива, вполне имеет право на существование. Но только если мы будем рассматривать эти взаимоотношения с позиций позитивистской философии, согласно которой наука развивается линейно, как постепенное накопление неких неопровержимых истин. В этом случае наука, несмотря на все многочисленные сдвиги в ходе своего развития, все же кардинально не изменяет своей траектории и сохраняет ядро своих фундаментальных представлений и принципов.

Согласно этой точке зрения современная наука, по существу, видит мир таким, каким его видела наука в XVII или в XIX веках. А выглядел этот мир, если можно так выразиться, в черно-

белых красках, то есть четко разделенным между двумя фундаментальными началами, между хаосом и порядком. Соответственно, и мир для современной западной цивилизации, как и для науки, оказывается сегодня таким же, каким его видели отцы-основатели западной цивилизации, то есть также поделенным на два непримиримых лагеря – на мир порядка, мир разумных либерально-демократических установлений, и мир хаоса, мир архаичной культуры, дикости и варварства, постоянно угрожающий гибелью всему человечеству и природе в целом.

При этом природа, общество и человек в естественном состоянии рассматриваются точно так же, как и триста лет назад. В качестве примера можно вспомнить представления о мире в естественном состоянии английского философа XVII века Т. Гоббса, выразившего их в формуле: «война всех против всех», и сопоставить их с современными интерпретациями основных глобальных угроз человечеству как производных от культурной отсталости и безграмотности, чтобы убедиться, что в отношении естественного состояния мира представления современной западной цивилизации ничем не отличаются от воззрений Т. Гоббса.

В мировоззрении современной западной цивилизации господствуют, как и прежде, с одной стороны, безграничный оптимизм в отношении способностей человеческого разума, а с другой, не менее безграничный скепсис в отношении естественных форм существования человека, общества и природы в целом. В этих условиях западная цивилизация оказывается жестко ориентированной на прогрессивное развитие, понимаемое как развитие в сторону максимального упорядочивания хаотической, естественной среды, в сторону снижения уровня энтропии.

Соответственно, наука, как покорительница природы, оказывается единственным союзником западного человека и его мощнейшим орудием в борьбе с мировой энтропией. Поголовное образование, желательно высшее, массовое внедрение результатов научных исследований в общественную, экономическую, политическую и юридическую практику, всемерная поддержка развития прикладной науки и т. д. – вот, по мнению глобалистов, единственно возможный путь прогресса в контексте противостояния хаоса и порядка, противостояния западной цивилизации и архаичных, традиционных, и тем более варварских обществ.

Если отталкиваться от метафизической методологии, от представлений о нелинейности развития науки, то западную цивилизацию можно рассматривать в качестве продукта не науки вообще, но продукта уникального направления – богоборческого мировоззрения, представления о мире которого как раз и легли в основу новоевропейской культуры и политико-юридической практики. Западная цивилизация поверила достижениям науки XVII – XVIII вв. и, что самое главное, сделала из них абсолютную, непререкаемую истину. Но тем самым она ограничила себя и отрезала пути к дальнейшему совершенствованию. Поэтому если кто-либо уходит слишком далеко от науки классической и представляет результаты исследований, которые в корне

противоречат фундаментальным представлениям и принципам западной цивилизации, его работы будут рассматриваться как вызов всей западной культуре, а он сам будет обвинен в некомпетентности, шарлатанстве и т. п. Таким образом, можно сказать, что дремучий обскурантизм, софистика и догматизм – это факт взаимоотношений западной цивилизации и науки. А пока формируется глобальная наука, чему способствуют международные академические обмены, развитие мировой академической инфраструктуры (интернациональные форумы, журналы, издательства). **Юриспруденция в числе других наук, и как система теоретического знания, и как общественный институт, становится глобальной.**

1.2. Понятие, структура и функции юридической науки

Понятие юридической науки

Прежде чем приступить к рассмотрению методологических проблем юридической науки, необходимо определиться с предметом настоящего исследования, т.е. ответить на вопросы, что собой представляет юридическая наука, как она устроена и для чего она нужна. В современной юридической литературе по истории и методологии юридической науки приводится множество определений искомого понятия, дается обстоятельная характеристика различным сторонам науки о праве, наша задача – проанализировать основные подходы и сформировать рабочее представление о такой науке, которое бы не только раскрывало её содержание, но и опиралось на современную науковедческую картину методологии науки в целом.

Прежде всего следует отметить, что каждый автор курса истории и методологии науки исходит из неких изначально им принятых мировоззренческих парадигмальных установок, и то определение юридической науки, которое им дается, отражает эти установки. Так, С.С. Алексеев в своё время давал краткое и ёмкое определение юридической науке (правоведению): «Это система специальных общественных знаний, в пределах и посредством которой осуществляется теоретико-прикладное освоение права»[7]. В.М. Сырых, по сегодняшний день придерживающийся марксистской парадигмы научных исследований, отмечает, что «правовая наука представляет собой единство системы знаний о государстве и праве, деятельности ученых-правоведов, осуществляемой в целях развития, совершенствования системы этих знаний и активного воздействия правовой науки на решение актуальных проблем политико-правовой практики, формирования правовой культуры населения и подготовки профессиональных юридических кадров»[8]. Но даже авторы, которые с очевидностью не придерживаются марксистских взглядов,

[7] Алексеев С.С. Собрание сочинений в 10 т. Т. 3. Проблемы теории права. М.: Статут, 2010. С. 680.
[8] Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. – М.: Норма, 2013. С. 19.

дают аналогичные определения юридической науке. В.Н. Протасов, например, пишет, что «юридическая наука – это система специальных знаний и особая сфера деятельности, в пределах и посредством которой изучаются реальные проявления права и государства, закономерности их существования и развития, осуществляется теоретико-прикладное освоение явлений права и государства»[9]. Думается, что в современной методологической ситуации такого традиционного подхода для адекватного определения юридической науки недостаточно, необходимо рассмотреть и другие варианты осмысления сущности юридической науки.

Совершенно с иных позиций подходит к общему пониманию юридической науки И.Л. Честнов, который в своих изысканиях по методологии юриспруденции опирается на достижения неклассической и постнеклассической науки, создавая «постклассическую теорию права». Уже одно это обстоятельство заслуживает обращения пристального внимания на труды ученого, пытающегося несколько сдвинуть юриспруденцию с «привычных рельсов» классической научной рациональности XVIII-XIX вв., и не особо обновившую с тех пор свою методологию с опорой на изменившуюся за вторую половину XX в. науковедческую мировую парадигму. По его мнению, постклассическая юриспруденция и теория права в эпистемологическом и онтологическом смыслах (аспектах, которые взаимообуславливают друг друга) должны отвечать следующим критериям: а) быть критикой теории права за её догматичность, претензии на универсальность и аподиктичность; б) быть саморефлексивной (рефлексией второго порядка: относительно реальности, её социальной обусловленности и относительно субъекта познания); в) признавать и обосновывать многомерность права (множество модусов бытия: не только в качестве нормы, правопорядка и правосознания, но и как института, практики его воспроизводства и человека, конструирующего и воспроизводящего институт); г) быть ориентирована на релятивность понимания (восприятия) права – многомерность образов права; д) в ней должна постулироваться сконструированность и одновременно социокультурная обусловленность правовой реальности; е) должна стать «человекоцентристской», т.е. полагать человека как творца правовой реальности, воспроизводящего её своими практиками[10].

Другой представитель современной петербургской школы права, А.В. Поляков, обосновывая свою научную юридическую концепцию, рассуждает сходным с И.Л. Честновым образом. Ученый отмечает, что феноменолого-коммуникативная теория права (авторский подход к праву А.В. Полякова, рассматриваемый им как средство поиска путей формирования нового, интегрального типа правопонимания – *Е.К.*) предполагает признание следующих методологических выводов: 1) право как феномен не существует вне социального субъекта, вне социального взаимодействия; 2) такое интерсубъективное взаимодействие, опосредованное легитимными правовыми текстами,

---

[9] Протасов В.Н., Протасова Н.В. Лекции по общей теории права и теории государства. – М.: Городец, 2010. С. 32.

[10] См.: История и методология юридической науки: учебник для вузов / под ред. Ю.А. Денисова, И.Л. Честнова. – СПб.: ИВЭСЭП, 2014. С. 172.

всегда является специфическим коммуникативным поведением, субъекты которого обладают взаимообусловленными правомочиями и обязанностями; 3) право представляет собой синергийную коммуникативную систему[11]. Своеобразие этого подхода, как и подхода И.Л. Честнова, в сущности, состоит в том, что юридическая наука, научное юридическое познание, с учётом произошедших в науковедении в современную эпоху изменений, рассматривается сквозь призму субъекта познания, его гносеологических характеристик, а также исходит из принципа плюралистичности картины мира, из которой следует принцип методологического плюрализма и социокультурной обусловленности в том числе и научного юридического познания.

Таким образом, можно выделить два типологически различных к пониманию юридической науки методологических конструктивных подхода (мы не берем в расчет деструктивные подходы, отрицающие познаваемость права в принципе). Первый подход – это типичное классическое научное представление о юриспруденции, согласно которому юридическая наука определяется как стройная система знаний о государственно-правовых явлениях и процессах, характеризующаяся свойствами объективности, верифицируемости, полноты и достоверности, а также деятельность ученых по формированию, проверке и оценке этих знаний. Такой подход игнорирует современные представления о науке, которое, помимо понимания её как системы знаний и деятельности по их добыче и проверке, предполагает ещё несколько составляющих, в частности, Е.В. Ушаков пишет, что принято различать науку как систему знаний, как деятельность, как социальный институт и как культурно-исторический феномен[12]. В.В. Ильин также рассматривает науку как систему знаний, как деятельность и как социальный институт. «Современная наука – это сложная сеть взаимодействующих друг с другом коллективов, организаций и учреждений – от лабораторий и кафедр до государственных институтов и академий, от «невидимых колледжей» до больших организаций со всеми атрибутами юридического лица, от научных инкубаторов и научных парков до научно-инвестиционных корпораций, от дисциплинарных сообществ до национальных научных сообществ и международных объединений. Все они связаны мириадами коммуникационных связей как между собой, так и с другими мощными подсистемами общества и государства (экономикой, образованием, политикой, культурой и др.)»[13]. Н.Ф. Бучило определяет социальный институт как организованную относительно обособленную систему сообществ людей, взаимодействующих в определенной сфере социально значимой жизнедеятельности, которая соответствует исторически сложившимся профессиональным и ролевым ценностям и процедурам, удовлетворяющим основные потребности общества[14]. Таким образом, понимание науки не может

---

[11] См.: Поляков А.В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: учебник. – 2-е изд., исправл. и доп. – М.: Проспект, 2016. С. 107.
[12] См.: Ушаков Е.В. Введение в философию и методологию науки: учебник. М.: Экзамен, 2005. С. 20.
[13] Философия науки / под ред. С.А. Лебедева: Учеб. пособие для вузов. – изд. 6-е, перераб. и доп. – М.: Академический Проект, 2010. С. 24-25 (автор главы – В.В. Ильин).
[14] См.: Бучило Н.Ф., Исаев И.А. История и философия науки: учебное пособие. – М.: Проспект, 2012. С. 181.

акцентироваться только на системе знаний и деятельности по их получению, оно должно осуществляться с учётом особенностей субъекта науки и того научного сообщества, к которому он принадлежит.

Исходя из сказанного более приемлемым необходимо считать второй подход, который можно назвать антропологическим, социально-антропологическим, или духовно-культурологическим. Этот подход предполагает, что наука выступает в ряду других равноправных с ней форм познания (философское, религиозное, мифологическое, обыденное, метафизическое, эстетическое и др.), что научное познание неотделимо от субъекта познания (в особенности в гуманитарных науках) и от социального контекста, в котором формировался этот субъект как учёный, наконец то, что наука есть особый социальный институт, состоящий из научных сообществ, в каждом из которых сформированы определенные научные традиции, в рамках которых производятся научные исследования[15].

С другой стороны, говорить о принципиальной и революционной смене подходов в юриспруденции от классической науки к неклассической, и о полном отказе от простого классического познания было бы не вполне верным. Представляется необходимым согласиться с тем подходом, который предлагает Р.В. Насыров, разграничивая философию права и теорию права исходя из различения «нормативного права» и «судейского права». «Решая эту проблему, важно учитывать методологическое требование различать, а не смешивать. В основе профессиограммы юриста лежит знание нормативного текста и механизма его реализации; это определяет основу юридического образования и, соответственно, предполагает наличие юридического по своему содержанию предмета «Теория права». Как первый уровень юридического образования теория права необходима юристу, реализующему уже существующий нормативный текст с соблюдением общего (но не абсолютного) требования недопустимости в процессе правоприменения постановки вопроса о целесообразности самого закона. Разумеется, юрист может (и в исключительных случаях) должен принимать решение не на основе противоречивой или откровенно аморальной нормы позитивного права, а непосредственно исходя из требований справедливости и нравственности. Но сама сущность позитивного права предполагает, что такие случаи должны быть исключительными. В идеале у правоприменителя должна быть уверенность в том, что назначение закона и его соответствие началам нравственности и справедливости реализуется через общеобязательность норм права, формальное равенство, неотвратимость юридической ответственности и т.д. Поэтому для подготовки юриста необходим пропедевтический общетеоретический курс, в рамках которого право раскрывается как особый регулятор общественных отношений, имеющий свои формальные признаки и специфичный механизм

[15] О современной гносеологической ситуации и основных тенденциях в сфере научного познания см. например: Миронов В.В., Иванов А.В. Онтология и теория познания: учебник. – М.: Гардарики, 2005. С. 275-278.

реализации. Речь идёт не просто об учебной дисциплине, а о науке теории права, которую С.С. Алексеев характеризует как аналитическую юриспруденцию»[16]. Здесь, как можно увидеть, говорится о «классическом» варианте понимания юридической науки как системы стройных, непротиворечивых и объективных знаний, рассчитанных на чёткое и определенное применение. Такого рода стиль юридического мышления в правоприменительной практике Р.В. Насыров относит к сфере «полицейского права» - решения юридических конфликтов простого характера, не требующих проблематизации ситуации, вступления в диалог с точки зрения противоречивости и неоднозначности бытия. С парадигмальной (метатеоретической, сверхтеоретической) точки зрения аналитическая юриспруденция основывается на постулатах юридического позитивизма. Применительно к этой части юридической науки вполне применима традиционная трактовка научного стиля мышления.

Итак, *такая часть юридической науки, как аналитическая юриспруденция, представляет собой основывающуюся на методологической платформе юридического позитивизма стройную систему знаний о формально-юридических свойствах права, о его толковании и применении в юридической практике, а также деятельность научного сообщества по получению, проверке и оформлении этих знаний.* Аналитическую юриспруденцию составляют подавляющее большинство отраслевых юридических научных исследований, а также такие тематические блоки общей теории права, как «учение о норме права», «теория толкования права», «теория применения права», «теория формы права и структуры права», «теория правоотношения», «теория юридической ответственности», «учение о механизме правового регулирования» и т.п., т.е. всё то, что касается позитивного права как системы общеобязательных формально определенных правил поведения людей в обществе (норм), установленных или санкционированных государством и обеспеченных силой государственного принуждения.

Однако, аналитическая юриспруденция, пытающаяся найти основания права в самом себе, не способна ответить на многие основополагающие вопросы, от которых зависит не только эффективность правового регулирования, но и вообще легитимность позитивного права в том или ином обществе. Это мировоззренческие, парадигмальные, в какой-то даже степени метафизические вопросы, связанные с правом, правовой системой, государственно-правовыми явлениями и процессами, вопросы, которые оправдывают существование права в обществе, объясняют причины, принципы существования тех или иных норм, показывают, что собой представляет внутреннее, глубинное содержание права. С другой стороны, это ситуации пробелов в позитивном праве, неоднозначности формулировок правовых норм, коллизий в праве, сложных юридических казусов и т.п., которые невозможно разрешить путём простого наложения нормы

[16] Насыров Р.В. Человек как самоценность: о формулировке ст. 2 Конституции РФ 1993 г.: курс лекций. – М.: Юрлитинформ, 2011. С. 187.

права на фактические обстоятельства. В этих случаях Р.В. Насыров ведет речь о такой части юридической науки, как философия права. «Философия права – это второй уровень изучения правовой действительности. Философия права готовит юриста, овладевшего уже догмой права, в качестве потенциального субъекта законотворчества и судейского усмотрения. Философия права, во-первых, очерчивает границы юриспруденции и, соответственно, позитивного права, его возможности и пределы, и, во-вторых, определяет характер влияния на позитивное право универсальных ценностей (нравственность, справедливость, гуманизм и иные). Философия права готовит юриста к деятельности в пограничных ситуациях, когда на его решение должны непосредственно влиять не только юридические, но и философские, мировоззренческие и иные (неюридические) факторы. Несомненная взаимосвязь этих факторов не означает, что они идентичны. Поэтому философия права не может заменить или включить в себя как часть теорию права»[17].

Итак, вторую часть юридической науки образует философия права. Она объединяет фундаментальные исследования мировоззренческого характера во всех юридических науках, посвященные вопросам, находящимся за пределами позитивного права и его применения, а также проблемным аспектам внутри позитивного права и правоприменительной деятельности, не поддающимся решению посредством обычных юридико-позитивистских научных средств. *Философия права как часть юридической науки*[18] *представляет собой систему идей, принципов, концепций, представлений, охватывающих правовые вопросы мировоззренческого, парадигмального характера, принятых в качестве допустимых для использования научным юридическим сообществом (или большей его частью), и применяемых в процессе получения знаний о праве как о целостной нормативно-регулятивной системе общественной жизни, о его роли и месте в ряду других регуляторах, об основаниях и пределах правового воздействия на социум и общества на право*. К философии права относятся типы правопонимания, концепции правовой системы общества, подходы к сущности права, методология юридического познания, основания права, а также такие частные разделы, как философии отдельных отраслей права и отдельных разделов общей теории права.

Юридическая же наука в целом на сегодняшний день представляет собой синтез философии права, аналитической юриспруденции (построенной на таком элементе философии права, как юридический позитивизм), а также юридического учения о государстве, которое выделяет из общей массы государствоведческих знаний ту их часть, которая тесно связана с правовыми

---

[17] Насыров Р.В. Человек как самоценность: о формулировке ст. 2 Конституции РФ 1993 г.: курс лекций. – М.: Юрлитинформ, 2011. С. 189

[18] Такое уточнение необходимо постольку, поскольку есть все основания говорить о философии права как части философии, для которой характерны философские методы познания, и не ставится цель получения знания как продукта, а определяющую роль играет само познание как процесс постоянной непрекращающейся рефлексии и саморефлексии.

феноменами. ***Юридическая наука*** *– это основанная на принятых научным юридическим сообществом идеях, принципах, концепциях, представлениях система определенным этим сообществом образом структурированных знаний о правовых явлениях и процессах в обществе, о случайных и закономерных аспектах их взаимосвязи, взаимодействия, возникновения, развития, функционирования и т.п., а также осуществляемая в соответствии с указанными идеями, принципами, концепциями, представлениями деятельность участников юридического научного сообщества по получению, обработке, проверке, оценке и использованию знаний о правовых явлениях и процессах, их взаимосвязи, взаимодействии, возникновении, развитии, функционировании*. Проще можно сказать, что ***юридическая наука*** *представляет собой систему знаний о правовых явлениях и процессах, сформированную в результате деятельности научного юридического сообщества на основании выработанных этим сообществом правил их получения, проверки и оценки.* Приведенные определения позволяют объединить в одном понятии юридическую науку как систему знаний, как деятельность ученых и как социальный институт (научное юридическое сообщество).

Структура юридической науки.

Предложенная нами концепция слагаемых юридической науки не должна рассматриваться как её структура, поскольку речь шла именно о понятии науки, о её объёме и содержании. В рамках же внутреннего устройства юридической науки на сегодняшний день сложились определенные представления, которые необходимо рассмотреть в этой части работы.

Прежде всего, выделяют состав (структуру) юридической науки. «Структуру юридической науки можно рассматривать с нескольких позиций, - отмечает И.Л. Честнов. Во-первых, науку уместно структурировать с точки зрения знаний, выделяя философский, теоретический и эмпирический её уровни, а также исторические и социокультурные типы знаний, включая индивидуальные стили научного мышления. Во-вторых, науку можно подвергнуть структурированию по критерию научного сообщества и дисциплинарной его принадлежности. Сюда относится дискуссионный вопрос о научных школах, «незримом колледже», а также разделении научного сообщества (и, соответственно, вырабатываемых знаний) на «передний край» и «периферию». В-третьих, с точки зрения регулятивов научной деятельности»[19]. Этот подход представляется нам более приемлемым в современном научном юридическом дискурсе по той простой причине, что он опирается не только на постулаты классической науки XVIII-XIX вв., на которых пока что стоит большая часть современной российской позитивистской юриспруденции, но и учитывает в максимально возможной степени достижения философии науки

[19] История и методология юридической науки: учебник для вузов / под ред. Ю.А. Денисова, И.Л. Чеснова. СПб.: ИВЭСЭП, 2014. С. 197.

конца XIX – начала XXI вв., т.е. неклассическую и постклассическую методологию. Рассмотрим, впрочем, и традиционные подходы, для построения полной картины состава и структуры юридической науки.

По мнению В.М. Сырых, в состав юридической науки помимо знаний входят компоненты, из которых складывается научная деятельность: субъект, объект и предмет правовой науки, философские основания, методы, технические средства, процедуры, а также результаты[20]. Также он выделяет субъективную и объективную стороны юридической науки. «Субъективная сторона правовой науки представлена индивидом, человеком, творческими усилиями которого сознаются новые знания о государстве и праве, либо о правовой науке, истории её становления и развития. Основной формой развития, совершенствования правовой науки является научное исследование, в ходе которого ученый-правовед формирует, производит новые знания о государстве и праве, закономерностях их становления, функционирования и развития… Объективная сторона правовой науки существует в виде предмета, средств научного познания и конкретно-исторических условий её функционирования»[21].

Раскрывает В.М. Сырых и компоненты состава правовой науки, названные выше. «Субъектом, производящим правовую науку, выступает индивид либо научный коллектив… Объект правовой науки понимается как совокупность законодательства, иных нормативных правовых актов, правотворчества, правоприменения, иных явлений и процессов политико-правовой практики, познание которых необходимо для обоснования, аргументирования истинности выводов, положений, категорий, понятий, закономерностей данной науки. Предмет правовой науки – это система закономерностей, определяющих процессы становления государства и права как социальных явлений, их длительного исторического развития и действия в современных условиях»[22]. Здесь мы не будем вдаваться в подробности проблематики объекта и предмета юридической науки, этим вопросам посвящен специальный блок настоящей работы, здесь ограничимся тем, что назовем их в составе юридической науки.

В.В. Лазарев и С.В. Липень отмечают, что состав правовой науки складывается следующим образом: субъекты, объекты (предметы) и методы исследования[23]. «Так можно сказать о составе науки как деятельности. Но деятельность приносит результат и, казалось бы, его также безоговорочно следует включить в состав науки. Однако здесь включаются самые разные критерии научности знания. Главный из них - новизна»[24]. Очень любопытны рассуждения ученых

---

[20] См.: Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. – М.: Норма, 2013. С. 25-26.
[21] См.: Там же. С. 15-16.
[22] См.: Там же. С. 26-27.
[23] См.: Лазарев В.В. История и методология юридической науки: университетский курс для магистрантов юридических вузов / В.В. Лазарев, С.В. Липень; под ред. А.В. Корнева. – М.: Норма, 2016. С. 23.
[24] Там же. В общем, довольно трудно понять позицию этих авторов, создается впечатление, что они главной своей задачей ставили не решение методологических проблем, а их постановку с целью навести читателя на разного рода размышления.

по поводу отношения составных частей юридической науки, которые можно выделить в связи с таким понятием – свойством науки, как истинность. Необходимо привести несколько точных цитат, чтобы можно было в достаточной мере оценить позицию авторов. «В самом общем виде позволительно выделить три разновеликие её части, каждая из которых претендует на звание науки, но не каждая таковой является в строгом значении этого слова. Первая часть, возможно, исторически самая древняя, может быть образно поименована «служанкой». Впрочем, таковой она и была на самом деле. Она не только не стремилась к поиску истины, но, напротив, использовала весь наличный инструментарий для увода от истины в угоду власть имущим, в угоду господствующему взгляду, к собственной выгоде. Вторую часть, отнюдь не объёмную, составляют ничем не обремененные поиски чистой истины по вопросам происхождения и сути государства и права, их назначения, наилучших форм, механизмов и функций. Речь идёт о научных исследованиях на самом высоком методологическом уровне с опорой на достижения науки предшествующих эпох. Эта наука не состоит в услужении у кого-либо, преследует собственный интерес, хотя не исключено, что её результаты будут использованы той или другой социальной силой. Третья часть – самая обширная. Следует рассматривать её в свете своего рода «социальной алхимии» со всеми теми плюсами и минусами, которые свойственны алхимии вообще. Да, усилия её тружеников нацелены на творчество, на поиск своего «золота», своего «философского камня», но усилия эти бесплодны»[25]. Думается, что авторами имеются ввиду не составные части юридической науки, а собственно наука и околонаучные области юридических знаний, идеологического или идеалистического характера.

Обратимся, наконец, к подходу И.Л. Честнова к структуре юридической науке, о котором мы уже говорили выше. «Если науку рассматривать как систему знаний, формализованную в теорию, то её структуру можно рассматривать с точки зрения её предмета… Проблемным вопросом здесь является введение в предмет юриспруденции неюридических понятий. Во-вторых, с точки зрения структурных элементов юридической теории как социального института. Такими структурными элементами можно считать научно-исследовательские программы, состоящие из ядра (их в структуре правоведения образуют институционализированные типы правопонимания – юридический позитивизм, социология права, теория естественного права, феноменология права и т.п.), защитного пояса, т.е. совокупности вспомогательных гипотез, предохраняющих ядро от фальсификации и изменяющихся от теории к теории, а также позитивной и негативной эвристик (методологических правил, способствующих позитивному развитию программы и ограничивающих множество возможных путей исследования). В-третьих, с точки зрения уровней науки. В связи с этим традиционно выделяются теоретические знания и эмпирические,

[25] Лазарев В.В. История и методология юридической науки: университетский курс для магистрантов юридических вузов / В.В. Лазарев, С.В. Липень; под ред. А.В. Корнева. – М.: Норма, 2016. С. 23.

отличающиеся тем, что первые служат идеализации (построению модели) изучаемого объекта, тогда как вторые ориентируются на непосредственное изучение объекта. С точки зрения современного науковедения к ним добавляется «метауровень» - философские основания науки. В связи с этим представляется целесообразным выделить философию права (верхний уровень), теорию права (средний уровень) и эмпирический (нижний) уровень»[26].

Позиция И.Л. Честнова представляется нам вполне адекватной конструкции юридической науки. Вместе с тем, хотелось бы также для построения полной картины состава науки о праве привести одну из хрестоматийных, учебных точек зрения на указанную проблему. В.Н. Протасов и Н.В. Протасова, рассматривая вопрос о составе юридической науки, отмечают что имеет право на существование следующий вариант её построения: а) общетеоретические науки (общая теория права и теория государства); б) историко-юридические науки (история права и государства, история учений о праве и государстве); в) науки, изучающие отдельные отрасли права; г) науки, изучающие международное право; д) прикладные (специальные) юридические науки, имеющие комплексный характер (криминалистика, судебная статистика, судебная медицина, судебная психиатрия и др.); е) науки, изучающие зарубежное право (римское право, конституционное право зарубежных стран и др.)[27]. Итоговый вариант состава (структуры) юридической науки как системы знаний, с учетом особенностей науки-деятельности и науки - социального института, на наш взгляд, должен выступать своего рода синтезом двух обозначенных подходов – уровневого подхода, а также в его рамках, в составе третьего уровня – видового подхода (выделения видов юридических наук).

Итак, необходимо выделять три уровня юридической науки как системы знаний. Первый уровень составляют знания, аккумулируемые философией права, социологией права, антропологией права, методологией юридической науки. Это, своего рода, юридическая «метафизика» не в смысле юридической философии, а в смысле того, что имеет место быть сверх юридической «физики» - юридического позитивизма или аналитической юриспруденции. Это парадигмальная сфера юридической науки, где решаются сущностные для права вопросы. Наука как деятельность в данной сфере носит характер комплексных междисциплинарных исследований, юриспруденция соприкасается с философией, антропологией, социологией, и рождаются мировоззренческие смыслы правовой сферы общественной жизни. В части понимания науки как социального института на этом уровне формируются парадигмы юриспруденции, исследовательские программы и прочие метанаучные конструкции, которые определяют предмет, принципы и логику исследований на нижестоящих уровнях юридической науки.

---

[26] История и методология юридической науки: учебник для вузов / под ред. Ю.А. Денисова, И.Л. Чеснова. СПб.: ИВЭСЭП, 2014. С. 198-199.

[27] См.: Протасов В.Н., Протасова Н.В. Лекции по общей теории права и теории государства. – М.: Городец, 2010. С. 33-34.

Второй уровень составляет блок дисциплин, традиционно объединяемых под названием «теоретико-исторические науки». Сюда относятся общая теория права, теория государства, история права и государства и история учений о праве и государстве. Суть этого уровня состоит в том, что здесь осуществляется смычка между метатеоретическими знаниями и конкретным юридическим материалом отраслей права, и на основе их соединения производятся теоретические обобщения, играющие роль универсальных общеюридических конструкций. Также юридические феномены на данном уровне изучаются с точки зрения общих закономерностей и конкретных этапов их становления и развития. При этом, научные исследования, как правило, осуществляются в рамках той парадигмы юриспруденции, которая в данный момент господствует в национальной юридической науки. Хотя это и не точное правило: скорее, на сегодняшний день, имеет место быть ситуация доминирования интегративной юриспруденции и плюралистического понимания права с очень сильными сегментами юридического позитивизма, социологической школы права и естественно-правового юснатуралистического направления. Также в рамках общей теории права и государства можно выделить две смысловые части: своего рода введение в юридическую специальность и аналитическую юриспруденцию.

В качестве методологической проблемы современной юридической науки на этом втором её уровне необходимо считать трактовку и восприятие теоретической науки о праве именно как теории государства и права (общей), а не теории юриспруденции. Думается, что такое наименование было выбрано не случайно, поскольку теория государства и права теорией юриспруденции может быть названа с большой натяжкой: отраслевые юридические теории – теории третьего уровня – отстаивают довольно значительную самостоятельность и предлагают собственный взгляд на многие общетеоретические вопросы – нормы права, источников права, иерархии источников, правоотношения, правового регулирования и т.п., которые могут существенно отличаться от принятых в общей теории права подходов. Каждая отраслевая наука при этом, образно выражаясь, «тянет одеяло на себя», подчеркивая свою предметную специфику, а общетеоретические исследования либо имеют «крен» в ту или иную отрасль, либо, не имея такового, носят весьма отвлеченный от отраслевых реалий характер.

Итак, третий уровень юридической науки – это отраслевые теории (отраслевые юридические науки). Таковых на сегодняшний день имеется достаточно большое количество, которое превосходит количество существующих в системе российского права правовых отраслей. Причём, каждая отраслевая наука имеет довольно своеобразные свои собственные принципы исследования, о чём мы несколько подробнее будем говорить в третьем разделе. Научная деятельность в рамках отраслевых юридических исследований обладает спецификой, определяемой до сих пор юридико-позитивистской парадигмой и завязана на изучении норм права, их толкования разными авторами, точек зрения разных авторов на них, а также в обобщении судебной и административной практики

применения этих норм. Случаются и отраслевые исследования более высокого научного характера, попытки отойти от позитивистского подхода, но они не составляют массового явления. С другой стороны, отраслевая проблематика на сегодняшний день довольно основательно исследована и реалистическим путём научного поиска как раз и является сфера соприкосновения отраслевых юридических наук с иными, в большей мере даже неюридическими дисциплинами.

Четвёртый уровень юридической науки составляют специальные юридические науки, где юриспруденция контактирует с техническими, естественными и отчасти гуманитарными науками, и на местах этих контактов образуются прикладные разделы юриспруденции – криминалистика, криминология, теория оперативно-розыскной деятельности, юридическая психология, юридическая лингвистика, судебная медицина, судебная психиатрия и т.п. Юридическая наука вследствие всеохватности права как социального регулятора, контактирует, смыкается, пересекается с другими науками на всех своих уровнях либо используя достижения иных наук (как, например, в учении о вине, соучастии, правосубъектности и т.п.), либо образует самостоятельные научные дисциплины.

Всё сказанное не означает, что названные уровни юридической науки представляют собой строгие чётко фиксированные ступени юридического познания, последовательно идущие одна за другой. Эти уровни весьма условные, поскольку каждая из юридических наук, находящихся на том или ином уровне, имеет и абстрактные метафизические элементы, и «чистую» теорию, и прикладной фундамент, такое же размежевание позволяет лучше понять сложный и неоднородный состав юридической науки, который, к тому же, является очень динамичным по своему характеру и не может не учитывать изменений социальной реальности правовой сферы – предмета правового регулирования.

К вопросу об уровнях знаний в юридической науке

В связке с проблематикой структуры юридической науки представляется необходимым также рассмотреть вопрос об уровнях юридической науки и о формах знаний на этих уровнях. В философии науки сложилось представление, согласно которому можно выделить эмпирический, теоретический и метатеоретический уровни научного знания[28]. Рассмотрим, что же представляют указанные уровни знаний применительно к юридической науке подробнее. Н.Ф. Бучило пишет, что «эмпирическое знание представляет собой совокупность научных фактов, образующих базис теоретического знания»[29]. В качестве уровней эмпирического знания, в свою очередь выделяются единичные эмпирические высказывания (т.н. «протокольные предложения»); научные факты;

[28] См.: Философия науки / под ред. С.А. Лебедева: учеб. пособие для вузов. – Изд. 6-е, перераб. и доп. – М.: Академический проспект, 2010. С. 139-166.
[29] Бучило Н.Ф., Исаев И.А. История и философия науки: учебное пособие. М.: Проспект, 2012. С. 195.

эмпирические законы; феноменологические теории[30]. В.М. Сырых, который подробно анализирует уровни знаний в юридической науке и формы знаний на этих уровнях, подчеркивает, что «научное знание эмпирического уровня – это не сами правовые явления и процессы, а достоверные знания о них»[31]. Таким образом, знания даже на эмпирическом уровне науки – это не объективная материальная действительность, а субъективные представления о ней, сформированные на основе восприятия этой действительности органами чувств конкретного исследователя, а все приборы, техника и т.п. – не более чем протезы органов чувств. «Таким образом, эмпирический уровень правовой науки – это совокупность знаний о конкретных, реально существующих или ранее существовавших политико-правовых явлениях, процессах, экономических и иных социальных явлениях, образующих объект правовой науки»[32].

«Теоретическое знание есть результат деятельности не рассудка, а такой конструктивной части сознания, как разум… Сущность деятельности разума может быть определена как свободное когнитивное творчество, самодостаточное в себе и для себя. Наряду с интеллектуальной интуицией основной логической операцией теоретического мышления является идеализация, целью и результатом которой является создание (конструирование) особого типа предметов – так называемых «идеальных объектов». Мир (множество) такого рода объектов и образует собственную онтологическую основу (базис) теоретического научного знания в отличие от эмпирического знания. Научная теория – это логически организованное множество высказываний о некотором классе идеальных объектов, их свойствах и отношениях»[33]. В качестве основных форм теоретического знания Н.Ф. Бучило называет научную проблему, гипотезу, теорию, принципы, законы, категории, парадигмы[34].

«Знания теоретического уровня правовой науки представляют собой результат более глубокого познания объекта правовой науки по сравнению с научными фактами. Они отражают не любые конкретные связи, свойства политико-правовых явлений и процессов, а только те из них, которые являются общими, устойчивыми, закономерными. Поэтому теоретические знания как знания, имеющие общий характер, являются абстрактными, лишенными сведений о непосредственном реальном бытии отражаемых ими конкретных явлений и процессов… Абстрактный характер теоретических знаний полностью компенсируется их другим достоинством: способностью отражать сущностное, необходимое, которое составляет основу явлений, процессов и определяет особенности их функционирования и развития»[35]. И в итоге В.М.

---

[30] См.: Философия науки / под ред. С.А. Лебедева: учеб. пособие для вузов. – Изд. 6-е, перераб. и доп. – М.: Академический проспект, 2010. С. 140-143.
[31] Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. М.: Норма, 2013. С. 52.
[32] Там же. С. 54.
[33] Философия науки / под ред. С.А. Лебедева: учеб. пособие для вузов. – Изд. 6-е, перераб. и доп. – М.: Академический проспект, 2010. С. 144.
[34] См.: Бучило Н.Ф., Исаев И.А. История и философия науки: учебное пособие. М.: Проспект, 2012. С. 199.
[35] Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. М.: Норма, 2013. С. 54.

Сырых дает следующее определение: «Теоретический уровень правовой науки – это совокупность знаний, отражающих закономерные связи, сущностные и иные общие признаки, свойства явлений и процессов, существующих в объекте правовой науки»[36].

Говорят, однако, ещё и об особом, метатеоретическом уровне научного знания, в том числе и в юридической науке. В философии науки дается достаточно подробная характеристика этого уровня, которая затем экстраполируется В.М. Сырых на юридические исследования. «Кроме эмпирического и теоретического уровней в структуре научного знания необходимо артикулировать наличие третьего, более общего по сравнению с ними – метатеоретического уровня науки. Он состоит из двух уровней: 1) общенаучного знания и 2) философских оснований науки… Общенаучное знание состоит из следующих элементов: 1) частнонаучная и общенаучная картины мира, 2) частнонаучные и общенаучные гносеологические, методологические, логические и аксиологические принципы… Необходимо подчеркнуть, что философские основания науки – это особый, промежуточный между философией и наукой род знания, который не является ни чисто философским, ни чисто научным. Философские основания науки суть гетерогенные по структуре высказывания, включающие в свой состав понятия и термины как философские, так и конкретно-научные…»[37]. Таким образом, метатеоретический уровень науки выступает, своего рода, «мостом», «перешейком» между философскими подходами к познанию и собственно научным знанием.

В.М. Сырых в структуру метатеоретического уровня юридической науки включает следующие знания, которые являются результатом исследований гносеологических, логических и методологических проблем познания объекта и предмета правовой науки:

1) положения и выводы правоведов об особенностях познания объекта и предмета правовой науки, в т.ч. о структуре познавательного процесса; о характере взаимосвязи отдельных стадий научного познания; о критериях научного знания о государстве и праве; о признаках, отличающих научное юридическое знание от обыденного, мифологического и других форм вненаучного знания;

2) методология правовой науки, раскрывающая структуру общих, специальных и частных методов, используемых для познания её объекта и предмета; характер взаимосвязи названных методов, а также их связи с всеобщими принципами научного познания; совокупность методологических правил, требований, составляющих содержание каждого отдельного метода, применяемого в правоведении;

---

[36] Там же. С. 55.

[37] См. подробнее: Философия науки / под ред. С.А. Лебедева: учеб. пособие для вузов. – Изд. 6-е, перераб. и доп. – М.: Академический проспект, 2010. С. 155-166.

3) конкретизированные применительно к специфике правовой материи правила, положения о путях применения в правовой науке законов и норм логики[38].

В качестве особого компонента метатеоретического уровня знаний юридической науки, со ссылкой на философские работы, В.М. Сырых называет ещё и аксиологические нормы и суждения о ценностях и целях научного познания, которые делятся на внутренние и внешние: внутренние аксиологические основания – это идеалы и нормы научного познания, призванные раскрыть ценность и особенности научного познания как вида познавательной деятельности человека; внешние – характеризуют отношения науки с обществом, культурой. «Среди них (знаний мтетатеоретического уровня – Е.К.) выделяют два вида знаний: 1) знания, характеризующие процесс познания государства и права, особенности взаимосвязи его стадий и научных ценностей; 2) правила, требования, которые ориентируют исследователей на совершение методологически грамотных действий в познании»[39].

Таким образом, система уровней знаний в рамках юридической науки вполне согласуется с разделением её на четыре уровня научных исследований, где в рамках каждого уровня имеют место быть эмпирические, теоретические и метатеретические исследования. Так или иначе, но юриспруденция как наука не может существовать как «вещь в себе», она тесно взаимосвязана и активно контактирует с другими науками и вненаучными областями знаний, что безусловно накладывает свой отпечаток на специфику структуры науки о праве.

1.3. Философские категории в юриспруденции

Вопрос о разного рода категориях является одним из наиболее важных для методологии науки, в том числе юридической. Категории определяют исходные положения понятийного аппарата науки, выступают в качестве методологических стержней, на которые опирается наука в своих исследованиях. При этом существует несколько уровней категориального аппарата, среди которых наивысшее положение занимают философские категории, выступающие мировоззренческими константами, определяющими представления человечества обо всех аспектах бытия. Помимо этого, собственными категориями обладают группы наук – естественные, технические, гуманитарные, социальные и т.п. Наконец, каждая наука обладает собственным категориальным аппаратом. Такого рода многообразие создает дополнительные сложности для определения того, что именно выступает категориями в том или ином случае, и о каких именно категориях идет речь. Особо выделяются также категории диалектики, подробно разработанные в рамках советской философии и методологии науки. Значение такого рода конструкций для юридической науки заключается в том, что все категории, начиная от категорий философии, и

[38] См.: Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. М.: Норма, 2013. С. 88.
[39] Там же. С. 89.

заканчивая непосредственно категориями правовыми, выступают составной частью методологического основания данной науки, определяя её гносеологическое строение.

В рамках настоящего параграфа, на наш взгляд, необходимо дать характеристику философским категориям в целом, с опорой на достижения современной философии и философии науки, а также проследить своеобразие проявления этих категорий в предметном поле юриспруденции. В базовых работах по методологии права, в частности, в трудах В.М. Сырых, Д.А. Керимова, Н.Н. Тарасова, И.Л. Честнова и некоторых других, такого рода проблема поднималась, предлагаются различные варианты её решения, наша задача – на основе анализа этих подходов выявить особенности проявления философских категорий в сфере правовой науки.

На сегодняшний день в отечественной философии существует ряд современных работ, посвященных учению о категориях, а также богатое наследие советского периода, работы, посвященные как категориям диалектики в целом, так и отдельным категориям диалектики. «Категории «не выводятся из природы и не сообразуются с ней как образцом». Напротив, природа сообразуется с категориями в том смысле, что мы видим природу, мир вообще таким, каким позволяют нам его видеть категории, присущие нам априорно и с необходимостью»[40]. Согласно этому высказыванию А.Н. Книгина категории предстают едва ли не самым главным инструментом познания мира, и сам этот мир мы видим именно таким, каким можем увидеть через призму категорий.

«Категории – это универсальные объективные формы мышления и бытия»[41], - такое определение предлагает А.Н. Книгин категориям. «Понятия, обозначающие категории, составляют существенную часть словаря философии. Без использования идей существования, объективного и субъективного, причины и цели, возможности и действительности и других понятий, обозначающих логико-онтологические категории, философский текст немыслим. Философская рефлексия категорий в некоторых случаях заметно меняет смысл понятий, обозначающих категории, в сравнении с их обыденным пониманием. При этом основной смысловой костяк остается неизменным, т.к. категории, будучи объективными формами мышления, суть данность, которую нельзя изменить произвольно, в том числе и через философскую рефлексию. Их можно лишь изучать и в этом изучении, возможно, уточнять смысл понятий, которые их обозначают»[42].

Аналогичным образом рассуждает Г.Д. Левин, отвечая на вопрос: «Можно ли сегодня открыть новые философские категории?». Он, в частности, пишет: «Мир давно поделен между философскими категориями: и аналитическими, и синтетическими, и обобщающими. Обнаружить новое предельно общее понятие – значит обнаружить ещё никому не известную определенность, которая была бы присуща если не всем объектам универсума, то основной их части… Можно

[40] Книгин А.Н. Учение о категориях: Учеб. пособие. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2002. С. 19.
[41] Там же. С. 10.
[42] Там же. С. 10.

придумать новый термин для давно известного понятия и объявить это новой философской категорией. Иногда это удавалось. Но открыть новую философскую категорию в настоящее время так же невозможно, как и новый материк. Действительный прогресс в их исследовании сегодня достигается движением в их поистине неисчерпаемое содержание»[43]. Из этих рассуждениях может следовать недвусмысленный вывод, что современный категориальный строй охватывает максимум возможных сторон бытия, что обусловлено и обуславливает крайне глубокое внутреннее содержание категорий, их универсальность. Категориям присущи и некоторые другие свойства, которые необходимо рассмотреть.

В качестве основных свойств категорий, которые выделяются в современной философии, А.Н. Книгин называет следующие:

1) как формы бытия и как формы мышления категории объективны; в онтологическом аспекте это означает, что понятия, обозначающие категории, называют или именуют не нами заданные или созданные, но нами познанные свойства бытия; в логическом аспекте объективность категорий означает, что категории нашего рассудочного мышления не зависят от нашего выбора; понятия, обозначающие категории, вырабатываются в языке, но сами категории существуют до всякого обозначения. Из объективности категорий вытекают два следствия: категории надиндивидуальны и наднациональны. Надиндивидуальность категорий означает, что основное логическое «устройство» мышления одно и то же у всех индивидов, общающихся на одном языке. Наднациональность означает, что мышление всех народов, говорящих на разных языках, имеющих различную грамматическую структуру, имеют одинаковую категориальную структуру[44].

2) универсальность категорий: категории, по мнению А.Н. Книгина, универсальны не в экстенсиональном (объёмном) смысле, а в интенсиональном, то есть в содержательном, смысле. «Можно сказать и так: категория рассекает универсум надвое. Из этого следует, что все категории имеют парный характер: в двух сопряженных понятиях выражается по существу одна категория»[45].

3) в логико-гносеологическом смысле категории априорны: во-первых с диалектико-исторической точки зрения, в сформировавшемся сознании субъекта категории не извлекаются из опыта, а предшествуют ему и формируют его, но также они формируются в процессе общественно-исторической практики, деятельности, которая, повторяясь миллиарды раз, закрепилась, по терминологии В.И. Ленина, в аксиомах логики. Отсюда вытекает, что категориальный строй отражает формы деятельности, но, сложившись, принимает участие (вместе с чувственным материалом) в формировании нашего образа мира (в тех чертах, которые являются общими для всех народов и всех индивидов), в этом заключается главная активная функция

[43] Левин Г.Д. Философские категории в современном дискурсе. М.: Логос, 2007. С. 10.
[44] См.: Книгин А.Н. Учение о категориях: Учеб. пособие. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2002. С. 33-34.
[45] Там же. С. 34.

категорий. А.Н. Книгин приводит также и второе понимание априорности категорий, однако указывает на то, что оно имеет отношение к естественным наукам[46], в связи с чем мы не будем его касаться. Кроме того, ученый рассматривает категории как особые формы мышления[47].

Есть и другие варианты понимания категорий. Так, Н.Ф. Бучило в учебном курсе по истории и философии науки, начиная освещение проблемы философских категорий с общего понятия категории, предлагает вниманию следующее определение: «Категория (греч. kategoria – определение, суждение) – предельно широкое понятие, в котором отражено существенное, типическое содержание явлений бытия и господствующих в нем отношений»[48]. «Как понятия категории являются необходимыми формами мышления. Как предельно широкие понятия категории претендуют на универсальное применение и описание мироздания в целом»[49]. Наконец, философские категории, по мнению Н.Ф. Бучило, - это предельно широкие понятия, в которых мыслятся всеобщие, существенные стороны, свойства, связи и отношения бытия[50]. Все указанные авторы, таким образом, определяют категории как предельно общие понятия, охватывающие своим неисчерпаемым объёмом и содержанием все стороны мыслимого человеком мироздания. Последнее уточнение необходимо сделать потому, что категории есть формы мышления, и вне мышления не существуют, хотя те стороны мироздания, которые они обозначают, конечно же имеют место быть и за пределами сознания человека. Рассмотрим теперь, какие именно категории выделяются современной философией[51].

Г.Д. Левин речь ведет о трех типах философских категорий: 1) понятия, объёмы которых представляют собой высшие роды сущего; 2) категории, предельные по содержанию; 3) субстратные философские категории[52]. Первые категории выступают предельными продуктами синтеза, вторые – предельные продукты анализа, третьи – предельные продукты обобщения. Завершая рассмотрение общей характеристики категорий, Г.Д. Левин резюмирует: философские категории – это предельные или универсальные понятия[53]. Как и А.Н. Книгин, Г.Д. Левин говорит об объективности категорий: «философские категории являются таким же продуктом познания объективной действительности, как и все другие наши знания, включая данные органов чувств. Они действительно упорядочивают опыт, но не просто так, а приводя его в более полное соответствие с порядком в объективном мире»[54]. Содержание философских категорий, по мнению

---

[46] См.: Там же. С. 34-36.
[47] См.: Там же. С. 36-39.
[48] Бучило Н.Ф., Исаев И.А. История и философия науки: учебное пособие. М.: Проспект, 2012. С. 84.
[49] Там же. С. 84.
[50] См.: Там же. С. 85.
[51] Думается, что для получения представления о том, что есть такое категории в современном философском дискурсе, вполне достаточно приведенных точек зрения, поскольку добавление иных позиций привело бы всего лишь к количественному увеличению информации без изменения её качественного состояния.
[52] См.: Левин Г.Д. Философские категории в современном дискурсе. М.: Логос, 2007. С. 6-8.
[53] См.: Там же. С. 13.
[54] Там же. С. 14.

Г.Д. Левина, можно раскрывать двумя способами: онтологическим и гносеологическим, при этом в первом случае описывается то, что категории отражают, во втором – та информация, которая в них содержится. Ещё одно свойство категорий он раскрывает, когда сопоставляет философские категории с философскими законами: категории ничего не утверждают и ничего не отрицают, поэтому они не истинны и не ложны[55].

Обобщая сказанное *философские категории* можно охарактеризовать как *предельно общие понятия, охватывающие своим содержанием всё известное человеку бытие мироздания, обладающие свойствами универсальности, объективности и априорности, и, в зависимости от логической операции, выступающие предельными продуктами анализа, синтеза и обобщения.* А.Н. Книгин на основе прагматического критерия рассматривает тот круг категорий, который, по его мнению, вошел в общий и неустранимый обиход философии, составляет часть её наиболее общего языка: объективное - субъективное, вещь – свойство, вещь – событие, существование – несуществование, материя – форма, причина – цель, возможность – действительность, часть – целое, внутреннее – внешнее, простое – сложное, необходимость – случайность[56]. Г.Д. Левин дает характеристику философским категориям в современном дискурсе с учетом той типологии, которая им предлагается в зависимости от мыслительной операции, результатом которой та или иная категория выступает: категории – предельные продукты синтеза: универсум, бытие и ничто, единое и многое, реальность; категории – предельные продукты анализа: материя и форма; категории – предельные продукты обобщения: объект, предмет, признак, качество и количество, свойство и отношение, тождество и сходство, противоположность и противоречие, абсолютное и относительное, связь, связь состояний, причинная связь, единичное и общее, необходимость, случайность, свобода, действительность и возможность, сущность и явление[57].

Н.Ф. Бучило дает несколько более адаптированную применительно к юридической науке картину категорий. В качестве основных философских категорий он называет следующие: вещь, связь, отношение, движение, взаимодействие, противоположность и противоречие, единичное, особенное, всеобщее, часть и целое, система, структура, элемент, содержание и форма, сущность и явление, качество, количество, мера, причина и следствие, случайность и необходимость, возможность и действительность[58]. Возможно, этот категориальный строй и не вполне согласуется с другими рассмотренными позициями, однако он более понятен для специалиста, занимающегося

---

[55] Там же. С. 15.

[56] Названным категориям посвящена большая часть работы А.Н. Книгина, при этом каждую категорию он рассматривает в свете представлений о ней. См. подробнее: Книгин А.Н. Учение о категориях: Учеб. пособие. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2002. С. 49-259.

[57] Подробнее см. анализируемую работу философа: Левин Г.Д. Философские категории в современном дискурсе. М.: Логос, 2007. 224 с.

[58] См. подробнее: Бучило Н.Ф., Исаев И.А. История и философия науки: учебное пособие. М.: Проспект, 2012. С. 95-121.

юридической наукой, поскольку большинство из них выступают основаниями для целых разделов как теории права, так и отраслевых юридических теорий.

Итак, повторим ещё раз в дидактических целях: *философские категории представляют собой предельно общие понятия (формы мышления), охватывающие своим объемом и содержанием все стороны мыслимого человеком мироздания*. Необходимо осмыслить, как такого рода феномены проявляют себя в рамках предметно-объектного поля юридической науки. А.М. Васильев в своё время писал, что «в правоведении философские категории определяют общий путь исследования, способ мысленного обобщения того круга общественных процессов и явлений, которые составляют предмет теории государства и права»[59]. Среди современных представителей теории и философии права наиболее очевидно (на первый взгляд) место и роль философских категорий в праве анализирует Д.А. Керимов. В одной из недавних его работ «Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права» (6-е изд., 2011 год) «основным познавательным категориям философии права» он посвящает целый раздел, где рассматривает такие пары, как отражение и опережающее отражение, историческое и логическое, конкретное и абстрактное, явление и сущность, содержание и форма, структура и элементы, отдельное и общее, целое и часть, анализ и синтез, системность, систематизация, комплексность, действительность и возможность, цель, средство, прогноз[60]. Однако, он не дает ни какого предварительного указание на то, как именно эти философские конструкции будут себя вести в правовом поле. Ввиду его исходная позиция по вопросу о роли философских категорий в праве может быть выявлена только на основе высказываний ученого по поводу соотношения общенаучной методологии и методологии права путём восхождения от абстрактного к конкретному.

«Методология права, - отмечает Д.А. Керимов, - не имеет каких-либо принципиальных отличий от всеобщей научной методологии, но, составляя её разновидность, обладает своей спецификой, которая определяется особенностями объекта, функцией и целью познания»[61]. Исходя из этого, а также рассуждений ученого о всеобщей методологии в целом, можно заключить, что философские категории как один из инструментов всеобщей методологии познания, не приобретают принципиальных отличий, оказываясь в правовом поле, а обладают лишь некоторой спецификой своего необъятного объёма и содержания исходя из особенностей объекта, предмета, целей и задач юридических исследований. Другими словами, предельные всеобщие универсальные понятия – философские категории – частью своего объёма и содержания проявляются в предметном поле правовой науки. Природа права, правовых явлений и процессов определяет ту часть объёма той или иной философской категории, или тот или иной сегмент её

[59] Васильев А.М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М.: Юрид. лит., 1976. С. 22.
[60] См.: Керимов Д.А. Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права. – 6-е изд. – М.: Изд-во СГУ, 2011. С. 92-334.
[61] См.: Там же. С. 95-96.

содержания, который приобретает определяющее значение в данном конкретном научном юридическом вопросе. Однако на саму категорию, на само её содержание, этот момент ни какого влияния не оказывает: свойства категории как таковой остаются неизменными.

В.М. Сырых, будучи убежденным оппонентом Д.А. Керимова (да и не только его), тем не менее, на страницах своей работы «Логические основания общей теории права. Том 1: Элементный состав», высказывает подобную точку зрения. Дабы не переписывать весь параграф «Почему, преломляя категории диалектики, советские юристы наломали немало дров?», посвящённый специфике проявления категорий диалектики в юриспруденции, приведем для иллюстрирования высказанного тезиса одну цитату: «Последовательно воплощая философские воззрения в познание правовых явлений, юрист получает возможность правильно определить исходные теоретические и методологические посылки исследования, сформулировать гипотезы и сконцентрировать внимание на их научном, теоретико-правовом обосновании. При этом диалектический материализм ориентирует познающего субъекта на поиск и открытие объективных знаний, а не мыслей, оценок и мнений, иных форм выражения субъективного знания об объективном. Нельзя забывать, что только философия исследует соотношение субъекта и объекта в познании и, следовательно, без учета её положений нельзя правильно определить пути и способы постижения исследуемой проблемы»[62]. Таким образом, и В.М. Сырых не поддерживает точку зрения о том, что философские категории в предметном поле правовой науки должны как-то трансформироваться, преломляться, а указывает лишь на необходимость при исследовании юридических вопросов учета положений философии, которая занимается разработкой категорий.

Н.Н. Тарасов не рассматривает непосредственно проблему философских категорий в праве. Однако в его работе можно найти рассуждения по поводу философских оснований юридических исследований, которые можно применить и к исследуемому нами вопросу. Он, в частности, предваряя параграф о юридических понятиях, отмечает, что правоведение, как и любая наука, функционирует в рамках некоторой философской «картины мира» как претендующей на истинность системы представлений о его устройстве, также в процессе исторического развития возникают определенные философские традиции, находящиеся в достаточно сложных отношениях и оказывающие влияние на все сферы жизни общества; однако в каждый конкретный период истории одна из таких философских традиций приобретает большее, иногда – господствующее влияние на общественное сознание, что делает приоритетными соответствующие представления о мире: в системе таких исходных представлений существует и наука[63]. Философские же категории, как мы выше убедились, оформляют эту картину мира, охватывая своим объёмом и содержанием

---

[62] Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 1. Элементный состав. – 2-е изд., стер. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2004. С. 208.

[63] См.: Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. – Екатеринбург: Изд-во Гум. Инст-та, 2001. С. 156.

все стороны мыслимого человеком мироздания, т.е. посредством философских категорий строится эта самая картина мира, в которой определенное место занимает наука и научные представления, в том числе о праве и правовых феноменах.

Из всего сказанного вытекает вполне очевидный вывод: философские категории в предметном поле юриспруденции остаются философскими категориями – предельно общими универсалиями. И юриспруденция является лишь одной из граней мироздания, в предметном поле которой содержатся лишь некоторые части объёма и содержания категорий философии. Следовательно, ни какого особого смысла категории не приобретают, а в правовой сфере присутствуют лишь их отдельные сегменты, выступающие составляющими объекта и предмета юридической науки. Исследование же проявлений философских категорий в праве должно исходить из их философского смысла, этим смыслом определяться и на этом смысле основываться. При этом, нельзя игнорировать философские законы и философское содержание категорий, поскольку использование таких категорий в предметном поле правовой науки есть всего лишь частный случай, который должен соответствовать общим принципам, в противном случае перед нами уже искажение смысла категории, к содержанию её не имеющее ни какого значения.

1.4. Правовые категории в юриспруденции

Как указывали римские юристы (Дигесты Юстиниана, книга 50, ст. 202), «в цивильном праве всякое определение опасно, ведь недостаточно того, чтобы оно не могло быть опровергнуто». Страх профессионалов казуистического правоприменения перед общими определениями объясним, ведь стиль юридического мышления, а следовательно, и методологии познания правовых явлений римских юристов принципиально отличался от стиля континентальной правовой системы, он более близок, скорее, англосаксонскому стилю, т.е. является дедуктивным, а не индуктивным. При этом даже на уровне Дигест римские юристы не перешагнули порог абстрагирования, а были сохранены все черты классического римского юридического метода разрешения отдельных казусов. Это, однако, не мешало стать римскому праву ratio scripta для, в первую очередь, средневекового, да и для современного европейского права в том числе. Однако, с формированием в Новое время науки как особой сферы человеческого познания, юриспруденция также стала проникаться научным духом позитивизма и рациональности как главного гносеологического средства, и на сегодняшний день континентальная юриспруденция (а также российская) уже немыслима как нечто ненаучное и не имеющее своего собственного понятийно-категориального аппарата.

Специфика любой науки выражается в особом стиле мышления и подходе к определению, анализу и оценке понятий и явлений. В силу этого, наряду с философскими категориями в рамках

любой науки, в т.ч. юридической, принято выделять частнонаучные категории (в нашем случае – правовые категории), которые используются в отдельных областях научного знания, выступают как результат обобщения знаний о локальной и специфичной области познания.[64] «Именно в правовых категориях зафиксирован общий итог научного познания объективной сущности как общественного явления»[65], - пишет А.М. Васильев. А.А. Рудаков дает собственное определение научной категории на основе анализа философской специфики понимания категорий в целях разработки теории правовых категорий: «Научная категория – это развитая форма абстрактного мышления человека, предельно отражающая и обобщающая существенные свойства и связи предметов, явлений и процессов объективного мира в виде содержательных образов, выполняющая логико-гносеологическую и методологическую функции в познании окружающей действительности»[66]. Из такого определения научной категории сложно ввести её отличительные черты от философской категории. Однако А.А. Рудаков формулирует пять существенных особенностей на основе указанного определения: 1) научная категория – это результат сознательной и волевой мыслительной деятельности человека; 2) категории отражают, описывают, формулируют существенные свойства и закономерности объективной среды; 3) научная категория не просто описывает свойства предметов и явлений, но и обобщает их; 4) научные категории предельны в рамках данной системы знаний; 5) научные категории фундаментальны, т.е. играют в процессе познания логико-гносеологическую и методологическую роль[67]. Признавая обоснованность и научную состоятельность точки зрения А.А. Рудакова, необходимо отметить, что с помощью выделяемых им свойств категорий их можно отграничить от обычных понятий науки, не являющихся категориями, однако для разграничения между научными категориями и философскими категориями они вряд ли могут служить.

Думается, что ключевым критерием разграничения между этими категориями будет выступать предметное поле, в котором они выступают формами мышления. Если философские категории выступают предельно общими универсальными понятиями, охватывающими своим объёмом и содержанием все сферы мыслимого человеком мироздания, то научные категории (в нашем случае – частнонаучные категории) являются такого рода предельно общими универсальными понятиями применительно к предметному полю данной науки, и за пределами этого поля категориями не являются. При этом, в рамках частной науки категории должны пронизывать подавляющее большинство структурных компонентов её предметного поля, в противном случае они будут представлять собой понятия науки, не являющиеся категориями.

---

[64] См.: Бучило Н.Ф., Исаев И.А. История и философия науки: учебное пособие. М.: Проспект, 2012. С. 85.
[65] Васильев А.М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М.: Юрид. лит., 1976. С. 90.
[66] Рудаков А.А. Парные юридические категории: теория прав и обязанностей: монография. – М.: Проспект, 2016. С. 20.
[67] См.: Там же. С. 20-21.

Если экстраполировать ту типологию, которую предлагает Г.Д. Левин применительно к философским категориям (см. параграф 1.4), то в рамках любой частной науки категориями будут являться предельные продукты анализа, синтеза и обобщения.

Подчеркивая важность рассмотрения вопроса о правовых понятиях и правовых категориях именно в контексте истории и методологии юридической науки, сошлемся прежде всего на мысль, высказанную А.М. Васильевым – автором практически единственного на сегодняшний день научного трактата о правовых категориях в отечественной юриспруденции. Он пишет, в частности, что изучение правовых категорий и выяснение понятийной структуры теории права с позиций диалектической логики помогает совершенствовать инструментарий юридической науки а следовательно, увеличивают возможности успешного решения стоящих перед ней задач, в связи с чем проблема правовых категорий выступает не просто как науковедческая, а как методологическая проблема юриспруденции[68]. «Категориальный аппарат теории права выражает и подытоживает полученные знания о праве. Именно он придает качественную определенность правовому научно-теоретическому мышлению, фиксирует структуру фундаментальных знаний о праве и логику их развития, проявляющуюся в системе основных юридических понятий – категорий»[69]. А.А. Рудаков в новейшем исследовании, посвящённым парным юридическим категориям, развивает эти мысли: «В общем виде значение категориального метода в юриспруденции (построения системы юридических категорий) мы видим в следующем: использование категориального метода способствует объединению знаний о государстве и праве, расчлененных в специальных юридических науках, позволяет подняться над множеством мнений, подходов, теоретически воссоздать их общую картину и тем самым содействовать целостности познавательной деятельности во всех областях юридической науки»[70]. Правовые категории, таким образом, структурируют научный материал юридической науки, выступают, своего рода конструктивными опорами юридического языка, правовые же понятия представляют собой лексический состав этого языка. Взаимосвязи же между правовыми понятиями и категориями, наряду с инструментарием юридико-технических приёмов и средств, можно трактовать как важнейшую составную часть «грамматики» языка права.

Перейдём к рассмотрению представлений о правовых категориях, которые сложились на сегодняшний день в работах по методологии юридической науки. Прежде всего необходимо согласиться с А.М. Васильевым в том, что каждая наука, постигая свой предмет в своеобразных понятиях, выступает как специфическая логика теории данного предмета, поэтому категориальный аппарат теории права не может рассматриваться в качестве модификации

---

[68] См.: Васильев А.М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М.: Юрид. лит., 1976. С. 8.
[69] Там же. С. 10.
[70] Рудаков А.А. Парные юридические категории: теория прав и обязанностей: монография. М.: Проспект, 2016. С. 6.

категорий философии, понятийный строй теории права есть теоретическое отражение диалектики правовой действительности и её проявлений[71]. Ученый в этом утверждении подчеркивает две специфические особенности правовых категорий, выступающие, своего рода, предпосылками характеристики их сущности и их набора: во-первых, правовые категории носят в определенной степени самостоятельный характер по отношению к категориям диалектики и к философским категориям в принципе, в той степени, что они не дублируют и не повторяют эти категории, хотя по своему смыслу могут являться составными частями таких категорий; во-вторых, своеобразие правовых категорий определяется особенностями предмета правового регулирования и предмета юридической науки.

В качестве ещё одной особенности правовых категорий А.М. Васильев называет двойное отражение: «Если рассматривать правовые категории и понятийный аппарат теории права в той их части, в которой осмысливаются правовые установления, можно констатировать, что правовые категории по сравнению с нормами права отражают процессы реальной действительности как бы опосредствованно. Иными словами, здесь имеют место разные уровни отражения. В правовых нормах всегда в какой-то мере выражен опыт организации общественных отношений, осмыслены и отражены существующие социальные процессы. Поэтому о правовых категориях в определенном смысле можно говорить, что они удваивают отражение, являются отражением отражения»[72]. С таким утверждением можно согласиться только в одном случае, а именно когда мы признаем, что содержание правовых категорий и правовых понятий определяется действующим позитивным правом, и зависит в первую очередь от этого права, а уже потом от социальной действительности. Однако, думается что содержание правовых категорий (и даже правовых понятий в большинстве своём) отражает специфику предмета правового регулирования, а уже затем вводится в правовые тексты или используется при их толковании. Ведь для того чтобы урегулировать общественные отношения post factum, или, тем более, на опережение, необходимо получить какое-то представление о предмете правового регулирования и оформить это представление в правовых терминах, связках между ними, которое уже затем может стать, а может и не стать нормой права. А.А. Рудаков, например, отмечает, что представления, отражающие свойства юридических явлений, относительно субъективны, а следовательно, относительно субъективны и юридические категории, поскольку являют собой не саму систему реальных свойств предметов и явлений, существующих в окружающем нас мире, а проекцию этих свойств в

[71] См.: Васильев А.М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М.: Юрид. лит., 1976. С. 43.
[72] Там же. С. 49-50.

сознании человека, их выявление и описание[73]. Такой подход нам представляется более адекватным, нежели представление о правовых категориях как о двойном отражении.

Что характерно, А.М. Васильев далее пишет как раз о том, что в теории права понятия выступают как логическая форма постижения сущности правовых явлений, как отражение закономерного и особенного в правовой действительности, они не априорны а адресованы кругу объективно существующих правовых явлений, представляют собой результат синтеза правовых предписаний, квинтэссенцию юридических знаний[74]. Такого рода объяснение правовых понятий и категорий в большей степени соответствует тому общему представлению о категориях, которое было нами рассмотрено ранее.

А.А. Рудаков высказывает свои определенные возражения по поводу трактовки правовых категорий как «отражения отражения», необходимо привести их в качестве дополнительной аргументации против такого рода трактовки. «Во-первых, нормативно-регулятивные средства права сами представляют собой проявление действительности, поскольку, отделяясь от человека, существуют относительно объективно. Во-вторых, они фиксируют определенный опыт, практику определенных общественных отношений. В-третьих, преследуют практические цели – регулирование общественных отношений, установление правопорядка. В-четвертых, знания, помещенные в праве, ограничены моментом издания юридического источника, т.е. перестают развиваться. И, наконец, в-пятых, государственно-правовая действительность не исчерпывается правовыми нормами, принципами, целями и т.д.»[75]. Думается, что здесь не хватает главного, о чём мы говорили: сам массив правовых текстов, правоотношений и правосознания выражается в правовых понятиях и правовых категориях, которые описывают правовую действительность и позволяют формулировать общеобязательные правила поведения нормативного и индивидуального характера.

Интерес в рамках настоящего исследования представляет то общее определение правовых научных понятий, которое предлагается А.М. Васильевым: «Правовые научные понятия – это содержательные, предметные образы, которые воспроизводят в мышлении (идеально) объективную суть реальных процессов правовой действительности и отношений, существующих в ней, и выражают специфически правовую качественную определенность данных явлений и процессов»[76]. От ответа на вопрос о том, что собой представляют собой правовые понятия, А.М. Васильев переходит к рассмотрению правовых категорий. «В логическом аппарате любой науки

---

[73] См.: Рудаков А.А. Парные юридические категории: Теория прав и обязанностей: монография. М.: Проспект, 2016. С. 30.
[74] См.: Васильев А.М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М.: Юрид. лит., 1976. С. 56.
[75] Рудаков А.А. Парные юридические категории: Теория прав и обязанностей: монография. М.: Проспект, 2016. С. 37.
[76] Васильев А.М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М.: Юрид. лит., 1976. С. 56.

главную теоретическую нагрузку несут её основные, фундаментальные понятия-категории. Их строй определяет систему знаний в данной области науки… Правовые категории – это предельные по уровню обобщения фундаментальные абстрактные понятия теории правоведения»[77]. Получается, что ключевым отличием правовых категорий от всей массы правовых понятий, по мнению А.М. Васильева, выступает то, что это всего лишь предельно общие фундаментальные абстрактные понятия. Выработку таких категорий ученый относит к специфической задаче теории права.

А.А. Рудаков предлагает свою трактовку юридических категорий и выделяет перечень их особенностей. «Юридическая категория – это развитая форма абстрактного мышления человека, предельно отражающая и обобщающая существенные свойства и связи явлений и процессов объективно существующей государственно-правовой организации общества в виде содержательных образов, используемых юридической наукой в качестве своего метода»[78]. В качестве особенностей именно юридических категорий ученый предлагает выделять следующие:

1) особый объект отражения: юридическая категория описывает свойства и связи явлений и процессов государственно-правовой организации общества; юридические категории отражают качественную определенность явлений и процессов государственно-правовой организации общества, которая, как преимущественный объект отражения, служит критерием разграничения юридических и иных научных категорий;

2) использование в рамках юридического знания: юридические категории выполняют методологическую функцию в познании окружающей нас действительности, являются методом юридической науки, целостной теорией отражаемого объекта государственно-правовой организации общества;

3) возможность иметь правовую форму: юридические категории позволяют оценить определенные общественные процессы с точки зрения правовой формы, в которой они протекают и проявляются; формальность – это существенное свойство права, а связь с правом (связанность правом) – существенная черта государства[79].

Получается, что по мнению А.А. Рудакова юридические категории определяются спецификой предмета юридической науки, выступают в качестве составной части метода юридической науки, а также имеют особую правовую форму – обладают формальной определенностью. Кроме того, нельзя отбрасывать и тезис А.М. Васильева о том, что правовые категории – это предельно общие фундаментальные абстрактные понятия. Таким образом, синтезируя выше рассмотренные трактовки искомого родового понятия, *правовые категории*

---

[77] Там же. С. 56-57.
[78] Рудаков А.А. Парные юридические категории: Теория прав и обязанностей: монография. М.: Проспект, 2016. С. 42.
[79] См. подробнее: Рудаков А.А. Парные юридические категории: Теория прав и обязанностей: монография. М.: Проспект, 2016. С. 42-43.

можно определить как *предельно общие абстрактные фундаментальные понятия юридической науки, содержание которых определяется своеобразием предмета юриспруденции, при этом они выступают составной частью метода юриспруденции и обладают формальной определенностью.*

Необходимо хотя бы схематично представить себе основные составляющие системы юридических категорий. Прежде всего обратимся к фундаментальному трактату о правовых категориях периода советской юридической науки. А.М. Васильев в качестве основной категории в системе юридических категорий выделяет «государственную волю господствующего класса». Остальные категории он группирует в «структурные понятийные ряды», называя в качестве опорных рядов норму права, систему права, формы (источники) права, социалистическую законность, осуществление права, правоотношение, правопорядок, а также ряды категорий правового генезиса, исторических типов права, функциональный ряд категорий механизма правового регулирования, принципов права, а также ведёт речь о парных правовых категория, называя среди таких норму права и правоотношение[80]. В свете той эпохи такого рода подход к главной юридической категории вполне объясним. Однако на сегодняшний день выводить правовые категории из воли господствующего класса весьма проблематично, поскольку право само по себе автономно, и может не определяться в полном объёме и напрямую волей господствующего класса, ведь господствующий класс может навязывать, продвигать свою волю, используя иные, более динамические способы, а право, идущее в ряду с другими социальными регуляторами, далеко не самое удобное для этого средство. «Категория «государственная воля господствующего класса» действительно не может использоваться в качестве универсальной основы построения системы категорий юриспруденции, особенно для характеристики её структурных связей, поскольку недостаточно полно обобщает все структурные элементы государственно-правовой действительности»[81], - отмечает по поводу позиции А.М. Васильева А.А. Рудаков. Один из аспектов сущности права действительно вряд ли способен выступить центральной категорией юриспруденции, тогда необходимо было бы выделять свободу, справедливость, ответственность, законный интерес, общую волю и т.п., мерой которых является право в обществе. Думается, что центральная категория правовой науки, если таковая в масштабах всеобщей юриспруденции вообще может быть, должна быть предельно универсальной, удовлетворяющей разнообразным «происками» типов правопонимания.

Современному состоянию юридической науки и практики в большей степени адекватен подход, предлагаемый А.А. Рудаковым. Он указывает ещё и на то, что «в качестве критериев

---

[80] Васильев А.М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М.: Юрид. лит., 1976. Не вдаваясь в подробности принципов построения системы категорий, предлагаемых А.М. Васильевым, ввиду того что параграф работы по методологии юридической науки в принципе не сможет вместить анализа представленных в юридической науке подходов, мы рассмотрим только названные учёным категории.

[81] Рудаков А.А. Парные юридические категории: Теория прав и обязанностей: монография. М.: Проспект, 2016. С. 62.

построения системы юридических категорий должны рассматриваться сами устойчивые, объективные, повторяющиеся связи (законы) как между явлениями объективно существующей государственно-правовой действительности, так и между категориями, отражающими эту действительность»[82]. И далее ученый предлагает своё собственное видение центральной юридической категории, а также оснований её выделения и построения всей категориальной системы. Представляется необходимым привести объёмную цитату из работы А.А. Рудакова для более точного понимания этого подхода. «Полагаем, что избежать «мировоззренческих» кренов в выборе исходной системообразующей юридической категории позволит подход, в рамках которого должна быть выбрана научная категория, максимально полно и обобщённо фиксирующая бытие не только права, но и государства, их связи и взаимные переходы. Такая юридическая категория должна включать в свой объём объёмы иных категорий и понятий, раскрывающих её содержание. Более предпочтительно, на наш взгляд, использовать в качестве фундаментальной и обобщающей категорию «государственно-правовая организация общества» или «государственно-правовая система». Эти категории максимальны для государства и права, отражают их бытие. В то же время они фиксируют внутренние и внешние связи и взаимодействия государства, права и иных явлений окружающей нас действительности»[83]. В целом соглашаясь с таким подходом, хотелось бы отметить, что специфика предмета юридической науки вполне допускает использование понятия «правовая система общества», поскольку, по точному выражению В.С. Нерсесянца, «предмет юридической науки – это сущностные свойства права и государства в их понятийно-правовом постижении и выражении; это понятие права, включающее в себя соответствующее правовое понятие государства и выражающее сущностные свойства права и государства»[84]. Понятие правовой системы, таким образом, сможет выступить полноценной центральной категорией юридической науки, определяющей её категориальную систему. Необходимо согласиться с В.В. Сорокиным, который под правовой системой понимает «целостный комплекс правовых явлений и процессов (позитивное право, правообразование, реализация права, правосознание), складывающийся в результате их взаимосвязи и взаимодействия и характеризующий их юридическое воздействие на общественную жизнь»[85].

Механизм (алгоритм) развертывания системы юридических категорий, т.е. выявления связей между ними, по мнению А.А. Рудакова, выглядит следующим образом: за исходной категорией следуют основные правовые категории, которые в той или иной степени подходят к любому государству и праву, ко всем этапам их развития, далее располагаются связанные с основными

---

[82] Там же. С. 56.
[83] Там же. С. 62-63.
[84] См. например: Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2004. С. 9.
[85] Сорокин В.В. Теория государства и права переходного периода: учебник. – Барнаул: ОАО «Алтайский полиграфический комбинат», 2007. С. 186.

категориями те категории, которые раскрывают их структуру, функции, форму, генезис и т.д., и наконец, отражаются и менее общие подсистемы правовых понятий[86]. Здесь демонстрируется дедуктивный подход – от общего к частному, но почему же невозможно обратное? Думается, что есть все основания применить тот подход, который Г.Д. Левин демонстрирует по отношению к философским категориям.

Суть этого подхода, как указывалось ранее, состоит в делении всех категорий на три типа: предельные продукты анализа, предельные продукты синтеза и предельные продукты обобщения[87]. При этом нельзя не учитывать и концепцию категорий А.Н. Книгина, в соответствии с которой любая категория имеет свою пару, своего «оппонента», и при этом эта пара делит всю реальность (в данном случае – правовую реальность) на две непересекающиеся половины[88]. Кроме того, синтез данных подходов к типологии правовых категорий вполне сочетается с тем общим понятием правовой категории, которое было дано нами несколько ранее.

Итак, если в качестве самой центральной правовой категории рассматривать **правовую систему** – целостный комплекс правовых явлений и процессов, взаимосвязанных и взаимообусловленных, отражающих юридическое воздействие на общественные отношения, и позицировать её в качестве предельного продукта синтеза, то оппонировать ей будет категория, которая обозначает ту реальность, на которую направлено это воздействие, т.е. **предмет правового регулирования**. Если говорить о категориях - предельных продуктах анализа, то в качестве пары этого уровня необходимо считать, например, норму права и юридический факт, субъективное юридическое право и субъективную юридическую обязанность, запрет и его соблюдение как форму реализации, и т.п. В качестве предельных продуктов обобщения могут быть рассмотрены форма права, система права, правосознание, правоотношение, юридическая ответственность и т.п. Безусловно, данную систематику юридических категорий можно считать примерной, рабочей, своего рода наброском, эскизом в рамках рассмотрения общих вопросов методологии юридической науки, и она нуждается в дальнейшей разработке. Думается, что для целей настоящей работы такого обзора проблематики правовых категорий будет вполне достаточно.

После рассмотрения характеристики категорий правовой науки можно перейти к общему анализу своеобразия юридических понятий. В литературе по формальной логике, курс которой когда-то выступал неотъемлемой частью высшего юридического образования России, говорится, что «понятия – это форма мышления, отражающая предметы в их существенных признаках»[89]. В качестве показателей, характеризующих понятие, называют его объём и содержание:

---

[86] Рудаков А.А. Парные юридические категории: Теория прав и обязанностей: монография. М.: Проспект, 2016. С. 63.
[87] См.: Левин Г.Д. Философские категории в современном дискурсе. - М.: Логос, 2007. С. 6-10.
[88] См.: Книгин А.Н. Учение о категориях: учебное пособие. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2002.
[89] Кириллов В.И., Старченко А.А. Логика: Учебник для юридических вузов. Изд. 5-е, перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2004. С. 30.

«Содержанием понятия называется совокупность существенных признаков предмета, которая мыслится в данном понятии. Множество предметов, которое мыслится в понятии, называется объёмом понятия»[90]. Таким образом, любое понятие есть форма мышления, охватывающая признаки мыслимого понятием предмета, а также некоторую совокупность самих предметов, подразумеваемых этим понятием. Категории, как мы видели выше, также выступают формами мышления – предельно общими понятиями.

Н.Н. Тарасов, характеризуя взаимосвязь юридических понятий и предмета правоведения, выделяет несколько групп правовых понятий. «Отличительной особенностью понятий правовых теорий является их возникновение не в процессе знакового оформления рефлексии над юридической практикой и репрезентации правовой реальности в предмете юридической науки, а при осуществлении теоретической организации самого научного предмета в рамках той или иной научной парадигмы»[91]. Таким образом, первой группой выступают понятия юридической теории, которые являются производными от предшествующего познания правовой действительности обобщающими конструкциями. Далее он отмечает, что в понятийном строе правоведения можно выделить понятия, генетически возникающие в других областях знания, но в связи с практическими целями или исследовательскими задачами «втянутые» в сферу права, правоведения, получившие собственно юридическое содержание и приобретшие статус правовых в силу их укоренения в понятийном строе юридической науки; возникая и существуя в собственных областях, они содержательно адаптируются к характеристикам юридической науки и особенностям юридической практики, приобретают отличный от своего прототипа объём, включаются в систему юридических понятий, т.е. участвуют в формировании предмета науки[92]. Указанную группу нельзя считать собственно юридическими понятиями, они лишь приобретают особый юридический сегмент содержания, оставаясь, при этом, генетически связанными с тем научным полем, которое вызвало их к жизни.

Наконец, третья группа, по мнению Н.Н. Тарасова, - «понятия других наук и областей знания, вовлекаемые в «понятийный оборот» юриспруденции для получения представлений о явлениях, имеющих или практическое юридическое значение, или обеспечивающие смысловые переходы юридического исследования в иные науки и области знания»[93]. При этом необходимо добавить, что такого рода заимствованные понятия не могут в предметном поле правовой науки использоваться произвольно, а обязательно должно учитываться их исходное значение, иначе перед нами уже будет качественно иное понятие.

Р.В. Насыров выделяет следующие *особенности юридических понятий:*

---

[90] Там же. С. 34.
[91] Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. – Екатеринбург: Изд-во Гум. Инст-та, 2001. С. 161.
[92] См.: Там же. С. 165.
[93] Там же. С. 166.

- *юридические понятия носят условный характер*: юрист исходит из того, что право носит официальный характер, и для признания того или иного явления юридическим оно должно не только обладать соответствующими объективными признаками, но и быть названо юридическим в соответствующих официальных текстах (например, в результате развития общественной жизни могут возникнуть общественно опасные деяния, но они становятся юридическими правонарушениями только после соответствующего внесения изменений в законодательство); кроме того, активно применяемым и важным с точки зрения правового регулирования выступает прием использования юридических фикций в законодательстве, где фикция – признание в качестве существующего факта, который отсутствует в объективной действительности (пример своеобразия юридического мышления);

- *юридические категории носят формальный характер*. Для признания того или иного явления юридическим необходимо, чтобы оно было таковым не только по содержанию, но и по форме. Итак, для достижения юридически значимых последствий необходимо строгое соблюдение процедуры и формы. Достижение определенных правовых последствий предполагает совершение определенных формальных, процедурных действий. Если процедура была нарушена, последствия не наступают. Поэтому алгоритм мышления юриста таков: в начале явления анализируются по форме, а уже потом – по содержанию. Во всяком случае для юриста форма так же важна, как и содержание.

- юридические понятия, как правило, носят *реляционный характер*, т.е. имеют то или иное содержание в зависимости от конкретной ситуации;

- юридический стиль мышления характеризуется *конкретностью*; забвение прикладного характера юриспруденции и перенесение акцентов на исследование типичных закономерностей, разработку и предложение изменений в правовой текст и юридическую практику, приводит к тому, что качество и эффективность законов определяются лишь тем, какие идеи и теоретические конструкции воплощены в этом законе, а не от конкретного результата и эффективности правового регулирования (приведенное соображение наилучшим образом характеризует фраза: законы, которые не реализуются в социальной практике, называются саженцами, прививаемыми на бесплодную почву);

- юридические понятия и сам процесс правового регулирования характеризуются *нормативностью*, т.е. если регулируются типичные, повторяющиеся общественные отношения, то они должны регулироваться однообразно. Регулируя конкретное общественное отношение нормативно, воздействию подвергается вся сфера общественной жизни.

Представляется необходимым согласиться с таким подходом. Необходимо только добавить, что есть определенная разница между юридическими понятиями как таковыми и дефинитивными нормами права, т.е. нормами, которые закрепляют законодательное (нормативно-правовое)

содержание того или иного понятия. Юридические понятия как таковые в первую очередь должны отвечать научным требованиям, т.е. определяться с научной точки зрения точно и аргументировано. Что же касается законодательных дефиниций, то именно они характеризуются большей частью тех свойств, которые придает правовым понятиям Р.В. Насыров, хотя с точки зрения научности далеко не всегда можно говорить о их состоятельности. Но главная задача юридических понятий – адекватно отражать предмет правового регулирования и в силу этого обеспечивать эффективность правовой системы.

Понятийно-категориальный аппарат юриспруденции, в совокупности с философскими категориями, составляет основу метода юридической науки, это, своего рода, словарный (лексический) состав языка, на котором право «говорит» с общественными отношениями, придавая им именно тот вид, который необходим для нормального развития человека, общества и государства. Поэтому полноценное юридическое (как научное, так и прикладное) познание возможно только при усвоении юридических понятий и категорий, а также при адекватном представлении о проявлении философских категорий в праве. Именно это обусловливает роль и значение философских категорий, правовых категорий и правовых понятий в методологии юридической науки.

1.5. Подходы и методы юридической науки: вопросы теории права

Расчет исключительно на самоорганизацию правовой действительности, абсолютизация метода проб и ошибок абсурдны. В целях выработки прогноза развития отечественной правовой системы мы обращаем внимание на, пожалуй, главную сущностную ее особенность – прочную духовно-культурную основу. Эта основа содержит многовековые религиозные и нравственные устои (прежде всего заповеди Божьи, идеалы любви, добра и красоты, приоритет духовного над материальным, взаимопомощь, уважение к человеческому достоинству, тесная связь права с религией). По этой причине российскую правовую систему невозможно строго относить к романо-германской правовой семье. Отечественная правовая система остается уникальной в своей самобытности. Нами обосновывается идея о том, что именно в духовно-культурной основе российской правовой системы заключены ресурсы успешного реформирования как ее самой, так и общества в целом. Построение правового общества и правового государства в России видится нам на путях всемерного учета традиций отечественной правовой культуры, не отрицания, а, наоборот, упрочения самобытной духовно-сущностной константы российской правовой системы. Эта концептуальная идея может быть положена в основу стратегии российских реформ.

Ответы на сложнейшие методологические вопросы возможно дать в рамках духовно-культурного, а не формально-юридического подхода. **Духовно-культурный подход** дает

возможность акцентировать внимание не на поверхностных, а на глубинных, общекультурных, первичных, фундаментальных, духовных основаниях права. С помощью этого подхода правовая реальность интегрируется в духовно-ментальный, нравственный, культурологический страт социума, синтезирует разнообразные юридические явления в один, общий контекст.

Без понимания духовно-культурных основ права все типы правопонимания обречены на неполноту, фрагментарность. Духовно-культурный подход позволил нам рассматривать правовые реалии не в виде самодовлеющих, изолированных социальных величин, объединенных лишь в правовую систему, а в форме их органической включенности в единый дух и культурную традицию российского общества, в виде их всеобщей связанности с иными феноменами человеческой цивилизации. Движение юридического духа в данном общекультурологическом контексте не является хаотическим и безсмысленным, а представляет собой лишь составную часть общего развития духа общества.

Духовно-культурный подход позволяет сформировать модель бытия права сквозь мировоззренческие и ментальные предельные смыслы. Дух права при этом открывается через все его метафизические измерения (истина, добро, красота) в диалектике личностной и надличностной духовности, через весь комплекс духовности русской национальной культуры. Нам не пристало стыдиться своей культуры, ведь сколь бы однополярным не становился мир, Америка так и не стала резервуаром вселенской духовности. Между тем опыт дискуссий на международных форумах демонстрирует значительное превосходство эрудиции и широты мышления российских ученых, в то время как западная юридическая мысль застыла в упрощенных стереотипах.

Импульс возрождения отечественного правоведения нам видится в использовании богатейшего религиозно-философского наследия. Сопоставление категорий и ценностей современной юриспруденции с религиозно-нравственным наследием имеет огромное научное значение и не может не интересовать ученого-правоведа, поскольку правоведение изучает воплощение в историческом процессе тех или иных идей.

Древнерусская правовая мысль может быть идентифицирована как религиозно-философская, православная. Возвращение в научный оборот произведений святоотеческой литературы, трудов русских религиозных философов права позволило нам под новым углом зрения взглянуть на проблемы права. Поразительно, как можно было не замечать семантическую и смысловую родственность слов ПРАВО и ПРАВОСЛАВИЕ в русском языке! И если мы захотим подойти к изначальному, исконному пониманию права, сформировавшемуся у русского народа еще в древности, то обязательно должны будем исходить из того понятийного пространства, которое очерчивается христианской философской мыслью и складывается из взаимосвязи проблематики добра и зла, вопросов, касающихся порядка бытия и его отношения к воле Бога.

«Все глубочайшие русские мыслители и философы, - заметил С. Франк, - были одновременно религиозными философами и богословами»[94]. Не случайно самые глубокие работы по правоведению до 1917 г. оставили нам воцерковленные люди С.Н. и Е.Н. Трубецкие, А.С. и Д.А. Хомяковы, И.А. Ильин, Б.П. Вышеславцев и др. Их имена возвращены в науку сравнительно недавно, но именно они и составляют ту русскую правовую культуру, наследниками которой мы являемся. Они воспроизводили и поддерживали *Идею права*, припадая к непреходящим правовым памятникам и вечному источнику подлинно правового учения.

В XX в. правовой идеал русской философии не поддерживался в полной мере. Впрочем, общетеоретической юридической науке в советский период удавалось не быть полностью марксистско-ленинской. Правовая традиция России оказалась сильнее идеологических влияний. Теория права и государства оставалась в некоторой степени эмансипированной от грубых политических заказов тогдашней конъюнктуры.

Таким образом, мы переводим проблему религиозно-философской традиции в плоскость методологии. С этой точки зрения традиция предстает как универсальный познавательный принцип в понимании права. Ожидаемое возрождение юридической науки нами связывается не с плюралистической методологией, рассчитанной на деконструкцию права и его фрагментарное изучение. Именно обращение к русской философии права, как философии преимущественно религиозной, обеспечивает целостное восприятие права с учетом его изначального предназначения в человеческом сообществе. Такое методологическое решение приводит к почти недоступному для европейской юриспруденции осмыслению права на основе непреходящих ценностей мироздания.

Теория права рассматривает методологию познания как систему отправных теоретических принципов и идей, на которые должен опираться процесс научного постижения действительности. В процессе исследования права может использоваться весь комплекс научных методов, однако важнейшую роль в данном исследовании играет **высокоабстрактный теоретический подход.** С его помощью формируется основа концепции, пригодная для оценки получаемых научных результатов. Объективность научной оценки права будет тем выше, чем выше будет теоретический уровень исследования.

Большая роль при этом отводится именно теоретическому подходу исследования. Абстрагируясь от частностей, сосредотачивается внимание на коренных, общих вопросах, необходимых для целостного видения права. В центр внимания поставлены вопросы теории. На сегодняшний день назрела необходимость теоретического осмысления опыта государственно-правового развития. Анализ сиюминутных правовых ситуаций явно окажется недостаточным, ведь механизм действия права характеризуется множеством неустойчивых, противоречивых процессов.

---

[94] Франк С.Л. Духовные основы общества. М., 1992. С. 487.

Объективность их научной оценки будет тем выше, чем выше будет теоретический уровень исследования.

Методологическую основу юридической науки образуют также общие принципы научного познания, подходы и методы, традиционно относящиеся к методологическому аппарату гуманитарных наук и получившие распространение в теоретико-правовых исследованиях. В их числе принципы диалектики; общенаучные подходы: системный, генетический, функциональный; методы анализа и синтеза, теоретического моделирования, аналогии и др.

Поскольку юридические исследования предполагают изучение динамично развивающегося объекта, соответственно возникает потребность в использовании **диалектики**. Фундаментальный характер диалектики, по нашему мнению, незаслуженно оспаривался в наши дни, но это не умаляет ее значения для ученых, стремящихся к постижению истины. Диалектика, как общая теория развития, позволяет сформулировать общие принципы движения и взаимопереходов правовых явлений, познать источники их самодвижения. Она позволяет распознать в правовой системе сложное сочетание противоречивых, взаимоисключающих, находящихся в единстве и борьбе сторон (тенденций). В то же время воспроизводство и тиражирование диалектики в устаревших ее вариантах также не отвечает современным требованиям науки. В содержательном плане теория диалектики может быть развита путем синтеза достижений исторических форм диалектики (гераклитовской, декартовской, гегелевской, марксистской) с концепциями современной системной методологии, синергетики, эволюционизма и иных новейших направлений методологии. Это позволит по-новому оценить реалии нестабильного правового развития. Принципы диалектики призваны сфокусировать внимание на качественно новых системных ориентациях, отсутствовавших в прежних формах диалектики (интегративности, устойчивости, самоорганизации правовых систем и т.д.). Диалектические законы отрицания отрицания, единства и борьбы противоположностей, перехода количества в качество при определенных поправках на современность очень помогают исследователю. Положения диалектики о формах социального развития от низшего к высшему посредством революционного перерыва постепенности – "скачка" можно подвергнуть критике. Вместе с тем, полезны диалектические выводы о том, что все явления следует изучать в их развитии; что новые формы не всегда выступают как отрицание старого, а чаще всего они как раз удерживают ряд свойств и черт старого, равно как и несут зачатки черт будущего; что соединение противоположностей, противоречивых тенденций (старого и нового) – не есть их механическое сложение. Использование диалектического метода оправданно и тем, что диалектике чужда какая бы то ни было апология социальной действительности.

Системность есть объективное свойство правовой действительности, а **системный подход** – важнейший метод его познания. Системный подход является одним из результативных средств

изучения сложных, развивающихся объектов, к каковым относится и правовая система. Проблемы права – во многом системные проблемы. По верному замечанию А.И. Пригожина, системность есть «категорический императив» любого переходного процесса[1]. Современная юридическая наука не может не оперировать понятиями и категориями, которые выражают типы связей и отношений. И правовая система есть понятие, которое выражает определенный тип связей и отношений компонентов правовой целостности и ее самой с общественной средой. Системное качество принадлежит не какому-либо одному явлению правовой действительности, а системе этих явлений, т.е. правовой системе общества.

Системный подход к исследованию обеспечивает комплексное видение теоретических переходной правовой системы. **Комплексный подход** вообще может являться таковым только в том случае, когда он является системным. В рамках системного подхода нами выявляются системно-структурные характеристики и закономерности правовой действительности, системообразующие и системосохраняющие связи правовой системы, факторы приспособления правовой системы к внешним условиям. Будучи ориентированным на постижение изучаемого объекта как целого, системный подход не исключает декомпозицию правовой системы, ее разложение на отдельные подсистемы. От изучения общих черт правовой системы научное познание движется к исследованию процессов и явлений в ее отдельных элементах.

Активное применение в юридической науке получил **функциональный подход**, являющийся одним из перспективных при изучении права. Функциональный подход потребовал выявления некоторого набора переменных величин, характеризующих существенные черты правовой системы общества, и изучения законов изменения этого набора переменных величин во времени. С помощью данного подхода возможно установление критических параметров правовой системы, за которыми преодолевается стабильность и наступает нестабильный этап ее развития.

Сочетание системного взгляда на правовую действительность с **историческим подходом** позволяет раскрыть генезис права, выяснить объективные исторические условия его возникновения и становления. Роль метода историзма в познании правовой системы обусловлена спецификой ее развития: подвижностью, быстрой сменой качественных состояний на разных отрезках преходящего состояния.

Если научный подход обуславливает движение внимания исследователя и угол зрения на предмет, то методы представляют собой ключи научного познания, при помощи которых открываются новые знания.

Важнейшим познавательным средством в юридической науке рассматривается **сравнительно-правовой метод.** Одним из основных методологических приемов выступает выявление закономерностей развития правовой системы в ходе сравнения ее динамизма и

[1] Пригожин А.И. Перестройка: переходные процессы и механизмы. М., 1990. С. 58.

стабильности, революционной и эволюционной форм перехода на примерах различных обществ. Сравнительный анализ позволяет обнаружить критерии заимствования зарубежного правового опыта. Кроме того, сравнительно-правовой метод применяется при проведении классификации и систематизации правовых явлений переходности.

Сравнительный метод в сочетании с конкретно-историческим методом позволяет выявить общие закономерности и специфические черты сравнения моделей юриспруденции, как в рамках различных стран, так и в рамках одного государства на разных этапах его развития. Сравнительное исследование государства и права позволяет обнаружить закономерности преемственности государственно-правовых явлений.

Стадиальный метод позволяет авторам научных исследований выявить общее и особенное в генезисе исследуемого явления: деформации тех или иных государственно-правовых институтов во времени прохождения различных стадий перехода, накопления сегментов нового конституционного строя, позволяющих говорить о его складывании и окончательном оформлении и т.д.

Сочетание генетического, структурно-функционального и исторического методов исследования позволяет дать оценки правовой системе общества в едином, структурно оформленном комплексе. Такое сочетание подходов обеспечивает целостное представление о предмете.

В начале 1990-х гг. стали реже использоваться отечественными авторами так называемые **социологические методы** исследования. А между тем, именно социологические методы способствуют глубокому, сущностному познанию правовой реальности. Источники, факторы, определяющие тип развития правовых систем, лежат вне правовой сферы, они заключены в опосредуемых правом социальных процессах. Социологические методы требуют рассматривать правовую систему в неразрывной связи с системой общественных отношений, являющихся объектом правового воздействия. Поэтому важно при исследовании правовой системы использовать **многофакторный подход**, основанный на учете и анализе всего комплекса социальных факторов, оказывающих влияние на правовую сферу. При этом не стоит отказываться от типологического анализа правовой системы. Типологическая характеристика правовой системы является определяющей в решении целого ряда принципиальных задач. На ее основе формируются оценки эффективности функционирования правовой системы и степень достижения избранного идеала. При этом социальный фон правовой системы может освещаться лишь в той мере, в какой это необходимо для понимания целей правовых новелл, условий и последствий их использования.

Юридической наукой активно используются и анализируются данные социологической статистики, которые позволяют определить устойчивые тенденции правового развития. В

частности, **статистический метод** используется для анализа объема и тенденций развития нормативно-правового массива. Таким образом, качественный анализ затрагиваемых теоретических проблем сопровождается их количественной оценкой.

В новейших исследованиях сочетаются традиционные и новые методы научного познания. Так, нередко используется методологический аппарат синергетики в той, однако, степени, в какой это показалось приемлемым при характеристике механизма самоорганизации правовых систем. **Синергетика**, плодотворно использующаяся при изучении состояний неравновесности, нестабильности, нелинейности, кризисности, позволяет обогатить арсенал новой обобщающей терминологии по указанной проблематике. Синергетика, как новое направление междисциплинарных научных исследований, дополняя и уточняя ряд положений диалектики, понимает развитие права как процесс содержащий в себе возможность выбора одного из многих путей. Правовая система обладает гибким механизмом самосохранения.

Когда авторы научных работ предпринимают попытки поставить некоторые новые вопросы, большую помощь им оказывает **метод правового моделирования.** Моделирование неизменно помогает в поиске оптимальных схем организации государственного аппарата, формирования системы законодательства и др.

Юридическое исследование редко обходится без изучения нормативно-правовых актов и иных официальных материалов, т.е. без **технико-юридического анализа.** В процессе изучения права важно избегать абсолютизации анализа, являющегося недостаточным для осознания целого и целостного мира, т.к. анализ не схватывает целостность. В последние десятилетия юридическая наука была буквально заполнена научными работами, в основе которых – “анализ” тех или иных явлений[95]. Исследователь, вооружившись аналитическим инструментарием, раскалывает предмет, бесконечно классифицирует, вырывает факторы, сталкивает отдельные аспекты и т.д. Далее за расчленением изучаемых объектов идет усугубление этого процесса: каждой ячейке придается не только методологическая, но и институциональная форма, что ведет к автаркии выделенных ячеек и к дальнейшему бесконечному их раскалыванию. Примечательно, что впервые термин “анализ” встречается в “Одиссее” Гомера. Анализом занималась Пенелопа, когда ночью по ниточкам распускала сотканный днем ковер. В итоге проведенного анализа оставляет тему в растерзанном виде – до синтеза он уже не поднимается. А изучаемые явления и процессы, тщательнейшим образом проанализированные, не желают развиваться по выявленным анализом тенденциям. **В действительности большинство правовых явлений синкретичны и таят в себе синтетические атрибуты. Так, подлинное право немыслимо вне нравственных и религиозных основ.** Предложение “проанализировать” приходится понимать так – запутайте

[95] Публикуются соответствующие программные статьи: Козюк МН. Юридический анализ как новое направление в отечественной юриспруденции в эпоху глобализации // Правотворчество и технико-юридические проблемы формирования системы российского законодательства в условиях глобализации. М.-Н. Новгород, 2007. С. 106-110.

решение проблемы, замаскируйте истину. Только переходом к синтезу, к синтетическому подходу можно вскрыть целостное состояние права. **Синтез**, как доминирующий мотив, должен быть востребован с целью воссоздания единого духовного пространства в масштабах России.

Выявляя содержание юридических терминов, ученые пытаются выяснить их смысловое значение применительно к условиям реализации права (**лингвистический метод**). Благодаря специальным способам, юристы выявляют социально полезный ресурс правовых норм (**метод толкования права**).

Сложность права не может служить препятствием к ее изучению. Для приближения к истине в этом вопросе необходимо использование разнообразных научных методов исследования при особенном внимании к духовно-нравственным основаниям права.

1.6. О значении метафизического подхода в юриспруденции

Тупик современной юридической науки и практической юриспруденции был вполне предсказуем. Перепроизводство нормативных актов, разрастание и дублирование полицейского аппарата, усугубление глобальных и локальных проблем человечество – результат господства материалистической методологии.

Кризисное состояние юриспруденции проявляется и в том, что в ее недрах возник целый ряд типов правопонимания, множество направлений, каждое из которых выступает оппонентом всем другим, выдвигая при этом свой предмет изучения и свои методы исследования. Но почти все эти направления используют неполноценный инструментарий материализма.

Юриспруденция давно не представляет собой системы – у научного сообщества плюрализм воззрений, у нормотворцев установка на политическую конъюнктуру, у правоприменителей ставка на букву закона. При этом все ориентации уходят в «физику» человеческого организма, в материальные вопросы в наивной уверенности, что в них найдут решение проблем современного общества.

«Физика» юриспруденции или материалистическая парадигма ограничена изучением материальных, а не духовных вопросов, в то время как человек и право выступают явлениями духа. И невозможно духовные явления полноценно изучать и регулировать при помощи материальных средств.

Превращая юриспруденцию в набор технологий, материалисты вызывают и усугубляют ее кризис, поскольку фактически лишают юридическую науку и практику адекватного инструментария. Материалисты ведут дело так будто юриспруденция естественнонаучное, а не гуманитарное направление науки.

После атеистической революции в странах Западной Европы юриспруденция, ставшая позитивистской, материалистической, и почти естественной наукой, провозгласила, что все в

правоотношениях происходит по материальным причинам и может быть объяснено по законам существования материи. Тогда в сфере юриспруденции следовало бы заявить: «Человек, ты не виновен даже в самом тяжком своем злодеянии, ибо если ты рожден в дурной среде, ты обязательно станешь дурным, а если окажешься очень голоден – обязательно украдешь либо убьешь».

Глобализаторы мира из разных эпох (Просвещения, Модерна, Постмодерна) всегда ставили задачу переделывания человеческой природы. Поэтому подчиненная им юридическая наука делала ставку на материалистический подход.

Позитивизм породил особую разновидность анализа, при котором явление разбивается вдребезги, а осколки разбитого явления заменяют собой целое. Более всего от этого пострадали философия, юриспруденция и психология. Позитивистский анализ заслонил самого человека, его внутренний, душевный мир. Случилось то, что часто случается с химиками при изучении сложных органических соединений: реактивы, с помощью которых ведется исследование, разрушают исследуемый объект, и ученый имеет дело лишь с элементами, его составляющими.

При этом позитивизм не признает собственной ограниченности. Позитивизм нападает на метафизику права, критикует всех, кто пытается рассматривать право в контексте духовного мира, в его многообразных и сложных связях с религией, нравственностью и другими порождениями человеческого духа. Этим позитивизм демонстрирует духовно-нравственную ограниченность своих позиций.

В соответствии с марксистской моделью позитивизма ключевым конфликтом индустриального общества является конфликт экономический, в основе которого лежит собственность на средства производства и распределение прибыли. Марксизм игнорирует проблему души человека. Жизнь, сознание и разум рассматриваются марксистской наукой как более или менее случайные, побочные продукты материи.

Методология современной юридической науки исходит из того, что внутренний мир человека не требует правового регулирования, поэтому нужно ограничиваться регламентацией актов внешнего поведения[96]. Весь юридический мир почитают состоящим из материи, материальным. Правосознание рассматривают как свойство высокоорганизованной материи. Материя, говорят, первична, сознание – вторично. Право, правосознание и правовую культуру ученые-юристы предпочитают обуславливать социально-экономическими факторами.

Остается только удивляться той самоуверенности, с какой представители материалистического и позитивистского подхода обращаются к проблеме человека. Ведь кроме тела им иного в человеке увидеть не дано – ни души, ни духа. Столкнувшись с процессами глобализации мира, материалисты принялись объяснять их желанием финансового

[96] См., например: .

спекулятивного капитала обратить в свою пользу оборот сырья, людей и ценности за счет унификации мира. Этот поверхностный взгляд на предмет (на который, кстати, и рассчитывают глобализаторы мира) не может объяснить, почему воротилы спекулятивного бизнеса идут против своих жизненных интересов, развязывая мировую войну или вызывая массовые эпидемии.

Так, А.А. Зиновьев в категоричной форме воспроизводит эту позитивистско-марксистскую ошибку: «На самом деле, - пишет он, - сознание людей (мышление, дух) есть явление не менее материальное, чем прочие явления живой природы. Никакой бестелесной (нематериальной, идеальной) субстанции вообще не существует. Сознание есть состояние и деятельность мозга человека со связанной с ним нервной системой. Идеи (мысли) суть состояния клеток мозга и комплексы вполне материальных знаков»[97]. Еще в XIX в. сформировался догмат о том, что наука может успешно свести все духовные, душевные, психологические проявления человека к физическим и химическим процессам, измеряемым в пространстве и времени.

При посредстве материалистического подхода объяснить духовный мир человека невозможно. Материалисты, называющие себя правоведами и юристами, отличаются удивительным пренебрежением к реальности. Ибо психический образ не есть зеркальное, не есть фотографическое, но концептуализированное, идеальное преображение действительности. Внутренний мир человека обусловлен прежде всего духовно, а не экономически. В течение жизни всякая человеческая личность испытывает моменты, в которые не сомневается в существовании иной, нежели материальная, высшей духовной реальности. Однако по сформированной научной традиции духовная сфера признается производной от всех остальных.

Игнорирование духа есть выражение капитуляции юриспруденции перед явлениями свободной воли, свободной личности и свободы вообще. Само существование правовой сферы убеждает нас в том, что право есть одно из безусловных духовных явлений и важнейший инструмент для воспроизводства духовности в обществе.

Беспомощность юриспруденции, главным образом, предстает в том, что все свое содержание она сводит теперь к трудно выговариваемым терминам и пошлым тестам, но она нередко оказывается бессильна помочь людям. Современная юридическая наука, фиксирует внешние проявления жизни человека и глубже идти не в состоянии со своими научными методами познания.

Исправить положение возможно, признав существование духовно-идеальных начал бытия. И как следствие – мы отвергаем атеистический подход в научном познании. Выбирая атеистический подход, ученый встраивает себя в горизонт теологической катастрофы. В этом горизонте человек оказывается чем-то случайным, неосновательным. И если быть последовательным, то придется признать несуществующим и самого человека. Утверждения

[97] Зиновьев А.А. Человейник. М., 2001. С. 9.

атеистов ничего в науке не доказывают, потому что атеизм не есть дело необходимости, а порождение развращенной воли. В истории не было народов-атеистов, а потому Богопочитание есть врожденное чувство человека. Существование некой трансцедентальной жажды в человеке невозможно преодолеть и тем более устранить. Американский ученый-юрист Г.Дж. Берман отметил, что «право в большинстве культур произошло от религии»[98].

Секуляризация в свое время подорвала силы юриспруденции. Ибо отвернувшись от религии и церкви, метафизики и нравственности, юриспруденция утратила все свои основы.

Современное цивилизованное общество в духовную реальность не верит. А если и упоминает ее, то располагает ее не «сверху», а скорее «сбоку», делая «параллельный мир» чем-то вроде бесплатного приложения к физическому пространству. Человек в таком пространстве измеряется исключительно биологическими категориями, как разумное животное (некоторые теоретики снисходительно добавляют: «общественное»)[99].

Позитивистская юриспруденция носит сугубо светский характер. Для нее не существует запредельной, метафизической реальности. Для юридической науки человек, хотя и мыслящее существо, но лишенное души как бессмертной метафизической субстанции и совести – голоса Бога внутри индивидуального «я».

Юридический позитивизм давно рассматривает право как самостоятельную регулятивную силу, не нуждающуюся в религиозно-нравственных и метафизических обоснованиях своих норм. Позитивистская юриспруденция имеет относительный и прикладной характер, порождая собой правовой нигилизм. Всю объективность многие психологи и правоведы сводят исключительно к механически объективной материальности. Однако личность человека, его внутреннее «я», явно нематериальны.

Юриспруденция игнорирует тот факт, что субъективное правосознание нередко сравнивает действующую правовую норму с той нормой, которая должна была бы существовать, с нормой идеальной. Этот духовный поиск субъекта права прекратить и оставить невозможно.

Кроме того, современная юридическая наука, будучи наукой светской, отказывается от познания истины, предполагает истину неизвестной, исходным пунктом для такой науки служит искомое. Такой релятивизм, для которого все условно и все относительно, вводит в методологию юридических исследований один из самых опасных парадоксов.

Так, А.В. Лундштедт считает, что основные понятия права не отражают ничего объективного, «являются всецело субъективными убеждениями». Например, «правовая обязанность есть лишь личное, всецело субъективное и иррациональное в своих истоках чувство

---

[98] Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999. С. 79.

[99] О пагубности атеистического сознания субъектов права: Осипян Б.А. Политико-правовые и идеологические концепции как основания формирования государственно-конституционной системы общества //Государство и право. 2009. № 7. С. 61-71.

того, что индивид должен поступать определенным образом. Поэтому попытка изобразить право объективным по своему характеру явлением находится в чудовищном противоречии с действительной природой права»[100]. Другой видный представитель зарубежной науки А. Росс также отмечает, что о реальности права можно говорить лишь в психофизическом аспекте как эмоциональном выражении человеческой психики. По мнению А. Росса, слову «право» не соответствует ничего объективного. Объективирование права, по его мнению, является иллюзией разума, «гипостазирующего» психоиррациональные правовые явления[101]. Об истине уже давно говорят всего лишь как о допущениях, предположениях или гипотезе, что-де есть не более чем условности или договоренности. Эти и другие особенности современной науки и критерии, применяемые в ней сегодня, позволяют ученым сделать вывод об истине: «Истина есть полезная фикция»[102]. **Отсутствие в науке вертикального измерения открывает возможность использования ее достижений в целях духовно и практически прямо противоположных.**

Немудрено, что для современной юридической практики характерен акцент на формально-юридических, а не духовных факторах. По убеждению Р.С. Байниязова, «формально-догматический юридический позитивизм ярко выражает правовой нигилизм, ибо праву отказывают в наличии духовной и культурной автономности. Отсюда его аксиологический статус в обществе сводится на нет, право превращается в простой придаток публичной власти, не имеющий жизнеутверждающего начала и культурной перспективы»[103]. Полиция, следственные органы и даже суды первых инстанций запрограммированы на формальный подход к делу.

В языческие времена люди, отпав от Бога, заменяли нравственность приличием, добродетели – внешней благовидностью, долг – юридической законностью поступков. Опасность этого состояния состоит в том, что без всякого сознания своего действительного положения человек не может сделать ни одного шага к своему исправлению. В XX столетии мир вступил в новое язычество – неоязычество.

Цивилизатор, обративший данную ему творческую энергию на борьбу с Творцом и Его творением, дерзнувший не только устранить из бытия своего Создателя и Спасителя, но и вовсе стереть Его следы в мироздании, сдернуть небеса на землю, перемешать их с преисподней, диктует нам теперь свои законы, окружает нас своими полицейскими и кормит словами, потерявшими смысл.

Рационализм материалистической методологии ограничивает пределы исследований права. Рационализм не включает как материал для своей работы явления метафизического свойства. При этом сознание рационалистического типа уверено, что оно – единственный способ и тип познания

---

[100]Lundstedt A.W. Legal Thinking Revised. Stockholm, 1956. P. 34-35.
[101] Ross A. On Law and Justice. Berkeley, 1959. P. 78-79.
[102] Вопросы философии. 1999. № 2. С. 115.
[103] Байниязов Р.С. Правосознание и правовой менталитет в России: введение в общую теорию. Саратов, 2001. С. 89.

мира. Но самодостаточность, односторонность и ограниченность – не главные недостатки рационалистического подхода. Рационалистическое сознание бывает неспособным понимать и материал «посюстороннего» бытия мышления, ибо не включает механизм духовной диалектики, раскрывающий обширные перспективы. Одно наличие большого числа различных теорий, порой взаимоисключающих, рожденных работой рационалистического сознания, показывает, как нечетко и нечисто работает это сознание.

Юриспруденция с ее нынешним предметом правового регулирования фактически не принимает во внимание внутреннее отношение индивида к нормам права. Это усугубляет положение юридической практики. Ведь если юридическая наука не занимается внутренним миром человека, то и юридической практике приходится иметь дело только с внешними проявлениями человеческого поведения.

Но оказывается, духовность – такой же источник исторического движения общества, как и другие факторы развития, экономические и социальные, например. Отсутствие духа означает дефицит жизни. Духовная составляющая влияет на выбор целей и способов их достижения. Человеку, как высшему земному существу, обладающему разумом и свободой мышления и действия, свойственно иметь идеалы, призывающие его к духовному совершенству. Это обстоятельство привлекает внимание к метафизике права.

Парадоксально: современная наука активно оперирует терминами «духовная культура», «духовные ценности», «духовность» и т.п., а категорию духа отвергает. Известно, что люди не могут заботиться о том, что находится за рамками их сознания. Современное законодательство действует в духовно-нейтральном пространстве, в силу чего нельзя рассчитывать на его достаточную эффективность.

Заметим, что само слово «духовное» есть не что иное, как имя прилагательное. И требует признания реального существования того, что выражается именем существительным, то есть духа, от которого и получает свое бытие. Это важно знать тем, кто к месту и не к месту применяет слово «духовное», но отрицает бытие духа. Дефицит положительного нравственного начала направил западное общество к потребительству. Потребительство – непрерывный поиск новых натуральных потребностей, безмерное накопление по отношению к ресурсам, экологии, человеческому капиталу.

Традиционно духовность увязывается преимущественно с религиозной сферой жизни, находящейся вроде бы вне поля науки. Такая позиция представляется ошибочной и лукавой; духовность – как объективное явление – реальность, а всякая реальность может и должна быть предметом научного познания. Метафизическая методология позволяет открыть глаза на духовно-нравственное содержание права, описать и объяснить право как явление духа.

Метафизика предполагает использование духовно-культурного подхода, который обеспечивает глубину изучения вопроса. Духовно-культурный подход позволяет избегать экономического детерминизма и поверхностной описательности. Игнорирование духовно-культурного подхода приводит исследователей к упрощенческим версиям природы права.

Духовная жизнь связана с глубинными личностными процессами, протекающими на границе сознания, подсознания и сверхсознания, и требуются немалые внутренние усилия и нравственная чистота для того, чтобы они открылись исследователю.

Право таит в себе некое безусловное достоинство, поскольку оно – явление духа. Право основано на безусловной ценности духа и потому может притязать на признание и повиновение. Та часть права, которую называют позитивным правом, может обладать негативными характеристиками – как недоброкачественное с точки зрения юридической техники, противоречивое, несправедливое и т.п. Но в правовой сфере существуют механизмы, позволяющие субъекту права выйти из этих юридических казусов, не порывая с духовной ценностью права и не разлагая душу беспринципностью.

Духовная жизнь, по И.А. Ильину, состоит из религиозной веры, познания, нравственности, искусства, правосознания и творческого труда. Содержание права определяется основными законами духовной жизни. Нарушение духовных законов приводит человека к тяжелым нравственным и духовным страданиям. Человек подчинен многим законам: природы, социальным, экономическим, юридическим, но на вершине этой пирамиды находятся законы духовной жизни. Именно они управляют человеческой жизнью – и личной, и общественной.

У большинства современных людей существует неправильное представление, будто бы духовность заключена в произведениях искусства и литературы. В действительности же там лишь изображением духовности. Подлинная же духовность всегда есть живое, и рождается она в самом человеке. Чем глубже мы изучаем право, тем теснее смыкаются наши взгляды с вопросами метафизики и теологии. Ни права, ни нравственности без религии быть не может.

Ю.В Сорокина высказывает важную в методологическом плане мысль: «право в значительной мере является рефлексией религиозных устоев той или иной цивилизации»[104]. И.А. Исаев в итоге своих исследований сделал вывод: «Колоссальным ресурсом, порождающим закон, является область священного и религиозного. Чтобы стать эффективными, власть и закон должны быть сакрализованы»[105]. Отношение к Богу есть центральное звено духовности человека, по нему можно определить отношение к остальным ценностям. Безразличие к Богу приводит к безразличию ко всему остальному, приводит человека к распаду, в конечном итоге – человек не верит в Бога и не считается потом ни с родителями, ни с семьей, ни с Родиной.

---

[104] Сорокина Ю.В. Философия права. М., 2008. С. 126.
[105] Исаев И.А. Теневая сторона закона. Иррациональное в праве. М., 2015. С. 5, 43.

Первую задачу, которую ставит современная юриспруденция – как поддерживать правопорядок в процессе экономического обмена и политического процесса, но эту задачу не решить, если поддерживаемый порядок превращает людей в невротиков, не способных наладить свою жизнь с окружающими, то есть найти смысл жизни, а это чисто теологическая проблема. Уверенность в смысле жизни, вера в конечную цель своего «я» и самоценность других индивидов, убежденность в смысле мироздания, которая помогает преодолеть собственное ощущение неуверенности – все эти условия, необходимые человеку для того, чтобы жить, даются исключительно верой в Бога. Без Богословия юриспруденция не может своими силами решить многие вопросы (например, о происхождении зла, о мотивации человеческого поведения).

Религиозное, метафизическое обоснование чуждо современной юриспруденции. По этой причине юриспруденция не может дать человеку сил сдерживать пагубные склонности и добровольно подчиняться требованиям нравственных и правовых норм. Религия пока отделена от государства, но не отделена от гражданского общества. И в этом-то пространстве гражданского общества религия должна иметь возможности для благотворного влияния на индивидов и сообщества. Только религия дает правовым нормам абсолютную санкцию и оправдание и только тогда правовые нормы являются не относительными велениями.

В силу духовной природы правовой сферы и характера поставленных современной повесткой дня проблем особую роль в юридической науке должен сыграть метафизический подход. Право должно изучаться в контексте трансцендентных начал бытия и трансцедентальных, априорных структур духовного опыта, где сквозь чувственно-воспринимаемые формы юридических феноменов обнаруживаются их ноуменальные, сверхчувственные основания. Метафизический подход выступает главным средством обоснования бытийных начал права, он позволяет видеть в нормах права символы сверхличных энергий, участвующих в творении социального мира и земного правопорядка, предполагает, что через нормы права и правовые ценности человек приобщается к высшим, абсолютным гармониям бытия.

Метафизический подход не позволяет сводить право к атрибутам внешнего принуждения либо произвольным построениям политизированных законодателей и правоприменителей.

1.7. Роль философии как методологического основания юридической науки

Задумываясь о роли философии в юриспруденции, надо ответить на вопрос: зачем праву - философия? Может быть это лишь дань прошлому? Право достаточно фундаментально по своей природе, что бы не заручаться поддержкой «со стороны». Какой смысл проводить взаимосвязь философии и права, искать корни проблем и их решение через призму методологических

подходов? Данные вопросы конечно носят риторический характер и заданы в «затравку» рассуждения.

Методологическая роль философско-правового дискурса вытекает из той роли, которую философское знание играет в отношении большинства конкретных наук. Знания о смысле и предназначении права, которые вырабатывает философия права, задают направления в изучении конкретных правовых форм и служат основой общей теории права.

Методологию права можно определить как знание о предпосылках, принципах, методах и понятиях, используемых при познании права. В познании права участвует множество научных дисциплин, каждая из которых пользуется своими методами, специфика которых объясняется своеобразием подходов, а также применяемыми им методами.

Философский аспект методологии права целесообразно рассмотреть с трех точек зрения:

- методология познания права;
- методология правового творчества;
- методология применения права.

Каждый из указанных случаев применения философской методологии к праву по своему важен. Констатируем факт, что исследовательской литературе основное место уделяется методологическим познаниям права, а методология правового творчества и методология применения права еще ждут своего расцвета.

Философия проявляет себя в роли методологии познания права таким образом, что разрабатывает и предлагает систему принципов, методов и понятий, которые необходимы общей теории права и которые последняя самостоятельно выработать не в состоянии. То есть, философия выступает как методология теории права, а по отношению к конкретным юридическим дисциплинам её методологическое участие осуществляется опосредованно, через положительное учение о праве.

Главный методологический смысл философии по отношению к юриспруденции воплощается в том, что философия указывает на существование двух принципиально различных подходов к пониманию механизмов теоретического познания, дает их характеристику и рассказывает о последствиях принятия того или иного из них. Первый подход состоит в понимании познания как отражения существующей вне познающего субъекта объективной реальности. Второй подход, утвердившийся в философии после Канта, рассматривает познание как конструирование объекта познания познающим субъектом, сквозь призму практических интересов последнего. Если в первом случае знание получается максимально объективным из-за исключения всякой субъективности из процесса познания и его результатов, то во втором знание, напротив, отягощено ценностными предпочтениями субъекта. Лучший выход из этой дихотомии видится

философией на пути включения субъекта в процесс познания, что не должно привести, однако, к нарушению принципа объективности истины.

Известно, что сначала появляется феномен права, а уже затем, по прошествии времени, он становится объектом познания, цель которого заключается в том, чтобы сформулировать понятие права. В соответствие с этим, в большинстве работ по теории права распространен исторический подход к познанию права, в ходе которого реконструируется генезис права. Философская методология учит, что «поиск» в истории объекта познания невозможен, если нет предварительного понятия об этом предмете.

Методологический принцип единства логического и исторического устанавливает, что понятие права, конструируемое философией, затем уточняется и наполняется содержанием через сравнительно-исторические исследования. Именно поэтому с теорией права тесно связана история права. Философское понятие «права», предлагаемое философией науке о праве, обладает такими свойствами, как всеобщность, необходимость и объективность и позволяет рассматривать право как универсальный феномен.

Философия вырабатывает такие общетеоретические принципы познания, как объективность, всесторонность, дополнительность, принцип активности субъекта и некоторые другие, которые может и должна использовать теория права. Подробную формальную характеристику этих принципов и их содержательный анализ можно найти в любом учебнике по философии и методологии науки.

Традиционно к сфере компетенции философии относится и выработка универсальных, общелогических методов познания, которыми пользуются отрасли наук и конкретные научные дисциплины. Теория права также применяет при своей работе методы индукции и дедукции, анализа и синтеза, экстраполяции, абстрагирования и другие. Выбор того или иного метода зависит от целей исследования и имеющегося в распоряжении теоретика права материала.

Философия не занимается созданием специальных правовых категорий. Это дело теории права. Но поскольку право включено в систему социальных отношений и институтов, непосредственно связано с бытием человека, теория права пользуется понятийным аппаратом, разрабатываемым философией и имеющим универсальное значение. Категория «бытия», являющаяся фундаментальной для философии, используется теорией права для понимания специфики правового бытия, с применением таких параметров, как пространство, причинность, развитие, уровень бытия. Другая основополагающая категория философии, «сознание», конкретизируется в теории праве в категории «правовое сознание». Теория права невозможна без опоры на такие понятия, как «человек», «свобода», «общество», «справедливость», «равенство». Эти понятия разрабатывает и наделяет основной смысловой нагрузкой философия, а социология,

история, юриспруденция и другие социальные и гуманитарные науки используют этот первичный семантический словарь для своих познавательных целей.

Из указанных выше методологических уровней философии, методология познания разработана подробнее остальных. Но менее освещены, хотя имеют и большое значение, методологические проблемы правового творчества и применения права.

Область методологии охватывает не только вопросы познания права, но и вопросы правового творчества. Право не является раз и навсегда установленным социальным институтом, а изменяется вместе с изменениями общества, реагирует на самые незначительные социальные трансформации. Но если общественная динамика носит (на поверхности) спонтанный и неорганизованный характер, то изменения в праве, особенно в современном, являются результатом сознательной и планомерной работы.

Очевидно, что методология правотворчества – это сознательная и целенаправленная работа, исходным импульсом которой служит сознание того факта, что жизнь всегда богаче теории и потому необходимы постоянные усилия для корректировки существующих теоретических моделей. Право перманентно подвержено кризисам, которые вызываются различными причинами. Чаще всего речь идет о внешних факторах – кардинальных изменениях в социальной жизни в результате революций, войн, крупномасштабных экономических преобразований. В этом случае трансформации подвергается система права в целом, начиная от изменения задач, стоящих перед ним, способов социальной легитимации и заканчивая изменениями в конкретных правовых нормах и способах реализации права.

Право имеет смысл и значение лишь в том случае, если его наличие оказывает воздействие на поведение основных субъектов социальной жизни, придавая ему должное направление. Поэтому вопрос применения права является принципиально важным при рассмотрении методологических проблем. Применение права – это практическая деятельность, направленная на реализацию права в жизни. Разработка принципов и методов применения права также входит в круг методологии права.

Когда говорят о применении права, то имеют в виду чаще всего две возможных процедуры. Во-первых, речь идет в целом о существующей в обществе системе правоприменительной деятельности, включающей все действия, направленные на реализацию права, а также государственные инстанции, осуществляющие эти действия. Во-вторых, говорят о методах применения права в узком смысле этого слова, когда имеется в виду подведение конкретного случая под регулирующую его общую норму. В целом, методология применения права включает принципы, правила и методы, направленные на реализацию права.

Специфика философии права проявляется не только в том, что она исследует, но и в том, как она это делает. Речь идет о методах, используемых философско-правовым восприятием.

Главным из них является метод критической рефлексии, отличающий философское познание от не-философского. Суть его состоит в неразрывности акта познания от акта размышления о самом познании. Размышление о праве идет параллельно с созданием и корректировкой форм и способов осмысления. Именно поэтому философское знание представляет единство онтологического и гносеологического аспектов. Во всех классических философско-правовых работах метод рефлексии является основным.

Рационально-метафизическая философия использует в построении понятия права метод рациональной дедукции, с помощью которого выводит понятие права из определенных антропологических или космологических констант. Эмпирико-позитивистская философия идет обратным путем, пользуясь методом эмпирической индукции, то есть обобщает частные проявления права в общее понятие права.

В современной западной философии права широко применяются герменевтические подходы. Это объясняется тем, что в происхождении, функционировании и применении права многое зависит от того, как субъекты права понимают друг друга, а также смысл и содержание правовых текстов. В частности, герменевтический подход используют К.О. Апель, Ю. Хабермас, П. Рикёр.

Следующий подход, который следует упоминать при аналитике права - это феноменологический. В пределах последнего упоминаются три направления, основанные на принципах феноменологической редукции. Во-первых, это анализ права с точки зрения «природы вещей». Представителями данного подхода являются немецкие философы Г. Радбрух, Г. Фехнер и В. Майхофер. Во-вторых, это подход к праву с точки зрения философии ценностей, основывающийся на феноменологической теории ценностей М.Шелера и Н.Гартмана. Он реализован в работах латиноамериканских философов Э.Гарсиа-Мейнеза, К.Кассио и Х.Л.де Асаведо. Третий подход предложил французский философ П. Амселек, соединивший экзистенциалистский подход с методом феноменологической редукции.

Предпринимаются попытки распространить на философию права идеи и принципы синергетики. Благодаря концептуальной оболочке синергетики заново переопределяются такие понятия, как «хаос», «порядок», «гармония» и «право».

В.С. Нерсесянц использовал в качестве метода философии права «либертарный» (юридико-формологический метод). «Либертальный метод – это всеобщий способ правового моделирования познаваемой действительности по принципу формального равенства, способ познания действительности с позиций и в границах данного понятия права, способ правового (формально-равного) понимания, выражения, измерения, квалификации и оценки изучаемой действительности. Этому методу присущ правовой взгляд на мир, правовое виденье действительности». По сути, либертальный метод пытается доказать, что сущностью мира является формальное равенство.

В последнее время, в рамках постмодернистской методологии, при анализе права используются самые «экзотические» перспективы. В частности, говорят о «феминистской философии» права и «критической расовой теории». В соответствии с общей установкой постмодернизма на децентрализацию теории и методологии усиливается критика правового универсализма и пересматривается роль обычного права.

Наиболее адекватным современной правовой реальности считается процедуральный метод, предложенный Робертом Алекси. В нем предлагается рассматривать право не с точки зрения жестко предписанных и однозначных правил поведения, выведенных на основе строгой дедукции, а с позиции несколько размытых общих правил предпочтения, позволяющих сделать целесообразный выбор в нестандартной ситуации. Процедуральная методология содержит очень конструктивную идею – наделить право возможностью оперативно реагировать на новые явления, порождаемые современной правовой реальностью. При этом право не утрачивает своих существенных характеристик. Помимо Р. Алекси, процедуральный метод разрабатывает Ю. Хабермас в рамках более широкой концепции «этики дискурса». Указанная методология ориентирована на социальные структуры повышенной сложности, которые требуют принимать во внимание различные аргументы.

Вопрос о методологии относится к одному из главных в современной философии права и служит основанием разграничения типов философского обоснования права.

1.8. Формально-юридический (догматический) метод юриспруденции

Сложилось так, что формально-юридический (юридико-догматический)[106] метод до сих пор выступает практически главным частнонаучным методом юридической науки, особенно в отраслевых исследованиях, о чём мы уже говорили несколько выше. Преобладание такого рода метода порождает высказывания, утверждения (в какой-то мере имеющие под собой почву) о том, что юридическая наука наукой не является, как не являлась наукой средневековая схоластика, к примеру. В качестве первоначальной гипотезы можно высказать следующий тезис: *формально-юридическим является не метод юридического исследования, а характер этого исследования, когда таковое посвящено изучению, комментированию юридических норм.*

Проверим, насколько обоснована эта гипотеза, и насколько возможно прямо противоположное утверждение. Догматические юридические исследования в качестве разновидности эмпирических правовых исследований предлагает рассматривать В.М. Сырых. «Догматическое правовое исследование является наиболее распространенным в правовой науке, поскольку именно оно обеспечивает правоведов достоверными и полными знаниями о системе

---

[106] Термины «формально-юридический метод», «юридико-догматический метод», «догматический метод» используются в настоящем параграфе как синонимы.

действующего права, её отдельных отраслях, институтах и нормах права. Изучение же названных явлений составляет начальную задачу данной науки. Чтобы раскрыть закономерности функционирования и развития права, образующие предмет правовой науки, нужно сначала установить, какие нормы права действуют в непосредственной реальной жизни, какой правовой режим в стране закрепляют и насколько они соответствуют требованиям правотворческой техники и теоретическим положениям науки. Поэтому начальный этап познания правоведами закономерного, необходимого в праве неизбежно начинается с изучения всего многообразия действующих в обществе норм права, закрепленных в нормативных правовых актах»[107].

Эту цитату можно прокомментировать в нескольких аспектах. Во-первых, действительно, проблема необходимости выяснения состояния нормативно-правового регулирования той или иной области при исследовании какой-либо темы, связанной с этой областью, на сегодняшний день как никогда актуальна, поскольку интенсивное правотворчество одного только Федерального собрания РФ (ну, точнее, визирование законопроектов, предложенных президентской и исполнительной властями) увеличило законодательную массу в разы, не говоря уже о подзаконном правотворчестве. Так, если к концу 2013-го года количество федеральных законов и федеральных конституционных законов перевалило за 4 тысячи[108], то на май 2016 года справочно-правовая система Консультант Плюс насчитывает около 7 тыс. таких актов (6799 законов 24-го мая). Рассмотрение правового регулирования какой-либо области в рамках научной работы действительно выступает как полноценное научное исследование, поскольку выудить из этой массы необходимые нормы – непростая задача даже для подготовленного специалиста. Страшно представить, сколько должен знать рядовой гражданин, которому эти законы адресуются.

Во-вторых, внимание привлекает фраза В.М. Сырых: «какие нормы права действуют в непосредственной реальной жизни». Не совсем понятно, что он имеет ввиду – юридическое действие норм, или их фактическое действие. Ведь норма может быть юридически действующий (нормы УК РФ об аресте, например), но по факту не применяться. Или вообще, вместо нормы закона могут реально действовать обычного права, принятые в той или иной области, что убедительно и подробно показывает В.В. Бочаров[109]. По всей видимости, В.М. Сырых имеет ввиду именно нормы позитивного права, но реалии стран, в которых позитивное право выступает инородным телом, либо вообще не присущим правовой культуре, либо не соответствующим предмету правового регулирования таковы, что реально действующими может быть минимальное количество норм этого права. Однако, парадигма юридического позитивизма не позволяет выйти

---

[107] Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. М.: Норма, 2013. С. 327.

[108] См.: Куликов Е.А. Категория меры в праве: вопросы теории: дисс… канд. юрид. наук: 12.00.01. Барнаул, 2013 С. 115.

[109] См.: Бочаров В.В. Неписанный закон. Антропология права. Научное исследование. – 2-е изд. – СПб.: Издательство АИК, 2013. 328 с.

за пределы «каменных скрижалей» и исследовать то, что на самом деле опосредует поведение людей.

Наконец, в-третьих, и это главный недостаток догматических исследований, ставящих под сомнение их подлинную научность. Нормы позитивного права, начиная с Великой французской буржуазной революции 1789-1799 гг., а в России – с эпохи Петра I и по сей день, выступают не естественно возникшими, сформировавшимися правилами поведения, определяющими характер отношений между людьми, их поведения, а привнесенные извне властные предписания. Проблема заключается в том, что эти предписания зачастую совершенно не соответствуют в России реальному социальному укладу, а в лучшем случае отвечают рецепированным конструкциям и моделям, заимствованным идеологемам, идеям, концепциям, взятым из совершенно иного культурно-исторического типа. И без какой-либо адаптации, апробации, в угоду неизвестно чему и кому эти предписания приобретают характер общеобязательных нормативных формально определенных правил поведения, установленных государством и обеспеченных его силой (по поводу этой силы можно было бы ещё порассуждать, но это не относится к теме работы). В лучшем, опять же, случае проекты сводов таких предписаний готовятся коллективами учёных идеологов, которые, не владея информацией о состоянии предмета правового регулирования, и вообще не считая нужным обременять себя таким владением, хотя бы являются теоретически подкованными, каковыми были авторы первого ГК РФ, который хотя и не отвечал нашим реалиям, но был очень качественно написан. А в худшем это вообще неизвестные личности. При отсутствии механизма ответственности законодателей или авторов законопроектов, положения которых признаются Конституционным Судом РФ даже неконституционными, российская правовая система пополняется массивами «литературных произведений скверного качества, которые даже просто читать не интересно, не говоря уже об их исполнении». Кроме того, В.М. Сырых указывает на существование такого явления, как девальвация юридических норм (нормы федеральных законов, иных нормативных правовых актов механически воспроизводятся в других нормативных правовых актах, при этом воспроизводятся неполно и неточно, в результате получается, что по одному и тому же вопросу одновременно действует несколько плохо сочетаемых друг с другом норм права)[110]. Как раз на изучении, комментировании такого рода материала построен юридико-догматический метод. Думается, что для науки больше пользы от подобного анализа трудов классиков юриспруденции и философии. Однако, парадигма юридического позитивизма, в особенности, в отраслевых юридических науках, не дает возможности полностью отказаться от этого метода, или хотя бы сделать его одним из второстепенных. Даже теоретико-правовые, философско-правовые и антрополого-юридические исследования нельзя представить без формально-юридического компонента.

[110] См.: Сырых, В.М. История и методология юридической науки: учебник. М.: Норма, 2013. С. 332.

Впрочем, можно найти и положительные черты догматического метода и догматической установки юриспруденции, которые, безусловно, в ней есть. Анализ нормативных правовых актов, навыки их толкования, преодоления пробелов в них, разрешения коллизий между ними, поиск полноценных логических норм развивают мышление исследователя, навыки работы с источниками, повышают его практическую состоятельность в качестве юриста. Кроме того, этот метод можно с успехом применять не только к нормативным правовым актам, но и к разъяснениям высших судебных инстанций России – Верховного Суда РФ, Конституционного Суда РФ, а также при анализе зарубежного законодательства, когда есть необходимость в уяснении его содержания и смысла. Применим формально-юридический метод и при анализе и обобщении судебной практики, следственных материалов, материалов производства по неуголовным делам, поскольку его принципы работают для любых правовых текстов. Необходимо только лишь преодолеть догматическую установку на то, что исследоваться могут лишь нормативные акты, и углубиться в изучение правовых актов индивидуального характера.

В чём же состоит суть формально-юридической методологии? Этот метод содержит в себе совокупность приёмов и средств познания нормативных правовых актов с точки зрения содержания их текста, его буквального и системного смысла. Познание осуществляется посредством использования юридической терминологии, правил юридической техники, системных характеристик права, правил построения иерархии нормативных правовых актов, правил разрешения юридических коллизий, правил применения закона и права по аналогии и др. По сути, формально-юридический метод – это использование всей аналитической методологии юриспруденции, то есть приемов и средств познания содержания права – тех правил и предписаний, которые его образуют. В этой связи составляющими этого метода следует считать блоки «источники права», «система права», «механизм правового регулирования», «правотворчество», «юридическая техника», «норма права», «толкование права», «применение права», «юридическая ответственность». Итак, ***формально-юридический метод правоведения*** – *это совокупность приёмов и средств познания правовых текстов с точки зрения их содержания, формы и юридического действия.* Этот метод в современных условиях, а также в силу требований парадигмы юридического позитивизма, выступает необходимой составляющей любого научного юридического исследования. Однако, есть смысл говорить и о самостоятельных формально-юридических (догматических) исследованиях.

Догматическое правовое исследование понимается В.М. Сырых как «исследование норм права в целях выявления воли правотворческого органа, выраженной в исследуемых источниках права, общих и особенных черт, признаков, свойственных исследуемым нормам права, и

допущенных правотворческих ошибок»[111]. В рамках догматического исследования он предлагает следующий перечень исследовательских задач: сбор источников права и уяснение их способности содержать действующие нормы права; толкование норм права; оценка качества выявленных норм права; формулирование обобщённых положений, оценок; объяснение полученных исследовательских результатов; изложение результатов исследования[112]. Наконец, учёный оглашает и основное правило изложения догматического описания действующего права: «Автор может выходить за пределы содержания толкуемой нормы права, излагать иные нормативные предписания, но он не может описывать явления, процессы, которые свидетельствуют о реальном действии норм права и не содержатся в действующих нормах права»[113]. Это означает, что В.М. Сырых также не допускает мысли о том, что догматический метод может быть применен и к иным, ненормативным правовым текстам – актам применения права, договорам и др. Хотя, в другом месте он говорит, что социально-правовые исследования применяются к письменным документам, не являющимся нормативными правовыми актами и иными источниками права.

Между тем, реалии континентальной правовой традиции, а также российской правовой системы таковы, что крайне близоруким выступает отрицание за судебной практикой и актами высших судов (разновидностями судейского права, наряду с прецедентами и эдиктами преторов) значения полноценного, первичного, не вспомогательного (а одного из основных) источника права, источника права в формально-юридическом смысле. Постановления Пленума ВС РФ не могут игнорироваться нижестоящими судами, а, следовательно, и сторонами по юридическим делам (чем не общеобязательность?), подобное значение имеет и сложившаяся судебная практика. Если мы не доверяем судейскому корпусу, состоящему из профессиональных юристов со стажем и жизненным опытом в сфере решения юридических казусов, то как мы при этом доверяем той же Государственной Думе, состоящей вообще из непонятно кого, по меньшей мере, из людей, ни какого отношения к праву не имеющих? Вопрос риторический: любой практикующий юрист скажет, что значение правоприменительной практики не ниже, нежели нормативного правового акта, а вполне возможно, что и выше. Нет смысла отдельно говорить о постановлениях КС РФ, которые способны «отключать» признанные неконституционными нормы права. Поскольку же судейское право в названных разновидностях есть уже состоявшийся источник российского права, постольку инструментарий формально-юридического метода может быть применен и к нему. То же самое касается и других источников права – правовых обычаев, нормативных правовых договоров, актов негосударственных организаций и правовой доктрины. Более того, в последнем случае именно так и происходит, когда исследователь изучает и комментирует работы классиков, например, писавших по теме его научных изысканий.

---

[111] Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. М.: Норма, 2013. С. 335.
[112] См.: Там же. С. 328.
[113] Там же. С. 335.

Таким образом, *формально-юридический метод имеет все основания считаться основным методом юриспруденции (и полноценным научным методом) только тогда, когда он будет применяться в равной степени ко всем источникам российского права – нормативным правовым актам, судейскому праву, правовой доктрине, правовым обычаям, нормативным правовым договорам и актам негосударственных организаций. Это метод исследования сферы «должного», той сферы, где содержатся правила поведения нормативного и ненормативного характера, правовые тексты устной и письменной формы*. Однако, ни одно полноценное юридическое исследование не может ограничиться только этой сферой, поскольку любое право легитимно только в том случае, если оно выполняет свою главную функцию – юридическое опосредование общественных отношений, поведения людей путём регулировании и охраны. А это переносит нас уже в сферу «сущего» - сферу правомерного и неправомерного поведения индивидов, а также тех правоотношений, которые выступают связующим звеном между этим поведением и правовыми предписаниями. Исследование же этой сферы посредством формально-юридического метода невозможно и требует привлечения иного инструментария, который мы рассмотрим далее. Что касается нашей первичной гипотезы, то она может быть признана несостоявшейся только при выполнении выше названных условий. Если же ограничить формально-юридический метод и догматическое исследование только нормативными правовыми актами, то пострадает важное общенаучное требование полноты и всесторонности исследования, универсальность, а, по большому счёту, и собственно научность этого метода. Более общий метод работы с источниками характерен и для других наук, но там нет таких ограничений, которые до сих пор пытаются установить в юриспруденции. Стоит, кстати, заметить, что в обозначенном свете формально-юридический метод будет выступать методом как научных, так и практических юридических исследований.

ЧАСТЬ 2. СПЕЦИАЛЬНАЯ МЕТОДОЛОГИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

1.9. Общая характеристика юридического исследования

Научное юридическое исследование. Наряду с общими методологическими проблемами юридической науки значительную важность имеют вопросы методологии отдельных юридических исследованиях. Эта проблематика достаточно подробно раскрыта в современных курсах истории и методологии юридической науки, подготовленных В.М. Сырых, а также авторским коллективом под руководством Ю.А. Денисова и И.Л. Честнова, поэтому мы в рамках настоящей части работы остановимся на некоторых, наиболее востребованных для проведения магистерских научных исследований вопросах. К таким вопросам относятся, прежде всего, общая характеристика научного юридического исследования, а также характеристика концепта «научная новизна», который к магистерским диссертациям, в отличие от курсовых и бакалаврских выпускных квалификационных работ, имеет непосредственное отношение.

Прежде всего необходимо отметить, что научное юридическое исследование всегда конкретно, характеризуется присущими только ему объектом, предметом, целью, задачами, теоретической, эмпирической и методологической основами. Поэтому речь о специфике методологии юридического исследования может вестись в двух плоскостях – применительно к единичному юридическому научному исследованию, тогда рассматривается приемлемая для него методология, или применительно к определенному виду юридических исследований, и тогда речь идет о формально-юридических (догматических), социально-правовых, историко-правовых, сравнительно-правовых, отраслевых и других подобных научных юридических исследованиях. В рамках курса истории и методологии юридической науки в разделе «методология научных юридических исследований» возможно рассмотрение именно второго аспекта специфики методологии научных юридических исследований, чему и посвящена настоящая часть работы.

Но прежде чем перейти к анализу общих понятийных вопросов научного юридического исследования, необходимо затронуть ещё один, третий аспект категории «юридическое исследование». Вытекает он из того, что юриспруденция – это не только, и не столько наука, область научного знания, сколько специфический вид человеческой деятельности по нормированию общественных отношений и разрешению социальных конфликтов, т.е. особый вид ремесла, или даже искусства (о чём довольно аргументировано рассуждает в своей части настоящего Курса Р.В. Насыров, с которым представляется необходимым в полном объёме согласиться). Исходя из этого следует говорить о наиболее широкой по объёму в сфере методологии юриспруденции категории «юридическое познание» и, соответственно, о методологии такого познания. «Юридическое познание представляет одну из сложнейших теоретико-прикладных проблем, которая по своей сущности носит глобальный и всеобъемлющий

характер и является в равной мере актуальной для конкретного индивидуума, государства и мирового сообщества в целом»[114]. Ю.П. Боруленков в другой своей работе раскрывает этот характер категории, указывая на то, что богатство содержания понятия «юридическое познание» определяется сложностью структуры юридической практики, многомерностью юридического процесса, который включает в себя процесс правообразования (правотворчества) и процесс правореализации, последний, в свою очередь, можно подразделить на юрисдикционный и неюрисдикционный юридические процессы; кроме того, перед юридическим познанием стоит задача постижения сложных социальных явлений, например, различных аспектов частной жизни; юридическое познание также занимается саморефлексией, ставит вопросы об осмысливании себя как саморазвивающегося целого и о закономерностях своего такого развития. «В силу богатства предмета следует различать юридическое познание в научном и прикладном планах, поскольку первое ориентировано на отыскание законов развития изучаемого предмета, в то время как второе – на практическое применение того, что открыто при помощи фундаментальных исследований, на непосредственное решение практической задачи»[115]. Итак, юридическое познание характеризует всю юридическую деятельность, и далеко не ограничивается юридической наукой. Это и юридическая квалификация, и определение меры юридических последствий какого-либо деяния, это и процесс доказывания по юридическому делу – если вести речь о применении права. Не менее сложная система познания характерна и для правотворчества; в этом случае наука о праве формирует фундамент для прикладного юридического познания и, в свою очередь, питается результатами такого познания в процессе своей жизнедеятельности.

Как пишет далее Ю.П. Боруленков, «методология юридического познания – это система элементов, составляющих теоретическую основу и инструментарий исследования в области юриспруденции, а также систему способов практического воздействия на общественный отношения в сфере действия права»[116]. Двойственность юридического познания, его двухступенчатость, двусторонность определяет и аналогичную структуру его методологии. В соответствии с этим можно говорить и о двух уровнях юридических исследовательских задач, имеющих место быть в масштабах юриспруденции как сферы человеческой деятельности. Это не теоретический и эмпирический, рассмотренные нами выше, как может показаться читателю, это научный и практический (в смысле юридической практики в виде правотворчества и правоприменения). Решение задачи в рамках прикладного, практического уровня очень напоминает научное (разумеется, мы не берем в расчет ту ситуацию, которая сложилась, к сожалению, в отечественной юридической практики, а говорим об идеальной модели, когда

---

[114] См.: Боруленков Ю.П. Юридическое познание как фундаментальная категория правоведения // Юридический мир. 2009. № 12 (156). С. 52-56.
[115] См.: Боруленков, Ю.П. Юридическое познание (некоторые методологические, теоретические и праксеологические аспекты): монография / под науч. ред. проф. В.Н. Карташова. – М.: Юрлитинформ, 2014. С. 4-5.
[116] Там же. С. 33.

юрист-практик прилагает к решению дела столько усилий, сколько требуется для его полного и всестороннего исследования), отличие же состоит в том, что такое исследование очень конкретно, носит максимально единичный характер, поскольку решается даже не исследовательская задача узкого плана, а конкретный жизненный казус. Хотя при правотворчестве число общих черт принципиально увеличивается, по большому счёту, написание полноценного проекта нормативного правового акта сродни докторской диссертации, а отдельной статьи – кандидатской, недаром для таких диссертаций требуется наличие предложений по совершенствованию действующего законодательства. Но это, как говорится, в идеале, и с идеальной стороны принципиально отличаются от собственно научных юридических исследований лишь исследования в области применения права.

Итак, необходимо различать собственно научное юридическое исследование, и исследование в области практической юридической деятельности, направленное на решение конкретного юридического дела. Второе выступает исторически первым и вообще первичным, поскольку специфика юриспруденции как раз и заключается в том, что научные разработки должны помогать решению практических задач. В то же время и решение юридических казусов в глубоком-глубоком идеале тоже должно напоминать научное исследование. Но реалии таковы, что научные исследования в наших отечественных юридических исследованиях отдельно, а юридическая практика – отдельно, и в лучшем случае результаты практики изучаются и используются в исследованиях в качестве эмпирического материала и примеров, иллюстрирующих выводы, а практики изучают научные исследования пока учатся в университете, или когда нечего делать в отпуске. А в обычной жизни это принципиально разные вещи, не даром в теории уже довольно давно разделяют профессиональное и доктринальное правосознание, хотя по большому счёту это должно быть одно и то же, просто в разной степени. Поэтому предметом настоящего параграфа выступает собственно научное юридическое исследование как элемент юридической науки.

Различающий два названных вида познания В.М. Сырых дает следующее определение интересующему нас понятию: «Научное юридическое исследование – это познавательная деятельность, осуществляемая в целях получения новых научно обоснованных, рациональных знаний по предмету или объекту правовой науки»[117]. В состав правового исследования он включает: 1) субъект; 2) объект; 3) методы познания; 4) технические и иные средства, используемые в процессе познавательной деятельности; 5) результаты познания. И далее он обстоятельно рассматривает эти элементы[118]. Уместно также привести по поводу структуры научного юридического исследования и позицию И.Л. Честнова. «Постклассическая эпистемология предлагает несколько иную структуру научного исследования, в отличие от

[117] Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. – М.: Норма, 2013. С. 208.
[118] См.: Там же. С. 208-212.

традиционного. Оно может быть представлено следующей схемой: сбор данных – их описание – их классификация – построение теории – итоговый документ. При этом на каждом его этапе происходит возврат к исходным данным. Наиболее важным, как представляется, здесь является требование соотнесения установки автора и действующего субъекта, а также постоянный учёт обстоятельств контекста: места, времени и типа культуры. Поэтому описание здесь выступает основанием для концептуального анализа, т.е. для построения теории описываемого явления. Для этого требуется обобщение сходных данных в соответствующую категорию. Затем необходимо осуществить контекстуализацию категорий: выяснить, при каких условиях они действуют. Затем необходимо выявить связи, зависимости между этими явлениями. Это, в свою очередь, - условие для классификации явлений. Тем самым происходит формулирование мини-теории – индуктивного обобщения отдельных явлений, концептуализация единичных фактов. Эмпирическая информация об отдельных частях (сторонах) явления достраивается до целого его образа и превращается в «теорию данного явления». Затем, очевидно, данный отдельный случай, концептуализированный до уровня теории, сравнивается с другими аналогичными случаями. Таким образом, в постклассической науке происходит сближение «переднего» края науки и её институционализации»[119].

Думается также, что немаловажным элементом научного юридического исследования, являющимся самостоятельной составной его частью, выступает та парадигма, которая господствует в данной области знаний, а также те установки, которые приняты научной школой, в которой взращивался конкретный исследователь. И хотя эти все характеристики, как правило, относят к субъекту исследования, они всё же выступают внесубъектными показателями, поскольку независимо от желания субъекта определяют характер его исследования (разумеется, если он хочет, чтобы его выводы были приняты научным сообществом, а также если он выступает адептом научной школы, к которой он принадлежит).

Определенную роль играет и характерный для субъекта стиль научного исследования: можно выделить два наиболее общих стиля. Во-первых, – это присущий континентальной правовой традиции, а также советской и российской юридической науке академический и энциклопедический стиль, когда ученый пишет тяжёлым языком, активно использует сложную терминологию, многочисленные ссылки на классиков, постоянно обобщает точки зрения, рассуждения преобладают над конкретикой, а общие идеи и концепции – над деталями и частностями. Исследование проходит по заранее определенной схеме, опирается на установленную модель, шаги предпринимаются во вполне определенной последовательности, вольнодумство, да и вообще резкость и контрастность позиции, как правило, считаются дурным

[119] История и методология юридической науки: учебник для вузов / под ред. Ю.А. Денисова, И.Л. Честнова. СПб.: ИВЭСЭП, 2014. С. 226.

тоном. Этот стиль в отечественной юридической науке является господствующим, автор этого параграфа также пользуется именно таким стилем. Он удобен и достаточно прост в освоении, но главным его недостатком является оторванность от юридической практики и вообще от конкретики. Обобщения, обобщения и обобщения выступают главной составляющей такого мышления. И как результат обобщения – многочисленные выводы, предложения по совершенствованию нормативной базы или разъяснений судебной практики и т.п. как необходимая часть научной работы, особенно, выполняемой на соискание учёной степени.

Во-вторых, это казуистический свободный стиль, в большей степени характерный для англосаксонской юриспруденции[120], но проявляющийся и в нашей юридической науке[121]. любое исследование при таком стиле начинается с рассмотрения конкретного требующего решения юридического казуса, при разрешении которого ученый постепенно переходит к анализу более общих и абстрактных вопросов, неоднократно возвращаясь к исходному казусу, применяя к его решению тот или иной выявленный общий постулат, при этом абстрактные проблемы затрагиваются как бы мимоходом, и в качестве главной цели позиционируется решение именно казуса, который, в конечном счёте, решается, но за счет разрешения более общих проблем науки. Достоинством такого стиля является его конкретность, прикладной характер, нацеленность на разрешение определенной проблемной задачи, а не на абстрактные рассуждения. Недостатком его можно считать (а можно и не считать, смотря как читатель понимает юриспруденцию – как науку, или как ремесло, искусство) игнорирование обобщений, абстрагирования, недостаточное внимание к общим проблемам. На самом деле овладение таким стилем – большое искусство, и сделаться его пользователем гораздо сложнее, нежели первого стиля. Требуется так необходимая юристу-практику внимательность к деталям, целеустремленность, желание производить действительно полезные для разрешения юридических конфликтов знания, а не вообще знания. Однако, необходимо признать, что юриспруденция как наука (в собственном смысле этого слова) держится именно на отвлеченной схоластике первого стиля, а второй стиль традиционно относят к практической юриспруденции. И именно в юридической науке практика – это не один из критериев истины, а самостоятельная сфера познания – познание профессиональное, более низкий уровень по сравнению с абстрактным, доктринальным уровнем. На наш же взгляд, первый, академический уровень скорее следует считать первой ступенью освоения методологии научных исследований, поскольку он более распространенный, практически массовый в научном сообществе, ему учат при получении юридического образования, он доступен большинству соискателей учёной степени, и им гораздо проще овладеть. Второй же, казуистический уровень,

---

[120] В качестве иллюстрации можно считать написанные американским автором книги Дж. Флетчером части текста. См.: Флетчер Дж., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. М.: Юрист, 1998.

[121] См. например: Васев И.Н. Коллизионное правовое регулирование в России: вопросы теории и практики: учеб-практ. пособие. – М.: Юрлитинформ, 2016. 144 с.

является более высокой ступенью юридического познания, поскольку перейти снова на конкретику после многих лет «академизма» крайне трудно, обратить свои абстрактные изыскания на решение определенных задач иногда бывает невозможно ввиду их прикладной непригодности, поскольку создавались они как таковые сами для себя, да и развить внимание не только к общим идеям, но и к деталям феномена, которые подчас оказываются важнее даже общих концептуальных его характеристик довольно, сложно. Но это не более чем точка зрения автора, которому самому достаточно легко дается академический стиль, тогда как при решении конкретных казусов этот стиль не срабатывает и приходится снова возвращаться к во многом позабытому со студенческих времен отраслевому материалу[122].

Наконец, важнейшей характеристикой, свойством и необходимым составляющим элементом научного юридического исследования является наличие в нем научной новизны. Все, кто когда-либо изучал диссертации, держал в руках и читал авторефераты диссертаций, как на соискание ученой степени кандидата юридических наук, так и на соискание учёной степени доктора юридических наук, наверняка обращали внимание на присутствие в них такого раздела, как научная новизна исследования, куда попадают также положения, выносимые на защиту, как генеральный компонент этой новизны. В связи с этим и в рамках настоящего курса мы не можем хотя бы обзорно не затронуть проблематику научной новизны юридического исследования.

Научная новизна юридических исследований: общие проблемы. Итак, научная новизна есть необходимый компонент научного юридического исследования, есть неотъемлемая его часть, есть, в конечном счёте, раздел, придающий смысл всей исследовательской деятельности субъекта исследования, ради содержания которого и совершались все исследовательские процедуры. Кроме того, что немаловажно для юриста, воспитанного на юридико-позитивистской парадигме, требования научной новизны установлены для диссертационных исследований на соискание учёной степени доктора и кандидата наук. В частности, Постановление Правительства РФ от 24 сентября 2013 г. № 842 «О порядке присуждения учёных степеней», и утверждённое им Положение о присуждении учёных степеней устанавливает следующее:

«9. Диссертация на соискание ученой степени доктора наук должна быть научно-квалификационной работой, в которой на основании выполненных автором исследований разработаны теоретические положения, совокупность которых можно квалифицировать как научное достижение, либо решена научная проблема, имеющая важное политическое, социально-экономическое, культурное или хозяйственное значение, либо изложены новые научно

---

[122] Мы намеренно не касаемся вопросов, связанных с видами, стадиями, компонентами научных юридических исследований, поскольку все эти вопросы подробно рассмотрены в неоднократно упоминавшейся работе В.М. Сырых по истории и методологии юридической науки, и было бы неправильным ограничиться лишь повторением основных позиций ученого. Желающий углубиться в эти вопросы читатель может обратиться к названному учебнику.

обоснованные технические, технологические или иные решения, внедрение которых вносит значительный вклад в развитие страны.

Диссертация на соискание ученой степени кандидата наук должна быть научно-квалификационной работой, в которой содержится решение научной задачи, имеющей значение для развития соответствующей отрасли знаний, либо изложены новые научно обоснованные технические, технологические или иные решения и разработки, имеющие существенное значение для развития страны. *(пункт в ред. Постановления Правительства РФ от 21.04.2016 N 335).*

10. Диссертация должна быть написана автором самостоятельно, обладать внутренним единством, содержать новые научные результаты и положения, выдвигаемые для публичной защиты, и свидетельствовать о личном вкладе автора диссертации в науку.

В диссертации, имеющей прикладной характер, должны приводиться сведения о практическом использовании полученных автором диссертации научных результатов, а в диссертации, имеющей теоретический характер, - рекомендации по использованию научных выводов.

Предложенные автором диссертации решения должны быть аргументированы и оценены по сравнению с другими известными решениями»[123].

Как видим, Правительство РФ уделяет при оценке результатов научных юридических исследований научной новизне значительное внимание. Те аспекты, которые в нём характеризуют эту новизну, очень обстоятельно рассматриваются В.М. Сырых применительно к предшествующему положению о присвоении учёных степеней, к работе которого по методологии написания диссертации мы и отсылаем[124]. Здесь же необходимо рассмотреть что понимается под новизной научного юридического исследования в общем, каковы её свойства, дабы не перегружать параграф избыточной информацией.

В качестве признаков, присущих научной новизне, в литературе по истории и методологии юридической науки названы следующие: 1) научная новизна является результатом деятельности индивидуального сознания; 2) новизна свидетельствует о том, что из совокупности многих суждений по одному и тому же вопросу, высказанных в научной литературе, одно из них было сформулировано ранее других, а приоритет принадлежит его автору – конкретному учёному; 3) научная новизна присуща не любому новому, оригинальному положению, а лишь тем из них, которые обладают признаками научного знания: рациональностью, обоснованностью, достоверностью, логической непротиворечивостью, соответствием основополагающим принципам науки; 4) новые научные знания должны быть, во-первых, изложены, объективированы в

---

[123] О порядке присуждения ученых степеней: постановление Правительства РФ от 24 сентября 2013 г. № 842 // Собрание законодательства РФ, 07.10.2013, N 40 (часть III), ст. 5074.

[124] См.: Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 2. Логика правового исследования (как написать диссертацию). – М.: Юстицинформ, 2004. С. 23-29.

письменном виде и, во-вторых, доведены до широкого круга научной общественности посредством научных публикаций; 5) новые научные знания должны быть добыты исследователем лично, а не заимствованы им из других научных источников, публикаций; 6) право на новые научные исследования, полученные исследователем, принадлежит к числу личных неимущественных и потому неотчуждаемых прав автора и не может передаваться другим лицам на возмездной или безвозмездной основе, передаваться может лишь право на обнародование произведения; 7) новизна научных знаний определяется посредством их сравнения с наличными знаниями, изложенными в научных публикациях[125]. В конечном счёте В.М. Сырых определяет научную новизну как свойство, характерное научным знаниям, впервые введенным в научный оборот в соответствующей отрасли науки[126]. К сожалению, учёный все свои характеристики научной новизны посвящает не содержанию этого феномена, а его форме, что мало пригодно для выяснения собственно того, в чем же по сути состоит научная новизна юридического исследования.

Очень интересно в свете новой научной рациональности (постклассической) рассматривает проблематику научной новизны И.Л. Честнов. «Функция производства нового знания является, пожалуй, самой парадоксальной с точки зрения постклассической методологии. Дело в том, что наука не может объяснить и рассчитать как, когда и почему произойдёт новое научное открытие. Новое знание, если это действительно новое знание, никогда не является продолжением или экстраполяцией старого, существующего знания. Любое научное открытие принципиально неалгоритмизируемо: иначе все научные открытия были бы сделаны. Поэтому контекст научного со времен позитивизма отграничивают от контекста научного обоснования, а сегодня – и социального признания научного знания»[127]. Как видим, адепт диалогической теории права и постклассической юриспруденции в России стоит на совершенно противоположных В.М. Сырых философско-методологических установках. Последующие его рассуждения также обогащают представление о содержательных аспектах научной новизны, вследствие чего необходимо привести их полностью.

«Научная новизна может быть фундаментальной, выходящей за рамки господствующей парадигмы (рассматриваемой расширительно – как общепринятые представления научного сообщества по тому или иному вопросу), так и «внутрипарадигмальной», уточняющей, вводящей

---

[125] Интересно, насколько соответствуют этим критериям диалектическая логика Гегеля, геометрия Лобачевского, теория относительности Эйнштейна, или разработки Леонардо да Винчи, Аристотеля, Сократа, который принципиально ничего не писал, Конфуция и т.п. Или периодическая система химических элементов, которую Д.И. Менделеев увидел во сне. Наиболее выдающиеся научные открытия совершаются не благодаря соблюдению форме, а вопреки ей, а вот строгое выполнение всех требований, носящих формальный характер, к открытию не приведет, ибо открытие ломает господствующую парадигму, а не укрепляет её.

[126] См. подробнее: Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. – М.: Норма, 2013. С. 240-245.

[127] История и методология юридической науки: учебник для вузов / под ред. Ю.А. Денисова, И.Л. Честнова. СПб.: ИВЭСЭП, 2014. С. 260.

новые дополнительные факты или аргументы в существующую концепцию, не подвергаемую сомнению. В то же время даже фундаментальная новизна не может быть «принципиально новой» - иначе она не будет воспринята научным сообществам. К тому же научная инновация ограничена «сопротивлением вещей» и контекстом социокультурной ситуации, включающей мировоззрение, потребности (представление о потребностях) и интересы основных социальных групп, статусом и ролью науки в данном социуме, в том числе отношением к науке государства, включая её финансирование, уровнем развития техники и технологии (т.е. возможностями использования научных инноваций на практике). Следовательно, новое знание – это всегда «разрыв» с существующим, при сохранении отдельных его сторон или аспектов»[128]. Безусловно, нельзя игнорировать называемые И.Л. Честновым факторы, влияющие на науку в общем, и научную новизну, в частности. В связи с этим возможно введение, например, такого рабочего понятия, как «условная научная новизна юридического исследования», т.е. соответствие исследования требованию научной новизны в данных условиях, в данном методологическом и социально-политическом контексте. Какой смысл, например, предлагать в научном исследовании изменения законодательства, которые не вписываются в провозглашенную линию государственно-правовой политики? Он, разумеется, есть, потому что в идеале наука должна определять эту самую линию, но в реальных условиях в сфере юриспруденции научное юридическое исследование способно обладать лишь условной научной новизной, т.е. новизной для этой темы, в этих условиях, при определенном угле зрения на вопросы. Если, при этом, предлагается оригинальный (условно-оригинальный) вариант решения какой-то частной научной задачи, то исследование способно претендовать на степень кандидата наук, если задача достаточно глобальная, а её решение способно выдвинуть целое направление (пусть и не «магистральное») в юридической науке – то на степень доктора наук. Понятие «условная новизна» позволит энтузиастам от юридической науки избежать неприятных ощущений от того, что они в диссертационных исследованиях просто «переливают воду из одного сосуда в другой». Гносеология достигла в современную эпоху такого уровня, что познание уже перестает быть ограниченным позитивистской клеткой научного рационализма. Юриспруденции давно пора уже рассматривать новую неклассическую и постклассическую рациональность не как экзотику, а как методологическую реальность.

1.10. Требования к системным юридическим исследованиям

Отечественная наука сравнительно недавно обратилась к системному представлению о строении права. Советская юриспруденция изначально базировалась на социологическом подходе к праву, когда право воспринималось прежде всего как система социалистических

[128] История и методология юридической науки: учебник для вузов / под ред. Ю.А. Денисова, И.Л. Честнова. СПб.: ИВЭСЭП, 2014. С. 261-262.

правоотношений. Начиная с 1919 г. в обиход входит определение права, которое дал П.И. Стучка: «Право есть система (порядок) общественных отношений, охраняемых государством»[129]. Роль нормы права в таком случае представляется явно вторичной.

Поэтому-то большинство теоретиков 1920-1930-х гг. высказывалось негативно в отношении идеи систематизации права или же понимало эту систематизацию совершенно оригинально. Так, в учении М.А. Рейснера предпринималась попытка совмещения психологического метода с новым революционным содержанием права. Из этого М.А. Рейснер выводил идею о построении «мозаичного» права, однако, критерием такой «систематизации» объявлялись правовые идеологии. А.Г. Гойбах вообще исходил из представления о праве как о «новой мифологии»[130].

Предполагая скорое отмирание права как такового («выветривание» буржуазного права), Е.В. Пашуканис писал: «Как же вы хотите построить законченную систему права, исходя из таких общественных отношений, которые пролетарская диктатура ежечасно переделывает… Мы не можем заниматься созданием системы пролетарского права»[131]. В итоге в рамках столь неординарных подходов к праву невозможно было и представить себе какое бы то ни было единство в теоретической науке по вопросу систематизации права. Максимум, на что соглашалась теоретическая мысль, так это продолжить спор о применимости к текущему праву деления на публичное и частное при господстве первого.

Однако *первая* теоретическая дискуссия 1938-1940 гг. уже продемонстрировала стремление ученого мира к выявлению универсальных критериев внутренней организации права (в качестве основного был признан предмет правового регулирования). Состоявшаяся в 1955-1958 гг. *вторая* дискуссия прочно закрепила за методом правового регулирования статус дополнительного критерия (предмет представляет собой материальное основание для разграничения норм права по отраслям, а метод – юридическое, так как он произволен от предмета).

Социологическое определение права окончательно уступило место нормативистскому, которое и удерживает господствующие позиции до настоящего момента. В обиход устойчиво входит следующее понимание права как системы: «Право – это система общеобязательных, формально-определенных норм, которые выражают и призваны обеспечить определенную свободу поведения в ее единстве с ответственностью и сообразно этому выступают в качестве государственно-властного критерия правомерного и неправомерного поведения»[132].

Распространенность подобного определения среди представителей науки и юридической практики можно объяснить тем, что во многих отношениях «это удачное и работающее

---

[129] *Стучка, П.И.* Труды по теории государства и права./ П.И. Стучка./ М.. – 1953. – С.31.

[130] См.: *Исаев, И.А.* Проблема системы права в советской юриспруденции 1920-1930-х гг./ И.А. Исаев.// История государства и права. – 2012. - №12. – С.3.

[131] *Пашуканис, Е.В.* Положение на теоретическом правовом фронте./ Е.В. Пашуканис.// Советское государство и революция права. – 1930. - №11-12. – С.47-48.

[132] *Алексеев, С.С.* Общая теория права. Т.1./ С.С. Алексеев./ М. – 1981. – С.104.

определение, которое подчеркивает существенные черты права, правильно ориентирует правоприменительную деятельность, удобно в педагогических целях»[133]. Нормативность провозглашалась «самым существенным свойством права, ибо норма есть масштаб, мера, модель определенного поведения»[134]. «Нормативное правопонимание – характерная черта существующей теории права», – отмечал В.А. Козлов[135].

В целом отечественная юриспруденция середины прошлого столетия развивалась абсолютно адекватно общеевропейским юридическим течениям (нормативизм Х. Кельзена). Постулировавшаяся идеологическая несовместимость социалистического и буржуазного права не могла устранить родственность многих происходивших в двух правовых семьях процессов. Если взять за основу ключевой для отечественной политико-правовой мысли спор между западниками и славянофилами, растянувшийся в тех или иных формах и под различными названиями далеко за пределы 1840-1850-х гг., то большевизм, основывавшийся на марксистско-ленинской методологии, вполне может быть охарактеризован как западническая политико-правовая идеология. Разрыв с национальным мировоззрением, идеи космополитизма, активной преобразующей роли законодателя – это и многое другое однозначно свидетельствуют в пользу *западной* природы большевизма. Сама идея заимствования вненационального мировоззрения и его опережающего практического воплощения с точки зрения логики мышления вполне повторяет позицию западников 1840-1850-х гг. Поэтому-то утвердившийся в отечественном правоведении системный подход к пониманию права вполне согласуется с укреплением позиций нормативизма и регулярного государства во всем мире в XX столетии.

Системное представление о праве предполагает его внутреннее упорядочение, выражающееся в группировке норм права по отраслям и институтам. Очевидно, в идее системности права заложен огромный положительный потенциал. И.А. Ильин писал: «Самая главная задача права состоит в том, чтобы указать разумному существу такое правило поведения, которое оно могло бы иметь ввиду постоянно и заранее»[136]. Упорядочение норм права по отраслям и институтам и последующая организация системы законодательства максимально упрощают ориентацию внутри здания права. «Идея иерархического строения формы права дает континентальному юристу исключительно важное чувство психологического комфорта, основанное на вере в отсутствие рассогласованности в объяснениях того, что можно, до́лжно или

---

[133] *Туманов, В.А.* О понимании советского права. – «Круглый стол» СГиП.// Советское государство и право. – 1979. – № 7. – С.58.
[134] *Братусь, С.Н.* О понимании советского права: «круглый стол» СГиП.// Советское государство и право. – 1979. – № 7. – С.57.
[135] *Козлов, В.А.* Правопонимание и общая теория права: логико-методологический аспект./ В.А. Козлов.// Правоведение. – 1987. – № 6. – С. 21–28.
[136] *Ильин, И.А.* Общее учение о праве и государстве./ И.А. Ильин./ М. – Хранитель. – 2006. – С.124.

запрещено совершать по праву»[137]. Системность права порождает уверенность в его логичности и беспробельности. Пробел в праве превращается в исключительное явление и при его обнаружении, тем не менее, всегда может быть нейтрализован с помощью аналогии.

Системность права воспитывает и системный стиль мышления юриста. Столкнувшись, например, со ст. 20 федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» от 15.08.1996 (ред. от 30.12.2015) современный юрист на интуитивном уровне установит рассогласованность системы:

«*Несовершеннолетний гражданин Российской Федерации, как правило, выезжает из Российской Федерации совместно хотя бы с одним из родителей, усыновителей, опекунов или попечителей.* В случае, если несовершеннолетний гражданин Российской Федерации выезжает из Российской Федерации без сопровождения, он должен иметь при себе кроме паспорта нотариально оформленное согласие названных лиц на выезд несовершеннолетнего гражданина Российской Федерации с указанием срока выезда и государства (государств), которое (которые) он намерен посетить *(курс. наш)*»[138].

«Несистемность» указанной нормы проявляется в том, что она не дает ответа на главный вопрос: требуется ли нотариально удостоверенное согласие одного из родителей, если несовершеннолетний выезжает за пределы РФ в сопровождении другого родителя? Собственно, перед нами даже не норма права, т.к. выделенное курсивом положение даже не устанавливает правила поведения, а говорит о некоей констатации законодателем наиболее распространенного варианта. Обнаружение подобных пустот в здании права, само восприятие права как беспробельной сущности становятся возможными только в рамках европейской позитивистской юриспруденции, частью которой и выступает системный подход к праву.

Рационализация юриспруденции за счет системного метода позволяет установить массу иерархических связей, с помощью которых оперативному разрешению поддается большинство потенциальных юридических коллизий. А.А. Петров и В.М. Шафиров так характеризуют идею иерархичности права:

- это отношение (связь) между различными элементами права как многоуровневой системы;

- указанная связь выражает некую подчиненность одного (расположенного на нижестоящем уровне) элемента другому (расположенному на вышестоящем уровне);

- для уровней иерархии в праве характерна «эмерджентность», то есть на каждом новом уровне иерархии в праве возникает новое качество, у отсутствующее у подуровней, образующих данный уровень;

---

[137] *Петров, А.А., Шафиров, В.М.* Предметная иерархия нормативных правовых актов./ А.А. Петров, В.М. Шафиров./ М. – Проспект. – 2014. – С.25.

[138] Федеральный закон от 15.08.1996 N 114-ФЗ (ред. от 30.12.2015, с изм. от 16.02.2016) «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию».// Российская газета. - N 159. - 22.08.1996.

- свойства и закономерности, которые существуют на различных уровнях в праве, не могут быть выведены друг относительно друга лишь на основе формально-логических операций (неформализуемость различных уровней иерархии в праве);

- возможность внутриуровневого тиражирования иерархии в праве;

- прямая зависимость между расположением элемента правовой иерархии и значимостью данного элемента для функционирования права как системы (более значимый элемент должен располагаться на более высоком уроне в иерархии, и наоборот);

- прямая зависимость элементов более высокого уровня иерархии в праве от фактического функционирования нижестоящих элементов[139].

Собственно весь набор формулируемых своевременной наукой коллизионных правил обязан своим существованием именно системному подходу (например, теория общей, специальной и исключительной нормы[140], теория нормы-части и нормы-целого в уголовном праве[141], правило о приоритетности старой специальной нормы по отношению к новой общей и мн. др.).

У качества системности права есть и вторая сторона. Системность предполагает не только *внутреннюю* дифференциацию права на отрасли и институты. Система означает также и *внешнее единство* права. Строго говоря, именно в совокупности «единство и дифференциация права и образуют систему права»[142]. Система позволяет установить вторичные связи между ее элементами. Так, на первоначальных этапах формирования отдельных отраслей права мало бы кто предположил, что давность в гражданском праве, давность в уголовном праве или же давность в процессуальных отраслях – родственные институты. Системное же восприятие права сегодня устраняет границы между указанными институтами и, во всяком случае, на теоретическом уровне делает возможной их унификацию. Свидетельств такой «унификации» права много: достаточно беглого взгляда на обсуждающийся в настоящее время (2016 г.) в Государственной Думе Федерального Собрания РФ проект Федерального закона N 957581-6 «Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях», чтобы установить массу точек соприкосновения этого акта с Уголовным кодексом РФ.

Однако, все вышеназванные преимущества системного подхода к праву во многом нивелируются не столь очевидными его недостатками. Система порождает веру в беспробельность и вездесущность права. Позитивная юриспруденция воспринимает право как некий предельно

---

[139] *Петров, А.А., Шафиров, В.М.* Предметная иерархия нормативных правовых актов./ А.А. Петров, В.М. Шафиров./ М. – Проспект. – 2014. – С.38-39.

[140] *Занина, М.А.* Коллизии норм равной юридической силы (понятие, причины, виды)./ М. - Волтер Клювер. - 144с., *Толстик, В.А., Дворников, Н.Л., Каргин, К.В.* Системное толкование норм права./ В.А. Толстик, Н.Л. Дворников, К.В. Каргин./ М. – ИД «Юриспруденция». - 2010. – 136с.

[141] *Иногамова-Хегай, Л.В.* Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. Учебное пособие./ Л.В. Иногамова-Хегай./ М. - Инфра-М. - 2002. - 169с.

[142] *Алексеев, С.С.* Общие теоретические проблемы системы советского права./ С.С. Алексеев./ М. – Государственное издательство юридической литературы. – 1961. – С.4.

рационализированный конструкт, простой перестановкой или заменой элементов которого можно оперативно воздействовать на общественные отношения. Схематизация действительности подкупает иллюзией преобразования этой действительности. «Человек познающий» стремится ощущать себя «человеком преобразующим».

Но как только право прочно входит в социальную жизнь как необходимость, оно обесценивает традиционные социальные регуляторы (религия, нравственность, эстетика и пр.). Общество начинает мириться с идеей преобразующей роли правовой «системы». Изначально задуманная как человеческое творение и для воплощения в жизнь идеалов гуманизма право все более приобретает надчеловеческую объективную сущность. Все более стирается случайное, казуистическое, спонтанное и утверждается типическое, обезличенное, объективное, системное. Возникает психология необходимого подчинения *объективному* праву. Поэтому, если такое «право» в какой-либо момент установит однополый или полигамный брак как юридически возможный, то общество психологически окажется безоружным: объективное право как система обладает абсолютным авторитетом.

Уже сегодня право-система демонстрирует стремление к постоянной экспансии в отношении все новых социальных сфер. Если уголовное право средневекового европейского государства однозначно отказывалось признавать кражей хищение в семье (как минимум, родственниками нисходящей линии у родственников восходящей), то современное уголовное право даже не ставит под сомнение наказуемости такой «кражи». Уголовный кодекс РФ 1996 г. неосознанно демонстрирует ту же логику «экспансии» в ч. 1 ст. 137 «Нарушение неприкосновенности частной жизни»:

«Незаконное собирание или распространение сведений о частной жизни лица, составляющих его личную или семейную тайну, без его согласия либо распространение этих сведений в публичном выступлении, публично демонстрирующемся произведении или средствах массовой информации…»[143].

Второй из представленных в этой норме составов сформулирован так, что признак отсутствия согласия лица, информация о частной жизни которого распространяется, не имеет абсолютно никакого значения. Формально, распространение соответствующих сведений публично даже с согласия лица является уголовно наказуемым.

Безусловно, за системным представлением о праве необходимо признать огромную заслугу: оно раздвинуло просторы юридического мышления до неизвестных ранее границ. Оно фактически создало концепцию современного правопорядка и правового (регулярного полицейского) государства. «Без нормативного понимания права практически недостижимы определенность и

[143] Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 30.12.2015).// Российская газета. - N 113. - 18.06.1996.

стабильность правовых отношений, законность в деятельности государственных органов и должностных лиц»[144]. Но в то же время мы всегда должны осознавать опасность, имманентно присущую системному восприятию права: система не приемлет случайности. Случай (казус) становится все более безынтересным объективному праву, право добровольно отказывается от спонтанности в своем развитии.

1.11. Критика нормативистской методологии отечественного юридического образования

Юридическое образование в России находится в состоянии, которое можно назвать кризисным. Осознание этого факта приводит многих исследователей к мысли о поиске путей его преодоления. В условиях стремительно развивающихся международных отношений, когда центробежные силы невольно вовлекают Россию в процесс глобализации, вопросы разрешения проблем российского образования стоят наиболее остро. Одни авторы, рассматривая данные проблемы, приходят к выводу о том, что вектор их преодоления должен лежать в направлении к модернизации образования и его ориентации на западные модели[145], другие – видят необходимым наряду с признанием значения западной культуры сохранить уникальность и самобытность российского образования.[146]

Реформы юридического образования, происходящие в настоящее время, преимущественно направлены на выработку практических навыков будущих юристов, а значит и подготовка правоведов ориентирована в первую очередь на решение узконаправленных задач. В условиях современных тенденций, когда право все больше отчуждается от человека, а порой и противопоставляется ему, все сложнее становится говорить о гармонизации общественных отношений. За яркими лозунгами о правах и свободах человека правовая реальность демонстрирует, что человек, как естественное существо, права которого основаны на естественных и разумных нормах равенства и свободы, отходит на задний план. Во главу возводится утилитарная направленность юридических знаний.

В настоящее время подготовка юриста, основным образом, ориентирована на изучение нормативно-правовой базы, которое (изучение) зачастую осуществляется без глубокого осмысления студентами: за пределами внимания остаются фундаментальные положения,

---

[144] *Лейст, О.Э.* Три концепции права./ О.Э. Лейст.// Советское государство и право. – 1991. – № 12. – С. 7.

[145] См., напр., Ладыжец Н.С. Университетский барометр евросообщества // Вестник удмурдского университета. – 2012. Вып 3. – С. 5-6; Шанин А.А. Европейское пространство высшего образования // Известия Волгоградского государственного технического университета. – 2013. – № 2. – С. 11-15.

[146] См., напр., Архипова О.В. Проблема самобытности образования в контексте глобализации // Теория и практика общественного развития. – 2014. – №. 10. – С. 9-13; Прытков В.П., Селезнев В.М. Проблема самобытности русской науки // Теория и практика общественного развития. – 2014. – № 10. – С. 17; Олейникова О.Н. Болонский процесс как инструмент интернационализации высшего образования // Вестник Московского государственного гуманитарного университета им. М.А. Шолохова. Педагогика и психология. – 2015. – №. 2. – С. 58-68.

служащие основной права. Каждый юрист в своей деятельности неизбежно сталкивается с ситуацией, когда вслед за изменяющимися общественными отношениями, устаревает или изменяется и нормативно-правовая база, что усугубляется, когда в краткие сроки меняется значительная часть правового массива. Опора на имеющиеся знания порождает ситуацию, в которой юрист не способен незамедлительно принять решение, основываясь на правовом мировоззрении, принципах права, духе права.

«Дух права» как правовое явление с точки зрения отдельных преподавателей представляется бессодержательным. В осмыслении правовой действительности идти дальше текста законодателя, по их мнению, нецелесообразно. При подобном подходе в процессе обучения преобладающим становится комментаторский подход к процессу обучения, который является наименее затратным с точки зрения экономии времени и сил при подготовке преподавателя к занятиям, что, представляется весьма характерным в первую очередь для ведомственных вузов правоохранительной системы России, где большая часть рабочего времени профессорско-преподавательского состава занята мероприятиями, фактически не относящимися к учебному процессу. В результате такого подхода выпускник юридического вуза привыкает к сугубо позитивистскому стилю мышления.

Буквальное следование предписаниям закона приводит общественные отношения к деформации, результатом которой становится обеспечение лишь формальной законности, отрешённой от целесообразности реальных жизненных условий, что в результате ведёт к оторванности государственных органов от социальной действительности. Деятельность отдельных государственных органов на основе реализации принципа формальной законности способна причинить общественным отношениям больше вреда, чем принести пользы. Так, например, прокуратура, осуществляющая прокурорский надзор за соблюдением Конституции Российской Федерации и исполнением законов следует в ходе своей деятельности правовым предписаниям, оставляя за пределами внимания нюансы сложившихся обстоятельств. Вместе с тем, многообразие жизненных ситуаций многочисленно и, зачастую, их невозможно все уложить в рамки закона.

Рассматривая одну из важнейших функций государства, Г.В. Мальцев отмечает, что «государственная система социального обеспечения, хотя и включила в себя, ассимилировала публичную благотворительность, не унаследовала ее нравственных особенностей хотя бы потому, что все действия обусловила наличием параграфа закона, инструкцией, бюрократическим указанием сверху, сделав моральные эмоции и оценки практически излишними. Они и в самом деле становятся неуместными там, где юридические отношения в сфере социального обеспечения приобретают массовый, казённый, шаблонный характер, где главное надо заполнить бумаги,

представить справки, получить требуемые подписи, пройти через все формальности».[147] Далеко не последнюю роль в сложившейся ситуации сыграли недостатки в юридическом образовании, где духовно-нравственные основания права принесены в жертву праву позитивному.

Изменения, происходящие в системе образования, демонстрируют недостаточную проработанность реформы, т.к. в первую очередь они ориентированы на рыночные отношения и связанные с ними показатели. Так называемая система менеджмента качества, контролирующая процессы образовательной среды, навязана государственными администраторами с целью регулирования показателей эффективности вложения в образование, а не с целью повышения его качества как социальной основы общества. Ведущими силами, осуществившими реформу образования в западных странах, были не представители академической общественности, а представители бизнес структур. Вполне иллюстративными выглядят результаты реформ системы образования в США, где только 31% американских выпускников колледжа способны полностью осмыслить публикацию в газете; 35% молодых людей жалеют о времени, проведённом в университете, полагая, что потраченные время и деньги не стоили того; более чем 50% выпускников университета заявили, что их не научили ничему полезному.[148]

При наличии недостатков в образовательной системе США, куда нас ориентируют, необходимо отдать должное справедливости и отметить, что в юридической литературе этого государства, например, имеются работы[149] и учебные материалы,[150] рассматривающие вопросы нравственности.

В работах русских мыслителей XIX–XX вв. обобщён огромный опыт духовно-нравственных оснований российского права. Право и закон не тождественны друг другу, хотя в последнее время они отождествляются не только правоприменителями, но и преподавателями права. Форма права сама по себе лишена духа, опоры на национальное правосознание и самобытную правовую культуру. При изучении права неизбежно должны учитываться специфичность и сложность правовых систем, находящихся во взаимозависимости с одновременным балансом позитивистской и естественно-правовой концепции.

Ведущее место в учебных планах подготовки юриста стала занимать практическая составляющая: значительно сокращается количество часов, отводимых на лекционные занятия, и увеличивается количество часов, отводимых на практику. Студентов на Западе уже давно готовят на технологически подготовленных местах, где усвоение поставленных задач носит упрощённый характер, а в качестве рабочего материала используются кейс-стади – многочисленные кейсы,

---

[147] Мальцев Г.В. Нравственные основания права. – М., 2008. – С. 259.
[148] Gatto J.T. Weapon of mass instruction. Gabriola Island, BC, 2009. P. 99.
[149] См., например , Dworkin R. Taking Rights Seriously. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978; Fuller L. The Morality of Law. New Haven, CT: Yale University Press, 1965; Hart H.L.A. Law, Liberty and Morality. Oxford: Oxford University Press, 1963; Lyons D. Ethics & The Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.
[150] См., например, Pyle R., Bast C. Foundation of Law: Cases, Commentary and Ethics. Clifton Park, NY. 2011.

созданные на основе эмпирического опыта как схема для действия в строго заданных условиях. Так, например, для юридического образования США характерны такие черты как: узкая специализация, практическая направленность и специфическая форма организации учебного процесса. Жёсткая специализация в процессе получения образования ограничивает американских юристов, заставляет останавливаться на одной области применения. Сугубо прикладная направленность, наряду с выполнением практических заданий по решению прецедентов, реализуется посредством чтения курсов практикующими юристами: адвокатами, судьями, советниками крупных компаний.[151]

В.Н. Синюков отмечает, что «до сих пор значительная часть юристов в мире готовится методом индивидуального научения юридическим действиям в конкретной сфере юридической практики. Такая модель подготовки признается весьма эффективной, так как концентрирует внимание на строгой специфике юридического метода. Однако именно данный тип подготовки юристов наиболее отчетливо демонстрирует реальный механизм социализации права: содержательные и технико-догматические элементы занимают в нем важное, но, по сути, вспомогательное, инструментальное положение, надстраиваясь на ином, более широком образовательном фундаменте. Параметры правовой культуры далеко выходят за формальные границы правовых отношений».[152]

Широкое распространение в последнее время получает тестовый способ обучения, который оформляет юриста в бездушного регистратора, задачей которого является строгое следование инструкции, ограниченной рамками закона. Справедливость как социальная категория чужда такому субъекту общественных отношений, а духовное содержание лишено общечеловеческих ценностей. Тестовая система подготовки юриста лишает последнего готовности к ситуациям, выходящим за пределы шаблонов тестовых заданий. Постоянно развивающиеся и меняющиеся общественные отношения постоянно ставят перед практикующими юристами новые задачи, требующие справедливых решений.

В настоящее время в учебный процесс российских вузов активно внедряется дистанционная методика обучения, предполагающая заранее подготовленные информационные ресурсы с заданиями. Студенту предлагается самостоятельно освоить полный объем учебной дисциплины и пройти итоговое испытание. Первые этапы внедрения этой методики проходят под видом эксперимента, однако длительная перспектива нововведения очевидна: на её освоение выделяются значительные материальные ресурсы, руководители программ проходят многократные стажировки в зарубежных (преимущественно западных) государствах, на местах разработка необходимых материалов для преподавателей от желательной перешла в форму обязательной,

---

[151] Лапшина И.Е., Аркадьева Т.А., Валеева М.А. Юридическое образование за рубежом (опыт США и ФРГ) // Концепт. – 2014. – № 12. –С. 2–3.

[152] Синюков В.Н. Правовая система России. Введение в общую теорию. – М., 2013. – С. 601.

максимально увеличился объем охватываемых дисциплин. Причина навязывания дистанционных образовательных программ понятна – она позволит ощутимо сократить накладные расходы. Однако дистанционная система подготовки юриста предполагает дальнейшее выхолащивание социальных ценностей в системе координат практикующего юриста. Отсутствие прямого общения с преподавателем, с аудиторией снижает возможность формирования его положительных личностных качеств.

Описанные средства современной системы подготовки юриста легко укладываются в рамки позитивистской методологии юридического образования. Однако важнейшими социальными качествами юриста являются чувство законности и справедливости, а их можно воспитать лишь в адекватной образовательной среде, основанной не только на позитивистской, но и на духовно-нравственной методологии юридического образования.

1.12. Цивилизационный (духовно-культурный) подход

Названный подход традиционно в теории государства и права (и в юридической науке в целом) традиционно упоминается лишь в рамках вопроса о типологии государства. Однако, принципиальное значение его существенно выше, поскольку он представляет собой особое видение права, особую методологическую установку, о чём неоднократно упоминается в современной литературе[153]. В связи с этим считаем необходимым рассмотреть в настоящей работе цивилизационный (духовно-культурологический) подход к юридическому познанию в качестве особого методологического принципа юриспруденции, выделить основные составляющие его в праве аспекты.

Общеизвестным на сегодняшний день является существование двух диаметрально противоположных подходов к типологии государства и права: формационного, опирающегося на экономический критерий, и цивилизационного, делающего акцент на культурных факторах различного рода в качестве критерия. Как отмечает М.А. Супатаев в недавней работе, полностью посвящённой цивилизационному подходу к праву, «история человечества может быть представлена как последовательная смена формаций (и, соответственно, типов государства и права), причём лишь некоторые из них приобретают всемирное распространение. Но не с меньшим основанием всемирную историю можно представить как закономерное развитие в ходе исторической, культурно-духовной эволюции человечества ряда базовых цивилизаций,

[153] Так, Е.Н. Яркова рассматривает культурно-исторический (цивилизационный) подход в качестве одной из парадигм юридических исследований, посвящая ему специальный параграф своего обстоятельного курса истории и методологии юридической науки. См.: Яркова Е.Н. История и методология юридической науки: учебное пособие. - Тюмень : Изд-во Тюменского гос. ун-та, 2012. С. 278-302. Р.А. Ромашов во вступительной статье к работе П.А. Оля «Правопонимание: от плюрализма к двуединству» пишет о том, что существует два основных подхода к восприятию права: инструментальный и культурологический. См.: Ромашов Р.А. Право: в поисках образа // Оль П.А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству. Монография. – СПб.: Юридический центр «Пресс», 2005. С. 3-5.

различающихся системообразующими принципами культурного строя (а также цивилизаций-спутников, ответвлений и гибридных цивилизаций, возникших на перекрестках мощного поля соседних цивилизаций), которые в разное время проходят сходные формационные ступени»[154]. Не вступая в дискуссию о достоинствах и недостатках каждого подхода отметим, что цивилизационный подход выступает в большей степени научно объективным, поскольку в общем и целом не концентрируется на одной какой-либо стороне общественного развития, а охватывает разные стороны общественной жизни, а также соответствует неклассической методологии, которую необходимо применять при решении таких сложных вопросов, как типология государств и правовых систем. Что же касается формационного подхода, или, как назвали его участники круглого стола «Формации или цивилизации» журнала Вопросы философии, 1989 года, формационного редукционизма[155], то он хоть и решает проблему типологии достаточно чётко и универсально, но желает это путём редукционизма, т.е. решению проблемы предшествует её упрощение. Изучение же таких фундаментальных явлений, как тип государства и тип правовой системы, не может быть упрощённым, поскольку упрощённое понимание чревато ошибками в частностях, накоплением таких ошибок, в силу чего может исказить научную картину в целом. Сказанное обуславливает актуальность исследования цивилизационного подхода к типологии государств. На сегодняшний день интерес к цивилизационному подходу к типологии государств и правовых систем весьма оживился, о чём свидетельствуют вышедшие в недавнее время работы, посвящённые этому подходу полностью, или в части[156], а также переиздания трудов основоположников данного подхода.

Следует отметить, что не существует серьёзного временного разрыва в появлении в науке между формационным и цивилизационным подходами к типологии государств. Цивилизационный подход также формулируется в 19-м веке, во второй его половине, на почве русской политико-правовой мысли позднего славянофильства. Исторически первый вариант цивилизационной типологии государств, обществ, права принадлежит нашему соотечественнику Николаю Яковлевичу Данилевскому, который ещё в 60-х-70-х годах XIX века исследовал культурное своеобразие цивилизаций, и заключил его в капитальный труд «Россия и Европа: Взгляд на культурные и политические отношения славянского мира к германо-романскому»[157], и в

---

[154] Супатаев М.А. К проблематике цивилизационного подхода к праву (очерки общей теории и практики): монография. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 38-39.

[155] Формации или цивилизации? (Материалы круглого стола) // Вопросы философии. 1989. № 10. С. 34-59.

[156] См. например: Лукашева Е.А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение. М.: Норма, 2009; Звонарева О.С. Власть и право: цивилизационный аспект (теоретико- и историко-правовой анализ). Дисс… канд. юрид. наук. СПб., 2009; История правовых учений России: учебник. В 3 т. Т. II. XVIII-XIX вв. / под ред. В.В. Сорокина, А.А. Васильева. М.: Юрлитинформ, 2014.; Косарев А.И. История государства и права зарубежных стран: учебник для вузов. М.: Норма, 2002. С. 3-4. и др.

[157] Данилевский Н.Я. Россия и Европа. / Сост. и коммент. А.В. Белова; отв. ред. О.А. Платонов. Изд. 2-е. М.: Институт русской цивилизации, Благословение, 2011. 816 с. С.С. Сулакшин приводит в подтверждение этого тезиса работу

результате чего опередил более чем на 50 лет зарубежных разработчиков данного подхода О. Шпенглера и А. Дж. Тоинби. В 70-е же годы появляется работа и другого русского мыслителя-традиционалиста К.Н. Леонтьева «Византизм и славянство», в которой он развивает многие идеи Н.Я. Данилевского, оперирует понятием «цивилизация» и, тем самым, также закладывает основу для цивилизационной типологии государств и правовых систем.

В XX-м веке дело Н.Я. Данилевского и К.Н. Леонтьева продолжают мыслители евразийского направления отечественной правовой философии – кн. Н.С. Трубецкой, П.Н. Савицкий, Г.В. Вернадский, Н.Н. Алексеев. До научно-обоснованной концепции цивилизационный подход в отечественном традиционализме был доведен в теории этногенеза Льва Николаевича Гумилёва, предложившего на примере этноса свою систему стадий, которые он переживает. В.В. Кожинов и А.С. Панарин, продолжившие, уже теперь, дело евразийцев на рубеже XX и XXI веков, внесли свой вклад в обоснование цивилизационного своеобразия каждого общества, каждого народа и права каждого народа на собственную историю. Наконец, нельзя не отметить работу Р.В. Насырова «Человек как самоценность», в которой автор высказывает совершенно оригинальную точку зрения на типологию цивилизаций, деля их на цивилизации-метрополии и цивилизации-державы[158]. Таким образом, российская правовая мысль о цивилизационном подходе к типологии государств и правовых систем насчитывает к сегодняшнему дню уже более 150-ти лет своей истории.

Что же касается зарубежной, а точнее, западноевропейской и американской мысли, то здесь цивилизационный подход формируется в XX-м веке, а точнее – под влиянием Первой мировой войны (первое издание работы О. Шпенглера «Закат Европы» вышло в свет в 1918-м году)[159]. И далеко не все работы представителей этого подхода в принципе применимы к государственно-правовой сфере, хотя и имеют весьма серьёзную теоретико-методологическую ценность для построения типологии государств и правовых систем. Поражает тот факт, что во многих современных работах по юриспруденции, особенно – учебных – либо вообще игнорируется цивилизационный подход и типология государств осуществляется на уже давно весьма устаревшей и искаженно трактуемой формационной основе, либо упоминается, но внимания удостаивается исключительно его зарубежная часть, иногда представляемая в виде трудов только

американского исследователя МакМастера «К вопросу о влиянии Генриха Рюкерта на Данилевского». См.: Сулакшин С.С. Количественная теория цивилизационогенеза и локальных цивилизаций. М.: Научный эксперт, 2013. С. 16.

[158] См.: Насыров Р.В. Человек как самоценность: О формулировке ст. 2 Конституции РФ 1993 г. (Курс лекций) / Р.В. Насыров. – М.: Юрлитинформ, 2011. С. 260-270.

[159] Впрочем, указывают иногда и более раннюю работу Генриха Рюккерта, который использовал термин «культурно-исторический тип», созвучный термину «цивилизация», практически одновременно с Н.Я. Данилевским. См.: Шпенглер О. Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории. 1. Гештальт и действительность / Пер с. нем., вст. ст. и примеч. К.А. Свасьяна. – М.: Мысль, 1998. С. 45. Впрочем, К.А. Свасьян делает это настолько расплывчато и неконкретно, что его точку зрения следует воспринимать в духе библейского выражения «что может быть доброго из Назарета?» (т.е. в духе установки на невозможность оригинального открытия в России, опережающего Запад), о верности которого мы легко можем узнать из первоисточника.

А.Дж. Тоинби, как будто бы не существует 150-ти летней истории указанного подхода в отечественной философии. Всё это обуславливает необходимость сравнительного исследования цивилизационного подхода к типологии государств в отечественном и зарубежном традиционализме именно в ключе зарождения начал этого подхода.

С точки зрения методологии юридических научных исследований цивилизационный подход представлен следующими методологическими константами:

1) «Негативным» аспектом этого подхода выступает отрицание линейности исторического развития в мировых масштабах; здесь же можно говорить об отрицании цивилизационистами продуктивности идеи прогресса как таковой и противопоставлении этой идее идеи цикличности как принципа развития культурно-исторических типов;

2) Это положение с необходимостью вытекает из того, что с точки зрения цивилизационного подхода (отечественного его направления) мировая история (и всеобщая история государства и права, соответственно) как явление, феномен отсутствует, а имеет место быть история каждого в отдельности культурно-исторического типа;

3) Цивилизационный подход в государственно-правовой сфере целиком и полностью базируется на юридико-антропологических началах, или, с другой стороны, цивилизационный (духовно-культурологический) подход можно считать главным стержнем юридической антропологии. Наличие этой особенности становится понятным, если мы обратимся к тому определению юридической антропологии, которое предлагает А.И. Ковлер: «Юридическая антропология (или антропология права) – это научная и учебная дисциплина, которая путём анализа устных или письменных памятников права, практики общественной жизни исследует процессы юридизации человеческого бытия, свойственные каждому историческому типу цивилизации, и стремится выяснить закономерности, которые лежат в основе социального и правового быта человеческих общностей»[160]. Очевидно, что современная антропология сделала выбор от линейного эволюционизма (эквивалент – формационный подход) в пользу духовно-культурологического (цивилизационного) подхода, признавая уникальность и самостоятельность каждой правовой культуры;

4) Также цивилизационный подход предполагает несколько иное восприятие мировой карты правовых систем и правовых семей: В.Н. Синюков, который использует этот подход в своей работе, посвященной российской правовой системе, предлагает исходное понятие «правовой стиль» для типологии правовых семей. «Совокупность этих элементов, создающих особое сочетание юридических и смежных регулятивных средств – юридической техники, правовых конструкций, фикций, обыденного и религиозного правосознания, правового быта (фольклора), правовой институциональной системы образует понятие правового стиля. Правовой стиль – это

[160] Ковлер А.И. Антропология права: учебник для вузов. – М.: Норма, 2002. С. 23.

форма юридической культуры, творческая и одновременно консервативная её часть. Творческая потому, что через правовой стиль создаются новые инновационные элементы права, происходит постоянное движение структур, понятий, создаются прообразы современных регулятивных методов. В этом смысле правовой стиль есть своеобразное преломление иных творческих выражений народного духа…»[161]. Примечательна в этой связи даваемая В.Н. Синюковым трактовка правовой семьи (приведем её также полностью): «Правовая семья – это совокупность национальных правовых систем, выделенная на основе общности источников, в первую очередь, ментальных, стилевых структур права и исторической специфики его формирования. В соответствии с этими критериями юридический мир можно представить в виде следующих правовых семей, характеризующихся выраженной исторической традицией и самостоятельным правовым стилем: общего права, романо-германскую, славянскую, обычно-традиционную, мусульманскую, индусскую (индусское право). Ни одна из классификаций правовых семей не является исчерпывающей для правовых систем мира…»[162]. Необходимо заметить, что В.Н. Синюков, выделяя в качестве самостоятельной славянскую правовую семью, является ещё и в этом продолжателем дела основателя цивилизационного подхода в науке Н.Я. Данилевского.

5) Наконец, в вопросах правопонимания духовно-культурологический (цивилизационный) подход не признает универсальной ценности за юридическим позитивизмом и нормативизмом, а ставит акценты на соответствии правопонимания национальной правовой культуре, национальному правосознанию, правовому духу народа, стилю его юридического мышления. В связи с этим из юридических школ цивилизационному подходу близка немецкая историческая школа права, охранительные направления правовой мысли, а также направление поиска духовно-нравственных оснований российского права, разрабатываемое профессорами В.В. Сорокиным, А.М. Величко, О.И. Цыбулевской, В.Н. Синюковым и некоторыми другими представителями современной юридической науки России. В истории правовой мысли на подобных позициях стояли И.А. Ильин, Н.Н. Алексеев, И.Л. Солоневич.

Таким образом, на сегодняшний день духовно-культурологический (цивилизационный) подход в юриспруденции не ограничивается только лишь вопросами типологии государств, а затрагивает практически все ключевые аспекты правопонимания. Мы наметили лишь некоторые общие методологические предпосылки этого подхода, которые нуждаются в дальнейшем исследовании и теоретической разработке[163].

---

[161] Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. – 2-е изд., доп. – М.: Норма, 2014. С. 191-192.

[162] Там же. С. 200.

[163] Довольно обстоятельно цивилизационный подход рассматривает М.А. Супатаев в своей свежей работе, вышедшей в издательстве Юрлитинформ в 2012 году. См.: Супатаев М.А. К проблематике цивилизационного подхода к праву (очерки общей теории и практики): монография. – М.: Юрлитинформ, 2012. 144 с.

1.13. Возможности синергетики в изучении правовой системы переходного периода

В переходный период правовой порядок размывается многочисленными дезорганизующими процессами и явлениями. Но даже в этих условиях правовая система способна сохранять свою целостность. Казалось бы, переходная правовая система находится на пороге разрушения, и по мере обострения юридических конфликтов высказываются все более пессимистические прогнозы относительно ее судьбы. Но в то же самое время она находит некие внутренние ресурсы, которые позволяют ей воспроизводить свою целостность и регулятивные возможности. Что это как не проявление пока не изученного юридической наукой скрытого механизма самоорганизации правовой системы, обнаруживающего себя в экстремальных условиях переходного периода?

Концепции самоорганизации систем изначально возникли в естественнонаучных отраслях знаний для объяснения химических, физических и т.п. процессов, организующихся их хаоса[164].

Направление естественных наук, изучающее самоорганизующиеся системы, получило название «синергетика»[165]. Ведущий представитель данного научного направления И. Пригожин предлагал понимать под самоорганизацией установление порядка в системе[166]. Самоорганизации в классическом кибернетическом смысле слова — это процесс структурирования системы, управляемый изнутри этой системы. При этом синергетика акцентирует внимание на спонтанность, стихийность самоорганизующегося начала системы. Самоорганизация означает переход от неорганизованной системы к организованной либо переход от низкого уровня организованности системы к высокому. Немецкий ученый биолог Г. Хакен, который и назвал теорию самоорганизации «синергетикой» (теорией совместного действия), подчеркивал, что порядок в системе восстанавливается за счет кооперативного действия подсистем, образующих систему.

Наблюдая существующие в природе разнообразные высокоорганизованные системы, их приспособляемость к изменяющейся среде, их развитие и самовоспроизведение, можно обнаружить, что в основе всех этих явлений лежит некий универсальный механизм, придающий этим системам способность не утрачивать свою упорядоченность. Еще Платон заметил: «Сами вещи имеют некоторую устойчивую сущность, безотносительно к нам и независимо от нас».

Несмотря на довольно широкую распространенность самоорганизующихся систем и настойчивые попытки исследователей понять явления, происходящие в таких системах, самоорганизация остается самой неизученной сферой познания. Только в середине XX в. ученые признали за социальными системами статус самоорганизующихся. В этой связи Л.А. Петрушенко писал, что «даже система неорганического происхождения способна к определенного рода

---

[164] Концепции самоорганизации: становление нового образа научного мышления. М., 1994. 207 с.

[165] Курдюмов С.П., Малинецкий Г.Г. Синергетика — теория самоорганизации: идеи, методы, перспективы. М., 1989. 164 с.; Синергетика — новые направления. М., 1996. 264 с.

[166] Пригожин И., Николис Г. Самоорганизация в неравновесных системах: от диссипативных систем к упорядоченности через флуктуации. М., 1990. С. 26.

защитным действиям, которые в какой-то степени помогают ей сохранять заданное (исходное) состояние». Было признано, что каждая изолированная, детерминированная, динамическая система, подчиняющаяся неизменяющимся законам, создает «организмы», приспособленные к их окружающей среде. В данном случае был позаимствован опыт построения организации, накопленный природой для объяснения общественных процессов.

В данном параграфе монографии, с точки зрения генетической характеристики переходной правовой системы, освещаются, как минимум, два вопроса: 1) что дают концепции самоорганизации для понимания правовой системы переходного периода; 2) каковы дополнительные особенности явлений самоорганизации в правовой системе переходного периода?

Переходная правовая система нестабильна, несбалансированна и способна к альтернативным путям эволюции. В соответствии с синергетической концепцией процесс развития системы, во-первых, имеет многонаправленный, многовариантный характер. Во-вторых, превращение той или иной направленности из возможности в действительность в точке бифуркации подчиняется не необходимости, а случайности. Тем самым необходимость и случайность как факторы развития системы уравниваются в перспективах. В состоянии равновесия определяющим фактором выступает необходимость, а в состоянии неравновесия — случайность, т.е. в неравновесном состоянии перестают действовать закономерности развития системы, присущей ей в стабильных условиях. Когда на систему, находящуюся в предельно неравновесном состоянии, действует, угрожая ее структуре, флуктуация, наступает критический момент — система достигает бифуркации. И. Пригожин полагает, что в точке бифуркации невозможно предсказать, в какое состояние перейдет система. Случайность подталкивает то, что остается от прежней стабильной системы, на новый путь развития, а после того, как путь выбран, вновь вступает в силу детерминизм, — и так до следующей точки бифуркации. Таким образом, случайность и необходимость рассматриваются не как несовместимые противоположности, а как взаимно дополняющие друг друга факторы.

Одним из важнейших утверждений концепции самоорганизации является суждение об опосредованности самоорганизации неустойчивым состоянием самоорганизующейся системы. Упорядочение идет через неустойчивость. Общая регулятивная идея синергетики выражена в формуле «порядок через флуктуации» (или «порядок из хаоса»). Флуктуациями называются отклонения параметров системы от средних значений. По мнению И. Пригожина и И. Стенгерс, система, претерпевающая флуктуации, безостановочно соскальзывает к состоянию, лишенному какой бы то ни было организации. После этого хаос, переживаемый остатками системы,

становится прародителем порядка[167]. Неравновесность тем самым способствует усилению флуктуаций и устранению неустойчивости.

При объяснении правовых процессов, наблюдаемых в переходный период, тоже важно учитывать влияние ситуационных факторов (случайности), способных конкурировать с объективными условиями перехода. Конструктивную роль имеет и положение синергетики о многовариантности развития систем. Перспективы развития правовой системы будут тем неопределеннее, чем выше неуправляемость и конфликтность переходных процессов. Однако положения синергетики о неизбежном разрушении системы, ее переходе в хаос при изменении своего качества, а также о неизбежном стремлении изменяющейся системы к точке бифуркации вряд ли имеют ценность для характеристики правовой системы переходного периода. **В переходный период правовая система не утрачивает свою целостность и регулятивные возможности, а лишь меняет свою целевую ориентацию и в соответствии с ней обновляет свою структуру.** Но даже изменяя качественную определенность, правовая система остается таковой в течение всего периода перехода в новое типологическое качество. К тому же эволюционная форма перехода позволяет избежать так называемой точки бифуркации в развитии переходных процессов, когда обострение всевозможных конфликтов угрожает самому существованию правовой системы. Следовательно, теория самоорганизации не может полностью заимствоваться юридической наукой из арсенала естественных наук. Отечественная теория права нуждается в учении о самоорганизации права и правовой системы. Правовая реальность может оказаться вообще неконтролируемой в смысле, который был провозглашен прежними научными подходами. Правовая теория самоорганизации восполнит имеющийся пробел в знаниях о правовых системах.

В советской юридической науке считалось, что правовая система не обладает самостоятельным источником самодвижения и саморазвития. Господствовал тезис о том, что надстроечные явления не могут быть познаны из самих себя, поскольку они коренятся в материальных отношениях. Правовую систему общества традиционно относили к несаморазвивающимся системам, которые не имеют самостоятельного источника самодвижения и самоорганизации; источник их развития находится не столько внутри них, сколько вне, за их пределами. Содержание и развитие правовых систем обусловливали экономическим строем общества. При этом авторы ссылались на позицию К. Маркса и Ф. Энгельса, полагавших, что право не имеет собственной истории, т.к. его история предопределена историей материальных отношений в классовом обществе.

Ни в коем случае не умаляя значения экономического фактора в развитии переходных правовых систем заметим, что условия материального производства не всегда становятся

---

[167] Пригожин И., Стенгерс И. Порядок из хаоса. М., 1986. С. 39.

пределом саморазвития правовой действительности. В силу внешних системообразующих связей правовая система в переходный период получает существенную подпитку развития от внешнего источника реформ. Но существуют и внутрисистемные связи правовой целостности. **Внешние системообразующие факторы вызывают начало переходного развития правовой системы и придают ему определенную ориентацию, а способность данной системы выполнить социальный заказ зависит уже от внутренних свойств (в том числе механизма самоорганизации).**

Переходную правовую систему отличает значительная ее автономия от внешней среды. Не в последнюю очередь это вызвано отставанием правового воздействия от общественных потребностей в условиях забежавшей далеко вперед социально-экономической инфраструктуры. Институты политической системы (прежде всего органы государственной власти) организуют правовую систему извне, осуществляя постоянное целенаправленное воздействие на нее (создают новые нормы права, задают цели правового регулирования, отменяют устаревшие институты права, перестраивают порядок принятия нормативно-правовых актов и порядок их реализации). Подобное внешнее вмешательство в структуру правовой системы необходимо, однако внутренние противоречия и иные характеристики, имманентные правовой системе, более важны для процесса ее развития. Именно благодаря взаимодействию компонентов, составляющих правовую систему, возникает ее органичная упорядоченность. Другими словами, **внешние факторы лишь моделируют правовую систему, а внутренние — раскрывают сущность ее самодвижения. Правовая система в переходный период представляет собой систему, постоянно воспроизводящую свою целостность в процессе обновления, причем причины самообновления находятся в ней самой — в присущих ей противоречиях.**

Различие организации и самоорганизации правовых систем относительно, но оно есть. Существенно, что самоорганизация не навязывается правовой системе извне: хотя она и инициируется каким-то внешним воздействием, эти воздействия не являются гарантами определенного исхода системы. «Условия» есть нечто внешнее по отношению к правовой системе, а не ее «иное», т.е. самой системой предложенная сфера своего саморазвития и самоутверждения. В противном случае правовая система сама избирала бы цели и момент своего коренного преобразования. Механизм самоорганизации правовых систем может отторгнуть внедряемые в нее чужеродные институты, в которых заинтересованы реформаторские силы, когда юридическая природа данной правовой системы с ними несовместима. Системосохраняющие атрибуты правовой целостности могут вступить в противоречие с навязываемыми извне очередными правовыми идеалами и ценностями. Наконец, механизм самоорганизации, присущий правовой системе, может обеспечить ей существование в то время, когда другие системы (экономическая, политическая и др.) в переходный период могут оказаться полностью разрушенными. В период

войны за независимость Соединенных Штатов Америки в ряде штатов страны в отсутствие политических структур соответствующие функции управления осуществлялись судами штатов. Оперативные решения хозяйственного, политического и иного управленческого характера принимались в порядке судопроизводства. В этом случае правовая система собой компенсировала отсутствие политической и экономической систем.

Можно сделать вывод: демократический потенциал правовой системы не является результатом ее саморазвития, но сохранение относительной целостности в условиях демократического транзита главным образом зависит от структуры переходной правовой системы. Следовательно, *самоорганизация правовой системы есть следствие взаимодействия ее структурных компонентов*.

Субъекты упорядочения правовой системы (органы государственной власти и общественные объединения) не могут стопроцентно гарантировать преобразование правовой системы в соответствии с их первоначальными идеалами. Реформаторские силы не могут навязать правовой системе путь развития извне, искусственно, не разрушая этим правовую систему. Новое типологическое качество правовой системы появляется на основе глубинных, исторических структурных корней, которыми обусловлены итоги реформирования. Эволюционное взаимодействие компонентов правовой системы означает, что новый правовой порядок в обществе возникает в результате процессов самоорганизации, происходящих в правовой сфере естественным путем. Процессы самоорганизации ни в коем случае не исключают, но существенно дополняют управленческое воздействие на правовую систему со стороны субъектов реформирования. Понятие самоорганизации в принципе немыслимо без понятия «управление».

Смена типологического качества правовой системы в переходный период — частично регулируемый, частично самоорганизующийся процесс. Правовая система является лишь частично самоорганизующейся системой. Субъекты правотворчества и правоприменения, не будучи частью правовой системы общества, опираются на ее структурные механизмы в целях менее болезненного и более последовательного преобразования правовой системы. Но это становится возможным, если субъектам реформирования известны свойства механизма самоорганизации правовой действительности. В переходный период иногда имеет место нарушение принципа оптимального управления правовой системой. Это нарушение заключается в зарегулированности ее основных компонентов, попытках нормативного предвосхищения любой случайности в развитии переходной правовой системы. В результате система сама не может выбрать такой вариант поведения и самоорганизации, который был бы оптимальным, исходя из конкретной фактической ситуации.

Синергетика подсказывает, что стрела времени проявляет себя в сочетании со случайностью. Только в том случае, когда правовая система ведет себя достаточно случайным образом, в ее

описании возникает различие между прошлым и будущим, а, следовательно, необратимость. История свидетельствует, что правовые системы с жесткими программами функционирования подвержены тяжелым разрушениям. Это означает, что в переходной правовой системе должны существовать зоны самоорганизации, не подверженные прямому воздействию субъекта управления. Эти зоны есть питательная среда для естественно-исторического правового развития. Для оптимального функционирования правовой системы необходимо знание объективных границ ее самоорганизации. Эти границы очерчиваются структурой правовой системы. Развитие правовой системы происходит не на основе решений каких-либо руководящих инстанций, а через взаимодействие ее структурных компонентов, в котором и реализуются общесистемные закономерности в переходный период. Правовая система не задумана для контроля с помощью политических критериев. Она способна к саморегулированию. Иными словами, **правовая реальность представляет собой не столько управляемую сверху, сколько самоорганизующуюся систему.**

Самоорганизующиеся системы способны поддерживать равновесие даже в условиях иррегулярных возмущений со стороны внешней среды, каковыми изобилует переходное время. Регуляторный характер поведения таких систем не может совершаться по некоторой изначально вложенной жесткой программе. Любая жесткая программа неспособна учесть всего многообразия окружающих условий, в которых может происходить функционирование системы. **Для обеспечения высокой устойчивости необходима такая авторегуляция в системе, которая соответствовала бы иррегулярному характеру внешней среды. Поэтому переходная правовая система, поддерживающая устойчивость в весьма широком диапазоне внешних условий, с необходимостью должна быть организована вероятностным образом. Это закономерно проявляется в преобладании диспозитивного правового регулирования в переходный период.**

Вместе с тем было бы неверно уповать на механизм самоорганизации правовой системы как некий гарант устойчивости ее функционирования. Существует немало ограничений для использования теории самоорганизации при описании процессов правового развития. Общая надежда на то, что в правовой сфере все само образуется, должна базироваться на объективных данных. В связи с этим вызывает критическое отношение теория трансенции А. Тоффлера. Он постулирует набор уникальных и случайных элементов мозаики перемен как универсальную данность бытия и предлагает не использовать перемены как инструментарий познания и движения, а подчиниться хаотичности процессов переходного периода как закону, превратившись из субъекта истории в объект выбора системой более высокого уровня организации. Порой в переходный период предпочитают перенести решение остроконфликтных правовых вопросов на отдаленную перспективу. Так, в конце 1940-х гг. ландтаг Баварии не ратифицировал Основной

закон ФРГ. Подобный расчет всегда должен строиться на гармоническом сочетании внешней организации и самоорганизации правовой системы. В литературе высказывалась гипотеза о том, что «архетип гражданского общества заложен в культурном, генетическом коде российской цивилизации» (А.П. Андреев). Даже признание этого обстоятельства не дает ответа на вопрос, где и как даст о себе знать генетический код в рамках отдельных компонентов правовой системы (в рамках правосознания, например). Ожидание «невидимой руки», спонтанно согласующей интересы и действия социальных сил юридическими средствами, может породить пассивность субъектов правовой деятельности. Парадокс правовой жизни 1990-х гг. в России состоял в том, что система безопасности граждан, их выживания имела слабое отношение к государству, как раз напротив — в подобной системе государство воспринималось негативно. Люди выживали без содействия со стороны государства, на основе самопомощи. В Гражданском кодексе Российской Федерации от 21 октября 1994 г. (часть первая) появилась показательная норма «Самозащита гражданских прав» (ст. 14). При этом, отрицательно относясь к государству, люди составляют его социальную базу. В.Г. Федотова характеризует переходное общество как анархистское. Она описывает процесс массового уклонения от государственной жизни и сдвиг к анархии в следующих суждениях: «население переходит к самопомощи за пределами социальных связей. Такая самопомощь есть анархия»[168]. С чисто синергетической точки зрения анархию действительно можно считать типом порядка. Но тот ли это порядок, который позволяет выжить обществу и сохранить правовую систему этого общества? Методология синергетики, по-видимому, игнорирует эту проблему, что объясняется ее изначальным естественнонаучным характером. В правовой сфере, не полагаясь на возникновение хаоса, нужно поддерживать определенный уровень порядка, в рамках которого обеспечивается воспроизводство правовой целостности и невозможно ее сползание к катастрофе, к необратимому разрушению.

Итак, внешнее управление правовой системой дополняется самоорганизацией этой системы. Их оптимальное сочетание выступает важным условием эффективности протекания правовых процессов в переходный период. Механизм самоорганизации позволяет правовой системе, переживающий заметный спад (кризис) развития, сохранить свою целостность. Восстановление же стабильности на новом уровне организации зависит не только от указанного механизма. Субъектам реформаторской деятельности, утратившим контроль за правовыми процессами и знающим о способности правовой системы к самоорганизации, не следует ожидать спасительных рецептов от самой юридической практики. Лучше позаботиться о своевременном концептуальном обеспечении правовых преобразований, основанном на эволюционной парадигме перехода.

---

[168] Федотова В.Г. Анархия и порядок. М., 2000. С. 55.

Какие же факторы образуют механизм самоорганизации правовой системы в переходный период? Какими средствами обеспечивается целостность правовой системы, несмотря на переживаемые ею кризисные процессы?

Главным звеном механизма самоорганизации могут считаться внутренние системообразующие связи, обеспечивающие взаимодействие компонентов правовой системы. Этот системосохраняющий фактор поддерживает целостность структуры за счет кооперации входящих в нее частей. Правовая система даже в условиях перехода обладает ярко выраженной иерархичностью. Это свойство обусловлено относительной согласованностью действия отдельных компонентов правовой системы даже при отсутствии внешней согласующей силы.

Переходность правовых систем заново ставит проблему детерминизма, которая претерпевает существенные изменения. На смену представлениям о высших, перманентных законах, безраздельно властвующих над правовой реальностью, приходят представления о законах взаимодействия. Высокий уровень специализации компонентов правовой системы, устойчивость внутрисистемных связей придает ей качество самоорганизующейся. Взаимодействие частей правовой системы придает системе адаптивное свойство, т.е. свойство сохранять свою целостность в условиях изменчивости внешней среды. Через познание такого взаимодействия можно раскрыть внутренний источник саморазвития и самоизменения правовой системы. Она, будучи самоорганизующейся системой, способна не только поддерживать некоторое устойчивое состояние, удерживать существенные переменные в некотором ограниченном интервале значений, но и изменять свою структуру, связи между подсистемами. **Для правовой системы в переходный период непрерывное обновление становится необходимым. Механизм самоорганизации в данном случае проявляет себя до тех пор, пока правовая система обладает относительной целостностью, позволяющей оказывать правовое воздействие на общественную жизнь. Этим условием можно определить критический уровень существования правовой системы в условиях переходного периода. За ним наступает разрушение правовой целостности, и правовая действительность лишается качества системности.**

При таком методологическом подходе правовая система может рассматриваться как относительно самостоятельная сфера жизни общества, функционирующая наравне с экономической и политической системами, а не как подчиненная им «надстройка».

Переходной правовой системе свойственна потенциальность, допускающая обмен устойчивостью между присущими ей альтернативами. В этом заключается дополнительный фактор ее самоорганизации. Правовая система в переходный период обладает своего рода потенциалом саморазвития. Ей присущи некоторые доминанты функционирования, которые

действуют даже в экстремальных условиях. Число различных скрытых форм в переходной правовой системе может быть значительным, но актуализироваться при достижении соответствующих значений параметров могут только некоторые из них, и только из числа тех, которые входят в потенциальную структуру правовой системы. Не существует такого способа воздействия на правовую систему, при котором она могла бы актуализировать свойства, не содержащиеся в ее потенциальной структуре. Указанный фактор самоорганизации правовой системы, несмотря на его широкую распространенность, не получил достаточного внимания со стороны ученых. А ведь речь идет о способности переходной правовой системы достраивать свою структуру до завершенности. **Правовая система как совокупное целое подчиняет себе все явления и процессы правовой действительности и создает из них недостающие ей элементы. Отсюда вытекает самодостраивающийся характер этой системы**. Вынужденная постоянно осуществлять правовое воздействие на интенсивно меняющиеся общественные отношения, переходная правовая система производит перегруппировку присущих ей юридических средств. Так, в ответ на очевидную невозможность нормативного восполнения пробелов российская правовая система фактически допускает судебное нормотворчество, которое официально не санкционировано субъектами реформаторской деятельности. В целях единообразоного понимания целей революции английская правовая система, базирующаяся на судебных прецедентах, в XVIII в. допустила издание пакета законодательных актов.

Важное место в механизме самоорганизации переходной правовой системы занимает фактор времени. Данная система функционирует и развивается довольно длительное время. Со временем юридические конфликты, сколь бы опасными они не были, утрачивают свою остроту. Вот только последствия их преодоления могут быть самыми разнообразными. Фактор времени предоставляет возможности эволюционного, постепенного разрешения правовых противоречий. С этим фактором непосредственно связана роль правовых традиций в самоорганизации правовой системы. Ввиду невозможности одномоментного изменения структуры правовой системы в переходный период ее самоорганизация происходит и на основе прежнего правового опыта. В августе 1917 г. Временным правительством России было принято постановление «О согласовании Свода законов Российской империи с издаваемыми Временным правительством постановлениями». Оно вводило критерии для использования в революционных условиях определенной части законов, изданных при старом режиме. Именно по этим законам работала чрезвычайная следственная комиссия по расследованию деятельности царских министров. Правовая система развивается в переходный период под влиянием силы инерции, которая на первых этапах перехода играет заметную роль. Со временем сила инерции ослабляется, поскольку она вступает в противоречие с новой моделью правового развития.

Одним из основных источников энергии саморазвития можно считать нормативную основу переходной правовой системы. Нормативность правовой действительности обеспечивает реальную организационную силу права, его упорядоченную обязательность. Важную роль в саморазвитии правовой системы играют принципы права, гармонично объединяющие содержание и форму права. В частности, правовой прогресс обеспечивается путем согласования принципов равенства и свободы субъектов права. П.И. Новгородцев писал: «Представить себе общественный прогресс без стремления к осуществлению этих начал — равенства и свободы — немыслимо, и неудивительно, если издавна, со времен греческой философии, в этом полагались основные требования естественного права». Сила общества состоит в силе образующих его индивидов и их взаимопомощи, сила индивидов — в их раскрепощенной свободной деятельности. При этом только действительно равные люди способны на полную взаимоподдержку. Получается, что **постоянная работа по согласованию свободы и равенства в правовой сфере отчасти выражает логику самоорганизации правовой системы.**

Правовая система переходного периода, будучи частично самоорганизующейся системой, способна своими силами сохранять режим нормального функционирования и благодаря специализированной группе правовых норм, способствующих преодолению внутренних коллизий. Речь идет о коллизионных нормах права. Они также являются необходимым элементом механизма самоорганизации переходной правовой системы.

Коллизионные нормы права можно признать системосохраняющим фактором, обслуживающим правовую систему. Поэтому в их задачу не входит осуществление правового воздействия на реальные общественные отношения. В западной юриспруденции упоминается интертемпоральное, или транзиторное право, как совокупность норм, регулирующих порядок перехода от старого законодательства к новому. Такие транзиторные нормы призваны организовать постепенный переход от старых отношений к новым юридическими средствами. Транзиторная норма при этом является как бы регулятором при выборе закона. Она устанавливает правила действия во времени новых нормативно-правовых актов, регулирует правила применения существующих законов и тех, которые будут изданы в дальнейшем. Можно заключить, что темпоральные (транзиторные) нормы права являются разновидностью коллизионных правовых норм, организующих последовательный переход от одного закона к другому во времени.

Итак, **в правовой системе можно обнаружить ту глубинную основу, которая обеспечивает устойчивое существование данной системы в переходный период, воспроизводство ее целостности, ее самодвижение и саморазвитие. Переходная правовая система обладает механизмом самоорганизации, который обеспечивает решение возникающих в переходное время экстраординарных юридических задач. Это своего рода**

«иммунный механизм» правовой системы, объективно основанный на самопроизвольности переходного правового развития.

Механизм самоорганизации правовой системы в переходный период предполагает наличие системосохраняющих факторов, удерживающих данную систему от разрушения в условиях качественных перемен. Переходная правовая система обладает свойствами самосохранения, рассчитанных на защиту правовой целостности от разного рода опасностей, грозящих нормальному функционированию. Рассматриваемая система обладает устойчивостью, которая представляет собой результат определенного запаса естественной защиты от дезорганизующих факторов.

Самоорганизация правовой системы есть свойство правовой системы, находящейся в переходный период в состоянии нестабильности, устремляться к одному из возможных стабильных состояний. Утрачивая прежнее типологическое качество в процессе переходных преобразований правовая система воспроизводит свою правовую целостность и, как следствие, возможность оказывать упорядочивающее воздействие на общественную жизнь. На границах возможного разрушения правовой системы как таковой имеются ограничители, которые до определенных пределов позволяют избежать катастрофы. Но даже в случаях распада правовой системы и утрате ею способности к самоорганизации отдельные ее компоненты не теряют способность к самоорганизации. Можно заметить и то, что *в различных компонентах правовой системы степень самоорганизации разная*. Самой низкой она является в нормативной основе правовой системы, т.к. процесс обновления нормативно-правового массива осуществляется извне субъектами реформаторской деятельности. А самый высокий уровень самоорганизации, пожалуй, присущ процессу правореализации, в котором юридическая практика сама «подсказывает» выход из затруднительных юридических ситуаций.

Логика развития правовой системы в переходный период в немалой степени есть результат ее самоорганизации. Переходная правовая система способна быть частично самоорганизующимся системным образованием. Если правовая система представляет собой самоорганизующуюся систему, то, следовательно, ей свойственны процессы самоуправления, ибо самоорганизующаяся система — та, которой присущи элементы управления и самоуправления.

Таким образом, **обнаружение механизма самоорганизации переходной правовой системы открывает новое измерение в ее изучении, позволяя существенно обогатить эволюционную концепцию перехода.** Рассматривая правовые процессы под углом зрения самоорганизации, мы получаем возможность более четкого определения границ управления правовой системой со стороны государства. Такое управление должно быть настроено на то, чтобы запустить механизм самоорганизации правовой системы, потенциально заложенный в ней в переходных условиях и в условиях стабильности. В противном случае управляющее воздействие

может разрушить самоорганизацию правовой системы, т.е. целый комплекс системосохраняющих факторов, без чего дальнейшее эволюционное развитие правовой системы просто немыслимо. Только при оптимальном соотношении организации и самоорганизации правовой системы можно достичь ее естественноисторического развития в переходный период.

1.14. Специфика уголовно-правовых и криминологических исследований

Юридическая наука России на всём протяжении её существования испытывала и испытывает коренные потрясения, до принципиальных методологических установок затрагивающие её устои. И хотя теоретические постулаты, образующие такую её часть, как «аналитическая юриспруденция», во многом развиваются по принципу преемственности, идейные основы, идеологические основания права и правовых исследований меняются от попыток построить что-то особенное и качественно иное (пролетарское государство, социалистическое право) до «повальной и безоглядной» рецепции времен Петра I и «необольшевиков» 90-х годов. Стоит отметить, что и проводящаяся с 2008-9-х годов реформа гражданского законодательства также построена на рецепции права, и мало связей имеет как с традиционным русским правом, так и с советскими конструкциями и институтами. Также и труды по цивилистике с дореволюционных времен и до сегодняшних дней пропитаны духом иностранного права, отлично объясняют постулаты римского пандектного права и европеизированного права России, но вообще не касаются собственно русской правовой традиции. Приятным исключением можно считать работу Н.Н. Алексеева «Собственность и социализм: Опыт обоснования социально-экономической программы евразийства», в которой автор рассматривает собственно русское право собственности, отношение русского народа к собственности на разного рода явления и т.п. Но эта работа у современных цивилистов не в чести, благополучно забыта по причине того, что не вписывается в общий контекст перманентной рецепции иностранного права.

Несколько иной пример развития науки дает уголовно-правовая доктрина России. Выше мы уже рассмотрели, что вершиной развития отечественной дореволюционной науки уголовного права и уголовно-правовой юриспруденции выступило Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года, которое в редакции 1885 г. действовало вплоть до Октябрьской революции 1917 г., поскольку принятое в 1903-м году Уголовное уложение Российской империи было теоретически возможно и совершенным (хотя это тоже спорный вопрос), но практически не применимым документом. Советская уголовно-правовая традиция хотя первоначально и пыталась изменить принципиальные начала подходов к преступности и наказуемости деяний, но в дальнейшем были признаны многие достижения дореволюционной науки, и вершиной синтеза двух ветвей российского уголовного права выступил УК РСФСР 1960 г., что видно на примере формально-материального определения преступления, которое с той поры становится

неотъемлемой частью российской уголовно-правовой традиции, где формальный признак – наследие уголовного права Российской империи, а материальный – советского уголовного права. Именно их единство дает наиболее полное объяснение и описание сущности такого сложного социально-правового явления, как преступление.

Аналогичные закономерности можно проследить и при анализе специальных институтов уголовного права. Безусловно, пока мы оцениваем сугубо нормативный материал, но он есть отражение определенного уровня развития уголовно-правовой доктрины. Стоит, однако, сказать, что далеко не все выдающиеся доктринальные проекты в области уголовного права оказывались столь же успешными в практической сфере: так, удивительно сходная судьба у «заключительного аккорда» дореволюционной уголовно-правовой науки – Уголовного уложения Российской империи 1903 года (хотя ему «повезло» несколько больше – в определенной части его ввели в действие) и финального произведения советского уголовного правоведения – Основ уголовного законодательства Союза ССР и республик 1991 года, которые вообще не вступили в силу в связи с распадом Советского Союза. Однако, эти эпизоды лишь подчеркивают общий тезис о том, что уголовно-правовая наука развивалась и развивается со значительно большим сегментом традиционности, преемственности и самобытности, в отличие от той же российской цивилистики.

После этих предварительных замечаний можно перейти непосредственно к анализу методологической ситуации в современной науке уголовного права. На сегодняшний день в науке уголовного права сложилась очень интересная ситуация: довольно немало исследований посвящено методологии уголовного права как отрасли права, методам уголовно-правового регулирования; что же касается методологии науки уголовного права, то едва ли найдётся что-то по серьёзнее научной статьи, или параграфа в учебнике по Общей части уголовного права, посвященного науке уголовного права и её методам. Можно назвать лишь пару дореволюционных работ – «Система и методы науки уголовного права» С.П. Мокринского и «Наука уголовного права и её составные элементы» М.П. Чубинского. Трудно объяснить такое положение вещей, видимо, наиболее вероятной будет точка зрения, согласно которой все вопросы методологии уголовного права как юридической науки были отданы на откуп общей теории права, при этом, ни о какой специфике собственно уголовно-правовой научной методологии речи не ведется.

Доля истины в такого рода подходе, конечно же, есть. Действительно, уголовное право – наука юридическая, наука отраслевая, методологическую функцию по отношению к которой выполняет общая теория права, и дублирование знаний, исследований в этом случае вряд ли было бы уместным. Вместе с тем, определенная специфика всё-таки должна присутствовать (и не только должна, а она есть и на самом деле), а значит и требуются самостоятельные научные изыскания в области методологии уголовно-правовых научных юридических исследований. В рамках настоящего параграфа мы ограничимся, помимо общих тезисов, рассмотрением того, как

всё-таки рассматривается наука уголовного права в современной отраслевой уголовно-правовой литературе, а также выскажем несколько замечаний по поводу своеобразия уголовно-правовых исследований на основе собственного научного опыта изысканий в области проблематики назначения наказания за преступление, совершенное в соучастии.

Довольно обстоятельно тема «наука уголовного права» изложена в Курсе российского уголовного права, подготовленном институтом государства и права РАН в 2001 году под редакцией В.Н. Кудрявцева и А.В. Наумова[169]. «Уголовно-правовая наука – это составная часть юридической науки. Она представляет собой систему уголовно-правовых взглядов, идей, представлений об уголовном законе, об его социальной обусловленности и эффективности, закономерностях и тенденциях его развития и совершенствования, о принципах уголовного права, об истории уголовного права и о его перспективах, о зарубежном уголовном праве. Эти взгляды и идеи составляют предмет науки уголовного права, который шире предмета уголовного права как отрасли права»[170]. Далее авторы рассматривают методологию науки уголовного права по схеме, вполне соответствующей общетеоретическим принципам изложения этого вопроса. Особое внимание уделяется школам уголовного права, в Курсе названы просветительско-гуманистическое направление, классическая школа, антропологическая школа, социологическая школа[171].

Подробно рассмотрены школы уголовного права также в обновленном учебнике, подготовленном кафедрой уголовного права МГУ под редакцией В.С. Комиссарова, Н.Е. Крыловой и И.М. Тяжковой. Помимо названных традиционных они также освещают новые направления в науке уголовного права. В качестве таковых они называют либеральное (гуманитарное) направление, уголовно-правовой аболиционизм, восстановительное правосудие, новая социальная защита, социалистическое направление. «Весьма популярным стало такое либеральное течение, как уголовно-правовой аболиционизм. Осуществление борьбы с преступностью эти юристы во многом связывают с проведением гуманной уголовной политики, направленной на отказ от уголовной репрессии как средства противодействия преступности. По мнению аболиционистов, наказание не оправдывает себя и подлежит замене общественным контролем и мерами общественного воздействия… В России популяризатором аболиционизма выступает известный криминолог Я.И. Гилинский. Слабая сторона этого направления заключается

---

[169] В связи с обозначенной проблематикой нельзя не сказать, что в фундаментальных курсах советского уголовного права также рассматривалась проблематика уголовно-правовой науки, её истории и методологии. См.: Курс советского уголовного права. В 6 т. Часть Общая. Т. 1. Уголовный закон / под ред. А.А. Пионтковского, П.С. Ромашкина, В.М. Чхиквадзе. – М.: Наука, 1970. С. 7-50; Курс советского уголовного права (Часть Общая). Т. 1. / отв. ред. Н.А. Беляев, М.Д. Шаргородский. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. С. 29-45, и др.

[170] Курс российского уголовного права. Общая часть / под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Спарк, 2001. С. 59.

[171] См.: Там же. С. 55-79.

в определенном «криминологическом романтизме», отсутствии практически реализуемых предположений, касающихся воздействия на опасных преступников»[172].

Наверное, нельзя считать названные школы парадигмами науки уголовного права. По крайней мере, на сегодняшний день нет оснований говорить о том, что в уголовном праве России доминирует какая-то одна из них. Имеются элементы всех школ, как традиционных, так и современных, решающее значение среди них имеют те, которые доминировали в России в определенные исторические промежутки существования, развития и функционирования её правовой системы – классическая, социологическая, присутствуют также некоторые элементы, вытекающие из постулатов антропологической и гуманистической школ. Видимо, современное право не может однобоко решать проблемы уголовных наказаний за преступления, для большей легитимации уголовного права требуется сочетание всех теорий, обосновывающих и оправдывающих право государства и общества на наказание социально опасных личностей, причиняющих вред человеку, социуму или государству[173].

То же самое можно сказать и по поводу отдельных институтов современного уголовного права России: практически в каждом из них мы наблюдаем некий компромисс между различными школами с признанием доминирования какой-либо из них. Например, УК РФ предусматривает формально-материальное понятие преступления за доминированием материального признака (общественная опасность); институт вины основан в большей своей части на психологической теории вины; принцип законности говорит о сегментах классической школы, но принцип гуманизма вкупе с требованием экономии уголовно-правовой репрессии выступает наследием гуманистического направления; учет характера и степени общественной опасности при назначении наказания – наследие социологической школы, учет особенностей личности виновного – антропологической. Этого рода список можно продолжать до бесконечности, он подтверждает тезис о сочетании различных теорий в рамках отечественного уголовного права.

Однако, это не значит, что науку уголовного права не определяет ни какая парадигма со стороны общеправовой теории. Думается, что речь идет о доминировании в уголовном праве юридико-позитивистской парадигмы в теории и её сочетанием с сильными социологическими и даже антропологическими началами на практике. Социологические начала здесь заключаются в том, что в практической деятельности активно используются пи Постановления Пленума ВС РФ, и судебная практика высших судов, начиная от уровня суда субъекта, используются пусть и как вспомогательные, но полноценные источники права. Иначе и быть не может: жизнь гораздо разнообразнее, нежели способен предположить уголовный закон. Конечно, полностью новых

---

[172] Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: Учебник для вузов / под ред. В.С. Комиссарова, Н.Е. Крыловой, И.М. Тяжковой. 2-изд., стереотип. – М.: Статут, 2014. С. 829.

[173] Специальный параграф посвящает легитимации уголовного права Ю.Е. Пудовочкин, обстоятельно рассматривая эту проблему с различных позиций. См.: Пудовочкин Ю.Е. Учение об основах уголовного права: лекции. – М.: Юрлитинформ, 2012. С. 5-20.

составов преступлений практика создать не может, но толкование имеющихся составов и их признаков может принципиально расходиться с подходом к ним законодателя. И потом, если мы так боимся судебных ошибок, то почему не можем даже предположить ошибку законодателя? Тем более, что субъекты правотворчества (Государственная Дума) на сегодняшний день представлены не профессиональными юристами, в отличие от судей, а совершенно случайными людьми, и полагать, что издаваемые ими законы, подобно Скрижалям Завета, совершенны, как-то немного странно. Кроме того, многие выдающиеся теоретики уголовного права допускают применение его норм по аналогии и очерчивают пределы такого применения[174], что также является одним из аспектов социологического понимания права как живого организма, а не как мертвой застывшей буквы. Антропологические начала также активно внедряются в уголовное право через расширение института учета особенностей личности преступника при определении ему вида и меры уголовного наказания (ответственности).

О собственно уголовно-правовых парадигмах пишет А.Э. Жалинский в своей очень оригинальной по содержанию и форме работе «Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ». При определении таких парадигм он предлагает отталкиваться от следующих исходных положений:

1) уголовное право – отрасль права, способная оказывать и реально оказывающая более сильное воздействие на развитое общество, чем это принято считать; оно с различной степенью аргументированности легитимирует самые острые формы насилия по отношению к личности, устанавливая его основания и ограничения; уголовное право – это ресурс власти, требующий огромных социальных затрат и способный как ускорить, так и замедлить социальное развитие, влияя на закрепление поведенческих норм и институтов (охранительная функция), на отбор новых видов поведения (регулятивная функция), на состояние правовой мысли (правоустанавливающая функция), на распределение власти (политическая функция) и пр.; в этом качестве оно выступает постоянно меняющимся исторически обусловленным продуктом интеллектуальной деятельности общества, зависящим от материальных условий общественного развития, в само сильной степени определяемым общественным сознанием, его установками, представлениями, традициями, состоянием науки;

2) исходя из трактовки понятия «парадигма» в философии науки, «под парадигмой уголовного права будет пониматься такое предпонимание, воплощенное или неосознанно проявляющееся в наиболее общих суждениях о природе и предназначенности уголовного права, которое так или иначе воздействует на уголовно-правовую науку, а также осознание и формирование уголовной политики, уголовного законодательства, практики правоприменения и

[174] См. подробнее: Энциклопедия уголовного права. В 35 т. Т. 2. Уголовный закон / отв. ред. В.Б. Малин. – СПб.: СПб ГКА, 2005. С. 261-446.

проявляется в определении этих явлений»; в частности, это означает, что уголовно-правовые парадигмы могут реально существовать и действовать до определенной степени неосознанно, не получив вербального развернутого воплощения, но выражаясь в тематизации уголовно-правовых проблем, в языке, в оценке состояния дел и предложениях, вместе с тем, уголовно-правовые парадигмы имеют весьма отдаленное сходство с весьма абстрактными нормативно-правовыми предписаниями, характеризуясь некоторыми индивидуализирующими их признаками – объектом, целями, сферой, интенсивностью действия и пр.[175].

В качестве таковых парадигм А.Э. Жалинский называет следующие: символическая парадигма уголовного права; парадигма уголовно-правового подавления; парадигма бюрократического присвоения уголовного права (бизнес-парадигма); парадигма рационального использования уголовного закона как социального инструмента[176]. Таким образом, на сегодняшний день работа А.Э. Жалинского выступает приятным исключением, на страницах которой автор довольно обстоятельно рассматривает в т.ч. и методологические проблемы уголовно-правовой науки России.

Необходимо сказать также несколько слов о современной научно-исследовательской ситуации в уголовном праве России и смежных научных дисциплинах. Она представляется весьма специфичной по отношению к концу 90-х – началу 2000-х гг., поскольку действующий уголовный кодекс принят достаточно давно, и в рамках юридико-позитивистской парадигмы исчерпаны практически все возможности для серьёзных (докторских) научных исследований: главы и разделы прокомментированы, концептуальные работы написаны, и предложить что-то новое, «не сходя» с названой парадигмы практически невозможно. Ввиду этого особую актуальность приобретают междисциплинарные, и в особенности, межпарадигмальные исследования, когда ученый либо восходит «ввысь» до уровня общей теории права, философии права, философии, метафизики, и с этих позиций рассматривает тот или иной уголовно-правовой вопрос[177], либо «спускается на землю», другими словами, на уровень конкретно-прикладных исследований, принципиально более трудоемких, но при этом имеющих концептуальное значение не только для теории уголовного права, но и для практики[178].

Особое место среди исследований уголовно-правовой направленности занимают криминологические исследования. Очень тонко подмечает специфику такого рода исследований В.В. Лунеев. «В нашей стране на данный момент издано более 300 заметных криминологических

---

[175] См.: Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2013. С. 122-123.

[176] Не имея возможности на страницах данного курса подробно анализировать названные А.Э. Жалинским парадигмы, отсылаем читателей к его работе. См.: Там же. С. 124-133.

[177] Пример такого исследования: Бойко А.И. Системная среда уголовного права: автореф. дисс… д-ра юрид. наук: 12.00.08. – М., 2008. 52 с.

[178] Например: Плаксина Т.А. Социальные основания квалифицирующих убийство обстоятельств и их юридическое выражение в признаках состава преступления: дисс… д-ра юрид. наук: 12.00.08. – Томск, 2006. 488 с.

работ, а также два десятка учебников разного уровня и объёма. Освоить и «переварить» весь этот массив студенту, аспиранту, соискателю и даже кандидату наук трудно. Другое дело – догматический аспект права. Там есть кодексы, есть судебная практика, есть комментарии и похожие друг на друга учебники. Их похожесть обусловлена не ограниченностью авторов, а более или менее надежной базой, построенной на законодательных актах. Необходимо их знание и обоснованное толкование – и этого вполне достаточно»[179]. Иллюстрируя данный тезис, ученый приводит следующий пример из своей научно-педагогической практики, который наглядно подчеркивает разницу между исследованиями в уголовном праве и в криминологии. Приведем его полностью: «Когда я преподавал криминологию на военно-юридическом факультете Военно-политической академии, старостой научного кружка по криминологии был один из слушателей. Он делал доклады и успешно руководил кружком. По окончании академии он занялся следственной работой, поддерживал со мною связь, затем поступил к нам на кафедру в адъюнктуру. Предполагалось, что он будет заниматься военной криминологией. Выбирали тему для исследования. Но через некоторое время я понял, что он больше склоняется к уголовному праву. Я прямо спросил его. Он поколебался и признался, что ему советуют заняться уголовным правом. И я тогда сказал ему, что по уголовному праву написать и защитить диссертацию намного проще, чем по криминологии: выбрал статью кодекса, рассмотрел её со всех сторон на основе имеющихся литературных источников и судебной практики – и всё. По криминологии прочной правовой базы нет. Надо изучать не только чужие книжки, но и криминологические реалии в войсках. Это труднее. Выбирайте. Я мешать не буду. Он подготовил диссертацию по уголовному праву, защитился, преподавал, а потом по этому же праву защитил и докторскую диссертацию. Я не знаю, удовлетворён ли он собой. Но, на мой взгляд, он поступил правильно и рационально в условиях, когда криминология не влекла его или, как ему могло казаться, была ему не по зубам. Работать над тем, что его научно или карьерно удовлетворяет, - право каждого пишущего. Не надо насиловать себя. Свобода в науке - главное»[180].

Трудно сказать лучше выдающегося криминолога России. Однако, думается что на сегодняшний день потенциал догматических исследований по уголовному праву исчерпан. Конечно, остается немало частных проблем для кандидатского исследования, однако если вести речь о докторской диссертации, то не обойтись без междисциплинарной её направленности, что, разумеется, в современных бюрократических реалиях существенно усложняет саму процедуру защиты. Но качественный продукт иным путём не получить. Формально-юридический метод научного познания в начале XXI века вообще себя уже исчерпал, особенно в российских реалиях,

---

[179] Лунеев В.В. Курс мировой и российской криминологии: учебник. В 2 . Т. I. Общая часть. – М.: Юрайт, 2011. С. 14.
[180] Там же. С. 14-15.

где очень высока доля действия в обществе неформального права[181]. Нужно признать, что по настоящему дисертабельными выступают только междисциплинарные исследования, или хотя бы исследования со значительным привлечением данных неюридических наук, философии права, антропологии права, социологии права, криминологии и т.п., и не чинить препятствий для защиты такого рода работ.

В завершение параграфа хотелось бы разобрать феномен коррупции с точки зрения методологии уголовно-правовой и криминологической науки. Проблема коррупции выступает в ряду практически «вечных» проблем человечества со времени появления первых государств и появления возможности использования государственного и общественного положения в угоду личным или семейным интересам. В России на протяжении долгого времени (приблизительно, с начала XVIII века) указанная проблема осложняется рядом специфических, характерных именно для нашей страны обстоятельств, причин, условий, многие из которых так и не преодолены по сегодняшнее время.

Немаловажную роль в успешной организации противодействия коррупции играет понимание сущности этого явления, его характерных черт, а также особенностей юридического выражения в деликтном, и, прежде всего, в уголовном законодательстве. На сегодняшний день российское законодательство в специальном законе о противодействии коррупции предлагает следующий вариант определения данного понятия: «коррупция – это злоупотребление служебным положением, дача взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами; совершение указанных деяний от имени или в интересах юридического лица»[182].

В литературе дается следующая оценка данному определению: «При анализе юридического наполнения категории «коррупция» очевидны неточность законодательных формулировок, многозначность употребляемых в определении понятий, наличие коллизий с другими нормативными положениями уголовного закона, что чревато определенными сложностями в правоприменении и ошибками в уголовно-правовой оценке содеянного. Речь идет о терминологических недостатках нормы, которая в силу заимствования должностных составов из уголовного законодательства говорит об ограниченности базового понятия Закона. Законодатель

---

[181] См. подробнее: Бочаров В.В. Неписанный закон. Антропология права. Научное исследование. – 2-е изд. – СПб.: Издательство АИК, 2013. 328 с.

[182] О противодействии коррупции: федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ // СЗ РФ. 29 декабря 2008 г. № 52 (ч. 1). Ст. 6228.

свел понятие коррупции к простому перечислению посягательств, составляющих суть должностной преступности, казалось бы, конкретизирующих, а по сути подменяющих понятие коррупции. И первое, на что обращает внимание норма-дефиниция, - это отсутствие среди коррупционных преступлений составов превышения должностных полномочий, нецелевого расходования бюджетных средств, нецелевого расходования средств государственных внебюджетных фондов и незаконного участия в предпринимательской деятельности. Такая избирательность правотворца, признавшего коррупционными из всего многообразия должностных преступлений только три, наводит на мысль об отсутствии сколько-нибудь четкого представления о возможных формах проявления и разновидностях коррупционных актов. По общему правилу термины, наличие которых определяется уголовно-правовой нормой, учитывающей их важность для понимания преступного характера соответствующего поведения, должны иметь идентичное содержательное отражение в иных отраслях законодательства. При этом реформирование такого рода термина или понятия в процессе правотворческой деятельности в иной отрасли законодательства должно влечь соответствующие корректировки в норме Уголовного кодекса. К сожалению, как показывает законодательная практика, это соблюдается далеко не всегда. Непонятно, например, почему законодатель использует в определении коррупции словосочетание "злоупотребление служебным положением", хотя в УК РФ подразумеваемый состав звучит как "злоупотребление должностными полномочиями" (ст. 285 УК РФ)».[183]

Представляется необходимым согласиться с авторами указанного комментария к исследуемому закону. Законодатель не дает определения понятия «коррупция», поскольку определение – логическая операция, раскрывающая содержание понятия[184], а содержание понятия – это совокупность существенных признаков предмета, которая мыслится в данном понятии[185]. Законодатель пошел по пути раскрытия объёма понятия[186] через перечисление возможных предметов, охватываемых этим понятием. Однако, во-первых, и в этом тоже нужно согласиться с авторами комментария, далеко не все «предметы» (т.е., иначе говоря, составы преступлений коррупционного характера) были перечислены, а во-вторых, некоторые из этих «предметов» были указаны в иной, не соответствующей законодателю форме.

Но самое главное – задача определения понятия «коррупция», - в федеральном законе решена не была. Видимо законодатель, чтобы не порождать очередную череду бесконечных споров в теории по поводу «обоснованности» и «приглядности» возможного определения, вообще решил не давать какое-либо определение (поскольку, какое бы ни было дано определение коррупции в законе, оно всё равно вызовет критику сторонников иной точки зрения), а

---

[183] См.: Комментарий к Федеральному закону от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» / отв. ред. С.Ю. Наумов; научн. ред. С.Е. Чаннов. М.: Юстицинформ, 2009. С. 15-16.
[184] См.: Кириллов В.И., Старченко А.А. Логика: Учебник для вузов. Изд-е 5-е, перераб. и доп. М.: Юристъ, 2004. С. 47.
[185] См.: Там же. С. 34.
[186] См.: Там же.

ограничился открытым перечнем возможных слагаемых юридического выражения этого сложного социально-правового явления. На самом деле трудно дать легальное определение тому феномену, который ещё не определен в науке должным образом.

Однако, для подтверждения последнего тезиса необходимо рассмотреть, как определяется коррупция в тех или иных научных юридических работах. А.И. Долгова отмечает, что «коррупция – подкуп, продажность государственных, иных служащих и на этой основе корыстное использование в личных либо узкогрупповых, корпоративных интересах официальных служебных полномочий подкупаемых лиц, связанных с ними авторитета и возможностей, а равно получение каких-либо ненадлежащих преимуществ субъектами подкупа»[187]. В данном определении ученый раскрывает криминологическую суть указанного явления, показывая характер личности преступника (причем, обеих «сторон» коррупционных отношений – и подкупающей, и продающейся), указывает на объективную сторону (подкуп) а также на субъективные признаки – цель подкупающего субъекта, круг интересов, для обеспечения которых осуществляется подкуп, а также корыстные побуждения продающегося субъекта. Такая характеристика раскрывает коррупцию как, своего рода, социально негативное отношение, с присущими ему субъектами, объектом (использование служебного положения) и содержанием – социально вредной связью между субъектами, причиняющей вред нормальному развитию общественных отношений. Для более глубокого анализа искомого понятия рассмотрим и другие подходы к его трактовке.

По мнению Е.И. Хромовой, коррупция в большинстве случаев характеризуется наличием: 1) четкой мотивационной составляющей деятельности субъектов коррупции, имеющих конкретную заинтересованность; 2) материальных и нематериальных благ, являющихся целью приложения коррупционных усилий; 3) деструктивной направленностью своего воздействия, проявляющегося в причинении определенного ущерба охраняемым законом правам и интересам[188]. Т.Я. Хабриева указывает на существование понимания коррупции в широком и в узком смысле: «В широком смысле это понятие охватывает негативное социальное явление, поразившее публичный аппарат управления и выражающееся в разложении власти, умышленном использовании государственными и муниципальными служащими, иными лицами, уполномоченными на выполнение государственных функций, своего служебного положения, статуса и авторитета занимаемой должности в корыстных целях для личного обогащения или в групповых интересах. В узком (собственно юридическом) смысле коррупция рассматривается как совокупность составов правонарушений, предусмотренных в законодательстве и отличающихся таким важным квалифицирующим признаком, как использование должностным лицом своего публичного статуса в корыстных целях для личного обогащения или в групповых интересах, должностное

[187] Российская криминологическая энциклопедия / под общ. ред. А.И. Долговой. М.: Норма, 2000. С. 267.
[188] См.: Хромова Е.И. Коррупция как социально-правовой феномен // Вопросы экономики и права. 2011. № 5. С. 23.

злоупотребление»[189]. При этом, сама она также предлагает весьма интересную трактовку коррупции. «Однозначная и завершенная легальная формулировка коррупции вряд ли возможна. Как показал анализ зарубежного законодательства, универсального определения коррупции, приемлемого для всех государств, не существует. Это объясняется многоликостью коррупции как социального явления. Полагаем возможным предложить дефиницию коррупции как противоправного использования должностным или иным лицом своего положения в целях получения ненадлежащей выгоды для себя или третьих лиц, предоставления другими лицами такой выгоды, а также посредничества и иных форм содействия в совершении указанных деяний. Это определение отражает широкий подход, имеет более универсальный характер, чем ранее известные, и может быть применено как в публичной, так и в частной сфере»[190].

Подход Т.Я. Хабриевой можно признать вполне удачным в той части, в которой она указывает на невозможность дать точное и раз и на всегда установленное определение такому сложному социально-правовому явлению, как коррупция. Именно в силу верности этого утверждения дифиницию коррупции, даваемую самой Т.Я. Хабриевой, также нельзя признать удачной уже в силу недостаточной определенности и однозначности выделяемых ею признаков этого явления. Вместе с тем, слово «коррупция» вряд ли есть основания считать категорией уже хотя бы потому, что оно не соответствует такому важному признаку категорий, как парность, да и другим свойствам категорий тоже[191].

Подобным же методологическим подходом пользуется и М.М. Шакирьянов, признавая несовершенство своего определения, но, тем не менее, предлагая его на суд читателей: «Под коррупцией следует понимать социально-правовое явление, представляющее собой подкуп (активный или пассивный) государственных, муниципальных или иных публичных служащих либо служащих коммерческих организаций (в том числе неимущественного характера)»[192]. Данное определение нам представляется очень интересным ещё и по причине того, что автор называет общий существенный признак коррупции – то, что оно называется социально-правовым явлением, поскольку именно таким явлением оно и выступает. Однако думается, что слово «подкуп» показывает акцент на односторонности указанного явления, на активной подкупающей стороне, при этом совершенно игнорируются продающиеся чиновники, а также не учитывается возможность вымогательства этого подкупа.

Я.А. Ардельянова пишет в своей статье, посвященной теоретико-методологическим подходам к понятию «коррупция», что исследователи традиционно выделяют три основных подхода к исследованию коррупции: 1) традиционный, идеалистически-философский, известный

---

[189] Хабриева Т.Я. Коррупция и право: доктринальные подходы к постановке проблемы // Журнал российского права. 2012, № 6. С. 5 – 17.
[190] Там же.
[191] См. подробнее: Книгин А.Н. Учение о категориях: Учебное пособие. Томск: Изд. Том. ун-та, 2002. С. 33-49.
[192] Шакирьянов М.М. Современные подходы к определению понятия «коррупция» // С. 3.

как морализаторский или конвенциональный; 2) подход ревизионистской школы исследования коррупции; 3) экономический, или рыночно-центристский, подход[193]. При этом, проанализировав существующие теоретико-методологические подходы к искомому понятию, она выделяет группы этих подходов: 1) коррупция как вид поведения, как форма социального обмена; 2) коррупция как вид социально-экономических отношений; 3) коррупция как состояние общества, как социальное явление; 4) коррупция как злоупотребление служебными полномочиями. И в целом, обобщая уже теперь эти подходы, указывает на то, что можно выделять два интегративных подхода к коррупции: функционально-бихевиористский подход, в рамках которого коррупция рассматривается как вид поведения, форма социального обмена, в частности как злоупотребление служебным положением; во-вторых, институционально-интеракционистский подход, определяющий коррупцию как вид социально-экономических отношений, характерный для субъектов экономических и государственных институтов. «Таким образом, получается, что, с одной стороны, коррупцию можно рассматривать как конкретное поведение субъекта властных отношений, выполняющего определенную функцию. В то же время коррупцию определяют как систему социальных отношений, носящих характер институциональных».[194]

Несмотря на такую глубокую научную проработанность проблемы, свою трактовку коррупции Я.А. Ардельянова формулирует весьма противоречиво: «При этом коррупцию будем понимать как сформировавшуюся систему коррупционных социальных норм. Другими словами, коррупция – это система институционализированных коррупционных отношений. Коррупция представляет собой институционализированные коррупционные отношения потому, что они постоянно воспроизводятся, присутствует система внутренних норм, и данная система норм регулирует отношения в сфере предоставления государственных услуг. Но коррупция однозначно дисфункциональна. Поэтому важно ставить вопрос о контроле коррупционных отношений с целью предотвращения их трансформации в коррупцию. Коррупционные отношения не обязательно могут перерастать в коррупцию»[195]. Если коррупция – это система институционализированных коррупционных отношений, то как тогда понимать, что коррупционные отношения не обязательно могут перерастать в коррупцию? Видимо для этого указанные отношения должны институционализироваться. При этом ученый хотя и раскрывает содержание признаков институционализации коррупционных отношений, но в этих признаках сложно найти специфику этого свойства коррупции: они носят, преимущественно, описательный характер.

---

[193] См.: Ардельянова Я.А. Теоретико-методологические подходы к понятию «коррупция» // Идеи и идеалы. 2013. № 5 (17). Т. 2. С. 86.
[194] См. подробнее: Ардельянова Я.А. Теоретико-методологические подходы к понятию «коррупция» // Идеи и идеалы. 2013. № 5 (17). Т. 2. С. 90.
[195] Там же. С. 91.

Подобного рода критика ряда существующих на сегодняшний день в российской юридической науке подходов предполагает конструктивную часть работы, в которой необходимо сформулировать и собственное видение такого социально-правового явления, как коррупция. Думается, что точного определения данному понятию на сегодняшний день дать невозможно в силу его сложности и национальной специфичности, но можно очертить примерные границы, в рамках которых есть смысл осуществлять поиск дефиниции искомого понятия, характеризующего явление «коррупция». Итак, прежде всего это явление общественной жизни, затрагивающее такие её сферы, которые входят в предмет правового регулирования (сферы государственной и муниципальной власти и управления, а также корпоративной власти и корпоративного управления), т.е. это социально-правовое явление во властно-управленческой сфере. Далее, это явление однозначно общественно опасное, поскольку либо само по себе причиняет вред социально значимым благам (общественным отношениям), либо создает угрозу причинения такого вреда. Суть этого явления состоит в подкупе должностных лиц, лиц, осуществляющих управленческие функции в коммерческих организациях, лиц, занимающих государственные должности, государственных и муниципальных служащих, не являющихся должностными лицами, при условии принятия указанными лицами этого подкупа и изменения в связи с этим характера и содержания своей деятельности. Отмеченный подкуп преследует цель воспользоваться полномочиями названных лиц для достижения личных, групповых, корпоративных либо каких-либо иных интересов. Кроме того, на наш взгляд входит в содержание коррупции и деятельность, идущая вразрез с интересами службы, или выходящая за рамки служебной компетенции, не обусловленная каким либо подкупом, а совершаемая «субъектами власти» из личной корыстной и иной заинтересованности.

Общим показателем, общим свойством описанной выше деятельности будет выступать искажение коррупционером своей служебной функции в угоду личным или иным корыстным интересам. Таким образом, коррупция представляет собой социально-правовое общественно опасное явление в сфере властно-управленческих отношений, состоящее в искажении субъектом власти своей служебной функции в угоду личным или иным корыстным интересам, осуществляемом в силу подкупа, или без оного. Безусловно, данное определение характеризуется теми же недостатками, как и анализируемые нами выше подходы, но мы и не претендуем на его окончательность, а предлагаем такую трактовку на суд читателям.

В непосредственной научной близости с понятием коррупции состоят такие термины деликтологии и науки уголовного права, как «коррупционное правонарушение» и «коррупционное преступление». Б.В. Волженкин в фундаментальном исследовании преступлений против интересов службы употребляет термин «служебное преступление», анализируя историю становления законодательства о такого рода преступлениях, рассматривая разные варианты

определения понятия «служба» и его слагаемых применительно к действующему российскому законодательству. Далее он анализирует отдельные виды такого рода преступлений, предусмотренные действующим УК РФ[196]. Думается, что понятие «служебные преступления», исходя из демонстрируемой Б.В. Волженкиным широкой трактовки понятия «служба», вполне способно выступить эквивалентом понятия «коррупционные преступления».

Необходимо, однако, для полноты обоснования выдвинутых тезисов рассмотреть ещё предлагаемые в криминологической литературе определения коррупционной преступности. «Коррупционная преступность – это совокупность преступлений, диспозиции уголовно-правовых норм которых содержат признаки коррупции. Коррупция – явление таких подкупа-продажности, когда один субъект, занимающий определенное служебное положение, наделенный определенными полномочиями, подкупается другим субъектом ради того, чтобы соответствующее служебное положение и полномочия были использованы в интересах подкупающей стороны»[197]. При всей удачности определения коррупции, такое определение коррупционной преступности вообще нет оснований считать определением. Это, скорее, вариант адаптированного понимания одного понятия через другого по принципу «ну вы всё сами понимаете».

В литературе встречаются и существенно более адекватные подходы, в которых определяется не только коррупционная преступность, но и коррупционное правонарушение, и коррупционное преступление. Как отмечает В.С. Овчинский, «понятие коррупционной преступности не тождественно понятию коррупции, поскольку феномен коррупционной преступности есть часть явления коррупции вообще, хотя и наиболее опасная с точки зрения общественных интересов»[198]. Следующие его идеи очень интересны для настоящей работы. Так, он указывает на то, что коррупционные правонарушения в отличие от аморальных коррупционных проступков запрещены нормами права и предусматривают юридическую ответственность. «Выделяются четыре основных вида коррупционных правонарушений: 1) гражданско-правовые деликты; 2) дисциплинарные проступки; 3) административные правонарушения»[199]. К несомненным достоинствам такого подхода можно отнести его логичность, обоснованность, и самое главное – соответствие действующему законодательству. Действительно, названный В.С. Овчинским отличительный признак коррупционных правонарушений очевиден.

Дальше он дает определение коррупционному преступлению. «Коррупционные преступления – это предусмотренные УК РФ общественно опасные деяния, непосредственно посягающие на интересы государственной власти и публичной службы, выражающиеся в незаконном получении публичными лицами каких-либо благ (имущества, прав на него, услуг или

---

[196] См. подробнее: Волженкин Б.В. Служебные преступления: учебно-практическое пособие. М.: Юристъ, 2000. 368 с.
[197] Криминология: Учебник для вузов / под общ. ред. А.И. Долговой. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2007. С. 708.
[198] Криминология: учебник / под ред. В.Н. Кудрявцева и В.Е. Эминова. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2009. С. 406 (автор главы – В.С. Овчинский).
[199] См.: Там же. С. 409.

льгот) либо в предоставлении последним таких благ»[200]. Таким образом, авторское понятие коррупции применяется по отношению к предметному полю науки уголовного права, формируя понятие «коррупционное преступление».

Итак, на сегодняшний день отечественная криминология предоставляет различные варианты определения понятий «коррупция», «коррупционное правонарушение», «коррупционное преступление». Так или иначе, но выделяются признаки этих явлений, позволяющие выделить их во всей массе социально вредного противоправного юридически значимого поведения, а это можно считать серьёзным достижением российской юридической науки. На определенные размышления наводит высказывание В.В. Лунеева о том, что «коррупция в нашей стране – это норма, а не исключение, в том числе среди политической, правящей и экономической элиты»[201]. Это высказывание, основанное на обстоятельном анализе состояния, структуры и динамики коррупционной преступности, становится понятным, если принять во внимание данные В.В. Бочарова, касающиеся действующего в стране неформального обычного права[202]. Возможный реальный выход из складывавшейся веками ситуации – это ориентирование позитивного права не на абстрактные, оторванные от реально жизни, идеологизированные институты и конструкции правового характера, к тому же заимствуемые практически без переработки из чужих правовых культур, из иного культурно-исторического типа, а на то обычное право, которое действует в России параллельно с государственным законодательством и независимо от него. Проблема коррупции и безуспешного ей противодействия наглядно иллюстрирует один из главных методологических просчётов современной науки российского уголовного права – ориентация на юридический позитивизм, аналитическую юриспруденцию, полное игнорирование данных юридической антропологии и снисходительно-пренебрежительное отношение к социально-правовым и криминологическим исследованиям. Наука уголовного права сможет ожить лишь тогда, когда она активно станет основываться на достижениях криминологии и других наук и покинет «старое доброе лоно» юридической догматики.

1.15. Своеобразие социально-правовых и сравнительно-правовых научных исследований

В отличие от юридико-догматических исследований социально-правовые и сравнительно-правовые в большей степени имеют основания претендовать на характер научных уже на первый взгляд, т.е. направленных не на познание текстов права, а на познание реальной социальной действительности, или на поиск общего и особенного в правовых системах различных государств.

---

[200] Там же. С. 409.

[201] Лунеев В.В. Курс мировой и российской криминологии в 2 т. Т. II. Особенная часть: учебник для вузов. – М.: Юрайт, 2013. С. 486.

[202] См.: Бочаров В.В. Неписанный закон. Антропология права. Научное исследование. – 2-е изд. – СПб.: Издательство АИК, 2013. С. 40-44, и др.

Прежде всего, необходимо рассмотреть сравнительно-правовой метод, поскольку он в определенной, самой значительной своей части, достаточно близок к формально-юридическому, зачастую сопутствует ему, а использование в юридико-догматических исследованиях материалов, выступивших результатами применения сравнительно-правового метода, является традиционным украшением, показывающим общие и особенные черты правового регулирования того или иного вопроса в России и в некоторых других странах.

Иногда эта точка зрения доводится до своего логического завершения, и сравнительно-правовой метод становится частью юридико-догматического метода. Как пишет В.М. Сырых, сравнительные правовые исследования проводятся в целях выявления общего и особенного, присущего системам права субъектов федеративного государства, их предметом выступают общие и специфические черты, признаки отдельных норм права, правовых институтов, отраслей права, входящих в систему двух государств и более. «Это могут быть принципы права, конкретные нормативные предписания, закрепляющие какие-либо права и обязанности субъектов права, порядок их реализации, либо предоставляющие дополнительные социальные льготы, либо конституирующие новые органы государственной власти и т.д. Словом, в качестве предмета сравнительных правовых исследований может выступать любой элемент правового регулирования, закрепленный в нормативных правовых актах. Однако всё, что не входит в источники права, находится в сфере реальной жизни, предметом данных исследований выступать не может»[203]. По большому счёту, основная масса сравнительно-правовых исследований сводится именно к формально-юридическому анализу иностранного права. Тот же В.М. Сырых в последующем изложении так и называет их – «догматические сравнительно-правовые исследования». Необходимо, однако, рассмотреть, насколько такой подход к данному методу оправдан, и можно ли в этом случае выделять сравнительно-правовой метод по отношению к формально-юридическому в качестве самостоятельного.

Обратимся снова к Санкт-Петербургскому курсу истории и методологии юридической науки. А.Э. Черноков выделяет следующие цели сравнительного правоведения, содержание которых уже говорит о широкой трактовке этого метода: 1) познавательная (глубокое и масштабное изучение правовых явлений в различных государствах); 2) информационная (получение точных сведений о качественных моментах зарубежного права и их использование в отечественной юридической практике); 3) аналитическая (обнаружение истоков правовых явлений в зарубежных системах права и выявление тенденций их развития); 4) интегративная (разработка способов гармонизации и сближения правовых систем); 5) критическая (конструктивный анализ институтов зарубежного права и его сопоставление с аналогичными институтами российского права для предотвращения заимствования неэффективных норм); 6) пропагандистская

[203] См.: Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. М.: Норма, 2013. С. 335.

(информирование о значимости правовой системы страны)[204]. Уже отсюда видно, что ученый не ограничивает рамки сравнительно-правовых исследований юридической догматикой, что видится нам более приемлемым, нежели подход В.М. Сырых.

Но в большей степени широкий подход петербургской школы проявляется при определении объекта сравнительно-правовых исследований. К таковым они относят: правовую реальность (процесс развития права в отдельных странах); анализ отдельных правовых институтов; правовые учения; правовые системы отдельных государств, структурными элементами которых признаются цели права, принципы построения системы права, порядок правотворчества, законодательство, ратифицированные международные договоры и соглашения, внутрисистемные правовые связи и отношения; правовые массивы и законодательные комплексы межгосударственных объединений; национальное законодательство; юридическая техника[205]. Важность для настоящего Курса представляют также правила сравнительно-правового анализа названных объектов, выделяемые А.Э. Черноковым, которые мы также приведем в полном объёме. К таковым он относит:

- правильный выбор объектов сравнительного анализа и корректная постановка целей, обусловленных его природой и потребностями субъекта сравнительного правоведения;

- сравнение на разных уровнях с использованием методов системно-исторического анализа и аналогии для выяснения внутренних связей и зависимостей в рамках сравниваемых правовых систем, а также развитие последних в конкретных государствах и обществах;

- правильное определение признаков сравниваемых норм и институтов, а также установление общественных и государственных задач, решение которых обусловило их появление и развитие;

- выявление степени сходства и различий юридических понятий и терминов, используемых в сопоставляемых правовых системах;

- разработка и применение критериев оценки сходства, различий и несопоставимости правовых явлений, норм и институтов;

- определение результатов сравнительно-правового анализа и возможностей их использования в нормотворческой деятельности и развитии законодательства[206].

Результатом проведения сравнительно-правового исследования должно являться формирование целостного представления о правовой системе другого государства в его сопоставлении с правовой системой России. В этой связи для такого рода исследований немаловажно наличие у ученого знаний об основных отличительных характеристиках правовых систем и принципах их классификации. Понятие правовой системы обстоятельно рассматривается

---

[204] См.: История и методология юридической науки: учебник для вузов / под ред. Ю.А. Денисова, И.Л. Честнова. – СПб.: ИВЭСЭП, 2014. С. 484-485.
[205] См.: Там же. С. 485.
[206] См.: Там же. С. 485-486.

в трудах Н.И. Матузова, В.Н. Карташова, В.Н. Синюкова, В.В. Сорокина и других авторов, немало доступных отечественных и забежных работ посвящено основным правовым семьям народов мира. Наиболее оригинальный и нетривиальный подход демонстрирует В.Н. Синюков, к работе которого «Российская правовая система. Введение в общую теорию» мы обратимся.

«Эффективность сравнительного метода зависит прежде всего от обеспечения сравнимости правовых систем, которая в свою очередь достижима лишь при уяснении природы различных основ национального права – исторических, социальных, духовных. Это – необходимое условие научного сопоставления и проверяемости выводов, ибо иначе всё изучение опыта будет основываться на чисто внешнем сходстве подчас вообще «непереводимых» правовых институтов с соответствующими механическими, плоскими выводами»[207]. Как видим, В.Н. Синюков идёт много дальше, не просто дополняя догматические сравнительно-правовые исследования, а указывая на то, что они в принципе не способны привести к полноценно научным результатам. Мы уже выше говорили, что эта позиция только тогда не вполне обоснованна, когда предметом догматических исследований выступает вся совокупность правовых текстов, а не только законодательство. Но это характерно для исследований собственного национального права, которое есть детище (пусть даже и «пасынок», как в России) культуры, к которой исследователь принадлежит, написанное на языке, родном для исследователя[208]. Что же касается иных правовых систем, то здесь догматика как метод применима только в последнюю очередь и возможна лишь после того, как учёный получит хотя бы минимальное представление о той правовой культуре, элементы которой он будет сравнивать, т.е. антрополого-юридическое исследование должно предшествовать формально-юридическому в сравнительно-правовых научных изысканиях. Такая установка вполне отвечает получившей во второй половине XX в. и в начале XXI в. неклассической контекстной методологии. Такое сложное явление как иная правовая система не может быть понято во всей необходимой для научного поиска глубине и всесторонности, если методология её познания не будет отвечать этой сложности, а будет упрощённой и рассчитанной на познание элементарных юридических явлений вроде нормы права или статьи закона.

В качестве классификационных критериев, приемлемых для группировки правовых систем, В.Н. Синюков называет правовую культуру, правовую традицию и правовой стиль. Особый интерес для нас представляют два последних понятия. «Традиция права – это исторический способ формирования народного правового сознания в контексте широкого круга специфических для данной цивилизации фундаментальных явлений – государственности, религиозности,

---

[207] См.: Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. 2-е изд., доп. М.: Норма, 2014. С. 190.

[208] О сложностях при сравнительно-правовых исследованиях, вызванных принципиальными различиями в терминологии, очень хорошо говорит Джордж Флетчер в предисловии к превосходному сравнительно-правовому научному труду, который им написан в соавторстве с А.В. Наумовым. См.: Флетчер Дж., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. М.: Юристъ, 1998. С. 12 и далее.

социальности»[209]. Известен весьма оригинальный подход к истории государственно-правовых феноменов Гарольда Джона Бермана, автора работы «Западная традиция права: эпоха формирования», в которой он показывает составляющие этой традиции, а также те этапы, которые прошла эта традиция в процессе формирования[210]. Понятие же правового стиля, по мнению В.Н. Синюкова, образует совокупность элементов, создающих особое сочетание юридических и смежных регулятивных средств – юридической техники, правовых конструкций, фикций, обыденного и религиозного правосознания, правового быта (фольклора), правовой институциональной системы[211].

Итак, на сегодняшний день сравнительно-правовое исследование не может быть ограничено исключительно формально-юридическим аспектом, да по большому счёту и не должно. Однако, существуют определенные сложности в такой трансформации этой методологии. Прежде всего, юридико-позитивистские установки очень сильны и не позволяют в большинстве случаев отойти от традиционных путей познания государства и права. Также не наработался необходимый навык – такие исследования, как работа В.Н. Синюкова, - это скорее исключение, нежели правило, работы по иностранному праву как правило носят характер формально-догматических. И причина того – в третьей проблеме – недостаточности юридико-антропологической подготовки ученых-юристов, и невозможность такой подготовки для провинциальной науки в силу растущего вала бессмысленной министерской документации, загруженности текущей работой, без которой просто не выжить, не прокормить семью и т.п. По сути, для качественного сдвига методологии юридической науки, и сравнительно-правовой, в частности, должно измениться отношение государства к профессорско-преподавательскому составу, он должен превратиться из угнетаемого чиновниками всех рангов, с одной стороны, и быдловатой массой студенчества и, в особенности, их родителей, – с другой, в полноценную составную часть элиты государства. Но что-то этому мешает. Вопрос риторический. Возможно, что даже наше молодое поколение не узнает на него ответ и не увидит перерождения системы российского образования.

Если же отойти от эмоциональных рассуждений, то можно подвести следующий итог: время формально-юридических исследований в сфере сравнительного правоведения прошло. Ценность сейчас имеют полноценные разработки с позиций правовой культуры, правовой традиции и правового стиля. Возможно, такого рода разумение иных правовых систем приведет к тому, что наши ученые юристы наконец-то обратят взор и на отечественную правовую культуру не только в

---

[209] Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. 2-е изд., доп. М.: Норма, 2014. С. 191.

[210] См.: Берман, Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. / пер. с англ. – 2-е изд. – М.: Изд-во МГУ: Изд. группа ИИНФРА-М, 1998. 624 с.

[211] См.: Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. 2-е изд., доп. М.: Норма, 2014. С. 191-192. Далее он раскрывает в подробностях составляющие этой категории, а также обосновывает необходимость выхода за пределы формально-юридических установок при анализе правового стиля той или иной правовой традиции. См.: Там же. С. 192-193.

догматическом, но и в широком культурном антропологическом ключе. И в этом отношении немаловажна роль наиболее приземленных, предметных исследований в области права – социально-правовых, к рассмотрению специфики которых мы и переходим.

Своеобразие социально-правовых исследований. Без социально-правового компонента, применения социологических методов нельзя представить ни одно по настоящему научное юридическое исследование. Социально-правовые исследования выступают особым направлением юридической науки по той простой причине, что они основаны не на юридико-позитивистской парадигме, а на парадигме социологического позитивизма, предполагающей изучение права не в догматике, а права в действии, живого права, которое, прежде всего, представлено в правоотношениях, а также в поведении людей. Изучение же поведения людей, фактических общественных отношений, складывающихся между ними, как раз направлено на выявление закономерностей, характерных не для идеальной сферы – сферы должного – в которой «обитает» позитивное право, а также некоторые другие правовые тексты, а для сферы сущего – той реальности, к которой позитивное право и инструменты позитивно-правового регулирования прилагаются.

Нельзя сказать, что юридико-догматические исследования совсем лишены социально-правовой составляющей. Ни для кого не секрет, что наряду с обобщениями судебной практики (что тоже в большей степени относится к формально-юридическом методу в широком смысле, т.к. это тоже есть изучение правовых текстов, либо же это самостоятельный метод в силу не меньшего своеобразия предмета) многие отраслевые, а также теоретико-правовые работы любят «украшать» либо статистическими данными и их анализом, либо даже результатами проведения собственных социально-правовых исследований в форме опросов, анкетирования, интервьюирования и т.п. Но речь идёт именно об украшении, о, своего рода, экзотических излишествах, нежели о характере исследования. Характерно, что даже исследования правосознания носят, зачастую, догматический характер, и та же работа Л.В. Ясюковой «Правосознание в структуре правовой ментальности россиян» являет собой скорее исключение, нежели правило, хотя постепенно количество собственно социально-правовых исследований в праве начинает возрастать. Да что греха таить, мы в своем кандидатском диссертационном исследовании данные собственных социологических опросов и анкетирования использовали исключительно в качестве иллюстрации отдельных тезисов работы, самостоятельного значения они не имели. Хотя для работы по философии права, категории «мера» в праве, это нормально, поскольку стояла задача исследовать проявления этой категории в правовой сфере, т.е., по большому счёту, вопросы понятий, их объёма и содержания. Но даже в таких исследованиях, особенно в части оценки явлений правосознания в понятиях теории права, не обойтись без социально-правового сегмента, пусть даже декоративного или иллюстративного.

Иное дело, когда исследователь ставит цель оценить реальное состояние общественных отношений, отношение людей к политико-правовой сфере, представления людей о должном, о том, как надо себя вести, которыми они руководствуются в повседневной жизни. В такого рода изысках вообще ни о чем нельзя говорить, не проведя серьёзной социологической подготовки необходимого материала. Сфера правосознания, таким образом, и все, что в неё входит, может быть исследована только путём применения социально-правовых методов. Аналогично можно сказать и про реализацию права, причем, как актов нормативного, так и актов индивидуального правового регулирования. Также социально-правовые исследования должны предшествовать любым правотворческим акциям. Наконец, уж точно не обойтись без социально-правовой методологии и, в частности, без метода «включенного» наблюдения в области юридической антропологии.

По сути, в современных условиях, ни одно полноценное юридическое научное исследование не может обойтись без серьёзного социально-правового компонента. Для названных же выше областей правовой сферы общественной жизни социально-правовые исследования составляют основу научного поиска. В разработках же, носящих сугубо догматический характер, социально-правовой сегмент составляет метод экспертных оценок, который довольно активно используется в работах, например, по уголовному праву и процессу. Сравнительно-правовые исследования в идеале также должны носить социально-правовой характер, но в современных российских реалиях это крайне затруднительно.

Такое значение социально-правовых исследований определило и значительное внимание к ним ученых, занимающихся методологией юридической науки, и в частности, того же В.М. Сырых. Он, в частности, пишет, что «социальные правовые исследования имеют свой особый предмет познания – социальный механизм действия права, который позволяет четко и последовательно отличать их от догматических правовых исследований, ориентированных на изучение норм права, закрепленных в нормативных правовых актах и иных источниках права»[212]. Вот как раз размежевание сферы должного и сферы сущего, но вот парадокс: ведь и судебный приговор – сфера индивидуального правового регулирования – это тоже должное, это пока ещё не сущее, пока его положения реально не воплотятся в поведении людей, и следовательно, о социальном механизме действия права нельзя говорить на основе юридических документов, что В.М. Сырых предлагает делать далее. Только когда стадия возникновения конкретных правоотношений перетечет в стадию реализации права, только тогда мы увидим право в действии. А обобщение результатов юридической практики, зафиксированных в документарном виде (судебная и другая юрисдикционная практика) – это, как уже было сказано, либо часть формально-юридического анализа, либо, что более правильно, самостоятельный метод и даже

[212] Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. М.: Норма, 2013. С. 346.

самостоятельный вид юридических исследований. Другое дело – различные материалы юрисдикционного производства – протоколы, объяснения, заключения, в которых описывается реальное поведение людей, реальные взаимоотношения между ними. Это существенный источник материалов социально-правовых исследований. А вот итоговое решение, как думается, таковым выступить не может, поскольку оно уже отражает не сами реальные события, а их интерпретацию судом или иным органом, который исходит не столько из реалий казусов, сколько из сложившейся практики их разрешения, т.е. опирается на источник права «судебная практика» при оценке и интерпретации доказательств. То же можно сказать и про такой итоговый промежуточный документ, как обвинительное заключение. Но, эти акты, в свою очередь, способный выступить источником социально-правовой информации о действующих в судейском сообществе нормах.

Получаются как бы три уровня, через которые проходит система социально-правовых исследований посредством изучения письменных документов. Таковые возможны и на уровне законодательства, но только если мы через содержание нормативных правовых актов познаем установки и принципы, которыми руководствуется субъект правотворчества при их принятии, а также познаем возможные влияния, которые оказываются на него при принятии различных актов. Второй уровень, более глубокий, - это правоприменительная практика, выраженная в разного рода процессуальных решениях, показывающих позицию органа или должностного лица по применению норм права к той или иной ситуации. И на этом уровне следует различать содержащиеся в этих решениях сведения о поведении людей и принятых правилах этого поведения, и сведения о должном поведении людей, которые им предписывает орган или должностное лицо. Вторая часть сведений способна сама по себе быть только предметом формально-юридического исследования, а взятая в контексте общей стратегии органа или должностного лица, способна информировать о принятых в соответствующей системе реальных правилах принятия решений, реальном действии регламентов и пр. Наконец, третий уровень – это уровень фиксирующих доказательственную информацию материалов, содержание которой в большей степени способно отразить реальные отношения между людьми, хотя определенный элемент субъективизма не исключается и здесь. Следует всегда помнить, что специфика социо-гуманитарного познания не предлагает нам идеальной познавательной ситуации в принципе.

В связи с этим не может, на наш взгляд, считаться вполне удачным определение социального правового исследования, даваемое В.М. Сырых: «Социальное правовое исследование представляет собой особый вид научного познания, направленный на изучение социальной правовой практики и её компонентов: правосознания, правовой культуры, связей права с экономикой, политикой, иными сферами гражданского общества и социального государства»[213]. Во-первых, совершенно непонятным является ограничение пределов социальных правовых

[213] Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. М.: Норма, 2013. С. 335. С. 350.

исследований идеалистическими конструкциями, во-вторых, определение не передает сути таких исследований. На наш взгляд, социальные правовые исследования представляют собой такой вид юридических научных исследований, в ходе которых на основе анализа материалов правоприменительной практики, результатов применения социологических методов, а также методов простого и «включенного» наблюдения изучаются политико-правовые реалии, выступающие в виде отношений между людьми, поведения людей в определенной социальной области, а также в виде правил поведения, гласно или негласно действующих в этой сфере в качестве общеобязательных, и соблюдаемых всеми активными пассивными субъектами этой сферы. Другими словами, социально-правовое исследование направлено на выяснение тех правил поведения, которыми люди руководствуются в реальной жизни, на изучение отношений между людьми в этой жизни, в результате чего должно сформироваться адекватное представление о социо-нормативной ситуации в этой сфере, на основе которого получается представление о роли позитивного права в этой сфере, о возможностях позитивного права по воздействию на эту сферу, о необходимости такого воздействия. Такое представление может быть получено при сопоставлении выявленных неофициальных правил поведения с официальными, и степени их общности. Причем, чем меньше неформальное право соответствует формальному – тем хуже для формального права. Невозможно из-под палки привить любовь к ближнему, невозможно воспитать общество государственно-принудительными методами. Государство и право в этом случае могут влиять на ситуацию только косвенно, создавая условия для позитивных неписанных норм, и не создавая благоприятных условий для негативных, которые, не имея подпитки такого рода, имеют больший шанс отмереть за ненадобностью. Именно на эти цели и должно быть направлено социально-правовое исследование в противовес формально-правовому.

И в этой связи социология права очень близко соприкасается с антропологией права с тем лишь отличием, что во втором случае акцент ставится на правовом бытии человека. Но и та, и другая способны претендовать на большую научность, нежели аналитическая инструментальная юриспруденция, поскольку они направлены на познание не сферы должного, идеального, а сферы сущего – того, как это идеальное преломляется в реальном.

Обозначенный подход заслужит вполне обоснованный упрек в том, что это больше похоже не на юриспруденцию, а на социологию. Но современные научные исследования перспективны только на стыке наук, при междисциплинарном их характере. И кроме того, сама российская действительность требует от правоведения повернуться уже наконец, через более чем 300 лет, от идеологии, идеального, к реальной действительности, изучить, наконец, по каким правилам живут люди, и эти правила закрепить в нормах права. Принятие же в качестве законов теоретических идеальных конструкций, да ещё и выработанных чужой правовой культурой, в 90-е, 2000-е и 2010-е годы уже не раз доказало свою несостоятельность. Всё это подчеркивает жизненную

необходимость развития в отечественной юридической науке направления социально-правовых исследований[214].

1.16. «Вспомогательные» методы юридических исследований

Наконец, необходимо хотя бы вкратце остановиться ещё на некоторых методах частнонаучного и специального характера, которые также активно используются в юридических научных исследованиях. Наименование «вспомогательные» мы неслучайно взяли в кавычки, поскольку они считаются таковыми только в случае признания основным методом юриспруденции формально-юридического. Сами же по себе они ничуть не менее важны и более того, на основе того же метода обобщения судебной практики может строиться полноценное научное исследование.

Итак, в дополнение к проанализированным выше методам юридических исследований прежде всего необходимо назвать метод обобщения судебной практики, а также статистический метод. В рамках такой науки, как криминалистика, используется также масса методов естественно-научного происхождения. Эти методы сами по себе, конечно, нас не интересуют, но общим вопросам методологии исследований в этой сфере всё же мы в рамках настоящего параграфа уделим определенное внимание.

Некоторые аспекты методологии обобщения судебной (юридической) практики. Для начала необходимо сделать краткое вступление о предметных рамках такого обобщения. В рамках теории государства и права и других общих дисциплин каких-то специальных предпочтений по кругу обобщаемых материалов в различных научных исследованиях не встречается. Единственное, что обращает на себя внимание, - это, как правило, практика высших судебных инстанций – КС РФ, ВС РФ, ЕСПЧ и т.п. И зачастую речь идёт об опубликованных общедоступных ресурсах, а не об архивных материалах. Хотя, всё зависит от тематики исследований – в работах, посвящённых различным вопросам правоприменения, носящих прикладной характер, юрисдикционная практика органов, работающих, так сказать, «на земле» необходима не в меньшей степени, чем в отраслевых исследованиях. Однако, следует констатировать определенную нехватку разработок, посвящённых, например, квалификации правонарушений, или юридической квалификации вообще.

Если говорить об отраслевых (и, в частности, в уголовной сфере) юридических исследованиях, то здесь можно выделить два аспекта, два пути, два уровня обобщений

---

[214] Мы намеренно не касаемся в настоящем Курсе самих методов социально-правовых исследований, адресуя читателя к многочисленным работам по методологии социологических, криминологических и социально-психологических исследовании. Для нас важно было подчеркнуть важность социально-правовых исследований, их соотношение с формально-юридическими, и специфические их черты.

юридической практики. Для материально-правовых исследований достаточные данные представлены итоговыми решениями судов – приговорами, апелляционными и кассационными определениями, постановлениями надзорной инстанции. Для процессуальных и криминалистических изысканий приговоров и данных, содержащихся в них, заведомо недостаточно, т.к. важен не результат, а процесс, описание осуществляемой юридической деятельности, поэтому когда речь идет об обобщении юридической практики для таких исследований, то имеется ввиду изучение дел в полном объёме на предмет наличия необходимых следственных материалов, и обобщение этих материалов.

В рамках настоящего параграфа мы коснемся только первого аспекта обобщения судебной практики и его методологии. Как указывает В.И. Плохова, овладеть методикой проведения обобщения судебной практики - значит знать и уметь пользоваться совокупностью приемов сбора, обработки и анализа информации о квалификации преступлений правоприменительными органами[215]. Итак, обобщения судебной практики в сфере материального права нацелены, преимущественно, на выявление общих принципов квалификации, которыми руководствуются правоприменительные органы при принятии решений по юридическим делам. Но не только этим: применение того же уголовного права складывается из двух составляющих – квалификации преступления и назначения наказания[216]. И хотя тематика назначения наказания незаслуженно забыта в рамках Особенной части уголовного права России, это не значит, что позиции судов по этому вопросу не могут подвергаться обобщению[217].

Так или иначе, но сама по себе методика обобщения судебной практики и по юридической квалификации, и по определению меры юридический последствий является сходной. Воспользуемся теми общими принципами, которые предлагает проф. В.И. Плохова в ранее цитируемой нами работе, поскольку достаточно сложно сказать точнее, чем серьёзный учёный, обобщивший только для одной докторской диссертации боле тысячи уголовных дел.

Итак, как указывает названный автор, проведение обобщения должно соответствовать следующим требованиям: 1) приступая к проведению обобщения, необходимо, прежде всего, изучить или повторить нормативный материал, постановления Верховного Суда РФ, рекомендуемую юридическую литературу; особо нужно обратить внимание на сложные, неоднозначно решаемые вопросы, их следует выписать - это будет Ваша анкета или программа изучения опубликованной практики; таким образом, составление анкеты или программы изучения

---

[215] См.: Плохова В.И. Уголовное право. Ч. Особенная. (ч. 1): учебно-методическое пособие. – Барнаул, 2015.

[216] Как пишет Е.В. Благов, «применение уголовного права – это принятие и закрепление решения о предусмотренности (или не предусмотренности) установленных фактических обстоятельств в соответствующей норме и об определении (или не определении) содержащейся в ней меры уголовно-правового характера». См.: Благов Е.В. Применение уголовного права (теория и практика). – СПб.: Юридический центр «Пресс», 2004. С. 73.

[217] Примером такого обобщения практики назначения судами наказания за преступление, совершенное в соучастии, служит следующая работа. См.: Куликов Е.А. Мера уголовного наказания за преступление в соучастии: общие критерии определения: монография. – Саарбрюкен: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2013. 120 с.

судебной практики – это начальный этап практического исследования; 2) с учетом состава преступления определяется период времени, за который собирается и обобщается судебная практика; необходимо учесть, что изучение судебной практики за очень непродолжительное время не позволит сделать объективных выводов; как правило, обобщение судебной практики проводится за последние пять лет; если за этот период не опубликовано ни одного материала по тому или иному составу преступления, то разрешается использовать и более раннюю практику; 3) следующий этап работы – это систематизация, анализ собранных приговоров, определений, постановлений судов и формулирование результатов обобщения. В итогах обобщения могут быть отражены такие моменты: какую позицию занимают судебные инстанции по тому или иному теоретически неопределенному или дискуссионному вопросу; по каким основаниям действия виновных переквалифицировались судами; имели ли место ошибки в квалификации преступления и какие, при толковании каких объективных или субъективных признаков состава преступления они допускались, их причины; имел ли место различный подход к квалификации деяния отдельными судами; как решаются вопросы разграничения со смежными составами преступлений, возникают ли трудности у судов в этом вопросе и др.;4) заключительный этап – оформление результатов проведенного обобщения судебной практики[218].

Таким образом, специфика обобщения практики в рамках юридического исследования заключается в том, что оно, во-первых, предполагает работу прежде всего с документами, с письменными источниками, которые дают не непосредственную, а опосредованные сведения, интерпретированные, в особенности, в данном аспекте, правосознанием судьи (суда); во-вторых, выявляется общий подход к разрешению тех или иных дел, т.е., по большому счёту, положения и принципы такого источника российского права, как судейское право в виде судебной практики; наконец, в-третьих, использование такого рода методики, и метода обобщения юрисдикционной практики в целом, как уже было нами сказано ранее, представляет собой либо составную часть формально-юридического (догматического) исследования, либо, если нас интересует не правовая позиция суда, а те негласные правила, которые приняты в судейском сообществе, то и социально-правового исследования. Впрочем, возможен и третий вариант, когда обобщение, например, судебной практики разрешения дел определенной категории выступает самостоятельным исследованием, конечная цель которого – выявить закономерности разрешения таких дел и, возможно, предложить проект разъяснений Пленума ВС РФ по этой категории дел. В любом случае, обобщение судебной (юрисдикционной) практики – это вполне полноправный метод осуществления научных юридических исследований.

---

[218] См. подробнее: Плохова В.И. Особенная часть уголовного права. Часть первая: учебное пособие. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2006. С. 8-14.

Статистический метод в юриспруденции. Вторым «вспомогательным» методом научных юридических исследований можно назвать статистический метод. Как отмечает в курсе юридической статистики ведущий криминолог России профессор Виктор Васильевич Лунеев, «юристы уголовно-правовой, гражданско-правовой, административно-правовой и иной специализации в своей практической деятельности имеют дело не только с конкретными юридическими фактами, но и с массовыми юридически значимыми явлениями и процессами, статистический анализ которых – необходимое условие их профессиональной деятельности, особенно - управленческой»[219]. Не менее интересно для нас и следующее замечание В.В. Лунеева о том, как отсутствие статистических исследований способно понизить научность юридических разработок. Он, в частности, пишет: «Без надежной опоры на фактические (статистические и социологические) данные юридические науки легко попадают в плен логико-догматических представлений, которые, имея важное значение во внутреннем правовом анализе, малопригодны при изучении соотношений права с жизнью. Дело в том, что юриспруденция, в отличие от других социальных наук, кроме фактической реальности имеет ещё одну реальность – писаную (законы, другие нормативные акты, судебные решения, живущие своей относительно самостоятельной жизнью), которая далеко не всегда адекватно отражает фактическую реальность, но способна в юридических изучениях подменить её логико-правовыми умозаключениями»[220].

Таким образом, В.В. Лунеев также указывает на наличие в юридической практике догматического аспекта, указывая на определенные различия между фактической и юридической реальностью. Статистический метод он представляет именно как метод познания реальности фактической в противовес юридической реальности. Саму же юридическую статистику учёный определяет как научную и учебную дисциплину, изучающую количественную сторону массовых правовых и других юридически значимых явлений и процессов в целях раскрытия их качественного своеобразия, тенденций и закономерностей их развития в конкретных условиях места и времени. «В этом определении заложено несколько взаимосвязанных признаков, характеризующих юридическую статистику как науку о (1) количественной стороне явлений, (2) явлениях массовых, (3) явлениях правовых, (4) раскрывающих их качественное своеобразие, (5) тенденциях, (6) закономерностях их развития, (7) в конкретных условиях места и времени»[221]. Суть статистического метода, таким образом, сводится к познанию качества явлений, закономерностей и тенденций их развития, через количественные показатели. Исходя из этого нельзя, конечно, абсолютизировать статистический метод, считать его наиболее результативным методом познания, но и забывать о нём, умалять безосновательно его значение тоже не стоит (тем более, что В.В. Лунеев применительно к статистическому методу ведет речь не об единичных

---

[219] Лунеев В.В. Юридическая статистика: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп., с изм. – М.: Юристъ, 2007. С. 5.
[220] Там же. С. 6.
[221] См.: Там же. С. 35.

явлениях, а о явлениях массовых, взятых, кроме того, в конкретном социально-политическом контексте).

Статистический метод, или метод юридической статистики, распадается на несколько отдельных частных методов, и из них же складывается. К таковым В.В. Лунеев относит: 1) массовое статистическое наблюдение; 2) сводка и группировка данных, полученных при наблюдении, по качественно-определенным признакам; 3) статистический количественный анализ сведенных и разгруппированных показателей; 4) всесторонний качественный анализ статистических материалов[222]. «Перечисленные методы, образуя органически единый процесс статистического исследования, иногда именуются его стадиями, или этапами, ибо каждый последующий метод, как правило, может быть применен с использованием показателей предыдущего. Поэтому любое статистико-правовое, статистико-деликтологическое или статистико-криминологическое обследование будет считаться полным и завершенным только тогда, когда оно слагается из названных выше основных стадий (этапов, методов)»[223].

В качестве промежуточного итога настоящего параграфа хотелось бы отметить следующее. Не нужно думать, будто метод обобщения судебной практики и статистический метод имеют дело с какой-то обезличенной реальностью, с голыми цифрами и фактами, способными стать основой для по настоящему объективного исследования. Сами по себе они, по большому счёту, не применимы, т.к. невозможно изучать статистические данные обо всём, или всю судебную/следственную практику: обязательно требуется провести какую-либо выборку. Для осуществления же этой выборки материалов требуется определенная теоретическая подготовка, изучение проблемы на собственно юридическом уровне. А это предполагает наличие у исследователя каких-либо установок при изучении статистического и эмпирического материала. Это в принципе не отрицают и сами авторы, к работам которых мы обращались. И, наверное, невозможно абстрагироваться от базовых теоретических постулатов и взяться изучать эмпирические данные «с ходу». В связи с этим необходимо не отвлекаться от теоретических концепций при работе с эмпирическими данными юрисдикционной практики и статистики, а соблюсти разумный баланс между теорией и эмпирикой, выделить в своем исследовании соответствующие смысловые части, развести мнения теоретиков, и общее мнение судов, например, по квалификации определенной категории преступлений и т.п. Всё-таки, система методов юриспруденции многопланова и едина, и только пользование всеми ими в разумном сочетании позволит достичь необходимых и научно обоснованных результатов. Не стоит забывать и о принципе методологического плюрализма, основанном на амбивалентности и сложности человеческого и социального бытия.

---

[222] См.: Там же. С. 50.
[223] Там же. С. 50.

К вопросу о специальных методах юриспруденции: сфера криминалистики. Не затронутым практически остался ещё один довольно интересный и важный вопрос методологии научных юридических исследований. Речь идёт о методологии криминалистики, которая, как известно, существенно, как и криминология, социология права, антропология права и ряд других частных наук, отличается от общей догматической аналитической позитивистской юриспруденции. Отличия эти определяются, конечно, в первую очередь, предметом и объектом криминалистики, а также весьма любопытной структурой этой науки, которая, будучи преимущественно прикладной, состоит из 4-х частей: общая теория криминалистики, криминалистическая техника, криминалистическая тактика и криминалистическая методика.

Для полноценного, но, вместе с тем, подходящего для методических рамок настоящего Курса, освещения вопроса о специальной методологии в юриспруденции, хотелось бы обратиться Курсу криминалистики, подготовленному профессором Рафаилом Самуиловичем Белкиным, первый том которого содержит очень ценный для широкого круга специалистов, проводящих научные юридические исследования, материал. Итак, в рамках первой части – общей теории криминалистики, учёный выделяет следующие элементы: 1) положения, в которых формулируются представления о предмете криминалистики, её задачах, целях и месте в системе научного знания, о понятии и содержании её общей теории (он называет этот раздел введением в общую теорию криминалистики); 2) положения, отражающие объективные закономерности механизма преступления в аспекте криминалистики; 3) положения, отражающие объективные закономерности возникновения информации о преступлении и преступнике, закономерности собирания, оценки и использования доказательств, и являющиеся базой для разработки криминалистических методов, средств и рекомендаций по использованию последних в практике борьбы с преступностью[224].

Все эти положения, по мнению Р.С. Белкина, можно свести в 4 раздела: а) криминалистическое учение о закономерностях возникновения информации о преступлении и преступнике; б) криминалистическое учение о закономерностях собирания доказательств; в) криминалистическое учение о закономерностях исследования доказательств; г) криминалистическое учение о закономерностях оценки и использования доказательств[225]. Как видим, сущность общей теории криминалистики (да и всего предмета этой юридической прикладной науки) вертится вокруг доказательств по юридическому делу и всех необходимых процессуальных действий, которые связаны с юридической ролью и значением этих доказательств. Такого рода сущность предметного поля тесно взаимосвязана и с методологией

---

[224] См.: Белкин Р.С. Курс криминалистики: учебное пособие для вузов в 3-х томах. Том 1. 3-е изд., доп. – М.: Юристъ, 2001. С. 40.

[225] Белкин Р.С. Курс криминалистики: учебное пособие для вузов в 3-х томах. Том 1. 3-е изд., доп. – М.: Юристъ, 2001. С. 41.

криминалистики (которой в трактовке Р.С. Белкина мы несколько подробнее коснемся далее), определяет соприкосновение собственно юридических методов с методами других наук, в т.ч. и в большей степени технических и естественных, которые именуются специальными методами юриспруденции. Именно направленность на обеспечение доказательственного процесса и определяет высокую концентрацию в рамках криминалистики специальных методов, и минимальное использование формально-догматического метода юриспруденции.

«Содержание этих разделов составляют общие положения, отражающие сущность, характер, направленность и формы проявления данной группы объективных закономерностей действительности, и система частных криминалистических теорий, опирающихся на эти положения и выражающих, во-первых, результаты познания перечисленных закономерностей, а во-вторых, формы, пути и цели использования этих результатов познания в плане решения задач, стоящих перед криминалистической наукой, в том числе и в плане разработки и внедрения в практику криминалистических средств и методов судебного исследования и предотвращения преступлений». Р.С. Белкин называет следующие частные криминалистические теории: криминалистическое учение о навыках; криминалистическое учение о способе совершения и сокрытия преступлений; криминалистическое учение о механизмах следообразования; криминалистическое учение о признаках; криминалистическое учение о фиксации доказательственной информации; учение о криминалистической регистрации; теория криминалистической идентификации; криминалистическое учение о розыске; общие принципы методики криминалистических экспертных исследований; криминалистическая теория причинности; учение о криминалистической версии и о планировании расследования; теория криминалистического прогнозирования и др.[226]. Как видим, перечень частных криминалистических теорий не просто обширен, он ещё и оставлен ученым открытым, поскольку специфика, опять же, предметного поля, определяет необходимость оставления свободы научного поиска. Так или иначе, но все эти теории имеют существенный прикладной аспект, т.е. касаются не научных юридических исследований, а прикладных юридических исследований, направленных на выявление типичных признаков в частном казусе.

«Частые криминалистические теории служат методологической базой исследования и разработки средств, приемов и методик расследования и предотвращения преступлений, также составляющих в своей совокупности часть предмета криминалистики. Эти средства, приемы и методики группируются в соответствующие системы и образуют разделы или отрасли криминалистики: криминалистическую технику, криминалистическую тактику и криминалистическую методику (методику расследования и предотвращения отдельных видов

[226] См.: Там же. С. 41.

преступлений)»[227]. Таким образом, ключевые положения частных криминалистических теорий, переплетаясь между собой, образуют три других раздела криминалистики, которые, наряду с её общей теории, являют собой своеобразный состав этой науки. Такое обстоятельство обусловлено её специально-прикладным характером, оно же, в свою очередь, обуславливает и методологический аппарат криминалистики, принципиально отличающий её от других юридических наук.

Мы не будем касаться вопросов предмета криминалистики, обстоятельно рассмотренных Р.С. Белкиным, хотя они, конечно, представляют немалый гносеологический интерес: тесные рамки работы не позволяют этого сделать. Однако криминалистические средства и методы судебного исследования и предотвращения преступлений вниманием обойти нельзя. Хотя бы по той причине, чтобы уметь отличать их от методов научных исследований, применяемых этой же дисциплиной. «Криминалистические средства и методы судебного исследования – это средства и методы собирания (обнаружения, фиксации, изъятия, сохранения), исследования, оценки и использования доказательственной информации. Они служат выполнению определенных организационно-технических мероприятий и процессуальной процедуры, составляющих содержание следственного действия»[228]. В данном случае речь идёт о средствах и методах юридического познания, с помощью которых устанавливается юридически значимая информация для принятия решения по конкретному правовому делу (казусу) и его обоснования. Выясняются не общие закономерности, составляющие предмет науки, а юридические факты, влияющие на содержание правовых отношений, в данном случае, преимущественно – отношений ответственности. Таким образом, можно подчеркнуть принципиальные отличия методов юридического познания от методов научного юридического исследования, которые состоят, во-первых, в предметном поле, во-вторых, в степени конкретности/абстрактности их содержания, и в-третьих, в тех целях, которые ставятся перед познающим субъектом.

Необходимо уточнить ещё один аспект анализируемой проблемы специальных методов в их криминалистической специфике, прежде чем коснуться их самих. Речь идёт о природе непосредственно самой криминалистической науки, которая влияет и на понимание её методологии. Р.С. Белкин рассматривает криминалистику как юридическую науку, синтезирующую в себе, однако, знания, методы, приёмы и средства, разработанные неюридическими науками. Причём, специфика криминалистики такова, что этих «инородных» элементов в ней принципиально больше, нежели в других науках. Об этом свидетельствует содержание трёх других структурных частей, выступающих, наряду с общей теорией криминалистики, неотъемлемыми составными частями данной науки. «Криминалистическая

---

[227] Белкин Р.С. Курс криминалистики: учебное пособие для вузов в 3-х томах. Том 1. 3-е изд., доп. – М.: Юристъ, 2001. С. 42.
[228] Там же. С. 114.

техника – это система научных положений и разрабатываемых на их основе технических (в широком смысле) средств, приёмов и методик, предназначенных для собирания, исследования и использования доказательств и иных мер раскрытия и предупреждения преступлений»[229]. «Криминалистическая тактика – это система научных положений и разрабатываемых на их основе рекомендаций по организации и планированию предварительного и судебного следствия, определению линии поведения лиц, осуществляющих судебное исследование, и приёмов проведения отдельных процессуальных действий, направленных на собирание и исследование доказательств, на установление причин и условий, способствовавших совершению и сокрытию преступлений»[230]. В основе разработки конкретных тактических рекомендаций и приёмов, по мнению Р.С. Белкина, лежат следующие научные положения: 1) учение о криминалистической версии и планировании судебного исследования; 2) криминалистическое учение о розыске; 3) концепция следственных ситуаций (основу этой концепции заложил Л.Я. Драпкин, развита в трудах Т.С. Волчецкой; многие положения этой концепции разработаны научной школой криминалистики, которой в течение практически 30-ти лет (1986-2016) руководил профессор Вениамин Константинович Гавло), концепция тактического решения и тактического риска, концепция тактического приема и тактической комбинации (операции); 4) некоторые системы организационного характера, существенные для реализации тактических рекомендаций, например, принципы организации взаимодействия следователя с субъектами собирания и исследования доказательственной и ориентирующей информации в процессе расследования; 5) системы тактических приёмов, образующих тактику следственных и судебных действий по собиранию, исследованию, оценке и использованию доказательств[231].

На основании содержания этих двух разделов криминалистики – техники и тактики – становится вполне ясно, что данная наука ближе всего стоит к юридической практике, юридической деятельности, содержит методологический аппарат юридического познания, задачей которого выступает принятие решения по юридическому делу и его обоснование. Научные исследования в области тактики и техники представляют собой, прежде всего, разработки прикладного характера, опирающиеся на широкую эмпирическую базу. Криминалистическая техника, соприкасающаяся с техническими и естественными науками, испытывает на себе влияние этих наук, тактика же, в большей степени, связана с психологией, логикой, юридическими стратагемами и т.п. Соответственно, научный поиск в этих областях не может не учитывать специфику смежных отраслей знаний.

---

[229] Белкин Р.С. Курс криминалистики: учебное пособие для вузов в 3-х томах. Том 1. 3-е изд., доп. – М.: Юристъ, 2001. С. 208; аналогичное определение см.: Криминалистическая техника: учебник / отв. ред. Н.М. Балашов. – М.: Юрлитинформ, 2002. С. 8.

[230] Белкин Р.С. Курс криминалистики: учебное пособие для вузов в 3-х томах. Том 1. 3-е изд., доп. – М.: Юристъ, 2001. С. 217.

[231] См.: Там же. С. 221-222.

Впрочем, есть и четвертый раздел криминалистики. «Криминалистическая методика (или методика расследования и предотвращения отдельных видов преступлений) – это система научных положений и разрабатываемых на их основе рекомендаций по организации и осуществлению расследования и предотвращения отдельных видов преступлений»[232]. В этом разделе синтетический характер криминалистики проявляется в наибольшей степени, где она интегрирует знания юридических наук всего уголовного цикла. И набор методологии научных исследований в этой части наиболее представительный. Здесь Р.С. Белкин также выводит ряд исходных положений, которые лежат в основе криминалистической методики: 1) при разработке методики расследования любого вида преступлений криминалистика исходит из требования строжайшего соблюдения законности в деятельности органов дознания и предварительного следствия (здесь как раз криминалистика в своих научных исследованиях использует формально-юридический метод – *Е.К.*); 2) при разработке криминалистической методики следует исходить из знания способов совершения преступлений, условий, определяющих выбор способа и возникновение следов его применения; 3) частная криминалистическая методика должна быть рассчитана на её адаптацию применительно к конкретным условиям расследования, - это требует учета при её разработке типичных следственных ситуаций, формулирования типичных версий, определения круга типичных доказательств и ориентиров для установления виновного; 4) расследование преступлений должно преследовать цель не только изобличения виновных, привлечения их к уголовной ответственности и возмещения причиненного преступлением ущерба, но и выяснения и устранения обстоятельств, способствовавших совершению или сокрытию преступлений; 5) обобщение следственной практики предполагает разработку такого важного вопроса, как выявление путей и форм взаимодействия в работе следователя и оперативных работников, использование помощи населения и средств массовой информации при производстве расследования, эффективное использование в целях установления истины специальных познаний[233]. В этой части исследования в сфере криминалистической методики в большей степени социально-правовой характер, поскольку, как отмечает далее Р.С. Белкин, «при разработке криминалистической методики должны учитываться возможности оперативных аппаратов органов внутренних дел, экспертных учреждений и общественных организаций, которые могут быть использованы в целях расследования преступлений»[234]. К сказанному можно было бы добавить, что в принципе, при разработке каких-либо законодательных решений нужно исходить из возможностей государственного механизма и его реального состояния, иначе эти решения станут пустословием, которого в нашей отечественной правовой системе и так не мало. Юридическая

[232] Там же. С. 225.
[233] См.: Там же. С. 231-232.
[234] Там же. С. 232.

догматика – плохой советчик, поскольку право в самом себе не может иметь оснований и само себя не способно легитимировать.

Завершить настоящий параграф представляется необходимым анализом позиции Р.С. Белкина по поводу специальных (частнонаучных) методов криминалистики. Эти методы он делит на две группы: собственно криминалистические методы и специальные методы других наук, заимствованные криминалистикой и используемые в криминалистических научных исследованиях. Среди собственно криминалистических методов Р.С. Белкин выделяет группу технико-криминалистических методов, к которым относятся различные фотографические методы исследования, методы трасологических научных исследований, научные исследования в области судебной баллистики, почерковедения и других отраслей криминалистической техники. «Базой технико-криминалистических методов служат естественные и технические науки: либо законы этих наук, отражающие изучаемые ими объективные закономерности, либо специальные методы данных областей знания, либо, наконец, разрабатываемые этими науками методы соответствующих видов практической деятельности. В первом случае речь идёт, таким образом, о методах криминалистики, не имеющих аналогов в других науках. Две другие группы технико-криминалистических методов в конечном счёте представляют собой трансформированные методы других наук или практической деятельности. Однако такая трансформация – не простое приспособление, а качественное преобразование, осуществляемое именно в криминалистике и ни в какой иной науке. в итоге возникают новые – собственно криминалистические – методы, которые при этом, естественно, в известной степени сохраняют связи с теми методами, на основе которых они возникли»[235]. Здесь нам видятся, по меньшей мере, две особенные черты, определяющие своеобразие методологии криминалистической сферы: во-первых, это сугубо прикладной и конкретный характер методов криминалистики, и, во-вторых, своеобразие генезиса собственно криминалистических частнонаучных методов, особенно в криминалистической технике. В то же время, их нельзя считать специальными методами, поскольку они сформировались именно на криминалистической почве для решения криминалистических задач. В то же время, методологический аппарат криминалистики используется в других науках, в той же археологии.

Другую группу собственно криминалистических методов по мнению Р.С. Белкина составляют структурно-криминалистические методы, т.е. методы построения в криминалистике определенных структурных систем. Это системы основных элементов планирования расследования преступлений; системы тактических приемов, образующих тактику отдельных следственных действий; системы рекомендаций, составляющих отдельные методики расследования различных видов преступлений и т.п. «Структурно-криминалистические методы –

[235] См.: Там же. С. 273-274.

это методы выбора и накопления исходной информации, необходимой для построения структуры, определения путей развертывания структуры и её использования в практической деятельности. Источником исходной информации при этом являются нормы уголовного и уголовно-процессуального закона…, сведения о способах совершения и сокрытия преступлений и признаках применения этих способов, о направлениях развития практики расследования и раскрытия преступлений. На основе этой информации разрабатываются структуры типизированных действий следователя: их содержание и последовательность»[236]. Как видим, и здесь конкретики не меньше, хотя речь идет не о технических методиках, а о разработке конкретных рекомендаций для должностного лица, осуществляющего расследование и раскрытие преступления и фиксацию доказательственной информации в процессуальных материалах.

Подведем итог. Главная цель настоящего параграфа – это в завершение раздела «методология юридической науки» показать специфику наиболее конкретных и наиболее приближенных к социальной и физической реальности методов юридической науки. Таковые есть обобщение судебной и другой юрисдикционной практики, статистические методы и методы криминалистики. Разумеется, это далеко не исчерпывающий перечень таковых, но мы и не ставили задачу охватить их все, а хотели рассмотреть наиболее типичные. Всё-таки, на наш взгляд, нельзя всю юриспруденцию считать прикладной наукой, скорее, в рамках юриспруденции, юридического познания можно выделять прикладной и фундаментальный сегменты. И в этом отношении мы в некоторой степени не согласны с Р.В. Насыровым, который обосновывает взгляд на исключительно прикладной характер юридической науки. Думается, что прикладной сегмент хотя и должен превалировать, но ему не обойтись без разработок фундаментального сегмента, выявляющего основания права, легитимацию права, объясняющего природу права, смысл права и т.п. Да, для решения конкретных казусов эти сведения малопригодны. Но нет ни какой гарантии, что не встретится какой-либо казус, который можно будет решить, только обратившись к глубинной природе права. Собственно, Р.В. Насыров, разграничивая философию права и теорию права, пишет примерно о том же, думается, что всё же он говорит не об исключительно прикладном характере юриспруденции, а всего лишь о приоритетах, которые необходимо правильно расставлять. В сфере же конкретных юридических исследований их прикладной характер очевиден.

---

[236] См.: Там же. С. 274.

ЧАСТЬ 3. ЮРИСПРУДЕНЦИЯ В СИСТЕМЕ НАУЧНОГО ПОЗНАНИЯ

1.17. Рационально-научное познание: значение и пределы

Человек – существо принципиально, изначально парадоксальное. На это обратил внимание в своей известной книге «Феномен человека» Тейяр де Шарден: «Ничтожный морфологический скачок и вместе с тем невероятное потрясение сфер жизни – в этом парадокс человека»[237]. Имеется в виду, что предок человека из всех млекопитающих с точки зрения физиологии был самым неспециализированным и консервативным существом. Обычно указывается, что эту свою неразвитость человек компенсировал за счет интеллекта. Еще Вольтер в характерном для него эпатажном стиле писал о человеке как существе, «передвигающемся на двух лапах, почти столь же проворном, как обезьяна, менее сильном, чем другие животные его роста, имеющем несколько больше идей, чем они»[238]. Рациональное мышление, как правило, связывают со способностью к обобщению, открытию закономерностей как «неизменности в изменениях». Рациональность предполагает, что в своем поведении человек следует заранее установленным нормам. Но дело в том, что идеальным воплощением нормативного поведения выступает инстинкт, важнейшим признаком которого считается шаблонность форм и последовательность действий. Данная аналогия может показаться слишком грубой, но рационально-научное мышление часто отождествляют со способностью к абстракции; в переводе с латинского abstractio– удаление, отвлечение. Но предельно абстрактен именно инстинкт, так как реакция на окружающий мир сводится лишь одному фактору или нескольким. И если ученый перестает осознавать специальный и ограниченный (частичный) характер научного познания и отождествляет рационально-научную картину мира с самим миром, то он осуществляет акт «удаления», «отвлечения» от мира во всем его многообразии. Не только мышление сциентиста, но и некоторых категорий обывателей может быть диагностировано как излишне абстрактное. По этому поводу М.А. Лифшиц пишет: «Наука имеет дело с абстрактным мышлением, но не всегда абстрактное мышление является признаком близости к науке. Именно обыватель, как правило, мыслит абстрактно. Он не углубляется в конкретное существо предмета, а рассуждает о нем посредством готовой схемы, клише, условных знаков, простого сигнала»[239].

Ясно, что поведение человека характеризуется не врожденным и бессознательным, а осознанным следованием тем или иным правилам поведения, которые рационально познаны и определены. Но в этом ли сущностное своеобразие человеческого бытия? Представим себе, что вы едете в трамвае, сидите и полностью погружены в чтение книги; краем глаза вы замечает рядом стоящую старушку и машинально, не отрываясь от книги, уступаете ей место. Отличается ли

---

[237] Тейяр де Шарден П. Феномен человека. М.»Наука», 1987. С.136.
[238] Вольтер. Философские сочинения. М., «Наука». 1989. С. 229.
[239] Лифшиц Мих. В мире эстетики. М.: Изобр. искусство, 1985. С.46.

принципиально этот акт вашего поведения от инстинктивной реакции животного на некий внешний раздражитель? В вашем поведении нас прежде всего интересует книга – «Что так заинтересованно вы читаете?». Понятно, что это не правила поведения в общественном транспорте, которые вы и так знаете. В книге вы находите для себя нечто новое, необычное. Художественный текст сам по себе ценен тем, что автор описывает свои лично пережитые образы окружающего мира. Но и стимулом научного познания всегда выступает стремление узнать нечто новое, неизведанное. Лектор увлеченно преподносит студентам из года в год одну и ту же информацию, так как эмпатически «подключается» к незнанию этой информации аудиторией и в месте с ней вновь эмоционально переживает процесс ее познания. В Японии, пытаясь разгадать причину удивительных достижений СССР в области науки и техники, обратили внимание, что советские ученые еще в школе были приучены читать художественную литературу. А. Эйнштейн говорил о том, что научные открытия требуют образного мышления. Н. Бор не только остроумно, но и со смыслом утверждал – «Ваша теория, разумеется, безумна. Весь вопрос в том, достаточно ли она безумна, чтобы оказаться истинной», то есть выходящей за пределы уже познанного.

Подступ к неизвестному всегда вызывает не только интерес, но и определенное чувство тревоги. Поэтому тот же Н. Бор утверждал – «Если тебя квантовая физика не испугала, значит, ты ничего в ней не понял». Оказывается, что эмоциональность и образность восприятия мира всегда первичны и фундаментальны по отношению к вторичной процедуре калькуляции уже открытых законов природы и общества. Если ученый погружается в закономерности и познание сводит лишь к рационально-беспристрастной их экстраполяции на новые области окружающего мира, то его деятельность принципиально не отличается от инстинктивного поведения животного, осваивающего новые ареалы своего обитания. Даже у низших животных биологи констатируют способность к накоплению опыта. Поведение высших млекопитающих уже характеризуется любопытством и склонностью к игре, что содержит в себе зачатки постоянного стремления к расширению не только пространственно-количественной, но и содержательно-качественной сферы своего бытия. Также игра обеспечивает состояние «быть начеку» – готовности встречи с неизведанным и неожиданным. Из многочисленных представителей рода Homo выжил тот вид, у которого эта способность была наиболее развита. Й. Хейзинга в книге «Homo ludens» отмечает, что ценность и удовольствие игры в переживаниях неуверенности, напряжения, непредсказуемости, удачи, и считает, что в целом «культура возникает в форме игры, культура первоначально разыгрывается»[240]. Таким образом, человек должен быть постоянно открыт миру, и примечательно, что само человеческое сознание не может быть определено как некий объект: «То,

[240] Хейзинга Й. Homo ludens. В тени завтрашнего дня. М.: «Прогресс», 1992. С. 61.

что всему полагает границы, само в принципе не имеет внешних границ, и, стало быть, не может быть определено стандартным рациональным способом»[241].

Человек реализует эту свою открытость миру загадочным образом – жажда нового в нем сочетается с консерватизмом, с некой принципиальной ориентированностью в прошлое. Еще Платон в диалоге «Менон» не только метафорично, а сущностно определил процесс познания истины через припоминание: «Когда истина сущего всегда находится у нас в душе, то не бессмертна ли душа, так что, не зная теперь, т.е. не припомнив чего-нибудь, ты должен смело решиться исследовать и припоминать" (86b). Представители различных наук могут рационально описать механизм развития своего объекта исследования, каким образом формировались и изменялись его внешние признаки. Но раскрыть механизм зарождения изучаемого явления оказывается очень сложным; выясняется, что фундаментальные основы, определяющие само направление развития, не приобретены в процессе эволюции, а как бы запрограммированы, заданы. Тот же Платон утверждал, что философия начинается с удивления, и потрясающие сознание факты можно найти в самых строгих научных исследованиях. Так, биологи, констатирующие удивительно сложное строение элементарной клетки живого организма, приходят к выводу о невозможности эволюционного возникновения жизни в результате естественного отбора и мутаций; клетка характеризуется особой «неупрощаемой комплексностью» и с момента зарождения должна была сразу иметь все необходимые элементы и функции. К такого же рода выводам приходят и гуманитарии. Так, лингвисты считают неубедительными теории происхождения человеческого языка в результате эволюционного усложнения системы звукового общения животных. Такой авторитет в языкознании как В. Гумбольдт пишет: «Для того, чтобы человек мог постичь хотя бы одно-единственное слово..., весь язык полностью и во всех своих взаимосвязях уже должен быть заложен в нем». «Каким бы естественным ни казалось предположение о постепенном образовании языков, они могли возникнуть лишь сразу»[242].

Речь идет о сформулированном К.Л Строссом принципе избыточности означающего по отношению к означаемому. Французский этнограф отмечает, что «для человеческого интеллекта вселенная всегда недостаточна значима, а разум всегда имеет больше значений, чем имеется объектов, которым их можно приписать»[243]. Этот парадокс избытка означающего по отношению к означаемому касается всех проявлений человеческого духа. Так, язык в целом как семиотическая система является более сложным и глубоким явлением по сравнению с тем, что можно на нем высказать. Исследователи простейших сообществ собирателей и охотников отмечают, что их языковая и умственная возможности значительно превосходят необходимые для

[241] Иванов А.В. Мир сознания. Барнаул: Изд-во АИИГ, 2000. С. 15.
[242] Гумбольдт В, Избранные труды по языкознанию. М.: Прогресс, 1984. С. 313, 314.
[243]Леви-Стросс К. Структурная антропология. М.: «Наука», 1985. С. 163.

функционирования и общения потребности первобытного стиля жизни[244]. М. Хайдеггер так раскрывает эту «избыточность» языка: «Человек не только живое существо, обладающее среди прочих способностей также и языком. Язык есть дом бытия, живя в котором человек экзистирует, поскольку, оберегая истину бытия, принадлежит ей»[245].

Рационализм, воспринятый как единственно возможный путь познания, по сути, основан на признании того, что содержанием сознания в состоянии отражения им истины является только то, что соответствует определенному объекту. Так, теория утилитаризма объясняет необходимость нравственности ее полезностью для человека и общества; хотя глубинное исследование этого вопроса убеждает философов в том, что понятие «добро» неопределимо»[246]. Сциентистский стиль мышления, воспринятый как единственно возможный метод познания, стремится установить полное соответствие между означающим и означаемым за счет отказа от избыточности первого. То есть исследованию предшествует упрощение и сужение самого объекта познания, и однозначные выводы уже имеют отношение не к самой реально существующей проблеме, а к ее искусственно созданной и удобной копии. В русле этого стиля мышления возникновение новых условий и средств социального бытия трактуется как появление нового типа человека и общества. Так, Э. и Х. Тоффлер уверенно констатируют: «До сих пор человечество пережило две великие Волны перемен, каждая из которых практически уничтожала предыдущие культуры или цивилизации и создавала условия жизни немыслимые для тех, кто жил раньше. Первая Волна перемен – аграрная революция – заняла целое тысячелетие. Вторая Волна – становление индустриальной цивилизации – по меньшей мере, три столетия (…) Третья Волна принесла с собой совершенно новый стиль жизни, основанный на возобновляемых энергетических источниках, на методах производства, которые доказали несовременность большинства производственных линий (…) Приходящая цивилизация готовит для нас новый кодекс поведения [247].

Такого рода однозначные предсказания соответствуют рационально-механистической методологии просветителей XVIII в. и делаются в состоянии своеобразного «интеллектуального лунатизма», когда не замечаются результаты реализации проекта Модерна. Представители этого течения философской и социально-политической мысли не увидели бы в современном обществе воплощение высоких идеалов Истины, Добра и Красоты, а человек общества потребления оказался лишь пародией на их представления о гармонично развитом человеке. Дж. Сол выражает этот факт в самом эпатажно-резком названии своей известной книги»[248]. Речь идет не только о

---

[244] Палмер Дж., Палмер Л. Эволюционная психология. СПб.: «ЕВРОЗНАК», 2003. С. 87.
[245] Хайдеггер М. Время и бытие: Статьи и выступления. М.: «Республика», 1993. С. 203.
[246] Мур Дж. Принципы этики. М.: «Прогресс», 1984. С. 66.
[247]Тоффлер Э. и Х. Создание новой цивилизации. В кн.: Апокалипсис смысла. Сборник работ западных философов. М.: Алгаритм, 2007. С. 254. .
[248] См.: Сол Дж. Р. Ублюдки Вольтера. Диктатура разума на Западе. М.: АСТ: Астрель, 2007. С. 355-356.

содержательной стороне проекта Модерна, но прежде всего о его методологии, когда создание новых атрибутов внешнего бытия человека воспринимается как изменение его сущности. Но стоит помнить библейскую мудрость «Что было, то и будет; и что делалось, то и будет делаться, и нет ничего нового под солнцем» (Еккл. 1.9). Всегда возникают одни и те же мировоззренческие вопросы и соответствующие проблемы индивидуального и социального бытия, отказ от решения которых и приводит к дегуманизации и десоциализации человека и общества.

Мировоззренческую и фактологическую ограниченность приведенного выше суждения Э. и Х. Тоффлер можно представить в виде конкретной картинки. В современном обществе возникла, казалось бы, невиданная ранее и абсолютно новая форма молодежного досуга – ночные дискотеки и клубы с их светомузыклными и иными техническими атрибутами. Но не замечается, что неизменным компонентом молодежного веселья остались танцы. Предложение молодежи вновь вернуться к традиционному хороводу или вальсу вызывает только смех и указание на пошлость, то есть «несовременность» этих танцев. Но «усмешка» истории в том, что современный способ «отрываться» в ночных клубах является пошлостью «в квадрате» – так танцевали во времена, предшествующие традиционному обществу, то есть в эпоху дикости. Точно также вещизм и потребительство, по сути, являются аналогами примитивного фетишизма. Ю. Хабермас удачно заметил: «Возврат к старому драпируется под прогресс, а забвение всего, чему учили, - под процесс научения».[249] «Ирония» истории в том, что многим проявлениям «цивилизованной» жизни (современные танцы, идолы массовой культуры, культы вождей или потребления и т.п.) вполне могут быть найдены формальные и психологические аналоги в самой древней эпохе человеческого или даже предчеловеческого бытия. Возможно, что автор «Нового средневековья» Н. Бердяев, увидев современного человека общества массового потребления, написал бы книгу, в названии которой использовал слова, характеризующие эпоху, предшествующую периодам варварства и Древнего мира.

Первая (аграрная), вторая (индустриальная) и нынешняя третья (информационная) революции – это лишь этапы реализации, углубления первичных принципов, или наоборот – их деформации, утраты. Настоящей революцией было загадочное для современной науки возникновение человека и социума. Этот принципиально ретроспективный вектор традиционного мировоззрения Г. Башляр выражает так: «Башня – творение иного века. Без прошлого она ничто. Новая башня – это такой абсурд!»[250]. Вполне допустимо вести разговор и спор о традиционных принципах и ценностях как общих направлениях позитивного развития человека и общества. Речь идет не о возврате к традиционным обществам, а о возрождении хотя бы надежды на достижение социального мира, а не скрытого упорядоченного и неспособного к долговременному

[249]Хабермас Ю. Философский дискурс о модерне. . М.: «Весь мир», 2003. С. 64.
[250] Башляр Г. Поэтика пространства. М.: «Ад Маргинем Пресс», 2014. С. 68.

существованию состояния «Homo homini lupus est» («Человек человеку волк»). Спорным является утверждение того, что аграрная и индустриальная революции полностью уничтожили прежнюю первобытную культуру. История развивалась по более сложному сценарию, в котором наряду с другими есть такая сюжетная интрига – «Культура воспроизводится и сохраняется не только благодаря достижениям цивилизации, но и вопреки им».

Первобытный этап развития человечества при всех его проявлениях нецивилизованности выполнил свою миссию – показал выход из состояния дикости и определил фундаментальные принципы социального бытия, разумеется, без их полного воплощения в жизнь. Социальность во всем ее многообразии не устанавливается раз и навсегда, а «про-является», «мерцает» на границе сакрального и профанного, культуры и дикости и т.д. Поэтому методологически неверным является сравнение конкретных форм жизнедеятельности и уровня рационального познания мира первобытной и цивилизованной эпох; эти две эпохи в истории человечества решали разные задачи. Достижения традиционного общества грандиозны, если их воспринимать на фоне предшествующего состояния дикости. Этот прорыв из состояния дикости в культуру в качественном плане не менее значителен всех открытий цивилизованного человека, который, прежде всего, экстенсивно развивает один из аспектов мышления и практики человека традиционной культуры – объектно-рациональное отношение к окружающему миру. Неизбежная и необходимая дифференциация и углубление знаний об окружающем мире содержат в себе опасность погружения в природный или социальный хаос даже в условиях развитых форм цивилизованной жизни. Ощущение опасности утраты целостности бытия выражалось в мифологических и религиозных представлениях о прошедшем «золотом» веке и последующем грехопадении.

Невозможно объяснить универсальность представлений о «золотом веке» лишь ретроспективной абберацией сознания и тем, что «старики видят прошлое в обаянии своей ушедшей юности»[251]. Все становится ясным, если учесть, что универсальные принципы общественного бытия возникли в условиях непосредственной социальности, когда для человека не существовало общества вне сферы его прямого общения в рамках рода или общины. Эта первичная, «эмбриональная» целостность первобытного образа жизни и мировоззрения сопровождалась значительной и непосредственной зависимостью человека от природных условий существования. И речь не идет о возврате к этому первичному состоянию, а о его преодолении без утраты самого стремления к целостному и органическому мировоззрению. Человек всегда оказывается в ситуации возможной «фаустовской сделки»: за достижение большей свободы в сфере профанной (обыденной) жизни он платит утратой мировоззренческой перспективы и сакральных основ своего бытия.

---

[251] Назаретян А.П. Агрессия, мораль и кризисы в развитии мировой культуры. М., «Книжник». 1995. С.5.

В общественной жизни и в сознании человека все элементы взаимосвязаны и воздействуют друг на друга. Наука апеллирует универсальными категориями, и если, например, сферы экономики и политики провозглашаются свободными от нравственных и религиозных критериев оценки, то это неизбежно начинает пронизывать все иные сферы общественной и личной жизни. Это ярко видно в проявлениях техногенно-потребительской цивилизации. Непосредственное участие ученых в создании ядерного и иного видов оружия, опасность непредсказуемых результатов развития биотехнологий, генетики и т.д. доказывают необходимость наличия сдерживающего фактора, в качестве которого выступает целостное не только рациональное «мирообъяснение», но и мировоззрение, как процесс внимательного всматривания в окружающий и человеческий мир и осторожного к нему отношения.

«Грехопадением» является отношение к природе лишь как объекту рационального познания и практического освоения, так как в рамках любой концепции происхождения человека (теологической или естественнонаучной) природа неизбежно является тем «материнским лоном», из которого вышел человек. В рамках самой строгой науки о человеке невозможно отрицать наличие неподдающихся рационализации и модернизации архетипов сознания, исчезновение которых будет означать не развитие, а исчезновение человека. Поэтому одним из условий самосохранения человека является воспроизводство этих архетипов. Фундаментальные особенности психики человека сформировались в теснейшем контакте с естественным ландшафтом, его красками, формами, ритмами. Одновременно с этим становится ясно, что невозможно экстраполировать на будущее современные темпы развития техногенно-потребительской цивилизации.[252] Формирование экологического сознания предполагает отказ от утилитарно-потребительского отношения к природе и возврат к традиционному ощущению человеком себя как активной, деятельной, но все же части биосферы. Дж. Хендерсен, как психоаналитик часто сталкиваясь с проявлениями «общего психологического наследия человечества», приходит к выводу о необходимости «раскрыть незыблемую ценность старого символа, который - еще столь далекий от какого либо увядания, - ищет возрождения в современной форме»[253].

Возникает вопрос: какой смысл в признании существования непознаваемых рациональным способом аспектов бытия и каким образом это может повлиять на сознание и деятельность человека? Важнейшим аспектом адекватного отношения человека к окружающему миру являются признание непостижимости мира в целом и необходимости наличия соответствующих механизмов «торможения» и «ограничения» рациональной рассудочности и соответствующей деятельности человека. Русский философ С. Франк убеждает в том что, то что признается

---

[252]Алексеев В.П. Становление человечества. М.: «Политиздат», 1984. С. 13-15.
[253]Хандерсен Дж. Вечные символы ./ В кн.:Человек и его символы. СПб.: «Б.С.К».,1996. С. 120.

неопределимым и рационально непостижимым при этом может быть безусловно достоверным и реальным: «Непостижимое по существу […] не лежит где-либо далеко или скрыто от нас. Так как оно совпадает с бытием в его безусловности, то оно, напротив, наличествует во всяком сознании реальности с последней, абсолютной очевидностью […] Все постижимое и познаваемое в понятиях – даже поскольку при том содержания бытия уловлены вполне адекватно – остается все же неадекватным самой реальности»[254].

Речь идет не о количественной, а о качественной ограниченности рационального знания о мире. Соответственно и социальная практика, руководствующаяся только рациональными формулировками является ограниченной и оборачивается упрощением самой реальности с последующим неожиданным и, как правило, деструктивным проявлением игнорируемой сложности природного и социального мира. Это результат недооценки многогранности и сложности общественной жизни, самого человека и его сознания. По этому поводу С.Франк пишет: «Как раз так называемое «нормальное», «трезвое», «обыденное» сознание в известной степени близко к маниакальности, как бы полуманиакально, и что, напротив, кажущееся «романтическим» требование ясного и напряженного сознания широты бытия за пределами уже «известного» и «знакомого» и с практической точки зрения весьма существенно, так как есть необходимое условие подлинно непредвзятого – соответствующего самой реальности – отношения к бытию»[255]. Важнейшим аспектом этого отношения к бытию является не только его рациональное отражение, но и признание реального присутствия и влияния на человека до конца рационально непостижимых явлений. Так, все попытки рационально определить нравственность носят ограниченный характер, но на основании этого нельзя отрицать реальность морали и ограничивать масштабы ее проявления.

Проблема соотношения сфер рационального (нормативного, общего, упорядоченного и т.д.) и иррационального (уникального, единичного, нестандартизированного и т.д.), так или иначе, ставится во всех науках. Тезис о пределах рационального познания качественной (а не количественной) стороны окружающего мира необходимо учитывать и в юридической науке, например при определении предмета и возможностей формально-юридического регулирования общественных отношений. Теоретики права различают стадии правотворчества и реализации права. Обычно нормативное правовое регулирование (правотворчество) определяется как установление обобщенного, неперсонифицированного правила (масштаба, меры) поведения, а реализация права – как воплощение нормы в фактическом поведении отдельных субъектов права. Но С.С. Алексеев не отождествляет индивидуальное регулирование с реализацией права в целом: «Индивидуальное регулирование носит поднормативный характер. Оно производится на основе

---

[254] Франк С.Л. Сочинения. Мн.: «Харвест», М.: АСТ, 2000. С.391.
[255] Там же. С. 279.

юридических норм, в пределах, формах и направлениях, установленных ими. Его задача – главным образом конкретизирующая – урегулировать, решить такие вопросы, которые нецелесообразно, а то и невозможно заранее предусмотреть в юридических нормах»[256]. То есть, если норма права применяется единообразно в стиле «отмерил и отрезал», то такие акты реализации права есть проявление нормативного регулирования. Но в нормах права содержатся оценочные понятия, относительно-определенные санкции, возникает необходимость в восполнении пробелов по аналогии и т.д., что дает возможность субъекту реализации права принимать решение по собственному усмотрению. Сфера нормативного регулирования создает предпосылку и фон социального взаимодействия. Поэтому законность и правопорядок выступают условием достижения социального мира, но не его воплощением. Это было бы также абсурдно, как если бы смысл социальной коммуникации свели к соблюдению внешних правил поведения; мы соблюдаем правила этикета, но не в этом цель и, по словам А.де Сент-Экзюпери, «роскошь человеческого общения».

Сказанное выше позволяет утверждать, что сущностные характеристики человека проявляются в актах именно индивидуального поведения. Иначе, если сводить сущность человека лишь к способности следовать правилам (пусть даже рационально установленным), то не избежать впечатления, которое мы переживаем, когда наблюдаем за пчелиным ульем и сообществом муравьев. «Ознакомившись с жизнью муравьёв и пчёл, невозможно не испытать сильнейшее удивление и замешательство. Здесь наше восхищение поразительной полнотой их организации смешивается со страхом и отвращением перед холодным и неумолимым механизмом последней. Нас ужасает мысль, что и мы можем походить на них!»[257]. Сразу на память приходит характеристика А. Герценом самой прогрессивной общественной организации XIX в. как «человеческого муравейника». Сосредоточием и символом прогресса является мегаполис, и если воспринимать современный мир не только сквозь призму его научно-технических достижений, то придется признать, что в прошлом (ни в азиатской общине, ни в античном полисе, ни в средневековой корпорации) человек не был так унифицирован и обезличен, как в мегаполисе.

Неизбежную нормативность и упорядоченность социального бытия стоит воспринимать как необходимое его условие, а не самоцель. Поэтому возможны две противоположные, но одинаково опасные крайности. С одной стороны рациональное мышление экономиста, политика, юриста может привести к отождествлению предпосылок и условий достижения цели с самой целью, а возвышенное мировоззрение богослова, философа, художника склонно недооценивать тот факт, что человек все-таки «жив и хлебом». В различные периоды истории возникают деформации в ту или иную сторону указанных крайностей. Ясно, что в современную эпоху господства homo

[256] Алексеев С.С. Проблемы теории права. Курс лекций в 2-х томах. Т. 1. Свердловск, СЮИ, 1982. С.165.
[257] Успенский П.Д. О людях, пчелах и муравьях// [Электронный ресурс] / http://gpi-mpei.narod.ru/o_l_p_m.htm

economicus-homo consúmens афоризм древнегреческих мудрецов «Я ем для того, чтобы жить» по сути «перевернулся». Так, А. Швейцер не отрицает, что «наши познания обогатились, а возможности возросли в масштабах, которые ранее вряд ли могли бы считаться мыслимыми». Но при этом лауреат Нобелевской премии констатирует: «Культура, развивающая лишь материальную сторону без соответствующего прогресса духовного, подобна кораблю, который, лишившись рулевого управления, теряет маневренность и неудержимо мчится навстречу катастрофе»[258].

Удивительно, что это состояние общего («фонового») иррационализма мышления и практики проявляется в виде дискретных рационально-научных суждений и актов. Это напоминает известные эксперименты этологов, которые демонстрируют, что инстинктивная программа эффективна в стандартных условиях и оказывается бессмысленной и губительной в изменившейся среде[259]. Эти новые условия могут возникнуть в результате эффективной рационально-научной деятельности, и состояние завороженности и поглощенности её результатами приводит к потере чувства реальности. Так, неизменным фактором человеческого бытия выступает неограниченный ресурс исторического времени (современный человек является лишь звеном в цепи прошлых и будущих поколений), но ограничены природные ресурсы. Поэтому современная экономическая система абсурдна – она инерционно функционирует так, как будто у нее крайне ограниченный ресурс времени и безграничные природные ресурсы. А. Камю утверждал, что у «абсурда больше общего со здравым смыслом», то есть рационализмом, который проявляет себя в отдельных, узких рамках бытия. Мыслители, воспринимающие явления современного окружающего мира в горизонте всего бытия, признают, «что нет ничего ясного, повсюду хаос, что человек способен видеть и познавать лишь окружающие его стены»[260]. Большинство современного общества массового потребления «развлекается» и «отвлекается», лишь бы не видеть эти «стены». Исследователи так пишут о синдроме потребления: «Болезненное, заразное, передающееся внутри общества состояние пресыщения, обремененности долгами, тревоги и опустошенности, которое является результатом упрямой погони за новыми и новыми приобретениями»[261]. Имманентно присущее человеку стремление к неизведанному приняло форму лихорадочного коллекционирования новаций.

Достижения научно-техногенной цивилизации несомненны, как неоспоримо то, что золото – драгоценный металл. Но оно может быть использовано для изготовления клетки, а технические новшества могут повысить комфортность пребывания в казарме. К. Харт предостерегает: «Мы как заложники устроились вполне комфортно: хорошо питаемся, спим на мягких постелях и не

[258]Швейцер А. Культура и этика. М.: «Прогресс», 1973. С. 98.
[259] Так, геометрически точные и уверенные инстинктивные действия пчелы по строительству сот и наполнению их медом становятся бессмысленными, так как соты продырявлены и оказываются пустыми, а личинки гибнут.
[260] Камю А, Бунтующий человек. Философия. Политика, Искусство. М.: Поитиздат, 1990. С.15, 38.
[261] См.:Де Грааф, Дж. Потреблятство: Болезнь, угрожающая миру. Екатеринбург: Ультра.Культура, 2005. С.16-17.

подвергаемся пыткам»[262]. Оказывается, что хаос возможен как беспорядочное смешение «островков» порядка, тотальное однообразие как совокупность одинаково мелких разнообразностей, а идеальной формой стагнации (неподвижности) является суетливое кружение на одном месте. В.С. Степин невольно дал крайне нелицеприятную оценку техногенной цивилизации, когда привел следующее сравнение: «Ценностью считается сама инновация, оригинальность, вообще новое (в известном смысле символом техногенного общества может считаться книга рекордов Гиннеса в отличие, скажем, от семи чудес света …)»[263]. Современная эпоха, несмотря на культ прогресса и новизны, характеризуется замкнутостью горизонта мировосприятия и особой, глубинной статичностью. П. Брюкнер пишет, что «астения принимает обличье спешки и суеты», «как будто все дни слились в один, в вечное сегодня, без прошлого и будущего»[264].

Это состояние возникло в результате «раздувания» (абсолютизации и универсализации) рационализма как лишь одного из аспектов мировосприятия человека и его жизнедеятельности. В словарях слово ratio обычно переводят как «разум», тем самым предлагают не первичное его значение, а приобретенное. Дело в том, что в латинском языке ratio имеет значение «счет, подсчет», соответственно ratiocinator – это «счетовод». Э. Бенвенист обращает внимание на следующий факт: «Цивилизация совсем необязательно должна достичь очень высокого уровня развития, чтобы подобные термины стали необходимыми; даже в культуре сельского типа подсчеты, производимые собственником, являются важным элементом управления»[265]. Можно провести детальное исследование процесса постепенного преобразования этой арифметической операции подсчета в общее рациональное мировоззрение. Пока лишь укажем, что в классическом римском праве слово ratio использовалось в значении довода, причины, основания; например, ratio pertinens – это доказательство, имеющее отношение к данному делу. По-видимому, под влиянием греческой философии слово ratio стало употребляться в более обобщенном значении мотива, цели или смысла того или иного юридического установления. Даже в период расцвета своей деятельности (I-III вв.) римские юристы оставались казуистами, то есть общие определения и правила формулировались в контексте разрешения конкретных юридических ситуаций. Но уже в средние века ratio отождествляется с разумом; так, римское право в целом определяется как ratio scripta – «писанный разум». И в этом вопросе подтверждается тезис Г. Дж. Бермана о том, что «римские юристы болонского университета не были римлянами», и, имея в виду результаты

---

[262] Харт К. Постмодернизм. М.: ФАИР-ПРЕСС, 2006. С.97.
[263] Степин В.С. Теоретическое знание. М.: 1999. С. 13.
[264] Брюкнер П. Вечная эйфория: Эссе о принудительном счастье / Пер. с фр. Н. Малевич. – СПб.: Изд-во Ивана Лимбаха, 2007. С.85, 88.
[265] Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов. М.:Прогресс-Универс, 1995. С.112.

рецепции римского права, заметил: «Одинаковые формулы несли весьма различное содержание»[266].

Если археология латинского слова ratio дает пример того, как термин, имеющий конкретно-прикладной характер, приобретает значение универсального принципа познания, то иная история приключилась с такими концептами древнегреческой философии как θεωρία и ἰδέα.. В современном сознании эти слова вызывают ассоциации с признаками обобщенности, абстрактности, системности и т.д. Сейчас теория – это лишь совокупность обобщённых положений, а идея – основная мысль, которая лежит в основании теоретической системы. Но для грека античной эпохи θεωρία – это, прежде всего, наблюдение и созерцание, а ἰδέα – вид и образ. По словам Гераклита, «мудрость состоит в том, чтобы говорить истину и, прислушиваясь к голосу природы, поступать согласно с ней».[267] Современному человеку трудно уловить первичное значение этих слов, так как он утратил внимание не в смысле дискретного состояния сосредоточенности на чем-либо, а как процесс и таинство «внимания» мира. А.Ф. Лосев, говоря об аутентичном понимании древнегреческой философии, пишет: «Все эти интерпретации исходят из тех или иных новоевропейских метафизических вероучений, совершенно чуждых и античности и Платону»; «давно уже было забыто, что само слово «идея» имеет своим корнем «вид». Идея – то, что *видно* в вещи»[268].

Другим примером рациональной «усушки» первоначально более многообразного и глубокого концепта является термин «техника». Древнегреческое «τέχνη» – это умение, мастерство, искусство, то есть это слово было персоноцентричным, характеризовало не столько само изделие, а творца и его деятельность. Р. Генон объясняет, что в традиционном мировоззрении все виды деятельности рассматривались как исходящие от возвышенных принципов и одновременно как способы приобщения к ним: «Если ремесло есть нечто присущее самому человеку, как бы проявление и продолжение его собственной природы, то легко понять, что оно может служить основанием для посвящения».[269]. М. Хайдеггер пишет: «В начале европейской истории в Греции искусства поднялись до крайней высоты осуществимого в них раскрытия тайны. Они светло являли присутствие богов, диалог божественной и человеческой судьбы. И искусство называлось просто «техне»[270]. В современном же производстве «раб машины, человек сам становится машиной, и в его труде больше нет ничего подлинно человеческого»[271]. Эти «достижения» оправдываются риторикой о непрерывном росте количественных характеристик

---

[266] Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: НОРМА, 19998. С.20, 21. Также см.: Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики: монография. М.: Юрлитинформ, 2012. С.131 и далее.
[267] Досократики. Мн.: «Харвест», 1999. С. 308.
[268] Лосев А.Ф. История античной эстетики. Софисты. Сократ. Платон. М.: «АСТ», 2000. С. 173, 175.
[269] Генон Р. Кризис современного мира. М.: Эксмо, 2008. С.489.
[270] Хайдеггер М. Время и бытие: Статьи и выступления. М.: «Республика», 1993. С.238
[271] Генон А. Указ. соч. С. 491.

жизни человека: «Царящее в современной технике раскрытие потаенного есть производство, ставящее перед природой неслыханное требование быть поставщиком энергии, которую можно было бы добывать и запасать как таковую»[272].

Классический рационализм основан на, казалось бы, бесспорном представлении о существовании объективного мира, который субъект познания непосредственно познает, «схватывает». Этимология русского слова «понятие», как и латинского «conceptus», связана со значением «связывание, схватывание», а устаревшим словом «понява» называлось покрывало. Действительно, рациональное познание осуществляет как бы калькуляцию явлений окружающего мира, «прикрепляет» к ним понятия и «покрывает» весь мир системой категорий и закономерностей. Составленный таким образом план мира провозглашается вполне адекватным и истинным.

Таким образом, исходное значение слова ratio удивительным образом коннотирует с фундаментальными кризисными явлениями настоящего времени. Используя выражение А.Ф. Лосева можно сказать, что бытие сведено, редуцировано к его «рассудочному, логическому, числовому плану»[273]. В эпоху модерна рационально-утилитарное отношение к миру становится господствующим. Начинается непрерывный, соответствующий убыстряющемуся ритму Нового времени, процесс, по словам Ф. Ницше, «подсчета и пересчета ценностей, при каковом перерасчете, конечно, мы сами входим в расчет»[274]. В конце концов, в рационально-секуляризованном сознании стала допустимой постановка вопроса о ценности самого человека, как социального атома, как человека вообще.

В идеологии Просвещения особого рода статичность мышления проявляется в акценте на гносеологических сторонах познания, на его результатах. Недооценивается генетическая связь понятий с тем конкретным материалом¸ в результате исследования которого и возникло обобщение, и зависимость его содержания от самой процедуры, метода познания. Но уже в древних мифах раскрывается следующая закономерность: истина не просто познается, а постепенно воплощается в самом внутреннем состоянии человека, возникающем в процессе трудного движения к ней. Особенно для ученых-гуманитариев важно вернуться к традиционной установке, что познание не только интеллектуально-волевой процесс, но и внутренне-духовный в соответствии с забытым современными интеллектуалами требованием древнегреческих мудрецов – «Живи как учишь». Этот «антигносеологизм» (то есть критика трактовки познания как лишь отражения и «схватывания» истины без соответствующей корреляции своего внутреннего

[272] Хайдеггер М. Указ. соч. С.
[273] Лосев А.Ф. Философия. Мифология. Культура. М.: Политиздат, 1991. С.34
[274]Цит. по: Хайдеггер М. Время и бытие: Статьи и выступления. М.: «Республика», 1993. С. 90.

состояния содержанию истины) возрождается в «философии жизни» и экзистенционализме. С. Кьеркегор утверждал, что истина – «это не то, что ты знаешь, но то, что ты есть».[275].

Осознание ограниченности и опасности лишь рационального отношения к миру и человеку проявляется в обосновании возможности существования наряду с классической иных типов рациональности – неклассической (в т.ч. постнеклассической). Как всегда первые прозрения выражаются слишком категорично – И. Кант провозгласил, что в научных теориях содержится лишь рациональный образ мира, но о самом мире мы достоверно не можем ничего знать. Гениальность И. Канта в том, что он напомнил просветителям слова дельфийского оракула «Познай самого себя», сделал предметом исследования сам метод рационального познания и показал его пределы. Даже такие абстрактные и, казалось бы, очевидные реальности как материя, пространство и время для философа «суть определения не вещей самих по себе, а явлений: каковы вещи сами по себе, я не знаю и мне незачем это знать, потому что вещь никогда не может предстать мне иначе как в явлении[276]». В такой форме И. Кант стремился развенчать излишнюю гносеологическую самоуверенность просветителей, но при этом сам мыслитель был «дитя своего времени» и подтвердил мудрое предостережение – «Когда ты смотришь в бездну, бездна смотрит на тебя». И. Кант оставался философом Просвещения и рассматривал общество в механистическом стиле как некое объединение атомизированных граждан. Вопреки утверждающемуся духу рационально-прагматичной марали, И. Кант стремился восстановить связь человека с неким абсолютом, но при этом трактовал человека односторонне гносеологически как, прежде всего субъекта рационального познания. По сути, жизнь человека трактуется в «перевернутом» виде – якобы, человек вначале познает мир, а уже потом в нем живет. В действительности рациональное отношение к миру формируется как один из важных и необходимых, но все же модусов восприятия мира в непрерывном потоке человеческого бытия. И в своей грандиозной системе абсолютного идеализма Г.В.Ф. Гегель отталкивался от Канта и стремился вернуть человека в сложный и противоречивый процесс непрерывного становления. М. Хайдеггер пишет: «Гегелевская «конструкция» имеет своим двигателем усилие и борьбу за постижение «конкретности» духа»[277]. Раскрывая гегелевское понимание времени, М. Хайдеггер, по сути, ведет речь о традиционном восприятии постижения истины как пути внутреннего преображения: «О происхождении и возможности «идеи» бытия вообще нельзя вести исследование средствами формально-логической «абстракции», т.е. без надежного горизонта вопроса и ответа. Надо искать и *пройти* какой-то *путь* к прояснению онтологического фундаментального вопроса. *Единственный* ли он или вообще *верный* ли, это может быть решено

---

[275]Цит. по: Щитцова Т.В. К истокам экзистенциональной онтологии: Паскаль, Киркегор, Бахтин. Мн.: «Пропилеи», 1999. С.33.
[276] Кант И. Критика чистого разума. М.: Мысль, 1994. С. 205.
[277] Хайдеггер М. Бытие и время / Пер. с нем. В.В. Бибихина. М.: Академический проект, 2013. С. 435.

только *после хода*»[278]. И в вопросах практической философии (мораль, право, семья, гражданское общество, государство) Гегель, по сравнению с Кантом, был скорее консерватором, что предопределило большее влияние на процессы безудержного размывания и разрушения в XIX-XX вв. традиционных ценностей и институтов именно кантианства.

Как добросовестный мыслитель Кант не мог отрицать факт наличия в сознании рационально непознаваемого содержания, например, того же нравственного закона. Несмотря на это признание, он все же осуществил процедуру «конструирования» человека и обосновал беспредельно гуманистический, но в такой же степени абстрактный тезис о рационально осознанном долге как основной пружине нравственного бытия человека. И. Кант обосновывает нормативно-юридический взгляд на общество и человека Ярким примером этой маниакальной склонности к юридизации «всего и вся» является, например, ужасающе примитивное определение брака: «Половое общение – это взаимное использование одним человеком половых органов и половой способности другого … Половое общение по закону есть брак, то есть соединение двух лиц разного пола ради пожизненного обладания половыми свойствами друг друга»[279]. Историки философии приходят к выводу: «Кантианская личность в качестве необходимого условия социализации предполагает европейское право (на основе которого развиваются собственно «права личности») […] В данном случае личность – это нормальный и, подчеркнем, массовый продукт культуры нового времени»[280].

«Законническая этика» И. Канта отражает характерную для западноевропейской правовой культуры значительную юридизацию общественной жизни. Б Рассел даже утверждает, что созданное И. Кантом направление мысли и политической идеологии диалектически привело к Гитлеру: «Стадии и эволюции идей обладали почти свойствами гегелевской диалектики: теории переходили в свои противоположности через такие ступени, каждая из которых казалось естественной»[281]. Так, Кант, обосновывая главенство мужа в семье, назвал женщину «домашним животным», чего себе не позволяли даже римские юристы или мусульманские факихи (правоведы), которые определяли брак как соединение божественного и человеческого начал. Диалектически закономерной реакцией на кантианскую трактовку положения женщины стало возникновение абсурдной идеологии феминизма, с помощью которой обосновывалась не особое, незаменимое и заслуживающее огромного уважения положение женщин в обществе, а их право быть мужчинами. Это стало возможным, так как суть любого вопроса стали отождествлять с его нормативно-юридическим аспектом. Злая «ирония» истории в том, что в своих суждениях об антиномиях И. Кант показал, что рационально-научным методом (а по отношению к обществу и

---

[278] Там же . С. 437.
[279] Кант И. Критика практического разума. С-Пб,.: «Наука», 1995. С.325.)
[280] Розин В.М. Человек культурный. Введение в антропологию. М., Воронеж: «МОДЕК», 2003. С. 102-103.
[281] Рассеел Б. История западной философии. М.: «Мир», 2004. С.772-773.

человеку – рационально юридическими доводами) можно доказать противоположные точки зрения. Трагедии такого рода, как печи Освенцима могли бы предотвратить не общие суждения об осознанном долге, а эмоционально-духовные переживания очевидной дикости таких явлений.

События XX века показали, что цивилизованный, технически оснащенный человек по сравнению с первобытным предком ни на шаг не отступил от опасной черты дикости. В.Н. Топоров отмечает: «На каждом шагу вперед «хаотическое» принимает новый облик и таит в себе новые угрозы»[282]. Поэтому увлечение формулировками общих принципов и начал, которые сами по себе якобы гарантируют состояние «цивилизованности», то есть отдаленности от хаоса (в том числе и социального), является самообманом. Сами условия и содержание антропо- и социогенеза предопределили такую сущностную черту человека как способность живого (непосредственного), а не инстинктивного (автоматического) реагирования на окружающий мир. Эта способность включает в себя две противоположные, но тесно взаимосвязанные установки. Одна установка проявляется в стремлении адекватного, рационально-объектного реагирования на конкретную ситуацию с выявлением причинно-следственных связей. Вторая же установка учитывает тот факт, что положительные результаты решения конкретных задач создают опасность слишком широкой экстраполяции выявленных закономерностей на весь мир с утратой чувства реальности. Эта реальность всегда содержит в себе неожиданные, рационально непостижимые проявления. Поэтому имманентно присущая человеческому сознанию установка предполагает признание рациональной непостижимости окружающего мира.

Было уже указано, что эмоционально-образное восприятие мира всегда первично по отношению к вторичному рационально-научному построению его картины. Может возникнуть вопрос о том, какие эмоциональные переживания подтолкнули автора выше приведенного текста так настойчиво обосновывать пределы рационального познания. Скорее это вызвано российскими событиями 90-х гг., когда облеченные в доктринальные термины и постулаты реформы носили крайне деструктивный характер. Политика наших реформатов с их волевым порывом одномоментно реализовать начала рынка, частной собственности, демократии, очень напоминала инстинктивное поведение, когда ожидаются автоматические результаты, как вознаграждение за правильно совершенные действия. Сциентизм и идеологизированное мышление диалектически могут смыкаться с примитивно-инстинктивным реагированием на окружающий мир.

1.18. Определение науки или «Нет науки, а есть ученые!»

Обычно, раскрывая общее понятие науки, в первую очередь указывают, что наука – это система обобщенных знаний, и далее к этому определению добавляют иные признаки науки – особый вид познавательный деятельности, осуществляется учеными в рамках научных сообществ

[282] Топоров В.Н. Предисловие к кн.: Евзлин М. Космогония и ритуал. М.: «Радикс», 1993. С. 13.

и др.. Но возможно, что организационно-коммуникативный аспект определения науки не является вторичным и производным, а скорее первичным. Так, историки римского права знают, что возникновению общего понятия iurisprudentia (правоведение) предшествовало появление в среде римской аристократии пользующейся огромным авторитетом особой категории людей –iuris prudentes (знатоков права), которые приобрели этот статус в сфере практической деятельности по толкованию обычаев и законов, составлению документов, участию в судебных спорах и т.п. Даже в классический период расцвета римской юриспруденции в I-III вв. не возникла юридическая наука как система обобщенных знаний о праве. Было бы некорректно объяснять это неспособностью к обобщениям; скорее саму попытку облечь столь сложную и многообразную юридическую материю в систему общих понятий и правил римские юристы восприняли бы как некую интеллектуальную игру, причем небезопасную – по известному высказыванию римского юриста I в. Яволена «Следует избегать общих понятий, так как существует опасность их искажения». Римские юристы достигли вершин своего творчества, продолжая воспринимать право как ars – искусство и мастерство. При этом они возвышенно трактовали свою деятельность как основанную на религиозных и философских принципах. Ульпиан писал: «По заслугам нас назвали жрецами, ибо мы заботимся о правосудии, возвещаем понятия доброго и справедливого» (D.1.1.1.1). Слово «догма» по отношению к римской юриспруденции не имеет значение системы понятий и правил, а означает особый метод и стиль мышления. Римская юриспруденция – это диалог обладающих острым умом и широкой эрудицией юристов, который они вели в контексте разрешения конкретных юридических вопросов. Не просто служение некой абстрактной истине, а статус уважаемого члена корпорации юристов выступал основой добросовестности и ответственности. Истоки этой принципиальности в общем преставлении о достоинстве и независимости аристократии. Приведем пример, связанный с именем знаменитого римского юриста Эмилия Папиниана. В 212 г. император Каракалла вступил на престол, убив своего родного брата Гету, и приказал Папиниану перед сенатом оправдать это преступление. Юрист ответил: «Легче совершить убийство, чем его оправдать», и был казнен. Для Папиниана было важнее сохранить свой авторитет принципиального юриста внутри своего сообщества, чем выполнить приказ главы государства.

Появление предпосылок в эпоху Возрождения и возникновение в Новое время науки в современном смысле этого слова недостаточно объяснять уровнем развития техники и необходимостью в систематизации и обобщении накопленного к XVII-XVIII вв. новых фактов естествознания. Возникновение естествознания как науки непосредственно связано с новыми экономическими условиями эпохи Модерна. Вроде бы в античности были все предпосылки (знания, технические навыки, развитые рыночные отношения) для промышленной революции, но была иная ценностно-мотивационная основа мировоззрения. Если вновь вспомнить римское

частное право, то оно, отражая высокий уровень развития товарного производства, не стало буржуазно-рыночным, а древнеримский предприниматель не стал капиталистом. Дело в том, что римско-правовая культура не допускает «расщепления» статуса гражданина и предъявляет к нему единые требования, вступает ли он в публичные или частные отношения. Римское частное право было гражданским, но не коммерческим; по своему духу оно ориентировалась на регулирование имущественных отношений между гражданами-индивидами, социальный статус которых не определялся только их коммерческой деятельностью. Точно также и в исламской средневековой культуре был накоплен большой объем знаний о природе, но они не были выделены в особую сферу научного познания и рассматривались в контексте религиозного мировоззрения. Регулирование развитых товарно-денежных отношений в исламском обществе осуществлялось на основе шариата и соответственно не возникло секуляризованной юридической науки; факихи (мусульманские правоведы) были одновременно и богословами.

Возникновение западноевропейской науки непосредственно связано с невиданным в прошлом масштабом влияния на общественную жизнь особой категории лиц с определенным мировоззрением и специфичным стилем мышления. Речь идет об интеллектуалах. Ж. Ле Гоффом пишет: «Слово интеллектуал обозначало облик с хорошо очерченными границами. Это были школьные учителя, метры. Впервые оно произносится в эпоху раннего средневековья, затем получает распространение в городских школах XII века, а в XIII веке переходит в университеты. Так именуют тех, чьим ремеслом были мышление и преподавание своих мыслей». При этом исследователь отмечает, что «многие античные привнесения в западную культуру были плохо переварены и худо приспособлены»[283]. Г. Гадамер считает, что истинность античного гуманитарного познания недоступна для сознания науки уже Х1Х века: «Эта традиция пришла в упадок и вместе с тем проблема истинности гуманитарного познания подпала под мерки чуждого ей по своей сути методического мышления современной науки»[284]. Французский философ Адо П. посвятил целую книгу доказательству «глубокого различия между тем, чем была philosophia в представлении древних, и тем, чем обычно предстает философия в наши дни»[285]. И историки права обращают внимание на преувеличение степени преемственности и «родственности» античной и западноевропейской правовых культур. Как уже указывалось выше, Г.Дж. Берман, говоря о рецепции римского права в Западной Европе, заметил, что «одинаковые формулы несли весьма различное содержание»[286].

Х. Горфункель очень точно определяет социальные условия зарождения в эпоху Ренессанса светской философии и науки: «Кружки ученых собеседников в городах-коммунах, на вилах

---

[283]Ле Гофф Ж. Интеллектуалы в средние века. М.: Аллегро-Пресс, 1997. С. 3,16.
[284] Гадамер Г. Истина и метод. М.: Прогресс, 1988. С.66.
[285]Адо П. Что такое античная философия? М.: Изд-во гуманитарной литературы, 1999. С. 17.
[286] Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Изд-во МГУ, 1998. С.21.

богатых патрициев, при дворах меценатствующих синьоров становятся средоточием духовной жизни, очагами новой гуманистической культуры. Гуманисты – ученые без ученых степеней и званий, гордые своей, новой образованностью, политические деятели городских коммун, публицисты, поэты, филологи, риторы, дипломаты, педагоги, люди новой среды – определяют и характер новой философии»[287]. Черта полной секуляризации еще не преодолена, но свободно мыслящие гуманисты уже стали выполнять социальный заказ экономически и политически усиливающегося бюргерства; появление в Западной Европе интеллектуалов было следствием зарождения уникальной социально-экономической системы – капиталистической, в которой сформировался неизвестный ранее тип предпринимателя. Уникальность этого типа общества и человека не столько в его невиданных ранее внешних достижениях, а в стиле мышления. М.Вебер так характеризует господствующее мировоззрение этого общества: «Идеал ее – *кредитоспособный* добропорядочный человек, *долг* которого рассматривать приумножение своего капитала как самоцель. Суть дела заключается в том, что здесь проповедуются не просто правила житейского поведения, а излагается своеобразная «этика», отступление от которой рассматривается не только глупость, но и как своего рода нарушение долга»[288].

Раскрывая религиозно-протестантскую энергетику раннего капитализма, М. Вебер использует слово «долг», хотя в дальнейшем начала секуляризма и утилитаризма вытеснили религиозный пафос. Точно также и ученые эпохи Просвещения искренне провозглашали наступление царства Разума, что отражалось в возвышенном стиле научного диалога с требованием бескорыстного служения Истине. Кризис современной науки проявляется в утрате онтологической основы научной деятельности и ее бюрократизации; это ярко проявляется и в современной системе образования. Э. Гуссерль, говоря об исчезновении веры в автономную философию и науку, пишет: «Эта вера утратила свою подлинность и свежесть. И не без причин. Вместо единой философии мы имеем выходящий из берегов, но почти бессвязный поток философской литературы; вместо серьезной полемики противоборствующих теорий, которые в споре обнаруживают свое внутреннее единство, свое согласия в основных убеждениях и непоколебимую веру в истинную философию, мы имеем лишь видимость научных выступлений и видимость критики, одну лишь видимость серьезного философского общения друг с другом и друг для друга. Это менее всего свидетельствует об исполненных сознания ответственности совместных научных занятиях в духе серьезного сотрудничества и нацеленности на объективно значимые результаты»[289].

Это состояние современной науки одно из проявлений «краха» проекта Модерна. Оказалось, что возвышенная риторика эпохи Просвещения является отражением борьбы с церковью и

---

[287]Горфункель А.Х. Философия эпохи возрождения. М.: «Высш. школа», 1980. С.31.
[288] Вебер М. Избр. произведения. М.: Прогресс, 1990. С.73-74.
[289] Гуссерль Э. Картезианские размышления. С.-Пб.: Наука, 1998. С. 54

религиозным мировоззрением в целом. Когда эта борьба завершилась, то обнаружился «осадок» – секуляризованная культура, основанная на достижении небывалой в истории экономической и технической мощи, но при отказе (и за счет отказа) от ориентирующего влияния на социальную практику абсолютных начал бытия. В этой ситуации Постмодерна обладающий нормальным честолюбием ученый и не желающий «плыть по течению» должен сознательно определить свою позицию. Вновь напомним, что культура воспроизводится и в противостоянии «достижениям», казалось бы, объективного и неизбежного прогресса. В последние века реализуется крайне специфичный и в чем-то противоестественный сценарий развития. В истории всегда возникали сложные и противоречивые отношения между представителями различных социальных групп, но они разрешались на основе архетипа, например, в его индоевропейском варианте – для достижения социальной гармонии в обществе должным быть те, кто молится (духовно-интеллектуальная элита), те, кто воюет и правит (государство) и те, кто работает и торгует.

Нарушение этого всегда противоречивого и требующего постоянного воспроизводства баланса и приводила к глубоким кризисам, в основе которых смешение этих начал, что отражается в этимологии русского слова «смута». Р. Генон пишет: «При существующем положении вещей на Западе никто более не занимает места, свойственного ему в соответствии с его внутренней природой». Философ не имеет в виду, что это положение определяется только происхождением и тем более материальным достатком, а оно должно быть выражением «индивидуальной природы человека со всем набором особых предрасположенностей, слитых с этой природой и предопределяющих каждого к выполнению тех или иных обязанностей».[290]. Этот принцип дифференциации не отрицает, а наоборот предполагает высокую социальную мобильность, что должно отразиться, в том числе, и в системе образования и науки[291]. Но современный тип общества сформировался в результате того, что верхушка третьего сословия, образно говоря, «подмяла» под себя все иные социальные группы и навязала всему обществу свою систему ценностей и установок, выдав ее за универсальную. Тот же Р. Генон пишет: «Политика полностью контролируется финансами, и торговая конкуренция оказывает решающее влияние на отношение между народами … Более того, современные люди убеждены, что сегодня только экономические условия предопределяют исторические события, и они даже воображают себе, что так было всегда»[292]. Архетип невозможно уничтожить, но он может проявляться в искаженной форме. Так, все цивилизации сталкиваются с проблемой соотношения духовной и государственной властей, и осуществленное в стиле макиавеллизма отделение политики от религии и морали означало, что заменителем, симулякром духовенства стали идеологи и политтехнологи.

---

[290] Генон Р. Кризис современного мира. М.: Эксмо, 2008ю С.82.

[291] Так, успехи советской науки, кроме всего прочего, объясняются реальной возможностью получить высшее образование при наличии лишь двух факторов – способностей и желания.

[292] Р. Генон. Указ. соч. С. 103.

Это стремление новых «власть имущих» выдать свое специфичное за нечто общее проявилось во внедрении в общественное сознание целой системы универсалий. Достижением этого времени было возникновение теории естественных прав человека, но дело в том, что естественный человек стал пониматься как homo economicus; по словам А. Смита, сущность человека в «склонности к торгу и обмену». Или другой пример: до эпохи модерна не было общего термина «государство». Лишь относительно недавно стали говорить о государстве вообще, когда поведение некоторых индивидов начинают интерпретироваться «как действия мистической сущности, именуемой государством»[293]. Подтверждением обоснованности выше приведенных слов римского юриста Яволена об опасности общих понятий является современный дискурс с его широким и часто утилитарным использованием ссылок на некие абстрактные сущности – права человека, народ, государство, демократия, цивилизованность, общечеловеческие ценности, глобализация и др. Стоит признать, что в этот перечень входит и слово «наука».

Название этого раздела «Нет науки, а есть ученые!» навеяно началом знаменитой «Истории искусства» Э. Гомбриха: «Не существует на самом деле того, что величается искусством. Есть художники… В разные времена и в разных странах это слово обозначало разные вещи и, стало быть, Искусства с заглавной буквы вообще не существует. Это понятие стало теперь то ли фетишем, то ли пугалом»[294]. Искусствоведа тревожит употребление слова «искусство» в обобщенно-абстрактном смысле в качестве некой деперсонифицированной (обезличенной) реальности. В приведенном высказывании чувствуется раздражение, которое вызывают самоуверенные суждения и оценки критиков и экспертов, которые часто, обосновывая свою субъективную точку зрения, апеллируют к «общим местам», в том числе и к науке вообще. Дело в том, что оценочные суждения без субъекта оценки невозможны: «Общеоценочные слова замещают определенный спектр частнооценочных признаков, которые входят в стереотипное представление об объекте»[295]. А это означает, что если оценочное суждение носит обобщенно-научный характер, то и в этом случае «в основе оценки лежит концептуальный мир говорящего»[296]. Упомянутый выше неклассический (и постнеклассический) рационализм предполагает признание, что смысл того или иного утверждения зависит не только от его содержания, но и от контекста произнесения, статусного положения (социальной функции) субъекта утверждения, его целей и возможностей т.п. Иногда полезно исходить из того, что науки *вообще* нет, а есть ученые, которые не находятся в некой нейтрально-универсальной (трансцендентной) позиции по отношению к окружающему миру, а являются его частью и формулируют общие понятия и теории в контексте соответствующего предмета исследования. В

---

[293]Хархордин О. Понятие государства в четырех языках. СПб.: Европейский университет, 2002. С. 158.
[294] Гомбрих Э. История искусства. М.: АСТ, 1998.
[295]Вольф Е.М. Функциональная семантика оценки. М.: «Наука», 1985 С. 64.
[296]Там же. С. 70.

настоящее время наблюдается процесс анонимизации (обезличивания) общественной жизни, когда субъекты социальной коммуникации выступают от имени некой абстрактно-объективной сущности. Так, П. Бурдье, говоря о кризисных явлениях современности, правомерно настаивает: «Мы сталкиваемся с политикой глобализации. (Я говорю именно о “политике глобализации”, а не просто о “глобализации”, как если бы речь шла о естественном процессе)»[297].

Необходимо более внимательно относиться к общим тезисам, которые могут восприниматься как категорические суждения действительности или долженствования, хотя на самом деле являются условными. Так, Е.В. Ушаков, характеризуя особенности научного познания, предварительно обращает внимание на тот факт, что оно осуществляется в процессе специализированной научной деятельности. Поэтому утверждение, что научное познание «нацелено на выявление истинностных характеристик окружающей действительности и дает нам знание о ее объективных связях и закономерностях»[298], условно, то есть является верным по отношению к особому предмету науки. Поясняя это, стоит «прислушаться» к русскому языку, в частности к факту несовпадения значений слов «истина» и «правда». Удивительным образом эти два термина связаны в тесную пару и одновременно, по мнению Ю. С. Степанова, противопоставлены друг другу[299]. Истина является результатом адекватного, рационального отражения в сознании тех или иных сторон окружающего мира. Научную истину можно выразить в четко определенных дефинициях. В толковом словаре Даля разъясняется: «Истина от земли, достояние разума человека, а правда с небес, дар благостыни. Истина относится к уму и разуму; а добро или благо [правда] к любви, нраву и воле». Правда не может быть полностью тождественна истине, теории, понятию. Правда по сравнению с истиной – это всегда более сложный и динамичный концепт, который отражается в сознании, в ментальном мире человека не только виде четких понятий. Ю.С. Степанов пишет, что концепт в отличие от научного понятия включает в себя все, что принадлежит строению понятия, а также и все то, что «делает его фактом культуры – исходная форма (этимология), сжатая до основных признаков содержания история, современные ассоциации и оценки и т.д.»[300]. В юридической науке эта сложная дихотомия Истины и Правды проявляется в проблеме соотношения закона и нравственности. Цицерон в диалоге «Об обязанностях» предостерегал: «Часто возникают несправедливости из некоего крючкотворства и чрезмерно хитростного, но злокозненного истолкования права. Отсюда возникла известная всем поговорка «Высшая законность есть высшее беззаконие» (X, 33). В российском правосознании юридический нигилизм есть деструктивное по форме проявления фундаментальной и вполне обоснованной убежденности в том, что поступать только по закону, еще не значит справедливо.

---

[297] Бурдье П. Заангажированное знание // [Электронный ресурс]/http://magazines.russ.ru/nz/2002/5/burd.htm
[298] Ушаков Е.В. Введение в философию и методологию науки: Учебник. М.: «Экзамен», 2005. С.28.
[299] Степанов Ю. С. Константы: Словарь русской культуры. М.: Академический проект, 2001. С.435.
[300] Там же. С. 43.

Чтобы пояснить сказанное рассмотрим соотношение, с одной стороны, традиционного понятия «благо», и, с другой стороны, относительно недавно вошедшего в употребление термина «ценность». В эпоху модерна была сужена сфера использования привычного слова «благо». По-видимому, объясняется это тем, что слово «благо» не вполне соответствует научному (абстрактному) стилю мышления. Слово «благо» явно ориентирует на конкретного человека, который в результате обладания благом удовлетворяет свои потребности и достигает свои определенные цели. Слово «благо» предполагает не абсолютную, а относительную оценку явления: «То, что для одного человека *благо*, для другого может таковым не быть. Поэтому можно говорить о *моем*, *твоем*, *его благе*…»[301]. Например, выражение «демократия как благо» сразу вызывает желание уточнить – «Для кого демократия является благом?». Но рассуждения о «ценности демократии» уже предполагают признание универсальности и полезности этого политического режима всегда и везде [302]. Существует презумпция, что доводы, в основе которых лежат ссылки на универсальные и объективные (то есть без указания конкретного субъекта познания и оценки) понятия, являются бесспорными. В этом преимущество и комфортность лица, использующего научные понятия и ссылки на общие ценности, так как возникает мнение о его объективности и беспристрастности. Но научные доводы всегда звучат из уст представителя конкретной науки; сущность научного познания и его методология таковы, что науки могут существовать только во множественном числе, и нет пока признаков того, что может сформироваться некая интегративная Наука с заглавной буквой.

Если вернуться к суждению Э. Гомбриха об искусстве, то, возражая ему, можно процитировать слова Леонардо да Винчи – «Где дух не водит рукой художника, там нет искусства». В этом афоризме речь идет о духе, как трансцендентальном начале, которое отражается (мерцает, про-является) в произведениях искусства, но само искусство не становится тождественным этому началу. Речь идет о фундаментальном методологическом требовании, которое предполагает – выявляя органическую взаимосвязь явлений и единство окружающего мира, все же необходимо «различать, а не смешивать». К следованию этому принципу часто призывал замечательный отечественный философ советского периода М.А.Лифшиц: «Существуют три позиции: affirmo – *я утверждаю*, nego – *я отрицаю*, distinguo – и, наконец, *я различаю*. Последнее представляет собой наиболее краткое выражение позиции, близкой к диалектическому требованию конкретности истины»[303]. Установка сознания «различать, а не

---

[301]Шмелев А.Д. Русский язык и внеязыковая действительность. М.: «Языки славянской культуры», 2002. С. 446.

[302] Так, недавние трагические события отечественной и зарубежной истории (90- гг. в России и «арабская весна» 2011 г.) в очередной раз показали, что демократия не всегда благо. Исследуя и давая оценку формы того или иного государства, наряду со статикой, необходимо учитывать и государственно-политическую динамику. Это предполагает признание возможности и даже необходимости (во избежание профанации самой идеи демократии) переходного периода к демократии в виде конструктивного авторитаризма.

[303] Лифшиц Мих. В мире эстетики. М.:Изобраз. Искусство, 1985. С.46.

смешивать» является универсальным принципом, который отражается во всех сферах человеческого бытия – от возвышенно-религиозного опыта (с его острым ощущением нераздельности и одновременно «неслиянности» божественного и человеческого начал) до афоризмов житейской мудрости («Я ем, чтобы жить, а не живу, чтобы есть»).

В целом современная эпоха характеризуется смешением трансцендентного и имманентного, абсолютного и относительного, универсального и особенного, цели и средств и т.п. Речь идет о проблемах, которые невозможно решить раз и навсегда в четких рациональных формулировках. Сократ был не просто остроумным софистом, а мудрецом когда говорил – «Не следуйте ни каким советам, в том числе и этому», тем самым настраивая учеников на встречу с непредсказуемым и неверифицируемым до конца миром. Но в своих знаменитом высказывании «Добродетель есть знание» он скорее выступил в качестве именно софиста, осуществившего подмену понятий. Знание является необходимым условием достижения цели и добродетели, но не самой целью и добродетелью. Так, любовь можно определить как высшую ценность и самоцель. Ясно, что невозможно полюбить человека, не зная его хотя бы отчасти (в познании человек неисчерпаем). Но возникшее чувство любви никак не тождественно тому, что влюбленный знает о предмете своей любви. Поэтому глубокий смысл заложен в простом житейском наблюдении – «Если ты можешь перечислить причины влюбленности в этого человека, то это не любовь». Был высказан упрек в адрес великого Сократа, который, как известно, не оставил письменных трудов. Общепринятым является мнение, что Сократ относится к мыслителям, «которые оказали наибольшее влияние на дух западного мира»[304]. Речь идет о фактическом результате истолкования и развития его суждений. Ф. Ницше пишет: «…Стоит глубокомысленная *мечта и иллюзия*, которая впервые появилась на свет в лице Сократа, – та несокрушимая вера, что мышление, руководимое законом причинности, может проникнуть в глубочайшие бездны бытия и что это мышление не только может познать бытие, но даже и *исправить* его» [305]. Дело в том, что трагический для России XX в. и прошел под знаком этой несокрушимой веры в возможность переделать мир по заранее определенным идеологически-теоретическим проектам.

Прежде чем перейти непосредственно к вопросу определения науки сделаем еще одно методологическое пояснение. Пример соотношения слов «ценность» и «благо», «истина» и «правда» предложен с целью определить контекст исследования общих признаков науки и оценок ее достижений. Использование метода «археологии слов» может вызвать упрек в необоснованном отождествлении этимологии слова с его семантикой. «Прикроемся» авторитетом М. Хайдеггера, который в своем философском творчестве реализовывал установку «охранить *силу*

[304] Скрибек Г., Гилье Н. История философии. М.: ВЛАДОС, 2001. С.76.
[305] Ницше Ф. Рождение трагедии, или Эллинство и пессимизм. М.: АСТ, 2006. С.113.

элементарнейших слов, в каких выговаривает себя присутствие»[306]. Стоит заметить, что российское гуманитарное знание не достигло необходимого уровня самосознания, так как в своих понятиях и научных конструкциях еще не в должной мере погрузилось в мир своего родного языка. Русский язык заметно отличается других европейских языков, и он наша единственно возможная среда самостоятельного, а не «заимствованного» мышления. В.В. Бибихин, в комментарии к переводу отдельных терминов философии М.Хайдеггера, по сути, сформулировал основную задачу отечественной мысли: «… Пусть лучше контекст заставит ожить значение, которое в русском *возможный* есть, но онемело. Так же *свое* и *собственный* пусть расширятся в направлении родного исконного, подлинного, истинного, которое исторически было первым в этих словах, когда настоящее узнавалось как свое, а не наоборот»[307]. Прежде чем активно рецепировать достижения иноземной мысли, необходимо научиться воспринимать слова родного языка, по выражению Г. Башляра, как «раковины, внутри которых слышен шум моря»[308]. Часто к традиционным словам русского языка приклеивают как ярлык значение иностранного термина, тем самым «словам-раковинам» придают однозначный и плоский смысл.

Например, в слове «самодержавие» слышен гул становления России как евразийской державы; в сознании возникает конкретный образ московского князя, который заявляет послам Золотой Орды – «Я сам держу власть». В слове «самодержавие» отражается значение универсального концепта «государственный суверенитет», но с явным акцентом на внешнюю независимость и равноправие в отношениях с другими государствами, единовластие царя необходимо воспринимать в контексте этой внешней функции государства. Речь идет об актуальной и сейчас проблеме обоснования права российского государства на существование. Начавшийся в XVIII веке процесс активного заимствования западноевропейской политико-правовой культуры привел к тому, что многие исконно русские слова получили искаженный и даже противоположный смысл. Например, до Петра I слово «пошлость» в форме глагола «пошлось» и прилагательного «пошлый» имело положительное значение «обычного, старинного». Нечто подобное произошло и с понятием самодержавия, которое было отожествлено с абсолютизмом. Д.А.Хомяков пишет: «Вся суть реформ Петра сводится к одному – замене русского самодержавия – абсолютизмом. Самодержавие, означающее первоначально просто единодержавие, становится после него римско-германским императорством. Власть ради власти, автократия ради самой себя – вот чем Петр и его преемники, а за ним и их современные апологеты, стремились заменить живое народное понятие об органическом строе государства»[309].

---

[306] Хайдеггер М. Бытие и время/ Пер с нем В.В. Бибихина. – М.: Академический проект, 2013. С.220.
[307] Бибихин В.В. Примечания переводчика / в кн.: Хайдеггер М. Бытие и время/ Пер с нем В.В. Бибихина. – М.: Академический проект, 2013. С.445.
[308] Башляр Г. Указ соч. С. 263.
[309] Там же. С.219-220.

Анализ традиционных терминов может выявить соответствие их исконного значения последним выводам ученых в соответствующих сферах исследования. Так, в произведении современника Петра I «Книге о скудости и богатстве» И.Т. Посошкова, жизнь и личность которого показывают не воплотившийся в жизнь вариант становления «доморощенной» русской интеллигенции, еще нет кальки со слова «демократия», то есть «народовластие». Рекомендуя царю постоянно учитывать мнение народа, автор говорит о необходимости «народосоветия». Упрекать И.Т. Посошкова в отсталости его политического сознания неуместно, так как современные политологи пишут о том, что осуществление народом государственной власти невозможно в силу имманентно присущей государству публичности и «аппаратности» его власти[310]. Научный и политический реализм требует признать, что, ценность демократии в процедуре, в наличие легальных и эффективных форм влияния общества на государство. Именно это и имел в виду еще триста лет назад И.Т. Посошков, употребляя слово «народосоветие».

Русский язык характеризуется преобладанием эмоционально-оценочных и конкретно-образных слов. Так, латинское «actio» – это просто действие и в римском праве имело значение способа судебной защиты нарушенного права, тогда в русском языке с тем же смыслом от глагола «искать» произошло слово «иск». Обратим внимание, что этот термин не просто называет данное правовое явление, а раскрывает его содержательные признаки: ищут то, что потеряно (нарушено субъективное право); поиск предполагает целенаправленное действие, осуществляемое в определенной форме. Также в семантике этого слова отражается такой архетип российского правосознания, как признание приоритета не регулятивной, а охранительной функции формального права – ссылка на закон и обращение в суд являются крайними мерами разрешения социального конфликта, когда «потеряны» возможности иных неформальных средств воздействия.

Перечень этих примеров можно продолжить[311], но с учетом сказанного вернемся к интересующему нас вопросу о понятии науки как особом диалоге ученых, который они ведут в контексте своего определенного предмета. Этот специальный (а не универсальный) характер научного познания соотносится с этимологией русского слова «наука», которое возникло в результате соединения приставки «на» с общеславянским корнем «ук» – «учить». Тот факт, что возникновение классической науки тесно связано с методом эксперимента отражается в значении русского слова «навык»; в белорусском языке наука обозначается как «навука». Связь развития науки с процессом приобретения (усложнения, дифференциации) новых экспериментально-познавательных навыков согласуется с трактовкой Т. Куном истории науки как последовательном

---

[310] П. Рикер пишет: «Существует кризис представительной демократии. … исторический опыт свидетельствует о том, что избранники народа стремятся создать некую закрытую среду, становятся политическим классом, в котором народ не узнает сам себя». (Рикёр П. Герменевтика. Этика. Политика. М.: Academia. 1995. С. 110-111).

[311] См.: Насыров Р.В.. Русский язык и архетипы отечественного правосознания (некоторые аспекты соотношения) // Алтайский Вестник государственной и муниципальной службы. - 2013, № 10. - с.80-85

решении соответствующих задач-головоломок: «Завершение проблемы нормального исследования – разработка нового способа предсказания, а она требует решения всевозможных сложных инструментальных, концептуальных и математических задач-головоломок»[312].

Английское слово «science» произошло от латинского scientia – «знание, сведение», которое в свою очередь от глагола scire – «знать». Выявляется общий праиндоевропейский корень английского «science» и русского «знание» – глагол «skei» («разделять, различать»). Признаем, что семантика слова «scientia» абстрактна и неопределенна, так как все виды познания (не только научное, но философское, художественное и даже обыденное) предполагают поиск и приобретение знания. Если все мировоззрение является сложной и динамичной системой различных знаний, то не отражается ли в современном слове science претензия науки на вытеснение из мировоззрения всех иных видов познания?

Сциентисты уверены в том, что наука может познать все, а непознанное лишь временно является таковым, и соответственно все социальные процессы возможно рационально-научно познать и урегулировать. В XIX в. «бунт против науки» наиболее ярко отразился в творчестве двух мыслителей и одновременно (и это важно) художников слова – Ф. Ницше и Ф.М. Достоевского. Критика сциентизма как практически реализуемой в последние века идеи осуществляется в направлении обоснования неустранимого внутри самой науки специального характера ее методологии. Научный стиль мышления «втискивает» все социальные явления в рамки своих понятий, но, образно говоря, круг может быть вписан в квадрат, но все же это фигуры разные. В этой метафоре прямые линии и углы квадрата символизируют метод науки, поэтому попытка приблизиться к форме круга и придать линиям гибкость и кривизну означает выход за границы собственно научного стиля познания. Все творчество Ф.Ницше можно рассматривать как крайне эмоциональное воплощение такого стремления. На пути продвижения к истине наука в целом становится проблемой и «проблема науки не может быть познана на почве науки»; возникает необходимость «взглянуть на науку под углом зрения художника, на искусство же – под углом зрения жизни»[313]. Как указывалось выше, сам человек становится объектом науки, его сущность начинают сводить лишь к одной из сторон его бытия, этого «упрощенного» человека уже можно научно «преобразовывать». Ф. М. Достоевский в уста автора «Записок из подполья» вкладывает следующие слова: «О, скажите, кто это первый объявил, кто первый провозгласил, что человек потому только делает пакости, что не знает настоящих своих интересов; а что, если б его просветить, открыть ему глаза на его настоящие, нормальные интересы, то человек тотчас же перестал бы делать пакости, тотчас же стал бы добрым и благородным, потому что, будучи просвещенным и понимая настоящие свои выгоды, именно увидел бы в добре собственную свою

---

[312] Кун Т. Структура научных революций. М.: АСТ, 2001. С.64-65.

[313]Ницше Ф. Рождение трагедии, или Элинство и пессимизм. Так говорил Заратутстра. Казус Вагнер … М.: «АСТ МОСКАВА», 2006. С.44, 45.

выгоду»(VII). И далее, по отношению к событиям XX в. с его противоположными ожиданиям результатами реализации идеологии Просвещения – пророческий вопрос: «Что такое выгода? Да и берете ли вы на себя совершенно точно определить, в чем именно человеческая выгода состоит?».

Таким образом, возникновению неклассической (и постнеклассической) науки предшествовало отрицание способности ученых с помощью объективно-научных методов адекватно, «до конца» познать человека и общество. Дело в том, что наука – «родное дитя» естествоиспытателей. В основе строго рационалистических суждений Р. Декарта, как одного из творцов методологии классической науки, лежит восторженно-эмоциональное переживание, вызванное достижениями физики и механики Нового времени. В «Правилах для руководства ума» он разъясняет: «Весь метод состоит в порядке и расположении тех вещей, на которые надо обратить взор ума, чтобы найти какую-либо истину. Мы будем строго придерживаться его, если шаг за шагом сведем запутанные и темные положения к более простым, а затем попытаемся, исходя из усмотрения самых простых, подняться по тем же ступеням к познанию всех прочих»[314]. В этом суждении, по сути, описана деятельность естествоиспытателя: вещи изымаются из их естественной среды и в лаборатории подвергаются анализу, то есть расщеплению до простых и очевидных элементов. Даже такие, казалось бы, предельно универсальные научные категории как «субъект» и «объект» познания имплицитно отражают в себе процесс, так или иначе связанный с мыслительными операциями «пред-ставления», «изъятия», «эксперимента» и т.п. Слова «субъект» и «объект» образованы от одного латинского корня *jacio* – «бросать, класть в основание», то есть ученый-субъект нечто выбирает из окружающего мира, превращает этот сегмент или аспект реальности в объект исследования и именно о нем получает адекватное, несомненное знание.

Таким образом, в самом высказывании «наука – источник объективных знаний» слово «объективный» характеризует методологию науки – исследованию явления предшествует его объективация, опредмечивание. Известный российский науковед В.С. Степин удачно сравнил науку с царем Мидасом: «К чему бы он ни прикасался, все обращалось в золото, так и наука, к чему бы она ни прикоснулась, все для нее предмет, который живет, функционирует и развивается по объективным законам».[315] Проблема в том, что словосочетание «объективное знание» стали отождествлять с истинным знанием вообще, как бы «забывая», что открытию этой истины предшествовала субъективно-мыслительная (и возможно ошибочная) операция определения ученым объекта познания.

В отношении человека и общества использование таких терминов, как «объект» или «предмет» должно быть осторожным и ограниченным. В противном случае резко проявится та черта классической научной методологии, которую Г. Башляр определил как «дух упрощения»:

---

[314] Декарт р. Сочинения в 2 т. Т I. М.: Мысль, 1989. С.91.
[315] Степин В. С. Главные отличительные черты науки. / Наука: возможности и границы. М., «Наука», 2003. С. 11.

«По существу научный дух состоит не столько в наблюдении за детерминированностью явлений, сколько в детерминировании явлений, в принятии предосторожностей, чтобы подлежащий определению феномен производился без излишних деформаций».[316] Это означает, что в научном исследовании решающее значение придается тем признакам изучаемого явления, которые возможно «ухватить» научным методом. Само русское слово «понятие» раскрывает этот присущий научному мышлению стиль отношения к исследуемому явлению – древнерусское слово «пояти» означает «схватить», то есть в содержание понятия включаются те признаки явления, которые исследователь смог «ухватить». Но есть опасность, что те признаки, от которых ученый абстрагируется, так как они «ускользают» от прямого рационального «схватывания», и являются сущностными для данного явления. Наука всегда предполагает обобщения, что создает угрозу игнорирования жизненно важного содержания социальных явлений. Поэтому в гуманитарных (социальных) науках выводы и соответствующие рекомендации практике всегда носят общий и потому условный характер. К. Манхейм пишет о классической (механистической) модели мышления: «Целью этой модели является не адекватное понимание качественных особенностей и неповторимых констелляций, но установление наиболее явных закономерностей и принципов упорядочения, связывающих формализованные элементы в их наиболее простой форме»[317].

Человека и общество целесообразнее называть не объектом или предметом, а явлениями. В чем же принципиальное отличие? Г. Башляр пишет: «Явление – это узел отношений. Нет простого начала, простой субстанции – это взаимопереплетение атрибутов. Нет простой идеи, так как простая идея […] должна быть включена (чтобы быть понятой) в сложную систему мысли и опыта».[318] Социальные явления не укладываются в классические представления о научном методе, «поскольку эти явления уникальны и поскольку в основе социальных процессов лежат действия человека, обладающего внутренней активностью, свободой воли».[319] В естествознании встреча с уникальным и доселе неизвестным фактом является результатом неполноты знания о предмете исследования и вызывает необходимость пересмотреть теорию – за уникальным скрывается типичное. Гуманитарий же, в том числе и юрист, всегда должен иметь в виду, что за пределами его предмета исследования есть уникальное, которое отражает специфику самой общественной жизни. Эта установка должна быть принципиальной, ибо стремление охватить «теоретическим оком» всего человека и всю общественную жизнь приводит лишь к упрощению и расщеплению самого исследуемого явления. Разумеется, недопустимо на основании этого отрицать значение теоретического познания в целом. Как пишет С. Булгаков, разум «сам должен знать свои границы,

---

[316]Башляр Г. Новый рационализм. М.: «Прогресс», 1987. С.102.
[317] Манхейм К. Диагноз нашего времени. М.: «Юрист», 1994. С. 27.
[318]Там же. С. 133.
[319]Сачков Ю.В. Научный метод: вопросы и развитие. М.: УРСС, 2003. С. 131.

чтобы не останавливаться там, где он еще может идти на своих ногах»[320]. Но важным является сам факт наличия границ научного познания. Так, судья, будучи знатоком догмы права и применяя норму закона, содержащую оценочные понятия, должен вынести решение на основе внутреннего убеждения, возникновение которого в сознании судьи является результатом не только теоретического отражения юридической и фактической сторон дела. Невозможны адекватные и исчерпывающие научные дефиниции справедливости, гуманизма, цинизма, искреннего раскаяния и т.п.

Еще раз повторим, что указанная ограниченность науки в своих претензиях на познание и определение абсолютных истин и ценностей предполагается самой методикой научного познания, то есть эта ограниченность не может быть преодолена в рамках самой науки. М. Хайдеггер отмечает, что в современной науке «решающее первенство принадлежит способу смотрения, т.е. характеру прослеживающе-устанавливающего подхода, т.е. методу». И далее философ делает вывод, что «теория действительного – обязательно специализированная наука»[321]. Поэтому стремление представителя той или иной гуманитарной науки на раскрытие в своих предметных формулировках содержания абсолютных (высших) ценностей не может быть реализовано. Часто в духе картезианской методологии научная проблема предварительно упрощается и формализуется, а уже затем исследуется и регулируется полученный в результате этой мыслительной операции предмет. С помощью такой познавательной процедуры осуществляется упрощение проблемы до мнимой ясности. Такой стиль познания социальных явлений иногда напоминает поведение персонажа анекдота, который ищет потерянные часы не там, где потерял, а под фонарем – ведь под ним светло. К. Манхейм в связи с этим пишет о классической науке: «…Ёе размеренное спокойствие скрывает именно то, что является проблематичным»[322]. Так, отсутствие в правовой науке необходимого и принципиального акцента на ограниченности возможностей формально-правового регулирования становится основой безграничной юридизации всех сторон общественной жизни и уменьшению роли фундаментальных неправовых регуляторов общественных отношений. Соответственно и само социальное и индивидуальное бытие утрачивает качественное многообразие и приобретает одномерный характер, что характерно, например, для доминирующей в настоящее время культуры массового потребления, которую юридически и «обслуживает» современная концепция естественных прав человека.

Логичным завершением разговора о науке как особом диалоге ученых, который они ведут в контексте своего специального предмета, может стать ссылка на основополагающее понятие современной философии науки – парадигма. Т. Кун в своей известной книге «Структура научных революций» пришел к выводу: «Пристальное историческое исследование данной отрасли науки в

---

[320]Булгаков С. Свет Невечерний: Созерцания и умозрения. М.: ООО «АСТ», 2001. С. 51-52.
[321]Хайдеггер М. Время и бытие: статьи и выступления. М.: «Республика», 1993. С. 246.
[322]Манхейм К. Указ. соч. С. 55.

данное время открывает ряд повторяющихся и типичных (quasi-standart) иллюстраций различных теорий в их концептуальном, исследовательском и инструментальном применении. Они представляют собой парадигмы того или иного научного сообщества, раскрывающиеся в его учебниках, лекциях и лабораторных работах»[323]. Соответственно развитие той или иной науки рассматривается не просто как эволюционное накопление новых знаний, а в виде череды научных революций, приводящих к замене одной парадигмы другой. Науковеды утверждают, что научное сообщество не обезличено и не гомогенно для ученого; «оппонентный круг» всегда присутствует в мышлении ученого как мысленный адресат его идей. Поэтому «объяснение – это не просто дополнение и расширение, но во многих случаях насильственное преодоление смысловой структуры другого»[324]. Причем смена одной парадигмы на другую объясняется целым набором факторов, в том числе и вне-научных. В понятие дисциплинарной матрицы науки Т. Кун предлагает включать и ценности: «Обычно они оказываются принятыми среди различных сообществ более широко, чем символические обобщения и концептуальные модели. И чувство единства в сообществе ученых-естественников возникает во многом именно благодаря общности ценностей»[325].

Необходимо учитывать, что свои выводы Т. Кун сформулировал на основе истории естественных наук, дискурс в которых ориентирован на то, что «истина рождается в споре», но в результате и после дискуссии признается одна истинная теория. Автор пишет: «Есть научные школы, то есть сообщества, которые подходят к одному и тому же предмету с несовместимых точек зрения. Но в науке это бывает значительно реже, чем в других областях человеческой деятельности; такие школы всегда конкурируют между собой, но конкуренция обычно быстро заканчивается. В результате члены научного сообщества считают себя и рассматриваются другими в качестве единственных людей, ответственных за разработку той или иной системы разделяемых ими целей, включая и обучение учеников и последователей»[326].

При этом Т. Кун признает реляционность научных парадигм в диахроническом аспекте, и настойчиво показывает некорректность полного отрицания концепций прошлого. Кстати сказать, для обоснования этого используется категория языка того или иного научного сообщества: «Чтобы понять любую часть науки прошлого, историк сначала доложен освоить язык, на котором писала эта прошлая наука. Попытки перевода на более поздний язык неминуемо закончатся провалом, и процесс изучения языка окажется интерпретативным и герменевтическим»[327]. Для иллюстрации этого тезиса Т. Кун приводит неожиданный и наглядный пример: «Рассмотрим

---

[323] Т. Кун. Указ. соч. С.73.
[324]Аллахвердян А.Г., Мощкова Г.Ю., Юревич А.В., Ярощевский М.Г. Психология науки. М.: Московский психолого-социальный институт, 1998. С. 43.
[325] Т. Кун. Указ. соч. С. 237.
[326] Там же. С 228.
[327] Кун Т. После «Структуры научных революций». М.: АСТ, 2014. С.79.

составное предложение: «В системе Птолемея планеты вращались вокруг Земли; в системе Коперника они вращаются вокруг Солнца». Строго говоря, это предложение является бессвязным. Первое вхождение термина «планета» является птолемеевским, второе – коперниканским, и оба термина применяются к природе по-разному»[328]. Представляя, что солнце вращается вокруг земли, наши предки решали задачи, отличные от предназначения такой науки как астрономия. Бесспорно, что геоцентризм был ошибочным, но нельзя его отождествлять с самим мировоззрением, в котором было множество аспектов и нюансов, не являющихся предметом современной астрономии. А.Ф. Лосев указывал, что «в мифе о Гелиосе нет ровно никакой астрономии, если даже сделать малооправданную гипотезу, что миф этот придуман с целью объяснить постоянство в видимом движении солнца»[329]. Как указывалось выше, рациональное мышление воспринимает мир количественно, и с точки зрения физики и механики, разумеется, Птолемей ошибался, а Коперник оказался прав. Но дело в том, что традиционное мировосприятие носило качественно-содержательный характер, и логично помещало в центр мироздания то, что было качественно более сложным и многообразным. Если в солнечную систему прилетят инопланетяне, то в *центре* их внимания окажется не типичная звезда Солнце, а уникальная планета Земля.

Возвращаясь к вопросу об особом характере социо-гуманитарного познания, укажем, что парадигмы в науках об обществе и человеке плюралистичны и реляционны не только в диахроническом аспекте, но и синхроническом. Если в естествознании истина рождается в споре, то в гуманитарных науках само состояние спора, а точнее диалога представителей различных научных парадигм и является способом не просто определения истины, а ее существования. Рассмотрим этот тезис на примере юридической науки.

1.19. Юридическая наука как диалог

Выше была высказана уже ставшей банальной мысль о том, что стимулом рационально-научного исследования может быть устойчивое эмоциональное переживание и впечатление. Вновь вспомним события отечественной истории конца 80-х – начала 90-х гг., когда на первый взгляд парадоксально, хотя в действительности вполне закономерно критика прежней тоталитарной идеологии сама приобрела безапелляционно-монологический характер. Если использовать категории гегелевской философии, то можно сказать, что смена одной идеологии на другую носила рассудочный, но не разумный характер. Философ пишет о рассудочном мышлении: «Эта смена, таким образом, не есть еще смена самой сути дела; она проявляется скорее как *чистая смена* именно благодаря тому, что содержание моментов смены остается тем же» И далее: «Одноименное, как сила, *разлагается* на противоположность, которая сперва кажется некоторым

[328] Там же. С.22.
[329] Лосев А.Ф. Философия. Мифология, Культура. М.: «Политиздат» , 1991. С. 35.

самостоятельным различием, но, как оказывается на деле, *не есть различие*; ибо отталкивается от самого себя именно *одноименное*, а то, что оттолкнулось, поэтому по существу притягивается, ибо оно есть *то же самое*»[330]. Оказалось, что идеологии социализма и либерализма противоположные, но они воплощают в себе один и тот же стиль мышления и практики с их волюнтаризмом и отношением к обществу как «материалу», который должен приобрести заранее определенное для него состояние.

«Перевернулись» идеологические ориентиры, но пафос и стиль мышления остались прежними. Уместно в связи с этим привести следующее суждение Э. Гуссерля: «Хотя для убеждений вообще характерна лишь относительная устойчивость, и они обладают способностью изменяться (благодаря изменению модуса активности, в том числе и посредством перечеркивания или отрицания, уничтожения их значимости), Я во всех этих изменениях демонстрирует некий неизменный, основанный на тождественном единстве стиль, некий личностный характер»[331] В целом осознание и учет ошибок прошлого процесс двусторонний и должен проявляться не только в новых подходах к решению вопроса «Что делать?», но не менее важен и процессуальный аспект деятельности – «Как делать?». Россия, как правило, «спотыкается» не на проблеме выбора общего пути развития (это определяется потребностями самой жизни), а на вопросе определения форм, методов, темпов достижения цели.

Страна в начале 90-х стояла на пороге сложных реформ, которые требовали учета огромного числа факторов и предполагали перманентное состояние диалога политиков, ученых, практиков, экспертов. Но удивляет отсутствие в этот период реального диалога о стратегии развития страны, тактике и «дорожной карте» проведения реформ. В сфере правовой реформы политический волюнтаризм сопровождался, так называемым, «опережающим законотворчеством». Но, если страна переживает переходный период, то предметом правового регулирования должно выступать не желаемое в будущем состояние тех или иных сфер общественной жизни, а общественные отношения именно переходного типа. Эти отношения определяются резким обострением социальных противоречий, поэтому, по мнению В.В. Сорокина, в переходный период правотворчество должно носить консенсуальный характер, то есть формировать механизм по учету и согласованию интересов всех социальных групп и слоев[332].

История отечественной юридической науки показывает, что та или иная концепция права и соответственно доктринальная основа и методы реализации правовой реформы считаются истинными не в результате равноправного научного диалога, а в силу соответствия программным положениям господствующей в данный момент идеологии. Проблема отечественного

---

[330] Гегель Г.В.Ф. Феноменология духа. М.: Академический проект, 2008. С.145.
[331] Гуссерль Э. Картезианские размышления. С-Пб.: «Наука», «Ювента», 1998. С. 148.
[332] Сорокин В.В. Теория государства и права переходного периода. Учебник. Барнаул: ОАО «Алтайский полиграфический комбинат, 2007. С. 316.

правоведения не в выборе правильной или неправильной теории права, а в отсутствии реального диалога о таком выборе. Частое употребление слова «диалог» не означает, что обосновывается истинность лишь коммуникативной концепции права. Постановка вопроса о диалогической (коммуникативной) трактовке юридической науки перекликается с самим названием монографии И.Л. Честнова «Право как диалог: к формированию новой онтологии правовой реальности». В этой работе право рассматривается как «механизм воспроизводства, функционирующий как диалог между идеальным и материальным его началами»[333]. Но определение права как «диалога между общественными отношениями и нормой»[334] является удачной метафорой проблемы соотношения нормативного и индивидуального регулирования, значимость которой не отрицается представителями и нормативистской школы права.

Представитель коммуникативного подхода к праву А.В. Поляков пишет: «Строго говоря, феноменологически можно выявить только коммуникацию, а право возможно только как эпифеномен коммуникации и только в ее границах и возможностях. Право «как оно есть» есть право как коммуникация»[335]. Данное суждение, прежде всего, нелогично – вначале право объявляется эпифеноменом коммуникации, а затем самой коммуникацией. Кроме того, термин «эпифеномен» крайне неудачен, так как этим словом обозначается побочное явление, сопутствующее другому явлению, но не оказывающее на него никакого влияния. Признавая, что предметом правового регулирования выступает не сам социальный диалог во всем его многообразии и глубине, а лишь его форма, необходимо учитывать, что стиль (метод, способ, тип, режим) воздействия права на общественные отношения должен соответствовать их содержанию. Словосочетание «юридический диалог» предлагается понимать реляционно, то есть в контексте цели в смысле известной фразы Антуана де Сент-Экзюпери – «Единственная известная мне роскошь – это роскошь человеческого общения». По отношению к этой высшей ценности правовая коммуникация не является самоцелью, а условием и предпосылкой общения. Учитывая опасность излишней не только этатизации, но и юридизации общественной жизни, целесообразнее рассматривать позитивное право в качестве аспекта или условия социального диалога, обеспечивающего его форму.

С целью обоснования сказанного приведем пример конституционного права на жизнь. Так, высшей ценностью является человеческая жизнь во всем её многообразии, глубине и непостижимости для рационально-научного анализа. Г.Б. Романовский отмечает, что «жизнь должна рассматриваться правом не только как форма биологического существования, но и как способ самореализации конкретной личности»[336]. Но содержание этого процесса «самореализации

---

[333] Честнов И.Л.. Право как диалог: к формированию новой онтологии правовой реальности. СПб., 2000. С.72.
[334] Там же. С. 69.
[335] Поляков А.В. Нормативность правовой коммуникации // Правоведение, 2011, № 5. С. 30.
[336] Романовкий Г.Б. Гносеология права на жизнь. СПб.: Изд-во «Юр. центр Пресс», 2003. С. 12.

конкретной личности» не является непосредственно предметом правового регулирования. Н.А. Бердяев утверждает: «… Моя индивидуальность неуловима для законов природы и законов общества, не говоря уже о законах государства»[337]. Поэтому формально выраженное и обеспеченное субъективное право на жизнь адекватно отражается в научном юридическом дискурсе лишь как формальное условие и предпосылка реализации этой высшей ценности. Имея в виду формулировку ст. 2 Конституции РФ 1993 г., можно заметить, что спорной является характеристика условия и предпосылки, то есть юридически выраженных и обеспеченных прав и свобод, как высшей ценности. Вновь повторим методологическое требование «различать, а не смешивать». В целом необходимо избегать смешения цели со средством и условием её достижения – личность с индивидом, гуманизм с индивидуализмом, культуру с цивилизованностью (технологичностью), свободу с эмансипацией, социальный мир с формализованным порядком и т.д.

Рассмотрение права как аспекта социального диалога, обеспечивающего его форму (процедуру, ритуал, этикет и т.д.) позволяет выявить собственно юридическую материю. Это не упрощает мышление юриста, но делает его более дифференцированным. К примеру, судья, имеющий право на усмотрение, должен осознавать, что в сложных делах после изучения формальной законности и обоснованности своего решения он должен, не ограничиваясь рамками собственно юриспруденции, войти в сферу живого социального диалога и соблюсти требования справедливости и нравственности.

Так, часто позитивное право определяется, как воплощенная нравственность, или свобода трактуется, как право делать то, что не запрещено законом. Но эти формулировки не раскрывают сущности нравственности и свободы, а лишь юридизируют и в итоге упрощают представление о них. В результате выхода за пределы предмета своей науки, но при сохранении установки на объективацию и формализацию, ученый впадает в состояние «научной возвышенности» и одновременно, по словам Н.Н. Алексеева, «познавательной рассеянности». Русский философ и правовед обосновывает методологическую установку «познавательной сосредоточенности» на одном предмете в отличие от другого: «Когда акт такой концентрации выполнен, и результаты его уже имеются налицо, тогда только мы имеем право ссылаться на «другое», ориентироваться на нем и привлекать его в поле познавательного зрения»[338]. Результатом сохранения определенности предмета юридической науки при решении проблемы, например, соотношения права и морали и явилось известное определение права В.С. Соловьева как «минимума нравственности», то есть как формального условия и предпосылки достижения собственно нравственности. Игнорирование формально-условного характера позитивного права и отождествление непосредственного диалога

[337] Бердяев Н.А. Самопознание: Опыт философской автобиографии. М.: «Мысль», 1990. С. 282.
[338] Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб.: Юридический институт, 1999. С. 53.

с юридической коммуникацией приводит к упрощенным решениям фундаментальных социальных проблем. В результате такого смещения выхолащивается как инструментальная ценность позитивного права, так и абсолютная ценность нравственности. Необходимо признать, что нравственность и закон соотносятся не как идеал и копия, а как цель и средство.

В работах сторонников коммуникативного подхода к праву преобладают ссылки на труды зарубежных социологов и философов с соответствующим набором иностранных научных терминов. Но при этом значительно меньше внимания уделяется работам получившего мировое признание отечественного мыслителя М.М. Бахтина, который обосновал диалогический характер культуры в целом и предмета гуманитарных наук в частности. Диалог возможен только между субъектами, и если автор говорит о диалоге текстов, то он настойчиво требует видеть за ними авторов и воспринимать их как высказывания: «Только высказывание может быть верным (или неверным), истинным, правдивым (ложным), прекрасным, справедливым и т.п.»[339]. М.М. Бахтин так раскрывает особенность гуманитарных наук: «Субъект как таковой не может восприниматься и изучаться как вещь, ибо как субъект он не может, оставаясь субъектом, стать безгласным, следовательно, познание его может быть только диалогическим».[340] Диалогический характер объекта гуманитарных(социальных) наук в юриспруденции проявляется, например, в признании предметом правового регулирования не просто поведения субъектов права, а общественных отношений между ними. М.М. Бахтин признал бы правоту цивилистов в их остроумном суждении, что до появления Пятницы на острове Робинзон Крузо не был собственником используемых им вещей, так как не с кем было вступить в правоотношение и некому было заявить (высказать)– «эта вещь моя!».

Положение о диалогическом характере предмета правового регулирования и соответственно предмета юриспруденции необходимо воспринимать с учетом специального характера любой науки. Это означает, что знания в юридической науке носят условный характер. Термин «условность» необходимо понимать в прямом смысле этого слова – юриспруденция изучает социальные условия и предпосылки индивидуальной и общественной жизни, поэтому эта наука дает адекватные своему предмету суждения о ценностях, имеющих относительный и инструментальный характер. Разумеется, ученый-юрист, находясь в переделах своего предмета и используя методы своей науки, затрагивает и абсолютные ценности, но именно затрагивает, а не раскрывает полностью их сущности. Трактовка юридической науки как диалога предполагает общение, то есть учет и использование достижений представителей иных социальных наук. Социологи призваны создавать адекватное представление о социальной структуре общества, которая, как правило, является более сложной и противоречивой, чем это представляется

[339]Бахтин М.М. Эстетика словесного творчества. М.: Искусство, 1986. С. 318.
[340]Там же. С. 383.

инициаторам очередных социальных реформ. Экономисты обращают внимание на необходимость создания не только социально-ориентированной и справедливой, но и эффективной и сбалансированной экономической системы. Политологи и психологи позволяют раскрывать не всегда очевидные механизмы манипуляции общественным сознанием. Пользующиеся доверием общества выдающиеся представители искусства и литературы указывают на явные проявления пошлости, безвкусицы, порнографии и т.д. в массовой культуре. Философы и богословы удерживают от «суеты сует», опасности сужения горизонта мировосприятия и игнорирования высших ценностей в повседневной социальной практике. Непосредственное назначение юристов, которые являются равноправными участниками этого диалога, в обеспечение формы и процедуры ведения социального диалога. Юрист в диалоге гуманитарных наук прежде всего должен обращать внимание на те стороны обсуждаемой проблемы, которые непосредственно связаны с предметом юриспруденции. Так, если философы, экономисты, социологи предлагают программы социальных реформ и доказывают их необходимость, то юрист, прекрасно понимая, что «дьявол в деталях», должен настойчиво ставить вопрос: «Как, в какой форме будут осуществляться эти преобразования?». Пока, к сожалению, российские правоведы часто ведут себя как политики и идеологи, а не как принципиальные блюстители формы и процедуры социального диалога.

Так, решая проблему соотношения теории права и философии права важно учитывать методологическое требование «различать, а не смешивать». Возникает вопрос о характере диалога правоведов и философов, который нельзя решить простым переносом философских категорий в юриспруденцию. В основе профессиограммы юриста лежит знание нормативного текста и механизма его реализации; это определяет основу юридического образования и соответственно предполагает наличие юридического по своему содержанию предмета «Теория права». Как первый уровень юридического образования, теория права необходима юристу, реализующему уже существующий нормативный текст с соблюдением общего (но не абсолютного) требования недопустимости в процессе правоприменения постановки вопроса о целесообразности самого закона. Разумеется, юрист может и (в исключительных случаях) должен принимать решение не на основе противоречивой или откровенно аморальной нормы позитивного права, а непосредственно исходя из требований справедливости и нравственности. Но сама сущность позитивного права предполагает, что такие случаи должны быть исключительными. В идеале у правоприменителя должна быть уверенность в том, что назначение закона и его соответствие началам нравственности и справедливости реализуется через общеобязательность норм права, формальное равенство, неотвратимость юридической ответственности и т.д. Поэтому для подготовки юриста необходим пропедевтический общетеоретический курс, в рамках которого право раскрывается как особый регулятор общественных отношений, имеющий свои формальные признаки и специфичный механизм реализации. Речь идет не просто об учебной дисциплине, а именно о

науке теории права, которую С.С. Алексеев характеризует как аналитическую юриспруденцию. Это «отрасль специальных знаний, изучающая в практических целях законодательство, юридические нормы, права и обязанности, ответственность, другие правовые явления под углом зрения присущей им логики, систематики, юридических черт, связей и соотношений, юридической техники и аналитики»[341].

Ясно, что предмет философии права в силу принципа идеологического многообразия не может быть столь определенным и зависимым от действующего позитивного права. По содержанию философия права должна быть более плюралистичной и выступать в качестве квинтесенции философской мысли о праве, свободе, справедливости. Целесообразнее трактовать философию права не как «заменитель» теории права, а в качестве логического продолжения курсов «История философии» и «История учений о государстве и праве». К моменту завершения юридического образования, будущий юрист, овладевший догмой позитивного права, в самой юриспруденции как целостной системе знаний обнаруживает внутреннюю логику, осознать и определить которую и помогает философия права. Философия права – это второй уровень изучения правовой действительности. Философия права готовит юриста, овладевшего уже догмой права, в качестве потенциального субъекта законотворчества и судейского усмотрения. Философия права, во-первых, очерчивает границы юриспруденции и соответственно позитивного права, его возможности и пределы, и, во-вторых, определяет характер влияния на позитивное право универсальных ценностей (нравственность, справедливость, гуманизм и иные). Философия права готовит юриста к деятельности в «пограничных ситуациях», когда на его решение должны непосредственно влиять не только юридические, но и философские, мировоззренческие и иные (неюридические) факторы. Несомненная взаимосвязь этих факторов не означает, что они идентичны. Поэтому философия права не может заменить или включить в себя как часть теорию права. Г. Радбрух однозначно утверждает: «Философия права – часть философии»[342]. Соответственно теория права – часть юриспруденции.

Многие проблемы юридической науки могут быть решены, если учитывать взаимосвязь двух вопросов: «Что такое право?» и «Что является предметом юриспруденции?» Несомненно, что ответ на первый вопрос непосредственно влияет на определение предмета юридической науки. Но не всегда учитывается, что эта связь носит двусторонний характер: понимание предмета науки предопределяет особый взгляд на изучаемый многообразный объект. Если обратить внимание на коммуникативный аспект научной деятельности и признать, что та или иная наука – это диалог об особом предмете с соответствующим набором участников, то необходимо учитывать фактор аудитории и из многочисленных значений термина «право» использовать наиболее уместное в

[341]Алексеев С.С. Теория права. М.: Изд-во «БЕК», 1995. С. 1-2.
[342] Радбрух Г. Указ. соч.. С. 11.

данном контексте. Речь идет не о релятивизме, а о методологическом принципе реляционности – смысл того или иного утверждения определяется не только его содержанием¸ но и контекстом произнесения.

Вопрос «Какое значение имеет слово «право»?» известный представитель аналитической философии XX в. Дж. Остин назвал бы методологически некорректным, так как считал: «Говорить, что слово или выражение «имеет значение», означает предполагать, что существуют «наделенные значением» предложения, в которых они могут быть употреблены. Знать же значение, которым обладает слово или фраза, означает знать значение предложений, в которых они употребляются»[343]. Так, С.С. Алексеев, говоря о многозначности термина «право», указывает: «Он довольно широко употребляется, так сказать, в «неюридическом» смысле (например, при указании на моральные права, права члена общественной организации)»[344]. Право – это многообразный в своем проявлении социальный институт, и дискурс о праве осуществляется не в каком-то нейтральном социальном пространстве, а в определенном его сегменте. Часто в дискуссии о сущности права приходится напоминать правоведам, что адресатом их рассуждений по этому вопросу выступают не философы или социологи, а, прежде всего, будущие или уже практикующие юристы. Если вспомнить известное высказывание И. Канта о том, что юристы ищут свое определение права, то необходимо признать, что притязание юристов на «свое» понимание права вполне обоснованно. Поэтому заслуживает внимания предложение о следовании методологическому и процедурному требованию проведения научных исследований о праве – указывать на то, в каком, юридическом или неюридическом, смысле употребляется это понятие[345].

При этом не игнорируется, что инструментальная ценность позитивного права предполагает, что понять его сущность исходя из самого права невозможно; правоведы не могут не выходить за пределы собственно юридической материи. Но весь вопрос в том, на каком этапе научного исследования и с какой целью ученый-юрист учитывает философские, социологические, политологические и иные аспекты функционирования права. В отличие от других гуманитариев правовед не может абстрагироваться от таких характеристик права как формальная определенность, общеобязательность, нормативность, связь с государством и иных. В противном случае он перестает быть юристом, а становится философом, социологом и т.д.

Трактовка юридической науки как диалога позволит сделать более конструктивной неизбежную для научного дискурса полемику. Так, существование огромного числа подходов к определению права объясняется тем, что в основу трактовки права можно положить тот или иной элемент правовой системы общества. Нормативисты рассматривают право сквозь призму

---

[343] Остин Дж. Три способа пролить чернила: Философские работы. Спб.: «Алетейя», 2006. С.77.
[344] Алексеев С.С.Собрание сочинений. В 10 т. Том 3: Проблемы теории права: Курс лекций. – М.: Статут, 2010. с. 30.
[345] Пьянов Н.А. Государственное регулирование как самостоятельная научная проблема / Журнал российского права. 2012, №5. С.61-62.

правовых текстов, сторонники «широкого» понимания права через категорию правовой деятельности, а представители естественно-правовой или «исторической» школ права определяют право через соответственно универсальное или национальное правосознания. И в каждой концепции есть своя истина и не стоит преувеличивать их антагонизм. Теории различаются скорее акцентами и стремлением обосновать первичность того правового явления, которое взято за отправную точку в определении права в целом. Поэтому, по словам О.Э. Лейста, «любое понимание права столь же верно, столь и уязвимо»[346].

Вновь повторим, что диалогичность социальных наук и необходимость одновременного существования нескольких научных парадигм соответствует сложности объекта исследования. Примирить теории нормативизма и «широкого» понимания права возможно через признание неоднородности самого предмета правового регулирования. Условно можно различать сферы, с одной стороны, «нормативного (полицейского) права», а с другой - «судейского права». В «нормативном праве» преобладают начала целесообразности и эффективности. Так, при определении санкций за нецензурную брань или распитие спиртных напитков в общественных местах допускается установление фиксированных размеров штрафа, и при реализации «полицейских норм» важен сам факт правонарушения; нетипичной является постановка вопроса об учете принципов справедливости и гуманизма при реализации этих запретов. «Нормативное право» исходит из нормативного текста («буквы закона») и обеспечивает элементарный общественный порядок подобно тому, как в межличностном общении люди формально соблюдают элементарные правила этикета. Разумеется, и в сфере «нормативного права» могут возникать сложные и нетипичные ситуации, что и предполагает наличие процессуальных форм перевода таких дел в сферу «судейского права».

«Судейское право» связано с разрешением сложных юридических казусов, с применением норм, предполагающих суровые санкции или содержащих оценочные понятия – жестокость, цинизм, долг, забота, честь, достоинство, деловая репутация и другие. Реализация этих норм требует «вживания» в конкретную ситуацию; эксперт и субъект правоприменения должны проявлять себя не только в качестве юристов, но и носителей общих (мировоззренческих, философских, религиозных) знаний и обладать соответствующим жизненным опытом. Сложность этой задачи и объясняет наличие института народных заседателей или коллегии присяжных. Как утверждают сторонники «широкого» понимания права, в таких правовых ситуациях нормативный текст становится лишь «шифром» («ключом»), помогающим войти в эту жизненную ситуацию и закрепляющим право на судейское усмотрение.

Но сказанное в отношении «судейского права» не приводит к «размыванию» такого основополагающего признака права как формальная определенность. Право не должно утрачивать

[346] Лейст О.Э.. Три концепции права / Советское государство и право. 1991, № 12. С.8.

своего качества формализованного, институцианализированного явления общественной жизни ни в сфере «нормативного», ни в сфере «судейского» права. Но при этом целесообразно выделять две формы институционализации права - «нормативный текст» и, условно говоря, «корпорация экспертов». Формальная определенность права может обеспечиваться не только с помощью письменных официальных текстов, но и самим принудительными процедурами разрешения социальных конфликтов и, самое главное, выделением особой, «корпорации экспертов», которая призвана обеспечивать разрешение эти конфликтов. Возможность выделения двух указанных способов институционализации права в целом соответствует трактовке социального бытия как объективно противоречивого (амбивалентного), что предполагает при исследовании социальных явлений и институтов использовать парные категории. В связи с этим представляет интерес рассмотрение Н.А. Власенко и Т.Н. Назаренко права как единства определенности и неопределенности: «Специфика так называемой парности обусловлена их общностью как объективных свойств права, в силу чего эти начала права тяготеют и предполагают друг друга, одновременно находясь в противостоянии, взаимном «отталкивании»[347]. Особенно важна точная характеристика судебного усмотрения как «средства перехода от правовой неопределенности к правовой определенности»[348].

Признание парных категорий «определенность - неопределенность» не означает, что и масштабы их проявления одинаковы. Все же в позитивном праве «нормативный текст» как способ институционализации права занимает доминирующее положение. Даже в Великобритании – стране классического «судейского права» для значительной части населения «слово «закон» означает не суды и судей, а полицию».[349] В этой сфере позитивного права аспекты формально-нормативный и конкретно-содержательный по сути совпадают и не выходят за рамки «юридической материи». В этом способе институционализации права важна роль законодателя, воплощающего принципы права на стадии правотворчества. Так, низкие штрафы за нарушения правил дорожного движения приводят к массовым правонарушениям в этой сфере и тем самым фактически не реализуется принцип законности. А законодательно определенный низкий размер детского пособия не соответствует началам справедливости и гуманизма. Хотя сам по себе значительный размер штрафа или пособия не гарантируют реализацию указанных принципов в этой сфере общественной жизни, а являются лишь одним из условий их реализации.

В сфере «судейского права» собственно юридический характер имеет вопрос соблюдения установленной законом процедуры. Содержательное разрешение конфликта предполагает выход судьи за рамки собственно юриспруденции и непосредственно-конкретное (а не только формально-нормативное) следование универсальным принципам справедливости, свободы,

---

[347] Власенко Н.А., Т.Н. Назаренко. Неопределенность в праве: понятие и формы //Государство и право, 2007, № 6. С.5.
[348] Там же. С.12.
[349] Сампсон А. Новая анатомия Британии. М.: «Прогресс», 1975. С.291.

милосердия и др. Право на судейское усмотрение основывается на доверии общества к «корпорации» судей, но, разумеется, может порождать отдельные случаи произвола и несправедливости. Но не меньшим источником этих зол может стать «юридицизм» с его стремлением нормативно определить меру нравственности и справедливости для всех правовых ситуаций, в том числе входящих в сферу «судейского права». В связи с этим интересным является исследование А.Н. Кокотова, посвященное соотношению в праве доверия и недоверия. Обосновывается, что доверие граждан к органам правосудия является важнейшим условием их надлежащего функционирования[350].

Если говорить о сосуществовании нескольких юридических парадигм не только в процессе законотворчества и правоприменения, а в более широких рамках переживаемого обществом этапа развития, то возникает проблема – диалог не означает, что одновременно должны звучать несколько голосов. Кому «давать слово» в первую очередь в этой дискуссии о сущности права, на какую теорию ориентировать в целом правовую политику? Ответ на этот вопрос содержится в следующих суждениях Н.Н. Тарасова: «Не существует механизмов гарантированного отбора юридической практикой среди конкурирующих научных положений наиболее обоснованных и состоятельных. Какие из теорий действительно востребуются практикой, во многом зависит от состояния самой практики, от общей социокультурной ситуации»[351]. В большинстве современных исследований принято критиковать нормативистский подход к праву. Но одновременно с этим констатируется отсутствие элементарного правопорядка и уважения к формальным правилам поведения, то есть тех начал правовой системы, акцент на которые делает именно юридический позитивизм (нормативизм). Российское правосознание характеризуется обостренным чувством справедливости и нравственности, но при этом проявляется дефицит юридического сознания, уважения к форме и процедуре.

М.М. Бахтин предостерегал: «Не может быть и речи об эклектике: слияние всех направлений в одно единственное было бы смертельно науке […] Чем больше размежевания, тем лучше, но размежевания благожелательного. Без драк на меже»[352]. В связи с тем, что в юридической науке как диалоге должны звучать голоса представителей различных концепций, интегративную теорию права стоит воспринимать не как завершенное теоретическое построение, а в смысле состояния постоянно возобновляемого дискурса о праве с учетом потребностей юридической практики и соответствующего этапа развития общества. Мудрым является предостережение О.Э. Лейста, который отрицал, что общее понятие права должно быть синтезом, суммой, соединением трех основных концепций: «Наоборот, каждое из них необходимый противовес другим, что не дает

---

[350] См.: Кокотов А.Н. Доверие. Недоверие. Право. М.: Юрист, 2004. С. 185-187.
[351] Тарасов Н.Н. Методологические проблемы современного правоведения: Автореферат дисс. … доктора юридических наук. Екатеринбург, 2002. С.9.
[352] Бахтин М.М. Указ. соч. С.360.

впасть в крайность, уйти за пределы права к беззаконию и произволу. Суть в том, что между крайними точками зрения трех концепций находится не истина, а сложнейшее явление – право»[353]. Поэтому истинное представление о праве не просто рождается в споре, а постоянный диалог об этом социальном явлении и институте представителей различных точек зрения и является условием адекватного восприятия, оценки его эффективности и реализуемости права без игнорирования философско-нравственных и формально-юридических аспектов функционирования правовой системы общества.

Таким образом, в предложенной трактовке юридической науки обращено внимание, во-первых, на значимость общения ученых-юристов с представителями других наук и, во вторых, на необходимость постоянного диалога правоведов внутри своего юридического сообщества. И важно признать, что содержание дискурса ученых-юристов не возникает внутри самой юридической науки, а определяется потребностями юридической практики. Поэтому, наряду с указанными двумя ракурсами юридической науки как особой коммуникации, необходимо должное внимание уделить третьему, а точнее первичному аспекту – диалогу правоведов с юристами-практиками. Речь пойдет об обосновании прикладного характера юридической науки.

1.20. Юриспруденция – наука прикладная

Проявлением тактичности ученого в исследовании и оценке фактов истории является способность видеть в недопустимых и даже жестоких обычаях прошлого проявление универсальных установок и принципов. Так. в античном полисе Локры действовало правило: «Каждый локриец, предлагавший введение нового закона, являлся в народное собрание с веревкой, обернутой вокруг его шеи, и если новый закон был отвергнут, веревку немедленно затягивали на шее нововводителя»[354]. Ясно, что инициатор принятия нового закона, желая сохранить свою жизнь, прежде чем официально внести законопроект в народное собрание, должен был провести широкомасштабную разъяснительную работу среди горожан и убедится в их поддержке. В древних Афинах автор законопроекта также мог быть привлечен к уголовной ответственности (вплоть до сметной казни), если заранее не предупреждал, что он предлагает нечто противоречащее существующим законам[355]. Эти примеры являются иллюстрацией характерной для всех традиционных культур установки, выраженной в Библии в известном афоризме о «благих намерениях» или в правиле житейской мудрости «Возможное лучшее – враг хорошего существующего».

---

[353] Лейст О.Э. Указ. соч. С.8.
[354] Гиббон Э. История упадка и разрушения Великой Римской империи: Закат и падение Римской империи: в 7 т. Т.5 М.: ТЕРРА, 1997. С.19.
[355] Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права. М., ,Юрист, 1995. С.67.

Вполне возможно, что в законопроекте отражены благие цели и закреплены бесспорно истинные идеи и принципы. Но есть сферы деятельности, в которых истинность суждения определяется не только этими факторами, а действует логическое правило – «условие необходимое, но не достаточное». Выше было указано на различия в предмете и методе естественных и гуманитарных наук; в этом разделе речь пойдет о важности для ученых-юристов и законодателей учитывать деление наук на фундаментальные и прикладные. Еще Аристотель ввел различие знания теоретического (новое знание является самоцелью) и практического (знание используются с целью достижения определенного результата). Философ разъясняет: «О точных и самодостаточных науках, например о правописании, не может быть решения, ибо мы не сомневаемся, как следует писать, но о том, что зависит от нас и не всегда бывает одинаково, мы принимаем решения, например о том, что связано с искусством врачевания …»[356]. На первый взгляд может возникнуть сомнение в уместности этой цитаты из «Никомаховой этики» для иллюстрации деления наук на фундаментальные и прикладные; язык и письмо – средство общения, но мы надеемся, что филологи не устанавливают, а открывают правила грамматики и синтаксиса, соответствующие духу данного языка. Проще было бы сослаться на соотношение таких наук как физика и мостостроение или химия и фармацевтика. Ключевым в суждении Аристотеля является слово «решение» – в фундаментальных исследованиях законы открываются, а в прикладных науках закономерности устанавливаются, «принимаются решения» о нормативах, требованиях и т.п.

Важно уяснить различие этих двух видов научных исследований. Фундаментальные науки характеризуются тем, что получение объективных знаний об окружающем мире является единственной и конечной целью, если даже новое знание не имеет практического значения и применения. Тогда как прикладные науки призваны не просто познавать, но и влиять на объект с определенной практической целью. Сразу оговоримся, что и фундаментальные и прикладные науки носят теоретический характер, то есть являются системой обобщенных знаний и воплощаются в понятиях, принципах, закономерностях и т.д. Характерная черта юридического стиля мышления в том, что общие рассуждения уместны и приобретают ценность в контексте юридической практики, разрешения конкретных ситуаций. Теоретики права и конституционалисты, как представители доктринального правосознания, даже в рассуждениях о самых предельных вопросах правовой науки (сущность права, его ценность, принципы и др.) должны оставаться носителями юридического стиля мышления. Фундаментальные исследования используются прикладными науками, но лишь те достижения и в том случае, если это даст непосредственный положительный результат. Как указывает Мамчур Е.А., «для прикладных исследований и технологий полученное в чистых исследованиях знание является средством для

[356] Аристотель. Сочинения: в 4-х т. Т, 4. М.: Мысль, 1984. С. 102.

достижения их основной цели»[357]. Идеологи реформ в праве часто игнорируют следующее принципиальное положение: истинность фундаментальных знаний, используемых в прикладных науках, не гарантирует истинности и результативности прикладных разработок. А любое средство может быть использовано как во благо, так и во зло. Разработанные в философии права идеи и принципы нравственности, свободы, справедливости и иные должны воплощаться в законах, и эти законы становятся элементом механизма правового регулирования. Ссылки на указанные принципы могут быть элементом как правовой, так и антиправовой практики. Источником зла становятся не эти возвышенные идеи и принципы, а практика их реализации. Недооценка этой опасности и возникает в случае смешения права с идеологией и игнорирования прикладного характера юриспруденции.

В системе гуманитарного знания важно учитывать принцип реляционности; характеристика науки как фундаментальной или прикладной является относительным. Вновь сошлемся на вопрос о соотношении философии права и теории права. В контексте всей юриспруденции теория права рассматривается как фундаментальная и общеметодологическая наука, а для философа теория права практическая и прикладная наука. Хотя внутри философии право и соответственно философия права рассматриваются как проявления практического разума. Недооценка принципа реляционности и приводит к спорным утверждениям о возможности замены теории права философией права.

Исходная характеристика юриспруденции как науки прикладной соответствует трактовке права как особого социального института. Толчком к возникновению этой общей установки является не только логика самого научного дискурса, но и состояние отечественной юридической науки. Российская правовая наука, представленная в многочисленных трудах ученых-юристов, характеризуется стремлением обосновать и исчерпать все возможные концепции того или иного правового явления. В целом это многообразие соответствует методологическому требованию всестороннего изучения предмета науки. Но установка на предельную теоретизацию в российской правовой науке удивительным образом сочетается с низкой эффективностью самой юридической практики; во многих своих теоретических построениях юридическая наука как бы автономна и следует собственной логике развития. Нередко основным доводом в обосновании той или иной концепции служит убеждение в принципиальной возможности данной научной конструкции: «Эта концепция допустима, так как она может быть «вообще» и выражена научным языком». В качестве иллюстрации искусственных теоретических построений О.В. Мартышин приводит классификацию функций права вплоть до функций отдельной нормы права и иронизирует:

[357] Мамчур Е.А. Два лика науки / Науковедение, 2003, № 20 (?). С.125.

«Представляется, что можно пойти еще дальше и в рамках функций нормы права говорить о функциях гипотезы, диспозиции и санкции»[358].

Из примеров производства в отечественном правоведении нового знания ради самого знания можно привести концепцию позитивной юридической ответственности. Существование поощрительных норм и то, что правомерному поведению предшествует определенное внутренне отношение к будущему деянию, является несомненным. Но означает ли это, что оправданно, наряду с негативной (ретроспективной), выделять «равноправную» позитивную (перспективную) юридическую ответственность? Н.С. Малеин обоснованно пишет: «Юридическая наука должна оставаться на уровне обобщений правового порядка, полезных для права. С этой точки зрения ответственность юридическая и всякая иная – различные понятия. Моральную ответственность нельзя отождествлять с юридической. Ответственность как внутреннее состояние индивида, «чувство» – суть категории сознания, правосознания, но не собственно права»[359]. Концепция позитивной юридической ответственности обосновывается использованием трактовок ответственности в философии, социологии, психологии. Но попав в сферу права общее понятие социальной ответственности должно приобрести соответствующее юридическое содержание, отражающее свойства права как особого регулятора общественных отношений. Право нормативно и общеобязательно; если признается принцип неотвратимости юридической ответственности, то соответственно на каждый акт правомерного поведения должна быть положительная реакция, и было бы логично к основным (регулятивной и охранительной) добавить и поощрительную функцию права. Однако ясно, что реализации этой функции, как присущей праву в целом, привела бы к еще большей юридизации и этатизации общественной жизни.

Право по своей сути (генетически и функционально) связано с предотвращением и разрешением социальных конфликтов; для права более естественна реакция на правонарушение, а не на правомерное поведение. Искусственность концепции позитивной юридической ответственности предопределена тем, что в общей массе юридических предписаний поощрительные нормы составляют явное меньшинство. Основанием негативной юридической ответственности является правонарушение с соответствующим составом. Если признается существование позитивной юридической ответственности, тогда придется дать развернутое описание состава правомерного поведения с анализом всех его элементов – субъекта, объекта, объективной и субъективной сторон. В целом это возможно сделать, рассуждения о составе правомерного деяния будут наукообразными, но ценность такого текста будет не очень высока,

---

[358] Мартышин О.В. Основные проблемы теории государства и права и истории политических и правовых учений / Труды МГЮА. Сб. ст. 2001, № 7. С.18.

[359] Малеин Н.С. Правонарушение: Понятие, причины, ответственность. М.: Юрид. лит., 1985. С.133. В целом с.130-134 этой монографии являются примером определения собственно юридической материи и обоснования недопустимости смешения права с иными социальными явлениями.

так как ситуация столь детального анализа правомерного поступка в практике является исключительной.

Как известно, предмет науки необходимо отличать от объекта исследования. Предмет науки является результатом дифференциации научного познания и особого, специфичного взгляда представителя данной науки на изучаемый объект. Обычно указывают на то, что предмет науки, как нечто первичное, предопределяет и соответствующий метод. Но В.С. Нерсесянц следующим образом обосновывает дуализм объектов и единство предмета науки «Общая теория права и государства»: «Хотя юридическая наука и изучает два объекта (право и государство), однако она, как и всякая наука, имеет и вообще может иметь лишь один предмет. Это означает, что два фактически разных объекта (право и государство) исследуются и познаются в рамках и с позиций юридической науки»[360]. По сути, правовед исходит из характерного для неклассической методологии тезиса – предмет науки определяется методом, то есть «что» исследует ученый определяется тем «как» он исследует[361]. Характерно, что в переводе с древнегреческого слово «метод» означает «путь», то есть ученый, выбирая тот или иной метод, определяет и направление своего исследования и входит в соответствующий сегмент социальной реальности.

Именно формально-юридический метод позволяет признавать юриспруденцию наукой со своим предметом. Этот метод требует рассматривать право как особый социальный институт, обеспечивающий форму общественных отношений. Если, например, конституционалист исследует партийную или избирательную системы страны, то его интересует, прежде всего, соответствующее законодательство, официальные процедуры, судебная практика и т.д.; для него важна не эффективность методов политической деятельности, а их законность. Политолог, изучая формы и приемы политической борьбы, может дать ценный материал правоведу для разработки соответствующих юридических механизмов, которые предотвращают злоупотребления правами и свободами в политической сфере. Поэтому возможно и даже необходимо обращаться к достижениям и методологии иных социальных наук (политологии, юридической социологии, психологии и т.п.), но это должно делаться в контексте основной цели работы и не приводить к утрате юридического характера всего исследования.

Предмет общей теории права В.М.Сырых определил так: с одной стороны, выделена правовая надстройка (нормы права, правоотношения, система права, правосознание), а с другой – иные социальные явления, которые связаны с правовой надстройкой, то есть собственно правом[362]. Если не отличать социальные явления, составляющие саму юридическую материю, от

---

[360] Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов. Под общ. ред. В.С.Нерсенянца. М.: НОРМА-ИНФРА, 1999. С.4.

[361] Для иллюстрации этой взаимоопределяемости предмета и метода можно привести следующий пример: ребенку, имеющему склонность к научному познанию окружающего мира, можно подарить или телескоп или микроскоп. Этим выбором прибора и метода познания предопределяется предмет его интереса и исследования.

[362] Логические основания общей теории права: В 2 т. Т.1. Элементный состав. М.: «Юстицинформ», 2000. С.35.

иных социальных явлений, которые влияют на функционирование права, то происходит размывание предмета юриспруденции. Речь идет не о сужении кругозора и формализации мышления ученого-юриста, а о методологической установке «различать, а не смешивать». Это касается вопроса и общего определения права.

Многообразие подходов к праву соответствует сложности самой юридической практики. Но этот факт не является основанием для признания самых разнообразных и сверхоригинальных концепций права. Эти концепции должны не просто иметь какое-то отношение к праву, а носить именно юридический характер. «Симптомом» утраты юридического характера той или иной концепции права и «выхода» правоведа из юриспруденции в сферу иной гуманитарной науки является отрицание или пренебрежение такими признаками права как институциональность, формальная определенность, официальный характер, реализуемость и иные. Так, термин «источник права» употребляется во множестве смыслов – материальном, историческом, идеологическом, доктринальном, информационном и т.п. Но, признавая это многообразие значений, никогда нельзя забывать о многочисленной корпорации юристов-практиков, для которых источник права – это, прежде всего, источник юридической нормы, ссылка на которую и делает его акт реализации права нормативно и официально обоснованным.

Где же критерий сохранения собственно юридического предмета исследования? Ответ содержится в римской классической юриспруденции – обобщения допустимы как результат разрешения схожих юридических ситуаций. Павел настаивал: «Не на основании общего правила устанавливаются правомочия, а на основании правомочий создаются правила» (D.50.17.1). В целом римские юристы настороженно относились к обобщенным терминам и определениям. Находясь в гуще общественной жизни, римские юристы осознавали, что ссылки на общие понятия и принципы могут носить конъюнктурный и субъективный характер. Многие теоретические положения современной теории права восходят к римскому праву, но формулировались они в контексте разрешения конкретных правовых ситуаций. Поэтому для адекватного понимания этих правовых конструкций важно учитывать практический контекст их возникновения. Так, утверждение о том, что по отношению к носителю абсолютного права «каждый и всякий» является обязанным лицом, на первый взгляд, кажется абстрактным и лишенным практического значения. Но деление правоотношений на абсолютные и относительные содержалось в самом различении римскими юристами actio ad rem и actio ad personam. В вещных исках потенциально истцом в суде (например, за нарушение права собственности) могло стать любое лицо, а в персональных исках ответчиками могут быть определенные лица (например, перед покупателем обязанным лицом выступает продавец).

И в истории российского законодательства был период, когда оно непосредственно и естественно «вырастало» из юридической практики. В допетровское время в приказах велись

«указные книги», в которые записывались дела, вызывавшие сложности в разрешении из-за пробелов или противоречий в действующем законодательстве. Эти вопросы объединялись в «статейных списках», которые подавались, как правило, в челобитный приказ, что, по сути, было своеобразной формой законодательной инициативы. Так, например, важнейшим источником Соборного Уложения 1649 года стали «указные книги» приказов. Возможно, что по содержанию и требованиям юридической техники принимаемые акты не были образцовыми, но речь идет о позитивном алгоритме законотворчества – нормативно-правовые акты обобщают материал, накопленный в сфере юридической практики и являются «нормативной» реакцией на ее реальные запросы и тенденции развития. Такой позитивный стиль правотворчества отражается в самой этимологии русских юридических терминов «свод» и «уложение» – «сводить» и «укладывать» то, что накоплено. Тогда как иностранный термин «кодекс» не столь этимологически глубок и динамичен; в латинском языке слово «codex» первоначально имело значение «бревно», а затем «книга», то есть семантика этого термина статична и способствует возникновению установки просто копировать уже готовый текст, книгу.

В начале XVIII в. была прервана традиция составления и принятия систематизированных актов (судебников и уложений) по мере накопления материала в административной и судебной практике. М.Ф. Владимирский-Буданов пишет: «Кодификация XVIII в. существенно отличается от московской тем, что в XVIII в. законодатель требовал не только сведения в кодекс местного законодательного материала¸ но в основном образования нового кодекса по образцу западноевропейских»[363] Трудно не признать, что такой стиль законотворчества сохранился до настоящего времени. Так, по-видимому, одной из причин упорного нежелания хотя бы начать обсуждение вопроса о систематизации предпринимательского (хозяйственного) права является тот факт, что при разработке проекта предпринимательского кодекса трудно использовать уже привычный метод компиляции соответствующих иностранных кодексов. Специфика этой комплексной отрасли права предполагает, что законодатель должен внимательно изучить практику общих и арбитражных судов, провести исследование «теневого права» в этой сфере и не просто учесть своеобразие предпринимательства в России, но разработать именно российский вариант кодекса. Такой стиль кодификации в нашей стране пока еще не сложился.

Относительно недавнее возникновение в XIX в. теоретической юриспруденции можно считать прогрессом права, если сохраняется установка на то, что обобщения в теории права возникают как реакция на потребности юридической практики. Точно также и сам факт существования корпорации ученых-юристов является лишь следствием наличия сообщества юристов-практиков. Рискуя быть обвиненным в узком нормативизме, все же осмелюсь утверждать, что в основе юридической онтологии лежит определение права как формального

[363] Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Ростов-на-Дону, «Феникс», 1995. С.176.

регулятора типичных социальных ситуаций. Распространенность «широких» трактовок права среди ученых-юристов можно объяснить не только бесспорным фактом взаимодействия позитивного права с иными социальными институтами и явлениями, но и психологией научного труда. Правовед погружен в нормативное и формальное, и именно поэтому иногда допускает недооценку этих сущностных характеристик позитивного права, подобно тому, как при внимательном вглядывании часто не замечают фон зрительного восприятия. Кроме того, всегда значительно больший интерес вызывает сложное и нетипичное. Исходя из правила «со стороны виднее» правоведам целесообразно учитывать восприятие позитивного права представителями иных социальных наук. Так, известный французский социолог П. Бурдье связывает назначение права с необходимостью кодификации и формализации общественной жизни: «Формальное право обеспечивает прежде всего безупречную замещаемость агентов, отвечающих, как говорится, за «вершение правосудия», то есть за применение кодифицированных правил в соответствии с кодифицированными правилами»[364].

Тот факт, что нормативность и формальная определенность являются сущностными характеристиками права подтверждается тем, что к особому и исключительному (в идеале) виду правового поведения относят злоупотребление правом, когда субъект формально не нарушает нормы права и действует в пределах своего субъективного права, но использует его с первичной целью нанести вред другим лицам. Злоупотребление правом нельзя признать особой разновидностью правомерного поведения, так как оно не обладает признаком социальной допустимости и является девиантным поведением. Но злоупотребление правом нельзя однозначно отнести и к правонарушению, так как отсутствует формальный признак противоправности; возможно лишь сослаться на нормы законы, закрепляющие общие принципы права. Так, ст.10 ГК РФ не устанавливает правила поведения, а скорее провозглашает: «Не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом)». То, что право по своей сути стремится к четкой нормативности, проявляется, например, в критике цивилистами статьи 169 ГК РФ, которая, как и ст.10 ГК РФ, не формулирует правила поведения, а закрепляет лишь общую установку: «Сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка и нравственности, ничтожна». По мнению К. Скловского, «если поведение лица регулируется установленными законом или договором правами и обязанностями, то дополнительное применение к этому регулированию норм о (не) добросовестности недопустимо».[365] Этот пример призван показать, что юристы-практики терпимо относятся к общим формулировкам, которые

[364]Бурдье П. Начала. Choses dites: М.: «Socio-Logos», 1994. С. 130.
[365] Скловский К. К вопросу о применении понятий добросовестности и нравственности.// Хозяйство и право. 2005, № 8. С. 144.

закрепляются в подразделе «Основные положения» ГК, но считают их неуместными в подразделах ГК, регулирующих отдельные виды правоотношений. Ссылки на общие принципы права воспринимаются как исключение из правила.

Кроме восприятия права как институционального явления, формально-юридическому методу присуще признание условного характера права. Это означает, что юридический стиль мышления допускает широкое использование понятий, носящих условный и прикладной характер. Своеобразие юридического мышления заключается в том, что правовые явления выделяются не только по своим объективным социальным и иным признакам, но и в силу того, что они признаны таковыми в законе или судебной практике. Так, определение правонарушения включает в себя как формально-юридические, так и социологические признаки. Если деяние, считавшееся ранее социально-вредным и признававшееся проступком, приобрело общественно-опасный характер, то это деяние юридически становится преступлением только после введения соответствующего состава в УК. Или другой пример: в суде de facto доказана виновность подсудимого в совершении тяжкого преступления, но адвокат не доказал невиновность лица, а обосновал нарушение процессуальных требований оформления доказательств. И суд выносит оправдательный приговор, хотя у всех участников судебного заседания сохранилась убежденность, что подсудимый виновен, но de jure он таковым не является. Этот пример у обывателей, кроме удивления и усмешки в адрес юристов-формалистов, вызывает еще и возмущение по причине незнания специфики юридической материи.

Еще Аристотель заметил: «Не всякая наука есть доказывающая наука […] Есть не только наука, но также и некоторое начало науки, посредством которого нам становятся известными термины»[366]. Что является началом юриспруденции как науки, и каким образом это начало предопределяет специфику юридических понятий? Часто таким началом называют идеи и принципы нравственности и справедливости. Но ссылки на эти начала всегда делаются уже в рамках существующего права и представлений о нем; кроме того у юриспруденции нет монополии на определение и реализацию этих высших ценностей. Скорее это непосредственный предмет размышлений богословов и философов, выводами которых и пользуются юристы для нравственного оправдания юридических предписаний и предотвращения забвения этих принципов в процессе своей специфичной юридической деятельности. Сказанное опять же подтверждается историей римской юриспруденции.

Первые юристы в Др. Риме появились в лоне практической деятельности – respondere, cavere, agere, то есть консультаций, составления документов, участия в процессе и т.д.[367] Будучи

---

[366] II Аналитика, 1,3.

[367] Историки римского права утверждают, что юридическая деятельность еще до возникновения светской юриспруденции проявлялась в некоторых функциях жрецов-понтификов. Но эти функции проявлялись не в общих

представителями аристократии, юристы были людьми образованными и, как правило, являлись поклонниками той или иной древнегреческой школы философов; в своей практической деятельности они стали использовать эти знания с целью смягчения формализма и консерватизма древнего римского права. Поэтому и возникли ссылки на идеи справедливости и нравственности, что нашло отражение в известном определении права Цельса «Ius est ars boni et aeqa». Но обратим внимание, что перевод слова «ars» как «наука» есть явная модернизация, так как речь в этом афоризме идет о праве как «искусстве или мастерстве определять, что хорошо и справедливо». Это означает, что в праве и юриспруденции принципы нравственности и справедливости исследуются не сами по себе, а в контексте практической деятельности. То, что юридическая практика предшествует общему понятию права, отражается в следующих суждениях Ульпиана: «Право получило свое название от «правосудия» (iustitia)». «Правосудие есть неизменная и постоянная воля предоставлять каждому его право» (D.1.1.1,10)[368] Примечательно, что значение слова «iustitia» как «справедливость» в латинском языке является не первоначальным, а приобретенным в процессе судопроизводства. Э. Бенвенист утверждает, что термин «ius» произошел от глагола «iurare» – произносить клятву[369].

Таким образом, сказанное позволяет определить начало права и юриспруденции как требование соблюдать установленную форму – ритуал, процедуру, обряд. Религия является истоком права в том смысле, что первоначально эти ритуалы носили сакральный характер. Обычно указывается, что характерной чертой примитивного права является формализм – достижение последствий связывается со строгим совершением соответствующих обрядов, и прогресс в праве связывается с преодолением этого формализма и содержательным разрешением юридических ситуаций. Но при этом развитие права не устранило формализм в юридической деятельности (что особенно остро ощущают и современные юристы практики), а смягчило и секуляризировало юридические обряды. Подавляющее большинство правовых вопросов и сейчас разрешаются на основе признаваемого и в классическом римском праве принципа законности - «Dura lex sed lex» - «Закон суров, но это закон» или «Nemo supra lex» - «Закон превыше всего». Позитивным в развитии права было не упразднение формализма как такого, а признание возможности возникновения сложных и нетипичных правовых ситуациях, когда возникает вопрос о соблюдении не только «буквы закона», но и «духа закона». Но, при определении меры справедливости ad hoc – для данного случая, формально-официальный характер права проявляется в самом статусе субъекта судейского усмотрения и особой процедуре его совершения.

рассуждениях о нравственности и справедливости, а в составлении судебного календаря, исковых формул и т.д. (См.: Покровский И.А. История римского права. СПб.: «Летний сад», 1998. С.43-44).

[368] Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М.: Зерцало, 1997. С.157,159.

[369] Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов: М.: «Прогресс», 1995. С 306.

Теорию права И.А.Ильин называет законоведением: «Оно имеет общий характер потому, что излагает основные выводы многих, главных юридических наук, останавливаясь на том, что важно для всякого юриста, и опуская то, что имеет более специальный интерес»[370]. Русский философ и правовед обращает внимание на определенность и официальный характер предмета этой науки, содержащей «основные сведения о тех обязательных правилах поведения (нормах), которые устанавливаются уполномоченными и потому авторитетными людьми»[371]. Исходя из этого, логичным является вывод о признании предмета не просто науки «Теория права», а науки «Теория российского права». Если в российском учебнике по теории права в качестве вида правонарушения без соответствующих оговорок выделяется уголовный проступок, то речь идет о грубой ошибке, так как это противоречит действующему российскому законодательству. В теме «Источники (формы) права» особое внимание уделяется нормативно-правовому акту, а при характеристике системы права и законодательства дается общее понятие отрасли права. Но эти научные конструкции теории российского права можно считать универсальными с большими оговорками и лишь в рамках романо-германской правовой традиции. Обоснованным в юриспруденции признается то, что соответствует не только реальному бытию, но и формализованным нормам права. Социолог может доказать общественную опасность данного вида деяния, но юрист не назовет это деяние преступлением до тех пор, пока соответствующий состав не будет включен в уголовный закон. Сам факт, что в теории права к правомерному относится конформистское и даже маргинальное поведение, свидетельствует о формально-условном характере юридического взаимодействия.

Еще один пример особого характера предмета юриспруденции и ее научных конструкций. Формально-опосредованный характер юридической коммуникации проявляется в том, что в структуру правоотношения включаются его участники, субъекты права, тогда как философское понятие общественного отношения исходит из того, что это социальная связь между людьми. В.Н. Протасов пишет: «Видимо, особый взгляд на правоотношение, отличающееся от общефилософского понимания отношения, обусловлен объективной потребностью правовой теории именно в такой теоретической конструкции»[372]. Но речь идет не просто о сформулированной учеными удобной научной конструкции, а о специфике юридического взаимодействия, в которое человек вступает не всем своим существом, а лишь в аспекте соответствующего юридического статуса. Неслучайно римские юристы для обозначения субъекта права использовали слово «persona», которое первоначально имело значения «маска». Субъекты права, образно говоря, играют определенные «юридические роли», и именно в этом смысле являются элементом структуры правоотношения. В философии и психологии различают

[370]Ильин И.А. Теория права и государства. М.: Зерцало», 2003. С. 64.
[371]Там же.
[372] Протасов В.Н. Правоотношение как система. М.: «Юридическая литература», 1991. С.43.

«аутентичное Я» и персону, то есть индивида как он представляется другим. Личность как "аутентичное Я" характеризуется высоким уровнем самосознания и свободным, без внешнего воздействия следованием определенным ценностям и принципам. Поэтому Сенека, как философ, был прав, когда утверждал, что "мысль о преступлении уже преступление". Но юристы в рамках своей профессиональной и научной деятельности не могут следовать словам Сенеки, так как правонарушением может быть только деяние, и анализ субъективной стороны (вина, мотив, цель) осуществляется в контексте квалификации внешнего акта поведения. Эта специфика предмета правового регулирования и соответственно предмета правовой науки отражается в юридических определениях и терминах.

Речь идет не об игнорировании или недооценке фундаментальных ценностей в правоведении и юридическом образовании, а о необходимости восприятия универсальных начал нравственности и справедливости сквозь призму позитивного права и его возможностей. Любой человек способен воспринимать красоту, но если он решил стать художником, то он должен овладеть особой техникой живописи. Точно также любой социализированный субъект несет в себе представления о нравственности и справедливости, но если он решил стать юристом, то он должен освоить особый механизм проявления указанных начал в правовом сегменте социального бытия. Подобно тому, как художник не может называть произведения искусства единственным воплощением красоты (она проявляется в природе, в обыденных вещах и т.д.), точно также и юрист не должен считать, что право является единственным воплощением и гарантом нравственности и справедливости. Да, необходимо опасаться сужения горизонта восприятия права, но широта мышления не означает его неопределенности и размытости.

Необходимо исходить из методологического требования – каждому общетеоретическому юридическому понятию должно соответствовать проблемное поле конкретных и типичных правовых ситуаций. Поэтому юридическую науку в коммуникативном аспекте можно трактовать как диалог с участием не только правоведов, но и юристов-практиков. Категориальный аппарат общей теории права должен соответствовать реально существующему предмету правового регулирования. Когда это требование не учитывается, могут возникать концепции, носящие скорее не юридический, а философский, социологический и иной характер, то есть выходящие за пределы предмета собственно юриспруденции. Даже общая теория права как система обобщенных знаний возникла в рамках юриспруденции, которая в целом является наукой прикладной. И теория права не может покинуть лоно, породившей её юридической деятельности. Не отрицая фундаментальный характер теории права, не стоит забывать, что исторически и функционально эта наука производна от практической юриспруденции. Забвение этого факта и приводит к характерному для российской правовой науки производству нового знания без четкого обоснования его практической ценности. Различные научные направления и школы в

юридической науке ценны не сами по себе, а в качестве представителей соответствующих юристов-практиков, деятельность которых в отдельных сегментах правовой системы учеными-юристами подвергается обобщению. Преградой для возникновения бесчисленного числа концепций права может быть требование указать на конкретные и при этом типичные юридические ситуации и проблемы, которые обобщает данная концепция права.

Прикладной характер юридической науки означает, что ученые-юристы в своих концепциях не просто адекватно отражают правовую реальность, а предлагают научные конструкции исправления ее негативных проявлений. Важнейшей причиной возникновения «голого законотворчества» может быть сама юридическая наука, если не осознается ее практически-прикладной характер. Признаем, что в России часто законопроекты зарабатываются как некие научно-идеологические трактаты. В качестве курьезного примера можно привести отклоненный Президентом РФ письмом от 11 февраля 1999 г. законопроект «О бирже и биржевой деятельности», который содержал описательный материал, взятый из элементарных учебников по экономике[373]. Еще в 1990 г. К.Д. Лубенченко употребилудачную метафору - «безработные законы». Было бы логично предположить, что причиной этой «безработности» законов является их качество и, прежде всего, несоответствие реальным общественным условиям. Но у автора «перевернутая логика» – такие «безработные законы» оцениваются как «саженцы», то есть положительно, а социальные условия, отторгающие эти законы, называются «бесплодной почвой»[374]. Речь идет о тесно связанных между собой явлениях – юридическом волюнтаризме и идеализме, негативное влияние которых на российскую правовую культуру убедительно показал Н.И. Матузов в своей известной статье: «В условиях возникшей у нас еще в период «перестройки» правовой эйфории у многих сложилось убеждение, что достаточно принять хорошие, умные законы, как все сложнейшие и острейшие проблемы общества будут решены»[375].

Наблюдается дефицит очевидной установки, что законы не могут быть признаны качественными в момент их принятия и введения в действие, а их объективная и позитивная оценка возможна лишь после того как они реализованы и дали ожидаемый результат. В связи с этим давно обосновывается необходимость установления конституционной ответственности законодателя за качество принимаемых законов. Но пока дискуссионным остается вопрос о существовании вообще такого вида особой юридической ответственности. Поэтому в качестве первого шага стоит принять предложение В.П. Казимирчука включать в наименовании закона

---

[373] См.: Концепция стабильности закона. М.: «Проспект», 2000. С.174.
[374] См.: Известия. 1990, 25 апреля.
[375] Матузов Н.И. Правовой нигилизм и правовой идеализм как две стороны «одной медали» // Правоведение, 1994, №2. С. 12.

фамилии авторов законопроекта[376]. Этим позитивная (внутренняя) ответственность разработчиков законопроекта будет стимулироваться воздействием на их политическое и научное честолюбие.

Для исправления, «выпрямления» описанной выше деформации в российском законотворчестве целесообразно в юридической науке сменить акценты в общепринятых научных теориях. Речь идет о эвристически ценной научной конструкции механизма правового регулирования как «взятой в единстве системы правовых средств, при помощи которой обеспечивается результативное правовое воздействие на общественные отношения»[377]. Норма права, возникающая в результате правотворчества, является одним из элементов механизма правового регулирования. Категория «механизм правового регулирования» является не первичным, а производным и подчиненным по отношению к более широкому понятию и соответствующему социальному явлению – правовому регулированию как процессу упорядочения, стабилизации и обеспечения развития общественных отношений. Ценность любого механизма во внешнем проявлении и воздействии на соответствующий объект. Очевидно, что начало процесса функционирования в целом механизма правового регулирования нельзя отождествлять с созданием одного из его элементов – нормы права. Возникновение нормы права и даже правоотношений не является еще правовым регулированием, а подготовкой к нему. Так, В.Б. Исаков точно заметил, что «итог конституционного процесса на десять процентов зависит от Конституции и на девяносто – от практики её реализации»[378]. Для создания доктринальной предпосылки преодоления или хотя бы минимизации практики «голого законотворчества» стоит признать, что правовое регулирование – это то, что в современной российской теории права называют третьей стадией правового регулирования, то есть реализация права.

В заключение этого раздела укажем, что в богословии или философии оправданно как самоцель сохранение чистоты идеи и принципов веры. И в юриспруденции есть основополагающие идеи и принципы, но прикладной характер этой науки предполагает признание критерием истинности юридических норм также их реализуемость и эффективность «здесь и сейчас». Так, правовед может быть преданным сторонником демократии, хранить верность её идеалам, но при этом разрабатывать и реализовывать конституционно-правовые конструкции авторитарного государственного режима, как переходного этапа от тоталитаризма к демократии. Но часто российские правоведы, игнорируя реалии переживаемого обществом этапа развития, разрабатывают законопроекты как некие научно-идеологические трактаты. При этом в самой общественной жизни происходит профанация тех идей и принципов, которые так безоглядно и поспешно стремились реализовать их сторонники.

---

[376] См.: Концепция стабильности закона. М.: «Проспект», 2000. С.173.

[377] Алексеев С.С. Общая теория права. В 2-х тт. Т. 2. М.: Юрид. лит. 1982. С.9.

[378] Исаков В.Б. Конституция как фактор социальных изменений // М.: Центр конституционных исследований Московского общественного научного фонда, 1999. С. 41.

1.21. О проявлениях начал синхронии и диахронии в истории юридической науки

Название курса «История юридической науки» ставит вопрос об определении хронологических и пространственных рамок предмета исследования и обучения. Этот вопрос, на первый взгляд, можно решить просто, сославшись на общие выводы историков науки. Подобно тому, как естествознание первоначально было частью натурфилософии, точно так же и общие представления о праве длительный период излагались в богословских и философских трудах. Наука, как система обобщенных и целостных знаний об определенном предмете, возникла лишь в Новое время (XVI-XVII вв.)[379]; собственно юридическая наука сформировалась еще позже – в XIX в. в русле юридического позитивизма. Поэтому, казалось бы, логично выделить вводную тему, например, под названием «В преддверии юридической науки», охватывающую период развития представлений о праве до XIX в как времени формирования лишь предпосылок юридической науки, а основной объем курса посвятить истории юридической науки, уже дифференцированной от философии и иных социальных наук. Этот тезис спровоцирует вполне справедливое возражение – многообразная и сложная история права втискивается в упрощенную схему. Подобная структура курса означает, что речь в нем пойдет о предпосылках западноевропейской юридической науки (римское право и его рецепция, средневековая схоластика и иные), а представления о праве в других правовых системах невольно будут восприниматься как лишь достигшие состояние «преднауки». Такой подход приемлем для стран западной правовой культуры, для которых юридическая наука является аутентичной, продуктом собственного производства. Важно, чтобы при этом особенное и уникальное не преподносилось как универсальное. В диалоге цивилизаций это может привести к недоразумениям, когда одна сторона выдает свой, образно говоря, «квадрат» за единственную симметричную фигуру и воспринимает все остальные фигуры (шестигранник, овал, круг) как неправильный или даже уродливый «квадрат». Возникает вопрос об обоснованности выделения такого императивного признака развитой правовой культуры как наличие юридической науки в виде особого, дифференцированного знания, которое возникает как следствие определенного уровня юридизации общественной жизни. Синха Сурия Пракаш считает, что формальное право стало главным принципом жизни именно западной цивилизации[380]. Поводом для таких утверждений является тот факт, что под лозунгом внедрения универсальных принципов и идей, сформулированных в одной цивилизации, могут навязываться несоответствующие коду данной культуры представления о месте права в общественной жизни.

---

[379]См.: Степин В.С. Теоретическое знание. М.: Прогресс-Традиция, 2000. С.54.
[380]Синха Сурия Пракаш. Юриспруденция. Философия права. М.: «Академия», 1996. С. 10-11.

Любое историографическое исследование, в том числе и в сфере права, должно быть основано на принципе цивилизационного многообразия, что предполагает проведение социо-гуманитарных исследований с использованием двух взаимосвязанных характеристик бытия цивилизаций – синхронии и диахронии. Речь идет не просто о приемах и методах познания, а именно о принципах, которые требуют проводить исследования в аспектах, во-первых, статически-пространственном, определяющем константное своеобразие культур и цивилизаций, и, во-вторых, динамически-хронологическом, учитывающим особенность переживаемого обществом этапа развития. Общее методологическое значение этих парных категорий было первоначально обоснованно в языкознании. Ф. де Соссюр разъясняет, что «в каждый данный момент речевая деятельность предполагает и установившуюся систему и эволюцию; в любую минуту язык есть и живая деятельность и продукт прошлого»[381]. Универсальный характер для всех социальных наук имеет вывод лингвистов о существовании общих для всех языков закономерностей развития, которые, однако, могут проявляться не синхронно, а разновременно[382], то есть диахронически. Кроме того важно признать, что эти закономерности могут осуществляться в различных формах, соответствующих особенностям той или иной цивилизации.

В исторической науке синхронический принцип проявляется в изучении и сравнении обществ, существующих одновременно в системе координат физического пространства и времени – Древний мир, Средние века, Новое Время, Новейшая история. Но историография указанных исторических эпох характеризует состояние не всех существовавших в соответствующих хронологических рамках культур и цивилизаций. Естественно, что историки той или иной цивилизации центральное внимание уделяет событиям собственной истории, но важно, чтобы они не отождествляли свою историю с всемирной. С пространственно-синхронической точки зрения «Всемирная история» на самом деле не является такой, а основана на дифференциации исторического пространства на государства, заслуживающие внимание историков, и исторические окраины. Гегель в «Лекциях по философии истории» обосновал деление народов по признаку достижения ими «ясно выраженной индивидуальности»[383]. Однозначно определяется, что носителями этой индивидуальности во всемирной истории являются «морские народы», то есть европейцы. Из уст великого немецкого философа звучат следующие суждения: «Относительно Америки и ее культуры, а именно Мексики и Перу, у нас имеются сведения, сводящиеся к тому, что эта культура была совершенно натуральная и что она должна была погибнуть при приближении к ней духа»[384], то есть европейской колонизации. Такая архитектоника исторического пространства с выделением центров и окраин, субъектов и объектов мировой

---

[381] Де Соссюр Ф. Курс общей лингвистики / Пер.А.М. Сухотина. М.: 1993. С.34.
[382] См.: Лингвистический энциклопедический словарь. М., 1990. С. 135-136.
[383]Гегель. Лекции по философии истории. СПб., 1993. С. 58.
[384]Там же. С. 127.

истории уже потенциально содержит в себе угрозу столкновения культур и цивилизаций. Поэтому К. С. Ясперс вполне правомерно заметил: «Так, в XIX в. Мировой историей считалось только то, что после предварительных стадий – Египта и Месопотамии – произошло в Греции и Палестине и привело к нашему времени; все прочее относили к этнографии и выносили за рамки подлинной истории. Всемирная история была история Запада»[385].

Концепт «цивилизация» является познавательно ценным и предполагает исследование и восприятие общества и человека как уникального сочетания множества черт и факторов – исторических, религиозно-духовных, экологических, экономических, политических и иных. Но часто это слово употребляется не просто в искаженном или слишком узком смысле, а в противоположном («перевернутом») значении общества, в котором воплотились некие единые для всех культур и народов социальные институты и нормы. В гуманитарных, в том числе и исторических науках до сих проявляется европоцентризм, то есть основное внимание уделяется истории Западной Европы и США, а иные культуры и цивилизации оказываются как бы «на обочине» мировой истории. Поэтому невольно возникает ложное представление о превосходстве западной цивилизации и установка лишь скопировать ее идеи и институты. В целом идеи европейского Просвещения в своих принципиальных установках и форме выражения отражают специфичный опыт западной цивилизации. В настоящее время тезис о безусловной универсальности (общечеловечности) западной правовой культуры поставлен под сомнение. Так, представитель европейской правой науки признает: «В прошлом Человек Запада уверенно нёс с собой свой закон по всему миру. Однако сегодня мир подозрительно относится к западной «законности», еще подозрительнее, чем раньше. Человек Востока и Человек Юга предлагают иные альтернативы. Да и сам запад засомневался в универсальной пригодности своего традиционного представления о праве, в особенности для незападных культур. Право, раньше казавшееся «естественным», оказывается всего лишь «западным»[386]. В этом вопросе признания самобытности культур и цивилизаций важно знать меру – специфика права, как формально-нормативной системы, включающей в себя технико-юридические элементы, допускает заимствования и взаимовлияния. И в этом технико-юридическом аспекте достижения западной юридической науки несомненны и заслуживают внимания со стороны юристов всех стран. Но невозможно скопировать иную правовую культуру в целом. Важнейшим и наиболее точным критерием оценки правовой культуры является достигнутой уровень самоидентификации и самореализации той или иной цивилизации в сфере права. Все элементы правовой системы общества (источники права и соответствующие юридические конструкции, правоохранительная система, юридическая практика и наука, правовое образование и воспитание) должны соответствовать цивилизационому облику

[385] Ясперс К. Смысл и назначение истории. М.: Республика, 1994. С.30.
[386]Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 48.

данной страны. Американский компаративист К. Осакве в духе исторической школы права так определяет первую аксиому сравнительного правоведения: «Право, как язык и музыка, есть нормативное выражение истории, психики, психологии, традиций и культуры каждого народа (нет и не может быть двух идентичных национальных правовых систем в мире)»[387].

Речь о многообразии правовых систем необходимо вести, проявляя должное уважение к их историческим истокам. Историки не просто описывают события прошлого, а вольно или невольно, явно или скрытно осуществляют оценку настоящего и определяют пути развития общества в будущем. Поэтому логично предположить, что одной из причин кризисного состояния современного мира может быть неадекватное представления о его истории, в том числе отрицание указанного принципа цивилизационно-культурного многообразия. Активно пропагандируемый идеологический миф Ф. Фукуямы о так называемом «конце истории» не способствует взаимопониманию различных культур и цивилизаций, сохраняющееся своеобразие которых предопределено особенностями их исторического развития.

Ясно, что некорректно называть римскую юриспруденцию лишь предтечей новоевропейской юридической науки. Точно также и не стоит преувеличивать их преемственность; не научный, а идеологизированный характер приобретают суждения, в которых римских юристов стремятся представить чуть ли не носителями современных либерально-буржуазных идей. Римское стоит воспринимать автономно как уникальное творение античной цивилизации. Выше уже отмечалось, что римскую юриспруденцию невозможно и недостаточно характеризовать в качестве прообраза юридической науки. Модернизация содержится, например, в самом переводе знаменитого определения права Цельса – «Jus est ars boni et aequi» – «Право есть наука о том, что хорошо и справедливо»[388]. Римская юриспруденция больше чем наука; в приведенной фразе Цельса слово «ars» имеет значение «мастерство» или «искусство». Если воспринимать классическое римское право лишь как некую идеальную и универсальную форму права вообще, то возникает опасность «слона-то и не заметить», главного достоинства этой правовой культуры. Уникальность римских юристов в том, что, будучи знатоками греческой философии и обладая способностью к обобщениям, они сохраняли непосредственную связь с реальной жизнью Римская юриспруденция сохраняла такой признак традиционного права как казуистичность. О.С.Иоффе пишет: «Творчество римских юристов не содержит теоретического обоснования законодательства и практики. Оно носило сугубо казуистический характер, осуществляясь преимущественно в форме обсуждения конкретных споров, в связи с которыми предлагались соответствующие решения частно-правовых вопросов»[389]. Так же римское право было традиционно синкретичным. Необходимо указать на спорность точки зрения, по которой отсутствие в римской юриспруденции

[387] Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенные части. М.: «Дело», 2000. С. 21.
[388] Латинская юридическая фразеология. М.: Юрист, 1979. С.138.
[389] Иоффе О.С. Гражданское право. Избр. труды. М.: «Статут», 2000. С.14.

четкого разделения права на публичное и частное объясняется его неразвитостью в условиях простого товарного производства. Римское право целостно именно благодаря стремлению органично соединить общественное и личное. Попыткой решить эту очень сложную и в такой же степени творческую задачу и объясняется тончайшая разработка римскими юристами отдельных институтов права без абстрактного противопоставления публичного и частного.

Мусульманское право является историческим примером того, что достижение юридической мыслью высокого уровня развития возможно не только в рамках науки, дифференцированной от других форм познания, и не обязательно предполагает секуляризацию мышления. В период расцвета исламской цивилизации священность и неизменность текстов Корана и Сунн не ограничивало свободу мысли, а обеспечивало онтологическую основу восприятия явлений окружающего мира и стимулировало поиск нового знания. В Коране провозглашено «Скажи «Разве равны между собой те, которые знают, и те, которые не знают?» Поистине, вспоминают только обладающие разумом» (Толпы», 9), и существует достоверный хадис (предание) пророка Мухаммада: «Поиск знаний – обязанность каждого мусульманина и мусульманки». В шариате, как единой нормативной системе, выделилась сфера «фикх» – практического правоведения и возник «усуль ал-фикх» – условно говоря, наука о праве. Подобно тому, как римское право формировалось как система исков, в состав фикха включались те нормы шариата, реализация которых требовала «поиска необходимой правовой информации, относящейся к какому-либо конкретному делу или проблеме»[390]. В различных мазхабах (правовых школах) были разработаны особые методики толкования Корана и Сунн.

Мусульманское право показывает сложную диалектику соотношения прав и обязанностей: первичной провозглашается обязанность человека перед Аллахом, реализации которой никто не должен препятствовать, в том числе и государство. Возложение фундаментальной обязанности и позитивной ответственности закономерно предполагает наделение целым комплексом прав и свобод. Не будет преувеличением сказать, что исламу органично присущ концепт «права человека». Так, в Коране закреплено: «Мы [Аллах] поистине возвысили сынов Адама и позволяем им передвигаться по суше и морю. Мы наделили их благами …» (Ночной перенос, 70). Если представители власти злоупотребляли своими полномочиями, то мусульманские богословы могли заявить: «Те кто ущемляет права человека, выступают против воли Аллаха. И будут считаться попирающими права его Наместника [сына Адама] на земле»[391]. Эта практика контроля над государственной властью была реальной, и возможно, что она повлияла на появление в Швеции, а затем и в других европейских странах должности омбудсмена в ее современном виде[392].

---

[390] Бернард. Дж. Вайс. Дух мусульманского права. Москава-СПб.: «ДИЛЯ», 2008. С.5.
[391] Мухаммад Садик Махаммад Йюсуф. Права человека в Исламе. СПб.: «ДИЛЯ», 2008. С.13.
[392] См.:Лохматов Е.А. Генезис и эволюция института омбудсмена в Швеции // Государство и право: теория и практика: Межвз. сб. науч. тр.Вып. 4. Калинград: Изд-во РГУ, 2005. С.46-47.

Глубокие знатоки мусульманского права отмечают гибкость этой правой системы и ее способность в условиях модернизации сохранять верность традиционным ценностям и институтам. К. Леви-Стросс заметил: «Вот уже тринадцать столетий как ислам сформулировал теорию солидарности всех форм человеческой жизни – технической, экономической, социальной, духовной»[393].Так, если христианские цивилизации отказались от евангельского запрета на ростовщичество, то в мусульманских странах стремятся внедрить систему, когда банк и его вкладчики получают дивиденды от участия в конкретных инвестициях и пропорционально реальному экономическому результату.

Если в истории и географии правовых систем двигаться далее на восток, то стоит вспомнить известные строки из баллады Р. Киплинга: «Запад есть Запад, Восток есть Восток, и с мест они не сойдут, пока не предстанет Небо с Землей на Страшный господень суд» (перевод Е. Полонской). Эти слова верны с точки зрения признания уникальности Западной цивилизации. Но почему все иные цивилизации определены одним словом «Восток»? Индия и Китай, будучи в пространственном аспекте близкими «соседями», а во временном измерении «цивилизациями-сверстниками», при этом удивительным образом не похожи друг на друга. Российский филолог В. Пропп сформулировал методологическое требование различать величины постоянные и переменные: «Меняются названия (а с ними и атрибуты) действующих лиц, не меняются их действия или функции»[394]. Соответствующие парные категории «функция-персонаж» и «сюжет-композиция» являются познавательно ценными в сравнительном исследовании цивилизаций. Так, все цивилизации сталкиваются с проблемой соотношения духовной и государственной властей, но этот неизменный и постоянно воспроизводимый сюжет имеет различные композиционные решения, которые соответствуют особенностям той или иной цивилизации. Например, в Индии существовала высшая варна брахманов, а в Китае, как известно, не было особого сословия жречества, и функцию духовно-интеллектуальной элиты реализовывали чиновники. Точно также обнаруживаются различия в нормативно-ценностных системах этих обществ.

Предварительно укажем, что цивилизация обязательно предполагает наличие формального права, и в качестве постоянной величины обнаруживается отношение к нему в рамках всей системы социальных норм, как к носителю не регулятивной, а охранительной функции. Богослов II в. Ириней писал: «Чтобы «боясь человеческой власти, люди не поедали друг друга подобно рыбам, но посредством законодательства подавляли разнообразную неправду народов»[395]; по выражению В.С. Соловьева «право, – минимум нравственности», способ предотвращения ада, но не средство установления рая. Отметим такую черту традиционного права как синкретизм, то есть его непосредственную связь с неким высшим началом (бог, идея, естественный закон), по

[393] Леви-Стросс К. Путь масок. М.: «Республика», 2000. С. 339.
[394] Пропп В. Морфология сказки. Ленинград,, 1928. с. 30.
[395] Цит. по: Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. М.: Аграф, 1998. С.581

отношению к которому формальное право выполняет служебную роль. Традиционная парадигма права основана на более динамичном и сложном понимании соотношения права (справедливости, нравственности) и формального закона. Принцип этого соотношение выражается в богословской формуле «Нераздельное, но не слиянное». Позитивное право отражает в себе требования неюридических универсальных ценностей (нравственности, справедливости, милосердие и др.), но при этом, будучи формальным регулятором общественных отношений, не может с помощью своего юридического механизма обеспечить господство этих ценностей в общественной жизни в целом.

Это охранительное назначение формально-официального права может проявляться в различных культурах в соответствующих их цивилизационному облику масштабах, направлениях, формах. В древнем Китае присущая традиционному сознанию охранительная функция права проявилась в отношении к «фа» (закону) как «вынужденному злу». Кратко и афористично это выразил Лао-цзы: «…Когда растут законы и приказы, увеличивается число воров и разбойников»[396]. Казалось бы, и в этом вопросе древнекитайский мудрец прибегает к столь любимому им парадоксальному стилю изложения своих мыслей. Носитель западный правосознания возразит – «Ведь законы – это благо, они предназначены для борьбы с разбойниками, и в них закрепляется запрет совершать преступления!». Но мысль у Лао-цзы проста, и её истинность станет очевидной, если привести следующую аналогию: эффективные таблетки от мигрени являются благом, так как позволяют преодолеть головную боль; но регулярное употребление этих таблеток – явный симптом того, что человек хронически болен. В «здоровом» обществе большинство людей и без законов и их санкций не становятся разбойниками в силу своего внутреннего убеждения.

Китайская мысль характеризуется рационализмом, что проявилось в придании огромного значения принципу «ли» (ритуала). М. Гране пишет: «В конечном счете они осмысляют мироздание так, словно бы оно регулировалась протоколом, и отладить его на манер церемониала – цель, к которой, по их заверениям, они стремятся. Их мораль, их физика, их логика всего лишь различные стороны того действенного знания, каковым является этикет»[397]. Но это не привело к возникновению мировоззрения, основанного на началах абстрактной научности, и правосознание не стало юридическим. «Представление о законе решительно не было развито, как и то, что в дальнейшем наблюдение природы было отдано эмпирикам, а организация общества строилась на компромиссах. И все же представление о Правильном или, скорее, понятие об Образцах, позволив китайцам сохранить гибкое и пластичное понимание Порядка, отнюдь не побудило их вообразить над миром людей мир трансцендентных реальностей. Их мудрость, вся проникнутая чувством

[396] Лао-цзы. Дао дэ цзин. Спб.: 1999. С.119.
[397] Гране М. Китайская мысль от Конфуция и Лаоцзы. М.: Алгоритм, 2008. С.234.

природы, решительно гуманистична»[398]. Впрочем, стоит заметить, что в истории Китая был период империи Цинь (III-II до н.э.), когда в основу общественной жизни были положены рационально-прагматичные начала школы фа-цзя (законников). Но эта империя просуществовала лишь несколько десятилетий, а после гражданской войны был установлен режим империи Хань (II до н.э –III вв.), в которой официальным было признано возвышенное учение Конфуция. Мудрец утверждал: «Если руководить народом посредством законов и поддерживать порядок при помощи наказаний, народ будет стремиться уклониться [от наказаний] и не будет испытывать стыда. Если руководить народом посредством добродетели и поддерживать порядок при помощи ритуала, народ будет знать стыд, и он исправится»[399].

Таким образом, древнекитайское сознание воспринимает право как чрезвычайное средство воздействия на поведение неразвитых и порочных людей, неспособных самостоятельно следовать началам «дэ» (добродетели), «жень» (человеколюбия, взаимности), «ли» (ритуала). Древнеиндийская мысль признает не только негативное, но и позитивное назначение права, но воспринимает его ценность условно; правомерное поведение – это лишь внешнее условие и этап внутреннего самосовершенствования человека. Начало книги упомянутого выше правоведа индийского происхождения Сурия Пракаш Синха непривычно для представителя западной правовой культуры: «Вначале была создана Земля. Затем возникла человеческая цивилизация, А потом появились законы»[400]. В этой фразе отражается стремление воспринимать каждое явление окружающего мира не изолировано, а в контексте всего мироздания, отводя ему его законное место. В индуизме человек должен, прежде всего, следовать «дхарме» (долг, духовность, нравственность, бескорыстие); одновременно можно активно проявлять себя в сфере «артхи» (польза, богатство, власть, слава), но при этом не нарушать требований дхармы. Почему Сурия Пракаш Синха не стал ортодоксальным сторонником детально им изученного западного права, возвышенных и гуманных законодательных актов эпохи буржуазных революций? «Все люди созданы равными и наделены их Творцом определенными неотчуждаемыми правами, к числу которых относятся жизнь, свобода и стремление к счастью» (Декларация независимости 1776 г.). «Люди рождаются и остаются свободными и равными в правах… Таковы свобода, собственность, безопасность и сопротивление угнетению» (Декларация прав человека и гражданина 1789 г.). Эти тексты просветителей воспринимаются как воплощение Разума и как акт освобождения человеческого духа от предрассудков и ложных идей прошлого. Но представитель традиционного мировоззрения заметит в этих юридических суждениях неопределенности и двусмысленности. Особенно насторожит его определение свободы как права делать все, что не запрещено формальным (государственным) законом; он знает, что если нет внутреннего ограничителя

[398] Там же.
[399] Древнекитайская философия в двух томах. Т.1. М.: ПринТ, 1994. С.143.
[400] Синха Сурия Пракаш. Указ. соч. С.5.

(дхармы), то зло всегда найдет способ быть формально законным. Индус спросит: «Почему в одном перечне фундаментальные права на жизнь и свободу объединены с приземленным правом на собственность?».

Из-за этих вопросов и сомнений универсальная ценность новоевропейской теории естественных прав может быть не замечена. Примирить индуса с этой теорией можно, если убедить его в том, что речь в ней идет только о таком аспекте, сегменте индивидуального и социального бытия как артха, но не определяет горизонт и смысл жизни, притязания, ожидания и обязанности в сфере дхармы. Эта теория имеет универсальную, но лишь инструментальную ценность, как самая общая предпосылка общественной (земной) жизни. Очевидно, что отсутствие условий и предпосылок достижения цели не позволяет ее достичь – все же нищета делает большинство людей несчастными. Но наличие условий и предпосылок достижения цели не означает, что она уже достигнута. Для индуса странно отождествлять общественный мир и социальную гармонию с законностью и формальным порядком. Длительный колониальный статус страны не мог не привести к влиянию европейского права на ее правовую систему. Но «тот факт, что в Индии существуют структуры правовой администрации западного типа, совсем не говорит о том, что *дхарма* якобы была заменена *номосом* [законом] в качестве основного принципа жизни большинства индийцев»[401].

Другая стране Востока, технически модернизированная Япония в отличие от России в условиях тесного и неизбежного диалога с Западом сумела «ускользнуть» от его идеологического «патронажа» и осуществила модернизацию с учетом особенностей своей культуры. А. Сен констатирует влияние конфуцианской этики, самурайской культуры, сочетание чувства долга с атмосферой конкуренции в японском обществе: «Некоммерческие мотивации, нередко присутствующие в экономической и деловой активности японцев […] мотивационная структура отклоняется в некоторых существенных моментах от простого преследования личного интереса, который - как нам твердят – является краеугольным камнем капитализма»[402]. Исследователи указывают, что в этой стране право, созданное в подражание Западу, определяет жизнь очень небольшого сегмента японского общества. Сохраняется значение тех регуляторов, которые часто воспринимаются как несовместимые с высокой правовой культурой – корпоративные, семейные, обычные и т.д.; проявляется стремление к разрешению споров в примирительном духе через посредников[403]. Если в российском обществе существует потенциал использования таких регуляторов, то они дискредитированы как «нецивилизованные»; но то, что игнорируется - не исчезает, а проявляется в скрытой и извращенной форме «телефонного» права, нелегальных способов разрешения споров, коррупции и т.д.

---

[401] Там же. С. 42.
[402] Сен. А. Развитие как свобода. М.: «Новое изд-во», 2004 С. 291.
[403]См.: Синха Сурья Пракаш. Указ соч. С. 48.

Если вернуться в регион Ближнего Востока и Средиземноморья, то обнаруживается давно замеченная закономерность – именно в странах с развитым ремеслом и торговлей наблюдается расширение сферы формально-правового регулирования с соответствующей тенденцией уменьшения влияния традиционных, обычных регуляторов общественных отношений. Именно в этом регионе возникли монотеистические (авраамические) религии, в которых связь с Богом выражалась в форме Завета – по сути, двустороннего договора, в котором человек обязывался верить в единого Бога. Типичное выражение в Библии – «...ибо в сих словах Я [Бог] заключаю завет с тобою и с Израилем» (Исх 34:27) и в Коране – «Не продавайте Мои [Аллаха]знамения за ничтожную цену» (Корова, 41). Оказывается, что и в божественном откровении действует правило, знакомое юристам как требование учета «фактора аудитории», то есть мировоззрения, образа жизни, кругозора адресатов послания. Интеллектуалы проявляют неуместный снобизм по отношению к священным текстам с их метафорами и притчами, не принимая во внимание, что они адресованы не только им, но всем. Поэтому откровение и звучало из уст пастуха Авраама, плотника Иисуса, неграмотного торговца Мухаммада. Нельзя отождествлять глубинную суть религиозной традиции со способом ее выражения. Но стоит заметить, что «юридический стиль» определения связи с Богом в авраамических религиях предопределяет большую опасность секуляризации сознания. Например, в католицизме практика продажи церковью индульгенций показывает, что образно-метафорическая («договорная») форма выражения связи с Богом может начать восприниматься всерьез и содержательно, что в итоге, через промежуточные этапы Возрождения и Реформации, и привело в настоящее время к секуляризации западноевропейского мировоззрения в целом. Это черта полной секуляризации и соответствующей юридизации общественной жизни не была преодолена в Античности и Средние века. В качестве иллюстрации сказанного используем концепт «естественное право»[404].

Античные философы и христианские богословы остро ощущали соотношение естественности и искусственности. В традиционном мировоззрении естественность находится в оппозиции к искусственности, и признается, что в обществе должны преобладать естественные, а не искусственные регуляторы. Разумеется, в мышлении античных философов можно обнаружить зародыши будущего «переворота» эпохи модерна. Невозможно отрицать высокую степень рационализации мышления античных философов, но назвать возвышенную в своих устремлениях греко-римскую культуру «обмирщенной» трудно. Поверхностным является отношение ко всем представлениям о естественном праве добуржуазной эпохи как «недоразвитым» и лишь содержащим «зачатки» единственно возможной и истинной новооевропейской концепции естественных прав.

---

[404] Подробнее см.: Насыров Р.В. Человек как самоценность: О формулировке ст. 2 Констиуции РФ 1993ю. М.: Юрлитинформ, 2011. Гл. 2

Для добуржуазной эпохи универсальным было представление о том, что естественный закон должен быть таковым не только по содержанию, но и по форме возникновения и выражения. У Платона обнаруживается схожее у большинства мыслителей добуржуазной эпохи отношение к позитивному закону не как к гарантии нравственного поведения, как к запрету на злое деяние, средству предотвращения нарушения. Часто в духе современной концепции правового государства приводится фраза Платона из диалога «Законы»: неизбежна гибель государства, «где закон не имеет силы и находится под чьей либо властью. Там же, где закон – владыка над правителями, а они – его рабы, я усматриваю спасение государства и все блага, какие только могут даровать государствам боги»[405]. Немецкий философ П. Козловски считает, что в этой фразе выражается восприятие Платоном закона и государства как части космического порядка и требование соответствия ему «человеческо-политического» порядка: «Понимание этой соотнесенности божественного и человеческого порядка, космоса и полиса как достояния Бога, гармоничного в своей самодостаточности и самоценности, является для Платона главной предпосылкой справедливого господства и законодательства»[406]. То есть речь не идет о формализованном писанном законе. Платон критиковал «внешнее управление» и называл «чистый», то есть позитивный закон «тираническим предписанием». Если государство и закон начинают непосредственно обеспечивать и реализовывать естественное право, то утрачивается его «естественность».

Христианское богословие сохранило и существенно углубила (персонифицировала, но не индивидуализировала) возвышенную трактовку естественного права. Отличие от античной философии проявляется в определении источника ius naturale. По этому поводу П.П. Гайденко отмечает: «Для христианской теологии «естественного» в аристотелевском смысле слова, строго говоря, не существует: поскольку природа есть творение Бога, то «начало её движения и покоя» - не в ней самой, а в творце […] Для схоластики естественное – это то, что создано Бесконечным творцом, а искусственное – то, что создано человеком, творцом конечным»[407]. Ф. Аквинский трактует вечный закон как божественный разум, управляющий миром. Вся вселенная образует совершенное общество, управляемое верховным разумом и поэтому все причастно вечному закону, должно ему соответствовать. Различие между богословской и новоевропейской трактовками естественного права проявляется и в определении позитивного закона. Его установление Ф. Аквинский объясняет фактом наличия людей, склонных к пороку, тогда как добродетельные люди, не освобождаясь от обязанности подчиняться человеческому закону, следуют велениям разума непосредственно. Человеческий закон необходим для поддержания порядка и создания условий для развития в людях добродетели. Он должен также соответствовать

---

[405] Платон. Собр. Соч. в 4 тт. М.: «Мысль», 1994. Т.4. С.167-168.
[406] Козловски П. Общество и государство: неизбежный дуализм. М.: «Республика», 1998. С. 42.
[407] Гайденко П.П. Научная рациональность и философский разум. М.: «Прогресс – Традиция», 2003.. С.155.

естественному закону, но не подменять его: «Человеческий разум не может участвовать в полном изречении приказаний Божественного разума, а делает это по-своему и несовершенно»[408]. Тогда как новоевропейская концепция исходит из возможности адекватного отражения естественного права в законодательных актах. Вот фраза, в которой воплощается крутой перелом в восприятии естественного закона и возникает черта, по одну сторону которой традиционное (восточное, античное и христианское), а по другую – новоевропейское восприятие ius naturale. Т. Гоббс утверждает: «Ведь когда государственный строй установлен, то даже естественные законы становятся частью законов государственных» [409.]

Возвращаемся к вопросу – «Универсально ли западное право и западная юридическая наука?». В эпоху Просвещения в Западной Европе произошел отказ от ориентирующего влияния на социальное бытие традиционных ценностей с возникновением соответствующих новых институтов в сферах экономики, политики и права. Это и означало возникновение современной Западной цивилизации. Это был акт самоидентификации Западной Европы как формирующейся цивилизации-метрополии. С точки зрения пространственно-синхронической необходимо различать два типа цивилизаций – метрополии и державы, в которых назначение и масштабы проявления формального права не могут быть идентичными[410].

Процветание метрополии всегда основывается на активной экспансии, а утрата этого пространства экспансии приводит к кризису этого типа цивилизаций. Накануне гибели в 476 г. Рима Западная Европа утратила статус активного геополитического субъекта внешней экономической и политической экспансии. Это и предопределило наступление эпохи Средневековья, когда на несколько веков Западная Европа стала мировой провинцией. Выход Европы из состояния «спячки» и приобретение ею статуса наиболее активного и, в конце концов, центрального субъекта мировой политики непосредственно связано с внешними факторами. Развитие рынка, промышленности и возникновение капитализма можно трактовать как следствия влияния этих внешних факторов.

В научной и учебной литературе общепринятым является тезис о возникновении буржуазного типа государства и права в результате революционного свержения абсолютизма как завершающего этапа развития феодальной государственности. Но определение конкретных событий и дат смены одной исторической эпохи другой всегда носит условный характер. Вполне правомерно трактовать абсолютизм как первый и необходимый этап становления буржуазного типа общества и государства, что обосновывает В.А. Томсинов: «Изучение обстоятельств, повлекших за собой революционный взрыв в Англии и во Франции, заставляет предположить, что настоящая, объективно вызревшая в феодальном обществе политическая революция, имевшая

---

[408]Цит. по: История философии права. – СПб.: Юридический институт (С-Петербург), 1998. С. 77.
[409]Гоббс Т. Соч.: В 2 т. М.: «Мысль», 1989. Т.1. С.258.
[410] Подробнее см.: Насыров Р.В. Указ соч. гл.5

своим смыслом разрушение феодальной государственности и замену ее государственностью буржуазной, происходила в этих странах в рамках государственного строя абсолютной монархии. А те события, которые историки называют «английской буржуазной революцией 1640–1660 годов» и «Великой французской буржуазной революцией 1789–1794 годов», были на самом деле всего лишь общественными эксцессами, вызванными в большей степени случайно возникшими обстоятельствами»[411].

Уже в период абсолютизма из верхушки третьего сословия формируется новый класс, буржуазия, устраняется феодальная раздробленность, начинается процесс установления в рамках зарождающихся национальных государств единой экономической, финансово-административной и правой систем. Несомненно, что в результате буржуазных революций были упразднены многие пережитки феодализма. Но это не относится к таким признакам абсолютизма как развитие бюрократически-полицейского аппарата и усиление в праве значения нормативных актов, непосредственно исходящих от государственной центральной власти. Выясняется, что тенденция к этатизации и юридизации общественной жизни и после буржуазных революций не только не исчезла, а напротив, продолжала усиливаться, хотя и на иных идеологических основах. Также необходимым условием зарождения капитализма и в целом западного варианта модернизации является сверхблагоприятная конъюнктура внешней торговли, то есть наличие вне метрополий источников ценного, но при этом дешевого сырья и рынков сбыта своих товаров.

Этот особенный вариант развития стал возможным и не привел к «распылению» общества благодаря мощному внешнему геополитическому фактору. Такой тип организации осуществим в обществах, которые могут быть отнесены к особому типу государств-метрополий. И не случайно одним из важнейших событий, которые разделяют средние века и Новое время, исследователи непременно называют Великие географические открытия и начало формирования системы колониализма. Пространственную модель мира-экономики, которая наиболее ярко и последовательно реализуется именно в буржуазной экономике, Ф. Бродель описывает так: «Центр, так сказать, «сердце», соединяет все самое передовое и самое разнообразное, что только существует. Следующее звено располагает лишь частью таких преимуществ, хотя и пользуется какой-то их долей; это зона «блистательных вторых». Громадная же периферия с ее редким населением представляет, напротив, архаичность, отставание, легкую возможность эксплуатации со стороны других. Такая дифференциальная география еще и сегодня подстерегает и объясняет всеобщую историю мира»[412].

---

[411] Томсинов В.А. Государственный строй абсолютной монархии в Англии: новый взгляд \\ Вестник Московского городского педагогического университета. Юр. Науки.2014. No 4 (16).С.38.

[412] Бродель Ф. Время мира. М.: «Прогресс», 1992.. С. 32. Соглашаясь с этим выводом историка, можно лишь указать на невозможность отнести, например, Китай и Индию к странам с «редким населением», а их колониальный статус был результатом отставания в военно-технической и организационной сферах.

Процесс «первоначального накопления капитала» сопровождался маргинализацией значительной части населения, и представление Т.Гоббса о естественном состоянии как «войне всех против всех» обобщило это реальное положение дел. Такое состояние общества в русском языке передается точным словом «смута», то есть смятение, смешение; человек становится «атомом», а в обществе действуют «естественные» начала отталкивания и притяжения. Вся уникальность западноевропейского общества в том, что состояние «смуты» было оформлено и даже «облагорожено» с помощью концепций естественных прав, договорного происхождения государства, утилитаризма и т.п.

Таким образом, своеобразие современной западной цивилизации предопределено событиями XVI-XVIII веков, когда благодаря Великим географическим открытиям и колонизации новых земель сложилась сверхблагоприятная конъюнктура внешней торговли. Образно говоря, ведущие европейские страны приняли форму саморегулирующейся «мануфактуры», производящей товары на вывоз. Экономический фактор стал доминирующим и вызвал секуляризацию всех сторон общественной жизни. В этих территориально небольших государствах с высокой плотностью населения в условиях его маргинализации и падения роли церкви только мощное государство и формальное право (как система общеобязательных и обеспеченных государством правил поведения) могли стать основным стабилизатором общественных отношений. Без сильного государства, проводящего активную внешнюю колониальную политику и обеспечивающего порядок внутри метрополий, капитализм при наличии всех прочих условий возникнуть и развиться не смог бы. И эффективное полицейское государство как необходимый элемент западноевропейской правовой культуры требует значительных средств, источником которых и служит внешняя экспансия. В связи с этим необходимо осознать, что такой цивилизационный путь развития является «дорогостоящим» и не может быть признан универсальным.

В эпоху модерна устранение нетерпимых фактов неравенства и несправедливости традиционного общества скорее было следствием унификации формально-юридического статуса лиц, что привело к неизбежному усилению роли центральной власти. Имманентно присущее общественной жизни стремление к дифференциации социальных ролей приняло упрощенную форму противопоставления гражданского общества и государства. При этом государство, называя себя ответственным перед обществом, реально заняло положение незаменимого и постоянно присутствующего в актах социальной коммуникации агента. По словам М.Фуко, возникла социальная организация, основными элементами которой стали «уже не община и общественная жизнь, а отдельные индивиды, с одной стороны, и государство – с другой»[413]. Квалификация такого вида социальной организации как упорядоченного с помощью эффективного государственного и юридического контроля состояния «войны всех против всех» отчасти является

[413]Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. М.: «Ad marginem», 1999. С. 317.

образно-метафорическим и, разумеется, не характеризует все стороны жизни западного типа общества, но при этом определяет основной вектор его бытия. В целом этот вариант государственно-политического режима и полицейское государство – явления неразрывные. Фундаментальной (и такой глубокой, что на неё редко обращают внимание) основой западноевропейской политической и правовой культуры является система эффективного полицейского управления и надзора. Это и предопределило усиление роли закона (нормативно-правового акта) в системе источников права, и становится понятно почему, по словам С.П. Синха, именно для западной цивилизации характерно «господство права»[414].

С учетом сказанного выше необходимо определить место российского права в географии правовых систем мира. Положение Россия в целом в геополитической карте мира изначально оказалось противоречивым. Ясно, что Россия по своим геополитическим и иным характеристикам является цивилизацией-державой. Одновременно Россия выступает как часть христианско-европейского мира и активно заимствует достижения более динамично развивающегося западного соседа, в том числе и идеологии, которые предполагают снижение уровня идеократичности культуры в целом. И это приводит не просто к известной отчужденности представителей российской элиты от народа с соответствующими (отраженными в художественной и философско-публицистической литературе) внутренними переживаниями. Возникает противоречивая цивилизация, образно говоря, в плоть которой «влили кровь иной группы», что и приводит к кризисам, ставящим российскую цивилизации на грань гибели. В отличие от Китая и Индии, для России не только географическая, но и культурно-информационная близость Западной Европы-метрополии к России-державе создает опасность так и недостижения страной цивилизационной идентичности. А.С. Панарин отмечает: «Следование концепции догоняющего развития всегда сопровождается скрытым комплексом неполноценности и вины. Это может быть и вина перед собственной, прерванной и поруганной традицией (реформаторы не могут просто оставить ее в покое, им надо ее дискредитировать), и вина, связанная с несовершенством «интерпретации и заимствования чужого опыта»[415]. Для России этот кошмар метаний между наглядной и бесспорной устроенностью непосредственного соседа и невозможностью полностью повторить ее опыт продолжается уже несколько столетий.

Вся огромная территория России воспринимается как держава, в которой люди объединены общей судьбой, а не просто совпадением индивидуальных утилитарных интересов и установлением с помощью общественного договора государственной власти. Территория империи совпадает с пространством, в котором должно возникнуть «царство» добра и справедливости. Этим и предопределятся идеократический характер цивилизаций-держав. И.А. Василенко пишет:

---

[414] Синха Сурия Пракаш. Юриспруденция. Философия права. М.: «Академия», 1996. С. 10-11

[415] Панарин А.С. Россия в циклах мировой истории. М.: Изд-во МГУ, 1997. С. 43.

«Имперская традиция политической власти может длительно существовать только как нравственно-этическая, опирающаяся на моральные устои национальной традиции»[416]. Развитие России-державы предполагало решение сложной проблемы соединения модернизации с сохранением неизбежно присущей этому типу цивилизаций определенным уровнем идеократичности, что не допускает тотальной секуляризации и прагматизации всех сторон общественной и индивидуальной жизни. Попытки повторить западный вариант модернизации в России, в конце концов, завершались глубокими кризисами (1917 г. и конца 90-х гг.); стало вполне уместным называть Россию «страной-неудачником», «цивилизацией-банкротом» и т.п. Наступило осознание того, что на основе заимствованного «идеологического инструментария» было возможно за счет огромных жертв осуществить модернизационный рывок, но создать систему устойчивого развития реально только на основе самостоятельно сформированного и пережитого мировоззрения, в том числе экономического, политического и правового. Одной их причин того, что российская правовая систем не достигла еще уровня самоидентификации является осуществляемое в последние три столетия принципиальное по содержанию и часто волюнтаристское по форме стремление включить российское право в семью западноевропейского (романо-германского) права. Даже советский период в истории отечественного законодательства несомненно носил прозападный характер, если учесть, что коммунистический проект, как и либеральный, вышел из идеологии Просвещения. Г. Радбрух замечает, что «социализм – одна из форм философско-правового индивидуализма»[417], а для Г. Дж. Бермана Русская революция 1917 г. (в том числе и Октябрьская) является важнейшим этапом в развитии именно европейского права[418].

В результате петровских реформ в XVIII в. в России возникает юридическая наука, что можно считать явлением положительным. Но дело в том, что отечественная юриспруденция до сих пор несет печать своего искусственного происхождения. Правовая наука в России возникла одномоментно в результате заимствования системы преподавания права в западноевропейских университетах. Первыми учеными-юристами были иностранцы, преподававшие «право натуры» (естественное право) и римское право. Это предопределило устойчивое представление о существовании некоего идеально-универсального права, которое лишь необходимо внедрить в общественную жизнь. Доктринальное правосознание стало характеризоваться преобладанием дедуктивно-логического мышления при явном дефиците индуктивно-практического подхода к изучению правовых явлений. Юридическая наука в России оказалась оторванной от реальных потребностей отечественного правового быта, развивалась синхронно с западноевропейской, находилась внутри ее проблем и парадигм. Но стадии развития этих двух цивилизаций с

[416]Василенко И.А. Указ. соч. С. 24.
[417] Радбрух Г. Философия права. М.: «Международные отношения», 2004. С. 81.
[418] Берман Г. Дж. Указ. соч. С. 31, 36.

диахронической точки зрения не совпадают. К пространственно-цивилизационному отличию Западной Европы от России добавляется и диахроническое несовпадение этапов развития. Одним из признаков зрелости цивилизации является осознание и учет особенностей своего ритма исторического развития. Сложные этапы своей истории Россия преодолевала не на основе ясного и рационального представления об условиях и целях своего развития, а как бы «наощупь», за счет огромного и затратного напряжения сил.

С точки зрения календарно-физического времени западноевропейская и российская цивилизации начали процесс своего становления одновременно (условные даты – Верденский договор 843 г. и приглашение Рюрика на княжение 862 г.). Но у каждой цивилизации свое историческое время с соответствующим ритмом развития. Образно говоря, родившиеся одновременно лисенок и медвежонок не достигают состояния зрелости синхронно. Точно также и цивилизации, будучи современниками, могут находиться на разных этапах становления. Цивилизация как бы «дышит» и проходит этапы экстенсивного и интенсивного развития. Экстенсивный стиль характерен для этапа зарождения и освоения «месторазвития» цивилизации. В западноевропейской цивилизации (не смешивать с античной) условно событием, означающим окончание экстенсивного и начала интенсивного развития, можно считать Великие географические открытия и Тридцатилетнюю войну (1618-1648 гг.). Метрополии характеризуются убыстренным ритмом исторического развития – этапы экстенсивного и интенсивного развития (относительно держав) короткие. У цивилизаций-держав замедленный ритм исторического развития и именно в отношении этого типа цивилизаций наиболее уместно использовать образ «дыхания» – за интенсивным этапом наступает время «релаксации». Именно в этом состоянии Китай и Индия на относительно короткий срок попали в колониальную зависимость от Западной Европы, переживавшей этап интенсивного развития. Важно иметь в виду, что этот период колониализма не угрожал Китаю и Индии утратой цивилизационной идентичности, что во многом объясняется идеократическим характером этих культур – западноевропейские колонизаторы и миссионеры не могли ставить всерьез цель массового «озападнивания» китайцев и индийцев. Западная Европа уже в XVII в. вступила в стадию интенсивного развития и в военно-технологическом аспекте стала явно опережать Россию. Неизбежная цель «догнать» западного соседа и заимствовать его достижения как бы по инерции распространилась не только на вопросы практические (техника, наука, организация), но и на сферы идеологии и даже духовной и правовой культуры.

Право динамично по свое сути. Достижение высокой правовой культуры не означает приобретения правом определенного статического состояния, уровень развития права определяется не только его соответствием определенным принципам и идеям, но и соответствием тому этапу, который переживает общество в данный момент в сферах экономической,

политической, социальной. Поэтому истинность предлагаемых учеными-юристами идей и соответствующих законопроектов определяется их соответствием переживаемому обществом этапу развития. Можно выявить определенный ритм развития права: «разрушение, стабилизация, гармонизация». В истории западной юридической науки наблюдается процессе последовательной смены акцентов на одной из трех парадигм права – условно говоря, это парадигмы «идеолога, полицейского, судьи».

В истории западной юридической науки предварительно в самом общем виде можно выделить два этапа – идеологический (XVII-XVIII вв.) и позитивистский (XIX-XX вв.). Идеологический этап – это период господства в правовой науке естественно-правовой концепции, которая позволила разрушить и устранить представления и институты прежнего традиционного общества. Универсальный концепт традиционного мировоззрения «естественный закон» был подвергнут рационализации и политизации. На это прямо указывает американский философ Л. Штраус: «Политическая философия XVIII в. была учением о естественном праве. Оно состояло в своеобразной интерпретации естественного права, а именно в специфически современной интерпретации … Кризис современного естественного права или современной политической философии мог стать кризисом философии как таковой только потому, что в Новое время собственно философия стала совершенно политизированной […] С XVII столетия философия стала оружием, а следовательно, инструментом»[419].

Внутри второго этапа проявились два типа правового позитивизма – юридический (нормативизм) и социологический («широкое» понимание права). Преобладание «парадигмы полицейского» (юридический позитивизм) – это период стабилизации, установления режима элементарного правопорядка, создание согласованного законодательства и эффективной правоохранительной системы; именно в этот период правосознание «железом и кровью» было воспитано в духе уважения к формальному закону. Эта «парадигма полицейского» до сих пор определяет фундамент западной юридической практики и юридического образования. Со второй половины конца XIX в. в рамках социологического направления в юриспруденции возникают множество концепций права, стремящихся не столько заменить уже сформированный фундамент западной правовой системы, сколько смягчить излишний формализм и догматизм нормативистского варианта позитивизма. Это направление реально проявилось в возникновении в XX в. социально ориентированных отраслей законодательства и «судейского права».

Указанные этапы развития западной юридической науки по отношению к реальной общественной жизни возникали и сменяли друг друга post factum, как реакция на изменения в самой социальной практике. Так, господство теории естественного права в Западной Европе соответствует этапу индустриальной и буржуазной революций, секуляризации общественной

[419] Штраус Л. Введение в политическую философию. М.: Лого, Праксис, 2000. С. 101

жизни и т.д. Ясно, что в XVIII в., когда российские правоведы стали изучать и преподавать ius naturale («право натуры»), российское общество оставалось традиционно-крестьянским и религиозным.[420] В истории отечественной политико-правовой мысли правление Петра I проявилось в возникновении дефицита интровертной (внутренней) установки на самопознание и соответствующую содержательную «самодеятельность», отсутствие которой сводит работу мысли и практику лишь к напряжению воли с целью соответствовать неким плохо продуманным и реально не пережитым идеям и принципам. Не смотря на плеяду выдающихся имен в российской философии и теории права, исследователи истории юридического образования в нашей стране отмечают: «Юридическая наука в России имеет весьма слабые прикладные школы и методологии, часто без соответствующей организационной инфраструктуры. В целом наблюдается значительный отрыв массового, обыденного правосознания от правосознания официально-академического»[421]. Право и юридическая наука и в настоящее время воспринимаются в России не как явления, постепенно и естественно вырастающие из потребностей самой общественной жизни, а как результат заимствования и искусственного формирования.

Основным условием становления высокой правовой культуры является органичное вхождение права и юридической науки в целостную систему данного общества. Цивилизационный облик России «обрекает» её на многообразие и непрерывный социальный диалог, форму которого и призвано обеспечивать позитивное право. Какие бы принципы в законодательстве не были воплощены, позитивное право всегда проявляется как система формализованных и обезличенных правил поведения. Вновь повторим, что в России попытки сделать такой регулятор универсальным лишь приводят к отрицанию формального права вообще. Эту черту, присущую российскому правосознанию, правильнее называть не правовым, а юридическим нигилизмом. Подводя итог, укажем, что опыт развитых правовых систем убеждает в том, что достижения в сфере права – всегда результат длительной эволюции и постоянного накопления собственного опыта. Заимствования неизбежны, но они не могут стать определяющим фактором становления собственной юридической науки. Приходится констатировать, что российское доктринальное правосознание еще не стало правовым самосознанием. Отвечая на вопрос о причинах этого, можно привести следующее суждение М. Хайдеггера: ««Мысль […]

---

[420]Кому мыслитель XVIII в. Я.П. Козельский адресовал в православной России свои суждения о естественном праве?: «Правость, унорovленную в рассуждении человеческой натуры и по мере слабости ее называю я натуральным правом (ius naturae); например, чтоб человеку разделять время своей жизни смотря по натуре своей, то есть по своим силам, на пищу, безвинную забаву и отдохновение есть натуральное право». И далее разъясняет, что «законы натуральные суть следующие: есть, пить, гулять, забавляться, искать приятного, отвращаться от противного, беречь свой живот, защищаться силою от наносимого вреда, а ежели нет силы, то убегать и прочая». См.: Козельский Я.П. Философические предложения / Избр. произведения русских мыслителей второй половины ХУШ века. Т.1. М.: «Политиздат» , 1952. С. 465,467.

[421] Синюков, В.Н., Синюкова. Т.В. О развитии университетского и прикладного юридического образования в России // Государство и право, 2010, № 3. С.36.

допускают бытию захватить себя, чтобы с-казать истину бытия»[422]. Отечественная юридическая мысль еще не в полной мере погрузилась в российское бытие, чтобы сказать истину о нем.

[422] Хайдеггер М. Время и бытие: Статьи и выступления. М.: Республика, 1993. С . 192.

РАЗДЕЛ 2. ИСТОРИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

ЧАСТЬ 1. ВСЕОБЩАЯ ИСТОРИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

2.1. Традиционная правовая культура и стиль юридической науки

Наука как особый стиль мышления, как особая сфера знаний, независимая ни от какой другой, опирающаяся на свои собственные гносеологические основания, оформилась в 16-17 вв., после эпохи итальянского Возрождения при формировании европейского секулярного общества. Так получилось, что науку сейчас понимают так, как Рене Генон определяет термин «профанная наука», т.е. область знаний, построенная на чистом интеллекте, лишенная каких бы то ни было священных оснований. Хотя при желании мы всегда даже в этой профанной науке можем найти сакральные элементы, постулаты, к которым относятся как к каким-то нерушимым священным догматам, и без которых научная картина мира не мыслится. Новая научная рациональность второй половины XX века, построенная на началах неклассический и постклассической методологии, пытается, конечно, освободиться от этих идеологических пут, но пока что позиции традиционной научной методологии XVIII-XIX вв. достаточно сильны, особенно в гуманитарных областях знания, в том числе и в юриспруденции.

Тем не менее, мы не можем игнорировать тех изменений в философии и методологии науки, которые несет нам вторая половина XX века и начало XXI века. Точно также не можем мы не учитывать и исторического своеобразия юридического познания, характерного для периода Древности и Средневековья, любая возможная модернизация (рассмотрение явлений и процессов с современной точки зрения и без учета того исторического контекста, в котором они имели место быть) в данном случае также вредна, как и забвение изменения общей методологической ситуации в наше время.

Исходя из этого представляется необходимым согласиться с теми авторами настоящего курса, по мнению которых для традиционной правовой культуры, а также для правовой культуры Древнего Рима более обоснованным будет употребление не термина «юридическая наука» а термина «стиль юридического мышления», и, соответственно, правильнее вести речь не о методологии юридической науки, а о методологии юридического познания на донаучных этапах развития человеческих обществ. Однако, без уяснения специфики традиционного стиля юридического мышления невозможно с достаточной полнотой и всесторонностью представить себе современное состояние юридической науки. В связи с этим рассмотрим своеобразие традиционной правовой культуры и основные черты права, выработанного этой культурой.

В юридической литературе по истории государства и права сложилось представление о следующих основных чертах традиционного права и правовой культуры традиционных обществ:

1) Традиционное право и стиль юридического мышления носили *синкретический (слитный) характер,* т.е. право и представления о праве не были дифференцированы от иных социальных регуляторов и форм общественного сознания. Право не было отделено от религии и морали, нарушение правовых норм считалось религиозным грехом. Само происхождение права трактуется теологически. Религиозный характер права подтверждается ордалиями («Божий суд»).

2) Традиционное право носило ярко выраженный *охранительно-репрессивный характер*. Большинство норм традиционного права были направлены на разрешение социальных конфликтов и привлечение к ответственности за правонарушения. Право было направлено не столько на обеспечение социального мира, сколько для предотвращения социальных конфликтов как проявления явного зла.

Действительно, традиционное право носило охранительный характер. При этом сама сфера проявления этого репрессивного права была узкой, т.к. в нормативной системе общества сохранилось значение иных, неюридических регуляторов социальной жизни. Прогресс в праве связывался с расширением сферы регулятивного правового воздействия, а не охранительного, репрессивного. Также расширилась сфера правового регулирования в целом. Речь идет не об уменьшении количества охранительных норм в современном праве в абсолютном значении, а лишь об изменении соотношения регулятивных и охранительных норм.

Традиционное право воздействовало на общественную жизнь ретроспективно, т.е. реагировало на уже состоявшийся конфликт. В современном праве значительно расширена сфера перспективного воздействия права, т.е. государство, принимая законы, как бы забегает вперед, непосредственно регулирует общественные отношения с целью преодоления социального конфликта в будущем. Например, в традиционном обществе судебный процесс носил обвинительно-состязательный характер, т.е. активные стороны в процессе – истец (потерпевший) и ответчик (преступник). Суд – пассивная позиция, заслушивает стороны и принимает решение.

Традиционное право характеризуется низким уровнем юридической техники. Объясняется это отсутствием необходимости в такой технике. Право было также *комплексным*, т.е. не было известно деление права на отрасли и институты. Правовой материал в законодательных текстах закреплялся по методу ассоциаций, или нормы права располагались в зависимости от тяжести предполагаемых наказаний.

Нормы права, как правило, излагались в казуистичном стиле. Не было стремления использовать общие, абстрактные понятия. Казуистичность объясняется не только неспособностью людей того времени к абстрактному мышлению, ни и тем, что право не претендовало на регулирование всех общественных отношений, а лишь реагировало на конкретные ситуации.

Право также было формалистичным и символичным, формализм предполагает совершение сложных юридических обрядов. В обрядах традиционного права проявилась его универсальная черта в целом: право формально по своей сути, изменяются лишь сами обряды.

Традиционное право не знало понятия общей правоспособности и открыто закрепляло ***принцип сословности****, т.е. различный правовой статус отдельных категорий населения, который передавался по наследству.*

Право развивалось ***ретроспективно****, т.е. не создавало новых социальных отношений и структур, а фиксировало уже возникшие в общественных отношениях социальные статусы.* Общая правосубъектность имела скорее религиозное содержание, например, в античном праве любой в момент смерти становился свободным[423].

Таким образом, в период существования традиционных обществ право характеризовалось перечисленными выше особенностями, подчеркивающими его специфику по отношению в том числе и к праву современному. Эти особенности нисколько не умаляют уровня развития традиционной правовой культуры: она не хуже и не лучше, чем иные культуры, она просто другая, не похожая на современность. Такого рода культура определила и соответствующий стиль юридического мышления, который был далек от провозглашения абстрактных прав и свобод, обоснования тотальной юридизации, выработки концепций ради их самих. Казуистичность древнего права, например, отражала такую черту традиционного стиля юридического мышления, как конкретность, когда каждое предписание формулировалось только для той ситуации, для которой требовалось внешнее государственное вмешательство. Формализм и символизм традиционного права есть следствие слабой развитости письменной культуры: сложные и многоактные формалистические и символические процедуры ставили перед собой цель не затянуть по времени юридическое оформление сделок и других операций, а как можно точнее и подробнее запечатлеть в памяти свидетелей все элементы осуществленной операции, вследствие отсутствия протоколирования. Точно также можно проследить специфику традиционного стиля юридического познания и по другим чертам традиционной правовой культуры. Главное – этот стиль и эта культура были адекватны существовавшим в то время общественным отношениям и отлично справлялись с поставленными перед правом задачами.

Характерными примерами традиционной правовой культуры, дожившими до сегодняшнего дня и не утратившими национальную идентичность и политико-юридическое своеобразие, являются дальневосточная и индусская правовые культуры. Индия и Китай – особого рода цивилизации, которые, являя миру выдающиеся культурные достижения, в том числе и в области социо-нормативного регулирования, в основных чертах сохранили очень давно выработанный

[423] См. например: История государства и права зарубежных стран: учебник: в 2 т. Том 1: Древний мир и Средние века / отв. ред. Н.А. Крашенинникова и О.А. Жидков. – 3-е изд. перераб. и доп. – М.: Норма, 2015; Кучма В.В. Государство и право Древнего мира и Средних веков: В двух частях. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2001, и др.

самобытный стиль юридического мышления, и модернизация по европейскому образцу, происходившая в этих странах, не смогла коренным образом поменять их устоев, а носила и носит преимущественно внешний символический характер. Подобное можно сказать и о Японии, в которой явлен удивительный образец синтеза самобытного и заимствованного. Итак, необходимо дать краткий очерк стилю юридического мышления, характерного для названных традиционных правовых культур.

Особенности представлений о праве в дальневосточной правовой культуре

К странам, представляющим эту культуру, относятся Китай и Япония. Прежде всего стоит отметить, что дальневосточная правовая культура характеризуется идеократичностью, и ни одна из колонизаций или модернизаций не подорвала этот характер восточной культуры. Идеократичность в этом случае означает приоритет, преимущество идеального, метафизического перед материальным, профанным. Несмотря на сложную историю и частую смену династий, китайская цивилизация (история которой насчитывает более 5 тыс. лет) показывает удивительную способность к органичному развитию и сохранению своей цивилизационной идентичности.

Особенно сложный период традиционный Китай пережил в эпоху воюющих царств (Чжаньго) – 7-3 вв. до н. э. История Китая подтверждает существование следующей закономерности: наиболее глубокие религиозно-этические учения возникают в период кризиса. В это время как раз и сложилась определенная система ценностей, которая до сих пор определяет особенности китайской и японской правовых культур.

Известный компаративист Рене Давид утверждает, кто китайское право носило космогонический характер, т.е. представления о законе непосредственно определялись представлением о строении вселенной. Центральная категория – «Дао» - мировой закон, который определяет гармонию не только вселенной, но и общества, и внутреннего мира каждого человека.

Социальный мир – органичная часть окружающего мира. Социальная жизнь соответствует Дао, если в ней преобладают принципы «Жень» и «Де» - человеколюбия и добродетели.

Триада регуляторов человеческого поведения «закон-справедливость-милость» имеет свое отражение и в китайской правовой культуре:

1) «Чинг» - чувства.

2) «Ли» - рассудок. Предполагает соблюдение по своему внутреннему убеждению определенных внешних правил поведения;

3) «Фа» - закон, самый примитивный, нежелательный регулятор поведения.

В целом, в дальневосточной правовой культуре закон рассматривается и выступает как крайнее средство воздействия. С помощью закона невозможно достичь социального мира. Закон необходим лишь в отношении явно порочных и невоспитанных людей. Лао-Цзы, основателю даосизма, принадлежат фразы: «Чем больше законов, тем больше воров и разбойников». Между

прочим, созвучные мотивы мы можем встретить и в творчестве Ф.М. Достоевского, является известной фраза которого: «Я хотел бы жить в обществе, где люди могут совершать преступления, но не совершают их».

Вообще, китайская традиционная культура с недоверием относится к юристам. Если в обществе расширяется применение закона, то это явный признак болезни этого общества. Если, например, применяется возмещение вреда, то оно не должно приводить к разорению семьи. Закон должен иметь возможность его широкого толкования. Если возник социальный конфликт – прежде всего обвини себя. Китайская пословица гласит: «Выигранный судебный процесс – потерянные деньги».

При идеократичности китайской правовой культуры она в целом носила рациональный характер и предполагала значительную формализацию общественных отношений. Кроме того, в Китае не сложилось особого сословия жречества, функции религии выполняли философско-этические учения, а роль религиозно-интеллектуальной элиты играли чиновники. Установка на некоторую рационализацию и формализацию общественной жизни не приобрела юридической формы, а проявилась в культе «Ли» - ритуал. Склонность китайской культуры к ритуалу проявилась в выделении пяти видов отношений между людьми: отец-сын, правитель-подданный, муж-жена, брат-брат, друг-друг, исходя из которых и сформировались пять образцов поведения, пять ритуалов. Ритуал обязательно должен быть искренним. Такого рода представления получили оформление в политико-правовом учении конфуцианства, до сих пор не утратившем влияния на социально-политический строй Китая.

«Суть социального порядка, опиравшегося на сформулированный им моральный идеал, Конфуций видел в том, чтобы в обществе всё было прочно и стабильно, чтобы все находились на своих местах и каждый знал свои права и обязанности. Этот принцип в учении Конфуция имел целью укрепить расшатавшиеся устои и восстановить опирающуюся на ритуал формализацию отношений… Главное – это всегда стоять на правильном пути (дао), т.е. твердо держаться истинного принципа, быть бескомпромиссным в основном, решающем… Ритуал-ли в доктрине Конфуция и как основа правосознания. То, что соответствует ли – соответствует справедливости, правде, праву, санкционированным в конечном счёте волей или установлениями Неба, а также нормами истинного пути – Дао… Итак, Небо и Дао как высшие источники естественного права с помощью этического детерминанта формируют основные нормы поведения, нормы правового регулирования – правила-ли. Правовой аспект этих правил заключается прежде всего в их глобально-всеобъемлющей функции социального контроля и повседневного строгого регулирования поведения. Этого, по мнению Конфуция, было вполне достаточно для нормального существования общества и успешного управления государством. Больше того, это исключало необходимость официального законодательства, обезличенный текст которого способен лишь

подорвать те личностные основы, на которых зиждилось управление с помощью правил-ли, четко различавших статус и функции, права и обязанности старших и младших, высших и низших. В рамки конфуцианской доктрины с её подчеркнутой ставкой на примат морали и норм обычного права, основанных на ритуале и церемониале, обезличенный и обязательный для всех закон не вписывался…»[424]. Отсюда следует вполне обоснованный вывод о том, что право (позитивное), являясь исключительный продуктом западной цивилизации, не обладает таким свойством, как универсальность, поскольку «право и его институты сыграли центральную роль в специфической исторической действительности Запада, в то время как в других обществах эта роль принадлежала другим принципам»[425]. Применительно к китайской правовой культуре уместно также привести высказывание Конфуция, иллюстрирующее наглядным образом отношение к позитивному праву (закону): «Если управлять с помощью законов и обеспечивать порядок посредством наказаний, люди будут стараться избежать наказаний, но не будут испытывать стыда; если же управлять с помощью дэ и обеспечивать порядок ритуалом, люди будут иметь стыд и станут честными и искренними»[426].

При этом в истории Китая известен эксперимент – попытка построить общественные отношения на началах «фа». Родоначальником такого движения выступила школа «фа цзя» - законники, легисты. Основатель – Шан Ян (400-338 гг. до н.э.). Характерная черта этого периода – строгие законы, суровые наказания. На основании его учения в 3 в. было организовано устройство княжества Цинь, которое затем огнем и мечом объединило все другие княжества на территории Китая в империю Цинь – единое централизованное государство. Примечательно, что эта империя Цинь, основанная на принципах легизма, просуществовала лишь несколько десятилетий, и после очередной гражданской войны утвердилась новая династия – Хань, в которой официальной идеологией было признано конфуцианство (существовала около 500 лет). Эти исторические события свидетельствуют о том, как не прижилась в Китае попытка изменить уже укоренившуюся правовую культуру и построить государство и общество на иных, не присущих этой культуре началах.

Китайская культура оказала огромное влияние на *Японию*. Так, О.А. Омельченко пишет, что «формирование письменного права в Японии началось не путем записи обычного права (как это было у большинства восточных и средневековых народов), а путем создания особого законодательства о системе и деятельности органов государственного управления – своего рода государственно-административных кодексов. Закономерно, что при создании такой своеобразной

---

[424] См.: История политических и правовых учений. Древний мир / отв. ред. В.С. Нерсесянц. – М.: Наука, 1985. С. 166-170.
[425] См.: Синха С.П. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс / пер. с англ.. – М.: Академия, 1996. С. 11.
[426] Цит. по: История политических и правовых учений. Древний мир / отв. ред. В.С. Нерсесянц. – М.: Наука, 1985. С. 170.

сферы права широко использовался опыт более древней административной традиции Китая»[427]. Право в Японии также развивалось традиционно. 8 век (702 год) – сборник права «Тайхо-рицурё» (запреты и правила поведения). Этот акт был синкретичным, носил религиозный характер и преследовал цель просвещения народа. При этом в литературе отмечается, что если последующие редакции названного свода включали довольно сильные заимствования из китайского права, то первоначальный его вариант содержал правила японского происхождения и отражал основные черты древнего японского права[428].

В Средние века (к 15-му веку) наблюдается ослабление центральной власти, и в социальной жизни стало преобладать среднее и мелкое дворянство – самураи, которые составили свой кодекс – «Бюниё-Хо» (памятник корпоративного права), который затем пробрел общегосударственное значение. Контакты с европейцами. Португальцы и голландцы. Немалая часть японцев приняла христианство, хотя для Японии было характерна собственная религия – синтоизм. Произошедшее в 17-м веке восстание христиан, было подавлено, Япония закрывается на практически 300 лет от внешнего мира. Под влиянием Китая в Японии развился культ ритуала – «Гири».

В 1860-70-х годах в японии происходит революция Мэйдзи (реставрация, если говорить точнее), серия буржуазных реформ. В ходе этой революции было осуществлено возвращение к власти императора (свержение сегуната как формы правления). Возобновляются контакты с Западом, принимается Конституция 1889, кодексы по западному образцу, предпринимаются попытки изменить образ жизни, производятся индустриализация, вестернизация. Однако все эти изменения носили внешний характер, «начинка была собственная». Например, индустриализация осуществлялась через корпорации (цзай-пацу), которые основывались на началах конфуцианской и самурайской этики. Предпринимательство – не прибыль, а обретение доверия своей корпорации. Действовали особые Правила чести и престижа, дисциплина требовалась от всех.

В.Н. Ерёмин выделяет следующие особенности эволюции японского государства и общества, оказавшие в конечном счёте влияние на правовую культуру этой страны:

1) до конца XIX века страна практически не вела войн с внешними противниками;

2) характерной чертой японской истории является фактическое отсутствие революционных скачков в развитии общества, развитие социальных отношений шло эволюционным путём;

3) японское феодальное общество не знало гипертрофированной роли церкви, абсолютной монополии какой-либо религии, сколько-нибудь стойкого религиозного фанатизма;

4) государственное руководство Японии неустанно принимало меры, направленные на заимствование достижений общественного развития других стран и на внедрение их в местную

---

[427] Омельченко О.А. Всеобщая история государства и права: Учебник в 2 т. Т. 1. Изд. 3-е, испр. Т. 1–М.: ТОН – Остожье, 2000. С. 500.
[428] См.: Там же. С. 500.

практику, при этом важно подчеркнуть, что заимствование осуществлялось не механически, а на основе строгого отбора[429].

«Благодаря названным обстоятельствам Японии посчастливилось избежать таких нередких в истории других государств издержек, как разбазаривание людских и материальных ресурсов, психологическая неустойчивость общественного сознания, разрушение культурного наследия и т.п.»[430]. Приведенные соображения В.Н. Еремина позволяют утверждать, что применительно к Японии, так же как и к Китаю, речь идёт о правовой культуре, сохранившей свои традиционные основы, где разного рода заимствования производились исключительно с целью сохранения и улучшения уже существующих достижений. Это определило в том числе и значительные темпы развития этих государств, этих культур в XX веке и в начале XXI века. В рамках рассмотрения традиционной правовой культуры необходимо также затронуть ещё один её тип – правовую культуру, основанную на религии ислама, которой будет посвящён следующий параграф. Мы же здесь уделим определенное внимание индусской правовой культуре, как культуре, основанной на метафизических (философско-религиозных началах).

Своеобразие индусской правовой культуры и стиля юридического мышления.

Индия представляет собой ещё один особый культурно-исторический тип, с присущими ему специфическими чертами, которые уже в течение нескольких тысяч лет определяют его неповторимое своеобразие и самобытность, в том числе и в юридической сфере, в части стиля юридического мышления. Как пишет А.И. Ковлер, «при определении индусского права необходимо проводить различие между правом Индии, независимого государства, образованного в 1947 году на значительной части бывшей Британской Индии, и правом общины, исповедующей индуизм и имеющей своих последователей как в Индии (85% населения), так и в Пакистане, Бангладеш, Непале, Бирме, Восточной Африке, на островах Фиджи и т.д. Уже в силу этого различия индусский homo juridicus в историческом обозрении по преимуществу был и остается «человеком общинным», только недавно начавшим приобретать правовые признаки «человека государственного». Между этими двумя состояниями подавляющего большинства современных индийцев нет резкой границы»[431].

Как отмечает Н.А. Крашенинникова, индийская цивилизационная модель (занимающая, как правило, одно из центральных мест в списке современных мировых цивилизаций), по классификации Парсонса, относится к «интеграционной», в которой подчеркивается особое значение нормативного строя общества, механизмов регулирования внутренних конфликтов, всевозможных ассоциаций и сообществ людей, а также «особой рациональности», при которой

---

[429] См.: Еремин В.Н. История правовой системы Японии / отв. ред. А.А. Кириченко. М.: Российская политическая энциклопедия, 2010. С. 21-22.
[430] Там же. С. 23.
[431] Ковлер А.И. Антропология права: Учебник для вузов. – М.: Норма, 2002. С. 200-201.

действия людей оцениваются с точки зрения потенциальной способности работать на укрепление социальных и политических связей, снижать уровень социальных конфликтов. «Все стороны жизни в таком обществе регулируются строжайше разработанными этико-кастовыми нормами, традиционными правилами, различными для разных социальных групп и ашрам (стадий жизни), выполнение которых приносит человеку религиозную заслугу, а нарушение ведет к религиозной и социальной деградации. Личность здесь вне сообщества, вне коллектива не имеет социальной ценности. Только место в этом коллективе, а также ранг самого коллектива обусловливают социальный престиж и влияние человека, что и обеспечивает главную мотивацию его поведения. Система приобретает вид иерархии влияния, наглядно выражающейся в иерархии индийских варн и каст, с чем связано и особое место в обществе брахмана как носителя наследственного влияния, и особое развитие на протяжении всей индийской истории отношений наставника (гуру) и ученика. В рамках этих отношений особую социальную ценность имел ученый брахман, выполняющий функции воспитания своих учеников в духе неуклонного следования религиозно-нравственному и правовому долгу, дхарме – кастовым нормам и ритуалу»[432].

Прослеживается значительное количество общих черт между индусской и ранее рассмотренными китайской и японской правовой культурами. В качестве таковых можно выделить также приверженность к ритуалу, акцент на сложившийся социальный порядок, в котором место человека определяется тем социальным положением, которое для него определено в этом порядке, социальный порядок основан не на позитивном праве, исходящем от государства, а на стройной системе обычаев, религиозных (метафизических) правил, этических нормах. Есть смысл говорить не столько о синкретизме как слитности традиционного права и традиционной правовой культуры, как о синкретизме как целостности, нерасчлененности человеческой личности и соответствующей ей и определяющей её нерасчлененности общей культуры, частью которой выступает и культура правовая. Именно этой целостностью, нерасчлененностью определяется и особый стиль правового мышления. Его нельзя назвать наукой о праве, поскольку сам этот термин уже предполагает определенное разделение и выделение отдельных частей из целостного миропонимания, это именно особый стиль мышления, но даже не стиль правового мышления, а стиль мышления, имеющий юридический компонент. Если, к примеру, мы обратимся к хрестоматийному памятнику (да и приемлемо ли это слово по отношению к до сих пор действующему своду правил) древнеиндийского права – Законам Ману (Наставления Ману о дхарме)[433], то увидим, что правовые (или, скажем так, касающиеся отношений, на сегодняшний день относимых к предмету правового регулирования) предписания занимают там весьма

---

[432] См.: Крашенинникова Н.А. Правовая культура современной Индии: инновационные и традиционные черты. – М.: Норма, 2013. С. 12-13.

[433] Обоснование такого наименования см.: Ковлер А.И. Антропология права: Учебник для вузов. – М.: Норма, 2002. С. 208.

незначительную часть общего текста и при этом интегрированы в общую материю трактата. Что-то подобное мы можем наблюдать и в законоположительных книгах Библии (в Ветхом Завете), что также подтверждает тезис о цельности традиционного миропонимания и включённости традиционного права в общий массив культуры традиционных обществ.

В связи с этим хотелось бы привести очень интересное высказывание по поводу традиционной культуры и традиционного общественного устройства, приводимое Рене Геноном в работе «Общее введение в изучение индусских учений», которое как нельзя лучше иллюстрирует взаимосвязь традиционных правовых культур между собой по признаку их традиционности. «Общественное устройство, чтобы быть признанным традиционным, должно быть эффективно прикреплено в своей основе к традиционному учению, будь оно метафизическим, религиозным или каким-либо ещё. Другими словами, традиционными являются те общества, которые имеют своё главнейшее основание в более или менее прямой, но всегда сознательной и намеренной зависимости от доктрины, которая, как требует того её внутренняя природа, принадлежит во всех случаях к интеллектуальному порядку; но эта интеллектуальность может быть обнаружена либо в чистом виде, когда речь идёт о полностью метафизическом учении, либо в соединении с составляющими иного порядка, как в случае религии или иной особой формы, которую традиционная доктрина способна принять»[434].

И далее он раскрывает специфику традиционности каждой культуры, которая им таковой признается. «Мы уже видели, что исламская традиция имеет две различимые стороны, одна из которых – религиозная – и именно от неё зависит всё общественное устройство, в то время как другая сторона, являющаяся в полном смысле слова восточной, является чисто метафизической. В некоторых пределах это наблюдалось и в средневековой Европе на примере учения схоластов, в котором заметно проявляются арабские влияния… В Индии мы сталкиваемся с традицией, чисто метафизической по свое сути; к ней прикреплены, как и многие другие зависимые дополнения, различные приложения, которым она даёт начало, как, например, некоторые вторичные ответвления самого учения, типа космологии, или же в области общественного устройства, которое весьма строго управляется аналогичным соответствием, связывающим воедино космическое и человеческое бытие… Контрастное разделение, имеющее место в Китае… позволяет нам наблюдать метафизическую традицию с одной стороны и общественную с другой, и они могут на первый взгляд показаться не только разделенными, каковыми они и являются, но даже относительно независимыми друг от друга, тем более, что метафизическая традиция всегда оставалась уделом почти одной только интеллектуальной элиты, в то время как общественная традиция по самой своей природе распространяет себя на всё без различия и в равной мере

[434] Генон, Рене. Общее введение в изучение индусских учений / пер. с англ.: М.В. Маковчик. – М.: Беловодье, 2013. С. 80.

требует активного участия»[435]. Таким образом, в гносеологической области, в области познания во всех традиционных культурах наблюдается значительное количество общих черт, что, в свою очередь, определяет и общее в стиле непосредственно правового мышления, в то время как существующие между ними различия показывают специфику юридического стиля.

Ограниченный объём настоящего издания не позволяет рассмотреть достаточно глубоко вопросы юридической методологии традиционных правовых культур. В завершение хотелось бы ещё раз подчеркнуть, что говоря «стиль юридического мышления» применительно к китайской, японской и индусской культуре мы всё же допускаем определенное упрощение, поскольку синкретичность и целостность традиционного мировоззрения предполагает, что правовое познание органично вплетается в общую ткань познания, и настолько тесно переплетается с иными видами познания, что его можно рассматривать только в общем контексте. Что касается мусульманской правовой культуры, то она обстоятельно рассматривается в следующем параграфе.

2.2. Особенности юридического познания в мусульманской правовой культуре

Корни мусульманской правовой семьи, распространённой в более 50 государствах мира и объединяющей приблизительно миллиард верующих, восходят к периоду формирования самой молодой из мировых религий – исламу в VI – VII вв. н.э. на территории Аравийского полуострова[436]. Самобытность и уникальность мусульманского права и юридической доктрины обусловлена историей исламских духовных и нравственных идей и ценностей. Прав французский знаток мусульманского права Р. Шарль, отмечая что: «Ислам (от корня салама – быть покорным богу) – это прежде всего религия, затем государство и, наконец, культура»[437].

До V века н.э. арабы, расселившиеся в Аравии, входили в различные государственные образования – Римскую империю, Византию и т.д. В V веке в арабском мире разразился социально-экономический и политический кризис. Арабы были разобщены в силу отсутствия единых хозяйственных отношений (бедуины занимались скотоводством, а жители городов вели торговлю), единых религиозных культов (арабы придерживались разнообразных языческих представлений). Так, отечественный арабист Д. Е. Еремеев пишет: «Разрешить кризис арабов и объединить разные племена в народность было возможно лишь путём выработки новых идей,

---

[435] См.: Генон, Рене. Общее введение в изучение индусских учений / пер. с англ.: М.В. Маковчик. – М.: Беловодье, 2013. С. 80-81.

[436] Чиркин, В.Е. Мусульманская концепция права / В.Е. Чиркин// Мусульманское право (структура и основные институты). - М.: Инс-т гос-ва и права АН СССР, 1984. С. 7.

[437] Шарль, Р. Мусульманское право / Р. Шарль. - М., 1953. С. 11.

связанных с объединением арабов, устранением многобожия и смягчением социальных противоречий»[438].

Духовной основой создания единого арабского государства стал ислам – религиозное откровение, которое бог (Аллах) передал пророку Мухаммеду (570 – 632 гг. н.э.). Мухаммед, происходивший из бедной мекканской семьи, после женитьбы на вдове торговца Хадидже на сороковом году своей жизни стал вести проповеди среди жителей города Мекки. Общесоциальный характер проповедей Мухаммеда, выступавшего против многобожия, старых верований, а также ряда торговых институтов (ростовщичества и чрезмерное богатство) вызвали несогласие и осуждение со стороны зажиточных слоёв мекканского общества. Подвергаясь гонениям и покушениям на жизнь, Мухаммед был вынужден бежать в Ясриб (Медину – город пророка) 16 июля 622 году. Медина была давним противником Мекки в соперничестве в области торговли, поскольку оба города лежали на караванных путях купцов[439].

В Ясрибе учение Мухаммеда было воспринято почти единодушно. Верующие жители Медины и сподвижники Мухаммеда образовали мусульманскую общину – умму. Пророк стал духовным лидером (имамом) города, а впоследствии – правителем Медины, военачальником и судьёй. Сосредоточение духовной и светской власти в руках Мухаммеда (а после его смерти халифов – преемников) привело к смешению общины и государства, религии, права и политики[440]. По словам голландского исследователя мусульманского права Л.В.С. Ван ден Берга «семитские народы никогда не могли представить себе государство иначе как в виде теократии, т.е. такого учреждения, настоящий глава которого есть Высшее существо. Следствием этого теократического начала было слияние воедино понятий о праве и богослужении, которые черпались из одного и того же источника, а именно из священных книг, так что юристы должны были до некоторой степени быть в то же время богословами, а богословы – юристами»[441].

В течение последующих десяти лет мединцы во главе с имамом стали вести войну с мекканцами и другими арабскими племенами. К концу 630 гг. Аравия признала власть пророка Мухаммеда и, в конце концов, жители Мекки перешли в ислам. Мухаммед провозгласил Мекку центром арабского теократического государства. После смерти пророка его последователи стали вести завоевательные войны на территории соседних государств. В VIII веке Арабский халифат занял территорию от Испании и Марокко на Западе до Средней Азии и Индии на Востоке.

---

[438] Еремеев, Д.Е. Ислам: образ жизни и стиль мышления / Д.Е. Еремеев. - М., 1990. С. 18.; История арабской государственности подчинена универсальной закономерности – формирование единого социально-культурного и политического объединения людей связано с зарождением общих религиозных представлений и культов (христианство в Римской империи, иудаизм в Израиле, православие в Киевской Руси).

[439] Беляев, Е.А. Арабы, ислам и арабский халифат в раннее средневековье / Е.А. Беляев. - М., 1966. С. 85 – 126.; С 16 июля 622 г. (переселения пророка в Медину) ведётся летоисчисление в мусульманском мире, а указанная дата получила название «хиджры».

[440] Еремеев, Д.Е. Указ. соч. С. 24.

[441] Ван ден Берг, Л.В.С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии / Л.В.С. Вен ден Берг. - М.: Наталис, 2005. С. 15.

Проповеди Мухаммеда, отражавшие волю Аллаха, произносились им нараспев и не были при его жизни отражены на письме. Откровение заучивалось наизусть сподвижниками пророка – хафизами. После смерти Мухаммеда его преемник – первый халиф, ставший главой арабского государства, Абу Бекр решил собрать все существующие тексты проповедей и привлечь оставшихся в живых Хафизов для подготовки сборника откровений. Первый вариант писаного священного текста мусульман получил название «листов» и не был признан в качестве обязательного для верующих мусульман. Лишь вторая редакция книги под названием Мусхаф (свиток) стала канонической и вошла в историю под именем Корана[442].

«Коран (куръян) происходит от арабского корня «кара`а» - «читать» или, чаще, - «произносить речитативом, декламировать», - пишет западный учёный Л. Массэ[443]. В структуре Корна выделяется 114 сур (вероятно, «откровений») и 6000 стихов (аятов)[444]. По своему содержанию и природе в Коран входят религиозные, нравственные, культовые правила, а также нормы права. Собственно правовыми в Коране выступают не более двухсот стихов. Так, Рене Давид отмечает: «Мусульманские авторы различают строфы, которые устанавливают личный статус (их 70), строфы, касающиеся «гражданского права» (также 70), строфы уголовно-правового характера (в количестве 30), строфы, регламентирующие судебную процедуру (13), «конституционные строфы» (10), строфы, касающиеся экономики и финансов (10), и, наконец, строфы, относящиеся к «международному праву» (25)[445]. Кроме того, в тексте Корна юристы и богословы вскрыли около 225 противоречий[446].

Поэтому справедливы слова М.С. Хайдаровой: «В Коране имелось сравнительно немного определённых положений, вошедших в шариат, но их оказалось далеко недостаточно для удовлетворения потребностей мединского общества (ещё при жизни Мухаммеда), а тем более для потребностей огромной империи, населённой народами, отличавшимся друг от друга социально-экономическими и культурными особенностями»[447].

В силу противоречивости и недостаточности предписаний Корана для упорядочения жизни мусульманского общества появилась потребность в создании необходимых правил поведения, опиравшихся на религиозный авторитет пророка. Данные правила стали сподвижниками и последователями пророка, богословами и юристами собираться в сунны – предания (обычая, традиции), которые отражали слова и поступки пророка и его сподвижников. «В настоящее время нам доступно огромное количество собраний хадисов (рассказов о поступках пророка), однако,

---

[442] Еремеев, Д.Е. Указ. соч. С. 39.
[443] Массэ., Л. Ислам. Очерк истории / Л. Массэ. - М., 1982. С. 61.
[444] Ковлер А.И.Указ. соч. С. 229.
[445] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 312.
[446] Климович, Л.И. Ислам / Л.И. Климович. - М., 1965. С. 52.
[447] Хайдарова, М.С. Основные направления и школы мусульманского права / М.С. Хайдаврова// Мусульманское право (структура и основные институты). - М.: Инс-т гос-ва и права АН СССР, 1984. С. 38.

главные из них шесть собраний, составленных известными авторами в X веке: Сахим (истинные) Бухари, Сахим Муслим, Сунан (сборник хадисов) Абу Дауд, Сунан Тиршизи, Сунан Хасан и Сунан Ибн Шадма»[448]. Сунна по своему юридическому действия близка к правовому обычаю, поскольку реализация хадисов представляет повторение (воспроизведение) поступков пророка и его сподвижников как идеальной нормы.

В сунне различают три группы хадисов: 1) действительные; 2) слабые; 3) сомнительные[449]. Обязательными для мусульман признаются лишь действительные хадисы. Ряд арабских богословов предпринял работу по разделению хадисов на действительные, слабые и сомнительные. Наиболее авторитетными и аутентичными являются сборники хадисов имама Мухаммада ибн Исмаила аль-Бухари (VIII в.), включающего 7563 хадиса и Муслима ибн аль-Хаджджафта (VIII в.), содержащего 7433 хадиса[450].

Тем не менее, по причине разнообразия авторов правовые хадисы были противоречивы. Исламские богословы и правоведы разработали правила разрешения противоречий между хадисами. Отечественный специалист по мусульманскому праву указывает: «Если два предания противоречат друг другу, то кади (мусульманский судья) должен решать на основе более достоверного… Если по достоверности оба хадисы равны, то предпочтение отдаётся тому, который содержит позднейшее действие, или изречение пророка, а также то, при котором число присутствовавших было больше»[451].

В VII веке среди мусульман появилась группа верующих, считавших после Корана сунну главным источником права – хадиситы. Основоположником данной школы стал Малик ибн Анас, предпринявший попытку кодификацию мусульманского права на основе хадисов. Естественно, что в случае противоречия Корана и сунны, приоритет отдаётся предписаниям Корана.

Но, как верно отмечают немецкие компаративисты К. Цвайгерт и Х. Кётц: «…и предания, названные в совокупности «сунной», были в значительной мере далеки от исторической правды и поддерживались исламскими учёными исключительно с целью придать своим взглядам видимость достоверности»[452]. Немецким учёным вторит отечественный исследователь Л.Р. Сюкияйнен: «С течением времени всё отчётливее ощущалась недостаточность конкретных предписаний Корана и сунн, а также нормативных решений сподвижников Пророка. Эти разрозненные и не представляющие единой системы правила поведения сами по себе не могли обеспечить необходимой нормативной регламентации изменяющихся общественных отношений в мусульманском государстве – халифате. Поэтому, начиная с VIII в., главную роль в ликвидации

---

[448] Максуд, Р. Ислам / Р. Максуд. - М., 1998. С. 156 – 157.
[449] Артёмов, В. Мусульманское право. Исторический очерк. / В. Артёмов// Российская юстиция. 1997. № 10. С. 22.
[450] См: на русском языке Сунна пророка Мухаммеда Ал-Бухари.// Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. I. Античный мир и восточные цивилизации. - М.: Мысль, 1999. С. 658 – 665.
[451] Садагдар, М.И. Основы мусульманского права / М.И. Садагдар. - М., 1968. С. 20.
[452] Цвайгерт, К., Кётц Х. Указ. соч. С. 451.

пробелов и приспособлении положений указанных источников к потребностям общественного развития постепенно взяли на себя правоведы – основатели правовых школ-толков и их последователи»[453].

До VIII века мусульманское право действовало в виде Корана, сунны и решений по конкретным делам халифов и кади (судей). Поскольку писаное мусульманское право было пробельным, появился институт «раи – свободного усмотрения судьи при решении конкретного казуса при молчании Корана и сунны. Мусульманские правоведы считают, что возможность свободного усмотрения судьи была предусмотрена в предании о разговоре Мухаммеда со своим сподвижником Муазом, назначенным наместником в Йемен. «По чему ты будешь судить?» - сказал Мухаммед. «По писанию Аллаха», - отвечал Муаз. «А если не найдёшь?» - спросил пророк. «По сунне посланника Аллаха», - сказал Муаз. «А если не найдёшь?» - вопрошал пророк. «То вынесу решение по своему усмотрению», - сказал Муаз. «Хвала Аллаху, который наставил посланника Аллаха на путь, угодный его посланнику!» - воскликнул Пророк[454].

До X века мусульманские судьи пользовались свободой усмотрения для восполнения пробелов в регулировании отношений в арабском обществе. Со временем иджтихад (свобода усмотрения при решении юридических споров) закрепился не только за судьями и халифами, но и учёными-правоведами, к которым обращались для получения советов по поводу толкования преданий о жизни Мухаммеда[455]. Именно мусульманские юристы после смерти Мухаммеда составили сборники хадисов о поступках пророка.

В период правления халифа Омара (634 – 644 гг.) при кади появились советники из факихов (учёных-юристов), которые обеспечивали вынесение судьёй решению по делу на основе согласия авторитетных знатоков мусульманского права. Заключение юристов по конкретному спору получила название фетвы, и по своей природе стало выступать в качестве источника права. Профессор А.И. Ковлер, изучая правовое положение человека в мусульманской правовой семье, пишет: «Принцип иджтихада (имеющего много значений – «усердие», «настойчивость», а также «поиск истины», в определённом смысле и «свобода усмотрения») позволял формулировать конкретные судебные решения и новые правила поведения»[456].

Наконец, возникновение мусульманского правоведения (фикха) и признание его в качестве источника права было обусловлено тем, что с точки зрения ислама Коран и сунна как собственно религиозные источники мусульманского права считаются незыблемыми, вечными и непререкаемыми, тогда как общественная жизнь требует адекватных средств и способов регулирования. По данному поводу Р. Шарль замечает: «Непреложность слова божия, так же как и

---

[453] Сюкияйнен, Л.Р. Указ. соч. С. 66.
[454] Сюкияйнен Л.Р. Указ. соч. С. 67.
[455] Садагдар, М.И.Указ. соч. С. 27 – 28.
[456] Ковлер, А.И. Указ. соч. С. 230.

его недостаточность, оказалась злосчастной для правовой системы ислама. Чтобы утолить свою жажду в правосудии, мусульмане были вынуждены провести тощую струйку Корана через сыпучие пески священного предания (сунны). Их усилия затем увеличились, и они стали утолять эту свою жажду уже из вторичных источников: из иджмы (одобрение, согласие общины) и из амал (юриспруденция)»[457].

Таким образом, причинами возникновения мусульманской правовой доктрины, ставшей источником права, являются:

1. Противоречивость и пробельность Корана и Сунны как священных текстов, содержащих юридические нормы, предполагающие возникновение освящённых исламом рациональных путей разрешения противоречий и устранения пробелов;

2. Догматизм, неизменность Корана и Сунны и как следствие их неспособность упорядочивать возникающие социальные отношения должны были с необходимостью повлечь создание гибких, своевременных и обоснованных с точки зрения здравого смысла и признания мусульманской общиной юридических предписаний.

3. Многочисленность и разноречивость хадисов требовали интеллектуальной работы по собиранию, устранению противоречий между сказаниями о поступках пророка его сподвижников, что выразилось в изложении мусульманскими учёными (муджтахидами) в своих произведениях сунн[458].

В отличие от религиозных источников шариата (Корана и сунны) мусульманское правоведение покоится на принципах рациональности, создаётся с согласия Аллаха сведущими людьми и способно меняться с течением времени.

«Золотой век» мусульманского правоведения продолжался в течение двух с половиной веков с VIII по X вв. и называется периодом кодификации и имамов (мазхабов – мусульманских школ права). Расцвет правоведения пришёлся на период правления династии Аббасидов, захвативших власть в 750 году. В связи с чем, К. Цвайгерт и Х. Кётц отмечают: «Аббасиды дали возможность религиозным законам оказывать большое влияние на жизнь государства, признали авторитет ведущих правоведов и возвели многих из них на высшие судейские должности»[459].

Первые школы мусульманского права возникли в Медине и Куфе (иракском городе). Первой школой – мусульманским толком – стала школа Абу Ханифы. В течение двух веков возникли различные течения, направления в исламской юриспруденции. Так, отечественный исследователь мусульманского права М.Т. Хайдарова указывает, что «согласно преданиям, уже в IX веке исчезло 500 правовых школ»[460].

---

[457] Шарль, Р. Указ. соч. С. 13.
[458] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. 312.
[459] Цвайгерт, К., Кётц Х. Указ. соч. С. 452.
[460] Хайдарова, М.С.Указ. соч. С. 39.

Прежде всего, мусульманское правоведение разделилось в VIII веке на:

– Суннитов;

– Шиитов.

Различие между суннитами и шиитами связано с разными подходами в преемстве верховной власти в арабском теократическом государстве. По мнению шиитов, власть имама (главы государства) должна быть наследственной и иметь божественное происхождение и передаваться от Мухаммеда его родственникам. В действительности, после смерти четвёртого халифа Али, двоюродного брата и зятя Мухаммеда, власть перешла к мекканской аристократии – Омейядам, считавших себя преимущественно государственными деятелями, а не духовными лидерами. В силу чего шииты (от слова si`a – партия (Али) относили первых имамов и Омейядов к узурпаторам. Кроме того, шииты для юридической аргументации принимаемых решений ссылаются не только на предание пророка, но и на заключения имамов, так как последние ведут своё происхождение к пророку[461].

Другой отличительной чертой шиитиской школы права выступает непризнание кияса источником права. Шииты считают, что пророку принадлежат слова: «Мои приверженцы разделяются более чем на 70 сект и самой заблудшей является та группа, которая решает вопросы на основе кияса». Наконец, шииты не признаёт в качестве источника права хадисы, которые не исходят от пророка и членов его семьи[462]. Ряд авторов ошибочно полагают, что расхождения между суннитами и шиитами покоятся на том, что шииты не признают обязательности сунны пророка. На самом деле шиитское направление в исламе относит предания о поступках и словах пророка к источникам мусульманской религии и права.

Шиитское мусульманское право распространено в Ираке, Йемене и Иране, ряде среднеазиатских государств и охватывает не более 8 % всех мусульман[463]. Шииты в свою очередь разбиваются на 20 школ, среди которых известны зейдиты и джафариты.

Первая суннитская школа правоведения была создана Абу Ханифой ибн Сабитом (699 – 767 гг.). Абу Ханифа родился в г. Куфе и жил вместе одновременно с четырьмя сподвижниками Пророка. После пилигримства в Мекку он поселился как преподаватель в родном городе и приобрёл учёников. По словам Л.В.С. Ван ден Берга «об учёности его, приобретённой им ещё при жизни, и цене, которую придавали его решениям, можно заключить из того, что халиф Мансур хотел назначить его кадием Багдада, и когда имам, по своему смирению, отказался от этой должности, то халиф велел ввергнуть его в темницу, в которой он вследствие дурного обращения

---

[461] Ван дер Берг, Л.В.С. Указ. соч. С. 26.
[462] Садагдар, М.И. Указ. соч. С. 24.
[463] См: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 451.; Чиркин В.Е. Мусульманская концепция права // Мусульманское право (структура и основные институты). М., 1984. С. 7.

умер через несколько дней»[464]. Среди мусульман Абу Ханифа известен как имам аль-Азам – великий имам.

К источникам права великий имам относил Коран, сунну, иджму и кияс. При разрешении юридических споров Абу Ханифа советовал руководствоваться киясом и личным мнением. Кроме того, ханифитская школа учитывает смысл, а не букву права, а также местные условия развития права (так называемый истихан – использование местных обычаев и общего практического интереса)[465].

Абу Ханифа был автором ряда научных трудов – «Аль-Фикх аль-Акбар» и «Алим ва аль-мутаалим». Названные работы включали в себя детальные правила для решения разнообразных жизненных ситуаций. Учеником Абу Ханифы стал Абу Йусуф (731 – 798), опубликовавший первую книгу по мусульманскому праву под названием «Аль-Харадж»[466]. По указу аббасидского халифа Харун ар-Рашида он был назначен главным судьёй г. Багдада (судья судей). Другим учеником основателя ханифитской школы был Мухаммед аш-Шейбани (749 – 804), который некоторое время исполнял обязанности главного судьи. Аш-Шейбани является автором «Аль-Мабсут» и «Аль-Джами», где он изложил ряд судебных тяжб, ставших основой для решения споров другими судьями. Среди последователей ханифитов можно выделить Бурхана ад-Дина ибн абу Бекра Маргинани (ум. 1197 г.) – автора сборника «Аль-Хидая», Абу аль-Фараджа Мухаммед ибн Исхак Надима – автора первой энциклопедии по мусульманскому праву – «Аль-Фихрест»[467].

К достоинствам ханифитской школы правоведения можно отнести учёт местных условий, рациональных источников при решении юридических дел, а также возможность свободного использования иджмы – согласованного мнения мусульманской общины. В то же время недостаток ханифитского правоведения исследователи видят в поощрении свободного усмотрения кади, граничившего с произволом[468].

Ханифитский мазхаб был воспринят в Средние века аббасидскими халифами. В настоящее время ханифитское учение распространено среди 350 миллионов мусульман в Сирии, Египте, Иордании, Турции, Пакистане, Индии, Афганистане, а также бывших среднеазиатских республиках Советского союза[469].

Другим ортодоксальным толком в мусульманской юриспруденции стало учение Малик ибн Анаса (713 – 795 гг.). Перу Малик ибн Анаса принадлежит труд «Ал-Муватта» - расчищенная тропа[470]. В своём произведении Малик систематизировал хадисы для упорядочения всех сфер

---

[464] Ван ден Берг, Л.В.С. Указ. соч. С. 24.
[465] Хайдарова, М.С. Указ. соч. С. 40 – 41.
[466] Садагдар, М.И. Указ. соч. С. 23.
[467] Хайдарова ,М.С. Указ. Соч. С. 41.
[468] Артёмов, В. Указ соч. С. 22.
[469] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 310.
[470] Садагдар, М.И. Указ. соч. С. 21.

общественной жизни. Более того, маликиты – первая из суннитских школ, признавших сунну в качестве источника мусульманского права. Свой рассуждения автор основывал на иджме учёных Медины, а к киясу и толкованию прибегал лишь в случае крайней необходимости. Так, М.С. Хайдарова пишет: «Впоследствии ученики Малика ибн Анаса – Абдель Рахман ибн аль-Касем (ум. 806 г.), Убейдаллах ибн Абу Зейд аль-Кайравайн (928 – 996 гг.), написавший «Ар-Рисаля» - руководство по маликитскому праву, а также Халил ибн Исхак аль-Джунди, автор известной книги «Аль-Мухтасар» и другие его последователи предпочитали основываться на Коране и сунне, редко обращались к рациональным аргументам и не признавали кияс»[471].

Сторонники маликитской школы права ограничивали применение иджмы только согласованным мнением мединских улемов по конкретному вопросу. Вместе с тем, они разработали один из методов применения иджтихада – истимах – возможность решения отдельных вопросов вопреки общим установкам, если того требуют здравый смысл и общие интересы мусульман[472].

Известным справочникам по маликитскому мазхабу являются труды «Аль-Мудаввана» Асада ибн аль-Фурата, отредактированный впоследствии Сахнуном под названием «Аль-Мудаванна аль-Кубра». Школа маликитов получила распространение в Западной Африке и Испании, в наследственном и семейном праве Марокко, Алжира, Туниса и Ливии. К настоящему времени маликитского толка придерживается около 50 миллионов мусульман[473].

Ученик Абу Ханифы и Малика ибн Анаса Мухаммед ибн Идрис аш-Шафии (767 – 820) создал собственную школу права, получившую название шафиитиской. По мнению учёных-арабистов шафииты занимают промежуточное положение между ханифитами и маликитами, поскольку они с почтением относятся к преданиям и в необходимых случаях используют рациональное рассуждение для восполнения пробелов в мусульманском праве. В своих произведениях «Усуль аль-Фикх», «Ар-Рисаля», «Аль-Умм», «Муснад», «Сунан» аш-Шафии попытался установить правила, при помощи которых из Корана и сунны можно было вывести нормы мусульманского права. Аш-Шафии первый создал учение о «четырёх корнях» исламского права. Немецкие правоведы К. Цвайгерт и Х. Кётц отмечают: «согласно этому учению, первый «корень», разумеется, Коран; второй «корень» - сунна как воплощение боговдохновенной практики пророка, которая имеет решающее значение для толкования и разъяснения заповедей Корана; третий «корень» - иджма, то есть единое мнение всей исламской общины, неспециалистов и юристов по какому-либо вопросу исламского учения об обязанностях правоверных; четвёртый, и последний, «корень» - принцип суждения по аналогии «кыяс», то есть применение

[471] Хайдарова, М.С. Указ. Соч. С. 42.
[472] Беляев, Е.А. Указ. соч. С. 246.
[473] Хайдарова, М.С. Указ. соч. С. 42.

соответствующих норм, сформулированных в Коране, сунне или иджме, к новым аналогичным случаям»[474].

После смерти аш-Шафии его школа стала приобретать известность и авторитет в мусульманском мире. Ученики и последователи аш-Шафии не только истолковывали шафиитское учение, но и разрабатывали новые нормы мусульманского права. Так, Абу Шуджжа Ахмад Бен Хасан ибн Ахмад аль-Исфагани (1042 – 1106) в своём произведении «Аль-Мухтасар» создал оригинальную систему мусульманского права. Другой ученик аш-Шафии Абу Исхак Ибрахим аш-Ширази аль-Фирузабади (ум. 1083 г.) является автором книги «Ат-Танбих». Систематизацией мусульманского права среди шафиитов занимались Абу аль-Хасаном аль-Маварди (ум. 1058 г.) в его известном произведении «Аль-Ахкам ас-Султания» и Джалал ад-Дином ас-Суйути (ум. 1505 г.)[475].

Для шафиитов характерно понимание иджмы как единодушного мнения всей мусульманской общины (улемов) при критическом отношении к принципу раи – свободного усмотрения[476].

Шафиитского толка в современном мире придерживается около 100 миллионов человек в Палестине, Адене, Индостане, Пакистане, Малайзии, Цейлоне, Филиппинах, Индии и Восточной Африке[477].

Четвёртым и последним мусульманским мазхабом стал ханбализм, основателем которого является ученик аш-Шафии Ахмад ибн Ханбал аш-Шейбани (780 – 885 гг.). По историческим свидетельствам Ибн Ханбал обладал редкой памятью и знал наизусть более миллиона хадисов. В своей книге «Аль-Муснад» создатель ханбализма ссылается на 30 тысяч преданий, которые он отобрал из 750 тысяч хадисов. Ибн Ханбал единственными источниками мусульманского права считал Коран и сунну пророка, а кияс и другие способы устранения пробелов в мусульманском праве отвергал как противоречащие исламу[478]. Иджма ханабалитами ограничивалась единодушным мнением только сподвижников пророка[479].

Взгляды ханбалитов отличаются ультраконсерватизмом, поскольку они не признают новелл и изменений в мусульманском праве. Не случайно в арабском языке слово «нововведение» - бид`а, имеет два значения – новации и искажения. Более того, сторонники ханабалисткого толка стремились вернуть мусульманскому праву первоначальную чистоту и простоту, которые с необходимостью влекли за собой догматизм, ригоризм и буквальность в толковании предписаний Корана и сунны. Так, голландский учёный Л.В.С. Ван ден Берг указывает: «Что касается характера ханбалитской школы, то надо заметить, что она не только превзошла школу Малика в строгости и

---

[474] Цвайгерт, К., Кётц Х. Указ. соч. С. 453.
[475] Хайдарова, М.С. Указ. соч. С. 43.
[476] Беляев, Е.А. Указ. соч. С. 248.
[477] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 311.
[478] Хайдарова, М.С. Указ. соч. С. 43.
[479] Беляев, Е.А. Указ. соч. С. 249.

ограниченности, но даже с особенной любовью придаёт Корану и Суннету такое толкование, которое ведёт к самым нелепым заключениям»[480].

Приверженность традиции и нетерпимость к новизне обусловили кровавую славу ханбалитов в раннее средневековье и падение их авторитета среди верующих мусульман. Кроме того, их неприязнь к монгольским завоевателям в XIII веке привела к физическому уничтожению многих из последователей ханабализма. В настоящее время учение Ибн Ханабала распространено среди 3 миллионов человек в Саудовской Аравии, Ливане и Сирии. В Саудовской Аравии ханбализм выступает государственной идеологией и называется ваххабизмом.

В X веке появилась захиритская школа, основанная Даудом аз-Захирии (ум. 883 г.). Захириты по своим взглядам были близки ханбалитскому учению. Так, аз-Захирии при решении юридических казусов отвергал умозаключение по аналогии, а к иджме прибегал в случае крайней необходимости. Единственными источниками мусульманского права для них были Коран и сунна в их буквальном толковании. Создатель школы требовал от своих учеников непреклонного следования разработанному им методу рассуждения. В XI веке убеждённым последователем захиритов стал Ибн Хазма. Но, непримиримость и консерватизм захиритов не находили поддержки в мусульманском мире. Поэтому с течением времени захиритская школа исчезла[481].

В VIII веке существовали школы Абдель Рахмана аль-Авзаи в Магрибе и Испании, Суьянс ас-Саури – поборника Корана и ат-Табари. Однако, не имея широкого распространения, названные школы права примкнули к четырём ортодоксальным учениям.

К шиитским школа права относятся учения зейдитов и джафаритов. Зейдитская школа мусульманского права была основана Зеид бен Али, взгляды которого наиболее близки суннитским школам. В произведении Зеида Бен Али собраны традиции, считающиеся первым прочтением хадисов до утверждения фикха – правоведения. Данная школа превалирует в Йемене.

Джафаритская юридическая школа связана с именем Саадека Аль Джа (родившегося в 702 г.). Джафариты опираются на традиции имамов, происходящих из семьи пророка Мухаммеда. В настоящее время джафариты существуют в Ираке и Иране[482].

Таким образом, школы мусульманского права отличаются друг от друга по таким вопросам как:

– Источники мусульманского права;
– Порядок перехода власти имама;
– Роль и значение иджтихада;
– Пределы использования иджмы и кияса;

[480] Ван ден Берг, Л.В.С. Указ. соч. С. 26.
[481] Хайдарова, М.С. Указ. Соч. С. 44.
[482] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 311.

– Толкование Корана и сунны в соответствии с буквой или духом.

Естественно, что мазхабы и шиитские учения расходятся и в деталях, касающихся тех или иных институтов мусульманского права – в особенности имущественного права, брачно-семейного и наследственного права, поскольку их характер предопределяется местными историческими условиями.

При этом различия мусульманско-правовых школ является допустимым с точки зрения предписаний Корана. По данному поводу К. Цвайгерт и Х. Кётц заметили: «Это обстоятельство оправдывают ссылкой на изречение, приписываемое Мухаммеду: «Различие мнений в моей общине – признак благорасположения Аллаха»[483].

Более того, суннитские мазхабы признают законным существование друг друга, а верующий мусульманин сохраняет за собой право выбора того или иного учения в течение своей жизни. Главе государства в мусульманских странах предоставлена возможность установления для судей в качестве обязательного одного из мазхабов, в том числе такого мазхаба, который противоречит традиционно исповедуемому в стране.

Мусульманский историк, богослов и правовед шафиитского толка Мухаммад ибн Абд аи-Карим Аш-Шахрастани (1075 – 1155 гг.) называет пять условий, при которых возможно применение иджтихада для создания норм права к конкретным случаям: а) изрядное знание языка, с тем чтобы можно было понимать значение арабских слов, отличать терминологические выражения от фигуральных, точный смысл от очевидного; б) знание толкования Корана; в) знание преданий с их текстами и цепями передатчиков преданий из поколения в поколение; г) знание случаев единодушного решения (иджма) сподвижников Мухаммеда, последователей, последователей последователей; д) поиск кияса[484].

Социально-юридическое значение мусульманской юриспруденции состояло в том, что арабские правоведы собрали воедино разрозненные и многочисленные хадисы (рассказы о жизни пророка Мухаммеда) в ставшие классическими источниками мусульманского права сборники – сунны. Творческое, созидательное начало мусульманского фикха нашло выражение в том, что в условиях неизменности Корана и сунны произведения юристов предусматривали способы восполнения пробелов, устранения противоречий в религиозных текстах, а также, что парадоксально для религиозной, жёсткой и не терпящей перемен системы мусульманского права, создавали с помощью иджмы и кияса новые нормы права.

Следует согласиться с Л.Р. Сюкияйненом в том, что «наряду с Кораном, сунной и судебно-нормативными решениями сподвижников пророка именно доктрина, вобрав в себя так называемые «рациональные источники, стала самостоятельным источником (внешней формой)

---

[483] Цвайгерт, К., Кётц Х. Указ. соч. С. 452.

[484] Аш-Шахрастани, Книга о религиях и сектах / Аш-Шахрастани// Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. I. Античный мир и восточные цивилизации. - М.: Мысль, 1999. С. 674 – 680.

мусульманского права в юридическом смысле. Более того, в рамках доктрины была создана большая часть норм действующего мусульманского права»[485].

В конце X века – начале XI века принцип иджтихада – свободного усмотрения при решении юридических споров стал восприниматься как выход за пределы Корана и сунны и стал считаться недопустимым. В силу чего иджтихад сменился таклидом (подражание, традиция), предполагавшим в случае молчания Корана и сунны следовать не собственному усмотрению, а опираться на один из признанных мазхабов - школ мусульманского права. Кроме того, Коран и сунна стали применяться судьями не непосредственно, а лишь в интерпретации авторитетных учёных. Поэтому неудивительно, что в суннитской традиции законодательная власть была передана муджтахидам – мусульманским правоведам. Шииты же продолжали отстаивать свободу иджтихада без каких-либо ограничений.

Прав отечественный компаративист А.Х. Саидов, когда пишет: «Теоретически только Бог имеет законодательную власть. В действительности, единственным источником мусульманского права являются труды учёных-юристов. Мусульманское право представляет собой замечательный пример права юристов… Правовая наука, а не государство играет роль законодателя: учебники имеют силу закона»[486].

Мусульманское право среди муджтахидов – правоведов, которым было предоставлено право создавать новые нормы права, различает несколько категорий (степеней) лиц в зависимости от их авторитета и обязательности произведений.

Так, голландский знаток мусульманского права Л.В.С. Ван ден Берг называет три степени иджтихада. По словам автора «некоторые пользуются авторитетом в отношении основ (усуль – корень) права, в силу которого они признаются способными устанавливать самостоятельную систему правоведения, т.е. основать школу (мазхаб). Эта степень авторитета считается величайшим даром благоволения, которое Аллах может оказать людям… (во всей истории таковыми являются 4 имама)»[487].

Второй степенью авторитета пользуются ученики первых имамов, разработавшие основы школ в цельные и завершённые системы. Как правило, ученики разрабатывали частности и детали права (фуру – ветвь), а потому их авторитет уступает авторитету имамов. Правоведы третьей степенью обязательности иджтихада пользуются учёные, которые обладают авторитетом в решении отдельных юридических ситуаций (месъалат). Л.В.С. Ван ден Берг пишет: «К этой категории принадлежат почти все знаменитые законоведы в исламе; сочинения их, а не юристов

---

[485] Сюкияйнен Л.Р. Указ. соч. С. 69.
[486] Саидов, А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х Саидов. - М.: Юристь, 2005. С. 299.
[487] Ван ден Берг, Л.В.С. Указ. соч. С. 22.

предыдущих категорий, составляет в настоящее время основание для судебных решений в мусульманских странах»[488].

Другую классификацию муджтахидов приводит М.И. Садагдар, выделяя:

1. Абсолютных муждтахидов (мутлак) – правоведов, достигших высшей степени в религиозных науках. Фетвы (заключения по поводу решения конкретных религиозных и правовых споров) абсолютных муджтахидов являются обязательными для его последователей.

2. Ограниченных муджтахидов (мутеджаззи) – юристы, стоящие по своим знаниям ниже абсолютных и их фетвы не являются общеобязательными. Кроме того, их фетвы часто касаются отдельных вопросов.

В случае различия мнений мутлаков и мутеджаззи приоритет отдаётся абсолютным муджтахидам.

Шиитское направление в мусульманском праве не предоставляет муджтахидам создавать новые нормы права, ограничивая их авторитет толкованием Корана сообразно возникшим обстоятельствам[489].

В связи с формированием таклида (принципа авторитета, ограничивающего иджтихад одной из сложившихся школ права) в X – XI веках в мусульманских государствах появилось представление, что творческая разработка мусульманского права в соответствии с запросами общественной жизни недопустимы, в том числе по религиозным причинам, предполагающим существование незыблемых канонов и традиций. В таких условиях создание каких-либо новых религиозно-правовых учений и систем стало рассматриваться как ересь, сектантство и подлежало преследованию и изживанию.

По словам Рене Давида «фикх стал неизменяемым. Закрытие «дверей ихтихаду» обязывает мусульман соблюдать предписания докторов прежних поколений, особенно тех, кто считается основателями школ (муджтахидами). Любое новое оригинальное толкование как будто запрещено навсегда. И если появляются новые интеллектуальные веяния и даже пренебрежительное отношение к таклиду в юридической доктрине, то, тем не менее, фикх рассматривает априори любое новое теоретическое движение как подозрительное»[490].

Канонизация мусульманского права в виде четырёх мазхабов, доктрина таклида и представление о вечном и неизменном порядке мусульманского образа жизни, основанном на священных текстах, привели к тому, что в Средние века и вплоть до XIX столетия мусульманское право перестало изменяться. Религиозные источники и мусульманская правовая доктрина четырёх правоверных и ортодоксальных школ были единственными источниками права в течение девяти веков. Естественно, что светская власть предпринимала попытки создания новых норм права, но

---

[488] Ван ден Берг, Л.В.С. Указ. соч. С. 23.
[489] Садагдар, М.И. Указ. соч. С.
[490] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 315.

все усилия теократического государства сводились к одобрению того или иного толка права в качестве обязательного. Справедливы рассуждения К. Цвайгерта и Х. Кётца: «Так постепенно в доктрине исламского права начался процесс застоя и упадка, что возможно, способствовало развитию определённых областей права вне шариата и судов духовенства… Несмотря на свой застывший характер, шариат вполне отвечал потребностям мусульманского мира, тем более что в развитии социальных структур арабских народов в то время наблюдалось мало прогресса»[491]. Немецким авторам вторит французский правовед Р. Шарль: «Тем не менее благодаря тому, что были «закрыты двери» иджтихада, который уже вылился в окончательную форму, религиозный закон ислама мог «сохранить свою стойкость, пережив столетия, ставшие очевидцами упадка политических учреждений ислама» (Шахт); так, принципы, начертанные тысячелетие назад, и сегодня не утратили ничего из своего авторитета с точки зрения мусульманских юристов»[492].

Таким образом, в данный период времени мусульманское правоведение, сложившееся в течение трёх веков с VII по X вв. стало единственным источником права в Средние века. Так, отечественный исследователь мусульманского права Л.Р. Сюкияйнен пишет: «Итак, если в VII – VIII вв. источниками мусульманского права действительно выступали Коран и сунна, а также иджма и «высказывания сподвижников», то, начиная с IX – X вв. эта роль постепенно перешла к доктрине…Значительное большинство конкретных норм мусульманского права – итог его доктринальной разработки»[493].

В то же время, консерватизм исламской культуры и религиозно-правовой запрет на юридическое творчество повлекли за собой развитие мусульманской юриспруденции путём:

Во-первых, создания теоретических основ мусульманского права, поскольку новых конкретных способов решения юридических случаев правоведение предложить не могло, а установленные ранее выводы и нормы различных школ права противоречили друг другу. Иными словами, исламские учёные-юристы стали заниматься систематизацией права в условиях формальной неопределённости противоречивости доктринальных норм права. Более того, выводы сторонников одной школы права признаются равными по своей юридическому действию, но могут и противоречить друг другу. По данному поводу профессор В.Е. Чиркин отмечает: «В настоящее время к числу трудов, входящих в понятие фикха, относятся сочинения виднейших знатоков шариата, написанные в основном в средние века. По некоторым данным, таких работ около 6 тысяч. Никакого реестра этих работ нет, они никем не утверждены в качестве источников права; в соответствии с общим подходом ислама они отбираются «естественным образом», в силу сложившегося авторитета»[494].

---

[491] Цвайгерт, К., Кётц Х. Указ. соч. С. 452
[492] Шарль, Р. Указ. соч. С. 30.
[493] Сюкияйнен, Л.Р. Указ. соч. С. 71.
[494] Чиркин, В.Е. Указ. соч. С. 11-12.

Во-вторых, разнообразие школ и противоречия между ними, запутанность и неопределённость доктринальных положение ставили в тупик мусульманских судей и муфтиев, пытавшихся разыскать подлежащие применению к конкретной ситуации нормы права. Как следствие, поиском и установлением данных норм права, а также разработкой принципов и концепций, которые бы по своему смыслу охватывали различные юридические казусы, стали заниматься мусульманские правоведы. Следует согласиться с размышлениями Л.Р. Сюкияйнена по поводу роли мусульманской юриспруденции: «В этих условиях на передний план закономерно стала выдвигаться общетеоретическая основа мусульманского права. Такой вывод подтверждается, например, широким использованием мусульманскими правоведами в средние века обычаев, категории «интереса» и юридических стратагем для приспособления к постоянно меняющимся социальным условиям»[495]. При этом, сформулированные юристами принципы мусульманского права позволяли верно истолковывать мусульманское право, а также в необходимых случаях правильно разрешить юридический спор при отсутствии чётких и определенных норм права.

В-третьих, развитие общественной жизни на арабском востоке и возникающие юридические конфликты при застывшем характере источников мусульманского права обусловили формирование в юридическом мышлении мусульман юридических уловок, хитростей, позволяющих обойти букву жёсткого мусульманского права, не терпящего перемен. Значение юридических уловок (хийал – Hyal) в мусульманском праве, верно, подметил Р. Шарль: «Вся суть – хийал – этих юридических уловок, полностью соответствующих букве шариата, - может быть определена как применение законных средств для достижения незаконных целей. Дело заключается в том, чтобы изменить предначертанные правила, не оскорбив при этом аллаха. Для этого применяется акт или целый ряд актов, которые сами по себе вполне законны, но осуществляются с основным или сопутствующим умыслом, направленным не к непосредственному достижению положительного результата, а к некоей опосредованной цели, не предусмотренной и даже запрещённой формальным законом»[496]. С помощью таких уловок был обойдён запрет ростовщичества мусульманским правом путём двойной продажи или предоставления кредитору в качестве обеспечения пользования имуществом, дающим доход. Кроме того, разрешения полигамии и развода с женой для мужчин было ослаблено предоставлением женщине права требовать возмещения ущерба при разводе без достаточных оснований или неподобающем обращении по сравнению с другими жёнами. Запрет аренды земли можно обойти, заменив его договором товарищества. Недопустимое с точки зрения права

[495] Сюкияйнен, Л.Р. Указ. соч. С. 73.
[496] Шарль, Р. Указ. соч. С. 31.

страхование используется путём ссылки на возможность получения законной премии или заключения договора со страховой компанией или немусульманином[497].

В-четвёртых, учения мусульманских правоведов стали получать государственное одобрение – санкционирование в качестве обязательных источников мусульманского права. Так, в XVI веке в Османской империи султан Селим I издал указ и применении судьями и муфтиями Османской империи выводов ханифитского толка[498].

Тремя веками позднее в девятнадцатом столетии произошло два события, отразившихся на развитии мусульманского права и доктрины:

1. Кодификация мусульманского права как выражение новой тенденции в истории ислама – возрастание роли светского права и государства. В 1869 – 1877 гг. в Османской империи была проведена систематизация институтов гражданского и процессуального мусульманского права под названием Маджалла[499]. Данный кодифицированный акт, содержащий 1850 статей, сводил воедино многие принципы и нормы мусульманского права, придавая им определённость и доступность. Маджала продолжала действовать до середины XX века и после падения Османской империи в Ливане, Иордании и Кувейте.

2. Вестернизация и модернизация мусульманского права – восприятие и рецепция европейских концепций, ценностей и институтов права арабскими государствами в связи с развитием торгово-экономических связей и процессом колонизации Западом ряда восточных государств. Европейское правовое мышление отразилось на мусульманском праве в виде идеи упорядочения права по образцу европейских кодексов, необходимости устранения религиозных основ из права и правосудия и теории создания нового, гибкого права в западном понимании. В силу чего в первой половине XX века в арабско-язычных государствах были проведены реформы государственного аппарата, созданы светские суды и приняты кодексы по различным отраслям права на основе Французского Гражданского Кодекса 1804 года и Германского Гражданского Уложения[500].

Но, со второй половины XX века началось возрождение мусульманского права после краха колониальной системы и обретения свободы многими арабскими государствами. Во многих странах арабского востока вновь созданы религиозные суды, восстановлены древние традиции и признано действие мусульманского права. Так, многие государства носят наименования исламских – Пакистан, Хашимитское королевство, Иордания и другие. Более того, по словам профессора В.Е. Чиркина «во многих странах новые конституции (Сирии – 1973 г., Ирана – 1979 г. и др.) объявляют шариат источником законодательства, а в некоторых государствах во второй

---

[497] См: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С 320..
[498] Сюкияйнен, Л.Р. Указ. соч. С. 71.
[499] Общие принципы мусульманского права. Маджаллат Ал-Ахкам Ал-Адлийя.// Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. I. Античный мир и восточные цивилизации. - М.: Мысль, 1999. С. 683 – 689.
[500] См: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 322 – 330.

половине 70 – х. гг. даже объявлено о возврате к «мусульманскому фундаментализму», т.е. ревностному соблюдению всех предписаний шариата (и ислама в целом), в том виде, как они были сформулированы во времена раннего средневековья»[501].

Иными словами, в современных государствах исламской культуры восстановлено действие традиционных источников мусульманского права, в том числе и доктрины в форме иджмы, кияса и фетвы. Религиозные представления сказываются и на принимаемых арабскими государствами юридических актах, которые по форме должны были бы соответствовать европейским аналогам. К примеру, арабские страны 19 сентября 1981 года приняли Всеобщую исламскую декларацию прав человека, основанную на священном писании мусульман и закрепляющую личный статус мусульман. К тексту декларацию авторы специально приложили таблицу соответствий Корану положений данного документа[502].

Таким образом, к характерным чертам мусульманской правовой доктрины необходимо отнести:

1. Мышление мусульманских юристов, создаваемые ими нормы права и юридические конструкции имеют источник в религии – исламе, по содержанию должны основываться на предписаниях Корана и сунны. Поэтому мусульманская правовая доктрина целью права признаёт создание условий для духовного, нравственного совершенствования личности мусульманина, соблюдения им религиозно-правовых норм и создания в мирской земной жизни подобия райской, загробной жизни[503]. То есть, в мусульманском мире, право, хотя и воспринимается как благо, тем не менее, не рассматривается как абсолютная ценность как в ряде европейских государств. Более того, право для исламских юристов является нерасторжимым с религией, нравственностью, традицией и культовыми правилами. Так, в течение жизни на мусульманина возлагается пять священных обязанностей, за которые может последовать не только ответственность в загробной жизни, но и ответственность правовая – совершение молитвы Богу (намаз), паломничество в Мекку, подача милостыни, и др. Рене Давид указывает: «Ислам по своей сущности, как и иудаизм – это религия закона»[504]. Как следствие применение мусульманского права и доктрины подчиняется принципу религиозности. Мусульманское право обязательно только для верующих мусульман, тогда как немусульмане не обязаны следовать предписаниям ислама, даже проживая на территории исламских государств.

2. Религиозная природа мусульманского права выражается в особом механизме действия шариата и своеобразии сознания мусульман. Божественное происхождение и

---

[501] Чиркин, В.Е. Указ. соч. С. 7.
[502] Ковлер, А.И. Уаз. соч. С. 234 – 245.
[503] Буянский, С.Г. Шариат принадлежит не только истории, но и будущему / С.Г. Буянский// История государства и права. 2000. № 1. С. 23 – 27.
[504] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 309.

непререкаемость мусульманского права обусловили добровольный механизм действия мусульманского права. Соблюдение мусульманского права зиждется на религиозных убеждениях и чувствах верующих, согласно которым реализация положений мусульманского права является богоугодным делом и выступает добродетелью, ценимой Аллахом. Естественно, что в случае нарушений права (весьма нечастых в арабских странах) к виновному будут применены государственные меры принуждения.

3. Мусульманское правоведение отличается приверженностью традиции, порядку жизни предков, преклонением перед древними священными текстами, и в то же время юристы не пренебрегают скрытой возможностью – гибкостью доктрины, её возможностью приспосабливаться к новым социальным отношениям.

4. Своеобразие исламского правоведения выражается в существовании доктринально допустимых и соответствующих религии способов обхода буквы закона, хитростей и уловок – стратагем и хийала[505].

5. В мусульманских странах допускается существование разных и противоположных школ права – мазхабов, один из которых волен выбирать верующий, а глава государства устанавливать как обязательный. При этом мусульманская юридическая доктрина разработала теорию соотношения различных учений, устранения противоречий между учёными и классификацию муджтахидов, а также правила применения источников права.

6. Мусульманская правовая доктрина является преобладающим и, по сути, главным источником мусульманского права после Корана, поскольку все остальные источники права были разработаны и применялись правоведами, в том числе тексты сунны, составленные учёными. Французский юрист Э. Ламбер пишет: «По удачному выражению Сноук-Юргронье иджма в настоящее время представляет собой единственную догматическую основу мусульманского права. Коран и сунна – это только его исторические источники. Современный судья ищет мотивы для решения не в Коране или сборник традиций, а в книгах, в которых изложены решения, освящены иджмой. Кади, который бы попытался толковать своей собственной властью положения Корана или хотел бы сам оценить возможную подлинность адатов, совершил бы такой же противоречащий уважению ортодоксальности акт, который хотел бы сам установить смысл церковных текстов, изданных в подтверждение его догм… Этот третий источник мусульманского права – иджма – имеет исключительно большое практическое значение. Только будучи записанным в иджу, нормы права независимо от их происхождения подлежат применению»[506].

---

[505] Цвайгерт, К., Кётц Х. Указ. соч. С. 454.
[506] Цит. по: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 313.

7. Мусульманское правоведение как источник права, возникнув как удовлетворение настоятельной потребности в устранении противоречий тексте Корана, систематизации хадисов, развитии новых источников права для упорядочения возникающих общественных отношений, не предусмотренных священными книгами, получила государственное санкционирование путём применения религиозными судами и верующими мусульманами, а также официального публичного акта одобрения. Кроме того, в арабских государствах правовая доктрина как источник права имеет и другую форму – разработки нормативно-правовых актов. Так, в Египте юристу и государственному деятелю Мухаммаду Кадри-Паше (1821 – 1888 гг.) было поручено составить проект закона в области личного статута (положения личности в частно-правовой сфере). Кадри-Паша систематизировал мусульманское право на основе положений ханифитской школы в 1875 году. Хотя проект не был введён в действие, те не менее он применялся до 20-х гг. прошлого столетия. В Тунисе подобную роль играл доктринальный семейный кодекс 1899 г. Д. Сантилланы, а в Алжире – свод норм мусульманского права маликитского толка 1916 г. М. Морана[507].

8. Мусульманская правовая доктрина как источник права имеет три формы проявления:

- ***Иджму – единодушное мнение мусульманской общины или учёных-юристов подобное римскому общему мнению юристов (communis opinio prudenium)[508]. Адель Гулам Хайдар раскрывает два значения термина «иджма»: 1) воля, цельность, намерение; 2) единогласность, единодушие высшего духовенства, учёных-богословов по обсуждаемым вопросам[509]. Иджма как выражение господствующей исламской доктрины основывается на общепринятости, общепризнанности и единодушии среди мусульманских юристов, приобретая тем самым черты общеобязательности в обществе.***
- ***Кияс – умозаключение по аналогии – распространение положений Корана, сунны, доктрины на отношения, ими прямо неурегулированные, но совпадающие, подобные по своему характеру и природе;***

Фетва – заключение авторитетных богословов и юристов пот конкретных юридическим делам, напоминающее римское ius respondendi (санкционированное государством право юристов давать обязательные для судов заключения по вопросам права)[510]. К. Цвайгерт и Х. Кётц утверждают: «При достижении общего согласия

---

[507] Сюкияйнен, Л.Р. Указ. соч. С. 75.

[508] См: Абдель Ваххаб Халлаф. Источники исламского шариата – отражение в интересах человек / Абдель Ваххаб Халлаф// Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. I. Античный мир и восточные цивилизации. -М.: Мысль, 1999. С. 730 – 740.

[509] Абдель Гулам Хайдар. Источники международного права в доктрине и практике стран ислама. Автореферат на соискание учёной степени кандидата юридических наук. М., 1996. С. 14.

[510] Ван ден Берг, Л.В.С. Указ. соч. С. 21.

исламские правоведы получали право требовать такой власти, какой не обладала наука континентальной Европы даже в годы своего наивысшего расцвета»[511].

9. Наконец, своеобразием отличается язык мусульманского правоведения, который, пренебрегая абстрактными теоретическими конструкциями и понятиями, в то же время пронизан метафорами, аллегориями и поэтическими выражениями и приёмами. В отличие от европейского мышления склад ума мусульманских учёных гармонично сочетает философию, богословие, правоведение и поэзию. Во всём мире известны неповторимые по стилю и смыслу стихи Омара Хайама.

2.3. Особенности юридического познания в римском праве

Становление и развитие юриспруденции, юридического образования и профессиональной деятельности юристов прошло долгий путь. Он начинался с весьма примитивного древнего права, которое сохраняло многие пережитки родового строя. В Древнем Риме сложилась детально разработанная правовая система. Можно говорить о том, что именно в Древнем Риме впервые возникает юридическая наука, большое значение имеет деятельность профессиональных юристов, складывается довольно совершенная система юридического образования. Многие достижения римской юриспруденции будут в дальнейшем восприняты западноевропейской правовой наукой и практикой.

Расцвет римской юриспруденции происходит в классический период ее истории: I в. до н. э. - III в. н. э. Однако предпосылки данного расцвета возникли еще в древнейший период - эпоху царей и республики. Носителями ранней римской юриспруденции - знатоками права - выступает коллегия религиозных служителей, так называемые понтифики. «Первоначальное назначение этой коллегии, — отмечал И. А. Покровский, - как и ее название («мостостроители»), темно, но несомненно, что и историческую эпоху в этой коллегии сосредоточивалось знание и хранение сакрального права (jus pontificium). В этой коллегии вырабатываются правила и приемы толкования, ведутся даже записи юридических прецедентов, записи, носящие название «commentarii pontificium»; только у понтификов можно получить и надлежащий юридический совет. Таким образом, понтифики считаются первыми юристами, положившими начало развитию римского гражданского права»[512].

Тит Ливий в «Истории Рима...» пишет о деятельности избранного царем после Ромула Пумы Помпилия. Он рассказывает, что, став царем, он, помимо прочего, «избрал понтифика - Нуму Марция, сына Марка, одного из отцов-сенаторов, - и поручил ему наблюдать за всеми жертвоприношениями, которые сам расписал и назначил, указав, с какими именно жертвами, по

[511] Цвайгерт, К., Кётц Х. Указ. соч. С. 460.
[512] Покровский, И.А. История римского права / И.А.Покровский. – СПб., 1999. – С. 44.

каким дням и в каких храмах должны они совершаться и откуда должны выдаваться потребные для этого деньги. Да и все прочие жертвоприношения, общественные, и частные, подчинил он решениям понтифика, чтобы народ имел, к кому обратиться за советом, и в божественном праве ничто не поколебалось от небреженья отеческими обрядами и усвоения чужеземных; чтобы тот же понтифик мог

Знатоки права – понтифики периода выполняли три основные функции в сфере юриспруденции: знание и хранение обычаев, правил разрешения споров и т.п., толкование их; деятельность в качестве третейских судей. После появления в Древнем Риме различного рода письменных документов понтифики также стали составлять различные записи документов. Понтифик наблюдал за жертвоприношениями, принимал решение о проведении различных обрядовых действий. Они являлись знатоками божественного и человеческого права, толкователями права, выступали в качестве консультантов и советников как для царей, должностных лиц и простых граждан.

Юриспруденция в Древнем Риме, развивавшаяся изначально благодаря деятельности коллегии понтификов, имела религиозную окраску, но светское содержание. В реализации различных аспектов юридической деятельности также принимали участие и другие члены римской общины, не только понтифики. Занимались юридической деятельности представители привилегированной части римского общества – патриции.

Вначале круг юридической деятельности патриция, не являющегося понтификом, был ограничен: он являлся судьей или представителем в суде интересов своего клиента, но с течением времени эта сфера неизбежно должен была расшириться. Занятие юриспруденцией приносило существенные выгоды, как политического, так и материального плана. Особенно явно эти выгоды были ощутимы, когда право в Древнем Риме носило неписаный характер, так как очень часто толкователи устных законов действовали в своих собственных интересах. Поэтому, одним из направлений борьбы между плебеями и патрициями стал вопрос о писаном праве.

В 451 г. до н. э. эта борьба увенчалась успехом. Была избрана коллегия децемвиров, которая, получив в свое распоряжение высшую государственную власть, занялась составлением писаных законов. Результатом ее работы стали «Законы XII таблиц», дошедшие до нас лишь в пересказе позднейших римских юристов. В Риме смысл записи действующего права, был иным (по сравнению с другими государствами), а именно: дать знание законов всему народу. Тем самым, «Законы XII таблиц» получили значение учебника права. С появлением их в Риме началось развитие пока еще примитивного юридического образования.

Текст «Законов» заучивался наизусть в школах. По преданию, он был даже выбит на медных досках и выставлен для всеобщего обозрения на площади. При таких обстоятельствах «Законы XII таблиц» приобретали для населения Рима священный авторитет. И это, как ни странно, имело

решающее значение для развития юриспруденции. При применении «Законов» на практике в них неизбежно обнаруживались пробелы. Многие нормы оказывались неясными или двусмысленными. Развитие римского государства приводило к устареванию многих положений законов.

«Законы XII таблиц» приобрели священный характер для римского народа, поэтому их нельзя было изменить или отменить. Оставался фактически единственный способ - постараться избежать пробелов «Законов» посредством толкования. Именно поэтому с появлением законов римская юриспруденция получила мощный толчок для дальнейшего развития. Римский юрист II в. н. э. Помпоний писал: «Обычно бывает, что толкование нуждается в авторитете мудрецов, и после издания указанных законов стало необходимым обсуждение их на форуме (на суде). Это обсуждение и это право, которое произошло от мудрецов и не было записано, не получили (особого) названия, тогда как другие части права имеют свои названия... но получили общее название цивильного права»[513].

После издания «Законов XII таблиц» римская юриспруденция стала, по сути, силой, творившей новое право. И это явилось одной из главных ее особенностей. Нигде больше юриспруденция, не играла столь большой роли в правотворчестве, как в Древнем Риме.

Важным фактором, возвышавшим роль юриспруденции, был римский гражданский судебный процесс. В раннюю эпоху он назывался «легисакционным». Указанное название происходило от словосочетания «легис акцио», обозначавшего составленное по определенной форме исковое заявление. Обращаясь в суд для защиты своего права, римлянин должен был представить строго формализованный исковой документ. Вот почему «из этих законов были составлены иски, посредством которых люди спорили на суде»[514]. Данные иски или исковые формулы специально составлялись юристами, чтобы, как указывал Помпоний, «народ не устанавливал этих исков, как он захочет»[515]. Поскольку в качестве юристов тогда выступали понтифики, то именно они и сосредоточили у себя записи исковых формул, а с ними и так называемый «Судебный календарь», указывавший дни, в которые надлежало совершить те или иные юридические действия. Наконец, по ранее сложившейся традиции понтифики концентрировали в своих руках и записи толкований (commentarii pontificium), являвшиеся, по выражению И. А. Покровского, «зародышем юридической литературы»[516].

Понтифики стремились к сохранению своей монополии на юридические знания, поэтому долгое время записи исковых формул и толкований были тайной для населения Рима. В рамках

---

[513] Памятники римского права – М., 1997. – С. 160.
[514] Там же.
[515] Там же. – С. 161.
[516] Покровский, И.А. История римского права / И.А. Покровский. – СПб,, 1999. - С.123.

легисакционного процесса обязанность составлять формулы исков лежала на сторонах процесса, поэтому понтифики пользовались большим влиянием в римском обществе.

На рубеже IV-III вв. до н. э. в Древнем Риме произошло событие, которое подорвало монополию коллегии понтификов на юридические знания. Секретарь понтифика Аппия Клавдия Гней Флавий похитил у него и предал гласности календарный список дней, установленных для обращения в суд с различными исками, а также исковые формулы с толкованиями. В научной литературе, посвященной римскому праву, указанное событие трактуется как важный шаг к возникновению светской юриспруденции. «Как бы то ни было, - писал И. А. Покровский, - но опубликование наиболее практической части из понтификальных записей имело большое значение: оно, с одной стороны, уничтожило юридическую монополию жрецов, а с другой стороны, дало толчок светскому изучению права и повело к появлению светской юриспруденции»[517].

Данное событие, прежде всего, отражало общий процесс возрастания роли юриспруденции в жизни древнеримского общества. Развитие общественных отношений и, в частности, рост торговли сопровождались увеличением количества юридических сделок. В юридической помощи нуждалось все большее и большее число лиц. В этих условиях замкнутая и узкая каста юристов неспособна была обеспечить надлежащее юридическое обслуживание гражданского оборота. Об этом в первую очередь и свидетельствует факт обнародования исковых формул и толкований. Также с середины III в. до н. э. в Риме распространилась практика публичных юридических консультаций, т.е. начинается преподавание права. При том увеличенном значении, которое юриспруденция стала иметь в жизни римского общества, она не могла оставаться доступной только для очень узкой группы лиц. И действительно, с III в. до н. э. в Риме начинается процесс увеличения численности юристов.

По мнению П. Г. Виноградова, ликвидация монополии понтификов на юридические знания знаменовала собой демократизацию римского правоведения.

Демократизация юриспруденции предполагала лишь то, что юридические знания стали более доступными для населения Рима. Факты свидетельствуют, что юристами в Риме и после обнародования исковых формул становились, как правило, представители высших классов - нобили. Притоку в корпорацию юристов представителей низших классов в значительной мере препятствовало то обстоятельство, что за исполнение юридических функций не полагалось никакого вознаграждения. Следовательно, римская юриспруденция и после ликвидации монополии понтификов на юридические знания продолжала быть аристократической.

В течение I в. до н.э. в Риме происходило изменение древнейших процессуальных форм – так называемого легисакционного процесса. Вместо него возникает формулярный процесс.

---

[517] Там же. С. 124.

Формулярный процесс не уничтожил и не ослабил формализма римского права, однако ряд формул и характер их использования стали другими.

В легисакционном процессе формулы, выражавшие предмет спора, произносились устно самими сторонами. Они имели строго установленный, определенный до мельчайших подробностей характер, так что даже пропуск или перемена одного совершенно незначащего слова заключала в себе формальное упущение. В формулярном процессе для выражения содержания спора использовались письменные формулы и составлялись они уже не сторонами. Стороны могли излагать содержание своего спора любыми словами и в любой форме – обязанность облечь его в соответствующую форму лежала на преторе. Из объяснения сторон он выводил юридическую сущность спора и излагал ее в специальной записке, служившей инструкцией для судьи. В отличие от формул, использовавшихся в легисакционном процессе, формулы, которые применялись в новом процессе, были более гибкими и вес придавался только словам, действительно имевшим значение.

В рамках формулярного процесса формулы составлялись претором. Это было достаточно сложно. Как известно, «вообще перед творцом правовой нормы стоит задача свести относительно неопределенную, неясную и очень разноликую социальную реальность к некоторым типичным понятиям – определенным, точным, ясным и легко применимым»[518]. В условиях резкого возрастания количества юридических сделок возникла необходимость выработки обширной системы типовых формул, отражающих наиболее характерные черты всех регулярно встречающихся случаев. Решение указанной задачи было не под силу одним лишь преторам с их помощниками. Для этого требовались усилия многочисленного слоя юристов, в полной мере обладавших навыками и умением выражать суть определенной правовой ситуации в предельно точных по смыслу и кратких по содержанию фразах.

Для решения данной проблемы римский принцепс Октавиан Август предоставил целому ряду наиболее квалифицированных юристов право составлять исковые формулы и без специальных на то распоряжений претора. Истец обращался к такому юристу и сообщал ему в свободной форме содержание своего притязания. Юрист давал свое заключение, облекая его в соответствующую формулу. Эта исковая формула считалась представляемой как бы от имени принцепса и была обязательной для судьи.

Необходимо отметить, что деятельность римских юристов была ориентирована на удовлетворение потребностей правовой практики - адаптацию действующих правовых норм к изменяющимся потребностям правового общения. Выдающиеся римские юристы – Цельс (II в.), Помпоний (II в.), Гай (II в.), Папиниан (II– II вв.), Павел (II–III вв.), Ульпиан (II–III вв.), Модестин (II–III вв.) и др. занимались консультационной деятельностью, связанной с ответами на

[518] Покровский, И.А. История римского права / И.А. Покровский. СПб., 1999. – С. 126.

юридические вопросы частных лиц; оказанием помощи и сообщением нужных формул при заключении сделок; сообщением формул для ведения дел в суде. При этом они письменно оформляли свое мнение по делу в виде обращения к судьям или в виде протокола, который содержал запись устной консультации и составлялся при свидетелях. Именно данная деятельность римских юристов рождала потребность интерпретации права. Древнеримские юристы детально разработали правила и приемы толкования норм права. Однако, опираясь на источники действовавшего права, юристы при разборе тех или иных дел не только интерпретировали существовавшие правовые нормы, но изменяли старую норму с учетом новых представлений о справедливости. Таким образом, деятельность римских юристов не ограничивалась лишь правоприменением, но включала также в себя элементы правотворчества. В комментариях и ответах по конкретным делам, а также в сочинениях учебного профиля римские юристы разработали целый ряд общетеоретических положений. Необходимо отметить, что благодаря деятельности древнеримских юристов право стало развиваться и совершенствоваться. Римский юрист Помпоний утверждал, что: «право не может существовать в отсутствии правоведов, посредством которых оно могло бы ежедневно подвигаться к совершенству»[519]. Это означало, что римские юристы занимались не только юридической практикой, но и юридической теорией, при этом теоретизирование римских юристов опиралось на конкретное эмпирическое знание. Можно говорить о том, что римские юристы – это ученые, а их деятельность носит научный характер.

С течением времени в судах рассматривались и применялись не только мнения юристов, облеченные в исковую формулу, но и те, которые высказывались в свободной форме. Накапливавшиеся в процессе консультаций исковые формулы каждый юрист старался сохранить, с тем, чтобы воспользоваться ими при возникновении аналогичных дел. В связи с этим в Риме начали появляться сборники формул.

Каждая исковая формула представляла собой, в сущности, правовую норму: в ней излагались содержание спора и претензия истца, а также поручение судье обвинить или оправдать (в зависимости от того, подтвердиться ли фактами претензия истца или нет) ответчика. Судья рассматривал фактические обстоятельства спора и выносил решение, не выходя за рамки предписанного ему формулой. Таким образом, сборники формул были, по существу сводами правовых норм.

При составлении сборника своих формул юрист должен был как-то их систематизировать, во всяком случае, расположить так, чтобы материалом сборника можно было легко пользоваться. Конечно, в сборник стремились включать формулы наиболее типичных исков. Следовательно, предпринималась определенная научная обработка правового материала.

---

[519] Памятники римского права. – М., 1997. – С. 172.

Указанная закономерность в особой степени была свойственна римскому праву, формировавшемуся в рамках формулярного процесса. Юриспруденция, которая служила предпосылкой этого права и одновременно результатом его развития, получила в литературе наименование классической. Именно достижения этого периода внесли наибольший вклад в мировую культуру.

Анализ римских юридических текстов показывает, что определения, классификация, систематизация – все эти элементы научного мышления применялись при обработке правового материала римскими юристами достаточно широко. В качестве примера можно привести знаменитую классификацию правовых систем, данную Ульпианом: «Изучение права распадается на две части: публичное и частное (право). Публичное право, которое (относится) к положению римского государства, частное, которое (относится) к пользе отдельных лиц; существует полезное в общественном отношении и полезное в частном отношении»[520].

Определения, которые римские юристы давали правовым явлениям, фиксировали, как правило, не их природу, а состав, содержание. «Цивильное право, - писал Папиниан, - это то, которое происходит из законов, сенатусконсультов, декретов принцепсов, мнений мудрецов»[521]. Подобные определения были типичными для римских юристов. Этого было мало для науки, но оказалось вполне достаточно для практики. Римские правовые дефиниции – это, с научной точки зрения, не определения, а скорее изречения. И как изречения они блестящи. Их четкость, точность, краткость могут служить образцом для современных юристов.

Текст «Дигестов Юстиниана» показывает, что римские юристы выработали немало общих определений различных правовых явлений. «Закон, - провозглашал Папиниан, - есть общее предписание, решение опытных людей, обуздание преступлений, совершаемых умышленно или по неведению, обще (для всех граждан) обещание государства»[522]. Однако в целом римские юристы относились весьма неодобрительно к каким-либо общим определениям в юриспруденции.

Занятие юриспруденцией требовало от римлян не только знания правовых норм, владения приемами их формулирования и толкования. Материал римского права представлял собой довольно сложное сочетание старого и нового. Каждая эпоха вносила в него что-то свое, и эти отложения различных эпох, постепенно накапливаясь, образовали явление, которое можно было понять, лишь усвоив историю его становления и эволюции. Римский юрист неизбежно должен был выступать и в качестве историка, а римская юриспруденция – являться одновременно исторической дисциплиной.

Во второй половине II – начале III в. н.э., в эпоху правления династии Северов, римская юриспруденция достигла вершины в своем многовековом развитии. Целый ряд обстоятельств

---

[520] Там же. – С. 182.
[521] Там же. – С. 183.
[522] Там же. – С. 188.

обусловили этот ее расцвет. Разложение гражданской общины вызвало к жизни множество новых, небывалых прежде отношений собственности, владения, пользования и распоряжения землей и другим имуществом. Установилась индивидуальная собственность на землю, распространились различные, неизвестные ранее виды аренды, возникла масса новых форм пользования чужими вещами и т.п. Естественно, что все эти новые отношения требовали юридического оформления. Римские юристы получали, таким образом, огромный простор для творчества, разработки новых правовых норм, понятий, терминов, определений. Старые юридические формы, как правило, не отбрасывались, их старались приспособить для юридического оформления новых отношений. Например, право частной собственности на землю, втискивали в форму, фиксировавшую собственность на раба. Собственника земли обозначали соответственно тем же самым термином «dominus», которым прежде обозначали хозяина раба.

Согласно цивильному праву, раб в Риме не мог быть собственником или владельцем каких-либо вещей. На практике, однако, рабы нередко становились обладателями имущества и даже накапливали довольно значительные суммы денег. Дело доходило до того, что господин иной раз должен был брать деньги в долг у своих рабов. В таких случаях, чтобы преодолеть запреты, налагаемые цивильным правом, и дать собственности рабов надлежащее юридическое оформление, прибегали к праву естественному, по которому все люди равны. Опираясь на естественно правовые нормы, римские юристы признавали за рабом возможность вступать в сделки, иметь предусмотренные договорами права и обязанности.

Расцвету юриспруденции, усилению роли юристов в жизни общества способствовало распространение воззрения, согласно которому при решении спора необходимо учитывать скорее фактическую волю сторон, нежели букву договора или закона. В уголовном праве эта тенденция выразилась в установлении принципа, по которому при рассмотрении преступления главное внимание уделялось намерению. Наказуемо намерение, а не действие, провозглашал Павел.

В период принципата наблюдается усложнение характера общественных отношений, размывание традиционно сложившихся социальных связей, что приводило к увеличению количества юридических споров. Переходный характер отношений порождал ситуации, когда истец мог выдвигать самые различные претензии к ответчику. Очевидно, что при таком положении резко усложнялась процедура судебного разбирательства. И конечно, вместе с этим возросло значение юристов в общественной жизни Рима.

Одной из главных предпосылок успешного развития юриспруденции в римском обществе была тенденция, по которой в юристы шли, как правило, лучшие, наиболее образованные и талантливые люди. Повышенный спрос на талант предъявлял, прежде всего, творческий характер юридической профессии. Юрисконсульт в Риме являлся фактическим творцом юридических норм.

В III в. н. э. в общественной жизни Древнего Рима произошли перемены, которые, в конечном счете, не могли не сказаться на состоянии юриспруденции. Убийство в 235 г. принцепса Александра Севера положило начало периоду анархии в политической сфере древнеримского общества, продолжавшемуся целых полстолетия - до воцарения императора Диоклетиана. За это время на римском престоле сменилось 17 принцепсов. Восстания, мятежи, заговоры, политические убийства стали обычным явлением в общественной жизни Римской империи. Ко всему этому добавлялась хозяйственная разруха. Таким образом, произошел подрыв того экономического и политического фундамента, на котором покоилось величественное здание римской классической юриспруденции. Для правителя огромной империи, находившейся в состоянии анархии, было естественным обращение к бюрократическим методам управления. Именно бюрократия могла стать реальной силой, цементирующей общественный строй, предотвращающей его окончательный распад. Развитие же бюрократии, выдвижение ее на ведущую роль в общественной жизни неизбежно влекли за собой замену прежнего формулярного судебного процесса, предполагавшего свободное состязание сторон с участием претора и при посредничестве третейского судьи, процессом экстраординарным. Экстраординарный процесс предполагал в качестве судьи чиновника, представителя имперской администрации. Состязательность сохранялась, но она была в значительной мере ограничена сложной процедурой разбирательства дел, весьма похожей на обыкновенное административное рассмотрение какой-либо жалобы. Претор, игравший прежде важную роль в осуществлении правосудия, уступил место городскому префекту.

В историко-правовой науке перемены в римской правовой культуре, происходившие в период после III в., характеризуется как «быстрый упадок юриспруденции». Основным способом правотворчества в IV - VI вв. выступает законодательная деятельность императоров. Императорские конституции носят имена императоров и не упоминают имен юристов, участвовавших в их составлении. Факт этот немаловажен: он отражает ослабление роли юристов в правотворческом процессе. Суждения выдающихся представителей римской юриспруденции продолжают учитываться при вынесении судебных решений. Однако применение их ограничивается. Закон о цитировании 426 г. признал юридическую силу лишь за мнениями пяти юристов: Папиниана, Павла, Гая, Ульпиана и Модестина. Если по одной и той же проблеме между перечисленными юристами обнаруживалось разногласие, то действительным надлежало считать мнение, высказанное большинством из них. При равенстве предпочтение отдавалось Папиниану. Закон о цитировании разрешал учитывать мнения и других представителей римской классической юриспруденции, однако лишь при условии, что на них ссылаются упомянутые пятеро. На практике мнения юристов, не названных в законе о цитировании, почти не принимались во внимание, поскольку в распоряжении законодателей и судей не было текстов их сочинении.

По сравнению с классическим периодом время IV - VI вв. более бедно юридической литературой. Значительную часть ее составляют произведения компиляторского характера - сборники изречений римских юристов-классиков, в основном Папиниана, Павла и Ульпиана, создаваемые, как правило, частными лицами и не имеющие официальной юридической силы. Роль этих сборников сводится лишь к тому, чтобы служить учебным пособием при подготовке судей. Но даже при такой ограниченной роли произведения юристов в большей своей части остаются невостребованными.

Следующая черта юриспруденции IV-VI вв. - явная тенденция к упрощению и сокращению юридических формул. Юридическая терминология утрачивает прежнюю четкость, точность, становится неопределенной, расплывчатой. К примеру, римские юристы классического периода четко разграничивали понятия собственности и владения. «Собственность не имеет ничего общего с владением», - указывал Ульпнан. В отличие от владения, обозначавшегося термином «possessio», собственность обозначалась в классической римской юриспруденции как «dominium». Для «possessio», с точки зрения римских юристов-классиков, достаточно было наличия двух условий: фактического обладания вещью и отношения к вещи как к своей, т. е. души владения. Владельцем поэтому мог быть и несобственник вещи. Право владения приобреталось соответственно способами, отличными от способов приобретения права собственности. Различными были здесь и формы защиты. «Право владения защищают с помощью интердикта, право собственности же - посредством иска»[523], - отмечал Павел.

Со второй половины III в., а в особенности с IV в., римские юристы начинают использовать термин «possessio (владение)» там, где в классический период применялся термин «dominium (собственность)». И в то же время термин «собственность» нередко употребляется вместо термина «владение». В дополнение к термину «dominium» появляется термин «propritetas», также обозначающий собственность. В ряде случаев для обозначения права собственности вместо одного термина используется целая фраза, например «право владеть непоколебимо» и т.д. Значительным отступлением от воззрений римских юристов-классиков на право владения стало введение в 326 г. законом императора Константина защиты владения для арендаторов-колонов, других зависимых людей и даже рабов. Прежде право на защиту своего владения мог осуществить только сам владелец. Явным признаком сближения института владения с институтом собственности выступает появившееся у владельца право, которое ранее имел лишь собственник, - право передачи имущества по наследству. Одновременно право собственности все больше ограничивается, перестает носить прежний абсолютный характер. В городах, к примеру, распространяется практика принудительной продажи земельных участков, если этого требуют

[523] Памятники римского права. – М., 1997 . – С. 197.

интересы благоустройства территории. В сельской местности на собственников нередко возлагаются дополнительные обязанности, например по добыче полезных ископаемых.

В том же направлении меняется содержание юридической терминологии и в сфере обязательственного права. Термин «контракт», который в классической римской юриспруденции использовался для обозначения договора, признаваемого цивильным правом и обеспеченного специальной исковой защитой, в рассматриваемый период начинает употребляться в более широком смысле: например применительно к брачным соглашениям. Наконец, термином «контракт» обозначался и сам документ, фиксирующий договор. Одновременно исчезает прежнее различие между «контрактом» и «пактом».

Подобные примеры показывают, что перемены в римской юриспруденции на рубеже III - IV вв. носили достаточно резкий характер. В историко-правовой литературе описанный процесс именуется «вульгаризацией» римского права, само же римское право постклассического периода - «вульгарным правом».

На рубеже III—IV вв. происходили коренные изменения в политических и социально-экономических условиях жизни римского общества. Соответственно менялось и право. Для него классическая римская юриспруденция не подходила. Она, следовательно, должна была уступить место какой-то новой юриспруденции. И этот процесс смены юриспруденции одного вида на юриспруденцию другого вида как раз и происходил в IV—VI вв. Правильнее, поэтому говорить применительно к названному времени об упадке не римской юриспруденции в целом, а лишь одного из ее вариантов, который зовется в юридической литературе «классическим». Упадок данного варианта юриспруденции означал, одновременно развитие другого ее варианта. Римская юриспруденция начинала очередной круг своей истории: она восходила к новой своей высоте, пусть и на ином уровне. И эту высоту можно определить совершенно конкретно и точно - систематизация римского права при императоре Юстиниане, первая половина VI в.

Когда упрощение римской юридической терминологии, утрату ею прежней четкости, сокращение правовых форм и т. п. представляют как упадок юриспруденции, то при этом забывают, что в IV-VI вв. население Римской империи было не таким, как в предшествующий период. Значительную часть его составляли так называемые «варварские» племена и, кроме того, сельские жители, для которых четкая, детализированная утонченная терминология классической юриспруденции была слишком сложной и непонятной. Требовалось приспособить язык римского права к уровню населения. Упрощение терминологии и другие сопутствующие процессы, протекавшие в сфере римской юриспруденции в рассматриваемый период, были необходимы именно для того, чтобы право могло эффективнее выполнять свою регулирующую роль. Юриспруденция, таким образом, приспосабливалась к новым реальностям общественной жизни.

Главным достижением римской постклассической юриспруденции явился, безусловно, свод Юстиниана. Его созданию предшествовала кропотливая работа римских юристов, осуществлявшаяся по двум основным направлениям. Прежде всего, составлялись своды императорских конституций (законов) - так называемые кодексы. Первые образцы таких правовых памятников, которых ранее не знала римская юриспруденция, появились на рубеже III-IV вв. Составителями их были современники императора Диоклетиана юристы Григорий и Гермогениан.

Оригинальные тексты этих первых кодексов не сохранились, но об их содержании можно судить по трем фрагментам, которые вошли в другие правовые памятники. На основании отрывочных сведений специалисты делают вывод, что Григорианский кодекс, к примеру, был довольно обширным, состоял не менее чем из 19 книг.

Ссылки на Григорианский и Гермогенианский кодексы вошли впоследствии в Кодекс Феодосия, составленный в 438 г. и включивший в себя все императорские конституции, изданные со времен императора Константина. Кодекс Феодосия имел обязательную юридическую силу. Вместе с тем и этот правовой памятник, так же как предшествующие кодексы, служил в качестве учебного пособия при обучении праву. По замечанию Е. Э. Липшиц, «в инструкции императоров Феодосия и Валентиниана комиссии, которой было поручено составление Кодекса, предписывалось включить в него и те конституции, которые уже не были действующими; это делалось в качестве уступки юридическим школам, где изучалось и то, что уже не имело силы действующего закона»[524].

Еще более значительным достижением римской юриспруденции постклассического периода стал сборник под названием «Бревиарий Алариха». Он был создан в начале VI в. на территории Галлии при вестготском короле Аларихе II. Все составные части Бревария, были снабжены толкованиями двух видов. Первый из них представлял собой сплошной комментарий к правовому материалу. Он прилагался к включенным в текст Бревария «Сентенциям» Павла. Второй вид комментария предполагал строгое следование объясняемому юридическому тексту, краткое изложение его содержания с указанием других, аналогичных, и отклоняющихся текстов. Так были прокомментированы императорские конституции, вошедшие в состав Бревария. По мнению русского правоведа В.В. Сокольского, данный вид толкования «весьма схож с тем, которому следовали глоссаторы»[525], т. е. средневековые западноевропейские юристы.

Оба вида толкования упоминает Юстиниан в своей конституции «О составлении Дигест» от 15 декабря 530 г. При этом его первый вид, заключающийся в пространном, подробном комментировании текста, Юстиниан запрещает, второй же - разрешает.

---

[524] Липшиц, Е.Э. Право и суд в Византии / Е.Э. Липшиц – М., 1976. – С. 56.
[525] Сокольский, В.В. Пособие при изучении внешней истории римского права / В.В. Сокольский. – М., 1876. – С. 67.

Другим важным направлением в деятельности юристов постклассического периода были переработка классического юридического наследия, его освоение с позиции изменившихся общественных условий. Факты свидетельствуют о том, что изучению и переработке подвергались в основном сочинения таких юристов-классиков, как Гай, Папиниан, Павел, Ульпиан. Переработка текстов названных юристов совершалась посредством замены одних терминов на другие, путем вставок или, напротив, пропусков каких-либо фраз. Иногда составлялись сокращенные варианты их произведений, в ряде случаев писались глоссы и комментарии.

В этой деятельности, осуществлявшейся римскими юристами в IV-VI вв., заметны зачатки тех приемов и способов обработки правового материала, тех методов юридического мышления, которые в средние века были развиты юристами западноевропейских стран - глоссаторами и комментаторами. Как бы то ни было ко времени, когда император Юстиниан принял решение о систематизации римского права, постклассическими юристами был накоплен солидный опыт той работы, которой предстояло подвести величественный итог.

Не принимая во внимание данного опыта, трудно, понять, как удалось немногочисленной группе юристов за сравнительно короткий срок - с 528 по 533 г. - осуществить столь огромный объем работ. Известно, что комиссией из десяти человек под руководством Трибониана был составлен в течение года свод императорских конституций - так называемый «Кодекс Юстиниана». Затем группа юристов из пятнадцати человек, под началом Трибониана, за три года сумела создать свод изречений римских юристов-классиков, так называемые «Дигесты», состоящие из 50 книг. Одновременно с этим двумя профессорами права под руководством Трибониана был составлен учебник цивильного права — «Институции» Юстиниана.

По окончании указанных работ стало ясно, что за прошедшие четыре года Кодекс Юстиниана устарел: за этот период было издано более 200 новых конституций. В результате император создал новую комиссию, которая к концу 534 г. составила другой Кодекс из 12 книг - «очищенный и обновленный». Впоследствии (где-то с середины VI в.) стали появляться сборники императорских конституций, изданные уже после составления нового Кодекса, - так называемые «Новеллы».

Самым распространенным приемом приспособления классического римского права к новым условиям было простое расширение содержания юридической нормы за счет включения в нее новых понятий и терминов. Например, Кодекс Феодосия предусматривал специальный интердикт для защиты прав зависимых людей и рабов, лишенных владения, в отсутствие хозяина. Кодекс Юстиниана, повторяя данную норму, включил в число указанных лиц также колонов.

Как известно, классическим юристам было свойственно стремление к обобщению правового материала, в чем можно усматривать тенденцию к теоретизации юридического знания. В юриспруденции постклассического периода названная тенденция усиливается. Проявлением ее

служит уже сам факт создания обширного свода римского права при императоре Юстиниане. Такой формы систематизации правового материала прежняя юриспруденция не знала.

Вместе с тем у юристов постклассического периода более ярко выражено стремление к общим определениям тех или иных правовых институтов. К примеру, в «Институциях» Гая не давалось определения обязательства. «Институции» Юстиниана определяют обязательство как «правовые узы, в силу которых мы связаны необходимостью что-либо исполнить в согласии с правом нашего государства».[526]

Даже исследователи, склонные рассматривать перемены в римской юриспруденции в IV-VI вв. в качестве выражения ее упадка, признают, что систематизация римского права при императоре Юстиниане - безусловный шаг вперед в развитии юриспруденции.

Развитие юридической профессии привело к появлению юридического образования. В 254 г. до н. э. верховный жрец Тиберий Корунканий начал разъяснять нормы права всем желающим. С этим именем обычно связывают начало публичного преподавания права в Риме. Начиная с I в. н. э. римская система образования значительное место отводила юридической науке. Известный римский юрист Сабин (I в. н. э.) открыл первую частную юридическую школу. Там читали лекции по праву, проводились диспуты и давались ответы на вопросы учеников. Последователи Сабина образовали видную школу римского права – сабинианцев, а самому Сабину вместе с некоторыми другими известными юристами, было дано право официально разъяснять законы. Такие разъяснения имели обязательную силу для суда. Это право было дано императором Августом, и одним из первых его получил Мазурий Сабин. Введение таких обязательных заключений (*responsa*) повысило правовую культуру, заставило чиновников и судей, зачастую не обладавших навыками профессиональных юристов, учитывать в своей деятельности достижения юридической науки. В период принципата и домината высшие должностные лица, в том числе и императоры, всегда имели при себе советников-юристов. Таким образом, осуществляя свою научную и практическую деятельность, римские юристы издавали различного рода комментарии к гражданскому праву, труды по отдельным правовым вопросам и юридические учебники, содержавшие систематизированный анализ применения правовых норм в доступной форме.

Не менее важным юридическим направлением была школа прокулианцев. Ее основателем был Марк Антисий Лабеон (ок. 50 г. до н. э. – 18 г. н. э.), а видным представителем – его ученик Прокул. Эта школа по ряду важных положений выступала противником сабинианцев.

При преподавании права римские юристы не уделяли особого внимания общим понятиям (в отличие, например, от греков). Они сразу же ставили перед учениками практические вопросы.

---

[526] Памятники римского права. – М., 1997. – С. 197.

Одним из самых ранних дошедших до нас юридических трактатов было сочинение Муция Сцеволы. Он разделил все гражданское право на четыре основные части: право наследования, право лиц, вещное и обязательственное право.

Говоря о норме права, римские юристы, как справедливо указывает Г. Берман, «воспринимали правовую норму как обобщение общих элементов решений по ограниченному классу дел»[527]. Они впервые стали проводить широкие обобщения, разрабатывать правовые понятия. Однако такой теоретический уровень развития в римском правоведении был достигнут только в классический и постклассический период.

Среди римских ораторов, государственных деятелей и юристов особо необходимо выделить Марка Туллия Цицерона (106 – 46 гг. до н. э.). Марк Туллий Цицерон стоит у истоков юридизации понятия государства. Государство в определении Цицерона, есть не только выражение интересов всех его членов, но также их согласованное правовое общение. Государство, таким образом, предстает в репрезентации Цицерона как правовое образование, «общий правопорядок», публично-правовая общность. Цицерон, помимо этого, обосновал принцип юридического равенства граждан, согласно которому права граждан одного и того же государства должны быть одинаковыми. Цицерон превратил естественное право из предмета философских размышлений в предмет конкретно-научного рассмотрения. Наконец, Цицерон сформулировал понятие юридического лица – правовой личности.

Цицерон напрямую связывает право с законом, который имеет Божественный характер и определяет поведение человека. Следовательно, по его мнению, право должно соответствовать закону. Лица, между которыми существует общность в виде Божественного закона, объединены также общностью в виде права, требующего жить честно, правильно и справедливо. А лица, имеющие общие Божественные законы и право, принадлежат к одной и той же гражданской общине, одному и тому же гражданскому обществу. При этом впервые в истории правовой науки Цицерон выделил и обосновал один из ведущих принципов права — принцип формального равенства: право устанавливает формальное равенство между фактически неравными и различными между собой людьми.

Цицерон впервые придает практическое значение естественному праву: «Истинный закон представляет собой то, что говорит правильно употребленный разум. Закон находится в согласии с природой, присутствует всюду и является вечным…Ни волей сената, ни волей народа никто не может быть освобожден от обязанностей, возлагаемых на него законом. Он неизменен и не может утратить своей силы. Все народы во все времена будут подчиняться этому вечному закону».

Не менее важными были и выступления Цицерона. Его речи состояли из вступления (где приводились факты в пользу подзащитного), основной части (где излагалась суть дела,

[527] Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г. Дж. Берман. – М., 1998. – С. 342.

доказательства, нацеленные против доводов противной стороны) и заключительной части (где приводились резюме, обращенные к слушателям).

Нельзя обойти вниманием и другого видного римского юриста Гая (II в. н. э.). Представитель школы сабинианцев, он написал один из самых известных учебников по римскому праву – институции (т. е. наставления, учебник) Гая. Система изложения материала, избранная им (лица, вещи и обязательства, иски) впоследствии получила широкое распространение.

Римские юристы чрезвычайно осмотрительно относились к формулировке общеправовых принципов и определений, это было обусловлено тем, что такого рода обобщения приобретали значение общих правоположений. Римские юристы занимались разработкой конкретных правовых вопросов и лишь на этой основе делали те или иные обобщения. Связь юридической практики и юридической теории была самой непосредственной. Поэтому римская юридическая наука была по преимуществу прикладной наукой.

Становление юридической науки в творчестве римских юристов связано с тем как они определяют объект исследований. Объектом исследований становится не право вообще, но право в его конкретно-исторической форме. Показательно в этой связи, что римские юристы дают принципиально новую трактовку естественного права - естественное право предстает не как божественный порядок или идеальная теоретическая конструкция, но как компонент действующего права. В частности к естественно-правовым принципам относились такие принципы как принцип справедливости и принцип равенства. Эти принципы выступали как главные ориентиры в процессах как правопреобразования, так и правообразования. По утверждению Павла, слово «право» означает то, что «всегда является справедливым и добрым – каково естественное право»[528]. В целом, право рассматривалось древнеримскими юристами как феномен, одновременно, аксиологический (ценностный), рациональный, общеимперативный, социальный и политический. В таком же сложном ракурсе рассматривался закон. Папиниан полагал: «Закон есть предписание, решение мудрых мужей, обуздание преступлений, совершаемых намеренно или по неведению, общий обет государства»[529].

В центре внимания древнеримских юристов находились проблемы цивильного права, наиболее глубоко ими были разработаны вопросы собственности, завещаний, договоров, правовых статусов личности, семьи и др.

Необходимо отметить, что сочинения древнеримских юристов отличались высокой интеллектуальной культурой – глубиной анализа, аргументированностью выводов, четкостью формулировок, широтой проблематики общетеоретического, отраслевого и юридико-технологического профиля.

---

[528] Памятники римского права. – М., 1997. - С. 199.
[529] Там же. – С.203.

Во II веке до н.э. в Древнем Риме появляются первые правоведческие исследования, а в I веке до н.э. существовала обширная юридическая литература, представленная трудами Муция Сцеволы, Сервия Сульпиция Руфа и др. Позднее к ней присоединяются труды Папиниана, Павла, Ульпиана, Модестина и др.

В III века до н.э. начинается публичное изучение юриспруденции, которая постепенно превращается в самостоятельную учебную дисциплину. Частные юридические школы появляются в I веке. Процесс обучения включал чтение лекций, проведение диспутов. Учащиеся изучали произведения древнеримских юристов Папиниана, Павла. В IV-V веках юридические школы с четырехлетним сроком обучения действуют в Риме, Константинополе, Афинах, Александрии. Таким образом, можно говорить о формировании системы юридического образования.

Социальный статус древнеримских юристов был очень высок - многие из юристов были доверенными советниками при императорах и занимали высокие должности в правительстве.

Древнеримские юристы разработали целый ряд фундаментальных правоведческих положений, что способствовало превращению юриспруденции в самостоятельную научную дисциплину. Их творческие достижения оказали большое влияние на последующее развитие правовой мысли. Целый ряд современных юридических понятий, терминов и теоретических построений восходят к римскому праву и римским юристам. В Древнем Риме мы имеем дело, скорее всего, с высокоразвитой юридической практикой, которая вызывает к жизни исследовательскую – научную деятельность древнеримских юристов. Однако научная деятельность не отделяется от практической, соответственно, не создается профессия ученого, наука не оформляется как особый социальный институт. Эта нерасчлененность юридической практики и юридической науки, делает последнюю чрезвычайно уязвимой и зависимой от нужд повседневной жизни. Таким образом, в интеллектуальной культуре Древнего Рима начинается процесс отделения научного рационализма как от рационализма философского, так и от рационализма практического, однако этот процесс не получает завершения.

В числе факторов, обусловивших большое влияние творчества римских юристов на дальнейшее развитие правовой мысли, В.С. Нерсесянц называет обстоятельность и аргументированность анализа, четкость формулировок, обширность разработанных проблем общетеоретического, отраслевого и юридико-технического профиля. В римском праве берут начало многие современные понятия, термины и правовые конструкции. Римские юристы детально разработали вопросы собственности, семьи, завещаний, договоров, статуса личности и т.д. Имущественные отношения освещались с позиций защиты интересов частного собственника. Римское право выработало точные формулы закрепления абстрактной частной собственности и торгового оборота. Как отмечает Т.В. Будилина, немалую роль здесь сыграла «абстрактность» римского права, утрата им в первые века нашей эры черт узконационального права,

приспособленность к регулированию хозяйственного оборота различных народов. Цицерон так подчеркивал универсальный характер римских законов: «мы издаем законы не для одного только римского народа, но и для всех народов, честных и стойких духом». История свидетельствует о проведении в Древнем Риме сравнительно - правовых исследований. Так, в середине V в. до н.э. в Грецию были направлены римские послы для изучения греческого законодательства (в особенности законов Солона). Результаты этого исследования были использованы при составлении знаменитых Законов XII таблиц. Несмотря на то, что деятельность римских юристов была направлена главных образов на решение практических задач и на приспособление норм права к меняющимся общественных отношений, ими был разработан целый ряд положений, имеющих важное теоретическое значение. При этом надо заметить, что они очень осторожно подходили к формулированию принципов и дефиниций. Известно изречение римского юриста Яволена Прииска: «В цивильном праве всякое определение чревато опасностью, ибо мало случаев, когда оно не может быть опрокинуто»[530].

К римскому праву восходит деление права на публичное и частное право. Публичное право «относится к положению Римского государства», а частное «относится к пользе отдельных лиц». Интересно, что частное право было разработано на более высоком теоретическом уровне, чем публичное, в котором господствовал принцип «что угодно императору, имеет силу закона». В то же время, римское уголовное право знало институт необходимой обороны, исключающих вину обстоятельств и т.д. Для римских юристов было характерно правовое мышление, оперирующее исключительно юридическими категориями. В гипертрофированном виде такой подход получил свое выражение в знаменитом изречении «Пусть погибнет мир, но восторжествует закон». В то же время, римские юристы не были безнравственны. Известно, что император Каракалла, убив своего брата Гету, потребовал от знаменитого юриста Папиниана оправдания своих действий. Тот отказался, ответив: «Оправдание преступления не легче, чем его совершение». За это Папиниан был казнен. Как отмечает В.С. Нерсесянц, многие римские юристы подчеркивали ценностно - содержательные, идеально-должные, необходимо-разумные и общезначимые свойства закона. Юристом Павлом развивались представления о том, что справедливость выступает в качестве необходимого свойства права.

Величайшей заслугой римлян признается детальная разработка ими принципов и норм частного права, большая часть которых действует в современном гражданском праве.

Успехи римлян в развитии правовой науки и юридического образования, как и вся древнеримская культура, были уничтожены с завоеванием Рима варварами. Процесс формирования и совершенствования правовой науки был прерван на целое тысячелетие. Повсеместно наблюдался регресс в действующем законодательстве, выразившийся в замене

[530] Там же. – С. 166.

римского права варварскими правдами и цивилизованного римского суда варварским судом, в котором основным доказательственным средством признавались поединок и ордалии.

Между тем выработанные римскими юристами приемы обработки правового материала, способы формулирования правовых норм, их классификации и систематизации, рациональные методы разрешения споров, дефиниции, понятийный и терминологический аппарат составляют наиболее ценный компонент римской правовой культуры.

Юриспруденция Древнего Рима, т. е. стоящие за римскими правовыми нормами теоретические идеи, принципы разрешения споров, логика юридического мышления, юридическая техника и т. д. - все это имеет для современного юриста не только познавательное, но и практическое значение. Римская юриспруденция была «первой попыткой в разработке всеобщей теории гражданского права».

2.4. Особенности юридического познания в странах средневековой континентальной Европы

Завоевание Западной Римской Империи немецкими племенами герулов, остготов, бургундов, вандалов, вестготов и франков в V –VI вв. и падение Рима в 476 г. ознаменовали закат греко-римской культуры и рождение средневековой европейской цивилизации[531]. До сих пор в философской, исторической и юридической литературе средневековье воспринимается как «темное время», «эпоха между Древним Миром и Новым Временем». Тысячелетие с VI в. по XVI в. вплоть до эпохи Ренессанса и Реформации оценивалось как время войн и междоусобиц, забвения нравственности, науки и культуры, засилья церкви, произвола королей и феодалов, закрепощение крестьян – время предрассудков и невежества. В начале XX столетия отечественный правовед Г.Ф. Шершеневич писал: «Если смотреть на средневековье как на второе действие трехактной исторической драмы, то период этот представляется как быстрое и ужасающее понижение человеческой цивилизации»[532].

Среди историков-правоведов, исследующих возникновение германских королевств и записи обычного права, распространенными являются эмоционально окрашенные понятия «варварских правд», «вульгарного римского права», «иррациональности ордалий (испытаний огнем, водой, поединком), «жесткости и несправедливости святой инквизиции и т.п. Так, авторитетный отечественный романист И.А. Покровский отмечал: «Для римского права наступает темная эпоха.

---

[531] История государства и права зарубежных стран: Учебник для вузов: В 2 ч. Ч.1 / Под общ. ред. О.А. Жидкова и Н.А. Крашенинниковой. – М.: Изд-во Норма. С. 190 – 192.

[532] Шершеневич, Г.Ф. История философии права. / Шершеневич. – Спб.: Издательство Лань, 2001. С. 129.

Долгое время казалось, что с водворением германцев римское совершенно исчезло, что вместе с тем прекратилось и всякое его изучение»[533].

Однако, пристальное и глубокое изучение средневековья в исторической науки за последние сто лет пролило свет истины на «эпоху безвременья»[534]. В юриспруденции в противоположность общему мнению о происхождении современного облика европейской цивилизации в движении Возрождения и Реформации в XV – XVI вв. с идеями гуманизма, рационализма и освобождении человека от церковного гнета, в последние десятилетия ряд авторов корни новоевропейской культуры связывает с X-XII вв. – церковной реформой папы Григория VII. Сторонники названного подхода в истолковании истории Европы Г. Дж. Берман и И.Л. Честнов полагают, что реформа Григория VII под лозунгом свободы папства от власти монархов привела к разделению церковного мира и мира светского, секуляризации науки, формированию конфликтующих церковной и светских юрисдикций[535]. Более того, события X-XII вв., вызванные борьбой папы Григория за верховенство в христианском мире Г. Дж. Берман называет революцией, а правовые системы X-XIII вв. именует прототипом современной научной мысли[536].

Разделяя взгляды Г. Дж. Бермана и И.Л. Честнова, приоткрывающих завесу мрака над средневековой европейской цивилизацией, хотелось бы отметить два обстоятельства. Во-первых, с метафизической точки зрения любые попытки оценки средневековья в темных красках, как впрочем, и других эпох, ведут к отрицанию прошлого человечества, социокультурного опыта предшествующих поколений. Справедливы слова В.Ю. Инноватова: «Теория прогресса вообще мало занята прошлым и даже настоящим – вся ее внутренняя энергетика акцентирована на будущее бытие. В сущности, уже сама идея прогресса есть апология смерти, а не жизни, поскольку всякое вступающее в жизнь поколение должно отрицать предыдущее, всякая будущая жизнь обязана отринуть жизнь прошлую. Лаицизированный прогресс действительно есть «пир на могилах предков», который устроит «неведомое поколение счастливцев», когда-нибудь в будущем непременно явящихся в сей мир»[537]. По нашему мнению высокий нравственный и духовный смысл имеет русская концепция истории как движения во времени всех поколений, которые соединятся после Апокалипсиса. В таком случае каждое поколение и историческая эпоха приобретают значение в судьбе народа и человечества. Во-вторых, стремление к объективности

---

[533] Покровский, И.А. История римского права. / И.А. Покровский. – Спб.: Издательская группа «Летний Сад», 1998. С. 247.

[534] См: Ле Гофф, Ж. Цивилизация средневекового Запада. / Ж. Ле Гофф. – М.: Издательская группа Прогресс, Прогресс-Академия, 1992. 376 с.

[535] Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. / Дж. Г. Берман – М.: Изд-во МГУ: Издательская группа Инфра М-Норма, 1998. 624 с.; Честнов, И.Л. Актуальные проблемы теории государства и права: Исторические предпосылки и эволюция государства и права: Учебное пособие. / И.Л. Честнов. – Спб.: ИВЭСЭП, Знание, 2005. С. 35 – 64.

[536] Берман, Г.Дж. Указ. соч. С. 106 –112. С. 153 – 165.

[537] Инноватов, В.Ю. Горизонты и сумерки русской идеи: Введение в метафизику исторической судьбы. / В.Ю. Инноватов. – Барнаул.: Изд-во АлтГТУ, 2006. С. 12 –13.

возлагает на исследователя ответственную ношу открытия истины в глубине веков. В связи с чем на общем фоне изучения европейского права как детища римской правовой культуры и университетов забытой выглядит юридическая наука средневековой Европы. Помимо общеизвестных представлений о рецепции римского права с помощью университетских юристов историко-правовая наука вскользь упоминает о методе и значении средневековых юристов[538].

С VI в. в европейских государствах действовали три правовые системы:

1. Каноническое право, основанное на Священном Писании, постановлениях Вселенских и поместных соборов, римских пап и распространявшееся на организацию римской католической церкви, отправление религиозных обрядов, проступки против веры, а также брачно-семейное и наследственное право[539]. Примечательно, что каноническое право носило транснациональный характер и действовало в отношении всех верующих католиков независимо от их подданства. Так, известны среди источников канонического права «Лжеисидировы декреталии», составленные фальсификаторской школой для убеждения верующей паствы и германских королей в том, что при перенесении императором Константином резиденции в Константинополь римскому папе Сильвестру I была передано не только церковное господство, но светская власть над всей Западной Римской империей[540].

2. Местное право отдельных германских королевств, представленное обычаями и актами королей (капитулами). По данному поводу И.А. Покровский указывает: «у самих германцев не существовало единого, общего права, что каждое германское племя (лангобарды, франки и т.д.) имело собственные обычаи, не совпадавшие с обычаями других. Даже более того: внутри каждого племени в разных группах населения и в разных местах образовывались свои специальные и местные обычаи»[541].

3. Римское право, сохранявшее свое действие в отношениях между завоеванными жителями Римской империи. Германскими королями были изданы специальные компиляции римского права применительно к покоренным народам Римской Империи. Так, король вестготов Аларих II в 506 г. принял «Breviarium Alaricianum», включавший извлечения из римских конституций и произведений римских юристов[542]. В бургундском королевстве в 501 г. 506 гг. появились два

---

[538] См: Черниловский, З.М. Всеобщая история государства и права зарубежных стран. / З.М. Черниловский. – М.: Юристъ, 2000. С. 174 – 182.
[539] Аннерс, Э. История европейского права. / Э. Аннерс, – М.: Наука, 1994. С. 182 – 183.
[540] Лжеисидировы Декреталии//Антология мировой правовой мысли. В 5 Т. Т. II. Европа: V – XVII вв. – М.: Мысль, 1999. С. 176 – 181.
[541] Покровский, И.А. Указ. соч. С. 248.
[542] См: Хрестоматия по Всеобщей истории государства и права. Т. 1. / Под ред. К.И Батыра и Е.В. Поликарповой. – М.: Юристъ, 2006. С. 238 – 268.

писаных акта в зависимости от своих адресатов – «Lex Burgundionum» (закон для бургундцев) и «Lex Romana Burgundionum» (закон для бургундских римлян)[543].

В юридической науке долгое время общепринятым было мнение о том, что с падением Западной Римской Империи систематическое изучение право в Европе угасло, а возродилось лишь в XII столетии в университетах. Начиная с исторических работ Савиньи XIX в. данная точка зрения была поставлена под сомнение в связи открытием юридических произведений IX – X вв. и существованием школ права в различных европейских городах. Еще в XIII в. Одофред писал о перенесении после завоевания Рима юридической школы в Равенну (VIII-IX вв.). Наряду с равеннской школой открываются юридические учебные заведения в Орлеане и Павии, Провансе. Отечественный правовед О.С. Иоффе в своем исследовании цивилистической доктрины феодализма упоминает о том, что школы в Равенне, Павии и Орлеане оставили после себя ряд произведений – фрагменты Брахилогуса (учебника по римскому праву), работы, посвященные систематизации исков и юридических правил[544].

И.А. Покровский, отстаивая непрерывность юридической науки в Западной Европе, пишет: «Особенно интересна с точки зрения исторической преемственности так называемая Туринская глосса к юстиниановским «Институциям»: старейшая часть находящихся там глосс относится еще ко времени Юстиниана, но за тем в X, XI и XII веках к этой части по крайней мере четырнадцатью различными почерками прибавлены новейшие толкования»[545].

Применительно к данному этапу в эволюции средневековой юридической мысли можно отметить ряд обстоятельств.

Во-первых, в господствующей христианской идеологии отвергалась ценность права и суда как творений греховного мира. Отцы церкви рекомендовали следовать милосердию и братству и в случае спора обращаться к церкви, а не в суд. Занятие правом преимущественно велось католическими монахами под контролем церкви[546]. Долгое время европейское мировоззрение несло отпечаток отрицания социального значения права. Так, Рене Давид приводит немецкую поговорку XVI в. о том, что «юристы – плохие юристы»[547]. В эпоху господства школы комментаторов XIII – XV вв. юристам стали давать шутливые прозвища – juris perditi вместо juris periti («подлый правовед» вместо «искусный правовед»)[548].

Во-вторых, в противоположность глоссаторам и постглоссаторам юристы первых европейских школ изучали не только римское право, но и исследовали право германских племен.

---

[543] Давид, Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М.: Международные отношения, 1997. С. 31 – 32.
[544] Иоффе, О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». / О.С. Иоффе. – М.: «Статут», 2000. С. 43.
[545] Покровский, И.А. Указ. соч. С. 251.
[546] Ле Гофф Ж., Интеллектуалы в Средние века. – М.: Аллегро-Пресс Долгопрудный. 1997. С. 85.
[547] Давид Р., Жоффре- Спинози К. Указ. соч. С. 32.
[548] Покровский, И.А. Указ. соч. С. 262.

В Павии правоведы научной обработке подвергли ломбардское право. В итоге систематизации ломбардского права появился «Liber Papientis», применявшийся судами Ломбардии. Шведский историк права Э. Аннерс отмечает: «Один из вариантов переработки этого правового источника, названный «Lombardia» и выпущенный в свет перед 1160 г., использовался для преподавания в университетском городе, которому впоследствии суждено было стать центром возрождения римского права в Европе. Речь в данном случае идет о г. Болонье»[549].

В-третьих, приписываемый глоссаторам метод работы с Дигестами Юстиниана, состоявший в составлении заметок (глосс) к непонятным местам в ходе чтения лекции перед студентами, использовался задолго до них в школах Равенны, Орлеана и Павии и восходит к знаменитым notae (замечаниям) римских юристов.

В-четвертых, возникновение споров между представителями германских племен и завоеванными римлянами приводило к столкновению германского права и римского права. Вследствие чего юристы стремились привести в соответствие противоречащие правовые нормы и формулировали способ решения юридической ситуации на основе справедливости – aequitas[550].

В-пятых, первые юридические школы в Европе в отличие от римских юристов пытались придать стройный и логичный вид правовой системе в целях его преподавания и применения на практике[551].

Таким образом, необходимость в упорядочении отношений возникших на развалинах Римской империи германских королевствах вызвала к жизни новые юридические школы и преемственность в изучении, преподавании и применении римского права. Немецкие юристы К. Цвайгерт и Х. Кетц верно подметили: «Королевские юристы во Франции защищали тезис о том, что римское право действовало не как навязанное Римом, а было воспринято естественным образом как обычное право или в силу присущих ему качеств: non ratione imperii, sed imperio rationis»[552]. Следует добавить, что эффективность и органичность римское право в Европе могло приобрести лишь с помощью юридического корпуса, приспосабливавшего институты и понятия римского правоведения для нужд средневекового общества.

Расцвет правоведения в средневековой Европе приходится на XI - XII вв. – время основания университета в итальянском г. Болонье и рождения юридической школы глоссаторов. При этом в историко-правовой литературе распространенной остается версия о возникновении юридической науки в Болонье в связи с открытием текста Дигест в г. Пизе и перенесением его в Болонью[553]. Но, тщательное изучение истории европейского права привело к открытию того факта, что Дигесты

---

[549] Аннерс, Э. Указ. соч. С. 130.
[550] Покровский, И.А. Указ. соч. С. 252 – 253.
[551] Иоффе, О.С. Указ. соч. С. 43.
[552] Цвайгерт, К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. – Том I. Основы. – М.: Международные отношения, 1998. С. 121.
[553] Аннерс, Э. Указ. соч. С. 158.

Юстиниана, как и другие составные части Corpus Juris Civilis (Свода гражданского права) были известны до находки в Пизе. Вместе с тем, в возникновении нового направления юридической науки не обошлось без исторической случайности. Во-первых, юридическое образование в Болонье не было продиктовано практическими интересами в подготовке юристов для государственного аппарата. Тем более, что глоссаторы изучали не действующее право германских государств, а толковали древние юридические тексты. Во-вторых, возвышение правовой науки в европейском обществе и привлечение в университеты студентов со всей Европы было обусловлено уважением к достижениям греко-римской культуры. Знакомство с юридическими древностями было показателем культуры и образованности.

Основателем юридического обучения в г. Болонье является Ирнерий (Гварнерий), который в 1087 г. был приглашен маркграфиней тосканской Матильдой преподавать римское право. Ирнерий (1050-1130) первоначально был учителем риторики и диалектики и известен тем, что был судьей, а в 1118 г. император Генрих V взял его в Рим, чтобы убедить народ в недействительности выборов римского папа Геласия II. В позднее время за его заслуги его окрестили «светочем права»[554]. Благодаря Ирнерию в Болонье римское право стали изучать в чистом виде, без наслоений путем филологического анализа. Непонятные и противоречивые места римских источников права Ирнерий и его последователи в ходе чтения текстов перед студентами глоссировали, т.е. оставляли пометки на полях и между строк. По-гречески glossa – это «язык», «непонятное слово».

Ирнерий в противоположность более ранним школам права воспринимал Дигесты Юстиниана как непререкаемый авторитет, высшая истина, «писаный разум». В случае противоречия римского источника и справедливости Ирнерий предпочтение отдавал букве Дигест Юстинина. В целом школа глоссаторов (экзегетов – интерпретаторов) стояла на позициях Ирнерия в соотношении права и справедливости.

Дело Ирнерия продолжили его ученики - 4 доктора права (quattuor doctores) – Булгар, Мартин Гозия, Якрв и Гуго де Порта Равеньяна[555]. Среди других известных глоссаторов следует упомянуть Рогериуса, Альберикуса, Бассианyса, Пиллиуса, Вакариуса, Одофреда, Ацо и Аккурсия[556].

По историческим сведениям в течение XI – XII в Болонью для получения юридического образования со всей Европы стекалось более 10 тысяч человек одновременно. Болонская школа получила покровительство императоров. В 1158 император Фридрих I предоставил университету привилегию, в силу которой иностранные студенты стали подсудны профессорам, а не городским судьям.

---

[554] Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. II. Европа: V – XVII вв. – М.: Мысль, 1999. С. 408.
[555] Шершеневич, Г.Ф. Указ. соч. С. 168.
[556] Нерсесянц, В.С. Философия права: Учебник для вузов. / В.С. Нерсесянц, – М.: Норма, 2004. С. 444.

Устройство первых университетов в Европе отличается от современных университетов. Первоначально университет представлял собой объединение студентов во главе с избираемым из их среды ректором. Необходимость сплочения студентов была связана с тем, что в Болонье иностранные студенты подпадали под юрисдикцию местного права и судебного аппарата. При этом по долгам одного из иностранцев к ответственности могли привлечь его соотечественника. Поэтому студенты стали объединяться в землячества по национальному и географическому принципам. Всего насчитывалось более 20 землячеств, которые были объединены в 2 корпорации или университета. Преподаватели в такую студенческую корпорацию не входили.

Г. Дж. Берман пишет: «Студенческая организация (universitas, корпорация, гильдия) получала от города Болоньи хартию, которая позволяла ей заключать с профессорами, регулировать аренду студенческого жилья, определять преподаваемые курсы и охватываемый ими материал, устанавливать длину лекций и продолжительность каникул, регулировать цены на аренду и продажу книг»[557].

Преподаватели составляли особую организацию, обладавшую правом принятия экзаменов, взимать плату за обучение и принимать кандидатов на докторскую степень[558].

Как отмечается в литературе широкие полномочия студенческих корпораций, включая право бойкотирования лекций некомпетентных профессоров, имеют экономическую подоплеку. Городу и его жителям было выгодно предоставлять самоуправление студенчеству, поскольку местные жители содержали столовые и общежития.

По болонскому типу были организованы университеты в других европейских городах – Падуе, Перудже, Пизе, Саламанке, Монпелье, Орлеане, Праге, Вене, Кракове, Гейдельберге. Университеты же северу от Альп были основаны по парижской модели, при которой все 4 факультета (богословский, юридический, медицинский, свободных искусств) находились в единой организации и подчинялись одному главе[559].

Своеобразие школы глоссаторов проявляется в следующих чертах:

1. в качестве предмета изучения глоссаторов были источники римского права, и в первую очередь Дигесты Юстиниана;

2. на основе схоластического метода юридические тексты воспринимались как система истинных правовых принципов, которые не могут быть подвергнуты оценке с точки зрения соображений справедливости. Преклонение перед авторитетными текстами как естественное следствие схоластики наряду с недостатками (догматизмом, разрывом с практикой религией и моралью, формализмом рассуждений) имело и далеко идущие

---

[557] Берман, Г. Дж. Указ. соч. С. 128.
[558] Подробнее о статутах европейских университетов см: Антология мировой юридической мысли. В 5 т. Т. II: V – XVII вв. – М.: Мысль, 1999. С. 354 – 358.
[559] Берман, Г. Дж. Указ. соч. С. 130 – 131.

преимущества. Римское право с помощью изысканий глоссаторов стало приобретать систематизированный характер, а толкование неясных и противоречивых мест вело за собой гармонизацию юридических норм и восполнение пробелов. Английский историк права Г. Дж. Берман отмечает: «Однако парадоксальным образом схоластический метод предполагает, что в тексте могут быть лакуны и противоречия, поэтому он ставит своей главной задачей суммировать текст, закрыть лакуны и разрешить противоречия внутри него. Этот метод называется «диалектическим» в том смысле, который придавался этому слову в XII в., т.е. стремящимся примирить противоположности»[560].

3. Господствующим среди глоссаторов стало мнение Ирнерия о том, что расхождение между законом и справедливостью может быть разрешено только законодательной властью. Вместе с тем, среди двух учеников Ирнерия возник спор о соотношении права и справедливости. Мартин стоял на стороне справедливости, а Булгар придерживался буквы закона. Сторонники Булгара называли справедливость Мартина «фиктивной справедливостью», «школярской справедливостью»[561]. Глоссатор Ацо в своих произведениях передает случай из жизни Булгара и Мартина, выражающий их принципиальное разногласие. Согласно Дигестам Юстинина в случае смерти замужней женщины приданое должно быть возвращено семье ее отца. Мартин при этом, ссылаясь на принцип справедливости, полагал, что муж может оставить приданое, если у него есть дети. После смерти жены Булгара ее отец обратился к Мартину за юридическим советом. Мартин ответил, что Булгар может оставить приданое, поскольку у него есть дети. Однако, Булгар вернул приданое, пожертвовав своим материальным положением в пользу доктрины[562];

4. метод работы глоссаторов с юридическими текстами был подчинен процессу преподавания римского права студентам. Преподавание было неотъемлемой частью научного исследования. Учитель права читал вслух Дигесты Юстиниана, а студенты следили за чтением по арендованным или купленным книгам. Такая форма занятия называлась lectio – чтение. Неясные и противоречивые места преподаватель, а вслед за ними студенты толковали, т.е. объясняли их смысл в виде пометок на полях или между строк. Пометки или глоссы делились на notabilia – краткие выдержки из Дигест, brocardica – изложение общих норм. Кроме того, профессора применяли классификации – distinctiones, т.е. деление общего понятия на подчиненные виды, а также ставили quaestiones – спорные вопросы для проверки учения на конкретной ситуации. Помимо лекций использовались диспуты – disputatio, при которых под руководством студенты должны были с разных

---

[560] Берман, Г. Дж. Указ. соч. С. 135.
[561] Покровский, И. А. Указ. соч. С. 256 – 257.
[562] Аннерс, Э. Указ. соч. С. 163 – 164.

сторон разрешить на основе Дигест Юстиниана спорную юридическую проблему. Решение по спору принимал преподаватель, взвешивая все приведенные оппонентами аргументы[563].

5. историческое значение глоссаторов заключается в том, что римское право было заимствовано в западноевропейских государствах на основе изданных ими произведений, систематизировавших разрозненные юридические правила в единое целое и предложивших соответствующую времени интерпретацию. Роль школы экзегетов точно выразил О.С. Иоффе: «этот материал (труды глоссаторов) имел вместе с тем большое практическое значение в истории права, поскольку рецепция римского права была произведена не в полном объеме его текстов, а лишь в той их части, в какой они подверглись глоссированию. Для суда не могли иметь обязательной силы римские источники, не снабженные глоссами (quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia)»[564];

6. произведения и советы представителей школы глоссаторов были санкционированы судами в странах континентальной Европы в качестве обязательных. Следует согласиться с мнением Г.Ф. Шершеневича: «Авторитет мнения некоторых юристов был настолько велик, что ссылки на них была равносильна ссылке на источник права. Толкование, даваемое таким выдающимся юристом, заменяло собой текст, хотя бы понимание последнего со стороны тяжущихся или суда и не соответствовало авторитетному взгляду»[565]. Так, Булгар, Гуго, Мартин и Якоб с 1158 г. были императорскими юристами при дворе Фридриха I Барбароссы и давали юридические советы в споре между императором и ломбардским союзом городов[566]. Известен исторический анекдот о споре между Булгаром и Мартином. Фридрих Барбаросса испросил заключения этих юристов о толковании выражения dominus mundi. С точки зрения Булгара данная фраза отражает верховное господство императора, но не ведет к праву собственности на землю. Матрин же распространил сентенцию в отношении права собственности на все земли в стране. За свое заключение Мартин получил лошадь в подарок[567]. Ранее было упомянуто, что основатель школы Ирнерий был судьей и по просьбе императора убедил народ в недействительности выборов римского права. Кроме того, глоссаторы приглашались в суды европейских стран для дачи экспертных заключений по вопросам толкования римского права, а их произведения применялись как авторитетные источники права. В средние века среди юристов была распространена поговорка-принцип – «кто не имеет книги Ацо не может идти в суд» (chi non ha Azzo, non va a palazzo). Ацо (умер в 1235) был одним из самых почитаемых в Европе экзегетов. По преданию на

---

[563] Берман, Г. Дж. Указ. соч. С. 133 – 134.

[564] Иоффе, О.С. Указ. соч. С. 44.
[565] Шершеневич, Г.Ф. Указ. соч. С. 176.
[566] Аннерс, Э. Указ. соч. С. 162.
[567] Шершеневич, Г.Ф. Указ. соч. С. 177.

его лекции собиралось до 10 тысяч человек[568]. Вместе с Плацетином Ацо подготовил книгу «Summa». Его перу принадлежат «Лекции о Кодексе», «Институции» и «О законах и институциях»[569]. Последний выдающийся глоссатор Аккурсий (1185 – 1263) обобщает глоссы всех своих предшественников в произведении под названием «Glossa Ordinaria». Труд Аккурсия включил в себя около 96 тысяч избранных глосс[570]. Э. Аннерс в «Истории европейского права» пишет: «Его труд (Аккурсия) воспринимается юристами в качестве работы, до сих пор сохраняющей свой классический авторитет и в этом отношении превзошедший сами Дигесты»[571]. По словам И.А. Покровского «произведение это получило большое значение в теории и практике: в судах оно применялось впоследствии почти как закон»[572].

Религиозные взгляды на право в Средние века были отражены представителями одной из ранних школ права – канониками. В VIII – IX вв. фальсификаторская школа в целях обоснования притязаний папы римского на господство во всем христианском мире создает собрание ложных решений поместных соборов и императорских конституций. Такой сборник канонических и светских документов под названием Hispana (Исидориана) был воспринят в европейских странах в качестве достоверного. Только в XV в. благодаря французским гуманистам и кальвинистскому юристу Давиду Блонделю были вскрыты искажения и ложность в канонических книгах[573].

Множественность и противоречивость источников канонического права требовали упорядочения и согласования. В 1012 г. вормсским епископом Бурхардом была предпринята попытка объединения всех канонических текстов (канонов) в виде одной книги. Он издал «Decretum», в котором по различным категориям были размещены религиозные правила. Однако, тексты Бурхардом приводились без комментирования и переработки. Впервые среди каноников толкованием и согласованием противоречивых правил занялся в 1095 г. епископ Ивон Шартрский[574]. В произведениях «Decretum», «Pannormia» Ивон пытался примирить противоречия в канонических книгах и придать каноническому праву целостный вид[575].

Выдающимся представителем канонической юриспруденции стал монах Грациан, который в 1140 г. выпустил в свет книгу «Decretum» или «Согласование разноречивых канонов». Опираясь на схоластику и достижения глоссаторской школы Грациан подверг аналитической обработке около 3800 канонических текстов. Как отмечает Г. Дж. Берман: «Грациан, однако, воспользовался

---

[568] Покровский, И.А. Указ. соч. С.
[569] См: Ацо Порций Солданус,. О законах и институциях.// Антология мировой правовой мысли. В 5 Т.Т. II: Европа V – XVII вв. –М.: Мысль. 1999. С. 315 – 319.
[570] Давид, Р., Жоффре-Спинози К., Указ. соч. С. 36.
[571] Аннерс, Э. Указ. соч. С. 162.
[572] Покровский, И.А. Указ. соч. С. 258.
[573] Аннерс Э. Указ. соч. С. 183.
[574] Берман Г. Дж. Указ. соч. С. 146.
[575] Иво Шартрский. Декрет. // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. II. Европа: V – XVII вв. – М.: Мысль, 1999. С. 238 – 240.

отличным от всех своих предшественников методом систематизации. В отличие от комментаторов римского права, он не имел в своем распоряжении заранее определенного текста»[576].

«Decretum» Грациана состоял из трех частей[577]. Первая часть была разделена на 101 distinctiones, из которых 20 были посвящены анализу изречений отцов церкви по поводу природы права, видов и источников права. Оставшиеся положения относились к юрисдикции церкви и статусу клириков. Во вторую часть «Согласования разноречивых канонов» Грациан включил 36 юридических казусов (causae) с постановкой к каждому из них вопроса (quaestione). Поставленные вопросы Грациан рассматривает с использованием различных канонических книг и примиряет возникшие противоречия. Так, согласно одной из заповедей, данных Моисею Богом на горе Синай, выступает запрет убийства другого человека. С заповедью вступает в противоречие принцип применения силы для отражения нападения на жизнь и собственность. Путем сопоставления различных авторитетных трудов Грациан приходит к выводу о необходимости согласования данных предписаний путем формирования концепции оправданного применения силы (для исполнения закона, защиты жизни и здоровья и собственности)[578]. Третья часть вновь посвящена изложению канонических принципов.

На основе всеобъемлющего труда Грациана стала формироваться школа каноников или декретистов, сравнимая с глоссаторами. С течением времени каноническое право стали изучать в европейских университетах, используя методы обучения глоссаторов. По данному поводу Э. Аннерс отмечает: «в дальнейшем стали различать «канонинстов», изучавших римское право, и «легистов», изучавших римское право»[579]. Из среды декретистов вышли римские папы Иннокентий III, Григорий IX, Бонифаций VIII[580].

С опорой на систематические труды канонических правоведов в 1234 г. папские декреты издаются в виде «Liber extra», а 1317 г. под названием «Clementinae» были собраны декреталии Бонифация VIII и его последователя Клементина V.

Каноническое право, представленное данными компиляциями, включая декреты Грациана, составило Кодекс канонического права с 1583 г. и приобрело обязательную силу в канонических судах и для клириков[581].

Оригинальность канонического правоведения отразилась в ряде особенностей:

1. декретисты в противоположность легистам (глоссаторам) в конфликте божественного и человеческого права (римского, королевского, местного права) предпочтение отдавали

---

[576] Берман, Г. Дж. Указ. соч. С. 146 – 147.
[577] Иоанн Грациан,. Согласование разноречивых канонов. // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. II. Европа: V – XVII вв. – М.: Мысль, 1999. С. 240 – 274.
[578] Берман, Г. Дж. Указ. соч. С. 150.
[579] Аннерс, Э. Указ. соч. С. 183.
[580] Шершеневич, Г.Ф. Указ. соч. С. 170.
[581] Аннерс, Э. Указ. соч. С. 184.

предписаниям Бога и церкви. Так, в «Decretum» Грациан писал: «Установления же государей не могут главенствовать над церковными установлениями, но должны им следовать»[582];

2. стиль мышления канонистов, восходящий к схоластике и аристотелевскому силлогизму, был связан с анализом канонических текстов, приведением их в систему путем поиска общих принципов и устранения противоречий и лакун. Отечественный профессор права И.А. Исаев отмечает, что «Роджер Бэкон, проанализировав схоластическую методологию, свел ее существо к трем основным принципам: стремлению разделить материал на множество соподчиненных друг с другом составных частей; попытке использовать ритмические созвучия, когда сам процесс подразделения предполагает и обеспечивает относительное единообразие; приведению всех элементов к стройной согласованности между собой и с целым. Метод этот Бэкон приписывал как диалектикам грамматикам, так и юристам»[583];

3. канонические юристы выступали на стороне церкви в борьбе папы римского с императорами и светскими монархами, изыскивая юридические доводы в поддержку светских полномочий папы и независимости церкви от государственного вмешательства[584].

Доктрина «двух мечей» св. Амвросия и римского папы Геласия II разграничивала сферу духовной жизни и мирского порядка. «Духовный меч» принадлежал римскому понтифику, обеспечивая независимость церкви от государства и подчинение светских учреждений власти папы. Проведение в жизнь данной концепции повлекло за собой обмирщение земной жизни, лишение сакрального смысла светских порядков и рождение внерелигиозных учений и наук[585];

4. декретисты в своих сочинениях сформулировали ряд непреходящих для европейской цивилизации юридических конструкций: «доктрина двух тел короля», «доктрина искупления», «идея Страшного суда», институт завещания в интересах церкви, «преследование сексуальных отношений вне брака», инквизиция с присущим ей рационализмом в отличие от ордалий[586].

В конце XIII в. после выхода в свет глоссы Аккурсия школа глоссаторов угасает. На ее смену приходят глоссаторы позднего времени или постглоссаторы. Основателями нового юридического направления признаются философы и богословы Якоб Раванис (ум. в 1296 г.) и Раймон Луллий (1234 – 1315). Придерживаясь схоластического метода рассуждения они стремились из совокупности высших принципов вывести частные положения[587]. В работах «Искусство права», «Искусство партикулярного права» и др. Раймон Луллий к своим задачам в области права относил: «1) дать юриспруденции компендиарное изложение и вывести из всеобщих начал права

---

[582] Иоанн Грациан,. Согласование разноречивых канонов.// Антология мировой юридической мысли. В 5 т. Т. II. Европа: V – XVII вв. – М.: Мысль, 1999. С. 248.
[583] Исаев, И.А. Politica hermetica: скрытые аспекты власти. – М.: Юристъ, 2002. С. 280.
[584] См: Берман, Г. Дж. Указ. соч. С. 93 – 165.
[585] Честнов, И.Л. Указ. соч. С. 52.
[586] См: Аннерс, Э. Указ. соч. С. 187 – 189; Берман Г. Дж. Указ. соч. С. 165 – 194.
[587] Покровский, И.А. Указ. соч. С. 258 – 259.

начала особенные, путем искусственным; 2) сообщить таким образом познанию права свойство науки; 3) подкрепить значение и силу права писаного, согласовавши его с правом естественным, и изощрить ум юриста»[588].

Другими известными представителями школы постглоссаторов являются Бартол де Сассоферато (1313 – 1357), Балд (1327 – 1400), Синус де Пистойя (1270 – 1339), Чино (первая половина XIV в.)[589]. Знаменитость и слава в средневековом обществе принадлежала Бартолу и его ученику Балду. Бартол написал комментарий к Кодификации Юстиниана под названием «Opera omnia», а также заключения по частно-правовым вопросам «Consilia, qaestiones et Tractatus»[590]. Балду принадлежат такие книги как комментарий к глоссам «Tractatus Tractatuum» и «Consilia», посвященная рассмотрению практических ситуаций.

Своеобразие постглоссаторов в сравнении с их предшественниками проявляется в методе разработки права и роли в правовых системах средневековых государств Европы:

- постглоссаторы не превзошли глоссаторов в изучении римского права, поскольку занимались комментированием глосс к Дигестам Юстиниана. Как верно отмечает И.А. Покровский «работая над источниками римского права, постглоссаторы оперируют уже не столько над самими источниками, сколько над толкованиями глоссаторов; они «glossarum glossas scribunt» (пишут глоссы к глоссам), комментируют глоссы, вследствие чего их и называют комментаторами»[591];
- вместе с тем комментаторы пытались приспособить римское право к нуждам средневекового общества и привести его в гармонию с местным правом. Постглоссаторы привлекались королями, феодалами, городами к разрешению спорных вопросов публичного и частого права в качестве советников, консультантов и третейских судей. Поэтому другим названием данной школы правоведения является прозвище «консилиаторы» (советники). По данному поводу Э. Аннерс пишет: «С появлением консилиаторов связано и возникновение совершенно нового вида деятельности, которой эти юристы посвятили себя в первую очередь, а именно деятельности, связанной с составлением юридических экспертиз, заключений и т.д. по актуальнейшим политическим, дипломатическим, административным и частноправовым вопросам»[592]. В связи с чем, юридическая работа консилиаторов отличается изучением наряду римским правом королевского и местного права и практической направленностью;
- комментаторы прибегают к дедуктивному стилю рассуждения, пытаясь создать корпус юридических правил как единый и логический свод, в котором из общих начал вытекают

[588] Цит. по Нерсесянц, В.С. Философия права. Учебник для вузов. – М.: Норма, 2004. С. 445.
[589] Иоффе, О.С. Указ. соч. С. 46.
[590] См: Сассоферрато Бартол,. О различиях между каноническим правом и цивильным. // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т.II. Европа: V – XVII вв. – М.: Мысль, 1999. С. 319 – 334.
[591] Покровский, И.А. Указ. соч. С. 260.
[592] Аннерс, Э. Указ. соч. С. 168.

частные нормы. Постглоссаторы, как и канонисты, стали основоположниками современного в европейских странах метода – формальной юриспруденции и понимания права как системы правовых норм (позитивизма и нормативизма)[593];

- в отличие от глоссаторов комментаторы высшим правом считали естественное право как совокупность абсолютных и вечных принципов[594]. Преобладание естественного права требовало выведения норм положительного права из высших духовно-нравственных принципов. При расхождении естественного права с позитивным предпочтение отдавалось первому. Луллий выдвигает в качестве одного из требований, чтобы «право позитивное сводилось к праву естественному и с ним содружествовало»[595];
- консилиаторами был разработан ряд оригинальных юридических институтов – юридического лица (фиктивного субъекта права), международного частного права для разрешения конфликтов между гражданами разных европейских стран (Бартол), различия между преобладающим владением и подчиненным владением для обоснования феодальной собственности и т.п.[596];
- знание римского права и местного права, образование и эрудиция обусловили признание доктрины консилиаторов в качестве источников права в странах западной Европы. По словам шведского историка Э. Аннерса «материалы консилиаторов по судебным экспертизам пользовались у европейских юристов огромным успехом и авторитетом, сравнимыми разве что только с авторитетом судебных экспертиз современных судов»[597]. Так, юридические трактаты Бартола были переведены в Испании и Португалии считались обязательными для судов[598]. Другие виднейшие представители комментаторов привлекались судами, королями и феодалами для дачи советов по конкретным юридическим спорам. Такие заключения в силу авторитета принимались в качестве обязательных для сторон спора. Так, один из учеников Балда генуэзский юрист Бартоломео Боско (XIV – XV вв.) давал генуэзским судам и частным лицам заключения, ссылаясь на своего учителя и Бартола. Среди других авторитетных правоведов Генуи можно назвать Леонардо Каттанео, Томмазо Вивальди, Андреа Империале и Николо Стьиола[599]. Кроме того, в юридической практике стал формироваться институт «общего мнения юристов» («Communis opinio doctorum») – единство взглядов большинства докторов права по определенному юридическому вопросу (не менее 12 докторов должны были

---

[593] Иоффе, О.С. Указ. соч. С. 47.
[594] Графский, В.Г. История политических и правовых учений: Учебник. / В.Г. Графский, – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. С. 204.
[595] Покровский, И.А. Ука. соч. С. 261.
[596] Аннерс, Э. Указ. соч. С. 171 – 174.
[597] Аннерс, Э. Указ. соч. С. 170.
[598] Покровский, И.А. Указ. соч. С. 262.
[599] Барабанов, О.Н. Бартоломео Боско – генуэзский юрист XIV – XV вв.: Теория и практика гражданского судебного процесса. – Спб.: Алатейя, 2002. С. 63.

высказать одинаковое мнение). Общее мнение юристов воспринималось в качестве безусловного руководства для разрешения споров. Так, О.С. Иоффе указывает: «При рассмотрении практических юридических вопросов постглоссаторы зачастую высказывали противоречивые суждения, а это впоследствии приводит к образованию аналогичного римскому институту communis opinio doctorum, сообразно которому обязательную силу приобретают совпадающие суждения наиболее авторитетных авторов. Пользуясь этой формой правотворчества, постглоссаторы разрабатывают ряд новых правоположений, существенно отличающихся от соответствующих правил, зафиксированных в источниках»[600].

Одним из направлений юридической мысли в средневековой Европе, не связанным с университетами и изучением древних юридических текстов, стало исследование местного права. Право германских народов было представлено устным обычным правом, а государственное законодательство ограничивалось актами монархов. В целях систематизации и установления определенности в обычном праве ряд исследователей в XIII в. произвели запись обычного права. Так, немец Эйке фон Репгоф записал обычное право и судебную практику Саксонии в сборнике под названием «Саксонское зерцало». В последующем на основе данной записи обычаев был подготовлен другой сборник «Немецкое зерцало»[601]. Во Франции были известны две записи обычного права «Кодекс Святого Луи» и «Кутюмы Бовези». Кутюмы провинции Бове были записаны судьей и королевским сенешалем Бомануаром[602]. Рене Давид отмечает: «Местные обычаи, меняющиеся от города к городу, были отброшены. Они были приемлемы лишь в условиях замкнутой экономики, их трудно было узнать, трудно на них ссылаться. Местные обычаи сохранились лишь в том случае, если в силу определенной перегруппировки они получили географически более широкую сферу применения и если была осуществлена компиляция, позволяющая легко ознакомиться с ними»[603]. При этом записи обычного права или судебники как отражение действующего права были источниками права при рассмотрении в судах юридических дел.

Подытоживая исследование эволюции правовой науки в континентальной Европе с VI по XV столетия можно сформулировать ряд выводов.

Во-первых, европейская правовая наука в борьбе с церковью приобрела секуляризованный характер, освободилась от религиозных доминант, что привело к разделению права и нравственности, совести и рождению позитивизма в понимании права.

---

[600] Иоффе, О.С. Указ. соч. С. 47.
[601] Хрестоматия по всеобщей истории государства и права зарубежных стран. Т. 1. / Под ред. К.И. Батыра и Е.В. Поликарповой. – М.: Юристъ, С. 284 – 295.
[602] Бомануар, Ф. Кутюмы Бовези. // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. II. Европа: V – XVII в.. – М.: Мысль, 1999. С. 453 – 463.
[603] Давид, Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 42.

Во-вторых, господствующим методов в изучении права стал анализ правовых текстов и дедуктивное рассуждение в целях создания единого свода права и устранения противоречий между правовыми нормами.

В-третьих, как проявление универсальной закономерности права доктрина стала источником права, обязательным для правотворцев, судей и субъектов права.

В-четвертых, способами санкционирования правовой доктрины в качестве источника права стали – ссылка суда на авторитетный текст при разрешении юридического спора; дача юристами устных и письменных заключений по вопросам права для судов и субъектов права; следование судов и субъектов права общему мнению юристов.

2.5. Особенности юридического познания в средневековой Англии

Расхожее заблуждение состоит в том, что континентальное право испытало рецепцию римского права, а английское в силу ли географической отдаленности, в силу ли особенностей сложившегося после норманнского завоевания общественного и государственного строя – было лишено такого внешнего влияния. Так, Г.Ф. Шершеневич писал: «Развитие английского права шло самостоятельным путем независимо от римского и канонического»[604]. Но как убедительно показали Г. Дж. Берман[605] и В.Г. Виноградов[606] о «рецепции» римского права романо-германским миром можно вести речь с очень большой долей условности. Скорее, романо-германский мир «опошлил» римское частное право, нежели усвоил его.

Поэтому-то сравнение англо-саксонской правовой семьи с семьей континентального права и не может вестись в плоскости приятия (рецепции) или неприятия римского частного права. Обе эти семьи на свой лад отвергли правовой опыт римской государственности, а осуществленная ими «рецепция» предполагала не более чем косвенное влияние римской юриспруденции на молодые правовые системы. Фундамент у этих систем был один – обычное право германских народностей. А вот степень (или характер) гравитационного воздействия на них уже погибшей римской государственности с ее правом, действительно, разнилась.

Итак, отвергая тот тезис, что романо-германская правовая выросла на основе римского частного права, а англо-саксонская – нет, попробуем выяснить степень того косвенного влияния, которое римское частное право все же оказало на формирующееся общее право (common law) Англии.

---

[604] *Шершеневич, Г.Ф.* Учебник русского гражданского права./ Г.Ф. Шершеневич./ М. – 1911. - С.36.
[605] *Берман, Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования./ Г. Дж. Берман./ М. – Норма. – 1998. – 624с.
[606] *Виноградов, П.Г.* Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе (под редакцией и с биографическим очерком У.Э. Батлера и В.А. Томсинова)./ П.Г. Виноградов./ Зерцало. – 2010. – 178с.

Прецедентное право средневековой Англии, несомненно, выросло из обычного права германских племен[607]. Из самого наименования общего права (common law) с очевидностью вытекает, что практика королевских разъездных судов была направлена на слияние разнородных правовых обычаев в некое согласованное единство, на устранение в известной степени партикуляризма права.

Какую роль в этих процессах сыграло римское частное право? Утверждать, что оно было неизвестным или малоизвестным английским практикующим юристам, значит, предполагать, что с разрушением римской государственности прекратилось всяческое культурное общение между материком и британскими островами; такое утверждение окажется, безусловно, ложным. «Когда в Англии рушилось владычество римлян, следы, оставленные римским правом, были столь слабы, что легко могли позабыть их. Однако, вглядываясь ближе, мы увидим, что национальные законы заняли от них кое-что, и римское право хотя и не применяли в практике, но считали необходимой наукой для умственного образования»[608].

Замечательный русско-английский правовед П.Г. Виноградов в своих лекциях по «Римскому праву в средневековье» (1909 г.) приводит краткий очерк деятельности Вакария, явившегося пионером глоссаторской школы в Англии. Перед тем, как быть вызванным в Англию архиепископом Теобальдом, Вакарий «изучал лангобардское, каноническое и римское права и писал по всем трем отраслям тогдашней юриспруденции, но главным предметом его преподавания являлось право римское, и его можно рассматривать как хорошего представителя ранней болонской юриспруденции»[609]. На новой родине Вакарий преподавал в Кентербэри и в Оксфорде. «На некоторое время его преподавание было запрещено королем Стефаном, потому ли, что оно казалось опасным для авторитета национального обычного права, или потому, что Стефана раздражали успехи, достигнутые клириком архиепископа Теобальда, относившегося к королю враждебно. Вакарий, по-видимому, возобновил свою профессорскую деятельность после перерыва в несколько лет, и, во всяком случае, его ученое влияние оставило глубокие следы в Оксфорде, где студенты права иронически титуловались пауперистами (pauperistae) по той причине, что главным руководством для них служила «Книга для бедных» (Liber pauperum) Вакария»[610].

Liber pauperum («Книга для бедных») Вакария представляла собой краткое и доступное переизложение Дигест и Кодекса Юстиниана для студентов, чье материальное положение не

---

[607] *Богдановская, И.Ю.* Прецедентное право./ И.Ю. Богдановская./ М. – Наука. – 1993. – С.5-9. Мы не берем в расчет историю Англии до норманнского вторжения в 1066 г., т.к. применительно к этому периоду отсутствуют сколько бы то ни было значимые свидетельства в пользу влияния римского частного права на английское.

[608] *Бутович-Бутовский, Е.* О римском праве в Средние века Ф.К. фон Савиньи в изложении Е. Бутовича-Бутовского./ Е. Бутович-Бутовский./ СПб. - 1838. - Немецкая историческая школа права. – Челябинск. – Социум. – 2010. – С.406.

[609] *Виноградов, П.Г.* Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе (под редакцией и с биографическим очерком У.Э. Батлера и В.А. Томсинова)./ П.Г. Виноградов./ Зерцало. – 2010. – С.128.

[610] *Виноградов, П.Г.* Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе (под редакцией и с биографическим очерком У.Э. Батлера и В.А. Томсинова)./ П.Г. Виноградов./ Зерцало. – 2010. – С.128.

позволяло им приобретать дорогостоящую литературу и основательно изучать первоисточники. Свои мысли относительно конкретных выдержек из Corpus iuris civilis Вакарий излагал в виде межстрочных заметок или комментариев на полях. «Одна из самых ранних заметок показывает, как наш автор боролся с трудностями в применении церковных привилегий, касающихся права давности. Согласно постановлениям Юстиниана церковным учреждениям не было запрещено предъявлять свои права собственности после истечения обычного тридцатилетнего давностного срока; этот срок был продолжен для них до 40 лет, а канонисты утверждали, что римская церковь сохраняет права даже на еще больший промежуток времени, именно до ста лет. Относительно последнего пункта между цивилистами существовали значительные споры, в которых Вакарий, однако, не принимал участия.

Устерская рукопись его книги просто приводит извлечение из 9-й новеллы о привилегии столетней давности для римской церкви и не входит в рассмотрение того, насколько она отменена 111-й новеллой. Но наш автор не упускает отметить вопрос, связанный с юридическим применением привилегии. Можно ли ссылаться на истечение тридцатилетней давности против церкви, если последняя приобрела собственность от частного лица, которое само не осуществляло своих прав владения в течение 30 лет, согласно общему праву. По свидетельству глоссы Вакария, одно направление юристов отвечало на это отрицательно, на том основании, что лицо, чьи права обессиливаются давностью, не может передавать собственности, которую не имеет. Но наш глоссатор приводит также другое мнение, по которому привилегия церкви вытекает из ее особого положения и не зависит от прав третьего лица, ее правопредшественника»[611].

Итак, Англия, безусловно, не оставалась в неведении относительно пробудившегося на континенте интереса к римскому частному праву. Тем более, что кристаллизация феодального строя, усиление папской власти в Риме, действия норманнских племен, расширение интеллектуальных горизонтов за счет нового схоластического метода – все это сподвигало молодое английское государство к осознанию своего местоположения на бурно меняющейся политической и культурной карте Европы. Норманнское завоевание 1066-1075 гг. еще более расширило политические и культурные связи Англии. А утвердившаяся норманнская династия рассматривала свои новые островные владения и старые континентальные как две равноценные составляющие своего государства. Не удивительно поэтому, что начиная с XII в. в Англии возникает устойчивый интерес к римскому праву. П.Г. Виноградов даже писал по этому поводу: «Хотя римское гражданское право не вошло в качестве составного элемента, признанного и проводимого судами, в английское общее право (common law), оно, тем не менее, оказало мощное влияние на развитие юридических доктрин в критическую эпоху XII и XIII вв., когда

---

[611] *Виноградов, П.Г.* Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе (под редакцией и с биографическим очерком У.Э. Батлера и В.А. Томсинова)./ П.Г. Виноградов./ Зерцало. – 2010. – С.128-129.

закладывалось основание общего права. В самом деле, преподавание римского права, начатое Вакарием, одно время, казалось, должно было поглотить все остальные отрасли знания; в Оксфорде на исходе XII столетия не было более популярного факультета, чем юридический»[612].

Однако, проникновению римского права в английское тут же воспротивились две силы. Во-первых, католическая церковь увидела в преподавании права по римскому образцу в светских образовательных учреждениях потенциально опасное посягательство на монополию церковной власти в разрешении ряда юридических вопросов (семья и брак, наследование, правовой статус путешествующих и пр.). Именно этим объясняется то, что буллы Гонория III (Sper Speculam, 1217 г.) и Иннокентия IV (Dolentes, 1259 г.) были направлены против преподавания римского права в Париже и «соседних странах». Ведь, не смотря на христианизацию Римской империи, римское частное право в свей основе оставалось светским (языческим) «В начале Средних веков римская церковь любила и обрабатывала римское право; она часто умела извлекать из него свои выгоды, и обязана ему многим. Но в XII в., когда она увидела, что юриспруденция возвышается и может с ней соперничать, порабощает умы и похищает большое число тех пылких людей, которые пристрастились к науке, она тотчас изменила свой образ мыслей, и св. Бернард горько сетовал, что даже в палатах папы следовали не Божьему, а Юстинианову закону. На Реймсском соборе запрещено монахам в 1131 г. изучение римского права и медицины, и это запрещение было подтверждено и другими соборами. Гонорий в 1220 г. запретил священникам изучать римское право. Однако нашли средство к смягчению этого строгого повеления и исходатайствовали многие разрешения. Но тем же самым определением Гонорий запрещал преподавание римского права в Париже и его окрестностях под тем предлогом, что его не применяли в судах»[613].

Во-вторых, английская аристократия изначально не увидела ничего опасного в обращении к римскому праву: когда перед нарождающимся феодальным обществом встала задача юридического оформления нового социального неравенства (ведь, в родовой демократии германских племен такое неравенство было невозможно), то на помощь складывающейся аристократии пришло римское частное право, столетиями культивировавшее идеи такого неравенства (хотя бы и вне феодальных форм). Однако, уже утвердившись в новом феодальном статусе, аристократия усмотрела в претензиях католической организации, подкрепляемых ссылками на римское частное право, угрозу сложившейся системе социальных отношений. Так, «в 1234 г. Генрих III запретил преподавание цивильного права в Лондоне, а в 1236 г. знать Англии,

---

[612] *Виноградов, П.Г.* Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе (под редакцией и с биографическим очерком У.Э. Батлера и В.А. Томсинова)./ П.Г. Виноградов./ Зерцало. – 2010. – С.139.

[613] *Бутович-Бутовский, Е.* О римском праве в Средние века Ф.К. фон Савиньи в изложении Е. Бутовича-Бутовского./ Е. Бутович-Бутовский./ СПб. - 1838. - Немецкая историческая школа права. – Челябинск. – Социум. – 2010. – С.413-414.

собравшаяся в Мертоне, при обсуждении вопроса о незаконных детях высказалась против всяких изменений английских обычаев в угоду чужеземным взглядам (nolumus leges Angliae mutari)»[614].

Тем не менее, преподавание римского права в Оксфорде и Кембридже никогда не прекращалось; учащиеся школяры знакомились с ним, как минимум, в виде «введения в юриспруденцию». Влияние римского частного права, в частности, прослеживается и в трудах классиков английской юриспруденции Глэнвилла («Трактат о законах и обычаях Англии, составленный во времени Генриха Второго, когда достопочтимый Ранульф Глэнвилл стоял у руля правосудия»), Брактона (трактат «О законах и обычаях Англии»), и др.[615]

Это влияние состояло в заимствовании деления всех исков на гражданские и уголовные, многих понятий касательно вещного права, в частности, землевладения, договорного права и пр. «В разделе о вещах Брэктон воспроизводит римское деление вещей на res in patrimonio и extra patrimonio. Наряду с этим мы встречаем описания в латинских терминах res corporales и incorporales, res publicae и res communes. В разделе о сделках Брэктон использует классификацию реальных контрактов по римскому праву: mutuum, commodatum, depositum, pignus. Он различает mutuum и commodatum по тем же самым основаниям, что и римляне, но одновременно несколько отступает от римского права, возлагая на лицо, получившее вещь по контракту commodatum, точно такую же обязанность возвратить предмет или его стоимость, как и на лицо, получившее вещь по контракту mutuum, в случаях, если вещь «сгорела, погибла в результате кораблекрушения или нападения пиратов, была утеряна или похищена»[616].

В целом, английская система королевских предписаний (ритов), на основе которой позже сложилось общее право, по своей природе была похожа на преторское право Древнего Рима. Но при всем этом разнообразии путей, которыми путей «проникновения» римского частного права, мы видим, что становящееся английское право воспользовалось римским лишь в той мере, в какой нуждалось в строительном материале для возведения нового здания. «Заимствование норм римского права в Англии в XII—XIII вв. имело место, но сущность влияния римского права на английское в данный период заключалась главным образом в воздействии римского способа юридического мышления, юридической техники, рациональных методов обработки правового материала»[617], а латинский язык оставался языком внутреннего общения английских юристов вплоть до XVIII столетия.

---

[614] *Виноградов, П.Г.* Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе (под редакцией и с биографическим очерком У.Э. Батлера и В.А. Томсинова)./ П.Г. Виноградов./ Зерцало. – 2010. – С.139-140.

[615] *Томсинов, В.А.* Римское право в средневековой Англии./ В.А. Томсинов.// Античная Древность и Средние века. Проблемы социального развития. – Издательство Уральского гос. ун-та Свердловск, 1985. – С.126.

[616] *Томсинов, В.А.* Римское право в средневековой Англии./ В.А. Томсинов.// Античная Древность и Средние века. Проблемы социального развития. – Издательство Уральского гос. ун-та Свердловск, 1985. – С.127.

[617] *Томсинов, В.А.* Римское право в средневековой Англии./ В.А. Томсинов.// Античная Древность и Средние века. Проблемы социального развития. – Издательство Уральского гос. ун-та Свердловск, 1985. – С.126-127.

Если будет признанно позволительным вести речь о «рецепции» римского частного права английским, то такое «заимствование» шло по пути правовой идеологии. «Общее право Англии, вероятно, обязано римскому праву одной из своих самых характерных особенностей, именно своим индивидуализмом»[618]. И если континентальная юриспруденция в свое основание подчас помещала целые блоки из римского права, то островные юристы предпочли разобрать нежилое здание римского права на отдельные кирпичи и уже с помощью этих элементарных частей приступили к созидающему труду.

«Невнимательность» к римскому частному праву была обусловлена противоположным повышенным интересом новой норманнской государственности к обычному праву англо-саксов. Специфическое развитие судейской власти и оформившаяся уже r XIII столетию прецедентная система существенно ограничили доступ «иностранного элемента» (римское частное право, каноническое право, купеческое право) к молодой национальной правовой культуре. Англо-саксонское право приобретает явное своеобразие.

1. Прежде всего это своеобразие выразилось в прецедентном характере английского права. «Каким-то путем, который не может быть точно определен, королевские судьи, встречавшиеся между своими разъездами в Лондоне для рассмотрения дел в центральных королевских судах (Суд королевской скамьи и Палата шахматной доски) и Вестминстере, пришли к соглашению о необходимости слить различные местные обычаи в общее или единое право, которое могло бы применяться по всей стране»[619]. В английском праве мы встречаемся с уникальным сплавом разнородных субстанций: новая норманнская знать пришла к выводу о необходимости сохранения правовой традиции покоренных англо-саксов. *Общее право вырастает на основе обычного германского права, поддерживаемого авторитетом норманнского суда.* Обычно-правовая основа общего права (именно поэтому П.Г. Виноградов избирает для него в качестве второго наименования «земское право») предопределила неписаный характер прецедентного права. Известный английский правовой словарь содержит в себе следующее: «Общее право... означает неписаное право вне зависимости от того, имеет ли оно корни в прецедентном праве или в праве справедливости, чей авторитет не является результатом прямого выражения воли законодателя»[620]. Факт фиксации судебных решений в письменной форме абсолютно не устраняет качества неписанности английского права.

2. Из этого напрямую вытекает суждение о первоисточнике английского права: судья не является правотворцем, озвучиваемая им в прецедентном решении норма права не составляется благодаря судейскому произволу. Согласно учению Блэкстона, судья лишь проговаривает дотоле

---

[618] *Джэнкс, Э.* Английское право./ Э. Джэнкс./ М. – Юрид. изд-во МЮ СССР. – 1947. – 378с.
[619] *Джэнкс, Э.* Английское право./ Э. Джэнкс./ М. – Юрид. изд-во МЮ СССР. – 1947. – 378с.
[620] *Богдановская, И.Ю.* Прецедентное право./ И.Ю. Богдановская./ М. – Наука. – 1993. – С.8-9.

незадействованное, но, тем не менее, предпосланное правовое положение. Создавая прецеденты, британский суд не творит право, а только «разъясняет» уже существенную норму[621]. Корпорация судей, тем самым, является носителем некоего коллективного правосознания, а оттачиваемый ею веками профессионализм позволяет ей преимущественно перед другими слоями населения выявлять сущность права и «проговаривать» ее.

3. Именно поэтому крайне ошибочным является отождествление прецедента с текстом судебного решения. Судебный прецедент скрывается не в словесных формулах судейского акта, а в «ratio decidendi» – «мотивы/основа решения». Если при слушании какого-либо дела будет установлено, что суд равной или высшей инстанции выразил когда-нибудь раньше, *в качестве неустранимого звена в цепи своих логических рассуждений*, некоторую точку зрения на данную норму права и применил эту точку зрения при вынесении решения по делу, то суд, разбирающий настоящее дело, обязан при вынесении им решения руководствоваться этой точкой зрения, если только она не была с тех пор отвергнута судом высшей инстанции или парламентским актом[622]. Этим «ratio decidendi» отличается от «obiter dicta» («попутно сказанное»), т. е. от суждений суда, которые не являются необходимыми для обоснования решения по конкретному делу, хотя на них и можно сослаться позже для косвенного подкрепления своей позиции.

Судебный прецедент поэтому не может быть приравнен к целому судебному решению, так как содержится лишь в мотивировочной части последнего.

4. Из всего вышесказанного вытекает особо бережное отношение к правовой доктрине, которая наделяется статусом источника права. Имена Дайси, Остина, Брактона, Гленвилла, Литтльтона, Кока, Блэкстона и др. неразрывно связаны с историей английского права. Однако столь высокий авторитет сочинений указанных авторов обусловлен не столько научной составляющей, сколько отображением в них судебной практики первых веков норманнской государственности. «Английский автор признает научную (учебную) литературу источником права в силу того, что в ней содержится текст прецедента, на который можно сослаться. Научная литература рассматривается как своеобразное неофициальное издание прецедентов»[623]. Дело в том, что в момент, когда проснулся научный интерес к прецедентному праву, уже трудно было найти тексты судебных решений XIII-XVI вв., а в указанных научных работах имелись изъятые «ratio decidendi». Например, П.Г. Виноградов так выражался о Брактоне и его «О законах и обычаях Англии»: «Великий английский судья не удовлетворился изложением в общем виде того, что считалось правом его страны; он систематически использовал свитки Мартина Патешалла и

---

[621] *Джэнкс, Э.* Английское право./ Э. Джэнкс./ М. – Юрид. изд-во МЮ СССР. – 1947. – С.30.
[622] *Джэнкс, Э.* Английское право./ Э. Джэнкс./ М. – Юрид. изд-во МЮ СССР. – 1947. – 378с.
[623] *Богдановская, И.Ю.* Прецедентное право./ И.Ю. Богдановская./ М. – Наука. – 1993. – С.91.

Уильяма Ралейгха и дал не менее 450 ссылок на судебные споры, разрешенные его предшественниками и учителями»[624].

Английское право, таким образом, предстает перед нами, как проникнутое началами традиционности, индивидуализма, в какой-то мере, аристократизма. Безусловно, указанными характеристиками не исчерпываются особенности английского права. Крайне сложными и объемными являются вопросы взаимодействия общего права и права справедливости, общего права и статутного права, теории «спящего прецедента» и «убедительного прецедента» и мн. др.

2.6. Юридический стиль западноевропейской научной традиции

«Тем, что другого запрешь в сумасшедший дом,
своего ума не докажешь».
Ф.М. Достоевский
из первого предисловия к «Истории безумия
в классическую эпоху» М. Фуко

Современное общество все чаще характеризуют с помощью чуждого русскому языку прилагательного «постмодернистское». Сказать, что это такое – «постмодерн» – довольно сложно, т.к. даже сами философы, занимающиеся данной проблематикой, не могут прийти к сколько-нибудь единому мнению. Как известно, постмодерн является следующим этапом, после модерна, развития западноевропейской культуры. Не существует и устоявшейся точки зрения, когда же была пересечена граница между модерном и постмодерном, однако большинство авторов указывают на середину XX века[625]. Однако, факт остается фактом - постмодернизм оказал сильнейшее влияние на все стороны общественной жизни: экономику, искусство, политику и пр. И, скорее всего, модерн, предшествовавший постмодерну, несмотря на всю их кажущуюся конфронтацию, лишь подготовил почву для расцвета постмодернистского общества. В этом смысле нам импонирует точка зрения ряда исследователей, усматривающих в смене данных эпох лишь звенья одной цепи[626]. Попробуем же разобраться, что ценного для понимания взаимодействия общества и государственной власти дают нам философские разработки проблемы «модернизм – постмодернизм». И в этом отношении неоценимую помощь нам окажут фундаментальные работы М. Фуко, посвященные эволюции характера государственной власти. На

---

[624] *Vinogradoff, P.G.* A note book of Bracton.// Collected papers of Paul Vinogradoff. Vol. 1. Oxford. – 1928. – P.297.
[625] См. об этом, например: *Липовецки, Ж.* Эра пустоты: эссе о современном индивидуализме./ Ж. Липовецки./ СПб. – Владимир Даль. – 332с.
[626] См, например: *Дугин, А.Г.* Археомодерн./ А. Г. Дугин./ Электронный ресурс] http://www.arcto.ru/ modules.php?name= News&file = article&sid=1474 (дата обращения: 13.11.2014).

примере французской, немецкой, отчасти русской истории автор предпринимает попытку осмысления генезиса взаимоотношений личности и государства в течение последних столетий. Следует сразу заметить, что под государственной (политической, дисциплинарной) властью М. Фуко понимал не просто власть, осуществляемую соответствующими полномочными органами, а всю совокупность методов по упорядочению общественной жизни, исходящих из центра управления – макиавеллевского *stato*.

Для М. Фуко непреходящий интерес к политической власти был обусловлен и причинами личного порядка: его юношеские годы обучения в коллеже Святого Станислава (г. Пуатье) выпадают на время нацистской оккупации Франции. М. Фуко становится свидетелем ареста и исчезновения ряда преподавателей и многих учеников. Сам он вспоминал: ««Когда я пытаюсь воскресить свои эмоциональные переживания того времени, меня поражает, что все они оказываются связанными с политической ситуацией. Я помню, как чуть ли не впервые испытал почти животный ужас. Это произошло, кажется, в 1934 году, когда нацисты убили австрийского канцлера Дольфуса»[627].

В 1946 г. М. Фуко ценой невероятных усилий воплощает свою мечту – он зачислен в престижное учебное заведение Эколь Нормаль в Париже. Для изучения философии, истории, филологии открываются новые горизонты. Усиленные занятия наукой, стремление выделиться на фоне иных, не менее талантливых учеников, были настоящей проверкой психики на прочность. Именно тогда М. Фуко проявляет нетрадиционную половую ориентацию. Последующий ярко выраженный интерес к проблемам психологии, безусловно, связан со студенческими психическими пертурбациями философа.

Все это предопределило движение М. Фуко в направлении философии безумия или «безумной философии». Занятия в Эколь Нормаль предполагали в том числе и посещение психиатрической лечебницы. Позже он начинает посещать и тюремную больницу. В сферу научных интересов М. Фуко устойчиво входят «безумие» и «правонарушение», которые он позже объединит под именем «ненормальности».

Эти темы М. Фуко затем последовательно раскрывает в своих произведениях: «История безумия в классическую эпоху» (1961), «Рождение клиники: Археология врачебного взгляда» (1963), «Слова и вещи» (1966), «Археология знания» (1969), «Надзирать и наказывать» (1975), «История сексуальности» (1976—1984), «Воля к знанию», том I (1976), «Использование удовольствий», том II (1984), «Забота о себе», том III (1984).

Объединяет их всех идея запретности ненормальности в современном обществе и несогласие автора с этим. Лозунгом этих произведений станет любимая М. Фуко цитата из Р. Шара: «Развивайте вашу законную непохожесть».

---

[627] *Эрибон, Д.* Мишель Фуко./ Д. Эрибон./ Молодая гвардия, серия «ЖЗЛ». – М. – 2008. – С.28.

Итак, проследим мысль М. Фуко о дисциплинарной власти. Исторически, вплоть до появления абсолютных монархий в Европе, до эпохи буржуазных революций[628], государственная власть строила свои взаимоотношения с обществом и личностью на несколько иных началах. А, если быть точнее, государственная власть не стремилась осуществлять сколько-нибудь жесткий или непрерывный контроль над обществом. Да, даже если она и попыталась усилить свое влияние, общество проигнорировало бы такую инициативу. Конечно же, это вовсе не исключало конфликтов между государством в лице суверена и отдельной личностью. Но под правонарушением понималось вовсе не деяние, посягающее на общественный порядок. Правонарушение было, прежде всего, вторжением в сферу власти суверена, открытый вызов, неуважение, брошенные установленным им правилам[629]. И суверен, таким образом, старался ликвидировать именно *инородное тело*, вторгшееся в сферу его господства. Этим отчасти и объясняется, говорит М. Фуко, стремление палача во время публичной казни как можно больше истязать тело преступника, уничтожить его физически. Это еще раз подчеркивает тот факт, что государство и общество не сливались в единое неразделимое под руководством первого из них. Они *со-существовали*. Вторжение представителей общества в сферу господства государственной власти или наоборот, неизменно приводили к ответной реакции, реакции на инородное присутствие. И если инородный угрожающий элемент нельзя было оттеснить на ранее занимаемые им позиции, то его оставалось только уничтожить.

Во всяком случае, государственная власть никогда не претендовала на вездесущность. Социальные отношения развивались естественно, попыток их «нормализации» не предпринималось, т.к. не было самой «нормы». Данное положение М. Фуко наглядно иллюстрирует на примере эпидемий чумы, неоднократно прокатывавшихся по Европе. Так, флорентийский писатель Дж. Боккаччо (1313-1357) в своем «Декамероне»[630] указывал, что во время сильнейшей эпидемии чумы 1348 года, свидетелем которой он был, городское население произвольно рассредоточивалось по провинции.

Государственная власть, осознав опасность свободного перемещения горожан во время эпидемий, начинает предпринимать следующие меры: изобретается процедура принудительного *исключения*. Почему мы говорим «изобретается»? Ведь исключение, известно еще первобытному обществу, когда осуждение на изгнание, по сути, означало смерть, т. к. выжить вне коллектива

---

[628] Многие авторы вполне обоснованно видят в абсолютных монархиях не последний этап Средневековья, а уже подготовку будущих революционных свершений. См., например: *Насыров, Р.В.* Человек как самоценность: о формулировке ст.2 Конституции РФ 1993г. (курс лекций)./ Р.В. Насыров./ Барнаул, - 2008, - 278с. См. также: *Генон, Р.* Кризис современного мира./ Р. Генон./ Paris. - 1927.

[629] См. об этом: *Фуко, М.* История безумия в классическую эпоху./ М. Фуко./ СПб. - 1997. - 576с.; *Фуко, М.* Ненормальные. Курс лекций, прочитанных в Колледж де Франс в 1974-1975 учебном году./ М. Фуко./ Пер. с фр. А.В.Шестакова. - СПб. – Наука. - 2004. - 432с.

[630] *Боккаччо, Дж.* Декамерон./ Дж. Боккаччо./ СПб. – Азбука – классика. – 2008. – 800с.

было почти невозможно[631]. Разница в том, что раньше индивид сам, по собственному желанию покидал коллектив либо к этому его понуждало именно общество в качестве реакции на проступок. Теперь же вопросы исключения, изоляции берет под свой контроль государственная (дисциплинарная) власть. Именно под государственным руководством строятся загородные лепрозории, в которые и направляются все те, в отношении которых есть подозрение на какую-либо заразную болезнь.

Следующим шагом по усилению государственного контроля за зараженными лепрой (проказой) было установление комендантского режима в городах, когда ни один житель во время чумной эпидемии не мог покинуть своего дома без разрешения государственного служащего под страхом смертной казни. То есть процедура исключения заменяется несколько иной: процедурой наблюдаемого *включения*. Прокаженный член общества уже не изгоняется, напротив, оставляется в коллективе, но уже под неустанным контролем со стороны государственной власти. Таким образом, основываясь на массе исторических материалов, М. Фуко делает вывод о постепенном усилении контроля со стороны государственной власти в области здравоохранения.

Другим, не менее ярким примером является развитие истории безумия в Европе. Вплоть до эпохи Просвещения, как указывал М. Фуко, с безумцами, которых тогда вовсе не считали больными, поступали двояко. Их либо отмежевывали от общества (причем это делало само общество): одним из ярких примеров здесь служат немецкие die Narrenschiffen («корабли дураков»), когда городская община садила всех своих умалишенных на корабль и доверял их судьбу течению Рейна. И второй вариант: отношение к безумцам как к провозвестникам божьего на земле – как к юродивым. Если и происходила изоляция безумного, то это делалось именно самим обществом. Так, классик английской литературы У. Теккерей даже вводит специальную фразу – «дядя уехал в Бразилию»[632], что означало сумасшествие такого дяди: гости продолжают интересоваться, как ему живется в Бразилии, хотя все прекрасно понимают, что семья просто держит его в дальней комнате дома. Именно семья осуществляла изоляцию безумцев.

С приходом модерна государственная власть, присвоив безумцам статус больных, по мотивам ограждения общества от потенциально опасных членов начинает осуществлять их изоляцию уже от своего имени. Более того, постмодернистский этап характеризуется лишь усилением данной тенденции: теперь государство даже обязывает общество сообщать об

---

[631] К. Кастанеда приводит любопытный пример, каким образом осуществлялось изгнание у южно-американских племен. Провинившийся член племени должен был медленно спускаться со склона холма в то время как его соплеменники - «судьи» продолжали стоять сзади него – на вершине холма. У каждого из «судей» в руке было копье и каждый из них имел право, если считал изгоняемого виновным, бросить это копье в спину последнего. Если осужденный на изгнание доходил до подножья холма невредимым, то он мог жить дальше, но уже вне коллектива. См.: *Кастанеда, К.* Учение Дона Хуана./ К. Кастанеда./ М. – София. – 256с. Об изгнании из племени см.: Кашанина, Т. В. Происхождение государства и права./ Т. В. Кашанина./ М. – 1999.

[632] *Теккерей, У.* Ярмарка тщеславия в 2т./ У. Теккерей./ М. - Государственное издательство художественной литературы. - 1953.

известных последнему фактах безумства. И то, что ныне действующий Закон Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»[633] предусматривает обращение родственников душевнобольного в государственные медицинские учреждения за помощью, уже не вызывает удивления у общества. Хотя несколько столетий назад такая семья рассматривалась бы как предавшая своего представителя.

Таким образом, государственная власть, изобретя понятие «ненормальных» представителей общества, изобрела и процедуру их *нормализации*, суть которой в исправлении необычного члена общества под неусыпным контролем. Причем государственная власть понудила общество начать говорить о *не-нормальных* как больных. «Только изворотливость языка позволяет приписывать один и тот же смысл выражениям "болезни тела" и "болезни души"»[634], - писал М. Фуко. В своем дневнике Великий князь Константин Романов вспоминал, что члены царской семьи, выйдя из церкви после пасхальной службы, трижды целовались с юродивыми на паперти, несмотря на все язвы последних[635]. Представить себе что-то подобное сейчас невозможно. Государственная власть заставила отказаться общество от своих «ненормальных» и передать их под непрерывный контроль государства.

Разум Нового времени отказался от своего зеркального отражения в виде безумия. Он испугался гримас, своих собственных отраженных гримас. Однако, разум вышел из этого противо-*стояния* с безумием не через открытую победу над последним, а посредством устранения диалога. Безумие в одночасье и в одностороннем порядке было объявлено недостойным разума. И если отрывистые изречения юродивого еще столетие назад повергали в трепет монархов, то в XVII-XIX вв. устанавливается монолог разума. Неразумие заключено в стены лепрозория и описано как клинический случай. Голос безумия более не доносится через стены психиатрической лечебницы.

Описывая указанные процессы, М. Фуко замечает, что впервые в человеческой истории мерой неразумия становится определенное отклонение от социальной нормы. Не случайно, именно в Новое время изобретается учение о субъективной стороне правонарушения. В специально изобретенной для этого научной терминологии «нормальная» («разумная») часть общества вменяет другой ее «ненормальность». На самом же деле, нарождающийся буржуазный миропорядок в страхе за свое существование подвергает осуждению любую *непохожесть, инаковость*.

Представление о психической болезни как болезни абсурдно. Безумие – не «факт природы», а «факт цивилизации», т.е. изобретено буржуазным человеком. По М. Фуко, безумие/ненормальность – это форма защиты индивида от насилия социальных и государственных

---

[633] Закон Российской Федерации N 3185-1 от 2 июля 1992 года «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании».// Ведомости СНД и ВС РФ. - 20.08.1992. - N 33. - ст. 1913.
[634] *Фуко, М.* Психическая болезнь и личность./ М. Фуко./ СПб. – Гуманитарная Академия. – 2010. – 320с.
[635] *Романов, К.* К.Р./ К. Романов.// М. - Роман-газета. – 1994. - №19.

институтов. Это сфера максимальной свободы, в которую можно укрыться, если окружающая действительность вступит в острое противоречие с цветущей сложностью личности. Буржуазное же общество, объявив свои идеалы универсальными, запретила быть безработным, сумасшедшим, больным, правонарушителем. Возможными стали лишь эксцессы «ненормальности», граничащие с гениальностью, с которыми общество до поры до времени мирилось. По М. Фуко, благодаря Гойе, Ван Гогу, Ницше и Саду «западный мир вновь обрел возможность перейти черту разума в неистовстве насилия и, минуя все обетования диалектики, вернуться к трагическому опыту безумия». Но это были лишь вспышки на общем мрачном горизонте серой разумности. В конце концов и «гениальное сумасшествие» будет отвергнуто буржуазным миром. Начертав на своих флагах *cogito* западный мир окончательно растерял завещанный греками дионисийский дух.

Ценность такого осмысления истории болезни и безумия в Европе М. Фуко в том, что оно позволяет по-иному взглянуть на взаимоотношения современного общества и государства. Государственная (любая публичная/ дисциплинарная) власть, позиционируя себя как защитницу общества, как гаранта ненарушения порядка, в то же время не может не использовать процедуру *нормализации*. М. Фуко писал: «Экзамен со всеми его техниками документации превращает каждого индивида в конкретный «случай». Случай представляет собой одновременно и объект для отрасли знания и объект для ветви власти. Отныне случай (в отличие от случая в казуистике или юриспруденции) не есть совокупность обстоятельств, определяющая действие и способная видоизменить применение правила; случай есть индивид, поскольку его можно описать, оценить, измерить, сравнить с другими в самой его индивидуальности; но также индивид, которого требуется муштровать или исправлять, классифицировать, приводить к норме, исключать и т. д.»[636].

Начиная с эпохи Просвещения государственная власть уже не признает наличие демаркационной линии между сферой своего господства и сферой господства общества: они сливаются воедино и, что самое важное, находятся под контролем со стороны государственной власти. Прав был М. Фуко, когда говорил: «Эпоха Просвещения, открывая свободы, изобрела и дисциплины»[637]. Появляется макиавеллевское stato – общество-государство; государство, внедренное в тело общества; общество, оформленное государством. Новая дисциплинарная власть институализируется во многих формах. В 1971 г. созданное М. Фуко движение «Группа информации о тюрьмах» так сформулировало свои программные ориентиры в брошюре «Нестерпимо!»:

«Нестерпимы:

трибуналы,

---

[636] *Фуко, М.* Надзирать и наказывать: рождение тюрьмы./ М. Фуко./ СПб. - 1997. - С.280.

[637] *Фуко, М.* Надзирать и наказывать: рождение тюрьмы./ М. Фуко./ СПб. - 1997. - С.326. См. также: *Сокулер, З.А.* Знание и власть: наука в обществе модерна./ З.А. Сокулер./ СПб. – РХГИ. - 2001. - 240с.

полицейские,

больницы,

психиатрические лечебницы,

школа,

военная служба,

пресса,

телевидение,

государство»[638].

Современное государство помимо исторически оправданной охранительной функции неправомерно присвоило несвойственную ему функцию регулятивную. Р.В. Насыров замечает: «На государстве всегда лежит печать его происхождения, тех причин и условий, которые вызвали государство к жизни. Государство – *чрезвычайное (курсив наш)* средство предотвращения распада и хаоса...», оно «не совпадает с обществом»[639]. Государство – не единственный упорядочивающий общественные отношения институт, оно вовсе не присуще обществу имманентно. На опасность иной трактовки роли государственной власти в обществе указывал еще А. де Токвиль: «Большинство считает, что правительство действует неудовлетворительно, но все сходятся во мнении, что оно должно действовать еще активнее и все брать в свои руки»[640].

Понятие о ненормальности отдельных аспектов поведения человека утвердилось настолько, что сейчас правомерность его использования почти не ставится под сомнение. Это позволяет государственной власти на совершенно ином, более тонком уровне управлять обществом и отдельными его членами. Прежнее государство, не будучи слитым с обществом, позиционировало себя как отличное от общества. «Вы думаете, что государство – это вы. Нет, государство – это Я», - провозгласил Людовик XIV представителям всех сословий, слушавшим речь монарха на коленях в дождевой грязи[641].

С падением границы между государством и обществом (чему не в малой степени способствовала теория общественного договора) исчезает и отождествление государственной власти с фигурой суверена[642]. Приход эпохи модерна ознаменовал развенчание убежденности в присущей короне монополии на государственную власть. Идеологи буржуазных революций выдвинули идею о том, что каждый обладает частичкой государственной власти, является носителем государственного суверенитета. Граница между государством и обществом начинает постепенно исчезать, государственный суверенитет трансформируется в народный. Теперь

---

[638] *Эрибон, Д.* Мишель Фуко./ Д. Эрибон./ Молодая гвардия, серия «ЖЗЛ». – М. – 2008. – С.244.

[639] *Насыров, Р.В.* Человек как самоценность: о формулировке ст. 2 Конституции РФ 1993 г. (курс лекций)./ Р.В. Насыров./ Барнаул, - 2008, - С.201.

[640] *Токвиль, А.* Демократия в Америке./ А. де Токвиль./ М. – Прогресс. - 1992. – С.483.

[641] См. об этом: *Матьез, А.* Французская революция в 3т./ А. Матьез./ Ростов-на-Дону. - Феникс. – 1995.

[642] См.: *Батай, Ж.* Проклятая часть./ Ж. Батай./ Ладомир. – 2006. – 742с.

государство действительно уже не «Я» монарха, теперь государство – это Мы, замятинское Мы. И если ранее, как мы уже указывали, под правонарушением понимался личный вызов, оскорбление, брошенные правонарушителем монарху, то теперь под таковым понимается посягательство на все общество. Семья, укрывшая преследуемого монаршей стражей беглеца, получала одобрение со стороны соседей. Семья, сделавшая подобное сегодня, встретит, скорее, общественное осуждение. Необходимость в фигуре палача отпадает, т. к. общество берет на себя его работу. Вор – уже посягатель не на государственную власть, а на само общество. Тот факт, что вора нужно наказывать, содержится уже не в эдиктах, указах государя, а вытекает из личной убежденности каждого. Необходимость в грубом корректирующем вмешательстве со стороны государственной власти во многом отпадает, т.к. каждый член общества уже на подсознательном и осознанном уровне стремиться сам себя привести к норме, нормализовать. Внедрение в сознание субъекта мысли о необходимости постоянного жесткого внутреннего контроля над своим поведением используется как инструмент манипулирования людьми в масштабах всего общества. «Авторитарная выучка, грубые формы манипулирования индивидом и его «одомашнивание» ушли в прошлое»[643], - отмечает Ж. Липовецки. У М. Фуко встречаем следующее: «Перестав быть искусством причинения невыносимых страданий, наказание становится экономией «приостановленных» прав»[644]. Под «приостановленными» правами он, думается, понимал те сферы, которые ранее наполнялись субъектом, были местом проявления его личной мощи. После же изменения границы между государством и обществом первое получило доступ к понятию «норма», с помощью которого можно вводить критерии нормальности и ненормальности. Внедренное в сознание субъекта представление о (не-)нормальности и означает экономию приостановленных прав. Отклоняющееся от «нормы» поведение устраняется уже без непосредственного вмешательства со стороны государственной власти, ведь «государство – это Мы», а, значит, «Мы – это государство». «Понятие «норма» подразумевает, что нечто *должно* быть или совершаться и, особенно, что человек *должен* действовать (вести себя) определенным образом (курсив авт.)»[645], - писал Г. Кельзен. Следовательно, при таком подходе, общество-государство не только может, но и должно взять на себя контроль над процессом нормализации своих членов. К. Юнг по этому поводу писал: «Создалась понемногу коллективная культура, дающая, правда, каждому единичному человеку гораздо более широкие «права человека», нежели античный мир, однако имеющая и крупный недостаток, ибо она, в основе своей, является субъективно рабской культурой, отличающаяся от античного порабощения большинства лишь перемещением его в область психологии...»[646].

---

[643] *Липовецки, Ж.* Эра пустоты: эссе о современном индивидуализме./ Ж. Липовецки./ СПб. – Владимир Даль. – С.220.
[644] *Фуко, М.* Надзирать и наказывать: рождение тюрьмы./ М. Фуко./ СПб. - 1997. - С.18.
[645] *Кельзен, Г.* Чистое учение о праве./ Г. Кельзен./ М. – ИНИОН АН СССР. – 1987. – С.11.
[646] *Юнг, К.* Психологические типы./ К. Юнг./ М. – 1999. - С.136.

Не зря *«паноптикум»* становится ключевым термином для поздней философии М. Фуко. Им он обозначает новую концепцию пенитенциарных учреждений, созданную Дж. Бентамом. Суть ее в таком круговом конструировании тюрьмы, когда из некого центрального пункта можно вести постоянное наблюдение за всеми, при этом оставаясь невидимым. Каждый из заключенных не знает, за какой из расположенных по кругу камер в данный момент наблюдает надзиратель. Т.к. центральный пункт надзирателя скрыт за светоотражающим стеклом. Надзирателя, на самом деле, может и не оказаться на месте, но важно постоянное ощущение внешнего контроля, который, в конце концов, становится самоконтролем. Достаточно установить муляж камеры видеонаблюдения для того, чтобы достичь нужного эффекта. По сути, М. Фуко в «тюремной» терминологии описывает господствующие сегодня техники постоянной, неусыпной нормализации каждого, что и дает возможность определить современное государство как *полицейское*.

Но М. Фуко предрекает крах модернистского проекта – предельно разумное общество обречено на идеологическое банкротство, оно разрушит само себя и не заметит этого. М. Фуко завершает свою «Историю безумия» следующими словами: «Хитрость безумия торжествует вновь: мир, полагающий, будто знает меру безумию, будто находит ему оправдание в психологии, принужден именно перед безумием оправдывать себя, ибо в усилиях своих и спорах он соразмеряется с безмерностью таких творений, как произведения Ницше, Ван Гога, Арто. И нигде менее всего в своем познании безумия он не находит уверенности, что эти творения безумия оправдывают его».

Мишель Фуко предельно многолик. Ему не присуща простота («нормальность») ни в философии, ни в быту. «Он носил маски, которые то и дело менял», - сказал Ж. Дюмезиль, знавший Фуко как никто другой[647]. Везде, где только мог, он пытался пошатнуть *человеческое, слишком человеческое*, а, точнее, буржуазное, слишком буржуазное. И хотя в знаменитых майских событиях 1968 г. во Франции М. Фуко непосредственно не участвовал, т.к. находился в то время в Тунисе, все же в последующих отголосках «Красного мая» (конец 1960-х – 1970-е гг.) имя М. Фуко присутствует постоянно. Он заметен среди студентов, участвует в потасовках с полицией. М. Фуко до конца своей жизни сохраняет верность избранному в начале пути лозунгу: «Развивайте вашу законную непохожесть!».

2.7. Своеобразие исторической школы права

В целом появление исторической школы права в XIX в. можно расценивать как реакцию на засилье естественно-правовой демагогической риторики. Вторжение естественно-правовой доктрины в политику в виде ли литературной деятельности энциклопедистов во Франции 1750—1780 гг., или же собственно практики буржуазных революций кардинальным образом меняло

[647] *Эрибон, Д.* Мишель Фуко./ Д. Эрибон./ Молодая гвардия, серия «ЖЗЛ». – М. – 2008. – С.15.

мировоззрение целых народов. Утверждалось это новое мировоззрение на началах рационализма, гуманизма, в какой-то части атеизма. Практика абсолютистских государств Европы провозглашалась историческим отклонением от первоначального идеального «естественного состояния». Монарх, дерзающий сказать о себе, что «государство – это я», по мнению новых властителей дум, в одностороннем порядке расторгал заключенный некогда «общественный договор». С таким идеологическим посылом идеи внесословности общества, доступа к политике определенных групп населения, неприкосновенности частной собственности и пр. (идеи нового буржуазного общества) провозглашались как «естественные», а значит, присущие всем государствам и народам. Если же какое-либо государство не отвечало таким «новым» стандартам, то его практика расценивалась как досадное отступление от исторического идеала. В истории Европы, по выражению Л.А. Тихомирова, наступает эпоха «европейского умственного ига», когда идеи парламентаризма, буржуазного устройства общества, естественных прав и пр. искусственно приобретают статус наднациональных и в порядке экспансии распространяются по континенту[648].

Концентрированным воплощением нового буржуазного мировоззрения стал Гражданский кодекс Франции 1804 г. (Кодекс Наполеона). Его победное распространение по странам Европы вслед за наполеоновским войском встретило идеологическое неприятие в немецких землях. Европа после череды наполеоновских войн уже не смогла вернуться к старым феодальным порядкам, изгнанные отовсюду французы оставили в виде несмываемого свидетельства своего присутствия новую буржуазную идеологию. Немецкий дух ранее смирился перед военною силою Наполеона, но не желал терпеть идеологического превосходства Франции после ее падения (в том числе в области права).

Стимул к оформлению исторической школы права необходимо искать «в особых вопросах, которые были поставлены гражданской жизнью, — вопросах о значении рецепции римского права для Германии и об издании национального гражданского уложения»[649]. Когда после брошюры А. Ф. Ю. Тибо о необходимости выработки общегерманского гражданского законодательства весь немецкий научный мир пришел в движение, именно историческая школа права методично, на научных основаниях приступилась к спору о необходимости кодификации германского права по французскому образцу и, главное, об идейных основах такой систематизации (римское частное право, национальное право, право буржуазной Франции и пр.). Именно на этом пути во всей своей многогранности проявился талант двух наиболее ярких представителей указанного течения: Фридриха Карла фон Савиньи (1779-1861) и Георга Фридриха Пухты (1798-1846).

Отвечая на вызов А.Ф.Ю. Тибо об универсализации законодательства согласно «высшим началам, вытекающим из человеческого разума», Ф.К. фон Савиньи высказал принципиальное

---

[648] *Тихомиров, Л. А.* Монархическая государственность./ Л.А. Тихомиров./ М. – Айрис-пресс. – 2006. – 624с.

[649] *Муромцев, С.А.* Образование права по учениям немецкой юриспруденции./ С.А. Муромцев.// Немецкая историческая школа права. – Челябинск. – Социум. – 2010. – С.230.

несогласие с тезисом, что право всех народов, стран и времен зиждется на одних и тех же основаниях. В принципе, иного и нельзя было ожидать от ректора Берлинского университета, который в 1813 г. на свой собственный счет снаряжал слушателей, отправлявшихся на борьбу с французами[650].

Вступаясь в вышеуказанный спор, историческая школа права «сделала возможным такой путь, при следовании которому надежда на будущее совмещалась с уважением к прошедшему»[651]. В качестве отправной точки для своих теоретических построений она избирает «естественность» развития любого национального права, когда право в своей эволюции подобно языку, национальному обряду, культуре в целом[652]. «Как сам народ с течением времени изменяется во всей своей жизни, так точно право, как ветвь этой жизни, не неподвижно, а развивается вместе с народом; оно принимает его характер на различных ступенях образования и удобно применяется к его изменяющимся потребностям… Все это можно выразить одним словом: право имеет историю»[653].

Воплощением такого органичного обычая является правовой обычай. Человеческая воля, воплощенная в законодателе (будь то суверен, парламент и пр.), не является правосозидающей. Законодатель не является законо*со*зда телем. Он именно проговаривает то, что не было создано им самим, а дано ему извне. Наиболее оптимальной формой такого распознавания права является обычай. Все же последующие законодательные и судебные практики представляют собой лишь переоформление правового обычая. Поэтому, когда мы встречаемся с наименованиями Правда Ярослава или Судебник Ивана III, то адекватное понимание этих правовых памятников предполагает, что у них вовсе нет автора. Они лишь были *составлены* во время правления соответствующего суверена на основе обобщения обычно-правовой практики. Само наименование «судебник» свидетельствует о том, что перед нами сборник наиболее типических судебных казусов и вариантов типических их же решений, преподносимых всем судам в качестве образца. Всякое древнее право наглядно отражает казуальный путь своего формирования.

Обычай как таковой при этом вовсе не является некой высшим проявлением права. Он всего лишь *форма* внешней объективации «народного духа» (der Volksgeist). Но по сравнению со статутным правом обычное право, безусловно, приоритетно, т.к. через него «народный дух» проявляет себя в менее искаженном виде. Т.е. обычай был точно таким же *вторичным* явлением,

---

[650] *Кениг, И.* Савиньи и его отношение к современной юриспруденции./ И. Кениг.// Немецкая историческая школа права. – Челябинск. – Социум. – 2010. – С.357.

[651] *Муромцев, С.А.* Образование права по учениям немецкой юриспруденции./ С.А. Муромцев.// Немецкая историческая школа права. – Челябинск. – Социум. – 2010. – С.231.

[652] *von Savigny, F.K.* System des heutigen Römischen Rechts./ F.K von Savigny./ Berlin. – 1840. – S.182; Новгородцев, П.И. Историческая школа юристов./ П.И. Новгородцев./ СПб. – Лань. – 1999. – 192с.

[653] *Пухта, Г.Ф.* Энциклопедия права./ Г.Ф. Пухта./ Пер. с нем. Линденбратена под ред. П.Л. Карасевича. – Ярославль. - 1872.// Немецкая историческая школа права. – Челябинск. – Социум. – 2010. –С.458.

что и иные формы существования права. Не обычай и повторяемость его практик создают право, а право в лице народного духа создает обычай. Первичен лишь «народный дух».

Сведение права к «общенародному убеждению», «народному духу» не означало привнесение в правовые исследования некой метафизики. Дело в том, что эфемерными в глазах представителей исторической школы, скорее, были видимые проявления права – обычаи, законодательство, право юристов (юридическая наука). Сам же «народный дух» понимался ими как вполне позитивная (осязаемая, объективно существующая) категория. «Пухта, – писал Н.М. Коркунов, – объективирует, олицетворяет это понятие *(«народного духа» - прим. мое)*. Он видит в нем какую-то силу, действующую в организме народной жизни и существующую независимо от сознания отдельных членов народа»[654]. Через это становится понятным, на первый взгляд алогичное суждение С.А. Муромцева о том, что историческая школа была провозвестником грядущей эпохи позитивизма[655].

Отдельного внимания заслуживает вопрос об отношении исторической школы права к римскому частному праву. Неприятие исторической школой права простого вторжения инородных элементов в тело национального права приводило их, с одной стороны, к отрицанию универсальности римского частного права. Римская юриспруденция не воспринималась ими как образец для подражания, а потому рецепция римского права была нежелательной. С другой же стороны, римское частное право почиталось и Савиньи, и Пухтой именно за то, что в свое время римское право формировалось именно как национальное. Это право органически вырастало из живой истории нации и отказывалось воспринимать чуждые ему влияния[656]. Римское право превратилось в мощное оружие по цивилизационному воздействию на вновь покоряемые народы именно из-за того, что его развертывание во времени и пространстве происходило естественно. В «дыхании» римского права чувствовалась пульсация «народного духа». Именно поэтому основу римского частного права изначально составило обычное право. Ф.К. фон Савиньи так писал по этому поводу: «Все римское право развивается изнутри, как право обычное»[657].

Принципиально важно то, что в качестве «живого» римского права немецкими юристами воспринималось доюстинианова юриспруденция. Кодификация, попытавшаяся в сухой букве уловить не тождественное само себе в каждый новый момент времени право, явилась началом конца. Восприятие права как законодательного текста возобладало именно в период постклассического права (III-IV в. н.э.). «Европейские правовые системы новых государств

---

[654] *Коркунов, Н.М.* Лекции по общей теории права./ Н.М. Коркунов./ СПб. - Изд. юрид. кн. магазина Н.К. Мартынова. – 1897. – С.111.

[655] *Муромцев, С.А.* Образование права по учениям немецкой юриспруденции./ С.А. Муромцев.// Немецкая историческая школа права. – Челябинск. – Социум. – 2010. – С.230-240.

[656] *Исаев, И.А.* «Дух римского права» и историческая школа права./ И.А. Исаев.// История государства и права. – 2012. - №13. – С.23.

[657]

восприняли как образец и руководство к действию именно это упадническое состояние римского права. Юстинианова кодификация предложила Западу мумию римского права»[658].

Казалось бы, постулирование национального характера любой правовой системы должно было предрешить отрицательное восприятие всего чуждого, в том числе и римского. Но мы должны понимать, что к началу XIX в. европейская юриспруденция уже столетиями позиционировала себя как преемницу римских юристов. Г. фон Гуго, Ф.К. фон Савиньи, Г.Ф. Пухта подвизались в науке прежде всего как знатоки римского права. Но специфика исторической школы состояла в том, что она задалась целью четко разграничить римский и германский элементы и сделать это применительно к современному немецкому праву (например, знаковая работа Ф.К. фон Савиньи «О праве владения» 1803 г.). Обратим внимание на заглавие центрального для философии Ф.К. фон Савиньи произведения – «Система *современного* римского права» в 8 тт. *(курс. мой)*. Речь в нем идет не столько об историческом римском праве, сколько о современном его перевоплощении в праве немецком. Историческая школа права не ставила своей задачей вытравливание из национального права всего инородного, она, скорее, призывала к осознанному различению «своего» и «прежде чужого».

Таким образом историческая школа права в полной мере отдавала дань уважения римскому частному праву, но не как своеобразному jus gentium для современной Европы, а как образчику подлинно национального, «живого» правочувствования в рамках, пусть, и уже погибшей государственности. В этом смысле «римское право может быть воспринято современностью, однако, только как техника и метод, но не как содержание»[659]. Если весь пафос естественноправовой доктрины основывался на разрыве с действительностью (революционное преобразование добуржуазного общества в буржуазное), то историческая школа права – это акт примирения с действительностью даже в ее эклектичном состоянии.

Историческая школа права – это последняя вспышка угасающего романтизма на горизонте европейской правовой культуры. Наступающая эпоха позитивизации всех сторон жизни диктовала свои условия. Новые регулярные (полицейские) государства, само существование которых ставилось в зависимость от быстроты их реагирования на внешние вызовы (военные, экономические, политические и пр.) с необходимостью восприняли право как инструмент по регулированию общественных отношений. Исторический подход к праву, согласно которому централизованное вмешательство в правовую материю может лишь навредить, был отвергнут. Но

---

[658] *Исаев, И.А.* «Дух римского права» и историческая школа права./ И.А. Исаев.// История государства и права. – 2012. - №13. – С.25.

[659] *Исаев, И.А.* «Дух римского права» и историческая школа права./ И.А. Исаев.// История государства и права. – 2012. - №13. – С.24.

отвергнут не как неверный (!), а как нерациональный, непрактический, несвоевременный. «Поэтическая эпоха юриспруденции заканчивалась вместе с эпохой романтики»[660].

Вместе с тем, как это ни парадоксально, исторический «романтизм» привнес значимую долю позитивизма в право. Адепты исторической школы рано или поздно должны были в своих исследованиях перейти, как это именует И.А. Исаев, «к факту»: «Юристы «исторической школы» извлекали из потока истории детальные факты, складывающиеся в традиции и обычаи, казусы и прецеденты, даже не пытаясь найти за ними какие-либо вечно действующие принципы и идеи. Если романтики и классицисты видели просвечивающие за хаотичным или упорядоченным потоком фактов некие идеальные образы, то историки видели в фактах только сами факты, располагающиеся в имманентно присущем им самим порядке»[661]. Поэтому первоначальное представление об исторической школе права как о романтической оказывается не совсем верным. «Историки» просто вынуждены были согласно избранной им методе перевести свои исследования в русло позитивизма. Но позитивизма живого, когда бы ученый не просто препарировал мертвый объект, а бережно прикасался к живому «народному духу», порою не имея даже возможности объяснить те или иные его проявления.

И в этом смысле историческая школа права стала гораздо более «естественной» («натуральной»), нежели собственное естественно-правовая доктрина. «Право есть право, и оно натурально», «если мы не можем объяснить его, то это не означает его несостоятельности», - именно из таких постулатов исходили последователи Ф.К. фон Савиньи[662]. Историческая школа права требовала не объяснения правовой нормы, а ее констатации. Применительно к сформулированному примерно в это же время Г.В.Ф. Гегелем тезису: «Что разумно, то действительно; и что действительно, то разумно», - историческая школа права, тем самым, сделала акцент на второй части. Однако, весь посыл исторической школы в том и заключался, что действительное» - сейчас не смогло бы стать разумным, если бы оно отвергалось коллективным правосознанием. А потому «действительно-разумное» - сейчас некогда было признано всеми за «разумное» и именно потому стало «действительным» (первая часть фразы Г.В.Ф. Гегеля).

Такое бережное отношение к своей правовой истории породило целую волну обвинений исторической школы права в ретроградстве и тупиковости ее научных изысканий. Обвинения эти, к слову, по большей части были политически ангажированы и нечистоплотны. Вряд ли Ф.К. фон Савиньи крайне религиозный и последовательный в своей добропорядочности человек, посвятивший одну часть жизни развитию подлинного научного интереса своих слушателей к

---

[660] *Исаев, И.А.* «Дух римского права» и историческая школа права./ И.А. Исаев.// История государства и права. – 2012. - №13. – С.26.

[661] *Исаев, И.А.* Факты против нормы: вызов «исторической школы права»./ И.А. Исаев.// История государства и права. – 2012. - №8. – С.4.

[662] *Исаев, И.А.* Факты против нормы: вызов «исторической школы права»./ И.А. Исаев.// История государства и права. – 2012. - №8. – С.4.

науке, а другую – работе в министерстве юстиции Пруссии по обновлению прусского законодательства, заслуживает таких нелестных характеристик. Поэтому когда К. Маркс пишет об историческом типе правопонимания как школе, «которая подлость сегодняшнего дня оправдывает подлостью вчерашнего, которая объявляет мятежным всякий крик крепостных против кнута, если только этот кнут — старый, унаследованный, исторический кнут…»[663], то в таком замечании гораздо больше политической риторики, чем научной критики. Подлинный Ф.К. фон Савиньи выглядел иначе: будучи принятым в министерство юстиции в 1842 г. он «употребил все усилия для введения в Пруссии гласности и устности в судопроизводстве, причем он обратил внимание на возможно большее научное образование судей и адвокатов. Ему удалось ввести лучшее судопроизводство в делах о разводе. Составленный им и предложенный в 1845 г. проект уголовного уложения дышит началами правосудия и человеколюбия; в этом проекте отменены телесное наказание, квалифицированная смертная казнь и конфискация имущества. Наконец, проект вексельного уложения, сделавшегося первым *общим* законом Германии, тоже должен быть приписан Савиньи»[664].

2.8. Своеобразие позитивистской щколы права

> Человечество должно сохранять веру, что есть нечто высшее, чем формально обязательное право; не следует только думать, чтобы это высшее также было правом.
>
> *К.-М. Бергбом*

Позитивистская концепция права представляет собой самостоятельный этап в развитии западной юридической науки Нового времени. Хронологически данный этап приходится на XIX – начало XX в. Методология естественно-правовой концепции, господствовавшая на предыдущем этапе развития новоевропейской правовой науки, достигла своих «результатов» не только в области построения теоретических конструкций, но и на практике. Буржуазные революции волной прокатились по Западной Европе (XVII–XVIII вв.), институты прежнего традиционного общества

---

[663] *Маркс, К.* К критике гегелевской философии./ К. Маркс./ Избранные сочинения в 9 т. Т.1./ М. – Политиздат. – 1984. – С.3. В иной форме тот же выпад против исторической школы сформулировал Р. фон Иеринг: учение Савиньи «обольщает человека в такой области, где он должен действовать с полным, ясным сознанием цели, напрягая все свои силы, – обольщает тем, что дело делается само собой, что он лучше сделает, если положит руки в карман и будет доверчиво ждать, что мало-помалу появится на свет из источника права — национального правового убеждения». См.: *фон Иеринг, Р.* Борьба за право. 11-е изд./ Р. фон Иеринг./ СПб. – Типография Брауде. – 1895. – С.10.

[664] *Кениг, И.* Савиньи и его отношение к современной юриспруденции./ И. Кениг.// Немецкая историческая школа права. – Челябинск. – Социум. – 2010. – С.358-359.

были разрушены, и ритм общественного развития потребовал перехода к новой фазе, к новому состоянию – состоянию стабилизации и упорядочения. По этой причине именно на XIX столетие приходится время стабилизации, что в правовой сфере жизни общества выразилось в установлении режима элементарного правопорядка, создании согласованного законодательства и эффективной правоохранительной системы. С этой точки зрения юридический позитивизм отражал вполне конкретные изменения, произошедшие в юридической практике и правотворчестве.

Первые «ростки» такого рода изменений проявились в ходе кодификационных работ рубежа XVIII–XIX вв. Создатели первых западноевропейских кодексов были воодушевлены идеями естественного права. Это утверждение справедливо и для Прусского земского уложения 1794 г., и для Французского кодекса Наполеона 1804 г., и для Австрийского уложения 1811 г. Так, применительно к Пруссии следует вспомнить в чем состоял изначальный замысел Фридриха II Великого. Этот замысел был сформулирован в указе от 31 декабря 1746 г. и заключался в том, что задачи систематизации, унификации и рационализации права должны были решаться «на основании Разума и естественного права»[665]. Составление первого проекта кодекса в Пруссии было поручено Фридрихом II Самуилу Кокцею, но итог работы последнего не получил одобрения Фридриха II. Основная причина подобной неудачи состояла, как ни странно, в «чрезмерном» следовании Кокцея принципам естественного права. В результате такого подхода, по выражению А.Н. Медушевского, проект представлял собой скорее «собрание философских принципов, чем точных и определенных юридических норм, которые могли бы быть положены в основание судопроизводства»[666]. С 1780 г. в Пруссии начинается очередной этап кодификационных работ. Замысел при этом, оговоримся, остается прежним. К осуществлению деятельности по систематизации правового материала привлекается один из видных правоведов Германии XVIII в. К Г. Сварец. Разработанный под руководством последнего проект тоже носил сильный отпечаток естественно-правовых воззрений и, что характерно, был принят только после его переработки в «более государственническом и консервативном духе»[667]. В итоге Прусское земское уложение 1794 г. фактически утверждало идею монополии верховной власти (государя) на правотворчество и толкование права. Законодательство в полном объеме провозглашалось прерогативой монарха. Разного рода провинциальные статуты Пруссии сохранялись только при условии их санкционированности законом; запрещалось впредь ссылаться на ученые мнения юристов как на источник права. Указ 5 февраля 1794 г., возвещавший о вступлении в действие Прусского земского уложения, настойчиво запрещал толкование его на основании каких бы то ни было

---

[665] Медушевский А.Н. Кодификация права в странах Восточной Европы эпохи Просвещенного абсолютизма: сравнительное историко-правовое исследование // Исследования по источниковедению истории России дооктябрьского периода : сборник статей / редкол.: В.А. Кучкин (отв. ред.), О.Н. Бурдина. М.: ИРИ РАН, 1993. С 84.
[666] Там же. С. 84.
[667] Омельченко О.А. Всеобщая история государства и права: в 2 т. Т. 2. М.: ТОН-Остожье, 2000. С. 124.

«философических соображений» («philosophische Raisonnements»)[668]. Все действия по отмене, истолкованию, ограничению силы законов объявлялись прерогативой «высшего правительства». И все это на фоне того, что Прусское земское уложение было проникнуто стремлением к всесторонней регламентации многих сторон общественной жизни, в нем явно просматривалась идея полицейского государства.

Если обратиться к историческим особенностям принятия Гражданского кодекса 1804 г. во Франции, то следует вспомнить, что в самом акте о создании комиссии для подготовки гражданского кодекса закреплялось, что этот кодекс должен воплощать в себе идеи «равенства, справедливости и естественных оснований». Но при этом состав комиссии, сформированной в 1800 г., отражал не столько идеологический, сколько позитивистский подход к правотворчеству: в комиссию вошли четыре члена, причем «не пламенные революционеры, а опытные практики»[669]. В качестве специалистов по кутюмам в нее вошли Тронше, председатель кассационного суда, и Биго де Преамене (оба – бывшие адвокаты при Парижском суде), а в качестве специалистов в области писаного права выступили Портали, высокопоставленный чиновник, а также Мальвилль – судья кассационного суда.

Важнейшие правила, отражающие «позитивистский дух» Гражданского кодекса 1804 г., были закреплены во Вводном титуле «Об опубликовании, действии и применении законов вообще». Это положение о том, что «судья, который откажется судить под предлогом молчания, темноты или недостаточности закона, может подлежать преследованию по обвинению в отказе от правосудия» (ст. 4); и положение о том, что «судьям запрещается выносить решения по подлежащим их рассмотрению делам в виде общего распоряжения» (ст. 5)[670]. Для правоприменителя это означало запрет отказывать в защите права, ссылаясь на противоречивость или пробельность закона. В возникшей ситуации судья не мог разрешить дело, ссылаясь на принципы естественного права; ему следовало тщательно изучать законодательство (тот же Гражданский кодекс) и вывести из его текста подход (принцип) к разрешению данного вопроса. Другими словами, он должен был, используя приемы толкования, обнаружить волю законодателя относительно регулирования данной жизненной ситуации.

Факт удивительного переплетения естественно-правовых и позитивистских воззрений и настроений вокруг французского гражданского кодекса фиксирует С.В. Липень. Он отмечает: «Наполеон хотел, чтобы его Кодекс стал «ratio scripta», писаным разумом, дающим ответы на все возможные общие вопросы; отсюда, кстати, и отрицательное отношение Наполеона к

---

[668] Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права: в 3 ч. Ч. 1. Петроград, 1917. С. 37.
[669] Кетц Х., Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: основы. В 2-х т. Т. 1. М.: Междунар. отношения, 2000. – С. 130.
[670] Главные политические документы XI–XIX вв. М.; Берлин: Директ-Медиа, 2016. С. 63–64.

возможности толкования Кодекса («Пропал мой Кодекс», – известная фраза Наполеона, сказанная им при получении известия о появлении первого комментария Кодекса)»[671].

В итоге кодификации, начинавшиеся с идеи рационализации национального права на общих началах «разума и справедливости», и в той или иной степени достигавшие данной цели, имели и некий «дополнительный» итог – этатизацию правовой сферы. Эта их особенность неоднократно описана в юридических исследованиях, высказаны и мнения относительно причин отсутствия прямого соответствия между первоначальным замыслом и конечным результатом. Достаточно распространенным объяснением здесь является ссылка на изменение политической «атмосферы» в Западной Европе того времени. Так, И.А. Покровский, рассуждая о виднейших в истории западноевропейского права кодексах, писал следующее: «начатые в эпоху подъема естественно-правового настроения, они были закончены уже в эпоху реакции, когда страх перед революционностью естественно-правовых принципов стал все более и более сокращать широту первоначальных реформаторских заданий»[672].

Показательно, что именно с процессом кодификации, развернувшимся в западноевропейских правовых системах, Р. Давид связывает возникновение юридического позитивизма. Кодексы «вопреки», – пишет он, – вдохновлявшей их естественно-правовой идее «вызвали к жизни юридический позитивизм, усиленный национализмом». «Во всех европейских странах, правда в разной степени, право отождествлялось с приказами суверена, но перестало отождествляться со справедливостью. Подобное изменение позиции проявилось, само собой разумеется, в каждой стране лишь после проведения национальной кодификации»[673]. Данное высказывание Р. Давида процитировано не случайно. В нем обращает на себя внимание как минимум два момента: во-первых, слово «вопреки», а во-вторых, выражение «само собой разумеется» – оба использованные к описанию процесса возникновения юридического позитивизма. Все это рождает закономерный вопрос: для самого Р. Давида рождение юридического позитивизма – это какой-то «побочный», непредсказуемый результат кодификационных работ Нового времени или наоборот вполне закономерный их итог? Сам Р. Давид скорее склоняется к первому объяснению. Это видно из его рассуждений о том, что отрицательные последствия кодификации (выразившиеся в отождествлении права и закона) «не были связаны с ее принципами», они могли и должны были быть «исправлены» – прежде всего самими юристами, и в общем «европейской драмой была не кодификация, а отказ от кодификации французского толка в Германии, а также позиция, занятая университетами после кодификации»[674].

---

[671] Липень С.В. Отечественная цивилистика начала XX века и Кодекс Наполеона // Журнал российского права. 2015. №1 (217). С. 79.
[672] Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права: в 3 ч. Ч. 1. Петроград, 1917. С. 37.
[673] Давид Р. Основные правовые системы современности. М.: Прогресс, 1988. С. 76.
[674] Там же. С. 73.

Но более внимательное прочтение Р. Давида может подтолкнуть и к иным выводам. «Школа естественного права, – пишет Р. Давид, – добилась яркого успеха в двух направлениях. Прежде всего она заставила признать, что право должно распространяться на сферу отношений между управителями и управляемыми, между администрацией и частными лицами… Вторым направлением, где проявился успех школы естественного права, стала кодификация»[675]. Другими словами, в заслугу естественно-правовой школе Р. Давид ставит именно создание фундамента публичного права, здание которого было возведено после XVIII в. (вспомним здесь о полицейском праве), а также обоснование идеи того, что суверен может (и должен) создавать право и пересматривать его (разумеется, для закрепления принципов естественного права). Кодификация в этом контексте выступает всего лишь инструментом в руках суверена – просвещенного монарха. Что мы получаем в «сухом остатке»? Общество не может достичь благостного состояния без государства, без его правотворческой деятельности и активности. Думается, что эту концепцию всего один шаг отделяет от юридического позитивизма, который остановится на том, что право – это форма донесения властных предписаний государства до общества, и снимет вопрос о том, в какой степени эти предписания служат «общему благу». И здесь напрашивается очевидный вывод: естественно-правовая теория в ее буржуазном варианте, просвещенный абсолютизм с его патерналистской концепцией государства и юридический позитивизм составляют звенья одной цепи.

Итак, крупнейшие западноевропейские кодификации, рожденные восприятием права в философии Просвещения и ставшие детищами «просвещенного абсолютизма», в конечном итоге фиксировали идею о том, что государство есть единственный творец права, продукты деятельности которого – кодексы, законы, иные формы фиксации правовых предписаний – есть средство, орудие в руках государства к созиданию некоего совершеннейшего (в соответствии с тогдашними представлениями) общественного порядка. Декларации, закрепляющие естественные права и свободы, продолжали действовать, но политическая элита западных стран, сохраняя либеральную риторику, стремилась освободиться от непосредственного влияния естественно-правовой идеологии на политическую и юридическую практику. Все это стало своего рода историко-политическим фундаментом того направления в развитии юридической науки, которое и получит название «юридический позитивизм».

Вместе с тем у юридического позитивизма был еще и философско-методологический, мировоззренческий фундамент. И в этой части юридический позитивизм достаточно часто связывают с позитивизмом как направлением философской мысли. Это представление было в особенности характерно для советской юридической науки. Например, В.Д. Зорькин понимал под юридическим позитивизмом «определенную, конкретно-историческую разновидность формально-

[675] Там же. С. 73.

догматической теории права, обоснованную с позиций философии позитивизма в условиях капитализма XIX в.»[676].

В XIX в. продолжалось успешное развитие естествознания. Эти успехи основывались на наблюдении и эксперименте. Возник и оформился методологический конфликт между «добытчиками» опытных знаний и философами. Первые стремились освободить научные исследования от абстрактных метафизических предпосылок и выводов. Проект освобождения «истинного знания» от «метафизических», философских «наслоений», осуществленный в естественно-научных исследованиях, был расценен некоторыми гуманитариями как успешный и вполне приложимый к исследованию человека и общества. Зародился позитивизм.

Кроме того, для возникновения позитивизма не меньшее значение имела еще одна особенность развития философской мысли Нового времени – это конфликт идеалистического и материалистического понимания основания и сущности всего бытия. Своеобразным выходом из этого мировоззренческого тупика для мыслителя Нового времени могло стать признание того обстоятельства, что «безусловное начало и сущность вещей должны остаться навсегда недоступными для нашего познания, что всякая попытка дойти до познания их по самым условиям и законам нашей познавательной деятельности должна оказаться всегда тщетною; поэтому наше познание должно ограничиваться только областью непосредственно доступного нам бытия – бытия условного и относительного, т е. областью одних только явлений», что и стало, по мнению Н.Н. Страхова, исходным положением для возникновения позитивизма[677].

Основателем позитивизма считается французский мыслитель Огюст Конт (1798–1857 гг.), вошедший в историю также как основоположник социологии. Позитивизм О. Конта зиждился на идее того, что человечество в своем интеллектуальном развитии проходит три стадии: теологическую, метафизическую (абстрактную) и научную. Теологическая и метафизическая стадия характерны, по выражению О. Конта, для «младенческого состояния ума человеческого»: на первой стадии человеческий ум объясняет все явления природы волей и действием сверхъестественных сил; на второй – сверхъестественные факторы заменяются «сущностями или олицетворенными абстракциями». Итогом теологической и метафизической стадий становиться установление «совершенной бесплодности смутных и произвольных объяснений», отказ человеческого ума от «абсолютных исследований, уместных только в его младенческом состоянии», и сосредоточение усилий в области «действительного наблюдения, принимающей с этого момента все более и более широкие размеры и являющейся единственно возможным основанием доступных нам знаний, разумно приспособленных к нашим реальным потребностям»[678]. «Возмужалость» человеческого ума, достигаемая на стадии положительной

[676] Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1978. С. 18.
[677] Страхов Н.Н. Очерк истории философии. М.: Директ-Медиа, 2009. С. 144.
[678] Конт О. Дух позитивной философии. М.: Директ-Медиа, 2002. С. 18–19.

(реальной) или научной стадии заключается в повсеместной замене недоступного определения причин в собственном смысле слова – простым исследованием законов, т.е. постоянных отношений, существующих между наблюдаемыми явлениями. О чем бы ни шла речь (о мышлении и нравственности, например) «мы можем действительно знать только различные взаимные связи, свойственные их проявлению, не будучи никогда в состоянии проникнуть в тайну их образования»[679]. Полное постижение внешнего мира невозможно, исследователю доступна лишь часть реального существования, в познании которого он может опереться только на собственный опыт, а значит, изучение явлений никогда не станет абсолютным, оно должно всегда оставаться относительным, – такова формула научного освоения мира О. Конта.

Правильное развитие научного знания, по мнению О. Конта, зависит от правильного расположения наук относительно друг друга. Такое правильное расположение представлено следующей иерархией наук: отправной пункт – математика, четыре «промежуточные» науки – астрономия, физика, химия, биология, и «основная цель всякой положительной философии» – социология[680]. В этом ряду науки расположены в порядке возрастающей сложности и убывающей общности. Главное для О. Конта то, что они не должны оставаться в изолированности друг от друга. Это справедливо и для социальной науки – для нее, как для конечной области знания, все предшествующие науки составляют ряд необходимых и вводных дисциплин, при изучении которых ум приобретает «привычки и понятия», без которых он не может продуктивно приступить к ее освоению. В этой части методология позитивизма отвечает на вопрос, как изучать?

И еще об одной идее, составляющей позитивизм О. Конта, следует сказать отдельно – это идея порядка и прогресса. Именно новому «положительному мышлению» под силу построить «еще столь тщетно искомое основное согласование одновременно между требованиями порядка и прогресса». Для этого ему не нужно делать ничего особенного, ведь это свойство присуще самой природе позитивизма: «в каком бы то ни было вопросе положительное мышление всегда приводит к установлению точной элементарной гармонии между идеями порядка и идеями прогресса»[681]. Таким образом, позитивизм утвердил идею того, что в общественной жизни необходимо и возможно изучать только то, что доступно и полезно.

В общих чертах перечисленные постулаты и составили методологию позитивизма. Использовались ли она юридическим позитивизмом? Повторимся, советская юридическая наука была склонна давать на этот вопрос положительный ответ. Выше уже цитировался В.Д. Зорькин. Процитируем его еще раз. «Применяя философию позитивизма, юридический позитивизм свел наблюдаемые явления к текстам источников права, преимущественно, закона, и ограничил

---

[679] Там же. С. 20.
[680] Там же. С. 136–137.
[681] Там же. С. 76.

юридическую науку догмой права, а именно описанием, обобщением, систематизацией и классификацией нормативных предписаний законодателя и выработкой на основе этого соответствующих юридических понятий и конструкций. Из проблематики юридической науки как таковой были исключены не только сущностные и аксиологические аспекты права <…>, но и социальная обусловленность права, его возникновение, структура и функционирование в общем потоке социальных взаимосвязей и отношений»[682]. Другими словами, методологические установки позитивизма на эмпирическое исследование объектов, на отказ от познания сущностных и аксиологических аспектов явлений, предопределили особенности юридического позитивизма.

Вместе с тем в этой части советской юридической науке приходилось полемизировать с западными исследователями, которым связь между философским позитивизмом и юридическим позитивизмом не казалась столь очевидной. Более того, эта связь отрицалась, причем самими основоположниками юридического позитивизма. Так, К.-М. Бергбом полагал, что «с позитивизмом и позитивной философией О. Конта этот термин, естественно не имеет ничего общего. О. Конт не знал вообще учения о праве и государстве, тем более позитивного учения, но растворял эти науки вместе с другими науками в громадной по широте «социологии». Применимость принципов позитивной философии к философии позитивного права весьма сомнительна»[683]. При таком подходе термин «юридический позитивизм» считается произошедшим от термина «позитивное», т.е. установленное право (в противовес неписанному, естественному праву). Поясняя данную точку зрения, А.В. Пищулин отмечает, что при такой интерпретации юридический позитивизм «не уходит своими корнями, не черпает свои методологические установки в философском позитивизме, а появляется и развивается исключительно в рамках юриспруденции, как влиятельнейшее направление юридической мысли, и создается государством или сувереном»[684].

Но если истоки юридического позитивизма не в философии позитивизма, то где же они тогда обнаруживаются? И на этот счет есть мнение о том, что их необходимо искать в идеологии утилитаризма Иеремии Бентама (1748–1832 гг.). «Из семян, посеянных его школой утилитаристов, произросли в дальнейшем мощные всходы правового позитивизма», – пишет современный английский исследователь Д. Ллойд[685]. Суть социальных взглядов И. Бентама состояла в так называемой «моральной арифметике». «Этика, – писал он, – вообще может быть определена как искусство направлять человеческие действия к произведению величайшего возможного

---

[682] Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1978. С. 15.
[683] Цит. по: Пищулин А.В. Проблема определения современных подходов к понятию «юридический позитивизм» // Вестник Московского университета. Серия «Право». 2009. №3. С. 91.
[684] Пищулин А.В. Юридический позитивизм в современном правопонимании: автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2010. С. 15.
[685] Ллойд Д. Идея права: репрессивное зло или социальная необходимость? М.: Книгодел, 2009. С. 99.

количества счастья на стороне тех, интерес которых имеется в виду»[686]. Удовольствие и страдание для него представляют те действительные силы, которые управляют человеком и человечеством. В этой системе координат основное значение приобретает принцип полезности, который предполагает одобрение или неодобрение какого-либо действия (в том числе действия правительства) с позиции того, стремится ли оно содействовать счастью какого-либо субъекта или наоборот, стремится воспрепятствовать ему. Сама же полезность связывается И. Бентамом со свойством предмета «приносить благодеяние, выгоду, удовольствие, добро или счастье»[687]. Казалось бы, в этой цепочке рассуждений сама собой должна появиться идея естественного права для обоснования выше названных идей. И она появлялась только не для этого, а для того, чтобы быть отвергнутой и отвергнутой с презрением.

Критика естественно-правовой теории стала одним из действительно важных направлений политико-правовых изысканий И. Бентама. В одном из первых своих трудов 1677 г., озаглавленном «Отрывок о правительстве», он оспаривает теорию общественного договора и естественных прав индивида, т.е., как справедливо отмечает Р.Е. Сейдеметова, «самые основы революционного мировоззрения XVII–XVIII вв.»[688]. Общественный договор и естественное право для И. Бентама лишь фикции. Существует только положительное право, из которого проистекают все права.

Название работы И. Бентама – «Анархические софизмы, являющиеся исследованием Декларации прав, изданной во времена Французской революции» (опубликованы в 1816 г.) – говорит само за себя. В этом памфлете он утверждает, что представление и требование естественных, неотчуждаемых прав противоречит самой идее государства, подводит человечество к анархии. Саму Французскую декларацию автор оценивает как метафизическое произведение, части (статьи) которого возможно разделить на три класса: а) невразумительные, б) ложные, в) одновременно и невразумительные, и ложные[689].

В работе «Введение в основания нравственности и законодательства» (первое опубликование в 1789 г.) И. Бентам называет естественный закон («закон природы») «поддельным», «мнимым»; для него этот закон – «химера», «смутный фантом, который в воображении всех тех, кто начинает преследовать его, иногда указывает на манеры, иногда – на законы, порой – на то, каковы они есть, порой – на то, какими они должны быть»[690].

Отрицательное отношение И. Бентама к естественно-правовой теории связано с тем, что он был представителем классического либерализма, а классический либерализм, особенно после периода революций, всегда стремится к стабильности и порядку. В условиях западного мира это

---

[686] Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М.: Директ-Медиа, 2009. С. 593.
[687] Там же. С. 7.
[688] Сейдеметова Р.Е. Представления Иеремии Бентама о государственном устройстве // Юристъ-Правоведъ. 2011. №4. С. 59.
[689] Там же . С. 60.
[690] Бентам И. Ведение в основания нравственности и законодательства. М.: Директ-Медиа, 2009. С. 33, 733.

предполагает юридизацию и этатизацию общественной жизни, поэтому И. Бентам считал, что общественные отношения должны регулироваться на основе простых, четких и непротиворечивых законов (прочитав которые, каждый мог бы точно узнать, каковы его права и каковы его обязанности). В этом отношении закономерны и его критика прецедентного англосаксонского права, и интерес, проявляемый им к кодификации и кодификационным работам того времени.

«Законодателем мира», – называли его при жизни и, как отмечает П. Сорокин, «называли по праву»[691]. Считается, что именно И. Бентам был одним из первых, кто стал активно использовать сам термин «кодекс» в современном его понимании, кто ввел в юридическую лексику глагол «кодифицировать» и производный от него термин «кодификация»[692]. Он сам активно писал кодексы, доносил свои проекты до органов государственной власти разных стран. Не осталась в стороне от «кодификационной активности» И. Бентама и Россия: он состоял в дружеской переписке с М.М. Сперанским, предлагал бескорыстно свои услуги Александру I, но его «надежде сделаться русским кодификатором» не суждено было сбыться[693].

Каковы же были основы методологии самого И. Бентама? Вопрос, ответить на который не так просто. Есть мнение о том, что методологической основой философии права Бентама является британская философская традиция эмпиризма и, в первую очередь, философия Дэвида Юма[694]. Последний исходил из ограниченности возможностей разума в исследовании истины, ставил во главу угла чувственный опыт, отвергал идею о возможности умозрительного познания. При таком подходе И. Бентам предстает как исследователь, подвергший работы теоретиков естественного права критике, в том числе за их предметно-методологическую неясность. «Какого рода работы Гроция, Пуффендорфа и других? Являются ли они политическими или этическими, историческими или юридическими, объяснительными или критическими? Иногда – одним, иногда – другим: кажется, сами авторы не уяснили себе этого», – пишет И. Бентам[695]. Отрицательное отношение к естественно-правовой концепции со стороны Бентама П. Сорокин тоже связывает с эмпиризмом, метафорически называет Бентама «учеником Бэкона», ясно понявшим задачу науки: «все взвесить, все измерить» и на почве этого «отвергшего темные и смутные «интуиции», ни на чем не основанным и не дающим никакого критерия ни для понимания поведения людей, ни для руководства в моральной сфере явлений»[696]. А.Н. Остроух, говоря о И. Бентаме, даже приходит к следующему выводу: «юридический позитивизм воззрений данного учёного проявляется не в том,

---

[691] Сорокин П. Новый труд о Бентаме // Общедоступный учебник социологии. Статьи разных лет. М.: Наука, 1994. С. 281.
[692] См.: Кочемасов А.В. Исторический опыт кодификации уголовного права в США в XIX – начале XX в.: дис. … канд. юрид. наук. М., 2015. С. 62
[693] Левенсон П.Я. Иеремия Бентам, его жизнь и общественная деятельность. М.: Директ-Медиа, 2014. С. 42.
[694] Краевский А.А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм: дис. … канд. юрид. наук. СПб., 2014. С. 30.
[695] Бентам И. Ведение в основания нравственности и законодательства. М.: Директ-Медиа, 2009. С. 733.
[696] Сорокин П. Новый труд о Бентаме // Общедоступный учебник социологии. Статьи разных лет. М.: Наука, 1994. С. 276.

что он не различал право и закон, а в том, что он призывал юриспруденцию к изучению только позитивного права»[697].

При таком подходе мы получаем все те же слагаемые возникновения юридического позитивизма, что и раньше – эмпиризм, стремление к стабильности и упорядоченности общественных отношений, интерес к кодификации, т.е. именно к позитивному праву, но «слитые» в мировоззрении и деятельности одного человека – И. Бентама. Тогда почему бы его и не назвать основоположником юридического позитивизма? Неудивительно, что некоторые исследователи так и поступают. В частности, А.А. Краевский последовательно отстаивает мнение о том, что своим появлением британский юридический позитивизм обязан именно И. Бентаму. Отсюда, кстати, для А.А. Краевского буквально самоочевидным становится вывод о том, что на появление юридического позитивизма никакого влияния не оказали ни кодификационные работы в европейском законодательстве, ни появление философского позитивизма. «Это не верно, – пишет А.А. Краевский, – по крайней мере, исторически», ведь свои взгляды И. Бентам сформулировал раньше[698].

Однако большинство ученых иначе решают поставленный вопрос. Обратимся к английскому исследователю Д. Ллойду. Он подчеркивает: «учение утилитаристов обеспечило не столько необходимые логические основания, сколько создало благоприятные условия для перехода к юридическому позитивизму»[699]. И дело здесь в том, что методология И. Бентама не сводима к эмпиризму. Д. Ллойд видит в ней сильный метафизический элемент, состоящий в том, что принцип утилитаризма (принцип полезности) является метафизическим принципом, истинность которого нельзя доказать, поскольку то, что используется для доказательства всего остального, само по себе доказано быть не может[700]. Складывается парадоксальная ситуация: писал бы И. Бентам только о праве и законе – считался бы основоположником юридического позитивизма, но раз попутно затрагивал иные вопросы человеческого общежития, то считаться таковым не может, а становиться для юридического позитивизма только предтечей (ближайшим предшественником) или «одним из».

Отдельные исследователи в поисках философско-методологического, мировоззренческого фундамента юридического позитивизма склонны занимать компромиссную позицию. Так, А.В. Пищулин полагает, что юридический позитивизм «не существует вне временного контекста, следовательно, испытывает на себе влияние совершенно различных идеалов и взглядов, проявляющихся и находящих свое отражение в научной мысли»[701]. Данный тезис он развивает

---

[697] Остроух А.Н. Учение Бентама о праве: автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2002. С. 16.
[698] Краевский А.А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм: дис. … канд. юрид. наук. СПб., 2014. С. 28–29.
[699] Ллойд Д. Идея права: репрессивное зло или социальная необходимость? М.: Книгодел, 2009. С. 101.
[700] Там же. С. 100.
[701] Пищулин А.В. Юридический позитивизм в современном правопонимании: автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2010. С. 16.

прежде всего применительно к философскому позитивизму, полагая, что «и отказ от признания метафизики, и очевидная склонность к эмпиризму, приоритет формальных приемов исследования в науке» как общие тенденции развития науки того времени повлияли на становление юридического позитивизма, но в то же время А.В. Пищулин не отрицает воздействия на юридический позитивизм и иных концепций, особенно в его последующем развитии. Думается, данный вывод достаточно убедителен, он показывает, что юридический позитивизм, как и любое другое направление в правовой мысли, действительно рождается и существует в определенном политическом и идейном контексте, «расчленение» которого всегда будет относительно, условно.

Но так или иначе в первой половине XIX в. в юридической науке начинает господствовать юридический позитивизм. Лавры родоначальника этого направления достались Джону Остину (1790–1859), который с 1826 по 1832 г. был профессором юриспруденции в Университете Лондона. Основная его работа – «Лекции по юриспруденции или философия позитивного права», которая была полностью издана уже посмертно, в 1863 г. Главный метод его исследований сводится к очищению права от иных социальных явлений по принципу «не смешивать».

В этой части Дж. Остин продолжил начатую И. Бентамом линию критического отношения к естественно-правовым построениям. Как справедливо отмечает в этой связи Г.Л.А. Харт, оба эти мыслителя «настаивали на разграничении права, какое оно есть, от права, каким оно должно быть»[702]. Дж. Остин выразил это в виде следующей постулата: «Существование права – одно дело; его достоинства или недостатки – другое. Существует оно или нет – это один вопрос; соответствует ли оно признанному стандарту или нет – другой. Закон, который существует в действительности, остается законом, хотя случается, что он нам не нравится или что он отличается от текста, с помощью которого мы регулируем наше одобрение или неодобрение»[703]. Для Дж. Остина термин «закон» – это именно позитивный закон, т.е. закон, исходящий от государственной власти. «Каждый позитивный закон устанавливается лицом или органом, являющемся сувереном для члена или членов независимого политического сообщества, в котором это лицо или орган представляют собой суверена»[704]. В этой части в правовых воззрениях Дж. Остина проявляется этатизм, столь характерный для юридического позитивизма в целом. Правом, законом может именоваться только предписание, которое исходит от государства. В этом собственно и заключается главный признак права для юридического позитивизма. Таким образом, для Дж. Остина важно обосновать идею права как систему формально выраженных правил, необходимость реализации которых не зависит от их содержания. Другими словами, закон, исходящий от государства, есть для Дж. Остина закон в подлинном, «строгом смысле слова».

---

[702] Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136.
[703] Цит. по: Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136.
[704] Цит. по: Царьков И.И., Кабардина Г.А. Ясная неясность юридического позитивизма //Право и политика. 2005. № 4. С. 23.

Только такие законы должны, по мысли Дж. Остина, составлять предмет изучения правовой науки. Вопросы происхождения закона, его обоснования, соответствия или несоответствия божественным законам или законам позитивной морали, выводятся им за пределы юриспруденции. Это не означает, что для Дж. Остина невозможен оценочный подход к позитивному закону. Он допустим, но за рамками предмета юридической науки (так, как этот предмет понимал сам Дж. Остин). С этой точки зрения Дж. Остин справедливо рассматривается как мыслитель, проведший границу между аналитической юриспруденцией и нормативной юриспруденцией[705]. Первая занимается безоценочным анализом понятий и структуры права (именно она интересует Дж. Остина), вторая – связна с конструированием определенного правового идеала, который становится мерилом для позитивного права, для его оценки и преобразования. Анализируя это разделение, намеченное И. Бентаном и осуществленное Дж Остином, А.М. Михайлов справедливо отмечает, что «граница, проведенная Д. Юмом между сущим и должным была воспринята как парадигмальная для английского правоведения и привела к разделению предметов того, что можно назвать философией права или, используя термин Л.И. Петражицкого, политикой права, с одной стороны, и юридической догмы или теории позитивного права, с другой стороны»[706].

Показательно, что Дж. Остин признает существование божественных заповедей как фундаментальных моральных принципов, и существование «позитивной морали» (морали, принятой обществом), но руководствуясь принципом «не смешивать», не видит в них свойств права. Соответственно изучением первых должна заниматься теология, вторых – этика, но никак не юриспруденция.

И здесь опять уместно вспомнить о философии позитивизма. Как отмечает Д. Ллойд, нет ничего удивительного в том, что в век, когда наука и научные методы познания приобретали такой невиданный авторитет и когда самое серьезное внимание уделялось развитию таких ее отраслей, как социология, социальная антропология и психология, юристы также пришли к убеждению, что теория права может и должна развиваться на научной основе[707].

Наиболее приемлемой формой выражения права Дж. Остин считал кодекс. Будучи английским юристом, он достаточно скептически оценивал судебные прецеденты, ставя им в вину такие свойства как относительную недоступность и неизвестность, непредсказуемость их дальнейшего использования, спешность создания, что все вместе вряд ли может способствовать главной цели – стабильности общественного порядка и прогнозируемости действий субъектов общественных отношений[708].

---

[705] Моисеев С.В. Философия права: курс лекций. Новосибирск: Сибирское университетское издательство, 2004. С. 22.
[706] Михайлов А.М. Аналитическая юриспруденция: основные понятия // Блог «Pravo.ru». Режим доступа: http://blog.pravo.ru/blog/theory/6596.html (дата обращения – 09.05.2016 г.)
[707] Ллойд Д. Идея права: репрессивное зло или социальная необходимость? М.: Книгодел, 2009. С. 109.
[708] Царьков И.И., Кабардина Г.А. Ясная неясность юридического позитивизма //Право и политика. 2005. № 4. С. 24.

Описанным путем сложился британский юридический позитивизм. Но в юридическом позитивизме XIX в. оформилось и континентальное направление. Если вспомнить пресловутый исторический контекст, то применительно к континентальному юридическому позитивизму, нельзя не сказать об исторической школе права. Данная правовая школа, возникшая в Германии в начале XIX в., подвергла серьезнейшей критике естественно-правовую теорию. И в общем для того, чтобы «историческая школа права трансформировалась в юридический позитивизм, необходимо было сделать только один шаг: отказаться от понятия народного духа и связанной с ним метафизической концепции», – полагает А.А. Краевский[709]. По мнению А.А. Краевскоского, такой шаг был сделан Рудольфом фон Иерингом (1818–1892), который отказался от метафизической части учения исторической школы и изменил «научную парадигму, в которой работала немецкая юриспруденция»[710]. С данными суждениями можно и поспорить: сказать, что историческую школу права от юридического позитивизма отделял не один шаг и даже не два[711], но в общем расстояние их отделяющее было не таким уж большим и действительно оказалось преодолимым.

Наиболее ярким представителем позитивизма в континентальной Европе был Карл-Магнус Бергбом (1849–1927 гг.). Идеи юридического позитивизма был обоснованы им в произведении «Юриспруденция и философия права» (1892 г.). Он также подтверждает актуальность разрыва с метафизикой и всякого рода философской спекуляцией в правовой науке. Бергбом критикует теорию естественного права и считает её не юридической, а чисто философской концепцией. Л.Л. Фуллер, комментируя в этой части воззрения Бергбома, не без некоторого сарказма замечает, что «на свое горе, Бергбом обнаружил остаточные следы естественно-правового мышления в сочинениях, которые претендуют на то, чтобы считаться позитивистскими»: Бергбома, провозгласившего «программу по устранению из позитивистского мышления последних миазмов болота естественного права», расстраивали частые обращения к некоторым представлениям, например, что право обязано своей эффективностью осознаваемой моральной потребности в порядке, или что стремление к правопорядку лежит в природе человека и т.п.[712].

«Приверженец естественного права должен отказаться от права позитивного; кто не хочет отказаться от позитивного права, должен отбросить естественное, – писал Бергбом. – Любое дуалистическое учение о праве является с точки зрения практической юридической жизни

---

[709] Краевский А.А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм: дис. … канд. юрид. наук. СПб., 2014. С. 41.
[710] Там же. С. 42.
[711] Вспомним здесь то, что писал о соотношении права и государства один из родоначальников исторической школы права – Георг Фридрих Пухта (1798–1846): «От заблуждения – считать государство источником права, не свободна большая часть политиков; одни из них выводят право из верховной власти, другие – от народа в политическом смысле слова, от управляемых в противоположность управляющим. Оба взгляда неверны. Начало права лежит вне государства». См.: Правовая мысль: антология. М.: Академический проект, 2013. С. 309.
[712] См.: Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву: ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 124–159.

невозможным»[713]. Приведем еще одно знаменитое выражение Бергбома: «сущность любого права заключается в том, что оно действует. Поэтому, лучшее идеальное право не может не остаться позади даже наиболее жалкого позитивного права, подобно тому, как любой калека видит, слышит и действует лучше, чем самая прекрасная статуя»[714]. Соответственно Бергом отрицательно относился к попыткам создать какое-то «теоретическое», «идеальное» право. Дело юридической науки состоит в том, чтобы исследовать позитивное право как «осязаемый» факт, как результат правотворческой деятельности государства, имеющий вполне конкретное выражение.

Таким образом, если в идеологический период развития новоевропейской юридической науки преобладала парадигма «идеолога-законодателя», то юридический позитивизм основан на парадигме правоприменителя, который лишь реализует закон, но не имеет права ставить вопрос о его целесообразности. Из трех элементов – правые тексты, правосознание и правовая деятельность – в идеологически период приоритетным выступало правосознание, в позитивистский же на первое место вышли правовые тексты.

Описанным образом возник и оформился юридический позитивизм в середине XIX в. Позитивизм не стал всего лишь «эпизодом» в развитии западной правовой мысли. Крупномасштабные исследования посвящены дальнейшему развитию юридического позитивизма, который составил мощный фундамент современной западной юриспруденции. С ним спорят, с ним не соглашаются, но он есть и есть основанный на его идеях правопорядок.

В современной правовой литературе юридический позитивизм, как правило, подвергается резкой критике за формализм, догматизм, этатизм, но при этом именно методология позитивизма способствовала разработке в XIX – начале XX вв. в западных странах согласованного и в целом непротиворечивого законодательства, возникновению эффективной системы правоохранительных органов, воспитанию общества в духе уважения к формальным правилам поведения. Методология юридического позитивизма оказала значительное влияние на юриспруденцию и способствовала её деидеологизации, и именно в XIX в. возникла особая юридическая наука – теория права.

2.9. Своеобразие нормативистской школы права

Двадцатый век по замыслу архитекторов проекта «модерн» должен был стать апофеозом человеческой истории, «триумфом воли». Первая мировая война была принята за досадную случайность на этом пути, Вторая – с очевидностью означала крах проекта. Человек не смог ужиться с самими собой без Бога. На доставшемся ему в рамках эксперимента нетронутом острове

[713] Цит. по: История политических и правовых учений / под ред. О.Э. Лейста. М.: «Зерцало», 1999.
[714] Цит. по: Права человека перед вызовами XXI века / под ред. В.В. Смирнова и А. Ю. Сунгурова. М. : Российская ассоциация политической науки (РАПН); Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2012. С. 57.

Утопия (Нигдея) «человек разумный» построил не библиотеку и музей, а концлагерь и психиатрическую больницу[715].

В рамках этого «восхождения» человека к вершинам своей самостийности немалую роль сыграла европейская юриспруденция. Она давно уже попала в гравитационное поле позитивизма и в своем развитии также должна была вместе с материнской цивилизацией пережить ее взлеты и падения. Имя австрийского юриста Ханса Кельзена символизирует собой пик этого «развития».

Ханс Кельзен (1881-1973 гг.) выступил как теоретик-основатель нормативизма. Но, безусловно, неверным явилось бы представление о Х. Кельзене как о «зачинателе» нормативистской школы. Вся предшествующая эпоха была пропитана аналогичными идеями, а потому Х. Кельзен с его «Чистым учением о праве» (1934 г.) выступил как талантливый систематизатор уже накопленного юридического опыта. Нормативизм не возник спонтанно, для «чистой теории права» уже был подготовлен основательный фундамент.

Вполне оправданно видеть в нормативизме Х. Кельзена логическое развитие идей Французской буржуазной революции. Разрушение традиционного домодернистского общества, смещение сакральной власти суверенитета и заполнение образовавшегося вакуума власти идеей «народного суверенитета» привели к распространению качества божественного на посюсторонний профанный мир. Доверие толпы к утвердившемуся новому порядку было куплено лестью: качества «верховного существа» и «бессмертного законодателя» (Робеспьер) были перенесены на народонаселение государства[716]. «Исходным пунктом действия права становится ни из чего не выводимая авторитетная воля: рождающаяся тогда «юридическая теория действия» рассматривала конституцию как «причину самой себя», как первопричину собственного возникновения, в связи с чем никоим образом не может быть доказано внешнее воздействие какой-либо правовой нормы в отношении «основной нормы» или конституции, а также и по отношению к правопорядку как единому целому: «объективно оценивать действия какого-либо правопорядка также можно лишь исходя из него самого»»[717].

Именно эту идею Х. Кельзен и помещает в основу своего учения о праве. Согласно «чистой теории» все право представляет собой систему иерархически упорядоченных правил поведения, каждое из которых подчиняет себе группу нижестоящих норм, но, в свою очередь, подчиняется вышестоящей норме. Таким образом, все здание права предстает в виде идеальной пирамиды, в которой каждая отрасль или институт права являют собой правильную кристаллическую решетку.

---

[715] *Голдинг, У.* Повелитель мух./ У. Голдинг./ М. – Педагогика. - 1990. - 224с.; *Фуко, М.* История безумия в классическую эпоху./ М. Фуко./ СПб. - 1997. - 576с.

[716] *Исаев, И.А.* Правоустанавливающее насилие: опасный итог./ И.А. Исаев.// История государства и права. – 2014. - №16. – С.61.

[717] *Исаев, И.А.* Правоустанавливающее насилие: опасный итог./ И.А. Исаев.// История государства и права. – 2014. - №16. – С.59.

Любая пустота в этой системе воспринимается как ненормальная (пробел в праве) и подлежит скорейшему наполнению (устранение или восполнение пробела за счет аналогии).

При этом содержательное наполнение отдельных норм должно увязывать только с вышестоящей нормой. Право, по Х. Кельзену, должно быть очищено от всяческого влияния со стороны внеюридического знания: религии, нравственности, политики, эстетики и пр. Именно на этом основана «чистота» кельзеновского учения о праве. Юридическая сила нормы всецело вытекает из юридической силы вышестоящей нормы. Совпадение или несовпадение нормы права с требованиями религиозной совести или нравственности не оказывает никакого влияния на действенность нормы права.

И, действительно, как иначе, спрашивает Х. Кельзен, объяснить тот факт, что восклицание «Да здравствует республика!» никоим образом не касается правопорядка в республиканском государстве, но стоит только сделать шаг в сторону – пересечь государственную границу и в условиях монархического строя аналогичное высказывание будет уже расценено как посягательство на государственные основы. Сформировать заключение, использовав в качестве большей посылки религиозную или нравственную норму, не получится, т.к. в указанном случае большая посылка утрачивает свою универсальность, что в принципе не совместимо с характером религии (нравственности).

А потому религия, нравственность должны отказаться от всяких попыток вмешательства в сферу правового, а право – от иллюзии проводника доброго в человеческий мир. Категории «доброго» и «злого» покидают сферу права: «секуляризация насилия отменяла проблему греха и кары»[718].

Как иначе можно объяснить тот факт, что состав такого преступления как клевета был исключен из Уголовного кодекса РФ Федеральным законом от 07.12.2011, а законом от 28.07.2012 был вновь установлен? Попытка оправдать такие колебания законодателя с помощью, якобы, дважды изменившейся за указанный срок степени общественной опасности деяния явно обречены на неудачу. «Чистая теория права» Х. Кельзена, напротив, и не предпринимает такой попытки, а прямо утверждает абсолютную автономность права. Если спортсмен в рамках спортивного состязания по боксу лишает жизни своего оппонента, то содержит ли это деяние в себе признаки такого состава преступления как «Убийство»? Формально уголовное законодательство России не предусматривает такого основания, исключающего преступность деяния, как спортивное состязание[719]. А потому, если вина (в форме прямого или косвенного умысла) будет установлена, то лицо будет привлечено к уголовной ответственности.

---

[718] *Исаев, И.А.* Правоустанавливающее насилие: опасный итог./ И.А. Исаев.// История государства и права. – 2014. - №16. – С.60.

[719] Обстоятельства, исключающие преступность деяния (колл. монография)./ Под ред. С.В. Землюкова. – Барнаул. – Изд-во Алтайского гос. ун-та. – 2005. – 235с.

Право как нормативный принудительный порядок окончательно отрывается от своих первоистоков и превращается в идеальный лабораторный конструкт. Поэтому вопрос о том, допустим ли согласно действующему российскому семейному законодательству брак между бывшими зятем и тещей может лишь вначале вызвать недоумение. Но обращение к ст. 14 «Обстоятельства, препятствующие заключению брака» Семейного кодекса РФ 1995 г. развеивает все сомнения: такой брак возможен[720].

Принципиально важным для уяснения природы нормативизма является разрешение проблемы первоисточника всей правовой пирамиды. На вопрос о том, из чего конкретная норма черпает свою юридическую силу, Х. Кельзен отвечал – из вышестоящей нормы; на вопрос же о начальном звене данной цепи следовал ответ об «основной норме» (die Grundnorm). Именно «основная норма» располагается в вершине правового здания, она первопричина всего права: «мы допускаем существование нормы, согласно которой акт, толкуемый как создание конституции, должен рассматриваться как акт, устанавливающий объективно действительные нормы»[721]. А «принадлежность определенной нормы к определенному порядку обусловлена тем, что последнее основание действительности этой нормы есть основная норма этого порядка»[722].

Например, нормативизм волне может объяснить содержание ст. 8 «Локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права» Трудового кодекса РФ 2001 г.:

«Работодатели, за исключением работодателей - физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями, принимают локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права (далее - локальные нормативные акты), в пределах своей компетенции в соответствии с трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективными договорами, соглашениями»[723].

Почему правом локального нормотворчества наделены все работодатели, за исключением работодателей - физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями? Нормативистский подход к праву исключает ненужные и в данном случае абсолютно неплодотворные попытки объяснения смысла указанной нормы. Тот вариант, в котором она сформулирована, легализован (установлен) вышестоящей нормой – ст. 5 «Трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права» Трудового кодекса. Ст. 5, в свою очередь, вытекает из ст. 2 «Основные принципы правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений». Положения Трудового

---

[720] Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 N 223-ФЗ (ред. от 30.12.2015).// В данном виде документ опубликован не был.

[721] Чистое учение о праве Г. Кельзена: сборник переводов./ Отв. ред. В.Н.Кудрявцев, Н.Н. Разумович. – М. – Изд-во АН СССР. – 1987. – С.33.

[722] Чистое учение о праве Г. Кельзена: сборник переводов./ Отв. ред. В.Н.Кудрявцев, Н.Н. Разумович. – М. – Изд-во АН СССР. – 1987. – С.100.

[723] Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 N 197-ФЗ (ред. от 30.12.2015).// В данном виде документ опубликован не был.

кодекса далее могут быть выведены из ст. 37 Конституции РФ, посвященной вопросам труда. Она, в свою очередь, - из ст. 7 Конституции РФ, постулирующей социальный характер РФ. И, наконец, ст. 7 Конституции в какой-то мере может быть выведена из ст. 1, определяющей Россию как демократическое правовое государство. «Именно основная норма конституирует единство некоего множества норм, так как она представляет собой основание действительности всех норм, принадлежащих к этому порядку»[724].

Но в ходе такого логического построения мы, тем не менее, не достигаем «основной нормы», а остаемся в поле ее технических воплощений. «Основная норма» представляет собой идеально-реальное понятие. Реально она потому, что позитивизм отказывается иметь дело с метафизическими сущностями. Идеальна же она в силу недоступности правоприменителю для ее непосредственного восприятия. Ни ст. 1 конституционного акта, ни его наиболее важная первая глава не заключают в себе «основной нормы». «Основная норма» как основание действительного правопорядка недоступна человеческому восприятию. Она не может быть выражена текстуально даже в наиболее отвлеченных правовых категориях типа «правопорядок», «суверенность» и пр. Содержание каждой нормы объективного права «невозможно вывести из этой основной нормы. Ведь основная норма ограничивается делегированием нормотворческой власти, т.е. установлением правила, в соответствии с которым должны создаваться нормы этой системы»[725].

По сути, Х. Кельзен наделяет «основную норму» статусом простейшего понятия. Определение такого понятия логически невозможно, т.к. недоступной является ссылка на родовой признак. Действительно, как объяснить незрячему с детства человеку, что представляет собой синий цвет? Что такое «синий»? Определение «светло-синего» становится технически возможным, т.к. появляется возможность соотнести его с более общим понятием «синего». Первооснова же («синий») неизменно ускользает от любой попытки рационального осмысления.

Тем самым нормативизм как ответвление позитивизма, всячески стремящегося к вытеснению из бытового восприятия мира необъяснимых рациональным методом явлений, в случае с «основной нормой» сам вынужден обращаться к метафизике. «Основная норма» явно наделяется Х. Кельзеном статусом внепозитивной сущности. Сакральность, вытесненная из государства и права в эпоху буржуазных революций[726], неизменно возвращается в искаженных и уродливых формах. Конституция постулируется как заменитель Завета. В этом смысле характерна процедура, используемая в современных государствах для приведения к присяге новоизбранного президента и новоназначенных судей конституционных судов: произнесение клятвы с возложением руки на текст конституции.

---

[724] Чистое учение о праве Г. Кельзена: сборник переводов./ Отв. ред. В.Н.Кудрявцев, Н.Н. Разумович. – М. – Изд-во АН СССР. – 1987. – С.100.
[725] Чистое учение о праве Г. Кельзена: сборник переводов./ Отв. ред. В.Н.Кудрявцев, Н.Н. Разумович. – М. – Изд-во АН СССР. – 1987. – С.101.
[726] *Батай, Ж.* Проклятая часть./ Ж. Батай./ Ладомир. – 2006. – 742с.

Сам принцип законности, постулируемый сегодня как общеправовой, является прямым следствием утвердившегося нормативизма. Но очевидно, что идея универсальности, абсолютности и вездесущности закона, сконцентрированная в этом принципе, противоречит истории права. На заре своего существования любое национальное право складывается мозаичным способом через непоследовательное осмысление не связанных друг с другом казусов. Любое право в своей родословной *казуистично*. А потому ориентация на *случай* со всеми возможными его гранями и отклонениями от *нормы* – имманентно присущи праву. Закон же как воплощение кельзенской «основной нормы» сознательно глух к *случаю*.

Так, 17 июля 2014 г. Конституционный Суд РФ рассмотрел следующее дело:

В соответствии с частью 11 статьи 3 Федерального закона от 7 ноября 2011 года № 306-ФЗ «О денежном довольствии военнослужащих и предоставлении им отдельных выплат» членами семьи военнослужащего, гражданина, призванного на военные сборы, или инвалида вследствие военной травмы, которые имеют право на получение единовременного пособия, предусмотренного частью 8 данной статьи, и ежемесячной денежной компенсации, установленной ее частями 9 и 10, независимо от нахождения на иждивении погибшего (умершего) кормильца или трудоспособности считаются супруга (супруг), состоящая (состоящий) на день гибели (смерти) военнослужащего, гражданина, призванного на военные сборы, или инвалида вследствие военной травмы в зарегистрированном браке с ним, родители военнослужащего, гражданина, призванного на военные сборы, или инвалида вследствие военной травмы, дети, не достигшие возраста 18 лет, или старше этого возраста, если они стали инвалидами до достижения ими возраста 18 лет, а также дети, обучающиеся в образовательных организациях по очной форме обучения, – до окончания обучения, но не более чем до достижения ими возраста 23 лет; при этом супруге (супругу) и родителям военнослужащего, гражданина, призванного на военные сборы, или инвалида вследствие военной травмы право на ежемесячную денежную компенсацию, установленную частями 9 и 10 данной статьи, предоставляется при условии, что указанные лица достигли возраста 50 и 55 лет (соответственно женщина и мужчина) или являются инвалидами.

Конституционность данного законоположения оспаривала заявительница гражданка Г.Н. Куликова – мачеха военнослужащего М.Л. Куликова, погибшего в 1977 году при исполнении служебных обязанностей в период прохождения военной службы по призыву в Германской Демократической Республике. Неконституционность части 11 статьи 3 ФЗ «О денежном довольствии военнослужащих и предоставлении им отдельных выплат», по мнению заявительницы состояла в том, что она не распространяет свое действие на фактических воспитателей, с которыми воспитуемый не состоял в признаваемой семейным законодательством юридической связи. Именно такие отношения по фактическому воспитанию и сложились между мачехой М.Л. Куликовой и пасынком М.Л. Куликовым.

Конституционный Суд РФ занял следующую позицию:

«Осуществляя соответствующее правовое регулирование, *федеральный законодатель* – с учетом того, что Конституция Российской Федерации не закрепляет конкретные меры социальной защиты, объем и условия их предоставления тем или иным категориям граждан, – *вправе* при определении организационно-правовых форм и механизмов реализации социальной защиты граждан, оставшихся без кормильца, в том числе членов семьи погибшего (умершего) военнослужащего, *устанавливать круг лиц*, имеющих право на те или иные конкретные меры социальной поддержки, и перечень этих мер, а также регламентировать порядок и условия их предоставления *(курс. – мой)*»[727]. Соответственно, норма части 11 статьи 3 ФЗ «О денежном довольствии военнослужащих и предоставлении им отдельных выплат» признана соответствующей Конституции РФ.

Иными словами Конституционный Суд РФ просто констатировал отсутствие у фактического воспитателя права на получение соответствующих выплат именно потому, что оно не закреплено ФЗ. В более упрощенном виде данная позиция выглядит так: субъективное право не нарушено, т.к. его нет. *Закон соответствует самому себе, норма тожественна сама себе*. Конституционный Суд РФ лишь делает общую отсылку к некоему «публично-правовому механизму возмещения» такого вреда, предполагая тем самым дискретный характер полномочий государства в этом вопросе. А чем принципиально отличается воспитание ребенка родителем и фактическим воспитателем, он не объясняет.

Нормативизм – это тавтология закона. Закон легитимирует себя сам в силу факта своего существования. Современный юрист уже не в состоянии ответить на вопрос, почему уголовный закон современных государств сохраняет в себе норму о недопустимости реализации смертной казни в отношении лица, по завершении судебного разбирательства впавшего в слабоумие? Почему нельзя казнить умалишенного? Никакая ссылка на принцип человеколюбия не спасает положения, т.к. лишение жизни умалишенного в какой-то части было бы гораздо более гуманным актом, чем смертная казнь лица, пребывающего в здравом уме. Ответ на этот вопрос коренится в архетипах христианской культуры, когда любой должен получить шанс к прощению через покаяние даже в последний момент своей земной жизни (см. описание распятия Христа в Евангелии от Луки (23:32-43)).

Современное право сознательно обрекло себя на стерилизацию. Оно выиграло от этого в своей системности, логической выверенности. Каждая норма получила заранее определенную ей ячейку в общем здании права. «Идея иерархического строения формы права дает континентальному юристу исключительно важное чувство психологического комфорта,

[727] Постановление Конституционного Суда РФ от 17.07.2014 N 22-П «По делу о проверке конституционности части 11 статьи 3 Федерального закона «О денежном довольствии военнослужащих и предоставлении им отдельных выплат» в связи с жалобой гражданки Г.Н. Куликовой».// Российская газета. - N 169. - 30.07.2014.

основанное на вере в отсутствие рассогласованности в объяснениях того, что можно, дóлжно или запрещено совершать по праву»[728]. Но за это европейское право поплатилось неизмеримо большим: своей природой.

Современная учебная литература по теории и истории государства и права усматривает свой идеал в правом государстве с легкостью определяет последнее как «государство господства права». Будучи воспитанным в условиях нормативизма, современный юрист, даже не замечает невероятного этатистского потенциала такой теоретической формулировки. Господство права во всех сферах общественных отношений воспринимается как прогрессивное явление, через которое, якобы, все более устраняется пробельность в правовой регламентации общественных отношений. Разрастание правовой пирамиды в геометрической прогрессии только приветствуется. Но еще столетие назад отечественный правовед определил бы такое государство не иначе как полицейское. Нормативизм стирает грань между правовым и полицейским. Именно «благодаря» нормативизму стали возможными многие бесчеловечные юридические практики Второй мировой войны[729]. Убежденность в том, что в течение последнего полувека мы переживаем «возрождение» естественного права, является не более чем самоуспокоением.

2.10. Своеобразие школы естественного права

Школа естественного права тоже начиналась с поиска права в собственном смысле слова, но и ее опыт оказался неудачным. Уже в античный период греки отличали «юриспруденцию закона» и «юриспруденцию справедливости от природы», и среди римских юристов возникли аналогичные термины – jus civil и jus naturale. Первое, подвижное и изменчивое, порождалось самими людьми, а второе, вечное, – будто бы самой природой[730].

Варианты теории «естественного права» в разные периоды приобретали различное содержание, но общим стремлением ее сторонников было ценностно-целевое обоснование устанавливаемого правом порядка, то есть найти некое надпозитивное право, выступающее по отношению к праву позитивному в качестве критерия его правовой или неправовой оценки.

Теория юснатурализма строится на принципе, что понятия добра и зла естественно присущи человеческой природе, и потому право вырастает из самой жизни, основываясь на общечеловеческих ценностях свободы, частной собственности и стремления к счастью. Идеи юснатурализма сыграли решающую идеологическую роль в обосновании великих буржуазных

---

[728] *Петров, А.А., Шафиров, В.М.* Предметная иерархия нормативных правовых актов./ А.А. Петров, В.М. Шафиров./ М. – Проспект. – 2014. – С.25.

[729] Именно эта проблема талантливо озвучивается в киноленте американского режиссера Ст. Крамера «Нюрнбергский процесс» («Judgment at Nuremberg») 1961 г.

[730] Поскольку сторонникам «естественно-правовой доктрины» не удалось адекватно раскрыть суть категории «естественное право», а сама доктрина к подлинно естественному праву не имеет отношения, мы используем для обозначения данной школы более подходящее название – «юснатурализм».

революций и становлении капитализма. В XX в. эти идеи обрели «третью молодость» после Второй мировой войны с принятием ООН Всеобщей декларации прав человека в 1948 г. К концу столетия доктрина «естественного права» стала мерилом основных законов практически всех стран Запада, а также большинства стран Восточной Европы и СНГ. Достоинство и права человека (к которым сводится «естественное право» сторонниками юснатурализма) стали фиксироваться в конституциях как непосредственно действующие юридические нормы и как рамки, за пределы которых не может выходить ни одна из ветвей власти. Так, Конституция Германии гласит: «Человеческое достоинство неприкосновенно. Уважать и защищать его – обязанность всей государственной власти. Нижеследующие основные права обязательны для законодательной, исполнительной и судебной власти как непосредственно действующие права» (ст.1)[731]. В Конституции Польши сказано: «Естественное и неотчуждаемое достоинство человека является источником свобод и прав человека и гражданина. Оно нерушимо, а его уважение и охрана являются обязанностью публичных властей» (ст. 30)[732]. Конституция Российской Федерации подчеркивает: «Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием» (ст.18)[733]. Очевидно, что эти и им подобные положения современных конституций писались по единому образцу.

Самыми видными юснатуралистами в России последних десятилетий являются В.С. Нерсесянц, Л.С.Мамут, Р.З. Лившиц, Е.А. Лукашева, В.Г. Графский, Н.С. Малеин, Г.В. Мальцев, Г.И. Муромцев, А.П. Семитко, В.А. Четвернин. Так, В.Г. Графский предлагает следующее определение понятия права: «право есть желательная и общепринятая (законная и внезаконная, основанная на обычае) свобода в осуществлении справедливого регулирования индивидуального и группового общения и возможных конфликтов, осуществляемая на началах равенства (равнодостойного обращения) общепризнанного порядка судебно-властного разбирательства и гарантированной (авторитетной или принудительной) защиты личных, групповых и общественных интересов и притязаний в целях продолжения мирной, безопасной, благой совместной жизни в семье, обществе и государстве»[734]. Только апелляцией к институту семьи приведенное определение отличается от классических определений права, даваемых юснатурализмом (нынешняя либеральная мысль институт семьи отвергает как архаику консервативной традиции). А сам В.Г. Графский признает, что предложенное им определение

---

[731] Конституции государств Европейского Союза. М., 1997. С. 254.
[732] Конституции государств Центральной и Восточной Европы. М., 1997. С. 57.
[733] Конституция Российской Федерации от 12 дек. 1993 г. // Российская газета. 1993. 25 дек.
[734] Графский В.Г. Понимание права: некоторые актуальные аспекты традиционной темы // Государство и право. 2003. № 5. С. 107.

«ближе всего так называемому либертарному правопониманию»[735]. С.С. Алексеев делает любопытное признание: «В условиях развертывающихся (по всем параметрам – экономическим, политическим, духовным) либеральных цивилизаций право раскрывает свои потенции, заложенные в нем именно как в мирозданческом явлении, имеющем в качестве своей ближайшей природной предосновы естественное право, преимущественно с той его стороны, которая выражается в требовании свободы отдельного человека»[736].

Главное в праве для либертарного юснатурализма сейчас – это свобода. Еще два десятка лет назад юснатуралисты определяли право как возведенную в закон справедливость, а теперь сделали очередной саморазоблачающий шаг и абсолютизируют свободу (пока общественное мнение готовится к новому радикальному повороту в данном вопросе).

По существу современные авторы либертаного правопонимания не предлагают ничего принципиально нового по отношениям к теориям «естественного права» Г.Гроция, Дж. Локка, Г. Гегеля, Ф. Хайека, Б.А. Кистяковского, Б.Н. Чичерина и других теоретиков XVII-XIX вв. Уже в Новое время нравственный смысл «естественного права» был подменен механистической концепцией общественного договора (Т. Гоббс, Дж. Локк) или натуралистическими концепциями Просвещения (Ж.-Ж. Руссо). И в том, и в другом случае в основе права лежала предпосылка, исключавшая духовное начало бытия. Теорию «естественного права» сумели поднять до научного уровня лишь классики немецкой философии И. Кант, И. Фихте, Г. Гегель. Основа права определялась ими не как естественный закон бытия, отчужденный от человека, а как духовно постигнутое бытие, как дух.

В трудах И. Канта развертывание понятия права начинается от понимания права в человеческом мире, как замысла природы, к объективному праву, далее – к чистому праву, а от него – к праву человека, и, наконец, к пониманию права как цели общества[737]. Признание особой роли прав и свобод человека в формировании демократического общества, утверждения рыночной экономики, обеспечения автономии личности относится к неотъемлемым ценностям Запада. Но страны и народы, не принимавшие участия в формировании западных ценностей, не могут признать их безоговорочно. Согласно же либертарному правопониманию, право и права человека суть одно и то же. «Право вообще – это нормативно выраженная свобода, – утверждает В.А. Четвернин, – а совокупность прав человека, достигнутых в конкретной правовой культуре, составляет тот объем правовой свободы, который в этой культуре признается необходимым для каждого индивида»[738].

---

[735] Там же.
[736] Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. М., 1998. С. 220.
[737] Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994.
[738] Четвернин В.А. Введение в курс общей теории государства и права. М., 2003. С. 18.

Юснатуралисты в целом верно почувствовали, что над нормативно-организационным массивом должны выситься инстанции духовные. Только на роль этих инстанций избрали заведомо неподходящие величины – симулякр прав человека и миф абсолютизированной свободы. Законодательство многих современных стран возвещает свободу, равенство и справедливость для того, чтобы замаскировать бесправие народа, его геноцид со стороны коррумпированной власти и тотальное разграбление национального достояния.

Общая концептуальная установка юснатурализма настаивает на существовании рядом с позитивным правом (или над ним) неких универсальных и всеобщих начал, ценностей, идей, потенциально обладающих нормативным характером, которые являются мерилом истинности и правомерности положительных законов, в противном случае позитивное право теряет свою философскую правоту. Эта позиция школы «естественного права» делает честь проницательности тех, кто ее признает. Но армянские правоведы В. Погосян и К. Мирумян точно заметили, что «либерализм, ставящий на первый план рыночные отношения и по сути пропагандирующий индивидуализм, отодвигает на задний план духовные ценности»[739]. Другими словами, юснатурализм допускает самую опасную подмену, которую можно совершить правоведам: подмену в понимании важнейших и глубинных пластов бытия права – в его духовно-культурных основаниях.

Универсализм «прав человека» на самом деле представляет собой плод одной из культур, обусловленный целым рядом исторических фактов, свойственных исключительно Западу. Попытки подменить право «правами человека» обусловлена ни чем иным, как поисками обоснования собственной исключительности, которая не может быть распространена на все правовые системы мира.

Юснатурализм подменяет право «правами человека», но неопределенность понятия об этих правах нередко совершенно сглаживает коренное отличие жизни человека от чуждой высшего нравственного закона жизни животных. Христианство не отвергает прав человека, но не в области жизни чисто естественной, и только в Иисусе Христе, сшедшем с небес (Ин. 3,13) для искупления мира Своими страданиями, видит совершенное осуществление идеала человека.

Либертарный юснатурализм пытается монополизировать категорию «прав человека», но проблема прав человека не может быть решена только в рамках «естественно-правовой» доктрины. Здесь требуется более широкий духовно-культурологический контекст, чего теория юснатурализма объективно дать не может. Интересная деталь – конституции современных либеральных государств объявляют права и свободы человека непосредственно действующими, не делая подобной оговорки по поводу обязанностей. А вот православный взгляд не может допустить права, независимые от обязанностей. Д.А. Хомяков писал по этому поводу так:

---

[739] Погосян В., Мирумян К. Идеология и конституция. Ереван, 1999. С. 16.

«человек иметь права может только после абсолютного исполнения возложенных на него обязанностей, права истекают из того, что требуется, а требуется все, что по силам. По сему и говорится, что если мы сделали все, что от нас требуется, то мы вовсе не имеем право на награду, а только не подлежим наказанию»[740]. В Конституции Германии содержится положение о том, что «каждый имеет право на свободное развитие своей личности, поскольку он не нарушает прав других лиц, и не посягает на конституционный порядок и нравственный закон» (ст. 19). Ф.Д. Рождественский в обстоятельной работе «Нравственное Богословие» называл в начале XX в. обязанности христианина по отношению к Богу (Богопочитание внутреннее и внешнее, христианскую надежду, веру и любовь, молитву, общественное богослужение, почитание святых), обязанности христианина по отношению к самому себе (самопознание, любовь к себе и самоотвержение, обязанности к телу и душе) и обязанности христианина по отношению к ближним (к душе, телу и внешним благам ближних, обязанности по отношению к Церкви, общественные или гражданские обязанности, домашние и семейные обязанности)[741]. Он не считал, что добродетель человека проявляется в его правах и свободах. Главное начало христианской нравственности предполагает самопожертвование любящего человека без расчета на благодарность окружающих. Российский правовед Л.Л. Герваген даже выпустил монографию в 1908 г. под названием «Обязанности, как основания права»[742]. Достойно внимания, что в нормативных актах средневековой Руси, посвященных местничеству, права служилого сословия признавались «истекающими из обязанностей и падающих от не несения таковых»[743].

В русле православной традиции писал о правах и С.Л. Франк. «Не страх, не властолюбие творит государственное единство, – писал он, – оно создается готовностью к жертвам, аскетизмом воина и аскетизмом гражданского служения, верою в нравственную святость государственного начала. Человек как таковой вообще не имеет никаких «прирожденных» и «естественных» прав: его единственное и действительно неотъемлемое право есть право требовать, чтобы ему было дано исполнять его обязанности. Всякая обязанность человека есть обязанность перед Богом, обязанность служить правде»[744]. Но доктрина юснатурализма, уделяющая столько внимания естественным правам человека, не желает признавать наличие его естественных обязанностей.

Утилитаризм, неполноценно отражаемый позитивистским правопониманием, полностью воплощается в теории «естественного права». Свидетельство тому – предложенный юснатуралистами принцип: «Разрешено все, что не запрещено законом». Суть названного принципа, торжествующего ныне во всех либеральных демократиях, состоит в противопоставлении права и морали друг другу. Духовно-нравственные ограничения больше не

---

[740] Хомяков Д.А. Православие. Самодержавие. Народность. М., 1994. С. 59.
[741] Рождественский Д.В. Нравственное Богословие. М., 1999. С. 72-234.
[742] Герваген Л.Л. Обязанности, как основания права. СПб, 1908.
[743] Самоквасов Д.Я. Курс истории русского права. М., 1908. С. 512.
[744] Франк С.Л. Религиозные основы общественности // Путь. 1925. № 1. С. 20.

препятствуют освобождению людских пороков, пока закон не запрещает таковых. «Естественное право» в странах Западной Европы допускает противоестественные половые отношения, эвтаназию, клонирование и другое насилие над природой. Получается парадоксальная вещь: юснатуралисты обвиняют позитивистов в абсолютизации формального закона, а сами в принципе «разрешено все, что не запрещено ЗАКОНОМ» видят в законе единственный носитель запретов. Тем самым сами юснатуралисты отождествляют право и закон. Следование двойным стандартам – их идейное кредо.

Морально-нравственные запреты, в которых отражается многовековой опыт человечества и общепризнанные духовные ценности, сторонниками «естественного права» игнорируются. В отечественной теории права усилиями многих ведущих ученых на основе вышеуказанного принципа даже разработан общедозволительный тип правового регулирования, обращенный ко всем физическим и юридическим лицам негосударственного сектора.

Юристам известны многочисленные виды поведения, которые в законе прямо не запрещены, тем не менее их нельзя считать правомерными, поскольку они по своему содержанию и целевой направленности противоречат общим началам, смыслу и духу права, нормам морали и нравственности. Следовательно, такого рода поведение не может в здоровом обществе признаваться дозволенным.

В.С. Нерсесянц и его ученики предприняли попытку осовременивания примитивного юснатурализма и назвали ее «юридический либертаризм». Либертарным, по мысли В.А. Четвернина, называется правопонимание, которое признает высшей правовой ценностью свободу индивида[745]. Речь идет о крайней на сегодняшний день форме юснатуралистической идеологии, возводящей человекоцентризм в некую первонорму, вершину правовой культуры. «В новом правопонимании, – пишет Г.В. Мальцев, – я надеюсь, будет выражен исконный смысл права, пробивавшийся в его историческом развитии, вопреки всем препятствиям и произволу, – обеспечение и защита человеческой свободы, определение ее возможностей, границ и гарантий»[746]. В.М. Шафиров полагает, что «человекоцентристский подход более адекватно выражает идею права»[747].

А Православная церковь не может положительно воспринимать такое устроение миропорядка, при котором в центр всего ставится помраченная грехом человеческая личность. При декларативном человекоцентризме фактически становятся в центр правовой системы дельцы, ловкачи, нувориши и просто криминальные элементы. Этот псевдо-демократический лозунг несет в себе огромный разрушительный потенциал. Еще позитивизм делал попытки вырвать

---

[745] Четвернин В.А. Введение в курс общей теории государства и права. М., 2003; Современные концепции естественного права. М., 1988.
[746] Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 144.
[747] Шафиров В.М. Естественно-позитивное право: Введение в теорию. Красноярск, 2004. С. 34.

эмпирического субъекта из «оков» трансцендентного духовного влияния, реабилитировать непосредственную брутальную чувственность, движимую то экономическим интересом, то либидональным желанием. Но в полной мере удалось это только юснатуралистской концепции. И вот после «победы естественно-правовых идей»[748] юснатурализм выбросил лозунг полного освобождения субъективной чувственности. Иными словами, происходит возвращение к старому, докантовскому чувственному субъекту юмовского типа. Такая расторможенность субъективности способна сделать ее более оперативной в некоторых практических делах (в частности, успешной борьбе с конкурентами на рынке) и опережать нормативно-правовой педантизм. Формула такого опережения: «все, что прямо не запрещено законом, дозволено». Ликвидация религиозно-нравственных ограничений чувственности также вполне соответствует той подмене проекта эмансипации личности проектом эмансипации инстинкта, которая происходит на наших глазах под одобрительные отклики либертарных юснатуралистов и позитивистов одновременно. Инстинкт при человекоцентристской правовой культуре восторжествовал, но выиграла ли от этого личность?

Предпосылкой развитой личности является ее духовность, превращенная во внутренний регулятор поведения, включаемый верой и нравственной волей. Там, где ослаблены универсалии религии и нравственности, там у личности значительно меньше шансов устоять перед разнообразными внешними искушениями и перед внутренним давлением собственных порочных инстинктов.

А юснатуралисты утверждают: «Поступать по праву – означает, в первую очередь, поступать по своему желанию, в личных интересах, по своему усмотрению»[749]. Так, ростовщик под прикрытием идеалов, неосуществимых вне Бога, рвался в XVIII столетии в революцию, требуя: «Пропустите, не мешайте действовать», «Что не запрещено – позволено». С этим ключом свобода индивида означает признание порока и добродетели, лжи и истины, зла и добра равночестными. Основатель позитивистской теории правопонимания И. Бентам меру должного поведения человека тоже искал в практической личной пользе. Юснатуралисты и позитивисты с удовлетворением отмечают свою роль в освобождении правопонимания от религиозных догм. Такое духовное единство еще раз подчеркивает, что духовность бывает разной, даже по-сатанински душевредной. И как важно вовремя сделать выбор в пользу ИСТИНЫ и укрепиться в ней.

Либертарный юснатурализм В.С. Нерсесянца выражает идею вечной, неизменной, но совершенно абстрактной сущности права, общей для всех времен и народов. Правом В.С. Нерсесянц признавал только такой закон, который удовлетворяет определенным критериям –

---

[748] Победу «естественно-правовой» доктрины над своими оппонентами как свершившийся факт констатировал в конце 1990-х гг. В.И. Букреев в монографии «Нормативная система (духовный мир человека)». Екатеринбург, 1999. С. 110.
[749] Шафиров В.М. Естественно-позитивное право: введение в теорию. Красноярск, 2004. С. 88.

равенства, свободы и справедливости, но последние сведены к формальным признакам и из них удалены все духовно-культурные и духовно-социальные аспекты. «В праве нет ничего, – категорично заключал В.С. Нерсесянц, – кроме принципа формального равенства и конкретизаций этого принципа»[750]. А.М. Величко признается в аннотации к своей работе «Государственные идеалы России и Запада. Параллели правовых культур»: «Находясь некоторое время под влиянием естественно-правовой доктрины, внешне сориентированной на признание личности нравственной, духовной и неповторимой субстанцией, автор вскоре пришел к выводу о ее несостоятельности именно в духовном плане»[751]. Сформировавшаяся на волне секуляризации теория «естественного права» (юснатурализма) ориентировала свою познавательную установку по отношению к абстрактной природе, а не к Богу. Отрицая Бога, юснатуралисты апеллировали к некой природе, от которой-де проистекают неотчуждаемые права человека. В этом также обнаруживается следование двойным стандартам, противоречивость их псевдонаучной позиции.

Даже самоназвание юснатурализма – школа «естественного права» – является весьма показательным примером подмены понятий. Под общим и единым термином «естественное право» скрывается не соответствующий ему смысл. Юснатуралисты де-факто считают свободу греха естественным духовным состоянием человека. Все варианты юснатурализма (и «космогологическое естественное право», и «антропологическое естественное право», и «рациональное естественное право») отстаивают верховенство человеческого эго, которое берет на себя миссию определять и перестраивать развитие мира. Любопытно обнаружить, что в трудах английского юриста Г. Спелмана «естественное право» предстает в своем первозданном и демифологизированном виде – как совокупность животных инстинктов[752]. Это самое удачное и самое адекватное определение юснатуралистской версии «естественного права», раскрывающее всю искусственность того, что пытаются выдать за естественное.

Действительно, зададимся философским вопросом: что естественно для человека? Жить, следуя желаниям, в эгоистических интересах, всегда по собственному усмотрению? Смиряться с разграблением национальных богатств и обнищанием населения, утверждая, что природа позволяет сильному господствовать над слабым? Жить по природе, активно включаясь в естественный отбор, в войну всех против всех? Подтверждается закон духовной жизни, выведенный святыми отцами: ложное мнение, принятое умом как истинное, неизбежно приводит к искажению всей духовной жизни человека и может привести его к погибели.

Природа человека – не более, чем инстинкт, и значительная часть по-настоящему естественных законов направлена не на то, чтобы предоставить свободу действий этим инстинктам, а на то, чтобы их обуздать, в частности, сексуальные потребности человека. Закон

---

[750] Нерсесянц В.С., Муромцев Г.И. и др. Право и культура. М., 2002. С. 31.
[751] Величко А.М. Государственные идеалы России и Запада. Параллели правовых культур. СПб, 1999. С. 3.
[752] Радько Т.Н. Хрестоматия по теории права и государства. М., 2006. С. 144.

естественного отбора, самый могущественный из законов живой природы, самый безжалостный и безнравственный, закон уничтожения слабых и больных, юснатуралисты и те, кто за ними стоит, смогут внедрить в человеческое сообщество только после окончательной девальвации морали и искоренения веры в Бога. Почва для этого активно готовится в процессе широко разворачиваемой глобализации.

Природа не может служить идеалом для человека, поскольку это противоречит признанию человека вершиной Божьего творения. Юснатуралистское воззрение о неотчуждаемых правах человека, дарованных ему природой, антиэволюционно, а значит, приведет к неизбежной деградации, то есть злу. Говоря о *естественном* в применении к человеку, нельзя сводить его к узкоприродному, биологическому порядку, иначе человек из высшей ценности низводится до положения скота, уподобляется животному.

Ведь не случайно Т. Гоббс понимал естественное право как ничем не ограниченную свободу, ведущую к войне всех против всех[753]. По его мнению, реализовать естественные права и свободы многочисленные индивиды, живущие на одном территориальном пространстве, могут только в условиях войны всех против всех (the war of all against all). Согласно представлениям современного гражданского общества, естественное состояние для человека – война всех против всех, но введенная в рамки закона и называемая конкуренцией. В русском языке слова «конкуренция» не было, говорили – «соревнование» – даже имея в виду противников (например, соревнование с капитализмом). То есть у нас пытались поднимать себя, у них – уничтожать конкурента.

В западном либеральном обществе идет вялотекущая гражданская война и в этом немалая заслуга юснатурализма. Насколько безнравственные формы рыночной конкуренции порождаются «естеством» человека?

Естественное понимается в юснатурализме в трояком смысле: как свободное от всего сверхественного, как рациональное, то есть выводимое из одного лишь разума, и, наконец, как согласованное с порядком физической природы (особенно в том новом смысле, который природе дали Коперник, Кеплер, Галилей и Ньютон). Гуго Гроций и даже Лейбниц стали учить, что юриспруденция вполне совместима с атеизмом. Верховным источником юридического озарения признали естественный свет (lumen naturale) человеческого разума. И, наконец, Спиноза объявил, что человек по отношению к природе – это не государство в государстве и что у него и у рыб общее естественное право. Под влиянием рационалистической методологии это «естественное право» разумелось как право разумное, столь же всеобщее, необходимое, самоочевидное, незыблемое, вечное, как и чистый разум; право, которого не надо искать или придумывать; право, которое каждый человек открывает в своем сознании; право, которое надо только провозгласить и

[753] Гоббс Т. Соч. в 2-х тт. М., 1989. Т. 1. С. 410.

применить[754]. Налицо крайности человекоцентризма – преувеличение возможностей человека и его сознания, необозримый простор для субъективизма и произвола сильных (экономически). В XX в. естественным признавалось расовое неравенство и режим апартеида в ЮАР, проведение Соединенными Штатами Америки военных операций во Вьетнаме, в Гренаде, в Конго, Ираке, Югославии за тысячи километров от своих государственных границ в отсутствие непосредственных угроз со стороны захватываемых стран. Приведем показательную цитату из сочинений Дж. Салливана (1845 г.): «У американцев есть право, предначертанное судьбой, заселять континент, который Провидение даровало нам для свободного развития нашей год от года растущей многомиллионной нации. Это право столь же естественно, как право дерева занимать своими корнями и кроной пространство в воздухе и в земле, необходимое для его развития и роста»[755]. Экспансия США сначала на американских континентах, а потом и во всем мире явилась следствием «естественно предначертанной судьбы», представляющей глобальный смысл будущего господства Америки как главного носителя истины и универсальных общечеловеческих ценностей.

В древности и средневековье «естественное право» воспринималось в качестве норм поведения, которые соблюдаются без законодательной регламентации только в силу их соответствия природе. К современному набору так называемых неотчуждаемых прав человека это не имеет прямого отношения. Среди естественных и неотчуждаемых прав человека юснатуралисты отводят едва ли не центральное место праву частной собственности. Но было ли оно естественным для первобытных людей, живущих миллионы лет в условиях продовольственного и иного материального изобилия на фоне благоприятной демографической ситуации и примитивных потребностей? Может быть частная собственность возникла в пору разложения родовой общины как последствие климатической катастрофы, приведшей людей к дефициту самого необходимого? Юснатуралисты считают выбор сексуальной ориентации неотъемлемым естественным правом человека. А почему бы такой выбор не признать противоестественным, если индивид идет против своей природы и решает пересмотреть волю своего Творца? Вопросы эти не лишены оснований.

Добро и зло в юснатурализме намеренно получают равные права, свобода же понимается как свобода греха. Юснатуралисты, кажется, не замечают, что абсолютизируемые ими ценности обслуживают агрессию, захват новых территорий, развращение народов и паразитический образ жизни.

---

[754] См.: Четвернин В.А. Современные концепции естественного права. М., 1988.
[755] Цит. по: Почему люди ненавидят Америку? М., 2001. С. 187-188.

«Каждый вправе искать своего счастья на том пути, который ему самому представляется хорошим, если только он этим не наносит ущерба свободе других», – сказал И. Кант[756]. Призыв к свободе как цель при этом слышат все, а оговорку-предложение – учитывать интересы окружающих – немногие. Заявляя о свободомыслии, юснатуралисты убивают умы, игнорируя истину вне своих идеологем. Они требуют этических принципов, однако практическое и точное воплощение их воззрений плодит безнравственность. Они осуждают любое давление, которое ограничивает свободу, но сами благословляют и теоретически обосновывают акции вооруженной агрессии, заканчивающиеся навязыванием порочного образа жизни и захватом чужих национальных богатств.

Показательно, что главные защитники гуманистических «общечеловеческих ценностей» и «естественного права», борцы за права человека во всем мире сами отказались от пропагандируемых ими идеалов. Свидетельством тому – теория «золотого миллиарда» и политика глобализации.

Поэтому так необходимо демифологезировать современную юридическую науку, начав, видимо, с категорий «естественное право», «права человека», «демократия» и «правовое государство», понять их скрытые смыслы и механизмы подмен. Формы современного сознания после окончательного выделения из мифологии продолжают пользоваться мифом как своим языком. В массовое, профессиональное и даже научное сознание внедряются догмы мифологического мышления. В юриспруденции существует множество искусно созданных мифологий, при помощи которых ежедневно проводятся эксперименты над общественным сознанием средствами мифов.

Примером современного мифотворчества могут служить «естественные права человека», наполненные преимущественно деструктивным содержанием. Наиболее опасные их проявления заключаются в принципах «разрешено все, что прямо не запрещено законом», «рыночная экономика – главная цель жизнеустройства общества и критерий социальной справедливости». На самом деле по мере секуляризации европейской жизни высокие принципы неотчуждаемых прав человека превратились в права индивидуума вне его связи с Богом, а охрана свободы воли трансформировалась в защиту своеволия. В практике современных либерально-демократических государств давно нет места ни «правам человека», ни демократии, ни «общечеловеческим ценностям». А есть только ценности и права избранного «братства». Именно философия избранного «братства» является методологической базой новейших теорий глобализации, «золотого миллиарда», практики контроля над рождаемостью, феминизма, эмансипации и прочих приемов сокращения численности жителей планеты.

---

[756] Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т.1. М., 1994. С. 285.

Согласно юснатуралистскому представлению под естественными правами человека понимаются исключительно личные права на жизнь, частную собственность, свободу слова, вероисповедания, передвижения и право на стремление к счастью. Не менее естественными нам представляются те права, совокупность которых непосредственно обусловливает качество жизни современного человека – право на сохранение культурной идентичности, право на защиту материнства и детства, право на образование, право на труд, право на жилище, право на пенсионное обеспечение по старости и инвалидности. Но эти права юснатуралисты отводят на более скромное второе и даже третье место. Так, Соединенные Штаты Америки систематически отказываются признавать, что право на пищу, жилье, минимальные санитарные условия и сохранение культурной идентичности гораздо важнее сохранения рыночной экономики и свободной торговли, несмотря на длящиеся уже около 30 лет попытки развивающихся стран убедить США в опасности такой позиции. На саммите ООН по социальному развитию, состоявшемся в марте 1995 г., была сделана очередная попытка расширить круг понятий, составляющих права человека. Но, несмотря на долгие дебаты, в итоге по настоянию США победу одержала «мировая рыночная экономика». Малазийский борец за права человека Ч. Музаффар резонно заметил: «какой смысл миллиардам погрязших в бедности людей бороться за права человека, если эти права не спасают их от голода, от бездомности, от невежества и болезней?»[757].

Так называемое естественное право частной собственности естественным образом гарантирует интересы лишь состоятельного меньшинства крупных собственников и тех средних собственников, которые не теряют надежды перейти в более высокий разряд. Для нищих и полунищих людей неприкосновенность частной собственности бессмысленна и выступает скорее средством сдерживания социального недовольства и гарантией безопасности богатых. Показательно, что с конца XIX в. теория «естественного права» не признает вечного, неизменного для всех времен своего содержания, непоколебимо в ней одно – утверждение неприкосновенности частной собственности.

Идеологической подоплекой другого юснатуралистского мифа – мифа об «общечеловеческих ценностях» – является навязывание миру процессов глобализации с безнациональным «плавильным» котлом во главе с США. Ведь «общечеловеческие ценности» не существуют как нечто конкретное; они возникают из совокупности национальных культур, созданных различными нациями и составляющих международный культурный фонд. Еще проницательный Н.Я. Данилевский в девятнадцатом столетии доказал, что «понятие об общечеловеческом не только не имеет в себе ничего реального и действительного, но оно уже, теснее, ниже понятия о племенном, или народном, ибо это последнее по необходимости включает в себя первое и, сверху того, присоединяет к нему нечто особенное дополнительное, которое именно и должно быть

[757] Эпперсон Р. Невидимая рука. СПб, 1996. С. 125.

сохраняемо и развиваемо, – дабы родовое понятие о человечестве в реальном его значении получило все то разнообразие и богатство, в осуществлении к какому оно способно. Следовательно, общечеловеческого не только нет в действительности, но и желать быть им – значит желать довольствоваться общим местом, бесцветностью, отсутствием оригинальности»[758].

На практике единая однородная общечеловеческая культура возможна лишь как всемирная экспансия одной культурной системы на все человечество, что мы и наблюдаем в процессах вестернизации, модернизации, глобализации культурной жизни по западному образцу. Такое общечеловеческое единообразие губительно для самобытных национальных культур. Между тем каждый этно-культурный организм самобытен, неповторим и, что особенно важно подчеркнуть, самоценен.

По мере продвижения глобализаторского проекта становится очевидно, что идеи либерализма, демократии, рынка не могут претендовать на роль общечеловеческих и общенациональных вдохновляющих символов. Опыт российских реформ покеазывает, что ради иллюзорных «общечеловеческих ценностей» русские люди не желают класть свои жизни и силы на алтарь Отечества.

Следующим распространенным мифом юснатуралистской концепции является тезис об исключительно неправовом характере русской национальной культуры. Сурия Пракаш Синха так и пишет: «Можно сказать, что для западной цивилизации центральным принципом социальной организации является право, но этого нельзя сказать о других цивилизациях. – И далее: – Право и его институты играли центральную роль в специфической исторической действительности Запада, в то время как в других обществах эта роль принадлежала другим принципам»[759]. Многое в этой цитате объясняет неаутентичность перевода, ибо само слово «право» самобытно русское и другим языкам изначально неприсуще. У других народов в иных странах для обозначения разнообразных юридических регуляторов пользуются разнообразной терминологией, а слово «ПРАВО» возникло именно у русского народа в его специфической духовно-религиозной и культурной среде. Смысл этого слова в России тоже подменялся и выхолащивался, пока потомки древнерусских племен окончательно не забыли изначальный смысл права.

Э.Ю. Соловьев выразил близкую мифологему: «право возникло лишь в конце XVIIIв. после того, как прозвучали великие Декларации прав человека и гражданина»[760]. Другими словами, юснатуралисты желают приурочить возникновение права к рождению либертарной версии юснатурализма времен буржуазных революций. Так удобнее выдавать за право ценности либеральных переустройств мира и подменять соответствующие понятия.

---

[758] Данилевский Н.Я. Россия и Европа. М., 1991. С. 123.
[759] Сурия Пракаш Синха. Юриспруденция. Философия права. Красткий курс. М., 1996. С. 85, 10-11.
[760] Соловьев Э.Ю. Кант: взаимодополнительность морали и права. М., 1992. С. 182.

Трудно ожидать, что юснатуралисты станут опираться на национальные традиции и духовную культуру общества, а не на «Хельсинские соглашения» и другие декларации о правах человека. Но спекулятивное обращение с многовековой историей права совсем непростительно. Основываясь на методологических и общефилософских положениях, П.И. Новгородцев постарался в свое время выяснить философскую правомерность идеи естественного права и вот к какому выводу он пришел: «Но чем более углублялся я в изучение предмета и чем более широкий круг вопросов затрагивал в этом изучении, тем более я убеждался в том, что методологическое движение в пользу возрождения естественного права является лишь формой для более глубокого явления, которое я не могу назвать иначе, как кризис современного правосознания»[761].

Главным мифом юснатурализма можно считать спекулятивное опошление и извращенное понимание словосочетания «ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО». Выдающийся английский правовед Г. Спелман предупреждал своих коллег: не следует экстраполировать термин «естественное право» на все живое; это право записано в сердце человека. Продолжая свою мысль, Г. Спелман утверждал, что любая норма, «записанная в сердце, согласуется с правом Бога»[762]. Под естественным правом он справедливо подразумевал совокупность моральных принципов, заложенных Богом в природу (сердце) человека. Естественное право, писал он, дано людям для того, чтобы вести их к познанию Господа, посредством его они признают Бога Творцом, Высшим существом и Охранителем всех творений; знание Бога естественным образом установлено в умах людей. Эти глубокие выводы Г. Спелман сделал в XVII в., когда в юснатурализме они еще были возможными.

Из-за подмены содержания понятия «естественное право» пользоваться им адекватно в наше время весьма проблематично. Уже не раз либеральные мыслители избирали в жертву благородные категории, качественно видоизменяли их сокровенный смысл, приучали к новым смыслам старых терминов публику и позволяли пользоваться плодами подмены сущих врагов человеческого рода. Так было с терминами «естественное право», «свобода», «права человека». Так было с понятием права.

С учетом сказанного необходимо восстановить подлинный смысл идеи естественного права, которая должна пониматься именно как развивающая духовную константу человеческого естества, облагораживающая и одухотворяющая его природные свойства, а отнюдь не как идея приоритета «естественных стремлений» есть, пить, накапливать имущество, предаваться похоти, в их ничем не ограниченной самодостаточности. Категория естественного права способна подчеркнуть сохранившееся в праве Абсолютное начало, развитие которого и является

[761] Новгородцев П.И. Соч. М., 1995. С. 293.
[762] Радько Т.Н. Хрестоматия по теории права и государства. М., 2006. С. 344.

одновременно целью и оправданием как каждого индивида в отдельности, так и всего общества в целом.

Естественное право в его исконном значении является формой сочетания основных законов бытия природы и человека и Божественного верховного блага. Чтобы верно понять естественное право, человеку нужно найти его в глубине своего собственного духа, восхотеть его волею и проверить по канонам Святого писания и догмам Святого предания. Такое представление о естественном праве соответствует упоминанию Св. Апостола Павла о законе, написанном в человеческих сердцах (Рим. 2,15).

Характеристика основных типов правопонимания требует обращения к ***широкому подходу понимания права.*** Поначалу этот подход предполагал попытку соединить позитивистские и естественно-правовые начала в «интегративной юриспруденции», наиболее яркими представителями которой выступают Холл Джером, Легаз-и-Лакамбра, К. Коссио, М. Реал, Ст. Йоргенсен[763]. Затем сторонники широкого подхода сочли возможным соединить фрагменты всех известных определений права, поскольку, по их мнению, они все содержат зерна истины (Ж.-Л. Бержель, Г. Дж. Берман)[764]. И, наконец, на третьем этапе эволюции широкого подхода его сторонники собрали в «многоаспектное» определение права лишь те характеристики, которые удовлетворяют парадигме либертарного юснатурализма. Содержательно-неопределенное название широкого подхода позволяло завуалировать в нем идеи либерализма там и тогда, где и когда либерализм был непопулярен. Так, например, пик раскручивания широкого подхода в отечественной юридической науке пришелся на 1970-1980-е гг. С его помощью удалось расколоть ряды позитивистов Советского Союза.

Широкий подход к пониманию права в литературе именуется еще многоаспектным, интегративным, синкретическим и нередко плюралистическим. С конца 1950-х гг. в СССР стали появляться труды по теории государства и права, в которых наряду с нормами, выражающими волю господствующих классов, в право включались и другие юридические явления: правоотношения (С.Ф. Кечекьян, А.А. Пинтковский), правоотношения и правосознание (Я.Ф. Миколенко), субъективное право (Л.С. Явич) и др. С возникновением и укреплением нового подхода начался последовательный процесс движения от прежнего «единомыслия» к плюрализму научных взглядов на правопонимание. Заметный вклад в этом направлении внесла опубликованная в 1975 г. статья Е.А. Лукашевой, в которой был обоснован многоаспектный анализ права и говорилось об условности и ограниченности любого определения права[765].

---

[763] См.: Антология мировой правовой мысли. Т. 3. Европа, Америка. XVII-XX вв. М., 1995. С. 738-743.

[764] Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 55; Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 57.

[765] Лукашева Е.А. Общая теория права и многоаспектный анализ правовых явлений // Советское государство и право. 1975. № 4.

Тенденция к сближению и сопоставлению разных подходов к праву сопровождается заведомым отказом поиска и формулирования единого определения понятия права. Утверждается мысль, что право вообще можно не определять из-за разноголосицы мнений. Эта установка не столь безобидна, как может показаться на первый взгляд. Результатом ее воплощения явится дезорганизация юридической деятельности и дезориентация правосознания.

В настоящее время сторонниками широкого (интегративного) подхода в отечественной юридической науке являются В.Е. Гулиев, В.В. Лазарев, О.В. Мартышин, А. Матюхин и др. Так, В.В. Лазарев полагает, что для глубокого познания права все определения полезны, поскольку все отражают хоть какую-то часть реалии. Он предложил следующее «интегративное» определение понятия права: «право – это совокупность признаваемых в данном обществе и обеспеченных официальной защитой нормативов равенства и справедливости, регулирующих борьбу и согласование свободных воль в их взаимоотношении друг с другом»[766]. М.И. Байтин высказался за единство естественного и позитивного права[767]. О.В. Мартышин выступил за объединение юридического позитивизма и социологического позитивизма, ибо это позволяет, по его мнению, рассмотреть право в его важнейших аспектах: нормах-правилах и нормах-решениях[768]. Но это предложение не было принято, потому что основой совмещения типов правопонимания он предложил позитивистскую, а не юснатуралистскую трактовку права.

В рамках широкого подхода доминирует другое течение. Его представители не против многообразия типов правопонимания, их задача – задать общее пространство сосуществования, соизмерения, коммуникации различных типов правопонимания на неких «общеприемлемых основаниях»[769]. «В качестве «общеприемлемой» основы такого интегративного правопонимания, – пишет А. Матюхин, – и может служить правовая теория либерального институционализма»[770].

И действительно, широкий подход к пониманию права является, по сути, либертарным. Все адепты «широкого подхода» апеллируют к свободе, неотчуждаемым и естественным правам человека. К тому же, юснатурализм, позитивизм и социологическая юриспруденция вполне сходятся на почве секуляризованных гедонистических ценностей, материалистической рациональной методологии, обожествлении свободного, ни от кого независимого индивида.

«А стоило ли так жестко спорить? – недоумевает С.С. Алексеев, ставший сторонником юснатурализма. – Широкое понимание – действительно философский, общесоциологический подход, когда используются адекватные ему мировоззренческие категории. Именно сейчас все то позитивное, что содержала концепция права, отделяемого от закона и трактуемого как мера

---

[766] Лазарев В.В. Поиск права // Журнал российского права. 2004. № 4. С. 13.
[767] Байтин М.И. Единство естественного и позитивного права – основа обеспечения прав и свобод человека // Права человека: пути их реализации. Саратов, 1999. Ч. 1. С. 79.
[768] Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С. 15.
[769] Rawls J. Justice as Fairness: Political not Metaphysical // Philosophy and Public Affairs. 1985. № 14. P. 64.
[770] Матюхин А. Государство в сфере права: институциональный подход. Алматы, 2000. С. 53.

свободы, должно быть учтено в контексте более основательных представлений о цивилизации и культуре, о месте в них автономной, суверенной личности»[771]. В.М. Шафиров в 2004 г. опубликовал монографию под названием «Естественно-позитивное право» в которой обосновывал мысль, будто говорить о естественном либо позитивном праве не следует, речь надо вести о динамично функционирующем и развивающемся естественно-позитивном праве или «праве в человеческом измерении». Под естественно-позитивным правом В.М. Шафиров понимает возведенную в закон (иные официальные источники) волю большинства людей, провозглашающую свободу (права и свободы) человека и гражданина как высшую ценность[772]. О том же пишет А.К. Черненко: «…чтобы правовая свобода из возможности превратилась в реальность необходим ее синтез с позитивным правом. Иначе говоря, следует осуществить интеграцию позитивного и естественного права»[773].

Из приведенных цитат видно, что обобщающая конструкция, на основе которой предлагается интегрировать основные типы правопонимания, восходит к философии права, считающее сущностью права свободу (либертарный юснатурализм). Включаемые сторонниками «широкого подхода» в определение права элементы строго субординированы и подчинены «высшей ценности» – свободе человека.

Сторонник интегративного правопонимания О.С. Иоффе отмечал, что немаловажным является «ответ на один вопрос – субординированы или только координированы включаемые ими в право разные элементы? Если субординированы, причем субординированы именно системой норм, тогда нет спора или остается всего лишь спор о словах: право – не только нормы; но все остальное, входящее в право, подчинено нормам и производно от них. Если же координированы, и значит, что ни один из элементов не подчинен другому, то отсюда следует, что действие норм может быть парализовано субъективными правами, как и действие прав – нормами, что правосознание и мораль способны помочь не только формированию и применению закона, но и отказу от его действия независимо от воли законодателя»[774]. По существу, здесь высказывается опасение перед возможностью отказа исполнять закон под тем предлогом, что этот закон аморален.

Не являясь сторонником «широкого подхода» к пониманию права, я полагаю, что в определении понятия права должны сочетаться как содержательные, так и формальные признаки права и все признаки необходимо субординировать под высшими духовно-культурными, морально-нравственными ценностями, твердым критерием которых выступают заповеди Господа Иисуса Христа, содержащиеся в Новом Завете. И такое правопонимание не нужно считать

---

[771] Алексеев С.С. Право: время новых подходов // Советское государство и право. 1992. № 2. С. 7.
[772] Шафиров В.М. Естественно-позитивное право: введение в теорию. Красноярск, 2004. С. 86, 94.
[773] Черненко А.К. Теоретико-методологические проблемы формирования правовой системы общества. Новосибирск, 2004. С. 164.
[774] О понимании советского права (Круглый стол журнала) // Советское государство и право. 1979. № 8. С. 67.

метатеорией, подходящей для всего человечества. Отстаиваемый в настоящей работе синтетический, а вернее – православный, тип правопонимания органично вплетается в Традицию и ментальное состояние русской национальной культуры, а потому подходит в наше время именно России.

Распредмечиванию права способствует так называемое ***плюралистическое понимание права***, также вытекающее из парадигмы либерализма. В отличие от широкого подхода, в котором предпринимаются попытки суммирования элементов различных типов правопонимания в одном общем определении на базе единых идеологических оснований, в рамках плюралистического правопонимания даже не пытаются формулировать никаких общих определений понятия права. Там выступают за плюрализм разных определений, ведь каждое в отдельности не признается абсолютным и поэтому-де призвано характеризовать право с какой-то одной стороны. Лишь совокупность всех мыслимых определений понятия права, по мнению сторонников плюралистического правопонимания, способна дать полное представление о предмете.

Методология российской юриспруденции стремительно вступила в фазу философского плюрализма. Плюрализм правопонимания признается показателем зрелости гражданского общества и неизбежным следствием демократизации общественной и государственной жизни. Чем более развито гражданское общество, считается сегодня, тем шире почва для плюрализма[775]. Это означает опрокидывание всех ценностных иерархий и уравнивание «в правах» самых разнородных сущностей и предметов. Собственно, никакой вертикали в этом мире больше не существует: сакральное профанируется, профанное эстетизируется, возвышенное редуцируется, а порочное обретает силу нормального и законного.

Подобная идейная всеядность плюралистической методологии вырождается в абсолютную пустоту и демагогию, в некий специализированный вагон для курящих и некурящих одновременно. Когда нормой становятся все нормы, даже те, что взаимоисключают и взаимоотрицают друг друга, ситуация с правопониманием имеет одно-единственное название – абсурд. Этот абсурд позволяет властям принимать любые нужные им юридические решения и всегда находить для них какую-то мотивацию. Необходимо уточнить, что утверждающийся абсурд плюралистического правопонимания не является результатом ошибки или просчета. Речь идет о целенаправленном распредмечивании права, о фрагментации когда-то целостного правосознания общества, способного целостно и синтетически (а не мозаично и аналитически) осознавать окружающую реальность. В этом случае облегчается задача манипулирования субъектами права.

Плюрализм учит терпимости – абсолютному безразличию ко всему происходящему в духовной сфере. На плюралистическом миропонимании в Новое время насаждался атеизм. В

[775] См., например: Кравец И.А. Формирование российского конституционализма. М., 2001. С. 216.

результате реальность расплывается перед взором человека и тогда он склонен считать, что истина тоже плюралистична. Подход здорового сознания, при котором то, что не истина – есть ложь или заблуждение, пугает наших современников, даже принадлежащих к научному сообществу.

Свобода, понимаемая как нравственный и мировоззренческий произвол, лежит в основе и плюралистического правопонимания тоже. Упреки в возрождении тоталитаризма за критику плюрализма не уместны, ибо искусственное идеологическое однообразие не имеет ничего общего с добровольным и согласным пониманием природы добра и зла. Либералам-манипуляторам известно, что для превращения народа в толпу, а толпы в скот, надо разобщать людей, держать в невежестве, разномыслии, лишать глубокого образования, чувства любви и взаимовыручки. Ибо когда человек пребывает в смятении и не имеет четкого критерия истины и справедливости, то его легко запутать, подчинить злой воле. Что мы наглядно и видим в современном обществе.

Все идеи признаются плюралистами равноправными и никакая из них не имеет преимущества перед другими. Общественное сознание хаотизируется в угоду плюрализма мнений за счет огромных, но тщательно фильтруемых потоков информации, которые не способны выстроиться в конструктивную систему в мозгу обычного человека, устремить его к созиданию, повышению порядка в собственной стране, одновременно создавая иллюзию свободы слова, развлекая обывателя и отвлекая его от реальной жизни. А. Гитлер откровенно выразил инструментальную роль плюрализма: «Нашим интересам соответствовало бы такое положение, при котором каждая русская деревня имела бы собственную секту, где развивались бы особенные представления о Боге. Мы будем приветствовать, если русские подобно неграм и индейцам станут приверженцами сект и магических культов, поскольку тогда резко усилятся разъединяющие русских тенденции и, соответственно, облегчится задача их германизации»[776].

У Св. Иоанна Златоуста мы находим такое суждение о плюрализме: «А чтобы тебе увериться, что нет ничего гибельнее раздора и несогласия, послушай, что говорит Христос: *всякое царство, разделившееся в самом себе, запустеет* (Мф. 12,25). Если в государстве возникнет междоусобие, вся его сила сокрушается: ибо ничто так не ослабляет, как ссоры и распри, и, напротив, ничто столько не усиливает и не укрепляет, как любовь и согласие…»[777].

Трудности в выработке единого определения понятия права плюралистам кажутся непреодолимыми. Возможность такого определения представляется им в высшей степени сомнительной. И тогда они предлагают универсальный, по их мнению, выход – направить усилия в другое русло, не искать общее определение, а использовать разные определения, имея в виду, что каждое из них в отдельности неполно и относительно, и лишь в совокупности дает разностороннее представление о праве. Так, О.Э. Лейсту принадлежит идея: «Все понимания

---

[776] Пикер Г. Застольные разговоры Гитлера. 1941-1942. Смоленск, 1993. С. 346.
[777] Св. И. Златоуст. Сочинения в 7-ми тт. Т. 3. М., 1995. С. 34.

права столь же верны, сколь и оспоримы. Отсюда однако не следует, что общее понятие должно быть соединением трех концепций права (позитивистского, социологического и естественно-правового). Суть дела в том, что между крайними точками зрения трех концепций находится не истина, а сложнейшее общественное явление – право, которое в любой из своих частей может стать и бытием свободы, и орудием порабощения и произвола, и компромиссом общественных интересов, и средством угнетения, и основой порядка и пустой декларацией, и надежной опорой прав личности, и узаконением тирании и беззакония»[778].

Доверившись плюралистической методологии, предлагающей множественность истины и способов ее познания, мы неизменно придем к признанию множественности всех гипотетически возможных правовых идеалов. «Следует признать, что в зависимости от условий места и времени в качестве права выступает то одна, то другая материя, то в одной, то в другой ее форме, – утверждает В.В. Лазарев. – Понимание права носит во многом условный и договорный характер. Юристы вполне могут допустить разные характеристики права. И каждая характеристика будет уместной в той мере, в какой она кому-то служит, кому-то приносит пользу»[779]. Но истина не допускает в отношении себя компромисса. Истина не может быть изменена по соглашению, подвергнуться субъективному переосмысливанию без того, чтобы не утратить какие-то свои черты, то есть перестать быть истиной. В массе разнообразных подходов к пониманию права истина всегда одна, даже если таковая не обнаружена ни одним из известных типов правопонимания.

В 2002 г. в Санкт-Петербурге была защищена докторская диссертация на тему коммуникативно-информационного понимания права. Ее автор И.Л. Честнов предложил принцип диалога в качестве универсального средства познания сущности права[780]. Не отвергая роль диалога в правовой сфере вообще, в вопросе правопонимания возможности диалога приходится признать непродуктивными, ведь истина не формируется путем взаимного уговаривания, полного либо частичного отступления от правильной позиции, заключения сделки и т.п.

Не стоит удивляться тому, что Господь Бог допускает разномыслие в людях. По словам апостола Павла различие в суждениях должно вести к выявлению искусных: «Подобает бо и ересям между вами быти, дабы открылись искусные» (1 Кор. 11,19) – искусные не в ересях, а в отыскании и проповедании ИСТИНЫ.

---

[778] Лейст О.Э. Три концепции понимания права // Советское государство и право. 1991. № 12. С. 8.

[779] Лазарев В.В. Инструментальный подход к праву // Государство и право. 2003. № 1. С. 15. В приведенном тезисе В.В. Лазарев низводит право до инструмента, который можно использовать для самых неблаговидных занятий. Для него не важно, кому и в чьих интересах служит право, главное, что оно имеет инструментальную ценность. При таком подходе любая система законодательных актов будет именоваться правом, если она кому-то полезна (террористам, коррупционерам) и чьим-нибудь интересам служит.

[780] См.: Честнов И.Л. Принцип диалога в современной теории права (проблемы правопонимания): Автореф. дис. …д-ра юрид. наук. СПб, 2002; Его же. Право как диалог: к формированию новой онтологии правовой реальности. СПб, 2000; Его же. Правопонимание в эпоху постмодерна. СПб, 2002; Его же. Современные типы правопонимания: феноменология, герменевтика, антропология и синергетика права. СПб, 2002.

По выражению В.С. Соловьева, истина не есть многое, а есть единое, поскольку истина едина, а не множественна[781]. Призывы к толерантности либо модной ныне «политкорректности» в отношении различных воззрений на право происходят от лукавого, ибо терпимость относится лишь к людям, но никогда к истине. Поэтому приходится быть нетерпимым к фактам искажения и игнорирования истины.

Вместо единой абсолютной Истины плюралисты выдвигают некую множественность относительных, частных псевдо-истин, призванных к мирному сосуществованию и взаимному приспособлению в рамках плюралистического пространства. Коль скоро все противоречия «истин» предлагается снимать посредством их примирения, в мире больше нет места тайне или хотя бы секрету. Все тайны могут быть объяснены. Не случайно либертарная парадигма видит угрозу себе в любом проявлении традиционной религии с ее тайнами (Таинствами), универсальностью, иерархией и синтезом. Любому синтезу мыслители либерализма и постмодернизма предпочитают эклектику, насаждающее изначально несерьезное, игривое и ироничное отношение к духовным и культурным ценностям.

А. Матюхин допускает следующую мысль: «Лишь состязательным способом (в парламенте как основном демократическом институте законотворчества и в суде как основополагающей сфере правоприменения) может быть практически воплощена Идея Права, органически включающая в себя Идею Свободы, Идею Справедливости и Идею Общего Блага как фундаментальные ценностные регулятивы общественной жизни»[782]. В этом утверждении идея права рассматривается как результат состязания, турнира, конкурентной борьбы, в которых победу одерживает не слабый и смиренный, а сильный и амбициозный. Если И.Л. Честнов и В.В. Лазарев предлагают научному сообществу договориться путем компромиссного диалога по поводу Истины в правопонимании, то А. Матюшин идею права ожидает услышать от победителя состязательных политико-юридических процессов, кем бы он ни был и какими бы средствами не одержал победу в состязании. К тому же, пределы права А.Матюшиным заведомо ограничиваются набором классических либеральных мифологем, абсолютизирующих свободу. Победитель состязания свободен решать судьбу проигравшего и поверженного противника.

Сторонники плюралистического правопонимания фактически предлагают соединить истину с ложью, лукаво делая вид, что не понимают противоестественность такого сочетания, видимо надеясь, что люди, завороженные благородством лозунгов, не заметят страшной подмены. «Истина не может быть сравнена с ложью», – писал о. Иоанн Кронштадский, вторя словам Св. апостола Павла: «*Ибо какое общение праведности с беззаконием? Что общего у света с тьмою?*»(2 Кор.6,14). Диалог Бога и дьявола невозможен. Стремящиеся к компромиссу в вопросах

---

[781] Соловьев В.С. Право и нравственность // Власть и право. Из истории русской правовой мысли. Л., 1990. С. 98.
[782] Матюхин А. Государство в сфере права: институциональный подход. Алматы, 2000. С. 14.

истины, желают выхолостить ее, поделить и раздать всем желающим. Это вдвойне непростительно после того, как ИСТИНА была явлена миру самим Спасителем и утверждена Святыми отцами на Вселенских Соборах. «Если бы я не пришел и не говорил им, – предупреждал Господь Иисус Христос, – то не имели бы греха, а теперь не имеют извинения во грехе своем» (Ин.15,22).

Только в последнее столетие общественное сознание научилось отделять социально-экономические, политические и иные процессы от связи с проблемами религиозного плана. Но это только для внешнего наблюдателя. При более глубоком исследовании обнаруживается обратная картина. Общественные метаморфозы всегда являлись лишь придатком более глубинных процессов, касающихся духовной жизни, во всей полноте проявляющих себя в религии. Об этом однозначно говорит опыт истории. Вся мировая история – это история религий и связанных с ними процессов. В 1916г. в разговоре с послом Франции министр юстиции Щегловитов сказал: «Конституционный либерализм есть скорее религиозная ересь, чем химера или глупость»[783]. Плюралистическое правопонимание может разделить данную оценку либерализма как его имманентное свойство.

Пора признать, что плюрализм хорош лишь при обсуждении праздничного меню, но пагубен в области духовно-религиозной, морально-этической, мировоззренческой, к каковой относится проблема правопонимания. «Всякое царство, разделившееся само в себе, опустеет; и всякий город или дом, разделившийся сам в себе, не устоит» (Мф. 12,25) – предрек Господь. «Умоляю вас, братия, – говорит апостол Павел, – чтобы все вы говорили одно, и не было между вами разделений, но чтобы вы соединены были в одном духе и в одних мыслях» (1 Кор. 1,10), «остерегайтесь производящих разделения и соблазны… и уклоняйтесь от них» (Римл. 16,17). В истинности этих слов лишний раз убеждаешься, встречая в юридической литературе вот такие призывы: «Необходимо решительно отказаться от какой-либо идеализации права, рассмотрения его в качестве высшей социальной ценности» (В.А. Толстик)[784].

Отвергая методологию плюрализма, и выступая за единство синтетического подхода, я подразумеваю единство истины. Безграничный, предоставленный сам себе плюрализм, делал бы бессмысленным сам вопрос об истине в области правопонимания и др. Тогда не было бы научного знания. Не было бы человека, способного отличать правду от лжи. Но Бог дал людям способность все глубже постигать и однозначно выражать истину, уводя от разрушительной сумятицы и неясности.

Подводя итог, можно назвать дискуссию о понимания права в российской и зарубежной юридической науке далеко неплодотворной в концептуальном плане. Она не способствует развитию теоретического правоведения. Сторонники основных типов

[783] Палеолог М. Воспоминания посла в России. СПб, 1989. С. 125.
[784] Толстик В.А. От плюрализма правопонимания к борьбе за содержание право // Государство и право. 2004. № 9. С. 16.

правопонимания заканчивают свои исследования на том месте, с которого они должны начинаться.

1. *Противопоставление естественно-правового и позитивистского подходов к пониманию права не может более рассматриваться в качестве основополагающего*. Выбор между этими интерпретациями права ничего не дает, потому что альтернатива юснатурализма и позитивизма довольно условна и не исчерпывает содержания права и проблемы правопонимания. Очевидна принципиальная теоретическая и методологическая идентичность позитивистского и юснатуралистского типов понимания права как различных трактовок рациональной юриспруденции, отвергающих духовно-религиозные, а, следовательно, и абсолютные морально-нравственные ценности. Позитивисты и юснатуралисты разделяют индивидуалистический взгляд на человеческое общество и поэтому придерживаются человекоцентристской ориентации в определении понятия права.

Позитивисткая и естественно-правовая (юснатуралистская) школы права имеют отдельные различия в трактовке источника права, в онтологических вопросах, а методологически они представляют собой детерминистские мататеории, претендующие на всеобъемлющее объяснение права. Они принципиально тождественны в основаниях своей методологии, демонстрируя лишь плюрализм подходов в рамках единого секулярного мировоззрения. В период «Просвещения» в Новое время эти школы права сошлись в отрицании Бога и обожествлении человеческой личности. Исторически «естественно-правовая» парадигма активизировалась в обществах, где буржуазия боролась за власть и доминирование, а позитивное правопонимание господствовало в обществах победившей буржуазии. «Естественно-правовая» доктрина позволяет поборникам наживы и удовольствий взломать традиционный уклад революционными средствами. Позитивизм становится нужен победившей буржуазии, добившейся официального признания в законах, для защиты своих притязаний от всякого рода критики и недовольства обманутого народа. Требования неудачливого большинства о справедливости и свободе воцарившаяся буржуазия нейтрализует посредством принципа неприкосновенности частной собственности. В наше время современным буржуа нужно контролировать информационные, финансовые, сырьевые, человеческие потоки глобально в пределах всей планеты, поэтому юснатурализм и переживает бурный ренессанс.

Получается, что основные типы правопонимания произрастают из одного корня и имя ему – БЕЗбожие, БЕЗнравственность, БЕЗчеловечность. Юснатурализм и позитивизм – разные маски одного единого идейного течения в юриспруденции. Это течение занимается фрагментацией и атомизацией некогда целостного правового знания, отрывом права от его Источника, невиданным ранее порабощением воли человека путем разращения, обмана и шантажа.

2. *Позитивистские и «естественно-правовые» аспекты не составляют сущности права, поскольку сосредоточены фактически на формальных признаках права и описательных определениях понятия права.* Среди признаков права в современной юридической науке выделяются: а) системность; б) нормативность; в) регулятивность; г) государственная обеспеченность; д) общеобязательность; е) формальная определенность; ж) проявление в качестве всеобщего масштаба свободы, справедливости равной меры по отношению ко всем индивидам. И как бы эти признаки не комбинировались, все равно выходит, что право – система правил поведения. Сущность права в таком определении позитивизма-юснатурализма не просматривается. Право отождествляется с бездуховным юридическим инструментом-стандартом-регулятором.

Нынешние определения права не раскрывают сущности права как закона бытия, предопределяющего все качества правовой системы, ее цели, принципы, причины бытия и исторической судьбы. Формалистическое определение права, лишенное духовно-культурных оснований, обслуживает дальнейшую дифференциацию, специализацию и технизацию юридических профессий. При этом правовая реальность выстраивается по типу технократической системы, в которой юристу отводится весьма скромная роль. Технократическая система требует, чтобы юрист знал нормы писаного права и процедуры, с которыми непосредственно имеет дело. Чтобы соответствовать этим требованиям, юрист вынужден применять свои знания во все более узкой сфере практики, превращаться в заурядного технолога, но высокооплачиваемого в сравнении со многими другими специалистами. Юриспруденция коммерциализуется, все дальше удаляясь от следования морально-этическим абсолютам. Предмет юриспруденции искусственно ограничивается техникой принятия и применения юридических норм и юридической казуистикой. Юристы становятся не способными охватить своим профессиональным сознанием общих закономерностей государственно-правового развития, принимать ответственные решения в ситуации пробельности права, соблюдать профессиональную этику. Современное право превратилось из источника надежд на правду и справедливость в инструмент обслуживания недобросовестных интересов, в основном коммерческого характера[785].

---

[785] Эта проблема была затронута Ф.Фукуямой, автором широко известного «Конца истории». Он пишет: «…люди, не испытывающие доверия друг к другу, смогут взаимодействовать лишь в рамках системы формальных правил и положений, которые нужно постоянно вырабатывать, согласовывать, отстаивать в суде, а потом обеспечивать их соблюдение, в том числе и с помощью мер принуждения. Все эти юридические приемы, заменяющие доверие, приводят к росту того, что экономисты называют «трансакционными издержками». Иначе говоря, преобладание недоверия в обществе равносильно введению дополнительного налога на все формы экономической деятельности, от которой избавлены общества с высоким уровнем доверия» (Фукуяма Ф. Конец истории. М., 1991. С. 116). Иными словами, правовой капитал нельзя свести к экономическому капиталу. Более того, он растрачивается и исчезает в условиях незаконной инфильтрации отношений экономического контракта и обмена в заповедные духовные и моральные сферы.

3. *Типы правопонимания, признаваемые ныне основными, на самом деле просто отрицают право как проявление духа и подлинной свободы человека и утверждают механический произвол. Поэтому они олицетворяют собой довольно низкие ступени в разложении правосознания.*

Правовой нигилизм, по мысли И.Д. Неважжая, можно объяснить «подспудным социокультурным несоответствием между требованиями, предъявляемыми актуальной правовой культурой, и архетипическими в своей основе представлениями о праве и правовом. Из этого противостояния вытекает общее негативное отношение к чуждому правопониманию и чуждой модели права в культуре»[786]. Основные типы правопонимания (юридический позитивизм, юснатурализм) и их производные течения юридической мысли не соответствуют Идеи, Традиции и Судьбе самобытной русской правовой культуры, а потому порождают в отечественном правосознании вполне заслуженный нигилизм. Но этот нигилизм И.Д. Невважай, М.Б. Смоленский, А.П. Семитко, О.Э. Лейст и многие другие ученые-юристы предлагают преодолеть не отказом от неадаптируемых типов правопонимания, а отказом от самой отечественной правовой культуры. В этом случае в России будет уже не ПРАВО, а какое-нибудь LAW, JUS либо LEX и образ правовой жизни здесь будет соответствовать генотипу других стран.

«Для того, чтобы заимствовать приемы европейских школ, мы обязаны отличить то, что в них основано на вечных законах разума, и то, что родилось вследствие исторических условий, – писал Л.Н. Толстой. – Общего разумного закона, оправдывающего насилие, употребляемое школами против народа, нет, и потому всякое подражание европейской школе будет шаг не вперед, но назад для нашего народа, будет изменой своему признанию»[787].

4. В обосновании и пропаганде основных типов правопонимания в России задействованы многочисленные и лучшие силы отечественной юриспруденции. Этот факт отражает высокую степень догматизма и вопиющее отсутствие реального осознания духовно-культурных, исторических корней и преемственности права.

Имеющиеся теории правопонимания не в силах предложить адекватного знания о праве и новую методологию. Они занимаются выбором между либеральными интерпретациями права и распространяют во все отрасли права институты цивилистики.

5. Много вреда заключается в том, что юридическое сообщество остается в целом безразличным к проблеме правопонимания, что обусловлено безразличием к фундаментальным духовным основаниям отечественной правовой системы.

В.А. Толстик даже предложил прекратить поиски определения права и «заняться более важными научными и практическими проблемами»[788] по аналогии с поиском абсолютного

---

[786] Неважжай И.Д. Типы правовой культуры и формы правосознания // Правоведение. 2000. № 2. С. 27.
[787] Толстой Л.Н. О народном образовании // Педагогические сочинения. М., 1989. С. 68.
[788] Толстик В.А. От плюрализма правопонимания к борьбе за содержание права // Государство и право. 2004. № 9. С. 13.

вечного двигателя (перпетуум мобиле), заявки на который не регистрируются Парижской академии наук с XVII в. Данный тезис довольно распространен, но в нем игнорируется, что от господствующего типа правопонимания напрямую зависит сущность, содержание и форма правовой системы общества.

Вернуть праву универсальные регулятивные возможности можно лишь обеспечив ему утраченный духовный статус. Проблема не исчерпывается признанием права явлением цивилизации и культуры[789]*; Источник права абсурдно ограничивать человеческим субъективизмом. Право имеет трансцендентные, метафизические духовные основания, не связанные непосредственно с культурой и цивилизацией человеческих сообществ.*

Резерв продуктивности «основных типов правопонимания» к настоящему моменту исчерпан. Перспективы познания истины в вопросе правопонимания видятся в отказе от либертарной парадигмы юснатурализма и позитивизма, раскрытии типологических особенностей русской правовой культуры и переходе от человекоцентризма к Богоцентризму в понимании права. В этом случае восстановленный духовный статус российского права позволит ему быть надежным ориентиром для правообразования и правореализации.

2.11. Нетрадиционные методы в юридической науке XX века

Специфика философии права проявляется не только в том, что она исследует, но и в том, как она это делает. Речь идет о методах, используемых философско-правовым восприятием.

Главным из них является метод критической рефлексии, отличающий философское познание от не-философского. Суть его состоит в неразрывности акта познания от акта размышления о самом познании. Размышление о праве идет параллельно с созданием и корректировкой форм и способов осмысления. Именно поэтому философское знание представляет единство онтологического и гносеологического аспектов. Во всех классических философско-правовых работах метод рефлексии является основным.

Рефлексия, переосмысление правовых стереотипов, представляет собой прогрессивный способ реализации права. При таком способе разрешения проблемно-конфликтной ситуации переживание конфликтности не подавляется, не игнорируется и не служит толчком к правовому «уходу», а, наоборот, обостряется, поскольку субъекту приходится двигаться к нахождению решения вопреки очевидной его невозможности. В силу этого стремление решить задачу творчески во что бы то ни стало выражается в осмыслении правовой ситуации как жизненно важной, от разрешения которой зависит правовая самооценка как способности либо не

[789] См., например: Алексеев С.С. Новые подходы – требование перестройки // Советское государство и право. 1991. № 2. С. 6-8.

способности к правовому осуществлению. Таким образом, при прогрессивном способе происходит мобилизация ресурсов права для достижения решения задачи.

Рационально-метафизическая философия использует в построении понятия права метод рациональной дедукции, с помощью которого выводит понятие права из определенных антропологических или космологических констант. Эмпирико-позитивистская философия идет обратным путем, пользуясь методом эмпирической индукции, то есть обобщает частные проявления права в общее понятие права.

У истоков западноевропейского рационализма стоит философия французского ученого и философа Рене Декарта (1596–1650), с которого, согласно Гегелю, начинается обетованная земля философии Нового времени и закладываются основы дедуктивно-рационалистического метода познания.

Суть рационалистического метода Декарта сводится к двум основным положениям. Во-первых, в познании следует отталкиваться от некоторых интуитивно ясных, фундаментальных истин, или, иначе говоря, в основе познания, по Декарту, должна лежать интеллектуальная интуиция. Интеллектуальная интуиция, по Декарту, – это твердое и отчетливое представление, рождающееся в здоровом уме посредством воззрения самого ума, настолько простое и отчетливое, что оно не вызывает никакого сомнения. Во-вторых, разум должен из этих интуитивных воззрений на основе дедукции вывести все необходимые следствия.Дедукция – это такое действие ума, посредством которого мы из определенных предпосылок делаем какие-то заключения, получаем определенные следствия.

В современной западной философии права широко применяются герменевтические подходы. Это объясняется тем, что в происхождении, функционировании и применении права многое зависит от того, как субъекты права понимают друг друга, а также смысл и содержание правовых текстов. В частности, герменевтический подход используют К.О. Апель, Ю. Хабермас, П. Рикёр.

Герменевтический метод разработан в философии XIX-XX веков и широко используется не только в философии, но и в других областях научного познания. Герменéвтика в переводе с древнегреческого (объясняю, истолковываю) означает искусство толкования текстов, культуры, эпохи или истории в целом. В истории философии герменевтический метод разрабатывался в философских концепциях XIX века (Ф. Шлейермахера, В. Дильтея, М. Хайдеггера) и XX века (Г. Гадамера, П. Рикера и других). Каждый из упомянутых мыслителей внес определенный вклад в разработку герменевтического метода. Сущность герменевтического метода сводится к нескольким основным положениям: необходимость предварительного понимания, бесконечность интерпретации и герменевтический круг.

Необходимость предварительного понимания означает, что каждая попытка толкования руководствуется уже известными представлениями об изучаемом объекте, то есть существует уже

определенное знание, которое является основой для дальнейшего понимания. Наше предварительное понимание, от которого мы не можем уже никогда избавиться, позволяет нам, определяя значение предмета или текст, иметь какую-либо гипотезу. Бесконечность же интерпретации означает, что существует множество толкований смысла одного и того же события действительности, или текста будь то текст письма, научного сочинения или позитивного закона.

Предпонимание и бесконечность интерпретации неразрывно связаны с герменевтическим кругом. Понятие «герменевтический круг» введено Шлейермахером. Герменевтический круг представляет собой принцип понимания текста, памятника культуры, эпохи на основе соотношения части и целого, то есть понимание целого складывается из понимания отдельных его частей, а для понимания частей необходимо предварительное понимание целого. Такова сущность герменевтического круга. Герменевтический метод особенно важен при познании социально-культурной реальности, каковой является и правовая реальность, где из множества интерпретаций на основе анализа и сравнений выясняется истинное знание.

Следующий подход, который следует упоминать при аналитике права - это феноменологический. В пределах последнего упоминаются три направления, основанные на принципах феноменологической редукции. Во-первых, это анализ права с точки зрения «природы вещей». Представителями данного подхода являются немецкие философы Г. Радбрух, Г. Фехнер и В. Майхофер.

Из свободы духа, высшей духовной действительности выводит свои фундаментальные принципы естественно-правовая мысль. Прежде всего, школа естественного права направлена на поиски особой реальности права, несводимой к реальности государственно-властных установлений.

Собственно, специфика этой реальности заключается в том, что право является атрибутом человеческого духа. Как верно отмечает немецкий философ-правовед Г. Радбрух, поставивший в своей работе «Обновление права» задачу выработки нового взгляда на право, юридическая наука должна вновь обратиться к тысячелетней мудрости античности, христианского Средневековья и эпохи Возрождения и вспомнить о том, что есть более высокое право, чем закон — естественное право, божественное право, разумное право, короче говоря, надпозитивное право, согласно которому неправо остается неправом, даже если ему придать формы закона. Еще один труд этого мыслителя — «Законное неправо и надзаконное право» — сыграл особую роль в процессе возрождения естественного права и в обновлении естественно-правовых исследований в XX столетии.

Интенсивный процесс возрождения естественного права в европейской философии права был своеобразным ответом на засилье позитивизма в философии и юриспруденции, которые, можно сказать, уверенно капитулировали перед лицом тоталитарной власти.

В частности, Г. Радбрух в уже упоминавшейся книге «Законное неправо и надзаконное право» обвиняет юридический позитивизм в том, что он извратил право при национал-социализме в Германии, ибо своим утверждением «закон есть закон» разоружил немецких юристов перед лицом законов произвола. Эти слова Г. Радбруха в полной мере можно отнести и к другим тоталитарным европейским режимам XX столетия.

Во-вторых, это подход к праву с точки зрения философии ценностей, основывающийся на феноменологической теории ценностей М.Шелера и Н.Гартмана.

Шеллер утверждает, что существует определенная шкала ценностей. Их иерархия, или классификация, определяется по пяти критериям. Во-первых, уровень отдаленности от мирских дел и условий определяет их долговечность. Так, духовные ценности выше материальных ценностей. Во-вторых, чем выше ценности, тем меньше они распространяются вширь и убывают путем дробления. В-третьих, низшие ценности основываются на высших ценностях. В-четвертых, уровень какой-либо ценности определяется глубиной удовлетворения, получаемого от ее реализации. В-пятых, уровень ценности определяется отношением данной ценности к конкретному опыту, так что моральные ценности являются более универсальными, чем чувственные. Гартман уточняет, что иерархия ценностей не является неизменной, представляющей абсолютное благо. Каждому предоставлен выбор между добром и злом. Между этими полюсами существует целая шкала возможных действий, из которых человек может сделать свой выбор.

Теории права, исходящие из философии ценностей, были развиты в трудах некоторых латиноамериканских философов, таких, как испано-мексиканец Луис Рекасенс-Сикс, мексиканец Эдуарде Гарсия-Мейнез, уругваец Хуан Ламбиас де Аса-ведо и аргентинец Карлос Коссио.

Рекасенс-Сикс стремится примирить объективный характер правовых ценностей с историчностью правовых идеалов. По его представлениям, имеется пять источников этой историчности: а) разнообразие и постоянно меняющийся характер социальной реальности, б) разнообразие препятствий к материализации ценностей, в) адекватность средств для их материализации, г) приоритеты, определяемые общественными потребностями, и д) множественность ценностей, которые порождают конкретные нормы конкретного сообщества в конкретной ситуации. Он считает, что поскольку индивидуальное сознание является центром всей реальности и поскольку человеческая жизнь является отправной точкой любой философии, ценности гуманизма или персонализма, рассматривающих государство и право как институты, подчиненные интересам человеческой личности, являются высшими по отношению к ценностям трансперсонализма, рассматривающего индивида в качестве единицы, подчиненной государству.

Гарсия-Мейнез указывает, что, хотя юридические ценности являются объективно действенными, они не абсолютны. Они характеризуются различными формами относительности.

Эта относительность проявляется в связи с а) конкретной личностью, б) конкретной ситуацией и в) конкретным местом и временем.

Асаведо рассматривает действующее право в качестве посредника между общественными ценностями и человеческим поведением.

Коссио представляет свою эгологическую теорию права, которая рассматривает закон в качестве эгологического объекта, иначе говоря, как человеческое поведение в его интер-субъективных столкновениях и противоречиях. Судебное решение состоит из следующих элементов: а) логической структуры, заданной определенной рамкой, такой, как, например, конституция, б) возможного содержания конкретной ситуации, определяемой обстоятельствами дела, и в) юридической оценки, даваемой судьей. Судьи обязаны принимать решения в соответствии с понятием справедливости.

Третий подход предложил французский философ П. Амселек, соединивший экзистенциалистский подход с методом феноменологической редукции.

Амселек напоминает, что для того чтобы подойти к праву как таковому и увидеть его в его объективной чистоте, феноменологический метод требует произвести методологическую редукцию как в философском, так и в эйдетическом смысле.

Он считает, что существует три серии нередуцируемых элементов в эйдосе, или типической структуре объективного права: 1) родовые эйдетические элементы, благодаря которым право представляется как система норм и, следовательно, принадлежит к эйдетическому роду нормативного; 2) особые эйдетические элементы, благодаря которым нормы, составляющие право, представляются как этические нормы, обладающие функцией приказания; и 3) конкретные эйдетические элементы, благодаря которым эти приказания, которые образуют право, становятся частью функции общественного управления человеческим поведением.

Эти три элемента образуют эйдос права. Цель Амселека — установить феноменологический позитивизм. Его теория поэтому является антиметафизической. Он поясняет, что юридический феномен заключается в применении нормы к объекту. Структура модели нормы отвергает любую систему ценностей, как внешнюю модель, которой норма должна соответствовать. Существуют объективно наблюдаемые юридические нормы, являющиеся обязывающими инструментами правосудия. Поскольку нормы представляют собой модели жизненных событий, они являются моделями, имеющими экзистенциальное содержание. Таким образом, они противостоят концепциям, являющимся ментальными образами структурного содержания.

Предпринимаются попытки распространить на философию права идеи и принципы синергетики. Благодаря концептуальной оболочке синергетики заново переопределяются такие понятия, как «хаос», «порядок», «гармония» и «право».

В.С. Нерсесянц использовал в качестве метода философии права «либертарный» (юридико-формологический метод). «Либертальный метод – это всеобщий способ правового моделирования познаваемой действительности по принципу формального равенства, способ познания действительности с позиций и в границах данного понятия права, способ правового (формально-равного) понимания, выражения, измерения, квалификации и оценки изучаемой действительности. Этому методу присущ правовой взгляд на мир, правовое виденье действительности». По сути, либертальный метод пытается доказать, что сущностью мира является формальное равенство.

В последнее время, в рамках постмодернистской методологии, при анализе права используются самые «экзотические» перспективы. В частности, говорят о «феминистской философии» права и «критической расовой теории». В соответствии с общей установкой постмодернизма на децентрализацию теории и методологии усиливается критика правового универсализма и пересматривается роль обычного права.

Наиболее адекватным современной правовой реальности считается процедуральный метод, предложенный Робертом Алекси. В нем предлагается рассматривать право не с точки зрения жестко предписанных и однозначных правил поведения, выведенных на основе строгой дедукции, а с позиции несколько размытых общих правил предпочтения, позволяющих сделать целесообразный выбор в нестандартной ситуации. Процедуральная методология содержит очень конструктивную идею – наделить право возможностью оперативно реагировать на новые явления, порождаемые современной правовой реальностью. При этом право не утрачивает своих существенных характеристик. Помимо Р. Алекси, процедуральный метод разрабатывает Ю. Хабермас в рамках более широкой концепции «этики дискурса». Указанная методология ориентирована на социальные структуры повышенной сложности, которые требуют принимать во внимание различные аргументы.

Разработка социально-коммуникативного подхода к анализу дискурса принадлежит Юргену Хабермасу, который один из первых включил термин «дискурс» в научный оборот. Хабермас связал понятие дискурса с теорией социального действия – стратегического, нормативного, драматургического, коммуникативного, а также с проблемой социальной легитимности. Он особо выделил так называемое дискурсное общение, которое характеризуется им как свободное и консенсусное. Данный тип общения рассматривался как идеальная коммуникативная модель.

По Хабермасу, дискурс представляет собой диалог, в процессе которого происходит согласование спорных притязаний на значимость с целью достижения согласия: «В дискурсах мы пытаемся заново произвести проблематизированное согласие, которое имело место в коммуникативном действии, путем обоснования». В дискурсе осуществляется артикуляция притязаний на значимость путем их тематизации, что создает условия для проведения дискурссии. В дискурсе также осуществляется принуждение к такому действию, которое ведет к

нейтрализации мотивов, выступающих внешними по отношению к мотиву кооперации. В дискурсной коммуникации господствует лишь специфическое «ненасильственное принуждение» наилучшего аргумента. Аргументация трактуется как главный путь продолжения поиска согласия.

Дискурсное общение, по Хабермасу, осуществляется при помощи соблюдения следующих правил: 1) участие в дискурсе открыто для любого, способного к коммуникации, субъекта при его полном равноправии со всеми остальными участниками; 2) в процессе коммуникации запрещается осуществлять какое-либо принуждение в целях достижения согласия; 3) участники вправе действовать лишь на основании мотива достижения кооперативного и аргументированного согласия; 4) участники находятся в отношении признания взаимных притязаний; 5) в ходе коммуникации позиции сторон подвергаются взаимной интерпретации, критике, уточняются, принимаются или отвергаются.

Хабермас создал своеобразную этическую теорию дискурса, получившей название «этика дискурса».

Этика дискурса рассматривается Хабермасом как альтернатива теории рационального выбора, которая исходит из принципа эгоистического поведения индивида в условиях конкуренции. Рационально-эгоистической коммуникации Хабермас противопоставляет дискурсивную коммуникацию, в основе которой лежат принципы особой этики – этики дискурса.

Моральный принцип, по Хабермасу, заложен в самой диалогической интенции дискурса, ибо диалог всегда ориентирован на процедуру вовлечения и включения Другого в обсуждение. Диалог предполагает признание Другого в качестве достойного участника, признание его права на инаковость, на собственное отличное от других мнение.

Наиболее благоприятным условием для формирования нормативного дискурса Хабермас считает «условия публичной, равноправной и непринужденной коммуникации, соблюдаемые в сократическом диалоге».

Этика дискурса, по Хабермасу, включает принципы справедливости и солидарности, характерные для коммунитаристского мировоззрения. Данная этика преодолевает либеральный эгоцентризм и формулу индивидуального успеха за счет конкурентной борьбы с другими. «Дискурсивно достигаемое согласие зависит одновременно и от незаменимого «да» или «нет» каждого отдельного лица, и от преодоления эгоцентрической перспективы, которое вовлекает всех в осуществляемую ради взаимного убеждения практику аргументирования».

Вопрос о методологии относится к одному из главных в современной философии права и служит основанием разграничения типов философского обоснования права.

ЧАСТЬ 2. ИСТОРИЯ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

2.12. Генезис древнерусской правовой культуры

Сложность анализа проблематики истории отечественной юриспруденции и своеобразия её методологии связана с тем, что современная российская юридическая наука в наиболее фундаментальных вопросах – в вопросах правопонимания, оснований права, в области гражданско-правовых отношений, - в подавляющем большинстве случаев опирается на зарубежные концепции и разработки, так, среди традиционных типов правопонимания только психологическая теория Л.И. Петражицкого имеет отечественное происхождение и то только потому, что этот учёный изначально получил мировое признание. Та же часть современной юридической науки России, которая покоится на фундаменте, сформированном советской юриспруденцией, также в глубинных масштабах вытекает в значительной мере из юридического и социологического позитивизма, и в некоторой степени – из марксистско-ленинского понимания права. Понятно, что эти высказывания звучат достаточно резко, и во многом больше напоминают публицистический памфлет, нежели сугубо научные рассуждения, но для их аргументации достаточно обратить внимание на любую серьёзную работу по правопониманию или по истории правовых учений, чтобы убедиться в том, какие подходы и концепции там освещаются наиболее подробно и в первую очередь. Те немногие труды, которые посвящены русской политико-юридической мысли, теряются в обширном «море» литературы, посвящённой анализу западных теорий и концепций.

Хотя, надо сказать, что в последнее время интерес к отечественной правовой мысли и отечественному юридическому наследию всё же пробуждается. Особо хотелось бы отметить серию работ В.А. Томсинова, посвящённую истории российской дореволюционной юриспруденции, российским правоведам, русской политико-правовой мысли, вышедшую в свет под его редакцией замечательную серию «Российское юридическое наследие», работы И.А. Исаева, Н.М. Золотухиной, Н.М. Азаркина, посвящённые как истории политических и правовых учений России в целом, так и отдельным мыслителям, многочисленные работы А.А. Васильева, одного из авторов настоящего курса, в которых исследуется собственно наша самобытная охранительная правовая мысль. По этой причине в рамках настоящего параграфа представляется необходимым рассмотреть ключевые, сквозные идеи, которые определяют парадигмальные, метатеоретические проблемы, вокруг которых разворачивается дискуссия на протяжении всей истории российской юридической науки вплоть до сегодняшнего дня, а также затронуть момент генезиса отечественной юриспруденции.

Прежде всего, необходимо выделить следующие этапы развития российской политико-правовой культуры:

1-й этап *– Развитие собственной правовой культуры и стиля юридического мышления.* Условно охватывает период с IX (VIII) по XVII вв. Думается, однако, что здесь необходимо сделать определенные уточнения в рамках внутреннего подразделения этого этапа на ряд периодов. В качестве самостоятельного необходимо рассматривать *период Киевской Руси* от 882 г. – объединения Севера и Юга под властью князя Олега (дата, условно рассматриваемая в историко-правовой литературе как дата образования древнерусского государства) до периода княжения во Владимиро-Суздальской Руси Андрея Юрьевича Боголюбского (1157-1174 гг.), поскольку именно этот князь впервые в истории взял Киев, разграбил его, и не остался в нём княжить, а вернулся в свою столицу – недавно отстроенный город Владимир, что свидетельствует об утрате Киевом позиции центра Руси, а Русью – единства. Л.Н. Гумилёв вполне обоснованно, на наш взгляд, рассматривает древнерусский суперэтнос и российский супертнос как различные образования, утверждая, что первый прекратил своё существование как раз в 12-13 веках, в определенной своей части (на северо-востоке) выступив материалом для образования нового, московского суперэтноса, наряду с финно-угорскими, тюркскими и другими племенами и народами. В области государственно-правовой науки Т.В. Кашанина также считает, что древнерусская государственность погибла в 13-м веке, а новая, московская, строилась уже на иных началах. Кроме того, И.Л. Солоневич именно с Андрея Боголюбского начинает отсчитывать новую, служилую систему организации русского государства.

Так или иначе, но в 12-м веке на землях Киевской Руси произошла очень масштабная *революция*, которая не могла не отразиться и на юридической сфере. Да, в этот период в официальной юридической историографии действующей считается пространная редакция Русской Правды, но это, по большому счёту, очень упрощённый подход, поскольку этот памятник права (при условии что он на самом деле действовал и отражал реально существовавшие общественные отношения) регулировал очень незначительную сферу социальной реальности, оставляя всё остальное на откуп обычного права, о содержании которого мы на сегодняшний день можем строить только догадки. Но политические и этнографические изменения революционного масштаба с очень высокой степенью вероятности способны повлечь и трансформацию юридической сферы. Произошедшие же изменения нашли своё отражение уже в правовых памятниках Московской Руси и Российского государства.

Итак, в качестве *второго периода* можно назвать время *Московской Руси (условно)* от мероприятий Андрея Боголюбского (середина XII в.) до Смуты начала XVII в. Такие рамки обусловлены тем, что т.н. монголо-татарское иго (если таковое всё-таки было) оказало катализирующее влияние на уже запущенные в русских землях процессы и, как своего рода, «кровопускание», способствовало консолидации северо-восточной Руси в единое образование, при том что тюркские народы органично влились в ткань великорусского этноса и российского

суперэтноса в целом. В юридическом плане итогом развития в этот период выступает принятие Судебников 1497, 1550 и других, в которых наглядно отразилось самобытное русское восприятие позитивного государственного права, которому отводился удел не более чем правосудия. Основная масса общественных отношений опять же регулировалась обычным правом. Поистине, это непаханая целина для ученого, желающего заняться антропологией российского права, однако и невероятно трудоёмкая по своим масштабам. Смута же завершила правление династии Рюриковичей, российская государственность была поставлена на край гибели, и в последующем, при Романовых, вступает в новый этап своего развития, предопределивший те перетрубации, которые с нею произошли в XVIII веке.

3-й период – Российское государство при первых Романовых. В этот период происходит окончательное оформление русского московского права, которое получает внешнее выражение в форме Соборного уложения 1649 г. Это, по сути, последний памятник собственно русского права, в котором, с другой стороны, подводится итог всего предыдущего политико-юридического развития страны. И термин «уложение» как нельзя лучше показывает специфику отечественного правового развития: происходя, по всей вероятности, от слова «уклад», он показывает, что данный акт юридически опосредует весь социально-правовой уклад общественной жизни Российского государства, сложившийся к середине XVII века. Такого рода добротность, органичность, целостность Соборного уложения 1649 г. определила длительный период его действия вплоть до 1835 года – до вступления в силу Свода законов Российской империи. В конце правления царя Алексея Михайловича, впрочем, уже начинают формироваться тенденции, в дальнейшем доведенные до абсурдного гипертрофирования Петром I Алексеевичем. Возможно, у России и была альтернатива пойти по собственному пути развития, но после петровских преобразований (очередной российской революции), а также после всех событий XVIII века эта альтернатива утратила всякое основание в российском обществе.

2-й этап – XVIII век. – Компилятивно-подражательный стиль развития русской правовой культуры. Яркий пример – Аритикул воинский 1715 г., который представляет собой не более чем некачественный, с многочисленными ошибками, перевод со шведского артикула Карла Густава 1625 г. Первый юрист в России – С.Е. Десницкий, по сути – ученик западноевропейских правоведов, не лишённый, однако, чувства необходимости обращения и к собственно русскому праву. Характерно, что именно на этом этапе развития российского общества происходит раскол между высшим его слоем – дворянством, и народом, когда первые всем своим видом, мышлением, языком и образом жизни стараются обособиться от остального общества, отделиться от него. Говорить подробно о данном этапе мы не будем, оставим простор для А.А. Васильева, автора специального параграфа, посвященного становлению юридической науки в России.

3-й этап – XIX – начало XX в. - Попытка поиска самостоятельного пути развития и политическое поражение консервативного движения в России. С начала XIX века в русской культуре возникает протест против однозначного копирования западной политико-правовой культуры. В рядах русской интеллигенции происходит раскол на течения западников и славянофилов (причем, последних этим термином назвали именно западники). Славянофилы, а вслед за ними и другие представители охранительного направления отечественной политико-правовой мысли, в том числе и юридической науки, отстаивали право России на оформление собственной политико-правовой культуры. К таковым собственно русским мыслителям можно отнести А.С. Хомякова, К.С. Аксакова, И.С. Аксакова, И.В. Киреевского, Ю.Ф. Самарина, И.Д. Беляева, В.Н. Лешкова (славянофилы) и др., Ф.М. Достоевского, А.А. Григорьева, Н.Н. Страхова (почвенники) и др., К.П. Победоносцева, К.Н. Леонтьева, М.Н. Каткова, Л.А. Тихомирова и др. К концу XIX – началу XX века охранительное направление в России потерпело поражение. В основной части русской интеллигенции в целом преобладала прозападная установка. Однако, внутренний раскол не миновал и западников, разделив их на либералов и социалистов.

4-й этап – XX век (с 1917 г.). В рамках этого этапа предпринимаются две попытки реализации западно-европейских вариантов развития, соответственно обозначенным лагерям внутри западнической интеллигенции – сначала, после победы социалистов, с 20-х годов – социалистический вариант, а затем, с середины 80-х, с победой либералов – либеральный. Господству этих двух течений соответствуют *два периода* в развитии отечественной юриспруденции – это *советский (1917-1991)* и *постсоветский*, не имеющий пока что собственного названия и ярко выраженной концептуальной наполненности, дабы таковое ему дать. Многие идеи, подходы, принципы и дискуссии, возникшие в советское время, продолжились и в постсоветский период, особенно в аналитической юриспруденции, внедрение в юридическую науку новых «веяний» философии науки и философии права второй половины XX века происходит медленно, сложно и пока не составляет массового явления.

Консервативное направление сохранилось в эмиграции, в лице большинства представителей русской религиозной философии, например, в рамках получившего развитие в течение всего XX века и в начале века XIX движения под названием «евразийство» - Н.Н. Алексеев, Н.С. Трубецкой, Л.Н. Гумилев, Г.В. Вернадский, П.С. Савицкий, а также отпавшие от этого течения Г.В. Флоровский, Л.П. Карсавин. Предтечей евразийства называют такого русского мыслителя, как Н.Я. Данилевский, а непосредственным учителем – П.И. Новгородцева. Так или иначе, но именно в рамках консервативного направления отечественной политико-правовой мысли отстаивалось право России на собственный путь развития. Вследствие этого, методологически точным будет считать отечественной, русской (вне зависимости от национальности) именно охранительную правовую мысль – по словам К.Н. Леонтьева, консерватизм у каждого народа свой, в отличие от

либерализма, который космополитичен. Однако, для понимания специфики формирования российской правовой культуры, юридической науки и её методологии, есть необходимость в изучении не только охранительного, но и всех прочих направлений государственно-правовой мысли.

На сегодняшний день прежние тенденции, дискуссии, подходы, парадигмы российской юридической науки мало изменились со времен второй половины XIX в. Всё так же существуют либеральные и социалистические направления, всё так же особняком стоит «лагерь» охранителей-консерваторов, ищущих в своих исследованиях основания для выработки самобытного пути развития России в прошлом, в истории правовой мысли, или в метафорических её компонентах. Однако, есть серьёзные опасения, что к 2016-му году время для поиска таковых уже упущено. Здесь вспоминается достаточно старый врачебный анекдот, за что заранее прошу прощения взыскательного читателя от научной общественности: Терапевт всё знает, но ничего не может, хирург всё может, но ничего не знает, и только патологоанатом знает и может всё, но уже слишком поздно. Хочется, конечно, ошибаться, но на наш взгляд, Россия на этот раз уверенно идёт по пути глубочайшей вестернизации, и в купе с предыдущими этапами её истории, особенно в политико-юридической сфере, сохранившиеся до сих пор интуитивные зачатки собственной правовой культуры окончательно исчезают. Отдельные территории уже выступают по отношению ко всей стране в качестве метрополии, рассматривая её как колонию. А это очень недобрый знак для цивилизации, выросшей на иных духовно-культурологических началах. Возможно, что только обращение к евразийской мировоззренческой концепции способно отрезивить отечественное миропонимание и вдохнуть в него собственный цивилизационный сегмент. Неслучайно, что на сегодняшний день интерес к евразийству заметно оживляется.

Таким образом, на пути к современной правовой культуре и стилю юридического познания отечественная традиция испытала серию революций, магистральное направление которых в течение последних 300 лет имеет очень существенный вестернизированный уклон. Причём, представляется, что принятие христианства на Руси таковой революцией не выступило, поскольку христианизации, евангелизации славян в тот период не было осуществлено, введение новой веры было, во многом, поверхностным, обрядовым, поскольку таковой она являлась в X веке и в Восточном Риме, и ввиду этого русское православие до никонианства представляло собой конгломерат христианства и язычества (двоеверие), а по некоторым оценкам ведийства, язычества и христианства (троеверие – Т.И. Демченко). Хотя, византийское право и каноническое право православной церкви оказали безусловное влияние на право Московской Руси как идеологическая, как минимум, основа деятельности московских князей. Революциями выступили, во-первых, переход от системы родового правления и удельного устройства государства к военно-служилому государству (от Руси Киевской к Руси Московской), во-вторых, Первая русская смута начала XVII

в., показавшая слабости основанного на иосифлянстве устройства Московского царства, и в правление первых Романовых намечаются тенденции к трансформированию этой системы, предпринимаются первые реформы по модернизации российского государственного и общественного устройства. Но затем история принимает радикально иное направление в результате третьей российской революции – реформ Петра I и деятельности его преемников. Заданное подобным образом направление сохраняется вплоть до сегодняшнего дня, правда, в различных вариантах. Следующая революция – это Великая русская революция 1917-го года, в процессе которой в рамках магистрального пути вестернизации российской правовой культуры меняется частное направление в пользу марксистского варианта социального развития, аналогичные события произошли в России и в период 80-х-90-х гг., точно также в пользу, однако, либерального пути, приправленного в определенной степени патриотическими мотивами в 10-х годах. Думается, что процессы вестернизации приобрели уже характер необратимых.

Мы уже говорили о стержневых дискуссионных вопросах, которые характерны для всей истории юридического познания в России, в том числе и для истории юридической науки, вплоть до сегодняшнего дня. Несмотря на сложность и дискретность российской правовой культуры, в истории отечественной политико-правовой мысли наблюдается единство этих проблем, вопросов, направлений дискуссий, идей, концепций, которые были заявлены ещё на заре становления древнерусского государства, и они до сих пор актуальны и требуют своего решения. Довольно интересное видение этих проблем предлагают Р.В. Насыров[790] и В.А. Томсинов[791]. На наш взгляд, к таковым можно отнести:

1) Возникший со времён Святополка I Окаянного спор и противоборство «западников» и «почвенников», характеризуемый агрессивной наступательной деятельностью первых и защитной, охранительной деятельностью вторых;
2) Идеологически оформившийся на рубеже XV-XVI вв. спор «нестяжателей» и «иосифлян»: в этом случае термины условные, первые – сторонники невмешательства государства в дела веры, признания правителя сосредоточием греха и порока, а власти – как опаснейшего из всех соблазнов, который и честного человека может извратить; вторые – сторонники признания за государством роли защитника веры от всех её угроз (в дальнейшем – идеологии, что даёт основания некоторым мыслителям СССР считать иосифлянским государством), церковь, а равно иную идеологическую организацию ставить на службу государству (идея т.н. симфонии, на самом деле – взаимовыгодного существования светских властителей и церковных иерархов, взаимозащита в виде силы и легитимации), царя, правителя, а равно его полномочия считались священными,

[790] См.: История правовых учений России: учебник. В 3 т. Т. I. X-XVII вв. / под ред. В.В. Сорокина, А.А. Васильева. – М.: Юрлитинформ, 2014. С. 7-29.
[791] См.: Томсинов В.А. История русской политической и правовой мысли. X-XVIII вв. М.: «Зерцало», 2003. С. 15-34.

«государю повиноваться не за страх а за совесть Сам Бог повелевает»; для истории характерна политическая победа иосифлян, но духовная – нестяжателей; и, хотя история и не терпит сослагательного наклонения, но кто знает, одержи верх нестяжатели в начале 16-го века – и революцию 1917-го года можно было бы избежать, церковь не утратила бы духовного авторитета среди народа, вера людей была бы живой, а не мёртвой обрядово-полуязыческой, не было бы и таких жертв среди православного духовенства и др.; главное, на наш взгляд, не в этом – не в предполагаемом варианте развития событий, а в том, для чего, в общем-то и исследуется история – чтобы ошибки предков не повторялись потомками…[792];

3) Проблема поиска национальной самоидентичности, выражающаяся в осмыслении мировой истории, определении места в ней России, а также в представлениях об исторической миссии России, о её предназначении;
4) Проблема образа идеального правителя, устойчивых народных представлений о правителе и форме правления, а также их влияния на реальную политическую систему;
5) Проблема соотношения закона и нравственности, закона и идеологии, права и силы и т.п., поставленная ещё митрополитом Илларионом, и до сих пор не получившая однозначного решения в русской юриспруденции и философии.

Этот перечень можно продолжать до бесконечности, а можно ограничить двумя первыми идеями, дискуссиями, поскольку именно они выражают все остальные сквозные идеи, выступающие уже их конкретизацией. Так или иначе, приступая к рассмотрению того или иного политико-правового вопроса мыслитель подходит к нему как иосифлянин или нестяжатель, как западник или как почвенник (это касается и юридических вопросов в той части, в какой определяется исходная установка учёного и на трудах каких классиков она основывается), а уже этим определяются его взгляды на закон и на государство. Конечно, этот тезис «сквозит явным редукционизмом», и чтобы избежать оного, мы обозначим ещё ряд особенностей русской государственно-правовой мысли, также её специфицирующих:

6) Проблема подавляющего преобладания цельных, нераздельных концепций над чисто юридическими: заключается в том, что большинство мыслителей российской правовой мысли не писали только о праве и государстве, а рассматривали какой-то насущный вопрос с разных точек зрения – религиозной, экономической, общесоциальной, затрагивая по ходу дела государство и право; не так уж и много найдётся чисто юридических работ, и все они относятся преимущественно к 19-20 вв.; это не есть достоинство или недостаток, это есть факт, и факт этот порождает существенные

[792] Эту проблему поднимают в своём обстоятельном труде А.В. Иванов, И.В. Фотиева и М.Ю. Шишин. См.: Иванов А.В. Скрижали метаистории. Творцы и ступени духовно-экологической цивилизации / А.В. Иванов, И.В. Фотиева, М.Ю. Шишин. – Барнаул: Алтай - 21 век, 2006.

сложности в понимании современным секуляризованным сознанием такого рода работ; характерным примером выступает такой, практически современный нам мыслитель, как И.А. Ильин, который, даже рассуждая о правосознании, не гнушается богословских и морально-нравственных вопросов, и наоборот; в связи с этим политические и правовые идеи зачастую содержатся в художественных произведениях или богословских трактатах, что обнажает всю условность термина «история правовых учений», так же как и «история юридической науки»[793];

7) Проблема отсутствия единой концепции права и государства во взглядах того или иного мыслителя: немного найдётся в истории политико-правовой мысли личностей, которые бы на протяжении всей своей жизни ни разу не меняли своих взглядов на государство и право, такие есть, но их можно пересчитать практически по пальцам рук;
8) Проблема «интеллигентности» политико-правовой мысли: изучив взгляды тех или иных мыслителей определённой исторической эпохи, мы, к сожалению, в редких случаях получим хоть немногое представление о состоянии народного правосознания той эпохи; даже выходцы из крестьянской среды, попав в монашескую или разночинную прослойку, далеко не всегда сохраняют своё первоначальное мировоззрение неизменённым;
9) Проблема исторического контекста развития того или иного политико-правового учения: многие доктрины, даже охранительного толка, возникали не благодаря, а вопреки той или иной эпохи, западнические проекты, в свою очередь, представляли собой вообще малосвязанные с реалиями фантазмы, что требует в каждом случае выяснения общеисторической, а также историко-правовой картины, обтекающей то или иное учение;
10) Общефилософская проблема интерпретации первоисточников по истории правовых учений России, усиленная ещё и тем, что в её изучении до сих пор преобладает идеологический фон; следует сказать, что и данный курс лекций полностью обладает этим недостатком, поскольку зачастую изложение взглядов того или иного мыслителя, или группы, ведётся не в информативных целях, а с определённой целью – построить у читателей нужный образ мыслей.

[793] Эта особенность показывает определенное сходство между традиционной российской правовой культурой и правовой культурой индусской, мусульманской, дальневосточной. Сходство это состоит в цельности мировосприятия, безвозвратно утраченном западной правовой традицией (хотя, тот же Рене Генон считал, что точка возврата западным миром ещё не пройдена, и он способен, взаимодействуя с Востоком, учась у Востока, возродить традиционные начала, ориентиры).

В.Н. Синюков в качестве одного из важнейший вопросов российской государственности называет проблему статуса столицы – Москвы, как национально-государственного центра[794]. Многие сквозные вопросы для русского общества и государства обозначает А.Б. Венгеров (такие вопросы, как «крестьянский, национальный, геополитический вопросы, вопрос «питей» (употребление алкогольных напитков, винно-водочной монополии) и, наконец, вопрос вопросов – модернизации России, иными словами, выбора исторического пути, – пожалуй, самый важный, поистине «вечный» и судьбоносный»)[795]. Ну и, наконец, наши исследования позволяют выделить проблему «чувства меры», и его наличия/отсутствия у русских людей, суть которой заключается в том, что многие мыслители призывают к развитию этого чувства, и многие же мыслители констатируют его отсутствие у русских людей[796].

Эти проблемы, вопросы, казусы были поставлены ещё в период Киевской Руси, и в дальнейшем получили развитие в трудах отечественных мыслителей и ученых всех веков истории русско-евразийского культурно-исторического типа.

Особенности стиля юридического мышления в древнерусской правовой культуре

Основные сквозные проблемы русской политико-правовой мысли проявились ещё в период Киевской Руси в IX – XIII вв. В этот период политико-правовые представления ещё не отделились от религиозных, они отражали процесс разложения первобытно-общинного строя у восточных славян и становление государства. Возникшее государство – Киевская Русь, - с самого начала было непрочным и часто подвергалось набегам. В Европе такого не было. Россия же всегда была очень удобным объектом для внешнего вторжения, из чего следует, что условием существования Киевской Руси с самого начала стало наличие сильной государственной власти, обеспечение единства и сплоченности русских земель.

Часто отмечают дискретность (разделенность на этапы) русской истории, но наблюдается определенная преемственность между этими этапами. Формирование русской политико-правовой мысли традиционно связывают с переходом от язычества к христианству и с влиянием Византии.

В язычестве, в славянской мифологии, ученые констатируют погруженность в природные явления. А.П. Семитко подверг критике славянскую мифологию за то, что в ней нет символа весов и правосудия, как в римской мифологии. (Здесь надо сказать, что римляне были отнюдь не оригинальны, и заимствовали это из греческой мифологии – более древней – Фемида, однако греки, в свою очередь, скорее всего заимствовали подобный символ, как и многое другое, у

---

[794] См.: Синюков, В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. – 2-е изд., доп. – М.: Норма, 2014. – С. 332-345.

[795] См.: Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник для юридических вузов. – М.: Юриспруденция, 2000. С. 182.

[796] См. подробнее например: Правосознание российского общества: типологическая характеристика: коллективная монография / под ред. В.В. Сорокина и А.А. Васильева. – Барнаул: АЗБУКА, 2013. С. 81-127 (автор главы – Е.А. Куликов).

древних египтян, которым как раз и принадлежит пальма первенства в отношении символа весов – загробного суда Осириса). В свою очередь, самого А.П. Семитко можно подвергнуть критике за универсализацию особенного, поскольку у каждого народа присутствовал свой символ – некое мерило, у кого-то весы, у славян – правда, у китайцев – Дао, у индийцев – дхарма, и др.

Центральной категорией славянской мифологии выступало не право, не law, не jus, а правда, т.е. не то, что доказано в суде, а то, что вытекает из самой природы, и само подтверждает свою истинность. В европейской же мифологии человек более деятелен, больше уповает на себя, чем на силы природы.

Большое влияние на историю российской государственности и государственно-правовой мысли оказали особенности геополитического положения России. Можно привести, как минимум, две точки зрения по этому поводу. Ф.М. Достоевский писал, что «Европа – это результат игры ума, тогда как Россия – это результат игры природы». В то же время, И.Л. Солоневич на протяжении всей своей работы «Народная монархия» обосновывает точку зрения о том, что в России государственность развивалась, росла и крепла не благодаря природно-геополитическим условиям, а вопреки им. Об особой обусловленности евразийским местоположением российской истории пишут и писали евразийцы. Так или иначе, но взаимосвязь эта существует, и мало кто её отрицает.

Для древнерусской политико-правовой мысли характерен скрытый дуализм (характеризуя этот феномен И.Н. Ионов использует термин «двоеверие», определяя его как «сочетание архаических и традиционных черт языческих и более развитых религиозных представлений в верованиях» (Российская цивилизация. С. 26.)). Дохристианские представления соединялись с богословскими, так и после принятия христианства сохранила свое значение языческая категория правды и, соответственно, история рассматривалась как движение к справедливости и правде. (А.А. Васильев утверждает, например, что уже в таком памятнике дохристианской мысли, как Книга Велеса, прослеживаются политико-правовые начала, нашедшие отклик и в последующей литературе).

Уже в летописях Нестора «Повесть временных лет» (XII в.) были поставлены основные вопросы русской истории (см. выше), которые остались актуальными и по сегодняшний день. В вопросе самоидентификации Нестор предпринял попытку обосновать самобытность русского народа, его роль в мировой истории, доказывая, что русские – это народ историчный и является равноправным в семье христианских народов. Нестор обосновывает легитимность власти Рюрика и его потомков. Также он зафиксировал в летописях уже упоминавшееся двоеверие русского народа. Приняв христианство, русский народ продолжил соблюдать языческие обряды.

Раскол христианства в 1054-м году затронул и Россию. Впервые в XII в. возник вопрос о влиянии католической церкви. Настоятель Киево-Печерского монастыря Феодосий в публичном послании князю Изяславу критиковал его за явное увлечение «латинством», т.е. католичеством.

Основным произведением русской политико-правовой мысли того времени является «Слово о законе и благодати» киевского митрополита Иллариона. Характерной особенностью отечественной мысли является её устный характер – слово, спор, беседа и др., тогда как европейскую мысль характеризует письменный стиль. В указанной работе ставится вопрос соотношении закона и нравственности (ветхозаветного закона и новозаветной благодати), где закон сравнивается с омывающей сосуд (человека) водой, готовящей его к принятию молока благодати. Р.В. Насыров выделяет следующие ложные подходы к соотношению закона и нравственности:

- игнорирование закона, морализация права (только молоко);

- смешение закона и морали (смешение молока и воды);

- только закон (только вода).

(Здесь, несколько отступая от диалога, подчеркнем одно из проявлений меры в истории русской правовой мысли – это мера в сочетании морали и права).

В этой метафоре митр. Иллариона важна сама динамика его рассуждений, когда он рассматривает общественную жизнь как постоянное воспроизводство социального мира, т.е. в общественной жизни одновременно необходимо обеспечить формальный порядок (нельзя гарантировать это) и, с другой стороны, необходимо всегда решать проблему наполнения общественных отношений, институтов, определять их нравственным содержанием.

Особенности российского правосознания ещё в период Киевской Руси проявились в соответствующих юридических конструкциях. Современные теоретики права, говоря о своеобразии российского правосознания, обращают внимание на важную роль эмоционально-оценочных компонентов в правосознании, которые часто доминируют над рационально-идеологическими компонентами. Это своеобразие проявляется в самом русском языке. Так, по данным лингвистов, в немецком или английском языке 12-15% слов требует эмоционально-оценочного восприятия для их адекватного понимания, в русском языке около 40% таких слов.

Так, это своеобразие проявляется в самой юридической терминологии, например, по Русской правде правонарушение называется «обида». Такое восприятие правонарушения предполагало соответствующие юридические конструкции. В римском праве присутствовало правило абсолютной виндикации: «где вещь нахожу, там её и виндицирую», независимо от добросовестности владения вещью ответчиком. Тогда как в Русской Правде употреблялась конструкция свода, т.е. если владелец был добросовестным, то её нельзя было виндицировать, а необходимо было по цепочке идти до правонарушителя (три звена – и передать следующему).

Римляне воспринимали эту ситуацию рассудочно и виндикация преследовала цель просто вернуть вещь собственнику, по Русской же Правде ситуация воспринималась эмоционально. Цель свода – не просто вернуть вещь, а найти обидчика. Изъять вещь у добросовестного владельца – значит обидеть его без вины. С токи зрения назначения права предотвращать социальные конфликты более целесообразна конструкция свода, т.е. в конфликт втягиваются лишь собственник и похититель вещи. Конструкция же римского права создает цепную реакцию нарушения социального мира, когда по цепочке после изъятия вещи пойдут регрессные иски.

Первыми юристами в России необходимо считать представителей духовенства. Древнее российское право было непосредственно связано с каноническим правом. В России действовали источники византийского права. Была составлена «кормчая книга», в которую вошли выдержки из византийских памятников права, канонических правил (Эклога, номоканоны и др.). Эта книга действовала до издания Петром I Духовного регламента и полного подчинения церкви государству. До Петра I официальным языком не только богословия, но и образования был церковно-славянский, и соответственно, юридическое образование было частью церковного образования. Одновременно с этим стали возникать предпосылки для формирования светской прикладной юриспруденции. Юридическая деятельность допетровской России непосредственно была связана с судопроизводством. Юстиция на Руси была разлита по всему обществу, наряду с публичной существовала корпоративная, и даже частная юстиция – право главы семьи или рода судить домочадцев, сородичей по определенным правилам. Эти правила были отражены, например, в Домострое, составленном Сильвестром в XVI в. Одиозное представление об этом памятнике не вполне оправдано, поскольку вспоминают только о праве телесного наказания главой семьи домочадцев, и забывают обо всем остальном комплексе наставлений, содержащихся в нем. Точно так же неправомерно было бы оценивать Библию исключительно по тем местам из Ветхого Завета, которые рекомендуют телесно наказывать детей для их более благочестивого воспитания.

Судебная власть принадлежала общине, которая рассматривала не только имущественные споры, но и наказывала за незначительные проступки, например, обычай закреплял обязанность оказания помощи. Государственная юстиция в Киевской Руси принадлежала князю и вече. И в наставлениях князю с необходимостью закреплялась обязанность вершить справедливый суд.

В древнерусских текстах использовалось выражение «суд говорит и творит правду». В этой фразе предполагается, что правда творится, возникает именно в момент вынесения приговора. Исходя из этого, неразвитость допетровского российского законодательства объясняется наличием у суда широкого права на усмотрение. В связи с этим, примечательную характеристику русскому суду дал итальянский историк и путешественник XVI века П. Джовио: «Законы во всем царстве у них прост и основаны на величайшем правосудии самых справедливых людей, а потому весьма

спасительны для народов, т.к. их нельзя извратить крючкотворством стряпчих». Алексей Степанович Хомяков (славянофил) упоминает в своей работе «О старом и новом» о наличии в допетровской Руси суда присяжных (послухи), и о том, что суд носил открытый, публичный характер.

Развитие светской юриспруденции непосредственно связано с развитием механизма российского государства в период его централизации. В XVI в. возникает особая юстиция Боярской Думы, а в процессе формирования системы приказов образуется и особая ведомственная юстиция – например, разбойный, холопий приказы, возникает особый судный приказ над служилыми людьми. Так формируются сословные суды. В это время суд ещё носил публичный характер и предполагал участие населения. Существовала процедура «вступиться миром» в случае явного злоупотребления суда.

Суд ещё не был отделен от администрации, но к XVII в. начинают различать на местах воеводу (административная власть) и функционирующий при нем институт дьяков и подьячих – знатоков указов и обычаев. Органично представление о значении особых юридических знаний проявляется в правиле (Судебник 1497 г.): воевода, не имеющий дьяка – знатока права, может разрешать споры до 10 т.р., а имеющий – и другие дела до 20 т.р.

Положительный характер носила сама процедура правотворчества. Ещё при Иване IV в приказах были заведены специальные «законные» книги, в которые вносились новые узаконения, царские повеления и боярские приговоры. При Алексее Михайловиче в приказах стали вестись т.н. статейные списки, в которые вносились новые дела, не урегулированные в узаконениях и нуждающиеся в толковании. Специальный «думный» дьяк был обязан вести статейные списки. По мере их накопления они не присоединялись к законным книгам. Право ещё не было систематизировано, поэтому юрист-дьяк должен был обладать не столько общими знаниями, сколько хорошей памятью и практическими навыками.

Таким образом, весь первый этап своей истории отечественная юриспруденция развивалась как вполне самобытное и национальное явление, стоя в ряду таких же феноменов в других культурно-исторических типах. Хотя история и очень боится сослагательного наклонения, но этот прием в данном случае скорее выступает как элемент прогнозирования возможных вариантов развития событий при иных исторических условиях. Эволюционное развитие российской правовой культуры в случае отсутствия на престоле Петра I способно было привести к её формированию как самостоятельного полноценного политико-юридического типа. Однако, нормальное развитие было нарушено насильственными методами трансформации правящего слоя, и в итоге русская юриспруденция практически на 100 лет была обречена двигаться по компилятивно-подражательному пути.

2.13. Памятники русского права: методология и технология

Актуальность данного вопроса научной работы заключается в сравнении первоисточников русского законодательства с ныне существующими и в выводах о переходе и трансформации правовых норм.

Важность изучения памятников русского права обусловлена необходимостью понимания тех обычных и писаных норм, по которым развивалась правовая система России в своем историческом пути.

Историческое развитие права России занимает важное место в правовом исследовательском поле. История русского права изучает развитие государственно-правовых явлений в их целостности, единстве, взаимосвязи и взаимозависимости.

Теоретическая значимость состоит в том, что сформулированные выводы расширяют научные представления о закономерностях возникновения, развития и преемственности памятников русского права как части теоретико-правовой науки. Содержащийся в работе анализ соотношения традиций и новаций в развитии методов и способов понимания, толкования и применения памятников русского права способствует более глубокому их научному обоснованию, а также дальнейшему развитию законодательной техники и научно обоснованной методологии интерпретации правовых текстов.

Обобщения и выводы исследования могут способствовать формированию теоретической базы для дальнейшего развития теоретико-правовых взглядов в рассматриваемой сфере.

Практическая значимость обусловлена тем, что содержащиеся в работе научные положения восполняют пробелы в теоретической базе изучения вопросов возникновения и развития русского права и вносят определенный вклад в развитие теоретико-методологических и историко-правовых исследований, отраслевых наук и могут быть востребованы в дальнейшей их научной разработке.

Памятники русского права уже более двух столетий являются предметом острейших не только политических, но и научных дискуссий.

В нашей стране, в последние десятилетия, актуализировалась данная проблема в политических спорах и научных исследованиях. Бесспорно, что чрезвычайно сложно не только сформулировать национальную идею России, но и развивать традиции патриотизма в современной России без всестороннего научного анализа российских традиций осмысления истории русского права.

Главная проблема заключается в том, что исследовать истоки древнерусского права традиционными методами юридических и исторических наук не является возможным из-за отсутствия прямых юридических документов, так как эти истоки относятся к дописьменному периоду, или к архаическому (обычному) праву.

Договоры Киевской Руси с Византией 911 и 944 годов считаются самыми ранними письменными документами. Источниками изучения архаического права являются лишь частично материалы летописей, а в основном это мифология, представленная в памятниках фольклора: былины, пословицы, поговорки, сказки, песни.

В исторической науке продолжаются дискуссии о процессе становления и развития восточно-славянской государственности. Этот вопрос имеет для нас особое значение, так как только с образованием государства можно говорить о зарождении правовых систем, о появлении княжеского и христианского права.

С одной стороны, есть сведения, хотя и очень отрывочные, о государственных объединениях отдельных восточно-славянских племен, таких как Славия (объединение кривичей и ильменских словен). С другой стороны, норманнская теория происхождения первого восточно-славянского государства остается наиболее распространенной, но по-прежнему более чем спорной, напоминающей скорее мифологический сюжет, чем рассказ о реальных событиях.

Первые документы письменного права периода Киевской Руси показывают нам влияние обычного права (предправа) на формирование древнерусского права. Речь идет об уже упоминавшихся договорах с Византией 911 и 944 годов.

Сам факт существования общего названия «Закон Русский» подразумевает своего рода устную кодификацию норм обычного права восточных славян.

Во всяком случае, именно нормы Закона Русского были положены в основу Русской Правды, в особенности ее древнейшей части – Правды Ярослава. М.Б. Свердлов[797], сопоставив текст русско-византийских договоров и «архаичных» норм Русской Правды с более древними германскими «варварскими правдами», реконструировал содержание тех норм Закона Русского, которые были воспроизведены в Русской Правде.

Причем по своему характеру это нормы уголовного и уголовно-процессуального права, многим из которых, с поправкой на уровень юридической техники, можно найти аналог в действующих УК и УПК. Очевидно, что такой «совершенный по содержанию судебник», как Русская Правда, не мог возникнуть на пустом месте. На это обращали внимание еще дореволюционные ученые. Так, Н. Ланге видел главное достоинство Русской Правды в том, что в ней отражалось осознание народом правды и справедливости. «Если Правда была бы только беспорядочным сборником законов без всяких общих начал, – писал он, – то она не могла бы служить основанием к дальнейшему развитию нашего права».[798]

Русская Правда замыкает огромный исторический период правогенеза восточно-славянского этноса, давшего жизнь русскому, украинскому и белорусскому народам. Обилие юридических,

---

[797] Свердлов М.Б. От Закона Русского к Русской правде Издательство: М.: Изд-во Юрид. лит. 1988. – С.51.
[798] Ланге Н. Исследование об уголовном праве Русской Правды. СПб., 1860. С. 209

исторических, лингвистических исследований и комментариев, посвященных Русской Правде, подтверждает ее значимость как нормативного акта, исторического памятника и культурной ценности. Не случайно, наверное, П.И. Пестель назвал свой проект устройства России после свержения самодержавия «Русской Правдой».

Возникновение Древнерусского государства в IX в. Сопровождалось формированием и утверждением особых правовых отношений.

Заложенные правовые нормы продолжали действовать и во время раздробленности - как в северорусских княжествах, так и в галицко-волынских землях, переживавших время наивысшего подъема во время правления «первого русского короля» Даниила Романовича Галицкого.

Драгоценным кладезем юридической жизни Древней Руси являются такие средневековые правовые памятники державы Рюриковичей (Киевской Руси) — Русская Правда (XI в.), Новгородская и Псковская Судные Грамоты (XV в.); Московского царства — Великокняжеский Судебник 1497 г., Царский Судебник 1550 г., Соборное Уложение 1649 г.

Закон Русский, уставы и судные грамоты – это уже писаное древнерусское право, вершиной которого и стала «Русская Правда»

Задачами исторического исследования русского права являются:

1) описание реально происходивших изменений в законодательстве, государственном управлении и социальной организации народов древней Руси;

2) установление закономерностей политико- правовой эволюции древней Руси;

3) разработка общеславянского права основанного на единой культуре, судьбе и будущности развития последующих поколений славян в гармонии с природой.[799]

История Древней Руси полна трагических событий, связанных с братоубийственной войной. Причины её заключены в духовном забвении древних общеславянских идеалов.

Ключевая проблематика по этой теме связана с Русской Правдой, которую справедливо считают выдающимся историко-юридическим памятником. И действительно, особое значение Русской Правды было выражено в ее широком распространении, она дошла до сегодняшних дней в десятках списков XIII-XVIII вв. Интерес ученых не ослабевал к ней с того времени, когда она была открыта и введена в научный оборот В.Н. Татищевым. Казалось бы, после всех написанных и опубликованных исследований о Русской Правде добавить что-то принципиально новое крайне сложно.

Собственно говоря, тогда же была заложена научная основа для последующего исследования Русской Правды.

---

[799] Петров А.В. У истоков формирования русского правового сознания (культурологический аспект) / А.В. Петров, Г.П. Кибасова // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 7: Философия. Социология и социальные технологии. 2014. № 2. С. 39

В советское время к ее изучению обратились самые видные ученые, хотя под влиянием марксистско-ленинской методологии их внимание привлекала скорее «классовая сущность» источника в свете формирования феодальных отношений в Древней Руси.

В историографии закрепился весьма общий взгляд на происхождение этого памятника.

Несмотря на то что ученая полемика велась практически по всем вопросам, касающимся Русской Правды, в настоящей статье впервые Русская Правда рассматривается как акт древнерусского права, заложивший основы реализации правовой интеграции посредством метода унификации.

Унификация правовых предписаний выступает важнейшей предпосылкой формирования и развития системы законодательства, поэтому заслуживает особого внимания процесс создания и использования в юрисдикционной деятельности Русского государства первого кодифицированного акта древнерусского права – Русской Правды.

Данный свод ознаменовал собой первую попытку оформления в границах тогда еще разрозненной Киевской Руси единого правового пространства как регламентационной основы желаемой социохозяйственной интеграции и потому явился знаковой новеллой, определившей исторические закономерности и перспективные тенденции правового развития на долгие годы, не потерявшие своей актуальности и сегодня.

В результате Русская Правда, объединившая единые нормы и общие правила регулирования Древней Руси, послужила основой формирования унифицированного правового развития стремящегося к многонациональной интеграции Русского государства IX века.

Притом давно считается, что со времен В.Н. Татищева были решены или, по крайней мере, поставлены основные проблемы, касающиеся истории текста и содержания документа. К сожалению, это привело к тому, что в последние годы исследовательский интерес к нему заметно остыл.

Вместе с тем, вопрос о происхождении и становлении права является одним из ключевых в изучении начала государственности.

Развитие правовых норм обычно идет параллельно развитию государства, определяя специфику страны и ее внутреннего уклада.

Кроме того, обращение к истокам права и правовых отношений нередко позволяет определить и истоки самой государственности. На наш взгляд, одним из таких особенных и показательных документов как раз является Русская Правда.[800]

---

[800] Нижник Н.С. Юриспруденция как комплексный социально-правовой институт: специфика становления и развития в России / Н.С. Нижник // В сборнике: Актуальные проблемы теории и истории государства и права Труды кафедры теории государства и права Санкт-Петербургского университета МВД России. Научный редактор Н.С. Нижник. Санкт-Петербург, 2012. С. 5

Со времен В.Н. Татищева и И.Н. Болтина в историографии бытовало мнение, что правовые нормы, ставшие основой Русской Правды, сформировались в древнейший период истории Руси, то есть до X в.

Советский историк А.А. Зимин высказал предположение, что нормы Русской Правды существовали в обычном праве и были отражены в Законе Русском уже в первой половине X в. В то же время он уточнял, что «вопрос о существовании письменных законов русских в начале X в. остается спорным».[801]

М.Б. Свердлов[802] напрямую связывал Русскую Правду с Законом Русским и в соответствии с этим конкретизировал состав статей. При этом он проанализировал не только нормы Закона Русского, Краткой редакции Русской Правды, Пространной редакции Русской Правды, но и нормы других варварских Правд.

«Русская Правда» является ценным историческим источником, поскольку не только знакомит с правовыми предписаниями, организацией судебных органов Киевской Руси, но и дает современному исследователю богатый материал об экономическом и политическом строе жизни, существовавших в тот период политико- правовых и экономических идеях.

Следует отметить, что сторонники существования раннего капитализма на Руси, в частности В.В. Святловский, вообще характеризовали «Русскую Правду» как «кодекс охраны раннего русского капитализма».[803]

Как отмечает В. А. Томсинов, «политическая и правовая мысль Киевской Руси была направлена на сплочение русского общества, сохранение единства его государства».[804]

Интересны взгляды на роль государства в экономической жизни видного представителя русской общественной мысли XVI века И. С. Пересветова. В своих работах «Первая челобитная», «Сказание о Магмете-салтане» он затрагивал вопрос эффективности государственного управления, в частности и экономикой общества. И. С. Пересветов советовал отменить местничество и кормления, так как доходы всей страны должны поступать в казну, а все должностные лица, судьи, «воинники» будут получать жалование из казны в соответствии со своей службой.

Выводы авторитетнейших юристов, историков и текстологов, изучавших «Русскую Правду» в течение более чем двухсот лет, в той или иной форме не могли не отразиться в концептуальных и методиче-ских подходах авторов современной учебной юридической литературы при

---

[801] Зимин, А. А. Законодательные памятники русского государства конца XV — начала XVII вв. Учебное пособие. — М., 1961. – 369 с.
[802] Свердлов М.Б. От Закона Русского к Русской правде Издательство: М.: Изд-во Юрид. лит. 1988.
[803] Святловский В. В. История экономических идей в России. Петроград, 1923. Т. 1. С. 9
[804] Томсинов В.А. История русской юриспруденции X-XVIII века : Учебное пособие / В. А. Томсинов. – Москва : Зерцало-М, 2014. С.51.

интерпретации «Русской Правды» как правового памятника (И.А. Исаев, В.М. Клеандрова, О.А. Кудинов, В.А. Рогов, С.А. Чибиряев, В.К. Цечоев, В.И. Власов, О.И. Чистяков, С.В. Юшков).

Между тем, как нам представляется, большинство современных исследователей «Русской Правды» вопросы уголовного права рассматривали в достаточно общих чертах.

И это несмотря на то, что Краткая редакция определяет исключительно преступные формы поведения, устанавливает виды и размеры наказания. В то же время, не так уж много отечественных работ, в которых более детально рассматриваются уголовно-правовые нормы «Русской Правды» и современных ей памятников. Считаем, что наиболее значимый вклад в разработку этой проблематики в XIX в. внесли диссертации А.М. Богдановского, Н.С. Власьева, Ф.Ф. Деппа, Н.Д. Иванишева, П.Д. Колосовского, И.А. Максимовича, Н.А. Палибина, А.Н. Попова, Д.Г. Тальберга, А.П. Чебышева-Дмитриева.[805]

Важнейшим источником для разрешения этих и других вопросов, связанных с социологическим и правовым своеобразием Древней Руси, является Русская Правда. А.Г. Кузьмин подчеркивает: «Уже в X в. феодальные отношения явно превалируют над рабовладельческими, что и фиксирует «Правда Ярославичей». Поэтому «Правда Ярославичей», фиксирующая ситуацию третьей четверти XI в., служит важным источником в споре о соотношении рабства и феодальной зависимости в Древней Руси».[806] А.А. Зимин авторитетно пишет: «Никакие суждения о структуре Древнерусского государства и общества, о формах эксплуатации населения в X – XII вв. не могут приниматься во внимание, если они не содержат глубокого анализа Правды Русской. Развитие государственного аппарата, гражданского и уголовного права и судопроизводства нельзя проследить без тщательного разбора эволюции норм этого кодекса».[807]

Под Русской Правдой понимают три разновременно возникших, но тесно связанных между собой памятника (их иногда называют редакциями Русской Правды). Это – Краткая Правда (ее составные части обычно датируют XI в.), Пространная Правда (ее составные части часто относят к концу XI—XII в.) и Сокращенная Правда (по мнению большинства исследователей, составлена была в XIV—XVII вв., а по М. Н. Тихомирову – в XII в.). Все эти памятники в рукописной традиции встречаются не самостоятельно, а в составе сборников (обычно летописного или юридического характера). Поэтому ученые исследуют Русскую Правду не изолированно, а в тесной связи с теми источниками, которые ее сопровождают в рукописных сборниках. Это позволяет лучше понять не только время возникновения Русской Правды (во всех ее видах), но и причины ее создания, а также взаимоотношение с другими памятниками права, распространенными на Руси.

---

[805] Акимова Н.В. Влияние христианства на развитие институтов преступления и наказания в России / Н.В. Акимова // Журнал российского права. 2015. № 10 (226). С. 92

[806] Кузьмин А.Г. История России с древнейших времен до 1618 г. М., 2003. Т. 1. С.123

[807] Зимин, А. А. Законодательные памятники русского государства конца XV — начала XVII вв. Учебное пособие. — М., 1961. С.198.

Общую характеристику главного памятника русского права – Русской Правды изобразим на рисунке 1.[808]

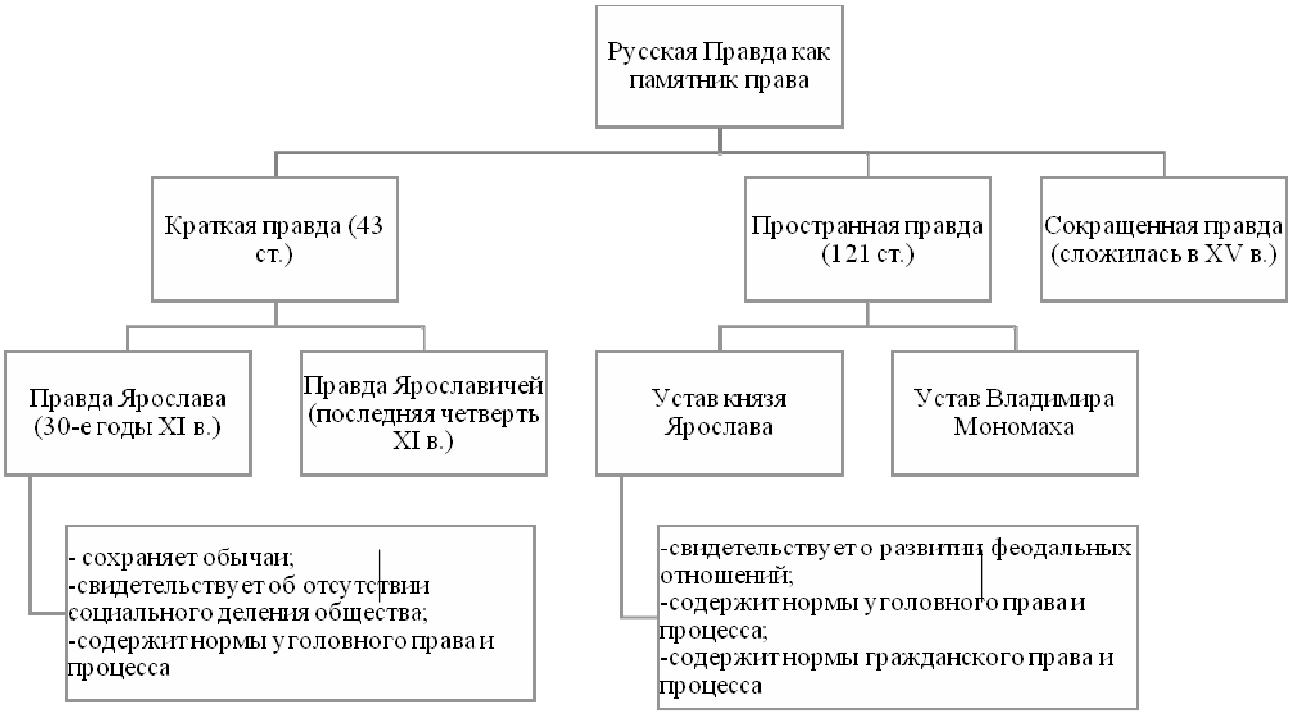

Рисунок 1 – Общая характеристика Русской Правды

Изучение истории правосудия в Древней Руси остается важным аспектом развития историко-юридических исследований на современном этапе развития науки истории государства и права. Свидетельством этого выступают в том числе и предпринятые в начале XXI века диссертационные исследования, в которых прямо или косвенно изучались различные стороны и аспекты организации и отправления правосудия в Древней Руси. Так, А.Н. Тимонин исследует эти вопросы при анализе исторического генезиса Древнерусского государства, И.Н. Фалалеева - политико-правовой системы Древней Руси IX - XI веков, Е.Н. Дербин - института княжеской власти на Руси IX - начала XIII века, Р.В. Новожеев - при изучении процессов формирования и развития атрибутов власти в Древней Руси во второй половине IX - середине XIII века; Н.Ф. Байкова подвергает анализу организацию и отправление правосудия в ходе изучения вопроса о формировании полицейских функций Древнерусского государства, Д.А. Кочетков и Р.Г. Оруджев - при исследовании эволюции государственного строя Древней Руси; А.Ю. Глушаков, Л.В. Мининкова, С.А. Мельников, О.А. Плотникова, К.А. Соловьев, И.В. Самодуров, М.М. Шафиев, Д.А. Грибанов - в ходе изучения проблем становления и развития властных структур в

[808] Ельчанинова О.Ю. Система источников русского права X-XVIII вв. О.Ю. Ельчанинова, Ю.В. Оспенников, Р.А. Ромашов, Л.Е. Ютяева. коллективная монография / под общей редакцией Ю.В. Оспенникова. Самара, 2014. С.62

древнерусском обществе.[809]

В ряде исследований выявляются исходные начала правосудия в Древней Руси. Так, Г.Г. Беляев, подвергнув анализу концептуальные основы морально-правовой регуляции общественных отношений на Руси в X - XVI веках, обнаруживает отправные моменты в зарождении суда и судебной деятельности в Древнерусском государстве; близкие по своему содержанию проблемы рассматривают Ф.М. Майор, В.Д. Калашников и др.

Роль христианства в государственно-правовом развитии Руси и влияние церковного (канонического) права на становление суда и складывание системы отправления правосудия изучают Д.Д. Боровой, П.И. Гайденко, А.В. Карпов, И.В. Минин, Е.С. Харин. А.Ю. Гаращенко анализирует юрисдикцию и устройство церковных судов в допетровский период отечественной истории; Н.А. Липский рассматривает влияние христианства на развитие уголовной политики и судопроизводства.

Исследуя происхождение и источники древнерусского права, систему правового регулирования общественных отношений в Древней Руси, А.В. Агафонов, Т.В. Синякова, Т.Ю. Дементьева, Д.В. Мацнев, О.В. Морковина приходят к выводу, что особенностью становления правовой системы Древней Руси было то, что созданные судебными прецедентами нормы права восполняли пробелы действующего права, а по отношению к имевшимся обычно-правовым и законодательным нормам судебная практика имела значение вспомогательного или субсидиарного источника права.

Ряд авторов - А.Н. Федорова, С.А. Кондрашкин, А.И. Сидоркин и др. - изучают правовые основы судебной деятельности: проблемы правонарушения и юридической ответственности по Русской Правде, уголовно-правовую политику древнерусских князей, наказания, связанные с лишением и ограничением свободы в древнерусском уголовном праве и проч.; В.В. Чемеринская исследует влияние византийского права на древнерусское законодательство, С.Я. Гаген - византийского суда.

Предмет исследования Ф.Б. Мухаметшина составили организационно-правовые основы становления и развития институтов обвинения и защиты в древнерусском судопроизводстве; С.Б. Чебаненко изучил соотношение княжеского и народного суда в Древней Руси; различные стороны судебной деятельности в рассматриваемый период подвергли анализу Л.А. Судолова, О.Б. Семухина и др.

Авторы, исследующие историю мирового суда, суда присяжных, суда сословных представителей, указывают на истоки этих институтов, кроющиеся в праве Древней Руси. Многие исследователи, предметом научного интереса которых выступают современные проблемы

---

[809] Иншакова А.О. Русская Правда как первоисточник унифицированного гражданско-правового развития русского государства / А.О. Иншакова // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5: Юриспруденция. 2015. № 4 (29). С. 10

судебной деятельности, отмечают наличие особой отечественной традиции правосудия, как недостатки, так и достоинства которой имеют глубокие исторические корни, уходящие подчас в синеву веков.[810]

Таким образом, оценки историков относительно существа и целенаправленности произошедшего законодательного события совпадают с его сущностными признаками, характеризующими его в качестве реализованного метода унификации права русского государства, стремящегося к социально-экономической интеграции.

Для того чтобы сохранить это единство Древнерусского государства, Ярослав Мудрый санкционировал и распространил на всю его территорию систему обычного права, возникшую в самом Киеве, сделав ее обязательной для всех его жителей, нивелировав тем самым различия в нормативном закреплении обычного права разных племен.[811]

Таким образом, данный свод следует расценивать как первую попытку оформления в границах тогда еще Киевской Руси единого интегрированного правового пространства.

Кроме того, Русская Правда, содержащая единые нормы и правила регулирования для всей территории и всех субъектов права Древней Руси, обобщила правовое развитие всего Русского государства. А точкой отсчета зарождения унифицированной законодательной системы российского государства следует считать начало XI века.

Что касается ключевых правовых характеристик Русской Правды, традиционно положенных в основу правового анализа исследуемого явления, то они также позволяют квалифицировать данный акт в качестве результата унификации права Древнерусского государства.

Правовой анализ положений Русской Правды позволяет говорить о проведенной систематизации, так как данный документ не просто беспорядочный сборник правовых обычаев без общего начала, а именно унифицированный кодифицированный акт, содержащий юридические нормы, которые условно можно разделить по четырем основным направлениям регулирования.[812]

Итак, исследуемый древнейший памятник права известен в следующих редакциях:

1. Древнейшая Правда, или Правда Ярослава (1015–1016 годы).

2. Дополнения к Правде Ярослава: «Устав мостником», «Покон вирный» (Положение о сборщиках судебных штрафов).

3. Правда Ярославичей (Правда Русской земли). Утверждена сыновьями Ярослава Мудрого Изяславом, Святославом и Всеволодом около 1072 года.

---

[810] Кодан С.В. Акты систематизации законодательства как опорные точки в периодизации истории русского права (IX - начало XX в.) / С.В. Кодан // Вестник Самарского юридического института. 2013. № 2 (10). С. 105

[811] Меркулов В.И. Русская правда и истоки древнерусского права / В.И. Меркулов // Русин. 2014. № 2 (36). С. 104

[812] Серегин А.В. Юридическое исследование государства и права древней Руси / А.В. Серегин. Ростов-на-Дону, 2014. С.39

4. Устав Владимира Мономаха 1113 года.

5. Пространная Русская Правда (примерно 1120–1130-е гг., нередко ее датируют началом XIII века).

Основные редакции Русской Правды приведем на рисунке 2.[813]

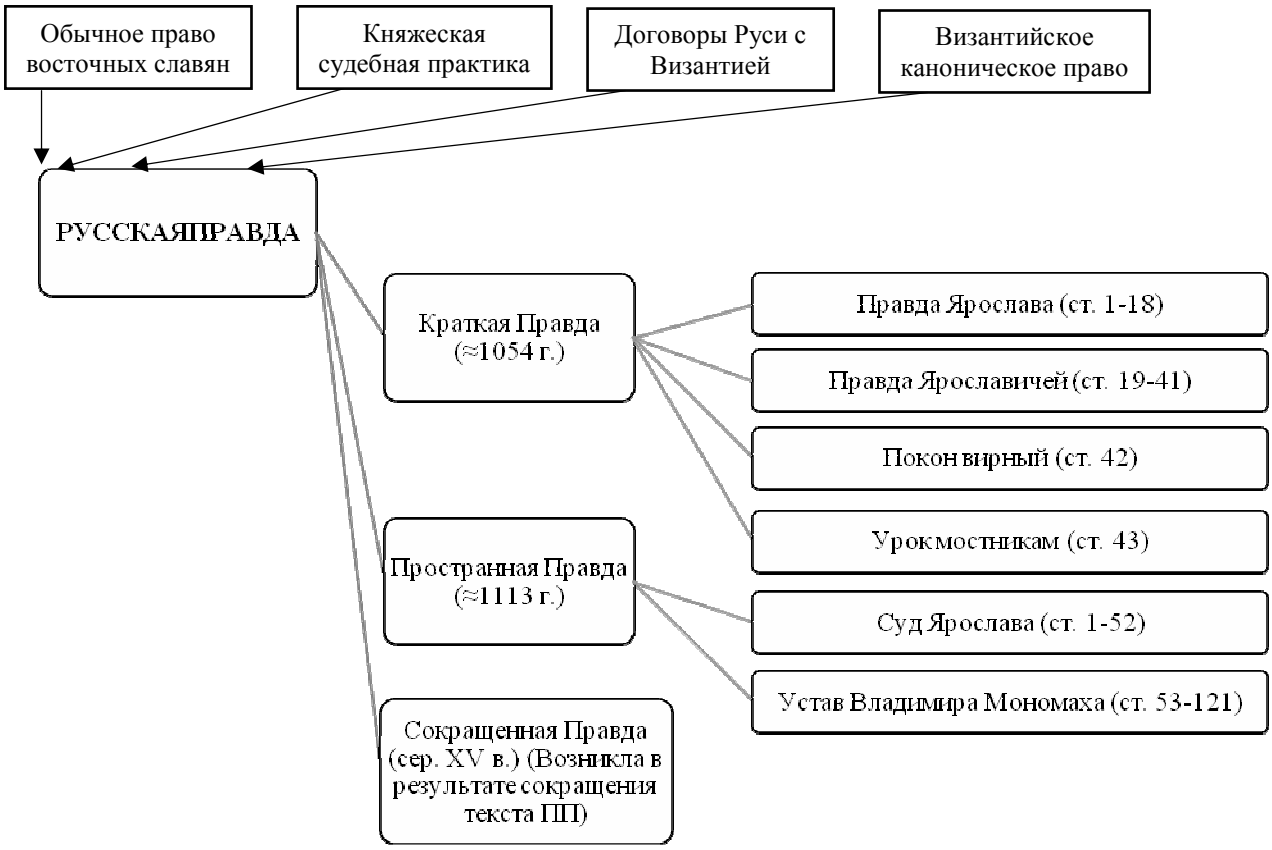

Рисунок 2 - Основные редакции Русской Правды

В древнерусских землях Русская Правда стала основным источником права до конца XV в., что свидетельствует об адекватности выбранной правовой политики и подвергшихся национальной правовой унификации положений, а также правовых механизмов их реализации перспективным тенденциям развития внутригосударственного права, не утративших своей актуальности и по сей день.

Таким образом, в Древнерусском государстве были разработаны и согласованы на законодательном уровне общие нормативные предписания, позволяющие регулировать совпадающие по правовым признакам общественные отношения, действующие на всей территории, для всех субъектов Российского государства и систематизированные в одном

[813] Иншакова А.О. Русская Правда как первоисточник унифицированного гражданско-правового развития русского государства / А.О. Иншакова // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5: Юриспруденция. 2015. № 4 (29). С. 18.

унифицированном акте – Русской Правде, основное назначение которого видится в правовом обеспечении процесса многонациональной интеграции Русского государства.[814]

Историки права рассматривали акты систематизации законодательства и как главные памятники эпохи, профилирующие правовую систему и систему права России IX - начала XX в. Русская Правда выступала в качестве первого сводного акта древнерусского права кодифицированного характера и отражала формирование правового регулирования.

Зарождающаяся в ней система правовых предписаний оказала влияние на создание более поздних правовых кодифицированных актов - Псковской и Новгородской судных грамот, Двинской и Белозерской уставных грамот, а также Судебника Казимира.

Пространная Правда сыграла огромную роль в формировании правового строя русских земель периода политической раздробленности. Этот кодекс лег в основу развития русского права в Новгороде и Пскове, в Смоленске и Великом Княжестве Литовском, а также Северо-Восточной Руси. В целом, "Правда Русская" стала эталоном при составлении местных памятников права периода феодальной раздробленности и образования Русского государства.

Модернизация правовых норм Правды Русской, обновление ее статей, приспособление к новым условиям жизни шло в трех направлениях: 1) заменялась устаревшая терминология памятника новыми словами и понятиями; 2) текст кодекса дополняется новыми статьями; 3) текст Правды использовался при составлении новых памятников права.

Эта кодификаторская работа на этапе развитого феодализма хорошо прослеживается на судьбе, например, выдающегося памятника древнерусской юридической мысли – Псковской Судной грамоты, появившейся в конце XIV в. В Псковской Судной грамоте (ПСГ) материал Правды Русской широко используется и перерабатывается применительно к условиям жизни древнего Пскова, которые обусловили своеобразие многих правовых норм, в том числе и уголовных, Псковской Судной грамоты.

Собственно историко-юридическое исследование Псковской Судной грамоты становилось предметом очень немногих работ. Система преступлений и наказаний рассматривалась М.М. Исаевым, комплексный обзор памятника и постатейный комментарий был выполнен сначала Л.В. Черепниным и А.И. Яковлевым, затем И.И. Полосиным, а позднее А.А. Зиминым. Л.В. Черепнин и А.И. Яковлев предложили отказаться от господствующего в историко-правовой науке представления о механическом соединении частей Грамоты, выдвинув предположение, что переписчик провёл систематизацию норм, заключавшихся в источниках Грамоты.

---

[814] Кожевина М.А. История отечественной юридической науки и современное науковедение / М.А. Кожевина // Научный вестник Омской академии МВД России. 2014. № 1 (52). С. 49

Историография Русской Правды заслуживает отдельного исследования, здесь же необходимо кратко определить основные этапы изучения этого уникального памятника права. Первые исследования Русской Правды находились под сильным влиянием норманнской теории.

Норманисты отмечали сходство норм Русской Правды с германскими и скандинавскими законами и объясняли это сходство иноземным влиянием, иногда заходя настолько далеко, что сам текст Русской Правды считался завезённым в славянские земли чужеземцами. Стремление найти в тексте Русской Правды заимствования надолго осталось методологической основой многих исследований, что, несомненно, препятствовало объективному исследованию её положений. Вместо самобытного уникального текста, отражавшего конкретно-историческое своеобразие древнерусской жизни, исследователь видел перед собой пёструю мешанину заимствований: Русская Правда в том виде, как она дошла до нас, есть смешение законов скандинавских и германских, древних славянских обычаев, даже греческих и церковных законов.

Однако уже в XIX в. появился и другой подход, представители которого изучали Русскую Правду как собрание правовых норм, выработанных в древнерусском обществе и подвергшихся записи.[815] Этот подход замечательно просто выражен словами И.Д. Беляева: Русская Правда из всех памятников 1-й половины 2-го периода отличается чисто русским характером, выработанным русской жизнью; она свидетельствует о тех юридических верованиях, коими жило русское общество того времени, хотя и в ней есть несколько статей не русского происхождения (из Судного Закона), но они переделаны на русский лад ... здесь же все чужеземное откинуто и все заимствованное переделано по-русски.

Профессора Н.Ф. Рождественский и И.Д. Беляев продолжили изучение источников права и обосновали выделение и внешней истории законодательства как специального раздела историко-юридической науки.

В начале 1830-х гг. начал разработку истории русского законодательства архивный служащий, а затем профессор Московского университета И.Д. Беляев. В вышедшем уже после его смерти 1879 г. издании «Лекции по истории русского законодательства» был представлен обзор развития и характеристика «законодательных памятников». И.Д. Беляев подчеркивает: «Современная жизнь нашего отечества и современное законодательство не могут вполне поняты и ясны для нас, ежели мы не знакомы с судьбами и ис-торией предшествующей жизни и законодательства, ибо везде и во всем предшествующее имеет тесную связь с предыдущим, в последующем, со-временном всегда еще много остается от предшествующего, прошедшего, а в законодательстве эта связь предшествующего с последующим еще яснее».[816] На их основе он

---

[815] Короткова О.А. Преемственность традиций в российском и зарубежном праве: исторический аспект / О.А. Короткова // Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2015. № 9 (149). С. 161

[816] Беляев И. Д. Лекции по истории русского законодательства / Предисл. А. Д. Каплина / Отв. ред. О. А. Платонов. — М.: Институт русской цивилизации, 2011. С.93.

выстраивает периодизацию истории законодательства и описывает содержание основных узаконений.

И.Д. Беляев отмечал близость Двинской уставной грамоты Русской Правде, характеристику этого памятника он строил на основе сравнительного анализа норм Грамоты и Русской Правды. В составе Двинской уставной грамоты он выделял четыре отдела: 1) о видах суда по уголовным преступлениям; 2) о порядке суда; 3) о подсудности; 4) о торговых пошлинах.

Белозёрскую уставную грамоту И.Д. Беляев также делил на четыре части: 1) о пошлинах наместникам и их судьям; 2) о порядке наместничьего суда и о судебных пошлинах; 3) определение пошлин наместнику и владычному десятиннику от выдачи девиц замуж; 4) установление права белозёрцев жаловаться великому князю на местные власти (наместника, тиуна, доводчика).[817]

В этой грамоте Беляев видел переходное звено от Русской Правды к Судебникам. При сравнении Двинской и Белозёрской уставных грамот Беляев находил общее в сосуществовании в обеих грамотах правительственной (княжеской) и земской властей, отмечая, что в Двинской грамоте большей силой обладает земская власть, а в Белозёрской – правительственная.

Несмотря на очевидную схожесть положений Двинской грамоты об убийстве с соответствующими положениями Русской Правды, И.Д. Беляев указывал на несколько важных отличий:

1) сбор вир по Русской Правде осуществлялся специальным должностным лицом – вирником, по Двинской грамоте этим занимается княжеский наместник;

2) по Русской Правде дикая вира уплачивалась, если община не могла отыскать или не желала выдавать убийцу, в Двинской грамоте сохраняется только первое основание.

Н.Ф. Рождественский подчеркивает: «история русского законодательства заключает в себе повествование о происхождении, переменах и постепенном образовании российского законодательства» и «по времени может быть разделена на древнюю и новую.[818] Древняя история простирается от начала русского народа до издания Уложения царя Алексея Михайловича в 1649 г. и своим предметом имеет законы, ныне уже не действующие. Новая простирается от издания Уложения царя Алексея Михайловича до настоящего времени, или лучше до издания Свода законов Российской империи в настоящее царствование, и своим предметом имеет законы более или менее действующие. Издание Свода законов образует важнейшую эпоху в русском законодательстве». Он детализирует и предлагает собственную периодизацию истории развития российского законодательства: «Древняя история законодательства разделяется на четыре отдела.

---

[817] Там же. С.180

[818] Рождественский Н. Ф. Обозрение внешней истории русского законодательства, с предварительным изложением общего понятия и разделения законоведения. — СПб.: тип. Э. Праца, 1848. С.71.

Отдел первый заключает в себе время от начала Русского государства до принятия русскими христианства в 988 г.; второй - от принятия русскими христианства до покорения России монголами в 1238 г.; третий - от покорения России монголами до восшествия на престол московский Иоанна III в 1462 г.; четвертый - от восшествия на престол московский Иоанна III до создания Уложения царем Алексеем Михайловичем в 1649 г.». Н. Ф. Рождественский дает и периодизацию «новой истории русского законодательства», которая «разделяется на три отдела»: «Первый отдел заключает в себе пространство времени от Уложения Алексея Михайловича до Петра Великого, а второй - от Петра Великого до 1826 г., третий - от 1826 г. до настоящего времени». При анализе каждого из периодов Н. Ф. Рождественский опирается на законодательные акты систематизированного характера и дает их обзор.

К.А. Неволин предлагает собственное деление внешней истории законодательства и уже вводит в качестве опорных точек главнейшие памятники русского права. Он указывает: «Древняя история законодательства разделяется на три периода: период 1-й от начала русского народа до издания Русской Правды Ярославом; период 2-й от издания Русской Правды Ярославом до издания Судебника великим князем Иоанном Васильевичем: период 3-й от издания Судебника сим князем до издания Уложения царем Алексеем Михайловичем в 1649 году». Соответственно «новая история российского законодательства обнимает узаконения, более или менее действующие и поныне» и К. А. Неволин к этому периоду внешней истории российского законодательства относит: «1) историю составления Уложения царя Алексея Михайловича; 2) историю создания последовавших за тем узаконений; 3) историю составления Свода законов.. ,».[819]

Особо обратим внимание на то, что после исследований К. А. Неволина и Н. Ф. Рождественского в изучении источников права в российской историко-юридической науке особое внимание уделялось их систематизации и значению кодифицированных актов как памятников истории права, отражающих характерные черты отдельных эпох. Проработанный ими материал (в совокупности и теоретические разработки автора данной работы) позволяет выделить в качестве разновидности правовых актов акты систематизации законодательства, юридическая природа которых определяется рядом параметров, показывающих их особенности в системе носителей правовой информации (в том числе и историко правовой).

В советский период большой вклад в изучение Русской Правды внесли С.В. Юшков, Б.Д. Греков, М.Н. Тихомиров, А.А. Зимин, Л.В. Черепнин, С.А. Покровский, М.М. Исаев, З.М. Черниловский, М.Б. Свердлов и многие другие выдающиеся историки и историки права. Важной

[819] Неволин К.А. История российских гражданских законов. В 3 т. СПб. : Тип. Императ. Акад. наук. 1851. С.13

вехой в изучении Русской Правды является публикация её редакций и подведение итогов советской историографии в многотомном издании Российское законодательство X-XX веков.

М.М. Исаевым[820] был внесен значительный вклад в разработку системы преступлений и наказаний, свойственных древнерусскому праву в период Киевской Руси и феодальной раздробленности.

В.А. Томсинов[821] в своем учебнике «История русской юриспруденции X-XVIII века» по истории отечественного государства и права, исследует правовые памятники, начиная с русско-византийских договоров 911 и 944 годов и заканчивая так называемыми «новоуказными статьями» второй половины XVII века. Но тексты этих договоров, Русская Правда, общерусские судебники 1497 и 1550 годов, Соборное уложение 1649 года описываются в данном учебном пособии прежде всего как памятники русской юриспруденции.

Наиболее крупными нормативными актами периода русского средневековья были Судебники 1497, 1550, 1589 года и Соборное уложение 1649 года.

Судебники 1497 и 1550 гг. отразили пути формирования системы общерусского права.

Небезынтересно обратиться к свидетельствам иностранных дипломатов и путешественников, побывавших в России в XV – XVI вв. и характеризующих право как самобытное и обладающее внутренним определенным единством. Павел Новий Новокомский говорил о простоте норм по Судебнику 1497 года. Ричард Ченслер, находившийся при московском дворе в 1553–1554 гг., отмечал преимущество русского законодательства перед английским законодательством. Это было видно по Судебнику 1550 г. В отличие от многочисленных английских статутов русские законы были кодифицированы, это выгодно отличало русское право XV–XVI вв. от ряда западноевропейских стран. Язык первых трех указанных правовых документов отличался простотой изложения и логической последовательностью.[822]

Судебник 1497 г. являлся первым опытом составления единого для всей Руси законодательного сборника – до него не существовало общерусских сборников законов. Создатели судебников не ограничились компиляцией законодательного материала, а подвергли его соответствующей переработке, причем важно подчеркнуть, что отбор и переработка правовых норм носили всецело сознательный, целенаправленный характер. Они были подчинены интересам укрепления государственной власти, усиления централизации общественной жизни. Во введении к публикации этого Судебника высказано мнение, что он являлся первым в Европе крупным кодифицированным актом. Возможно, этот нормативный акт побудил к созданию в Германии

---

[820] Исаев М.М. Уголовное право Новгорода и Пскова XIII-XV вв. // Труды научной сессии Всесоюзного института юридических наук. М., 1948. – 259 с.

[821] Томсинов В.А. История русской юриспруденции X-XVIII века : Учебное пособие / В. А. Томсинов. – Москва : Зерцало-М, 2014. – 168 с.

[822] Акишин М.О. Становление юридического языка в Древней Руси IX – XII вв. / М.О. Акишин // Genesis: исторические исследования. 2016. № 1. С. 203

«Каролины», так как о Судебнике 1497 года в Западной Европе сообщил посол германского императора Сигизмунд Герберштейн.[823]

Процесс объединения русских земель и установления реального единовластия на всей этой территории настоятельно требовал создания общерусского закона, основанного на новой идеологии.

Таким правовым актом стал сборник, получивший название «Судебник», так как основное содержание его составляли постановления «о суде, как судити бояром и околничим», переработанные нормы из сокращенной редакции Русской Правды, уставных грамот – Двинской (1397–1398) и Белозерской (1488), а также статьи, не вошедшие в известный нам памятник права. Он был создан дьяком Владимиром Гусевым, утвержден великим князем Иваном III и Боярской думой в сентябре 1497 года. Впоследствии Судебник был исправлен и дополнен великим князем Василием III, однако данная редакция не сохранилась.

Источники создания Первого русского Судебника 1497 г. отразим на рисунке 3.[824]

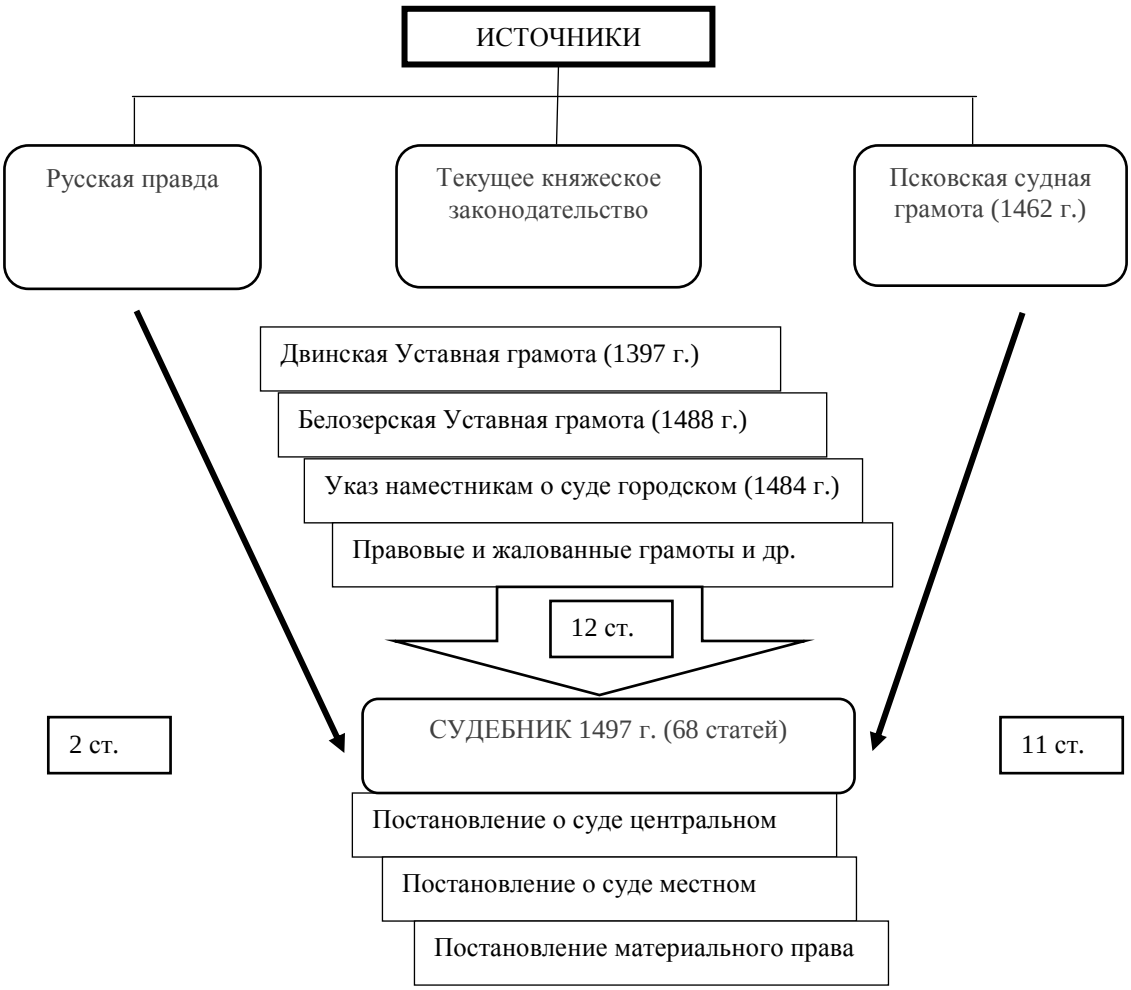

Рисунок 3 - Источники создания Первого русского Судебника 1497 г.

[823] Серегин А.В. О необходимости возрождения юридической славистики в современной Российской Федерации / А.В. Серегин // Вестник юридического факультета Южного федерального университета. 2015. № 1 (3). С. 61

[824] Лоба В.Е. Понимание преступления и наказания по судебникам XV-XVI веков / В.Е. Лоба // Философия права. 2015. № 5 (72). С. 28

Если принятие Судебника 1497 г. было вызвано формированием централизованного государства и, как следствие, необходимостью создания единого общенационального права, то целью Судебника 1550 г. было не только продолжение этой работы, но и усиление позиции тех социальных групп — дворянства и верхушки посада, — на которые опиралось правительство в столкновениях с княжеско-боярской оппозицией.

Судебник 1550 года был принят Земским собором, текст его нашел в 1714 г. историк В. Н. Татищев. Он публикуется без перевода, потому что язык этого памятника очень близок к современному языку. Преамбула Судебника не слишком обширна, однако она удовлетворяет всем требованиям, которые предъявляются к преамбуле в современных законодательных актах: она не содержит собственно правовых норм и излагает основные цели законодательного акта («… как судити бояром, и околничим, и дворецким, и казначеем, и дьяком, и всяким приказным людем, и по городским наместником, и по волостем волостелем, и тиуном и всяким судьям»).

Судебник 1550 г. является, безусловно, нормативным актом значительно более высокого уровня с точки зрения законодательной техники по сравнению с предыдущим Судебником 1497 г. и это выражается в том, что это первый законодательный акт, разделенный на статьи и имеющий преамбулу. Статьи обозначены арабскими цифрами, хотя нет заголовков статей или групп статей, хотя авторы явно пытались сгруппировать статьи по их содержанию. «Особо следует отметить статью 98, которая устанавливает правило – включать каждый новый законодательный акт в общерусский свод законов. Эта, по существу, первая известная нам в русском праве норма, отображающая непосредственный процесс выработки законов. Все последующее русское законодательство на протяжении около 100 лет вырабатывалось именно таким путем».

Судебник 1550 года, утвержденный на заседании Боярской Думы (точная дата принятия не установлена), по словам царя Ивана Васильевича, представлял собой «исправление прежнего Судебника, приноровленное к современным потребностям общества и к старым русским узаконениям, которые были опущены при издании прежнего Судебника».

В дальнейшем предпринимались попытки модернизации законодательства, в результате чего в 1589 году составляется Судебник Федора Ивановича, а около 1606–1607 годов – Сводный судебник, характер которого до сих пор является предметом споров.

Однако доказательства их использования в качестве официальных законодательных актов отсутствуют, поэтому они не представляют для нас интереса.[825]

В.А. Рогов выделил два подхода к оценке Судебника 1589 г. Сторонники первого подхода считают его скорее литературным памятником, переработкой Судебника 1550 г., сделанной по собственной инициативе неким частным лицом, живущим на русском Севере. Согласно второй

[825] Истоки древнерусского государства и права: монография / Серегин А.В.; Науч. ред.: Иванников И.А. - М.: Вузовская книга, 2013. С.36.

оценке Судебник имеет правовую природу, но адресован исключительно жителям северных черносошных земель.[826]

Сводный Судебник 1606—1607 гг. — тематическая систематизация действовавшего законодательства. В него вошли нормы судебников, указы и приговоры по отдельным вопросам. Сводный Судебник представлял собой новый шаг в развитии юридической техники — он делился не только на статьи, как его предшественники, но и на главы (грани), объединявшие сходные по содержанию статьи. Правда, этот акт, скорее всего, не был введен в действие, поскольку не применялся на практике.

Соборное уложение 1649 г. явилось первым кодексом общегосударственного и комплексного регулятивного характера в истории российского права. В нем определяются сферы правового регулирования, которые получают предметную направленность, порой и не всегда выдержанную с точки зрения содержания глав. В Уложении выделялись пять сфер правового регулирования: церковное право, государственное право, судебное право, гражданское право, уголовное и уголовно-процессуальное право. Соборное уложение 1649 г. стало своеобразной чертой, с которой начался отсчет действовавшего в России законодательства, и отдельные его нормы действовали до начала XX столетия.

Таким образом, Соборное Уложение 1649 года явилось актом, в котором нашли отражение выработанные многовековой практикой русского законодателя, технико- юридические методы, правила, средства и приемы.

Таким образом, современное состояние изученности истории русского права в Древней Руси на уровне диссертационных исследований позволяет прийти к выводу, что данная научная проблема привлекает к себе неослабевающее внимание исследователей, в первую очередь молодых, что позволяет надеяться на обязательно должное последовать ввиду этого приращение научных знаний по настоящей проблематике.[827]

Используя широкий набор методологического инструментария, исследование памятников русского права способно дать возможность не только заглянуть в прошлое, но и предсказать будущее, предложить оптимальный путь государственно- правового возрождения нашей Родины.

Разумеется, памятники русского права отражают срез того времени, в котором откристаллизовались данные артефакты русской правовой истории. Вместе с тем мировоззренческие, ценностные установки, образы становящейся правовой культуры отражения

---

[826] Рогов В.А. История государства и права России IX — начала XX веков. М., 1995. С. 153.

[827] Романовская Л.Р. Русское правоведение эпохи просвещения / Л.Р. Романовская // Genesis: исторические исследования. 2014. № 6. С. 31

состояния экономических отношений, юридико-технические приемы – это бесценный опыт сочленения экономических и юридических закономерностей.[828]

Подведем итоги. Древнерусская государственность и право возникли на территории Восточной Европы в результате разложения патриархального родоплеменного строя у славянских племен. В протогосударственных славянских образованиях происходит внутриформационный синтез феодального строя. Древнерусская система права в своей основе имела обычное право, унифицированное и кодифицированное при его применении и записи киевскими князьями. Русская Правда появилась в 1016 г. в обстановке острой политической борьбы, развернувшейся в Новгороде накануне похода Ярослава Владимировича на Киев. Став «самовластьцем Руссьстей земли» после смерти брата Мстислава Владимировича, Ярослав издает расширенную редакцию Правды Русской 1036 г., а через год создает ее киевскую редакцию, имевшую общерусское значение.

Можно констатировать тот факт, что самостоятельное развитие российского права длилось вплоть до XVII в. В рамках этого эта-па сформировались основы русского правового феномена. Восемь столетий русской правовой государственности – с X по XVII в. – свидетельствуют о глубоких и самобытных корнях русской правовой жизни.

2.14. Возникновение юридической науки в России

Смысл, историческую судьбу и ход развития русского права и правовой ментальности с X века и до наших дней, а также возникшей в более позднее время правовой доктрины, предопределили следующие обстоятельства:

1. Принятие христианства Русью в IX веке, и как следствие развитие русской правовой культуры по христианским образам Любви, Добра и Красоты. Удивителен то факт, что христианство на Руси получило название православия, имеющего общий корень со славянским архетипом Прави и Правды. Православие – правильное прославление Бога в соответствии с догматами веры в отличие от католицизма и религиозных движений Реформации, отвергнувших истинную веру. Русский философ Н.А. Бердяев утверждает: «Православие оставалось в стороне от страстной религиозной борьбы ряда столетий, столетия жило под охраной больших империй (Византии и России) и хранило вечную истину от разрушительных процессов мировой истории… Православие и есть форма христианства наименее искажённая в существе своём человеческой историей»[829].

---

[828] Рубаник, В.Е. История суда и правосудия в Древней Руси IX - XV веков в новейших диссертационных исследованиях // История государства и права. 2013. N 2. С. 40.

[829]Бердяев, Н.А. Истина православия / Н.А. Бердяева// Вестник русского западноевропейского патриаршего экзархата. № 11. 1952. С. 4 –11.

Законодательство Руси под влиянием православия восприняло ряд источников византийского права и вплоть до XVIII века служило формой реализации православных начал человеческой жизни. Так, с X века на Руси стали применяться византийские номоканоны – сборники религиозных правил, Кормчая, Прохирон и другие акты Византии, естественно приспосабливаясь к условиям русской жизни[830].

Кроме того, жизнь русского человека определялась на основе принятых киевскими князьями церковных уставов – Устава Святого Владимира, Устава Святослава о церковной десятине 1137, Новгородский устав великого князя Всеволода о церковных судах, людях и мерилах торговых[831]. Так, А.М. Величко правильно указывает: «Ни один из крупных памятников нашей отечественной правовой мысли не был свободен от очевидного нравственного влияния на его содержание христианства»[832]. Так, Судебники 1497 и 1550 гг., Соборное Уложение 1649 – акты московских царей, включали в себя церковные правила поведения, действовавшие во внутренних отношениях церкви и среди мирян. Наряду с Судебником в 1551 году на Московском Соборе был принят Стоглав – свод правил церковной жизни, относившейся и к мирской жизни. Оригинальной версии по поводу сферы действия Русской Правды придерживался В.О. Ключевский, считавший, что Русская Правда была разработана в недрах русской церкви (только духовные лица обладали знаниями необходимыми для составления таких актов), и применялась церковными судами, поскольку отменяет смертную казнь, не знает поединка и помещается, как правило, среди дошедших до нас памятников наряду «Мерилом Праведным» в «Кормчей Книге»[833].

Более того, начиная с объединения Русских земель под началом Москвы, русские цари стали претендовать на своё божественное происхождение и служение Богу, церкви и народу, что нашло своё идеологическое обоснование в учении Филофея «Москва – Третий Рим». С XIV века русское государство становится по своей природе теократическим, высшим идеалом которого становится следование божественным заветам православия[834].

2. Россия не восприняла в отличие от стран Западной Европы римского права и юриспруденции и вплоть до XVIII века оставалась самобытной в области правовой культуры: внерациональной и мистической (духовной, божественного происхождения), соборной, традиционной культурой правообязанности, служения обществу и государству. По этим причинам России чужды ценности свободы человека, индивидуализма, прав личности, формального закона, предполагавшего схоластические рассуждения, занятие абстрактным изучением права, верой в

---

[830] Салтыкова, С. Зарождение русского права / С. Салтыкова// Российская юстиция. 1997. № 1. С. 59 – 63.
[831] Российское законодательство X – XX веков. В девяти томах. Т. I. Законодательство Древней Руси. М., 1984. 432 с.
[832] Величко, А.М. О национальных основах права и русского в особенности // Величко А.М. Нравственные и национальные основы права. - Спб.: Юрид. Инс-т, 2002. С. 110.
[833] Ключевский, В.О. Указ. Соч. С. 240 – 241.
[834] Филофей, Послание к Великому Князю Василию Ивановичу / Филофей// Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. I. Россия XI – XIX вв. - М.: Мысль, 1999. С. 139 – 141.

разум и всесильность человека, претендовавшего занять место Бога в мире. В России до начала реформ по западному образцу и секуляризации отдельных сфер жизни не было потребности в науках, в том числе исследованиях права, тогда как в Западной Европе с XII века появляются университеты, в которых в ряду учебных дисциплин изучается римское право, а не действующее королевское и городское право. Единственными «учёными-правоведами» были православные монахи, которые обеспечивали создание, передачу и действие права по религиозным канонам православной веры. Жизнь русского общества обходилась без сословия юристов и принудительного закона. Так, митрополит Иларион в XI веке раскрывает значение религиозной истины, правды и закона в жизни православных следующими словами: «Как сосуд скверный, омовенный водою, да приимет человечество Законом и обрезанием млеко Благодати и крещения; Ибо закон предтечей стал и слугой Благодати и истине, истина же и благодать – слуга веку будущему, жизни нетленной»[835].

Несмотря на различия в подходах к объяснению русской истории с XIV века в России происходит образование централизованного Московского государства с единым русским правом, обусловленное общностью языка, исторических истоков, единством духовной жизни (единой веры и церкви и менталитета), необходимостью сплочения для отражения внешних опасностей.

В XV – XVII веках необходимость обеспечения порядка в жизни Московского государства потребовала изучения предшествовавшего права, составления и издания законодательных актов, а также работы по их толкованию и применению. Так, авторы исследования русского права в XV – первой половине XVII в. пишут: «Активизация законодательной деятельности государственной власти, наблюдавшаяся с конца XV в., сопровождалась «стремлением к централизации, объединению начал права действовавшего на Руси в эпоху удельных государств». В связи с эти необходимо было обобщить опыт предшествующего правового развития Руси, свести воедино результаты правотворчества отдельных княжеств. Следствием отмеченных процессов в развитии русского права было дальнейшее совершенствование навыков, приёмов и способов формулирования юридически норм, обработки законодательного материала – всего того, что входит в содержание явления, именуемого законоведением, законоискусством или юриспруденцией»[836]. Известно, что ради удовлетворения потребности в изучении и преподавания права Иван IV указом предусмотрел «завести священникам в своих домах училища закона божия и гражданского» – первых школ юриспруденции. Но, вместе с тем специальное образование праву не получило распространение вплоть до XVIII столетия.

В силу чего в XVI веке возникает практическая юриспруденция, а вернее законоведение (законоискусство) в среде должностных лиц Московской Руси – подьячих, работавших в судах и

---

[835] Иларион, Слово о Законе и Благодати. // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. I. Россия XI – XIX вв. - М.: Мысль, 1999. С. 35.

[836] Развитие русского права в XV – первой половине XVII в. - М., 1986. С. 45.

приказах. Так, историки утверждают, что «в целом на протяжении XV – XVII юриспруденция носила сугубо прикладной характер. Знание законов и умение с ними обращаться приобретались исключительного в процессе практического осуществления правосудия или при составлении различного рода деловых бумаг. Соответственно носителями такого знания и умения, составляющих содержание юриспруденции, становились лица, занятые в судопроизводстве делопроизводстве. Ими были служащие государственного аппарата – так приказные: докладчики, рассказчики (стряпчие), казначеи, дьяки и подъячие»[837].

Ф. Морошкин по данному поводу писал: «Русская первоначальная юриспруденция есть собственно юриспруденция дъяческая. Дьяк или клерк – сие таинственное, дивное существо в истории законодательств, с успехами единодержавия растёт и с течением времени из карла делается великаном. Вот начало русской юриспруденции – начало весьма неблистательное: холопи защищают в суде права своих господ»[838].

К сожалению, за рассуждениями о низком сословном происхождении первых русских юристов были потеряны факты, имеющие непреходящую ценность для понимания русского правоведения и юридической доктрины:

1. Законоведение имело народный характер и не составляло привилегии какого-либо сословия или класса как избранного в истории Рима (понтификов – патрициев или представителей господствующего экономически класса), судей и духовных лиц, профессуры в Англии, Франции, Италии, Германии и других европейских государствах;

2. Изучение права носило сугубо прикладной характер, так как обеспечивало познание, систематизацию, издание, опубликование и применение актов Московского государства для упорядочения общественной жизни, а не для отвлечённого умозрительного славословия о недействующем в Европе римском праве. Поэтому для русской юриспруденции долгое время был не характерен абстрактный язык, терминологические споры и применение теоретических методов для изучения и реализации права;

3. Правоведение в России зародилось в практике отправления государственной власти, а не в рамках автономных от государства ассоциаций преподавателей и студентов – университетов Европы. Поэтому возникновение юриспруденции, её роль были государевым делом, и в истории России до сих пор остаётся не самостоятельным, а подчинённым потребностям службе государству. Университеты в России, академия наук возникли по решению императорской власти и финансировались из государственной казны. По сей день юридическое образование и требования к профессиональной деятельности юристов определяются государством, тогда как во многих странах Европы университетское юридическое образование остаётся независимым, а

---

[837] Развитие русского права…С. 46.

[838] Морошкин, Ф. Об участии Московского университета в образовании отечественной юриспруденции / Ф. Морошкин// Учёные записки имп. Моск. Ун-та., 1834. Ч. III. № 8. С. 214.

профессия юристов формируется из представителей юридической корпорации, автономной по отношению к государству[839]. В силу чего, право Западной Европы создавалось по образцу права университетов – юридической доктрины, а право России формировалось вне рациональных форм познания, а в практических ситуациях, где на основе народный правовой памяти, государственного закона и православных идеалов вершился суд правды и совести;

4. Законоведение России сохраняло приверженность православным идеалам, служившим её оправданием и смыслом, тогда как европейская юриспруденция с XV века стала подвергаться секуляризации под влиянием возрождения античного наследия, Реформации и успехов естественных наук, отдававших приоритет разуму, но не вере. Не удивительно, по этой причине, что, несмотря на стремление вестернизации России все её самодержавные правители выступали защитниками веры и относили Россию к оплоту православия во всё мире вплоть до русской революции 1917 года.

5. В отличие от стран Западной Европы в XVI веке науки о праве не существовало и вплоть до второй половины XVIII не было издано ни одного юридического произведения, что было обусловлено единством нравственного и правового начал в жизни России, и созданием и применением права в недрах юридической практики – судопроизводства, не требовавших специальных абстрактных изысканий. Юридическая работа сводилась к сбору различных источников права и их систематизации, а также формулировании новых правил работы относительно практических ситуаций. По существу, в данный период в России шёл процесс накопления юридических источников и опыта их обработки, которые передавался в ходе практической работы от одного чиновника другому без специального обучения. При этом, как замечают авторы Судебники 1497 и 1550 гг., Стоглав 1551 г., уставные грамоты, приказы, а также Соборное Уложение 1649 г. были актами кодификации, трудоёмкой и кропотливой интеллектуальной работы, не знавшей аналогов в современной Европе до XIX века – Кодексов Наполеона во Франции, а в Германии до начала XX века. Соборное Уложение 1649 г. продолжало действовать до издания в XIX веке Свода Законов Российской Империи.

По этой причине первыми творцами права в России с точки зрения отбора источников и техники их преобразования в акты государственные были практики – государственные служащие, отправлявшие правосудие.

За первыми юристами, подьячими в отечественной науке закрепилось название законоискусников. В самом деле, в отсутствие юридической науки и юридического образования создание и применение нормативно-правовых актов скорее напоминало искусство – творческую деятельность, нежели теоретически осмысленную обработку действующего права. Говоря о

[839] Берман, Дж. Г. Указ. Соч. С. 124 – 136.

развитии законодательства и юриспруденции в XVII-XVIII вв. В.А. Томсинов отмечает: «При таком характере законотворческой деятельности русская юриспруденция рассматриваемого периода могла существовать лишь в качестве законоискусства и воплощаться в исключительно в совокупности сугубо практических навыков формулирования и толкования правовых норм, технических приемов и способов обработки правового материала, его упорядочения или систематизации. Знание законов и умение с ними обращаться приобретались в этих условиях почти исключительно в процессе практического осуществления правосудия и при составлении различного рода деловых бумаг. Соответственно главными носителями юридических знаний, а также навыков и умений обращаться с законами – законоискусниками – становились лица, занятые в судопроизводстве и делопроизводстве. Ими были по преимуществу служащие государственного аппарата – так называемые приказные: докладчики, рассказчики (стряпчие), казначеи, дьяки и подьячие»[840].

Следует отметить, что зачатки специальной юридической подготовки и образования появились еще в XVII в. Хотя, навыки работы с законом приказные приобретали непосредственно при осуществлении своих должностных обязанностей, уже в 20-е гг. XVII в. появляются специальные школы для обучения подьячих при приказах. Так, в 1621 г. появилась такая школа в Посольском приказе. Позднее крупной школы по подготовке служащих к работе в приказном делопроизводстве стала школа при Поместном приказе. Здесь обучалось около 30-90 человек. В течение 2 лет обучающиеся приобретали навыки быстрого и красивого письма, знакомились с Соборным Уложением. Специальных учителей здесь не было, а обучающихся прикрепляли к опытным подьячим.

В царствование Федора Алексеевича в духовной академии при Ставропигиальном Заиконоспасском монастыре могло появиться преподавание юриспруденции. В 1682 г. Симеон Полоцкий подготовил проект устава Заиконоспасской академии «Академический привелей». Академия должна была стать автономным образовательным учреждением, которые бы управлялось советом профессоров под руководством ректора. В Академии могли получить образование выходцы из всей сословий. Обучение в академии должно было позволить занять любые должности на государственной службе. В программу обучения входили не только духовные, но и светские науки. Специально в учредительной грамоте оговаривалось преподавание правоведения (правосудия духовного и мирского). Однако, Академии не было суждено появиться. Вскоре царь умер, а грамота не была подписана.

Тем не менее незадолго до смерти по поручения царя была направлена просьба к православным патриархам с тем, чтобы прислать в Москву опытных учителей. В ответ на просьбу в Москву были отправлены греки Иоанникий и Софроний Лихуды. В марте 1685 г. Лихуды

[840] Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России в XVIII столетии. – М.: Зерцало, 2010. С. 18.

основали в Богоявленском монастыре школу греческого языка. В 1686 г. школа Лихудов переместилась в Заиконоспасский монастырь и получила название «Славяно-латинской академии», а с 1775 г. – Славяно-греко-латинской академии. В программе обучения в академии было предусмотрено преподавание светских наук. Однако, юриспруденция в качестве самостоятельной дисциплины не была выделена[841].

В XVIII Россия вступила на путь преобразований по западному образцу (Швеции, Голландии, германских княжеств) государственных и общественных форм жизни. В правовом отношении реформы Петра I стали причиной:

Во-первых, стремления государства к детальной регламентации юридическими актами всех сфер общественной жизни – вмешательства государства в быт, духовную жизнь русского человека по образу подобию полицейского государства Западной Европы, построенного на началах абсолютизма и обеспечения действия формального права как единственного регулятора общественной жизни[842]. Как следствие, государство стало выхолащивать духовные основания русской правовой культуры, пытаясь насадить европейские ценности индивидуализма, юридического закона, свободы и мелочной государственной опеки. Не случайно, Пётр I получил в народе прозвище Антихриста, поскольку стал проводником секуляризации не только церкви, но и общественной жизни, оставив патриарший престол без митрополита и лишая православную церковь всех её прав[843]. Впервые в истории России царём стал протестант, противившийся православному образу жизни и культуре[844].

Вместе с тем, заимствование европейской правовой культуры в истории России было внешним, касаясь государственного законодательства и устройства аппарата государственной власти, не затрагивая сокровенных и вечных основ русского права – правовой ментальности народа, продолжающего следовать традициям предков и православной религии;

Во-вторых, реформирование общества и появление многочисленных и противоречивых юридических документов потребовали введения в России юридического образования, которое могла дать стране юристов, способных воплотить в жизнь замыслы государства путём разработки положительного права.

В результате в 1725 году была открыта Академия наук в Санкт-Петербурге, при которой был основан первый в истории России университет, где среди прочих предметов стали преподавать политику, этику и «право натуры»[845].

---

[841] Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России в XVIII столетии. – М.: Зерцало, 2010. С. 20 – 22.
[842] См: Вернадский, Г.В. История права / Г.В. Вернадский. - Спб.: Ланъ, 1999. 176 с.
[843] Архиепископ Серафим (Соболев), Русская идеология. Историко-религиозный очерк / Серафим (Соболев). - Спб.: 1994.Т.2. 35 – 64.
[844] Солоневич. И.Л. Указ. Соч. С. 391 – 450.
[845] Кузнецов, Э.В. Философия права в России / Э.В. Кузнецов. - М. 1989. С. 33.

Позднее в 1755 году открывается Московский университет по инициативе М.В. Ломоносова, в состав которого вошёл юридический факультет. Обучение юриспруденции было подвержено влиянию европейского правового опыта. В курс обучения входили три дисциплины «Натуральные права и узаконения древнейшей и новой истории», «Юриспруденция Российская и внутренние государственные права» и «Политика». Преподавателями права были иностранцы – немцы, австрийцы. Так, венский профессор Ф.-Г. Дильтей, преподававший десять лет на французском языке «право натуральное и право естественное», И. Пургольд читал курс «учёной истории прав», Ф. Баузе – юриспруденцию, Х. Шлетцер – почти все науки (1806-1812)[846]. Лишь, позднее обучение праву стало обеспечиваться силами русских профессоров С.Е. Десницкого и И.А. Третьякова. В 1790 г. в университет был принят З.А. Горюшкин – профессор практического законоискусства, привнесший в образование дух практики и своеобразие русской правовой культуры[847].

Первым в истории России самобытным юридическим произведением стала работа С.Е. Десницкого «Слово о прямом и ближайшем к научению юриспруденции 1768 года, посвящённая изучению причин возникновения законоучения, сравнению философии и юриспруденции и истории юриспруденции в Риме и России. Впоследствии С.Е. Десницкий издал такие произведения как «Юридическое рассуждение о вещах священных, святых и принятых в благочестие, с показанием прав, какими оные у разных народов защищаются 1772 г., «Юридическое рассуждение о начале и происхождении супружества у первоначальных народов и о совершенстве, к какому оное приведённым быть кажется последовавшими народами просвещеннейшими 1755 г., а также «Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи», направленное императрице Екатерине II[848].

До С.Е. Десницкого его приверженец в политико-правовых идеях В.Т. Золотницкий в 1764 году выпустил в свет работу «Сокращение естественного права, выбранное из разных авторов для пользы Российского общества, которая на русском языке передавала идеи западноевропейской концепции естественного права, но не содержала оригинального осмысления русского права[849].

Очевидно, что в XVIII в. развитие юридической науки и образования в России носило компилятивно-подражательный характер по отношению к европейскому праву. Весь этот период можно назвать словами Л.А. Тихомирова «ученичеством» России у Европы. По существу работы по праву и преподавание юриспруденции состояло в переводе иностранных юридических трудов, подборке из них необходимых теоретических постулатов и использовании в собственных

---

[846] Кодан, С.В. Становление юридического образования в России (1800 – 1850-у гг.) / С.В. Кодан// Российский юридический журнал. 2001. № 3. С. 99.

[847] Томсинов, В.А. Развитие русской юриспруденции в России / В.А. Томсинов// Развитие русского права второй половины XVII – XVIII вв. М., 1992. С. 51 – 64.

[848] См: Десницкий, С.Е. // Избранные произведения русских мыслителей второй половины XVIII века. Т. I. - М., 1952. С. 187 – 335.

[849] Кузнецов, Э.В. Указ. соч. С. 36 – 37.

сочинениях. Работы по праву в России носили характер прямого, неискаженного плагиата (заимствования) работ европейских юристов – Г. Гроция, С. Пуфендорфа, Д. Локка, Ш. Монтескье и др.

Причин такого рода подражательного, рабьего характера русской юриспруденции несколько:

1. Первоначально, преподавание и исследование права в России вели приглашенные иностранцы;
2. В программе обучения в Академии и университете отсутствовало преподавание истории русского права и действующего законодательства. Первые студенты изучали римское право и лучшие образцы европейского права;
3. Активная европеизация русской жизни, в том числе преклонение перед римским гением и европейской юриспруденций в верхах русского общества.
4. Наконец, такой ученический характер русской юриспруденции обусловлен замеченной особенностью российского менталитета – податливостью, открытостью, всемирностью русской культуры. Особенно, российское сознание легко усваивает и преклоняется перед европейской цивилизацией.

Вне всякого сомнения, в таких условиях российская юриспруденция не могла создать чего-либо оригинального и нового по сравнению с европейской юриспруденцией. Хуже того, что отечественная правовая наука сторонилась собственных правовых традиций. Изначально, российская юриспруденция получила оторванный от русских правовых традиций заряд, от которого до сих пор не освободилась. Такой подражательный стиль правоведения ведет к тому, что совершенно очевидные особенности российского правового быта и менталитета не принимаются во внимание наукой и попросту отвергаются как косные порядки, не соответствующие высоким правовым идеалам Европы.

Реформы Петра I и рост массива законодательства, которое царь-реформатор безуспешно пытался систематизировать, требовали соответствующих кадров для государственной службы и юридической деятельности. Активная рецепция европейского права в царствование Петра I требовала европейски образованных лиц, сведущих в праве. Поэтому, царь на первых порах стремился решить проблему юридических кадров путем привлечения иностранцев на службу российскому государству. В 1715 и 1719 гг. царь поручал чиновникам разыскать среди европейцев, особенно славянских народов, специалистов для занятия должностей государственной службы. Другим средством было направление на обучение в Европу российских подданных. К примеру, в 1715 г. К.Н. Зотов был отправлен во Францию для изучения торговых уставов.

После создания коллегий царь увидел возможность подготовки юридических работников в форме специальных школ при коллегиях. В 1722 г. была создана специальная школа при Сенате для подготовки государственных чиновников делопроизводству и практическим навыкам работы с

правовыми актами. Однако, такое обучение оказалось малоэффективным. Во многом, появление полноценного юридического образования зависело от наличия собственной теоретической юриспруденции, ученых-правоведов и учебных пособий для изучения права. Однако, в Российской империи господствовала практическая, приказная юриспруденция, а развитие законодательства пошло по пути заимствования европейского права. Естественным было бы, построить систему юридического образования на основании приказного законоискусства с опорой на российские правовые традиции. Тем более, что такой прикладной характер носила юриспруденция в Древнем Риме и Англии, которые до сих пор имеют славу стран с авторитетными и доморощенными юристами и правовыми порядками. Но, российская власть пошла по другому пути – создания проевропейской системы изучения и преподавания права в академии и университете с опорой на европейскую интеллектуальную и правовую традицию.

На отношение Петра I к развитию юридической науки и образования серьезное влияние оказал Г. Лейбниц – известный мыслитель, ученый и доктор права. Именно Г. Лейбниц обратил внимание царя на необходимость создания в России специальных учреждений для развития и преподавания наук, в том числе юриспруденции. Интересно, что ученый видел настоятельную необходимость не только в практической юриспруденции, но и в теоретическом правоведении, увязанном с собственными национальными традициями. В 1716 г. в записке «О введении образования и наук в России» Г. Лейбниц писал: «Юристы, представляющие должности и административные места, должны упражняться с коллегами не только в практике и в возникающих заумных казусах, но также изучать, в особенности, законы и обычаи других народов и политику против их соблюдения…».

Увлечение европоцентризмом в начале XVIII в. привело к тому, что на протяжении практически целого столетия в системе изучения и преподавания права в России доминировали идеи естественного права, история римского и европейского права. Собственно российский правовой опыт не находил себе места в формирующейся теоретической юриспруденции и учебных планах учебных заведениях. Так, по прямому поручению Петра I было предписано перевести на русский язык и использовать в преподавании в созданной в 1725 г. Академии наук работы С. Пуфендорфа «О должности человека и гражданина согласно естественному праву», Г. Гроция, Т. Гоббса, Дж. Локка и др. По сути дела в первом учебном заведении России Академии наук преподавалось естественное право, отвлеченное от российских политико-правовых реалий. Следовательно, университетская наука и образование отличались абстрактностью, тогда как на практике царила приказанная юриспруденция.

Одной из попыток по созданию первых учебных пособий для государственного аппарата можно считать подготовку работы неизвестного автора «Юриспруденция или правосудия производство», которое посвящено комментированию положений указа Петра I «О форме суда»

1723 г. Труд касался юридических и грамматических аспектов написания различного рода процессуальных документов, процедуре уголовного судопроизводства. Сочинение носило сугубо практический характер и содержало набор конкретных юридико-технических правил для практикующего юриста. Так, трактат требовал ясности и правильности изложения юридических правил и решений.

Существенную роль в развитии юриспруденции сыграл переход в 1716 г. официального русского языка на гражданский алфавит, которые стал постепенно вытеснять церковно-славянский язык из литературного и делового языков общения. Официальный юридический язык стал подобен «простому» русскому языку без использования церковно-славянской лексики и грамматики.

На компилятивно-подражательном стиле российской юриспруденции в XVIII в. неизгладимый отпечаток оставили принципы и содержание программы подготовки юристов в Академии наук. В Академии наук было предусмотрено преподавание философии, медицины и юриспруденции.

Во-первых, преподавание права в Академии наук было доверено не доморощенным преподавателям и ученым, а иностранцам. Так, в 1725 г. в Академию наук был приглашен Христофор Гросс – философ-правовед из Тюбингенского университета. Х. Гросс преподавал на латыни естественное право на основе книги С. Пуфендорфа «Должности человека и гражданина согласно естественному праву».

В 1726 г. на должность профессора был приглашен из Кенигсберга Иоганн Симон Бекенштейн. По программе ему надлежало читать лекции по естественному праву, общему праву Германской империи. Кроме того, известно, что он подготовил толкование на Соборное Уложение. К сожалению, занятия И.С. Бекенштейна не пользовались большой популярностью и по его собственному признанию у него иногда и вовсе не было слушателей на лекциях. Судя по всему, отсутствие интереса к его лекциям состояла в их оторванности от российских порядков. Он преподавал естественное право, немецкое право, эстляндское право, судебный процесс в Германии. Сам он признавал, что российское право ему незнакомо[850]. И.С. Бекенштейн неоднократно просил увольнение в отсутствие работы, также хронической невыплаты заработной платы. В 1745 г. его прошение об увольнении было удовлетворено.

Во-вторых, сама программа изучения права была нацелена на изучение естественного права, римского права и прав европейских государств. Не было первоначально и речи, да и объективном возможности в преподавании российского права.

О состоянии правоведения в это время С.Г. Фельдштейн очень точно заметил: «Хотя юриспруденция являлась только одной из сторон научной деятельности Академии, очень скоро,

[850] Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России в XVIII столетии. М.: Зерцало-М, 2010. С. 80.

по открытии этого учреждения, последнее стало центром, отражающим довольно полное состояние правоведения в России. Но, культивируемая чуждыми стране людьми, юриспруденция в стенах Академии должна была исключительно сосредоточиться на общих теоретических началах и оставить в стороне обработку русского юридического материала. Вместе с тем, наука в России наталкивалась на дорогу сухого, формального теоретического трактования юридических проблем»[851].

В качестве исключения среди приглашенных иностранцев для преподавания права в Академии наук следует назвать Фридриха Генриха Штрубе де Пирмон (1704-1790). Он был родом немцем из Ганновера, юридическое образование в университете Гале. Ф.Г. Штрубе де Пирмон служил в посольствах Австрии, Англии и Польше, был личным секретарем герцога Бирона. В контракте на работу в Академии наук он был определен на должность профессора юриспруденции и политики. К началу своей работы в 1740 г. он издал труд по естественному права, в котором следовал взглядам Х. Томазия. В 1741 г. он был назначен секретарем к графу Чернышеву для работы в Копенгагене и был покинуть Академию.

После назначения К.Г. Разумовского, воспитанника де Пирмона, на должность президента Академии наук, он был возвращен в Академию профессором юриспруденции с совмещением должности конференц-секретаря Академии наук. При К.Г. Разумовском изменилось восприятие роли Академии. На Академию по Регламенту 1747 г. было возложена не только научная миссия, но и роль университета – образовательного учреждения. В Регламенте среди изучаемых наук особое место отводилось «правам натуральным» и практической философии.

Примечательно, что Ф.Г. Штрубе де Пирмон весьма быстро пришел к выводу о том, что невозможно преподавание российским студентам естественного права и начал европейского права в силу того, что на практике им необходимо знание и работа с российским правом. Первоначально, в 1748 г. он еще рассчитывал на интерес к своему предмету. Но, в доношении 1748 г. немецкий профессор показывает необходимость проведения исследования российского права и подготовки соответствующего учебного пособия[852]. В связи с чем, он предлагал написать лекции, посвященные российскому праву. Академия наук согласилась на предложение ученого и назначила ему жалованье. В 1749 г. Штрубе де Пирмон начал делать выписки из указов русских царей, изучал акты Ярослава Мудрого, сравнивал Кормчую книгу и Номоканон. В 1750 г. ученый подготовил оглавление своего труда. Работа делилась на 2 книги. Первая книга была посвящена понятию права и закона, праву лиц, институтам вещного и обязательственного права, наследованию и суду. Заметно, что он следовал институциональной системе, восходящей к римскому праву. Вторая книга была посвящена публичному праву.

---

[851] Фельдштейн Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. – М.: Зерцало, 2003. С. 61.
[852] Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России в XVIII столетии. М.: Зерцало-М, 2010. С. 90-91.

К сожалению, труду ученого не было суждено состояться. С одной стороны, ему постоянно мешали требования правителя академической канцелярии И.Д. Шумахера, который часто требовал отчеты о проделанной работе. Кроме того, очевиден масштаб работы, которая, скорее всего не была под силу ученому – обозреть детально российское право. Однако, в 1750 г. он представил первую книгу «Краткое руководство к российским правам», но в 1753 г. тот же И.Д. Шумахер дал труду отрицательную оценку, в силу которой ученому перестали выплачивать жалование. Тем не менее, немецкий правовед стал первым исследователем, который подверг русское право историческому и аналитическому разбору.

Новым импульсом для развития юридической науки в России стало открытие в 1755 г. Московского университета. В «Проэкте об учреждении Московского университета» было предусмотрено образование трех факультетов: юридического, философского и медицинского. Причем, освоение юриспруденции или медицины могло быть только после окончания философского факультета. В штате юридического факультета предусматривалось три профессора для преподавания трех курсов: 1) общая юриспруденция, естественное право, римское право, право современных государств; 2) российская юриспруденция; 3) политика, касающаяся межгосударственных отношений.

В первое время преподавание права и развитие юриспруденции в Московском университете продолжало носить абстрактный характер и ориентировалось на европейские правовые идеалы. Преподавание право было доверено иностранцем за неимением собственных доморощенных ученых-правоведов. Так, первым профессором права был Филипп-Генрих Дильтей (1723-1781) – доктор права из Германии. Он начал читать в 1756 г. лекции по естественному праву и истории по руководству С. Пуфендорфа.

Ф.-Г. Дильтей разрабатывал вопрос о преподавании российского права в Московском университете и предлагал усилить обучение российских студентов российскому праву на базе естественного права и римского права. Однако, его предложения не были учтены руководством университета. О том, что Дильтей действительно был намерен изучать российское право свидетельствуют его работы. В 1768 г. он выпустил работу «Начальные основания вексельного права», которая показывает его серьезное знакомство в российским правом. Книга была даже признана авторитетом в купеческой практике.

Следует признать правоту мнения В.А. Томсинова относительно преобладания европейского права в системе преподавания в Московском университете: «само состояние законодательства Российской империи препятствовало его широкому изучению»[853]. Акты были разрозненны и противоречивы, их печатные версии были незначительны по количеству копий, сами канцелярии

[853] Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России в XVIII столетии. М.: Зерцало-М, 2010. С. 135.

скрывали акты от публики и ученых. В таких условиях изучение и преподавание российского права было затруднительно или невозможно.

В 1764 г. в Московский университет был приглашен Карл-Генрих Лангер, который не был доктором права и не имел научных работ. Ему было поручено преподавание курса всеобщей юриспруденции по пособию И.Г. Винклера. Позднее он стал читать всеобщее положительное право по труду Неттльбладта и ему было поручено изучить русский язык и знакомиться с русским правом.

Новый виток истории российской юриспруденции во второй трети XVIII в. связан в появлением первым русских ученых-правоведов. С.Е. Десницкий (1740 – 1789), И.А. Третьяков (1735-1779) стали первыми русскими правоведами, которые обучались с 1761 по 1767 гг. в Глазго. Им были присуждены в Шотландии степени докторов права. В Шотландии они учились к А. Смита по его курсу нравственной философии, включая юриспруденцию. Три года они изучали частное и публичное право Шотландии под руководством профессора Д. Миллара. По возвращении в Россию они выдержали экзамен у Дильтея и Лангера и были допущены к преподаванию юридических дисциплин.

Так, впервые преподавание право в России было вверено русским правоведам. Отдельными талантами отличался С.Е. Десницкий, которые уже в 1768 г. написал работу «Представление об учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи», выдержанной в духе европейского принципа разделения властей. В своей работе он помимо прочего доказывал преимущества теоретической юриспруденции для судей и практиков, поскольку они должны быть сведущи в вопросах нравственной философии для оценки поведения людей. В этом же году он подготовил «Слово о прямом и ближайшем способе к научению юриспруденции». В нем он предложил общую систему преподавания правовых наук по модели А. Смита: нравоучительная философия, естественная юриспруденция, римское право и русское право. Он считал необходимым формирование среди будущих правоведов умения различать праведное и неправедное, худое и доброе, как того требует естественно-правовая теория. Он же считал полезным изучение судебной практики, а также подготовку кратких учебных руководств для студентов по российскому праву.

Свои идеи он попытался воплотить в преподавательской практике. В 1773 г. С.Е. Десницкий добился открытия специальной кафедры русского законоведения и чтения специального курса по русскому праву. В 1778 г. в «Юридическом рассуждении о пользе знания отечественного законоискусства, и о надобном возобновлении оного в государственных высокопокровительствуемых училищах» он назвал задачу по изучению русского права в качестве важнейшей в системе юридического образования. Причем, он критиковал практическое обучение право, глоссаторский подход и предлагал научное исследование права.

В 1770 г. впервые русские студенты Иван Борзов и Алексей Артемьев закончили полный курс обучения на юридическом факультете. В 1779 г. после смерти И.А. Третьяков на факультет был приглашен Ф.Г. Баузе – выпускник Лейпцигского университета, который ориентировался на учение немецкого правоведа И.-Г. Гейнекция, в том числе акцент на историю права, широкое сочетание теории и юридической практики. Вместе с ним на факультет пришел Яков Шнейдер, который приглашен для чтения римского права.

Особое место среди преподавателей и ученых России того времени занимал Захар Аникеевич Горюшкин (1748 - 1821), который до Московского университета работал в различных органах власти Российской империи и был законоискусником. Никакого специального образования он не получил, был самоучкой. При этом, в преподавании он концентрировался на практической юриспруденции, устраивал модельные судебные процессы. Современники указывали, что из учеников Горюшкина выходи хорошие стряпчие.

Сам суть законоискусства он видел в следующем: «Законоискусственная наука… - есть знание прав и законов, дабы уметь справедливо применять оные к деяниям человеческим, или деяния человеческие к законам, и выводить заключения, непосредственно следующие из сравнения сих двух предложений; или разбирать и полагать которое действие противно законам и которое сходное с оными; или иначе наукою судить дела человеческие по точной силе и словам законов; или законоискусство есть деятельный навык праведно судить дела человеческие по законам».

В результате научных трудов З.А. Горюшкина появилось сочинение «Руководство к познанию российского законоискусства» в 1811-1816 объемом 2000 страниц в котором он значительное место отводил теоретическому осмыслению права.

Таким образом, в первой половине XVIII в. значение русской юриспруденции, по сути, сводилось к подготовке юристов для практической работе в государственном аппарате и систематизации, обработки и принятия юридических актов. Иными словами, роль правовой доктрины в России в XVIII в. заключалась в участии в правотворческом процессе – при составлении и издании законов и других актов Российской империи, а также техническом обслуживании позитивного права в процессе его реализации. Теоретическая юриспруденция носила сугубо подражательный и компилятивный характер и была совершенно оторвана от юридической практики. Только в последней трети века начинается формирование российской юридической науке, направленной на изучение истории и догматики русского права. Огромный вклад в изучение русского права внесли Штрубе де Пирмон, Дильтей и русские ученые С.Е. Десницкий и З.А. Горюшкин.

2.15. Эволюция юридической науки в России в XIX в. – начале XX в.

Девятнадцатое столетие в России породило бурное развитие научного знания, в том числе теоретической юриспруденции. Мощным катализатором развития и расцвета юридической науки стало открытие новых университетов и специальных учебных заведений, в которых особое внимание уделялось преподаванию правовых дисциплин. Кроме того, расцвет дореволюционной юриспруденции не в малой степени был обусловлен появлением доморощенных ученых-правоведов, завершивших обучение в университетах или получивших юридический опыт и навыки в практической деятельности в органах государственного управления. Немалое значение в развитии юриспруденции сыграл неподдельный интерес к русскому права приглашенных из Европы ученых. Начиная с Штрубе де Пирмона, Дильтея, Баузе, европейские ученые вносили свою лепту в изучение русской истории права и действующего российского законодательства. Так, первый декан юридического факультета Московского государственного университета Ф.Г. Баузе был известным любителям древностей русского права и коллекционером. Считалось, что коллекция Баузе была самой полной и уникальной. В ней были подлинники «Пролога» 1229 г., Степенной книги 1551 г.

Очевидной чертой развития юридической науки, как и в континентальной Европе, была связь юридической теории с университетской системой образования. Наука рождалось в ходе преподавательской работы, подготовки профессоров к занятиям со студентами. Как и в первых европейских университетах X-XII вв., российский университет стал институтом по производству юридического знания. Примечательно, что и юридическая наука в России в XVIII – XIX вв. напоминала европейские аналоги средневекового периода:

- в университете серьезное внимание уделялось изучению естественного и римского права, который не были действующими системами права. Как известно, в европейских университетах аналогично изучалось недействующее римского права как некий писаный разум (правовой идеал – естественное право);

- как следствие и наука и образование носили отвлеченный, сугубо теоретический характер в ущерб более глубокому историческому и практическом изучению российского права. Результатом такой абстрактности юриспруденции стал приоритет формально-юридического, аналитического познания права, не обращающего внимания на традиции и менталитет народа, реальную юридическую практику;

- развитие автономии, «духа свободной воли» как условия для самостоятельного юридического знания и независимой корпорации юристов и ученых. В России, правда, российская юриспруденция не смогла в полной мере приобрести автономию и во многом сохраняла государственно-казенный характер с точки зрения принципов организации, влияния, материальных условий и т.п.

В связи с неразрывной связью юридической науки и университетского образования, следует указать на активную роль государства в развитии университетского образования и создании специальных юридических образовательных учреждений. В XIX в. были созданы такие университеты и учебные заведения, где предусматривалось изучение права, как:

- Императорский университет в Дерпте (1802);
- Императорский Виленский университет (1803);
- Императорский Харьковский университет (1805);
- Императорский Казанский университет (1805);
- Императорский Санкт-Петербургский университет (1819);
- Ярославское Демидовское училище высших наук (1803);
- Царскосельский лицей (1811);
- Ришельевский лицей в Одессе (1817);
- Гимназия высших наук в Нежине (1820);
- Школа при Сенате для юнкеров (1797);
- Высшее училище правоведения (1805);
- Юридические курсы при Втором отделении Собственной Его Императорского Величества канцелярии (1828).

Причем, законодательство об университетах предусматривало право на присуждение ученых степеней выпускникам юридических факультетов, что позволяло готовить собственных ученых и преподавателей без обращения к иностранной профессуре. Тем не менее, для подготовки российских ученых-правоведов были характерны стажировки в европейские центры науки, что не могло не сказываться на заимствовании и подражании европейским правовым теориям и институтам.

Доминирование европейской системы образования в российских юридических вузах того времени было сопряжено с другими тенденциями в развитии российского правоведения и законодательства:

- развитие прикладной юриспруденции на базе юридической практики, которая стала проникать в университетское образование благодаря З.А. Горюшкину и его преемнику Н.Н. Сандунову – также выходцу из органов государственного управления;

- развитие неписаного, обычного права русского крестьянства и инородцев, которое находилось в дисгармонии в законодательством Российской империи и не находило теоретического осмысления в российской юридической науке.

Интересно, что прикладная юриспруденция в определенной мере развивала магистральное начало в развитии русского права - эволюцию права с опорой на сложившиеся правовые традиции и менталитет. Теоретические наработки юристами-практиками (законоискусниками)

адаптировались под российские условия и менталитет. Так, З.А. Горюшкин в отличие от А.П. Куницына, выводившего естественное право из некоего абстрактного разума, видел корень естественного права в народном правосознании – «народном умствовании». Права человека на собственность, равенство и свободу он называл не естественными правами, а общественными правами. Частное право для него составляло часть государственного права[854].

Сложившаяся юриспруденция в России изначально носила двойственный характер, сохраняющийся до нашего времени. С одной стороны, юридическая наука и писаное право ориентировались на западноевропейские правовые институты и верхние слои общества пытались устроить жизнь по внешним, заимствованным началам. С другой стороны, большая часть населения Российской империи руководствовалась неписаным правом, основанном на русской духовной культуре и самобытных правовых традициях. К сожалению, российская юридическая наука не смогла стать вполне «русской» из-за «лакейства мысли», хотя и нередко и смутно чувствовала и выражала русские правовые традиции.

В историческом плане развитие российской юриспруденции в XIX в. можно условно подразделить на три основных периода:

I. Период генезиса российской юриспруденции в первой трети XIX в., когда открываются новые университеты и юридические учебные заведения, появляются собственные ученые-правоведы – выпускники российских университетов;

II. Период становления юридической науки во второй трети XIX в., когда появляются первые научные школы (направления в юриспруденции) и проводится масштабная систематизация российского законодательства под руководством М.М. Сперанского;

III. Период расцвета российской юриспруденции в последней трети XIX в., когда окончательно сложились основные научные течения и школы, с помощью авторитетной плеяды ученых-правоведов были проведены реформы Александра II, появилась присяжная адвокатура и были предприняты попытки по изучению обычного права русского народа.

С точки зрения господствующих парадигм (правовых концепций) и методологии юридических исследований можно выделить следующие течения в русской юридической науке XIX в.:

- естественно-правовое течение (А.П. Куницын, Б.Н. Чичерин и др.);

- юридико-догматическое (позитивистское) направление (Г.Ф. Шершеневич);

- историческая школа права (Ф.Л. Морошкин, Н.В. Калачов, И.Д. Беляев, С.В. Пахман, К.П. Победоносцев);

---

[854] Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России в XVIII столетии. – М.: Зерцало, 2010. С. 133 – 137.

- социологическое направление в юриспруденции (Г.И. Муромцев, М.М. Ковалевский).

Другим основанием для классификации научных течений в русской юридической науке данного периода можно назвать отношение к наличию собственного пути развития в России, наличию особых социокультурных и политических традиций:

- юристы-западники, которые видели необходимость в развитии России по европейскому образцу (естественное право, ограничение самодержавие, учреждение конституции, возвышение роли закона в жизни общества и пр.) – К.Д. Кавелин, А.Д. Градовский, Б.Н. Чичерин и др.;

- юристы-самобытники (славянофилы), которые видели в России особую цивилизацию и обосновывали наличие собственной политико-правовой традиции (византийские или славянские корни власти и права, господство обычая, превалирование этико-религиозных начал над юридическими, самодержавие, местное самоуправление, соборная государственность и пр.) – В.Н. Лешков, И.Д. Беляев, К.П. Победоносцев, Н.В. Калачов.

Наконец, с точки зрения отношения к идее реформ, традиционным ценностям России представители российской юриспруденции могут быть поделены на:

- либеральное течение, которе считало необходиым проведение в России реформ по западным лекалам;

- консервативное направление, полагавшее необходимым сохранение существующих порядков и их медленное органичное эволюционное развитие;

- социалистическое (радикальное) течение, считавшее неизбежной социальную революцию и свержение традиционных политико-правовых порядков в России.

Наконец, с точки зрения разработки отдельных направлений юриспруденции можно выделить следующие направления научных исследований:

- философское, общетеоретическое изучение права (А.П. Куницын, Б.Н. Чичерин, К.А. Неволин, Н.М. Коркунов и др.);

- историко-правовое исследование права (К.А. Неволин, И.Д. Беляев, Н.В. Калачов, С.В. Пахман и др.);

- наука государственного права (М.М. Сперанский, К.О. Дюгамель, Н.М. Коркунов, А.Д. Градовский, С.А. Котляревский, Н.И. Лазаревского и др.);

- наука уголовного права (С.И. Баршев, Г.С. Гордеенков, Фойницкий, Таганцев);

- наука гражданского права (К.А. Неволин, Ф.Л. Морошкин, Д.И. Мейер, К.Д. Кавелин, К.П. Победоносцев и др.);

- наука гражданского процесса (К.Д. Кавелин, М.М. Михайлов, П.И. Дегай, К.П. Победоносцев и др.);

- наука уголовного процесса (С.Г. Ерофеев, Я.И. Баршев, И.И. Дегай и др.).

Девятнадцатый век в истории русской юриспруденции можно назвать веком юридического самопознания. Если в XVIII в. доминировало подражательство Европе, ведущей концепцией была естественно-правовая теория, то XIX в. прошел под знаменем исторического познания права. Российская юриспруденция пыталась объяснить генезис и корни русского права, определить свое место в отношении европейского права и юридической науки.

На поворот в сторону исторического изучения права значительным образом повлияла государственная идеология и правительственный курс. Если в эпоху Александра I витали идеи конституционной монархии и естественного права, готовился проект первой конституции России М.М. Сперанским, то с царствования Николая I резко изменилось отношение к философии как вольнодумству и естественно-правовой теории. С подачи министра народного просвещения С.С. Уварова было принято решение об исключении естественного права из числа правовых дисциплин, преподаваемых в университетах Российской империи. В 1835 г. новый университетский устав уже не предусматривал естественного права как самостоятельной дисциплины. Официальная идеология того времени видела опасность естественно-правовой теории в отрыве от религии и этики, отвлеченности от юридического и исторического быта народа[855].

Вместо естественно-правовой концепции в юридическом образовании стал утверждаться историко-юридической подход в изучении и объяснении русского и зарубежного права. Следует согласиться с суждением В.А. Томсинова по данному поводу: «Вытеснение естественно-правовых доктрин из университетской программы обучения юридическим наукам и придание большего значения историческому методу изучения права выражало не только стремление самодержавной власти предотвратить распространение в российских университетах революционных идей, но и новое понимание сущности юридического образования и научной юриспруденции, появившееся под влиянием осуществленной в начале 30-х годов XIX века систематизации российского законодательства. Русские правоведы стали видеть в юридическом знании явление комплексного характера – науку, соединяющую в себе свойства теоретического правоведения и прикладной дисциплины, идеологии и искусства»[856].

Наиболее весомый вклад в историческое познание русского права внесли такие ученые как Ф.Л. Морошкин, Н.В. Калачов, И.Д. Беляев, С.В. Пахман, К.П. Победоносцев. Благодаря им и другим историкам права были найдены и опубликованы памятники русского права – Русская Правда, Уставы Владимира Святого, Судебники, Кормчая книги и пр. Усилиями юристов-историков была показана собственная богатая и интересная история русского права. Главное то,

---

[855] Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России во второй трети XIX века. – М.: Зерцало, 2010. С. 49 – 53.

[856] Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России во второй трети XIX века. – М.: Зерцало, 2010. С. 56 – 57.

что историческое направление в юриспруденции обосновало самобытные начала русского права и открыло настоящее сокровище русского права - неписаное обычное право русского народа, отдельные аспекты которого приобретали время от времени отражение в писаных актах.

В настоящем кратком очерке хотелось бы упомянуть лишь несколько ученых – Н.В. Калачова, И.Д. Беляева и К.П. Победоносцева. В 1840-е гг. наибольший вклад в изучение источников русского права внес Н.В. Калачов, который еще в студенческие годы подготовил серьезную статью о Судебнике Ивана Васильевича. 1846 г. вышла в свет Русская Правда в 4 списках с комментариями Н.В. Калачова. В 1847 г. он напечатал новую работу «О значении Кормчей в системе древнего русского права», в которой доказал применение Кормчей светскими судами. Среди методов анализа источников русского права Н.В. Калачов использовал филологический и юридический методы толкования права. Кроме того, он выделял систематический (прагматический) способ изучения права, когда источник права рассматривается наряду с другими источниками познания истории и в применении к народной жизни. Другой способ познания памятника права направлен на изучение внутреннего содержания акта, рассмотрение его отдельных аспектов и нюансов. Неоценима работа Н.В. Калачов по публикации исторических и правовых актов: три книга сборника «Архив историко-юридических сведений, относящихся до России 1850-1854 гг., 12 книг сборника «Архив исторических и практических сведений до России 1859-1864 гг., издание журнала «Юридический вестник».

Другим крупным историком права в середине XIX в. стал И.Д. Беляев, который большую часть своей жизни посвятил изучению различных архивов – Московский сенатский архив, Архив старых дел, архив Коллегии экономии, Государственном архиве старых дел при московском департаменте сената, Древлехарнилище М.П. Погодина и др. В 1846 г. он был избран членом императорского Общества истории и древностей российских при Московском университете. По его предложению Общество стало издавать Временник. 25 книг Временника редактировал именно И.Д. Беляев. В нем он опубликовал важный архивные материалы – Разрядные книги, Писцовые новгородские книги, Торговую книгу, Статуты Великого княжества Литовского и др.

В 1852 г. он наряду с работой в архиве был прикреплен за выполнения магистерской диссертации в Московский университет и для преподавания. После защиты диссертации он сосредоточился на изучении крепостного права в России. В 1860 г. он стал экстраординарным профессором и опубликовал книгу «Крестьяне на Руси», которая стала его докторской диссертацией. По своим взглядам он был славянофилом, что особенно проявлялось в его глубоком интересе к народной жизни и юридическому быту, в которых отражалось все своеобразие русской культуры. В своей работе о крепостном праве он назвал его болезнью русского общества, которое развивалось постепенно в течение трех веков. Итогом кропотливой работы по изучению русского

права стала книга «История русского законодательства», в которой скрупулезно подвергнута анализу история русского права.

Еще одной заметной фигурой в изучении крепостного права был известный государственный деятель и правовед К.П. Победоносцев, известный своим многотомным курсом гражданского права. Кстати, в методологическом плане курс гражданского права К.П. Победоносцева отличался отсутствием общей части. К.П. Победоносцев был принципиально против всякого рода спекулятивных теоретических рассуждений при изложении российского права. Вместо теории он отдавал предпочтение факту, истории, жизни. Поэтому каждый институт права в его курсе отличался подробным анализом его истории и состояния в римском, французском, немецком и российском праве, но без какого-либо обобщения и навязывания читателям некой абсолютной и единственно верной модели.

Относительно сущности крепостного права К.П. Победоносцев писал: «С того самого времени, когда по силе обстоятельств и по закону тяготения слабого к сильному, расширения силы над слабостью, возникли первые зачатки обязательных отношений земледельца к землевладельцу, никто не думал еще подвергать анализу сущность этих отношений: они только чувствовались, и этого было достаточно для общества в тогдашнем состоянии. В настоящую минуту, анализируя эти отношения под условиями той самой среды, в которой они утвердились, мы видим, что никакой закон, и в первой половине XVIII столетия, не объявляя крестьянина собственностью помещика, что и тогда, как в первой половине XIX столетия, в зерне нашего крепостного права лежало не личное самостоятельное право одного человека на обладание другим, а вотчинное право на землю, к которой прикреплен крестьянин; но мы сами должны сознаться, что в этом понятии, выработанном нами под влиянием теоретического взгляда, - отвлеченная идея крепостного права является в таком виде, в каком ни один случай из жизни не мог ее представить… В XVIII столетии формы эти развились и умножились, и, присматриваясь к ним, мы поневоле приходим к убеждению, что крепостное право, помимо точных юридических определений, действительно явилось у нас правом человека над человеком. В XVIII столетии земля решительно отходит уже на второй план, а на первом плане становятся души»[857].

Таким образом, К.П. Победоносцев отмечает корни крепостного права в правах на землю и медленную эволюцию в силу обычая крепостного состояния в сторону права уже не на землю, а человека.

Несмотря на усиление исторического направления в российской юриспруденции в XIX в., юридическая наука до конца так и не смогла освободиться от компилятивно-подражательного подхода в преподавании и проведении научных исследований. В значительное мере такое состояние юридической науки объяснялось устоявшимся мировоззренческим европоцентризмом,

[857] Русский вестник. 1861. Том 35. № 9. С. 260 – 261.

наличием постоянного контакта с европейской (особенно германской) юриспруденцией через стажировки, а также европейской моделью университетского построения науки и образования, изначально нацеленных на умозрительное познание права.

Наука государственного права в России в традиционной интерпретации: П.Е. Казанский и Н.А. Захаров

В современной юридической литературе широко представлены труды дореволюционных российских правоведов по вопросам государственного права – С.А. Котляревского, Б.Н. Чичерина, Н.И. Лазаревского и др. Однако, российская правовая наука практически исключительно уделяет внимание либеральным юристам XIX – начала XX вв. Другие же государствоведы и правоведы практически забыты и их имена преданы забвению. Тогда как либеральные правоведы преимущественно были комментаторами европейской юридической мысли, консервативные юристы стремились выстроить русское государственное право с опорой на русскую историю, традиции и психологию русского народа.

К числу незаслуженно забытых современной политико-правовой наукой ученых-юристов принадлежат два ярких и неповторимых теоретика русского самодержавия, государственного права и международного права П.Е. Казанский и Н.А. Захаров, работавшие в Императорском Новороссийском университете в начале XX в. Сегодня в большей степени известны этапы жизненного пути П.Е. Казанского, тогда как сведения о Н.А. Захарове обрываются в 1928 г.

Петр Евгеньевич Казанский (1866 – 1947) родился в семье военного врача, ученого и потомственного дворянина. В 1890 г. он закончил юридический факультет Императорского Московского университета и был оставлен для подготовки к профессорскому званию по международному праву. В 1895 г. П.Е. Казанский защитил магистерскую диссертацию на тему «Договорные реки. Очерки истории и теории международного речного права».

В середине 1890-х гг. Петр Евгеньевич отправляется в научную командировку по Европе, где собирает материал для его крупной работы «Всеобщие административные союзы государства». Эта книга делает его знаменитым среди специалистов по международному праву. После возвращения из командировки П.Е. Казанский был назначен на должность экстраординарного профессора в Новороссийский университет (Одесса). В 1908 г. он становится деканом юридического факультета этого университета.

После революционных событий 1905 г. в университет нарастают революционные настроения, студенты сплачиваются в антиправительственные комитеты и кружки. П.Е. Казанский становится в ряды тех ученых, которые открыто протестуют против всяческой политики в университетских стенах. Главной целью вуза должно остаться образование и научные занятия. В конце концов, власть и университетская администрация наводят порядок в университете, а студенческая жизнь возвращается в привычное русло. С той поры Новороссийский университет

стал именоваться одним из самых реакционных в России. В реакционеры записали и П.Е. Казанского, который с 1906 г. вошел в круг правых профессор России, объединявший многие известные в науке имена. Прав М.Б. Смолин, который справедливо видел в реакции на революцию естественное стремление к порядку и защите национальных интересов: «Новороссийский же университет называли не иначе как самым реакционным университетом в России. В реальности это означало, что в университете профессора могли спокойно учить, а студенты – учиться. Революционеров же старались держать за дверями университета, что вполне удавалось до февральской революции»[858].

В 1913 г. выходит в свет своего рода энциклопедия русского самодержавия «Власть Всероссийского Императора», которая может сравниться разве что по своей полноте и содержанию с «Монархической государственностью» Л.А. Тихомирова.

В общественно-политической деятельности П.Е. Казанский был заметен и тем, что активно участвовал с славянском движении, помогал беженцам из славянских стран, на страницах печати постоянно поднимал вопрос об угнетении славян в Австро-Венгрии – геноциде русских в Галиции. После революции П.Е. Казанский продолжал работать в университете. Однако, практически ничего из своих работ советская власть не дала опубликовать. Между тем им вплоть до своей смерти была написано около 40 работ, в том числе «Внешнее право СССР (3 тома по 500 стр.), «Властный орган международной администрации» (2 тома по 500 стр.) и др., которые, несомненно, являются крупным вкладом в развитие международного права и ждут своей публикации.

Николай Алексеевич Захаров (1883 – после 1927) – забытое и потерянное имя в русской науке и историографии. О нем известно очень мало. Несомненно то, что он был выпускником Новороссийского университета и учился в П.Е. Казанского. Вероятно, что 1910-х гг. Н.А. Захаров преподавал в Практической Восточной академии в Санкт-Петербурге, которое готовило кадры для дипломатической и консульской службы в восточных странах. Возможно, что Н.А. Захаров работал или учился на персидском отделении академии, поскольку известно, что в Персию состоялась поездка некоего Захарова.

В 1912 г. в Новочеркасске выходи его книга «Система русской государственной власти», в которой он подвергает критике принцип разделения властей и показывает самобытность русской государственной власти, венчаемой самодержавием. В 1917 г. он издает «Курс общего международного права». О послереволюционных годах его жизни известно мало. До 1928 г. он преподавал прикладную экономику и экономическую географию в г. Краснодаре. Как сложилась его судьба в дальнейшем неведомо. Вероятно, он мог оказаться в силу своих взглядов объектом

[858] Смолин М.Б. Путь имперского юриста.//Казанский П.Е. Власть Всероссийского императора. – М.: Москва, 1999. С. 14.

внимания для органов НКВД. Дело восстановить имена и значение для юриспруденции П.Е. Казанского и Н.А. Захарова принадлежит нашему времени.

Н.А. Захарова и П.Е. Казанского от своих коллег по занятиям государственным и международным правом отличал особый, этико-правовой подход к русской государственности. Они не были в плену формально-юридической юриспруденции, и обращались к исторической школе права. Заметна связь новороссийских ученых с традиционным правопониманием – идеей нравственно-религиозного обоснования права и синтетического соединения нравственности и права. Н.А. Захаров отмечает дихотомию права и морали в западной культуре, обусловленную противостоянием и борьбой классов. В русской же традиции он видит, напротив, сочетание права и морали, их симфоническое единство.

Николай Алексеевич сетует на то, что русские правоведы не придают значения роли нравственности в восприятии государственности и правовых институтов и действую по юридической формуле. Так он пишет: «При переходе от общественно-государственных взглядов наших мыслителей к учениям юридическим мы сразу увидим всю бедность в определении понятий и неизменную подчиненность формуле… Из приведенных нами выше взглядов наших мыслителей на существо нашей государственной власти и народного сознания мы видим, что элемент моральный стоит на первом месте. Нравственность и право – это две сестры, и, казалось бы, что такое широкое признание моральных начал в нашем государственном строе должно было бы повлечь за собой и изучение морали в связи с нашим правом. Но в действительности мы этого не видим, и наша наука остается глуха ко всем этим указаниям психологических основ нашей власти»[859].

Господство формально-юридического подхода при игнорировании исторических и нравственно-психологических аспектов вводит науку государственного права в заблуждение – диктат европейских концепций. С такой точки зрения для правоведов оказываются неестественными и ложными русские начала государственного строя, прежде всего, неограниченное самодержавие российского императора. Отсутствие юридических пределов власти царя равнозначно признанию деспотизма и произвола в управлении страной. На взгляд проевропейски настроенных мыслителей самодержавие должно превратиться в конституционную монархию и быть подчинено идее верховенства закона. Но, такое ложное восприятие русской правовой культуры и государственности может привести разрушению национальных государственных и правовых традиций. По мнению Н.А Захарова теории правового государства и разделения властей выросли в исключительно европейских условиях, где для них были исторические предпосылки.

---

[859] Захаров Н.А. Система русской государственной власти. – М.: Москва, 2002. С. 120.

Так, концепция Монтескье о разделении властей выросла на почве борьбы монарха, земельной аристократии и буржуазии за властные привилегии. Ради обеспечения компромисса в классовой борьбе и появилась теория разделения властей. В истории России подобная борьба не имела места, поскольку класс землевладельцев (дворян и бояр) был зависим от царя, который давал наделы только за службы. И в целом русская история показывает умение власти и сословий найти социальный компромисс, обойтись без крайних форм решения социальных столкновений (сословный мир и соборный принцип устройства жизни). Отсюда единство и неразделенность власти, поиск симфонических, соборных форм решения социальных, политических и религиозных конфликтов. Если на Западе конфликт решался с помощью силы и войны, а потом за счет искусственных юридических институтов – договоров, конституций, теорий разделения властей и верховенства закона (средства примирения с помощи государственного принуждения), то в России споры решались на основе соборных институтов – общинного суда, Земских Соборов, а также с опорой на религиозно-нравственные начала – совесть народа и самодержавного царя, способные усмирить притязания как олигархов, так и дворян и защитить угнетаемый класс крестьян. Поэтому история русского права и государственности не знает разделения властей и господства закона, а преклоняется перед единством власти самодержца и нравственными идеалами совести и добра.

Н.А. Захаров подмечал трудно объяснимое стремление отечественных правоведов привнести в русский государственный строй европейские идеалы и институты. И в наше время звучат актуально слова Николая Алексеевича: «Трудно установить, в силу каких условий происходит это нежелание скроить перчатку юридических концепций по русской руке, вероятнее всего, в силу психо-социологических условий поклонений перед внешней стороной Запада, полнейшего обособления науки права от реальной жизни и пассивности нашей натуры, но, во всяком случае, как с кафедры, так и в литературе мы все время слышим о правовом строе Запада и весьма мало – об общих началах нашего государственного строя»[860]. Государствовед убежден, что современная наука государственного права раскрывает строй европейских стран, оставляя в стороне своеобразие других государств, в том числе Российской Империи.

О доминировании религиозно-нравственных ценностей в русской культуре пишет и П.Е. Казанский: «Было бы крупной ошибкой, если бы мы, увлекаясь юридическими формулами, просмотрели то, что главным основанием и двигателем жизни является не право, а национальное самосознание, религия и нравственность. Само право только постольку имеет значение, поскольку ему дает освящение нравственность. Право играет в жизни народа великую, но не всеобъемлющую роль, являясь национальным самосознанием народа… Религиозные заповеди глубже проникают в психологию народа, чем внешние обязательные правила права»[861].

---

[860] Захаров Н.А. Указ. соч. С. 34.

[861] Казанский П.Е. Власть Всероссийского императора. – М.: Москва, 1999. С. 337.

На самобытность русского самодержавия по мысли консервативных юристов оказали влияние три исторических фактора:

- принятие православия, обусловившего мистическое восприятия власти русского монарха и высокое духовное предназначение царской власти;

- частноправовой взгляд русских царей на свою вотчину, породивший патриархальные связи между царем и подданными;

- включенность всех русских сословий и самого царя в общую службу, тягло, при котором ни одно сословие, особенно аристократия не имели каких-либо привилегий и свобод для борьбы за свои интересы.

С точки зрения Н.А. Захарова, русское самодержавие созидалось органически под влиянием византийского православия и развития идеи вотчины. В отличие от Западной Европы с могущественной земельной аристократией и борьбой феодалов за власть, в России владение землей зависело от службы царю. Поэтому аристократия в России была зависима от самодержца и не играла роли конкурента для царя. Взгляд на царство как вотчину порождал патриархальные отношения между царем и народом. Византийское православие освящало власть и возлагало на царя ношу служения и заботы о народе.

На историю русского самодержавия повлияло привитие Петром I к русским условиям концепции абсолютизма и постепенное высвобождение из тягла дворян при Екатерине II, которые соответственно стали настаивать на реформах в европейском духе, в том числе предоставлении особых прав в управлении именно дворянству. Но, на взгляд Н.А. Захарова такой подход к русской государственности расходился с историей и менталитетом народа. Поэтому история XVIII – XIX вв. – сочетание русского самодержавия с европейским абсолютизмом, ослабляющее постепенно связь царя и народа.

Примечательно, что по мысли консервативных правоведов русское самодержавие невозможно объяснить с юридической точки зрения. К царской власти нужно подходить с исторических, психологических и нравственно-религиозных позиций. Причем отсутствие юридических оснований для самодержавной власти не влияет на ее жизненность, авторитет и силу. Самодержавие коренится в национальной самосознании и нравственном идеале народа, а не тексте закона. По словам Н.А. Захарова «Положение монарха в государстве определяется точнее и вернее не буквой писаного закона, но суммой приписываемых ему народным сознанием прав и обязанностей»[862].

В трудах П.Е. Казанского и Н.А. Захарова были сформулированы нравственно-правовые черты русского самодержавия:

[862] Захаров Н.А. Указ. соч. С. 78.

- верховенство власти самодержца, означающая господство самодержавие над другими видами власти;

- неограниченность власти монарха юридическими нормами, но связанность царя народным мировоззрением, совестью монарха и Божьей волей (самоограничение самодержавия). Как отмечал П.Е. Казанский «Для нас гораздо важнее установить те пределы Императорской власти, которые она находит в области, так сказать, психологической, или духовной: в национальных стремлениях русского народа и в его религиозно-нравственных идеалах»[863];

- уравновешивающий характер самодержавной власти, выражающийся в беспристрастности власти монарха и обеспечении мира в социальных конфликтах;

- самодержавная власть – власть последнего решения, окончательного и не подконтрольного другими органам и властям;

- власть самодержца проистекает из доверия, психологии и верований русского народа. П.Е. Казанский указывает: «Гарантию единства между государством и его Главой наше право ищет не в юридической фикции государственного или народного верховенства, а в том, чтобы Глава государства был действительно жизненно объединен с народом, то есть в органической связи Его с государством»[864];

- власть самодержца способна проявить свою силу в экстраординарных условиях, а потому ее пределы юридически не очерчены;

- между царем и народом сложились патриархальные, отеческо-сыновние отношения;

- самодержец способен на решения на основе совести, минуя мертвую букву закона;

- власть самодержавного правителя – подвиг, жертва, тяжкая ноша служения ради Бога и народа;

- органичность самодержавия, естественный, историко-психологический характер формирования царской власти, которая не поддается развитию по рациональным схемам. Так, Н.А. Захаров критически относился к проектам переустройства России по кабинетным теориям: «Наука о государстве слишком увлеклась общими теориями: в то время как ранее государства образовывались в силу естественных условий, ныне проглядывает тенденция образования государственного организма по известным готовым схемам. Такое положение вещей, такая замена естественного строительства искусственным, имея многие преимущества в смысле установления планомерной работы государственных органов и гарантии государственным

---

[863] Казанский П.Е. Указ. соч. С. 337.
[864] Казанский П.Е. Указ. соч. С. 341.

подданным справедливой защиты их интересов, подчас оказывается не вполне точно применимыми, так как слишком далеко уходит в сторону от реальной жизни»[865].

В работах Петра Евгеньевича и Николая Алексеевича указывается на самобытный стиль управления русского царя. Самодержец, хотя и не связан законом, но он все-таки не деспот. *Отсутствие ограничений власти царя обусловлено тем, царь должен иметь простор для принятия решений на основе совести и правды в тех случаях, когда закон молчит или может привести к несправедливости. Кроме того, наличие четких пределов власти царя может стать помехой для тех ситуаций, когда возникают непредвиденные, экстраординарные обстоятельства, а требуется незамедлительное и оптимальное решение. Когда царя связан законом, он не способен творить праведные дела и вмешиваться в непредвиденные ситуации (войны, социальные катаклизмы, стихийные бедствия, экономические кризисы и т.п.).* Говоря о самодержавной власти Н.А. Захаров пишет: «С одной стороны, ее можно понимать, как основное свойство нашей Верховной объединенной государственной власти, а с другой, как власть непосредственного волеизъявления, установленную в общих чертах в основных законах и неограниченную в этой сфере применения, или вовсе не упоминаемую, но могущую себя проявить в экстраординарную минуту жизни государства».[866]

Примечательно, что, ратуя за единство верховной власти, Н.А. Захаров не отрицал возможности разделения сфер государственной деятельности на законодательную, управительную и судебную для повышения эффективности государственного управления. При этом все нити управления объединялись в монархе и гарантировали единство государства, а не конфронтацию государственных органов.

Интересен вывод П.Е. Казанского и Н.А. Захарова о том, что акты Императора 1905 г. о введении ряда свобод и созыве Государственной Думы ни в коей степени не ограничили власти царя. Государственная Дума стала лишь совещательным органом при царе, за которым сохранялось последнее решение по любому проекту закона. Более того, власть императора не определяется законом, а держится на нравственном авторитет и совести монарха и вере народа. Даже если бы о самодержавии не было бы и строчки в законодательстве, тем не менее, оно было бы живо и работало исключительно благодаря вере народа. Вся сила самодержавия проистекает из народного воззрения. Поэтому ни законом она создается и ограничивается, а исключительно доверием народа. Николай Алексеевич так описывает природу нравственно-психологическую сущность царской власти: «Понятие о верховном главенстве царской власти росло веками, вот почему самодержавие можно вычеркнуть из основных законов, самодержец может от него сам отречься, но это будет актом односторонним; чтобы это понятие исчезло, необходимо его

[865] Захаров Н.А. Указ. соч. С. 32 – 33.
[866] Захаров Н.А. Указ. соч. С. 305.

изгладить еще его и из сознания народного, так как сознание народное в своем правообразующем движении всегда может восстановить пропущенное в тексте законов понятие… самодержавие и конституция – понятия нисколько друг друга не исключающие, вместе с тем понятие самодержавия не исчезло в народном сознании»[867].

Н.А. Захаров и П.Е. Казанский показывали существенную разницу между конституционно-договорным строем западных монархий и республик и религиозно-нравственными и психологическими основами русского самодержавия. Борьба за власть на Западе породила закон и договор как средства решения спора между сословиями и королем. Единство классов и сословий в России позволило обойтись без договоров и конституции и основать верховную власть на базе нравственного единства царя и народа. Рассуждая о русской конституции, Н.А. Захаров подчеркивает: «Она не знает принципа разъединения – дуализма, она, видимо, наоборот, говорит об единении, о согласности действий. Дуалистическая конституция – является конституцией соотношения сил, известного соревнования и борьбы, и ошибочен взгляд на существование этого ревнивого дуализма в наших основных законах. Они именно говорят об единении (статья 7) как известном моральном начале, руководящем правотворящим сознанием нашей соединенной законодательной власти… мораль одна – не может быть в ней двух измерений – и раз это так, то, очевидно, невозможно говорить о раздельности властвования там, где обе стороны проникнуты одинаковыми воззрениями и понятиями»[868].

Таким образом, в учении Н.А. Захарова и П.Е. Казанского была обоснована нравственно-правовая концепция русской самодержавной власти как обусловленную народным сознанием верховную, неограниченную власть монарха, жертвующего собой ради народа и Бога и способного, минуя формальный закон, на последнее совестливое решение в экстраординарных обстоятельствах.

2.16. Характеристика кодификационных работ в Российской империи в XIX в. (на примере Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г.)

Особого внимания заслуживает в свете раскрытия эволюции отечественной юридической науки XIX века такой отразивший это развитие памятник права, как Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., впитавшее в себя все уголовно-правовые наработки предыдущих веков (в отличие от законодательства иных отраслей, во многом опиравшегося на рецепцию иностранного права) и являвшееся действующим нормативным правовым актом (в редакции 1866 и 1885 гг.) в основной своей массе вплоть до Революции 1917 г. Именно этому Уложению необходимо посвятить особый параграф настоящего Курса.

---

[867] Захаров Н.А. Указ. соч. С. 319.
[868] Захаров Н.А. Указ. соч. С. 154 – 155.

Ни для кого не секрет, что, начиная с эпохи Петра I, и по настоящее время, российская государственная и правовая система испытывает на себе постоянное воздействие заимствованных институтов и конструкций. Наиболее характерным примером заимствования в дореволюционном праве выступают Судебные уставы 1864 года, которые в значительной своей части являются простым копированием французского процессуального законодательства. В советский период, с одной стороны, можно говорить об определенной самостоятельности социалистического права, если, при этом, не обращать внимание на то, что сама марксистская идеология есть в чистом виде продукт западной цивилизации, а соответственно и разработанная на её основе государственно-правовая модель в определенной части выступала чужеродной по отношению к самобытным устоям российской правовой действительности. Наконец, на современном этапе, значительные массивы правовых норм, институтов и даже отдельные отрасли права, а также государственные институты, копируются с западных образцов. Это можно сказать, к примеру, об уголовно-процессуальном, гражданско-процессуальном, гражданском, семейном законодательстве, об институтах парламентаризма, о судебной системе.

При этом мало кто, осуществляя, или предлагая те или иные нововведения в государственно-правовую сферу по западному образцу, задумывается, во-первых, *о работоспособности этих конструкций на российской почве*, а во-вторых, *исследует образцы отечественных государственно-правовых конструкций, имевшиеся на предыдущих этапах развития государства и права, на предмет их применимости и работоспособности в современных условиях*. Можно с полной уверенностью сказать, что в этом заключается одна из причин, вследствие которых на современном этапе развития государственно-правовой системы России в ней не наблюдается надлежащей согласованности, единства и стабильности.

В рамках настоящего параграфа мы видим своей задачей обратить внимание на неиспользованный до сих пор в полном объеме позитивный правовой опыт Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года, в частности, в области критериев определения меры уголовного наказания вообще и за преступление, совершенное в соучастии, в частности. ***Этот частный случай как нельзя лучше иллюстрирует, что уж если в рамках уголовного законодательства, традиционно являющегося наиболее консервативной отраслью, характеризующегося высокой степенью преемственности, можно встретить яркие случаи забвения позитивного отечественного правового опыта, то что же говорить, например, о цивилистических отраслях, и о правовой системе в целом.***

Как известно, на третьем этапе систематизации законодательства Российской империи, проводимом при Николае I, наибольших результатов удалось добиться в области уголовного законотворчества - было принято Уложение о наказаниях уголовных и исправительных (далее – Уложение 1845 года). Это Уложение с 1846 года сменило действовавший непродолжительное

время XV том Свода законов Российской империи, текст которого, как указывается в литературе, был активно использован при разработке проекта указанного уложения[869]. Кроме того, отмечается, что Уложение 1845 года представляло собой обширный кодекс, состоявший из 2224 статей, включавший 12 разделов, распадавшихся на главы, некоторые главы – на отделения, отделения – на отделы[870], также, что казуистичность, характерная для Свода законов, преодолена не была[871]. На повышенную казуистичность Уложения 1845 года указывают также и специалисты в области уголовного права[872]. Что характерно, - все, - и специалисты в области истории права, и ученые-криминалисты, называют Уложение 1845 года уголовным кодексом. Причем, наиболее жесткая критика этого акта дается его современниками – Н.С. Таганцевым и В.Д. Спасовичем. Так, профессор уголовного права Н.С. Таганцев отмечает, характеризуя Уложение 1845 следующее: «Вместо того, чтобы дать в *кодексе* (курсив наш - *Е.К.*) общие положения, характеризовать преступные деяния и затем представить правоприменителям закона путем толкования подводить под эти положения отдельные случаи, составители задумали соперничать с творческой силой жизни, они мечтали казуистикой *кодекса* (курсив наш - *Е.К.*) обнять вечно новые явления в области преступлений, они предполагали создать для суда такие руководящие начала, при помощи которых судья приравнивался бы к машине, не требующей для своей деятельности никаких юридических знаний»[873]. Аналогичным образом рассуждает и В.Д. Спасович[874]. Профессор А.В. Наумов, который приводит эти две позиции дореволюционных криминалистов, соглашаясь с такой критикой Уложения 1845 года, высказывает и ряд аргументов и в его защиту. Основная мысль сводится к тому, что именно на период разработки и принятия Уложение отражало уровень юридической науки того времени, было продуктом своей эпохи; ученый, при этом ссылается на ещё одного виднейшего дореволюционного профессора-криминалиста Н.Д. Сергиевского, который указывал, что «составители Уложения 1845 года сделали не только не менее, но даже более, чем мы могли от них требовать»[875].

По нашему мнению, *более точно данный правовой акт будет все-таки характеризовать отечественный термин «уложение», а не зарубежный термин «кодекс»*. Стоит отметить, что в сравнении, например, с Французским УК 1810, масштаб регулирования и детализация регламентации (как раз то, что ставится, как указывалось, в вину разработчикам) не позволяют говорить, что имеет место именно *кодекс*, скорее, можно вести речь о *самобытном русском*

---

[869] См.: Российское законодательство X-XX вв. В девяти томах. Т. 6. Законодательство первой половины XIX века / под общ. ред. О.И. Чистякова. – М.: Изд-во «Юридическая литература», 1988. – С. 163.
[870] См.: Там же.
[871] См.: Там же.
[872] См. например: Курс российского уголовного права. Общая часть / С.В. Бородин [и др.]; под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Спарк, 2001. – С. 92-94.
[873] Таганцев Н.С. Лекции по русскому уголовному праву // Цит. по: Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 3 т. Т. 1. Общая часть / А.В. Наумов. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 107.
[874] См.: Там же. С. 107-108.
[875] См.: Там же. С. 108.

правовом акте, в котором нормы как бы уложены, приложены друг к другу, характеризуют особый уклад политико-юридической жизни, зачастую имеют место пространные и «живые», «жизненные» формулировки правил оценки тех или иных ситуаций, которые далеки от механистических, формализованных, сухих, абстрактных, и можно сказать даже, «мертвых» формулировок правил, к примеру, используемых в современных кодифицированных актах; хотя указанные соображения не ставят под сомнение кодифицированный характер Уложения, безусловно, именно посредством кодификации был сформирован данный акт, просто он может рассматриваться в качестве самостоятельной разновидности нормативных кодифицированных актов.

Отталкиваясь от исходного тезиса о самобытности и уникальности рассматриваемого правового акта обозначим, что *казуистичность и громоздкость Уложения 1845 года не следует считать его недостатками.* С одной стороны, с формальной точки зрения не следует применять меру совершенности импортных нормативно-правовых актов, обладающих своими собственными уникальными чертами к отечественным актам иной видовой принадлежности. Мы не случайно выше выдели слово «кодекс» в оценке Н.С. Таганцевым Уложения 1845 года: профессор уголовного права воспринимал зарубежный образец правотворчества как эталон, и критиковал отечественный акт за несоответствие этому эталону, видимо, не беря в расчет, что на российской почве вполне может сформироваться и что-то самобытное и уникальное (что характерно, Н.С. Таганцев критиковал составителей Уложения 1845 года за безоглядные заимствования положений зарубежного законодательства, а, тем временем, и сам, критикуя этот акт, пользуется наработками по некой идеальной модели западноевропейского кодифицированного акта - кодекса).

Правила сравнения и сопоставления явлений годятся только в случае их однородности, в противном случае существует опасность подмены научного исследования грубым редукционизмом – предварением решения проблемы её упрощением. Гораздо уместнее и обоснованней сравнивать рассматриваемый акт с Соборным уложением 1649 года, хотя и со значительной долей условности, поскольку последнее выступает комплексным актом, в отличие от Уложения 1845 и, к тому же, представляет собой правовой памятник совершенно иной исторической эпохи. Однако, в литературе указывается на обстоятельство, касающееся имевшегося у разработчиков замысла о построении на заключительном этапе систематизационных работ именно комплексного Уложения (в частности, говорится, что М.М. Сперанский планировал кодификационные работы поэтапно: сначала он хотел собрать воедино все законы, изданные с момента принятия Соборного Уложения, затем привести их в определенную систему и наконец на

базе всего этого издать новое Уложение)[876], которое частично воплотилось в Уложении 1845 (оно обозначается как элемент третьего этапа)[877], позволяет гипотетически говорить о сходной логике построения и формирования Соборного уложения 1649 года и рассматриваемого акта. По крайней мере, можно утверждать, что в планах разработчиков Уложения 1845 года было построение чего-то большего, чем Свод законов Российской империи, какого-то нового акта, фрагмент которого составило указанное уложение, что позволяет провести отдаленную параллель между Уложением 1845 года и Соборным уложением 1649 года. Таким образом, Уложение о наказаниях уголовных и исправительных имеет свою собственную внутреннюю логику построения, относительно которой это вполне совершенный акт, представляющий собой более высокую ступень развития нормотворческой техники, по сравнению с однопорядковым актом предшествующей эпохи.

Представляется также, что и *с содержательных позиций Уложение о наказаниях уголовных и исправительных следует оценивать гораздо выше, нежели это делается в юридической литературе.* Системный и сравнительный анализ норм данного Уложения, а также Уголовного уложения Российской империи 1903 года, а кроме того, советского уголовного законодательства, да, пожалуй и современного, позволяет сделать вывод о том, что *многие уголовно-правовые институты – соучастие, смягчающие и отягчающие наказание обстоятельства, назначение наказания, система и виды наказаний, получили детальное и адекватное закрепление, причем, количественные и качественные характеристики правового регулирования этих институтов Уложении 1845, как нам представляется, имеют более высокие показатели, чем в последующих актах.* Дело в том, что за этой казуистичностью, громоздкостью формулировок кроется, как в случае со смягчающими и отягчающими вину обстоятельствами, детальное и грамотное регулирование уголовно-правовых отношений. В частности, если в Уложении 1845 года мы видим очень подробный перечень «уменьшающих и увеличивающих вину обстоятельств», а также подробную регламентацию компетенции судов в применении данных обстоятельств, то в Уголовном уложении 1903 года вообще подобные перечни отсутствуют, и есть лишь Отделение Восьмое, посвященное правилам отмены наказания, не содержащее смягчающих обстоятельств[878]. Не слишком развернуто перечень смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств дает и советский законодатель в УК 1922 и 1926 годов. Это ставит вопрос в том числе и о преемственности в уголовно-правовом регулировании вопросов назначения наказания, об использовании достижений отечественной науки и законотворчества при формировании

---

[876] См.: История отечественного государства и права: Учебник / Л.В. Дюков, Ю.А. Егоров, В.С. Кульчицкий [и др.]; под ред. О.И. Чистякова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2004. / [Электронный ресурс], URL: http://www.consultant.com

[877] См.: Там же.

[878] См.: Российское законодательство X-XX вв. В девяти томах. Т. 9. Законодательство эпохи империализма в буржуазно-демократических революций / под общ. ред. О.И. Чистякова. – М.: Изд-во «Юридическая литература», 1988. – С. 275-320.

очередных кодифицированных актов. Как можно увидеть, законодатель долгое время не использовал в полном объеме опыт Уложений 1845 года при формулировке критерием определения меры уголовного наказания.

То же самое, и, пожалуй, даже в большей мере можно сказать и о уголовно-правовом регулировании института соучастия и вопросов назначения наказания за преступление, совершенное в соучастии, т.е. критериев определения индивидуальной меры наказания соучастнику преступления. Общая часть Уложения 1845, представленная его первой главой, содержит Отделение третье «О участии в преступлении». В соответствии с ним, учитывается, совершено ли преступление в соучастии по предварительному соглашению, или без предварительного соглашения. Для преступления совершенного в соучастии без предварительного соглашения, характерны следующие виды соучастников (ст. 14):

- **главные виновники**: те, *которые распоряжались или управляли действиями других;* приступили к действиям прежде других, или же непосредственно совершили преступление;

- участники: во-первых, те, которые непосредственно помогали главным виновным в совершении преступления; во-вторых, те, которые доставляли средства для совершения преступления, или же старались устранить препятствия, к тому представлявшиеся[879].

Для преступления, совершенного в соучастии с предварительным соглашением, в ст. 15 Уложения предусмотрены следующие виды соучастников:

- **зачинщики**: те, которые умыслив содеянное преступление, согласили на то других, и *те, которые управляли действиями при совершении преступления или покушении на оное,* или же первые к тому приступили;

- сообщники: «те, которые согласились с зачинщиками или с другими виновными совершить, совокупными силами или действиями, предумышленное преступление»;

- подговорщики и подстрекатели: «те, которые не участвуя сами в совершении преступления, употребляли просьбы, убеждения или подкуп и обещание выгод, или обольщения и обманы, или же принуждение и угрозы, дабы склонить к оному других»;

- пособники: «те, которые также, хотя не принимали прямого участия в самом совершении преступления, но из корыстных или иных личных видов, помогали или обязались помогать умыслившим оное, советами или указаниями и сообщением сведений, или же доставлением других каких-либо средств для совершения преступления, или устранением представлявшихся к содеянию оного препятствия, или заведомо, пред совершением преступления, давали у себя

[879] Российское законодательство X-XX вв. В девяти томах. Т. 6. Законодательство первой половины XIX века / под общ. ред. О.И. Чистякова. – М.: Изд-во «Юридическая литература», 1988. – С. 175.

убежище умыслившим оное, или же обещали способствовать сокрытию преступников или преступления после содеяния оного»[880].

На первый взгляд в этих нормах может показаться излишняя дробность, и даже определенная противоречивость в изложении. Однако, это только на первый взгляд, при внимательном изучении можно увидеть, что дореволюционный законодатель постарался учесть всевозможные вариации соучастников при совершении преступления, разделяя не только исполнителей и прочих соучастников, но и выделяя виды соисполнителей, и виды других соучастников. Особенно примечательно, что среди признаков таких соучастников, как зачинщики и главные виновники, прослеживаются характерные черты такой фигуры, предусмотренной современным регулированием института соучастия, как организатор – «управлявшее или руководившее действиями других при совершении преступления или покушении на оное; распоряжавшее или управлявшее действиями других».

Можно сказать, что уже Уложению 1845 года известны такие виды соучастников, как исполнитель, подстрекатель, пособник и организатор, правда, в немного завуалированном за традиционной формулировкой виде, однако, с выделением всех необходимых признаков. Таким образом, для Уложения 1845 года характерно совершенное для своего времени, да и ля последующих периодов в истории уголовного права России, регулирование института соучастия. Стоит отметить, что в Уголовном уложении 1903 года хотя указанные характеристики видов соучастников и перестают быть такими громоздкими, и называются они уже так, как в современном законодательстве, но куда-то теряется фигура организатора. Не выделяется до 1958 года организатор и в советском уголовном законодательстве, проявляясь лишь в ряде статей особенных частей уголовных кодексов того периода, предусматривающих ответственность за создание и руководство бандами и антисоветскими организациями. И только в Основах уголовного законодательства Союза ССР и республик 1958 года в ст. 17 снова появляется организатор, причем его определение так и не приобрело той точности, которая имелась в Уложении 1845 года, не стало оно точнее и до сих пор.

Существенным достоинством Уложения 1845 года является само построение отделения второго «О мере наказания». Ст. 110, открывающая данное отделение, дает перечень вопросов, от которых зависит окончательная мера наказания, а последующие отделы данного отделения эти вопросы конкретизируют конкретными правилами: «110. Мера установленного законом за преступление или проступок наказания определяется: 1) По мере большей или меньшей умышленности в содеянии преступления; 2) По мере большей или меньшей близости к совершению оного, если преступление не вполне совершено; 3) По мере принятого подсудимым участия в содеянии преступления или в покушении на оное; Наконец, 4) по

[880] Там же. С. 176.

особенным сопровождавшим со деяние преступления или покушения на оное обстоятельствам, более или менее увеличивающим или же уменьшающим вину преступника»[881]. Таким образом, законодатель сначала как бы дает общее представление о том, чем следует руководствоваться при определении меры наказания конкретному лицу за конкретное деяние, а затем эти положения детализирует, - получается, что Уложению 1845 года уже было известно разделение правил назначения наказания на общие и специальные, а также выделение общих начал, исходных, отправных положений для определения меры наказания. При этом законодателем была выдержана логика построения системы правил определения меры уголовного наказания.

Наконец, и назначение наказания за преступление, совершенное в соучастии, в Уложении 1845 регламентируется куда более подробно, чем во всем последующем уголовном законодательстве. В главе второй «О наказаниях» отделение второе «О мере наказания» отводит регулированию этого вопроса 3-й отдел «О наказании по мере участия в преступлении». Стоит отметить, что тех пор ни в одном законодательном акте самостоятельный раздел не посвящался назначению наказания за преступление, совершенное в соучастии, и только в ныне действующем УК РФ появилась самостоятельная статья статья, регулирующая эти вопросы. Уложение же 1845 года вопросы назначения наказания соучастникам рассматривает в 12-ти статьях. Часть из них, правда, касается больше прикосновенности преступлению, но большая часть именно определяет меру наказания соучастникам преступления. Говоря предельно кратко, в этих статьях устанавливаются пределы наказания в зависимости от участия в преступлении по каждому виду соучастника. Например, ст. 125 Уложения гласит: «Все сообщники в преступлении, содеянном по предварительному на то соглашению, подлежат наказанию, за сие преступление законом положенному; но мера оного определяется по мере содействия их зачинщикам, как в приготовлении к преступлению и в привлечении к оному других, так и в самом исполнении. Те из них, которые хотя и случайно и по не зависевшим от их воли обстоятельствам, не находились на месте преступления, приговариваются к наказанию одною степенью ниже против тех, кои были при содеянии оного и сами в том участвовали; а те, которые добровольно уклонились от принятия участия в преступлении, но об умысле на оное не донесли своевременно надлежащему или иному ближайшему начальству, приговариваются к наказанию двумя или, буде какие-либо особенные обстоятельства затрудняли донесение, и тремя степенями ниже против участвовавших в совершении преступления»[882]. Таким образом, Уложение 1845 года несет позитивный правовой опыт построения формализованной системы назначения наказания

---

[881] Российское законодательство X-XX вв. В девяти томах. Т. 6. Законодательство первой половины XIX века / под общ. ред. О.И. Чистякова. – М.: Изд-во «Юридическая литература», 1988. – С. 195.

[882] Российское законодательство X-XX вв. В девяти томах. Т. 6. Законодательство первой половины XIX века / под общ. ред. О.И. Чистякова. – М.: Изд-во «Юридическая литература», 1988. – С. 198.

соучастникам преступления, в которой предусмотрены четкие пределы и критерии определения меры этого наказания.

Можно констатировать, что по ряду вопросов Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года содержит позитивный самобытный опыт правового регулирования институтов уголовного права. Прежде всего, многие современные институты – вина, неоконченное преступление, соучастие, уже были регламентированы и распределены по отдельным структурным единицам, имелось и определение преступления. Кроме того, приведенные примеры из общей части Уложения в их сравнении с современным, советским и дореволюционным законодательством позволяют говорить, что Уложение 1845 года не просто соответствовало своей эпохе, тому уровню развития правовой науки, но во многом её обгоняло, опережало, а кроме того, шло впереди последующих уголовно-правовых актов. Проблемой, на наш взгляд, выступает то, что законодатель до сих пор в полном объеме этот опыт не использует. Думается, что если при разработке проекта нового уголовного кодекса будет учитываться и Уложение 1845, то субъекты правотворчества избавятся от необходимости «изобретать велосипед», а воспользуются когда-то ранее существовавшими вполне работоспособными конструкциями (не стоит забывать, что данное Уложение сохраняло свое действие вплоть до революции 1917 года – т.е. более 70-ти лет, с незначительными изменениями).

Таким образом, изначально выдвинутый нами тезис о том, что даже для такой консервативной отрасли законодательства, как уголовное, характерно забвение отечественного позитивного правового опыта, находит свое подтверждение. Ни советский, ни, что самое непонятное, современный законодатель, не обратили в должном объеме внимание на существовавшие в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года детально разработанные критерии определения меры уголовного наказания, и в частности, касательно определения наказания соучастникам преступления. В целом, конечно, мы выступаем против дальнейшей формализации на законодательном уровне этих критериев: на наш взгляд, достаточно уточнения их содержания на уровне официального толкования уголовного закона Верховным судом РФ. Да и сама жизнь, зачастую, безусловно богаче любой нормы, что, в свою очередь, предполагает допущение определенного судебного усмотрения. Но, с другой стороны, сложно сказать, опираясь на материалы судебной практики, что существующие в уголовном законодательстве критерии определения меры наказания соучастникам преступления выполняются судьями: они, по меньшей мере, забывают указывать в приговорах, что вообще применяли требования ст. 67 УК РФ.

Возможно, что формализация правил определения меры наказания за преступление, совершенное в соучастии, проведенная по образцу Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года и не будет способствовать формированию у судей способности к

неординарному и самостоятельному принятию решений в той или иной ситуации, не регламентированной в законе во всех деталях, но хотя бы приведет к тому, что суды будут вынуждены в приговорах расписывать, чем и в каком объеме они руководствовались при определении меры наказания тому или иному соучастнику, а в конечном счете – к более полному соблюдении норм уголовного права. ***Но самое главное – в этом случае будет рассмотрен в полном объеме опыт законотворчества Российской империи в области уголовного права, касающийся, в частности, закрепления критериев определения меры уголовного наказания, на предмет его применимости в современных условиях в целях повышения эффективности противодействия преступности, а в конечном счете – и работоспособности правовой системы в целом.***

Главная проблема недооценки отечественного политико-юридического опыта, в особенности, в сфере методологии юридической науки (это явно бросается в глаза при анализе современных комплексных методологических работ В.М. Сырых, Д.А. Керимова, Н.Н. Тарасова, И.Л. Честнова, В.В. Лазарева и др.), заключается в том, что в сознании «просвещенной общественности» до сих пор утвердилась установка, очень ярко показанная в высказывании апостола Нафанаила (Варфоломея) в Евангелии от Иоанна: «Из Назарета может ли быть что доброе?», на которую так и хочется ответить, как ответил этому апостолу другой ученик Христа Филипп: «Пойди и посмотри». Суть этой установки заключается в презумпции того, что в России по определению ничего не может быть изобретено доброго, превосходящего западные изобретения, или хотя бы не уступающее им. В.В. Кожинов констатирует наличие такой презумпции не только до Революции 1917 г., но и в советское время, за исключением отдельных коротких по времени периодов, когда власть имеющие понимали необходимость поддержки отечественной науки и признавали, что она в принципе не уступает западным аналогам. Р.В. Насыров также в связи с этим отмечает, что Российская культура получила бесспорное признание именно в тех сферах, где она не боялась «быть самой собой», однако, к глубокому сожалению, ни сфера политики, ни сфера права не попадают в эти области обретения национального самосознания. Между тем, наличие этого самосознания есть не что иное как наиважнейшее условие сохранения национально-культурной идентичности, поэтому обращение к отечественному политико-правовому опыту выступает на сегодняшний день олним из важнейших направлений юридических исследований.

2.17. Психологическая теория права Л.И. Петражицкого

Имя Льва (Леона) Иосифовича Петражицкого (1867 – 1931) вошло во все энциклопедии, курсы по юриспруденции и социологии, во многие философские и психологические труды. В России и Польше, во Франции и Германии – повсюду его цитируют, на него ссылаются, иногда

просто упоминают. И почти во всех случаях он фигурирует как основоположник психологической теории права. Теория Л.И. Петражицкого получила широкое распространение в начале XX века в России, а позднее - благодаря таким ученикам Л.И. Петражицкого как Ж. Гурвич, Н. Тимашев – и в зарубежных государствах (главным образом в США). Издание им в 1907 году «Теории права и государства в связи с теорией нравственности» расценивается и по сей день как «крупное научное событие не только в русской, но и в европейской литературе»[883]. Его взгляды представляют тем больший интерес, что они стали достоянием именно русской правовой мысли, поскольку наиболее плодотворный период деятельности Л.И. Петражицкого пришелся на преподавание в Санкт-Петербургском университете.

Однако научные заслуги Л.И. Петражицкого отнюдь не общепризнанны. Его взгляды резко критиковали многие дореволюционные российские юристы (например, В.И. Сергеевич), не принимали марксисты (например, Е.Б. Пашуканис и П.И. Стучка; отрицательно оценивал прежде всего политическую деятельность Л.И. Петражицкого в качестве члена партии кадетов и В.И. Ленин[884]), отвергали советские правоведы[885]. Однако марксистской юридической науке вовсе не были чужды некоторые идеи Л.И. Петражицкого А. В. Луначарский в статье «Революция и суд» писал, что революция создает новое право, которое коренится в революционной совести; народ несет с собой новое интуитивное право. А Декрет «О суде» возвел революционное правосознание судей в разряд источников права. А М. Рейснер вообще предпринял попытку синтезировать психологическую теорию и марксизм. Но, несмотря на все это, до сегодняшнего дня нет ни одного прикладного исследования, которое бы в своей основе отталкивалось от учения Л.И. Петражицкого.

По мнению С.Н. Бледного, «процесс формирования психологической теории права, ее кристаллизация в изложении Л. И. Петражицкого в хронологическом порядке распадается на три основных этапа»[886]. Первый – 1897-1900 гг. – это формулирование концептуальных положений теории права (выходит статья «Что есть право?»). Второй период – 1900-1905 гг. – включает в себя изложение взглядов Л.И. Петражицкого по проблемам эмоциональной психологии, вопросам соотношения права и нравственности (в свет выходит «Эмоциональная психология»). И, наконец, третий – 1905-1909 гг. – Л.И. Петражицкий публикует двухтомный труд «Теория права и государства в связи с теорией нравственности», который предстает в качестве итогового и содержит в себе целый комплекс концептуально новых юридических понятий, сформированных и

---

[883] *Графский, В.Г.* История политических и правовых учений: учеб. – М., ТК Велби, - Изд-во «Проспект», - 2005, - С.467.

[884] См.: *Ленин, В.И.* Думские партии и народ./ полн. собр. соч. Т.13, - С.297-300.

[885] В этом смысле показательно то, что в Большой Советской Энциклопедии психологическая теория Л.И. Петражицкого характеризуется не иначе как «антинаучная» - См.: Большая советская Энциклопедия. Т. 45, - М., - ОГИЗ РСФСР, - 1940, - Ст.270.

[886] *Бледный, С.Н.* Петражицкий Л. И. – создатель российской психологической теории права.// История государства и права, - №5, - 2003, - С.15.

сформулированных ученым на основе разработанных им же в предшествующие годы методологических положений.

Справедливо замечание, согласно которому психологическая теория права явилась реакцией на монополию позитивизма, материализма в социальных науках, в т.ч. и правоведении. Современники Л.И. Петражицкого в большинстве своем видели в праве позитивно существующий факт, доступный для изучения с помощью методологии точных наук. Такое утилитарное отношение к праву, предполагающее его полную бездуховность, и побудило Л.И. Петражицкого к поиску основ права в нематериальной сфере – психике человека. В связи с этим он замечал: «Мы в жизни на каждом шагу приписываем себе и другим разные права и поступаем сообразно с этим вовсе не потому, что так сказано в Своде Законов, а просто потому, что по нашему самостоятельному убеждению так следует»[887].

Правовая же наука, по мнению Л. И. Петражицкого, пошла по ложному пути и стала искать право там, где его вовсе нет. Право вовсе не состоит в каких либо внешних, осязаемых формах, а уж тем более в писаных законах, оно коренится в психике. А современная юриспруденция, в ввиду своей ненаучности не в силах дать истинного определения права, а потому она и выдает за право лишь немногие его внешние проявления, пользуется различными фикциями, фантазмами, чтобы хоть как-то сгладить вынужденные противоречия в правопонимании. На самом деле, то, что мы привыкли называть правом (прежде всего в объективном смысле), есть ничто иное, как фантазм – искусственно созданное разумом человека явление.

И вместо традиционного деления элементов психической жизни в основу всех наук, так или иначе касающихся психики, в том числе наук о праве, о государстве, о нравственности, Л.И. Петражицкий закладывает деление на 1) двусторонние, пассивно – активные переживания, или эмоции; 2) и только односторонние переживания (пассивные или активные). Именно разновидностью двусторонних этических, эмоционально-интеллектуальных явлений и являются нравственность и право, имеющие как схожие, так и отличительные черты.

Далее Л.И. Петражицкий предпринимает попытку оргинального разграничения нравственности и права.

В некоторых случаях этического сознания то, к чему мы себя считаем обязанными, представляется нам причитающимся другому как нечто ему должное, следующее ему от нас, так, что он может притязать на соответствующее исполнение с нашей стороны; это исполнение с нашей стороны, например, уплата установленной платы работнику, представляется не причинением особого добра, благодеянием, а лишь доставлением того, что ему причиталось,

---

[887] *Петражицкий, Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. - Серия «Мир культуры, истории и философии», - СПб.: Издательство «Лань», - 2000, - С.77.

получением с его стороны «своего»; а неисполнение представляется причинением другому вреда, обидой, лишением его того, на что он мог притязать как на ему должное.

В других случаях этического сознания, например, если мы считаем себя обязанными оказать денежную помощь нуждающемуся, дать милостыню и т. п., то к чему мы считаем себя обязанными, не представляется нам причитающимся другому как нечто ему должное, следующее ему от нас, и соответствующее притязание, требование с его стороны представлялось бы нам неуместным, лишенным основания; доставление с нашей стороны соответствующего объекта, например, милостыни другому и получение с его стороны представляется не доставлением причитавшегося и получением другим своего, а зависящим от нашей доброй воли причинением добра; а недоставление, например, изменение первоначального намерения оказать помощь просящему вследствие встречи кого-либо другого, более нуждающегося, не представляется вовсе недопустимым посягательством, причинением вреда, отказом в удовлетворении справедливого притязания.

Такие обязанности, которые осознаются свободными по отношению к другим, по которым другим ничего не принадлежит, не причитается со стороны обязанных, Л.И. Петражицкий называет нравственными обязанностями, нравственностью. Те же обязанности, которые сознаются несвободными по отношению к другим, закрепленными за другими, по которым то, к чему обязана одна сторона, причитается другой стороне как нечто ей должное, он именует правовыми или юридическими обязанностями, или правом. Таким образом, нравственные нормы можно охарактеризовать как односторонние или императивные (есть право поступить так, но нет обязанности), а правовые – как двусторонние или императивно – атрибутивные (есть право поступить так и есть обязанность поступить именно так).

Хоть и Л. И. Петражицкий четко указывает на критерий деления этих двух явлений, он тут же замечает, что граница между ними подвижна, не является чем-то раз и навсегда установленным. Т.е., замечает Л.И. Петражицкий, если я вижу нищего и в моей психике возникает желание подать милостыню, но не возникает чувства обязанности сделать это, то речь идет о нравственном отношении. Если же я в аналогичной ситуации испытываю обязанность (чувствую, что другое лицо вправе требовать от меня подачи милостыни), то речь идет уже о правовом отношении. Т.е. на данном примере видно, что выработанная Л.И. Петражицким классификация применяется только с точки зрения субъективного восприятия лицом ситуации. И применительно к одному субъекту речь будет идти о праве, а применительно к другому в той же самой ситуации – о нравственности.

Будучи последовательным в своих рассуждениях Л.И. Петражицкий доходит и до порой явно абсурдных выводов: «Мы различаем правовые и нравственные явления по характеру субъективных переживаний, а не по каким-либо другим обстоятельствам. Если бы нашелся такой

субъект (душевнобольной или т. п.), который бы считал своей священной обязанностью убивать ближних, и если этот субъект сознавал свой долг как закрепленный за ближними, считал, что они могут притязать на то, чтобы он лишил их жизни, что им причитается от него такая услуга, то мы с точки зрения нашей классификации констатировали бы здесь наличие правового сознания, правового долга»[888]. Именно за такие положения психологическая теория права была воспринята представителями современной Л.И. Петражицкому юриспруденции как ненаучная.

Таким образом, мы видим, что Л. И. Петражицкий принципиально по-иному, нежели его современники, решал вопрос о том, что есть право. Отсюда и совсем другое представление о круге тех явлений, которые в совокупности и представляют право. По мнению Л.И. Петражицкого, к праву в числе прочего относится и следующее: 1) бесчисленные правила разных игр (игровое право), правила общения детей между собой во время игр (детское право); 2) так называемые правила вежливости, обращения в обществе, этикета тоже в значительной степени имеют в своей основе обязательно – притязательные переживания и, соответственно, представляют собой ничто иное как нормы права; 3) в сферу права входят и область художественной, научной, технической и иной критики произведений чужого творческого или иного труда; 4) право преступных организаций и вообще преступная правовая психика (преступное право). В преступных сообществах существуют целые системы императивно – атрибутивных норм, определяющие организацию сообщества, распределение обязанностей, раздел добычи и т.д.

Однако, не смотря на всю внешнюю абсурдность некоторых положений психологической теории права, стоит признать, что Л.И. Петражицкий своими неординарными суждениями поднимает действительно проблемные для современной юриспруденции вопросы. Так, Л.И. Петражицкий безусловно признает правосубъектность животных: «Следует ожидать, что если роль спасителя жизни или иного благодетеля по отношению к кому-либо сыграло животное, то человек, которому животное спасло жизнь или причинило иное добро, если у него чуткая правовая совесть, не оплатит животному за добро злом, а будет склонен переживать такие правовые акты сознания, по которым животному за спасение его жизни причитается с его стороны благодарность и соответствующее поведение»[889].

И если спасенный захочет на будущее гарантировать материальное благополучие такого животного, то позитивистская юриспруденция не позволит признать такое животное, скажем, наследником в рамках гражданского правоотношения. Гражданское право склонно рассматривать его в качестве объекта гражданских прав, не обладающего сознанием и волей, право- и дееспособностью. И ценность провоцирующей мысли Л.И. Петражицкого заключается в том, что

---

[888] *Петражицкий, Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. - Серия «Мир культуры, истории и философии», - СПб.: Издательство «Лань», - 2000, - С.59.

[889] *Петражицкий, Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. - Серия «Мир культуры, истории и философии», - СПб.: Издательство «Лань», - 2000, - С.106.

он заставляет нас задуматься: а, действительно, в чем принципиальная разница между признанием животного в качестве наследника (субъекта правоотношения) и признанием таковым недееспособного лица? Современное право выстраивает такую конструкцию: недееспособный может стать наследником, однако в силу затруднений с выражением им своей воли юридически значимые действия от его имени совершает опекун. Л.И. Петражицкий справедливо интересуется, почему нельзя наделить животное статусом наследника, а те же полномочия по распоряжению имуществом не возложить на человека.

Господствующая позиция в отношении животных абсолютно не признает их субъектами права, правоотношений. И если речь идет, скажем, о запрещении грубого обращения с животными, то в таком случае имеются ввиду вовсе не интересы (а тем более права) самого животного, а интересы человека, охрана его от неприятного лицезрения бесцельного истязания животных. На этот счет Л.И. Петражицкий возражает тем, что человек настолько привык смотреть на мир через антропоморфные очки эгоистического, эксплуататорского цвета, что мысль о правах животных выглядит для него как научная ересь.

В итоге мы должны признать учение Л.И. Петражицкого безусловно оригинальным. Но в своем стремлении опровергнуть установившиеся «истины» оправе автор этой концепции порой сам формулирует абсурдные положения. Кроме того, Л.И. Петражицкий настойчиво обходит стороной принципиальный для его учения вопрос о первопричине права, он показывает, как оно зарождается в душе человека, как функционирует, но не ясно, почему это происходит. В тексте «Теории права и государства в связи с теорией нравственности» мы можем лишь в нескольких местах прочитать о том, что право представляет бессознательно – удачное приспособление, выработанное обществом. По этому вопросу совершенно справедливо делает замечание Б.Н. Чичерин: «Г-н Петражицкий не входит в рассмотрение, откуда у нас берутся эти [правовые] убеждения и на каком основании мы можем навязывать их другим»[890]. Остается лишь предположить, что автор психологической теории намеревался разрешить эту проблему в своих последующих работах.

2.18. Своеобразие евразийской юридической мысли

На современном этапе развития российской правовой мысли вновь оживился интерес научного сообщества к евразийству как целостному социально-политическому мировоззрению, выступающему альтернативой как западническим – либеральным и социалистическим, так и «почвенническим» - славянофильским, «иосифлянским» и им подобным проектам. Это, своего рода, третий путь дальнейшего развития российской цивилизации, который хотя и продвигается в

---

[890] *Чичерин, Б.Н.* Психологическая теория права./ Избранные труды, - СПб.: Изд-во С. – Петербургского ун-та, - 1997, - С.503. Там же на стр. 505 читаем «как скоро мы исследуем самую сущность предмета, так мы не можем уже ограничиваться одним фактом; надобно указать его основания».

определённой степени в средствах массовой информации в качестве национальной идеи для сплочения народов России и бывшего СССР, но для большинства людей, в т.ч. и представляющих интеллигенцию, остаётся экзотической загадкой. Непонимание рождает неприятие, неприятие рождает отчуждённость, отчуждённость рождает подозрительность, которая, в свою очередь, отталкивает «мыслящие головы» ещё даже до момента начала знакомства с данным феноменом российской правовой мысли. Немалую роль в этом сыграли А.Г. Дугин и его сторонники, вполне аргументировано названные профессором А.В. Ивановым лжеевразийцами.

Деятельными участниками евразийского движения выступили Н.Н. Алексеев, Н.С. Трубецкой, Г.В. Вернадский, П.Н. Савицкий, П.П. Сувчинский, М.В. Шахматов, а также ученики и последователи «классических» евразийцев - Ю.Н. Рерих, Л.Н. Гумилёв, В.В. Кожинов, А.В. Иванов, А.С. Панарин, Н.Н. Моисеев и др. Убедительные аргументы, приводимые А.В. Ивановым, не позволяют отнести к евразийцам А.Г. Дугина, труды которого далеко ушли от идеалов движения евразийства[891]. Изначально симпатизировали евразийству, но затем покинули это движение Л.П. Карсавин и Г.В. Флоровский, последний, причём, сделался активным противником движения. Однако, то, что движение евразийства и по сегодняшний день находит своих сторонников в научной и философской среде, позволяет утверждать, что идеи евразийства живы и здравствуют, и не утратили своего перспективного общественно-политического потенциала.

Видным представителем течения евразийства выступает государствовед и правовед Николай Николаевич Алексеев. В литературе он оценивается как главный теоретик евразийской модели государства, основанной на принципах, далеких как от марскистских, так и от либеральных или монархических идеалов[892]. Прочтение работ Н.Н. Алексеева позволяет утверждать, что он преимущественно опирается на труды мыслителей нестяжательского толка. Подобного рода основа, а также попытка синтетического, целостного осмысления истории государства российского и политико-правовой мысли России в ключе представлений о евразийском единстве нашей цивилизации позволяют рассматривать его государственно-правовую модель в качестве особого, альтернативного пути развития российской государственности[893].

Сущность евразийства даже как политико-правового учения не входит в предмет настоящего параграфа. Задача перед нами стоит простая – наметить основные моменты влияния евразийского фактора на развитие российского государства и права, выявить постепенную кристаллизацию «евразийского крыла» в русской правовой мысли, что будет, как думается, выступать основанием

---

[891] См. подробнее: Иванов А.В. Евразийство: ключевые идеи, ценности, политические приоритеты: монография / А.В. Иванов, Ю.В. Попков, Ю.А. Тюгашин, М.Ю. Шишин. Барнаул, 2007. С. 60-73.

[892] Тараторин Д. Николай Алексеев // в кн. Алексеев Н.Н. Русский народ и государство / сост. А. Дугин и Д. Тараторин. – М., 2003. – С. 625.

[893] Об учении Н.Н. Алексеева см. подробнее: История правовых учений России: учебник. В 3 т. Т. III. XX-XXI вв. / под ред. В.В. Сорокина, А.А. Васильева. – М.: Юрлитинформ, 2014. С. 116-146.

для признания необходимости учёта указанного фактора в изучении и преподавании историко-юридических дисциплин.

1. Первое, что необходимо отметить в связи с рассматриваемым вопросом, - это историческая обусловленность евразийства течением всех периодов развития правовой мысли России. Конечно, вряд ли мы найдём отдельные проявления «евразийскости» в древнерусской правовой мысли, в основном, по причине отсутствия достаточных для этого конкретных исторических данных, условной точкой отсчёта будет, скорее всего, выступать исторический период становления Московского государства, одно из политических течений которого – «заволжские старцы», - как раз будет исповедовать те государственно-правовые идеалы, которые затем были восприняты «классическими» евразийцами, и Н.Н. Алексеевым, в частности. На предыдущих же двух этапах – киевском и удельном, - можно наблюдать лишь зачатки азиатского влияния на общественно-политический строй Руси, которое, к тому же, сталкивалось уже тогда с западническим католическим воздействием, собственно славянским мировоззрением и византийством. Но византийство того времени также выступало как восточное учение, и потому не противоречило азиатским веяниям. Характер же определяющего влияния на государство и право русских княжеств Северо-восточной Руси евразийский фактор приобрёл тогда, когда эти княжества вступили в союз с Золотой Ордой.

В дальнейшем многие идеи, сходные с идеологией евразийства, высказывал неординарный, и, не побоимся такого эпитета, уникальный мыслитель XVII-го в. – Юрий Крижанич, особенно заслуживает внимания его критика иосифлянской концепции «Москва – Третий Рим», норманнской теории происхождения государства у славян, возведению происхождения русских царей от римских императоров, самого титула «царь» и т.п. Конечно, русского мыслителя хорватского происхождения нельзя назвать евразийцем, он был, скорее, панславянистом, но его идеи выступали в духе развития русской национальной самобытности, которая на тот период опиралась на чисто евразийские начала. В этот же период в результате церковного раскола многие идеи национальной самобытности укоренились во взглядах древлеправославных, которые, впрочем, подхватили не только идеи нестяжательства, но и иосифлянства. В следующем веке идеи, ставшие, в дальнейшем, фундаментом для евразийства, подхватили И.Т. Посошков и М.В. Ломоносов, наконец, XIX-й век ознаменовался такими выдающимися мыслителями, выступившими непосредственными предтечами евразийского движения, как Н.Я. Данилевский и К.Н. Леонтьев.

Первая половина XX века ознаменована формированием классического евразийства в лице Н.С. Трубецкого, П.Н. Савицкого, Г.В. Вернадского, Н.Н. Алексеева и П.В. Сувчинского. Их «дело» подхватили Л.Н. Гумилёв, В.В. Кожинов и Ю.Н. Рерих, а также А.С. Панарин, А.В. Иванов и ряд других, современных нам мыслителей. Всё сказанное позволяет утверждать с полным

основанием, что евразийство возникло не однажды, и не однократно как некая «экзотика» правовой философии, а выступает органичной частью всего крыла отечественного традиционализма, обосновывающего не обеспеченную принудительной силой государства национальную идеологию, а ту мировоззренческую субстанцию, которая вытекает непосредственно из недр народных масс.

2. Вторым обстоятельством, не позволяющим игнорировать евразийский фактор при изучении истории государства, права и правовых учений России, выступает сама специфика формирования государственности и правовой системы Московской Руси. Есть определённые основания утверждать, что тенденция к удельности изначально была заложена в Древнерусском государстве, поскольку за весь период его существования не было сколько-нибудь длительного периода единовластия. Достаточно вспомнить, что даже при Ярославе Мудром до смерти его брата Мстислава Русь делилась по Днепру, приходу каждого сильного князя на киевский престол предшествовала междоусобица, так занимали престол и Владимир Святославович, и Ярослав, и Владимир Мономах. Таким образом, среди многочисленных распрей, сотрясавших Киевскую Русь, имелись лишь островки единства, чему виной даже не удельный порядок наследования княжеской власти, сама по себе слабость власти князя, вынужденного считаться и с боярской верхушкой, и с другими князьями, и с неславянскими племенами и не имевшего стройной опоры своей власти в виде народных масс. А не имея такой опоры власти правитель не мог произвести и централизацию своей державы, её единство. Первым князем, опиравшимся в своей политике не на бояр и удельных князей, а на городские низы, был Андрей Боголюбский, и хотя он и был в результате предательски убит, но уже посеял семена будущего государственного строя, позволившего провести централизацию власти. И объединение в последующем русских земель вокруг Москвы стало возможным благодаря установлению совершенно новой модели государственного устройства, получившей в дальнейшем наименование самодержавия, имевшего все основные черты восточной монархии.

Здесь можно увидеть и ещё одну характерную особенность генезиса Московской государственности, отличающую его от аналогичных процессах в Западной Европе: если в Англии и Франции первой централизованной монархией стала сословно-представительная, то в России таковой выступило самодержавие, отчасти схожее восточной деспотии и вообще восточным формам правления, получившее идеологическую основу в доктрине формировавшегося тогда же иосифлянства. А уже после завершения процессов централизации, при Иване IV в 1550-м году был созван первый орган по типу сословно-представительных – Земский собор, отличавшийся, правда, значительной спецификой. Он, при этом, вполне укладывался в централизованную управленческую систему, выполняя функции народосоветия при принятии царём таких решений, в

легитимации которых он нуждался со стороны широких слоёв населения, либо функции своего рода чрезвычайного органа, избиравшего царей в период Смуты и по её окончании.

Таким образом, государственный строй Российского государства, получивший наименование самодержавия, пришёл в нашу страну не с Запада, а с Востока, и благодаря ему русские земли, выступившие в альянсе с Ордой, не подпали под власть Литвы и Польши, а постепенно стали на место Орды, заняв территорию бывшей Империи Чингисхана.

3. Наконец, третьим немаловажным обстоятельством выступает ставшее очевидным на сегодняшний день увядание Европы как политического и культурного центра, возвышение роли азиатских государств на мировой арене в первые десятилетия XXI века, а также постепенный перенос мирового экономического центра в АТР. Кроме того, определённые изменения наметились и в официальной политической доктрине России: если это и не поворот к Востоку, то постепенное с ним сближение. И здесь как раз будет уместно вспомнить, что в Европе Россия всего лишь на ¼ часть, что сама по себе Европа – это всего лишь полуостров со стареющей и деградирующей в мировоззренческом плане цивилизацией, хотя и с великим прошлым, но с туманным будущим, и вспомнить евразийские основания российского государства[894].

Однако до сих пор доминирующий в преподавании юридических дисциплин историко-правового цикла европоцентризм не может не настораживать. Так, изучая историю государства и права зарубежных стран мы уделяем значительное внимание Древнему Риму, Древней Греции, куда большее, нежели намного более масштабным и долговечным древневосточным державам, не говоря уже про эпоху Средневековья и Нового Времени: история европейских государств рассматривается во всех деталях, а такие гиганты, как Византия, Арабский халифат и Китай в лучшем случае пробегаются обзорно. Хотя, живя в более чем 2 тыс. км. от границы между Европой и Азией, изучать только Европу и, более того, мыслить себя её частью, по меньшей мере нелогично.

Аналогичные опасения вызывает и преподавание теории государства и права. Так, среди рассматриваемых концепций правопонимания, теорий происхождения государства, подходов к определению государства, подходов к сущности государства, в лучшем случае звучат одна-две фамилии учёных отечественного происхождения, при изучении типологии государств цивилизационный подход однозначно приписывают А.Дж. Тоинби, совершенно забывая, что наши соотечественники – Н.Я. Данилевский и К.Н Леонтьев – обогнали этого мыслителя по меньшей мере на 50 лет. Да и в XX-м веке Л.Н. Гумилёв, Н.С. Трубецкой и В.В. Кожинов продолжили разрабатывать цивилизационный подход к типологии обществ, государств, правовых систем, применительно в т.ч. и к особенностям российской цивилизации. А говоря о правовых семьях,

[894] Концепция евразийства в довольно интересном аспекте её сравнения с идеологией консервативной революции в Европе исследована в следующей работе: Консервативная правовая идеология в Западной Европе и России в XVIII-XX вв.: сравнительный анализ: монография / под ред. А.А. Васильева. М.: Юрлитинформ, 2016. С. 106-125.

акцентируемся на Рене Давиде, но забываем В.Н. Синюкова. То же самое касается и философии права, когда отечественных мыслителей классифицируют исходя из западноевропейских философских течений. Можно ли представить себе ситуацию, чтобы немецкие профессора стали делать то же самое со своими философами, деля их на западников и славянофилов, нестяжателей и иосифлян и т.п. Конечно это абсурд, но не абсурдом ли занимаемся и мы, вписывая затейливые русские буквы в западноевропейский трафарет. Положение несколько спасает введение в учебную программу подготовки бакалавров дисциплины «история правовых учений России», которая компенсирует основанную на западных началах теорию государства и права, но здесь может возникнуть другая опасность – опасность апологетики отечественных политико-правовых порядков, опасность увлечения монархизмом, «иосифлянством», славянофильством как таковыми, и очередного игнорирования восточного, евразийского фактора.

В свете курса истории и методологии юридической науки хотелось бы обратить внимание на следующие методологические посылки правовых исследований, которые вытекают из евразийского правопонимания:

1. Прежде всего, *евразийцы твёрдо стоят на позициях поликультурности мироустройства, равноправии всех культур, наций и народов, отрицании деления народов и культур на передовые и отсталые.* Особенно ярко это показано князем Н.С. Трубецким в работе «Европа и человечество». «Указывают на то, что европейская культура во многих отношениях сложнее культуры дикаря. Однако такое соотношение обеих культур наблюдается далеко не во всех их сторонах. Культурные европейцы гордятся изысканностью своих манер, тонкостью своей вежливости. Но не подлежит сомнению, что правила этикета и условности общежития у многих дикарей гораздо сложнее и более детально разработаны, чем у европейцев, не говоря уже о том, что этому кодексу хорошего тона подчиняются все члены «дикого» племени без исключения, тогда как у европейцев хороший тон является уделом только высших классов. В заботе о наружности «дикари» часто проявляют больше сложности, чем многие европейцы: вспомним сложные приемы татуировки австралийцев и полинезийцев или сложнейшие прически африканских красавиц. Если все эти осложнения можно отнести на долю нецелесообразного чудачества, то есть в жизни некоторых дикарей и несомненно целесообразные институты, гораздо более сложные, чем соответствующие им европейские. Возьмем, например, отношение к половой жизни, к семейному и брачному праву. Как элементарно разрешен этот вопрос в романо-германской цивилизации, где моногамная семья существует официально, покровительствуемая законом, а рядом с нею уживается разнузданная половая свобода, которую общество и государство теоретически осуждают, но практически допускают. Сравните с этим детально продуманный институт групповых браков у австралийцев,

где половая жизнь поставлена в строжайшие рамки и, при отсутствии индивидуального брака, тем не менее, приняты меры, как для обеспечения детей, так и для недопущения кровосмешений»[895].

2. Из первой посылки вытекает вторая – *евразийцы в своей гносеологии руководствуются антропологическим и духовно-культурологическим (цивилизационным) подходом*. Именно в трудах активного последователя евразийства в сфере истории, этнографии и этнологии, Л.Н. Гумилёва отечественный вариант цивилизационного подхода к типологии государств и обществ получил наиболее полное научное обоснование[896].

3. *Принцип объективности, взвешенности, серединного пути при познании тех или иных явлений, в т.ч. и политико-правовых*. В.В. Кожинов очень ярко демонстрирует его в фундаментальном труде «Россия: Век XX-й». В частности, он анализирует события мировой и российской истории не с идеологической токи зрения, а с позиции объективного сопоставления фактов, меняя, таким образом, традиционные представления о черносотенцах, или о политике И.В. Сталина во второй половине 30-х гг. XX в., и др.[897]. Главное достоинство такого методологического подхода заключается в преодолении традиционной идеологизированности исторической и историко-правовой науки и в точном и беспристрастном представлении фактов на суд читателя, что довольно редко встречается в фундаментальных трудах по истории.

4. Поиски национальных начал правовой и политической культуры. Н.Н. Алексеев демонстрирует этот подход, во-первых, в цикле метафизических работ, особенно в работе «Русский народ и государство», в которой он обобщает государственные идеалы, существовавшие у различных групп в рамках населения дореволюционной России и противостоящих официальному иосифлянскому идеалу. Кроме того, особый интерес для российского юриста представляет работа «Собственность и социализм: Опыт обоснования социально-экономической программы евразийства». Остановимся на ней несколько подробнее. Этот труд представляет собой беспрецедентное цивилистическое исследование, выполненное не в духе господствующей романской цивилистики с германской приправой, а в духе русского гражданского права. Это видно уже из следующих положений. «Объектом собственности являются не все вещи вообще, но только те из них, которые встречаются в природе в некоторой ограниченности. Причём под ограниченностью этой следует понимать прежде всего фактический недостаток необходимых человеку вещей, экономическую скудость; и, далее, под ограниченностью следует понимать индивидуальный характер вещей, их единственность, редкость, своеобразие. Первое есть свойство вещей заменимых, массовых; второе – свойство вещей незаменимых, единичных». В соответствии с этими умозаключениями, далеко не всё вообще в нашем мире может быть объектом чьей-либо

---

[895] Трубецкой Н.С. Наследие Чингисхана: взгляд на русскую историю не с Запада, а с Востока. – М.: Алгоритм: Эксмо, 2012. С. 149-150.
[896] См. например: Гумилёв Л.Н. Конец и вновь начало. – М.: АСТ: АСТРЕЛЬ, 2010. С. 98-103, и др.
[897] См.: Кожинов В.В. Россия. Век XX. – М.: Эксмо: Алгоритм, 2011. 1040 с.

собственности, даже государственной. «Восточному человеку гораздо более доступно понимание истины, что не человек сотворил мир и что потому человеку и не принадлежит право безусловного присвоения мира». Только в пользовании, например, но никак ни в собственности, могут находиться земля, леса, реки, недра, озёра, моря, природные ресурсы, поскольку человек ни крана ни приложил к их созданию.

В конце концов, Н.Н. Алексеев заключает, что собственность есть социальное явление не в том смысле, что оно требует действительной наличности нескольких реальных людей, а в том глубоком смысле, что понятие собственности логически включает предположение некоторой социальной связи, без которой собственности вообще нельзя мыслить. Отсюда и определение собственности: «Собственность есть такое отношение между людьми, при котором праву собственника на господство и распоряжение над встречающимися в ограниченности и не принадлежащими к высшим ценностям предметами соответствует универсальная обязанность других людей терпеть власть собственника и не вмешиваться в её определённые проявления». Также Н.Н. Алексеев подробно освещает различия частной и публичной собственности, рассматривает виды социализации собственности, сопоставляет эсеровскую и большевистскую программы собственности, показывает, как постепенно из политики советского правительства исчезают эсеровские начала, обосновывает тезис о том, что всякая собственность предполагает эксплуатацию, наконец, в завершении материала приводит обобщение евразийской экономической концепции (государственно-частная система хозяйства) и показывает пути перехода к ней от действующей на тот советской системы хозяйства. В данной работе имеются и многие другие оригинальные положения, в общем же заметим, что любой и каждый уважающий себя юрист-цивилист, считающий себя русским юристом, просто обязан освоить указанную работу Н.Н. Алексеева, поскольку она представляет собой не кальку западных цивилистических трудов, а самобытный и самостоятельный анализ отечественных гражданско-правовых реалий[898]. Подобного рода подход, направленный на создание национальной теории права, наблюдается и в других работах Н.Н. Алексеева[899].

5. Разумное использование естественнонаучной методологии. В этом отношении евразийцы удачно восприняли и развили методологию, предложенную Н.Я. Данилевским и К.Н. Леонтьевым[900]. Это проявляется как в работах Н.С. Трубецкого, о котором мы уже упоминали, так и в трудах Л.Н. Гумилёва, который активно проводит идею о тесной взаимосвязи исторических и

---

[898] См. подробнее: Алексеев Н.Н. Русский народ и государство / сост. А. Дугин, Д. Тараторин. М.: Аграф, 2003. С. 186-281.

[899] См. также: Алексеев Н.Н. Основы философии права / отв. ред. В.П. Сальников, Д.В. Масленников. – СПб.: Юрид. институт., 1998. 218 с.

[900] См. подробнее: Куликов Е.А. Цивилизационный подход к типологии государств Н.Я. Данилевского в истории отечественной правовой мысли // Genesis: исторические исследования. — 2015. - № 6. - С. 479-508. URL: http://e-notabene.ru/hr/article_16042.html

географических знаний, о невозможности полноценного познания истории без знаний географии, о необходимости учета климатических, ландшафтных и биосферных факторов при анализе истории того или иного этноса.

Подводя итог этому краткому очерку, посвящённому евразийской методологии юридического познания, хотелось бы высказать пожелание всем читателям, чтобы евразийская альтернатива государственно-правового развития России не осталась простой бумажной риторикой, или предметом популистских спекуляций, пример которых демонстрирует А.Г. Дугин. Юридическое наследие евразийства требует своего изучения не только и не столько в рамках истории учений о праве и государстве, сколько с точки зрения теории права и государства как самостоятельный тип правопонимания. И хотя в постперестроечные времена это наследие активно изучается, но всё же не в такой значительной степени, как труды И.А. Ильина или Н.М. Коркунова, или других дореволюционных правоведов. Между тем, одна только особенная отечественная методология познания, применяемая евразийцами, уже заслуживает пристального к себе интереса.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Абдель Ваххаб Халлаф. Источники исламского шариата – отражение в интересах человек / Абдель Ваххаб Халлаф// Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. I. Античный мир и восточные цивилизации. -М.: Мысль, 1999.
2. Абдель Гулам Хайдар. Источники международного права в доктрине и практике стран ислама. Автореферат на соискание учёной степени кандидата юридических наук. М., 1996.
3. Адо П. Что такое античная философия? М.: Изд-во гуманитарной литературы, 1999.
4. Акимова Н.В. Влияние христианства на развитие институтов преступления и наказания в России // Журнал российского права. 2015. № 10 (226).
5. Акишин М.О. Становление юридического языка в Древней Руси IX – XII вв. / М.О. Акишин // Genesis: исторические исследования. 2016. № 1. Акишин М.О. Становление юридического языка в Древней Руси IX – XII вв. / М.О. Акишин // Genesis: исторические исследования. 2016. № 1.
6. Алексеев В.П. Становление человечества. М.: «Политиздат», 1984.
7. Алексеев Н.Н. Основы философии права / отв. ред. В.П. Сальников, Д.В. Масленников. – СПб.: Юрид. институт., 1998. 218 с.
8. Алексеев Н.Н. Русский народ и государство / сост. А. Дугин, Д. Тараторин. М.: Аграф, 2003. 640 с.
9. Алексеев С.С. Новые подходы – требование перестройки // Советское государство и право. 1991. № 2. С. 6-8.
10. Алексеев, С.С. Общая теория права. В 2-х т. Т. I. М.: Юрид. лит., 1981. 360 с.
11. Алексеев, С.С. Общая теория права. В 2-х т. Т. II. М.: Юрид. лит., 1982. 360 с.
12. Алексеев, С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1961.
13. Алексеев С.С. Собрание сочинений в 10 т. Т. 3. Проблемы теории права: Курс лекций. - М.: Статут, 2010. 781 с.
14. Алексеев С.С. Право: время новых подходов // Советское государство и право. 1992. № 2.
15. Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху: монография. – 2-е изд., доп. – М.: Норма, 2015. 448 с.
16. Алексеев С.С. Теория права. М.: Изд-во «БЕК», 1995. 320 с.

17. Аллахвердян А.Г., Мощкова Г.Ю., Юревич А.В., Ярощевский М.Г. Психология науки. М.: Московский психолого-социальный институт, 1998.
18. Аннерс, Э. История европейского права. – М.: Наука, 1994. 397 с.
19. Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. II. Европа: V – XVII вв. – М.: Мысль, 1999.
20. Антология мировой правовой мысли. Т. 3. Европа, Америка. XVII-XX вв. М., 1995.
21. Ардельянова Я.А. Теоретико-методологические подходы к понятию «коррупция» // Идеи и идеалы. 2013. № 5 (17). Т. 2. С. 90.
22. Артёмов, В. Мусульманское право. Исторический очерк. / В. Артёмов// Российская юстиция. 1997. № 10.
23. Архипова О.В. Проблема самобытности образования в контексте глобализации // Теория и практика общественного развития. – 2014. – №. 10. – С. 9-13.
24. Архиепископ Серафим (Соболев), Русская идеология. Историко-религиозный очерк / Серафим (Соболев). - Спб.: 1994.Т.2.
25. Ацо Порций Солданус,. О законах и институциях.// Антология мировой правовой мысли. В 5 Т.Т. II: Европа V – XVII вв. –М.: Мысль. 1999.
26. Аш-Шахрастани, Книга о религиях и сектах / Аш-Шахрастани// Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. I. Античный мир и восточные цивилизации. - М.: Мысль, 1999.
27. Байниязов Р.С. Правосознание и правовой менталитет в России: введение в общую теорию. Саратов, 2001.
28. Байтин М.И. Единство естественного и позитивного права – основа обеспечения прав и свобод человека // Права человека: пути их реализации. Саратов, 1999. Ч. 1.
29. Байтин М.И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М.И. Байтин. – Саратов: СГАП, 2001. – 416 с.
30. Барабанов, О.Н. Бартоломео Боско – генуэский юрист XIV – XV вв.: Теория и практика гражданского судебного процесса. – Спб.: Алатейя, 2002.
31. Батай, Ж. Проклятая часть. – М.: Ладомир, 2006. – 742 с.
32. Бахтин М.М. Эстетика словесного творчества. М.: Искусство, 1986.
33. Башляр Г. Новый рационализм. М.: «Прогресс», 1987.
34. Башляр Г. Поэтика пространства. М.: «Ад Маргинем Пресс», 2014.
35. Белкин Р.С. Курс криминалистики: учебное пособие для вузов в 3-х томах. Том 1. 3-е изд., доп. – М.: Юристъ, 2001. 393 с.
36. Белозерцев Е.П. Образование: историко-культурный феномен. Курс лекций / Е.П. Белозерцев. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2004. 704 с.

37. Беляев, Е.А. Арабы, ислам и арабский халифат в раннее средневековье / Е.А. Беляев. - М., 1966.
38. Беляев И. Д. Лекции по истории русского законодательства / Предисл. А. Д. Каплина / Отв. ред. О. А. Платонов. — М.: Институт русской цивилизации, 2011. 896 с.
39. Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов: Пер. с фр. / общ. ред. и вступ. ст. Ю.С. Степанова. – М.: Прогресс - Универс, 1995. - 456 с.
40. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства / И. Бентам. - М.: РОССПЭН, 1998. - 415 с.
41. Бердяев, Н.А. Истина православия // Вестник русского западноевропейского патриаршего экзархата. № 11. 1952. С. 4 –11.
42. Бердяев Н.А. Самопознание: Опыт философской автобиографии. М.: «Мысль», 1990. 405 с.
43. Бержель Ж.-Л. Общая теория права. / под общ. ред. В.И. Даниленко. - М.: NOTA BENE, 2000. 576 с.
44. Бернард. Дж. Вайс. Дух мусульманского права. Москава-СПб.: «ДИЛЯ», 2008. 320 с.
45. Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999. 430 с.
46. Берман, Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. / пер. с англ. – 2-е изд. – М.: Изд-во МГУ: Изд. группа ИИНФРА-М, 1998. 624 с.
47. Бибихин В.В. Примечания переводчика / в кн.: Хайдеггер М. Бытие и время/ Пер с нем В.В. Бибихина. – М.: Академический проект, 2013.
48. Благов Е.В. Применение уголовного права (теория и практика). – СПб.: Юридический центр «Пресс», 2004. 505 с.
49. Бледный, С.Н. Петражицкий Л. И. – создатель российской психологической теории права.// История государства и права, - №5, - 2003.
50. Бойко А.И. Системная среда уголовного права: автореф. дисс… д-ра юрид. наук: 12.00.08. – М., 2008. 52 с.
51. Бомануар, Ф. Кутюмы Бовези. // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. II. Европа: V – XVII в.. – М.: Мысль, 1999. С. 453 – 463.
52. Богдановская, И.Ю. Прецедентное право. - М.: Наука, 1993. 239 с.
53. Боккаччо, Дж. Декамерон. СПб.: Азбука-классика, 2008. – 800с.
54. Боруленков, Ю.П. Юридическое познание (некоторые методологические, теоретические и праксеологические аспекты): монография / под науч. ред. проф. В.Н. Карташова. – М.: Юрлитинформ, 2014. 392 с.
55. Боруленков, Ю.П. Юридическое познание. Доказательство и доказывание: монография. – М.: Юрлитинформ, 2016. 536 с.

56. Боруленков, Ю.П. Юридическое познание как фундаментальная категория правоведения // Юридический мир. 2009. № 12 (156). С. 52-56.
57. Бочаров, В.В. Неписанный закон. Антропология права. Научное исследование. – 2-е изд. – СПб.: Издательство АИК, 2013. 328 с.
58. Братусь, С.Н. О понимании советского права: «круглый стол» СГиП.// Советское государство и право. – 1979. – № 7.
59. Бродель, Ф. Время мира. М.: «Прогресс», 1992.
60. Брюкнер П. Вечная эйфория: Эссе о принудительном счастье / Пер. с фр. Н. Малевич. – СПб.: Изд-во Ивана Лимбаха, 2007.
61. Булгаков С. Свет Невечерний: Созерцания и умозрения. М.: ООО «АСТ», 2001.
62. Бурдье П. Заангажированное знание // [Электронный ресурс]/http://magazines.russ.ru/nz/2002/5/burd.htm
63. Бурдье П. Начала. Choses dites: M.: «Socio-Logos», 1994.
64. Бутович-Бутовский, Е. О римском праве в Средние века Ф.К. фон Савиньи в изложении Е. Бутовича-Бутовского./ Е. Бутович-Бутовский./ СПб. - 1838. - Немецкая историческая школа права. – Челябинск. – Социум. – 2010.
65. Бучило Н.Ф. История и философия науки: учебное пособие / Н.Ф. Бучило, И.А. Исаев. - М.: Проспект, 2012. - 432 с.
66. Буянский, С.Г. Шариат принадлежит не только истории, но и будущему / С.Г. Буянский// История государства и права. 2000. № 1. С. 23 – 27.
67. Ван ден Берг, Л.В.С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии / Л.В.С. Вен ден Берг. - М.: Наталис, 2005. 240 с.
68. Васев И.Н. Коллизионное правовое регулирование в России: вопросы теории и практики: учеб-практ. пособие. – М.: Юрлитинформ, 2016. 144 с.
69. Васев И.Н. Субъективное право как общетеоретическая категория: монография / И.Н. Васев. – М.: Юрлитинформ, 2012. – 192 с.
70. Васев И.Н. Теоретическая и практическая составляющие современного юридического образования // Юридическая наука и образование в России и Азии. Методика преподавания права. Материалы I Российско-Азиатского Правового Конгресса. Барнаул. 2-3 октября 2014 г. / Под ред. В.В. Сорокина и А.А. Васильева. – Барнаул: Издательская группа «Си-Пресс», 2014.
71. Васильев А.А. Архетипы российского правосознания в свете мировоззрения славянофилов и Ф.М. Достоевского. Монография. – Барнаул: АЗБУКА, 2013. 160 с.
72. Васильев А.А. История русской консервативной правовой мысли (VII – XX вв.): монография / А.А. Васильев. – Барнаул: АЗБУКА, 2011. – 248 с.

73. Васильев А.А. История русской охранительной политико-правовой мысли (VII – XX вв.): учебник / А.А. Васильев, А.В. Серегин. – М.: Юрлитинформ, 2011. 344 с.
74. Васильев А.А. Консервативная правовая доктрина России: общетеоретические аспекты: монография / А.А. Васильев. – М.: Юрлитинформ, 2012. – 336 с.
75. Васильев А.А. Консервативная правовая идеология России: сущность и формы проявления. – М.: Юрлитинформ, 2015. 496 с.
76. Васильев, А.А., Куликов, Е.А. Методологические аспекты исследования генезиса категории меры в истории отечественной государственно-правовой мысли // История государства и права. – 2013. - № 16. – С. 9-13.
77. Васильев А.А. Охранительная концепция права в России / А.А. Васильев. – М.: Юстицинформ, 2013. – 440 с.
78. Васильев А.А. Правовая доктрина как источник права: вопросы теории и истории: монография. – М.: Юрлитинформ, 2009. 272 с.
79. Васильев А.А. Правовая доктрина средневековых декретистов (XI-XVI вв.) // Российская государственность: история, современность и перспективы глобализма: межвузовский сборник трудов / под ред. В.Я. Музюкина, В.В. Сорокина. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2009.
80. Васильев А.М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. / А.М. Васильев. – М.: Юридическая литература, 1976. – 264 с.
81. Вебер М. Избр. произведения. М.: Прогресс, 1990.
82. Величко А.М. Государственные идеалы России и Запада. Параллели правовых культур. СПб, 1999.
83. Величко А.М. Нравственные и национальные основы права. - Спб.: Юрид. Инс-т, 2002.
84. Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов / А.Б. Венгеров. – 3-е изд. – М.: Юриспруденция, 2000. – 528 с.
85. Вернадский, Г.В. История права / Г.В. Вернадский. - Спб.: Ланъ, 1999. 176 с.
86. Виноградов, П.Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе (под редакцией и с биографическим очерком У.Э. Батлера и В.А. Томсинова)./ П.Г. Виноградов./ Зерцало. – 2010. – 178 с.
87. Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. М.: Издательский дом «Территория будущего», 2005. — 800 с.
88. Власенко Н.А., Т.Н. Назаренко. Неопределенность в праве: понятие и формы //Государство и право, 2007, № 6. С.5 – 10.

89. Волженкин Б.В. Служебные преступления: учебно-практическое пособие. М.: Юристъ, 2000. 368 с.
90. Вольф Е.М. Функциональная семантика оценки. М.: «Наука», 1985.
91. Гадамер Г. Истина и метод. М.: Прогресс, 1988.
92. Гайденко П.П. Научная рациональность и философский разум. М.: «Прогресс – Традиция», 2003.
93. Гегель. Лекции по философии истории. СПб., 1993.
94. Генон Р. Кризис современного мира. М.: Эксмо, 2008.
95. Генон, Рене. Общее введение в изучение индусских учений / пер. с англ.: М.В. Маковчик. – М.: Беловодье, 2013.
96. Герваген Л.Л. Обязанности, как основания права. СПб, 1908.
97. Гомбрих Э. История искусства. М.: АСТ, 1998.
98. Горфункель А.Х. Философия эпохи возрождения. М.: «Высш. школа», 1980.
99. Графский, В.Г. История политических и правовых учений: Учебник. / В.Г. Графский, – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005.
100. Графский В.Г. Понимание права: некоторые актуальные аспекты традиционной темы // Государство и право. 2003. № 5.
101. Гране М. Китайская мысль от Конфуция и Лаоцзы. М.: Алгоритм, 2008.
102. Гоббс Т. Соч.: В 2 т. М.: «Мысль», 1989. Т.1.
103. Голдинг, У. Повелитель мух./ У. Голдинг./ М. – Педагогика. - 1990. - 224с.
104. Гумилёв Л.Н. Конец и вновь начало. – М.: АСТ: АСТРЕЛЬ, 2010.
105. Гуссерль Э. Картезианские размышления. С.-Пб.: Наука, 1998.
106. Давид, Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М.: Международные отношения, 2009.
107. Данилевский Н.Я. Россия и Европа. / Сост. и коммент. А.В. Белова; отв. ред. О.А. Платонов. Изд. 2-е. М.: Институт русской цивилизации, Благословение, 2011. 816 с.
108. Джэнкс, Э. Английское право./ Э. Джэнкс./ М. – Юрид. изд-во МЮ СССР. – 1947. – 378 с.
109. Дождев Д.В. Римское частное право: учебник для вузов / Д.В. Дождев; под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Норма, 2005. – 784 с.
110. Дугин, А.Г. Археомодерн./ А. Г. Дугин./ Электронный ресурс] http://www.arcto.ru/ modules.php?name= News&file = article&sid=1474 (дата обращения: 13.11.2014).
111. Еремин В.Н. История правовой системы Японии / отв. ред. А.А. Кириченко. М.: Российская политическая энциклопедия, 2010.

112. Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2013. 400 с.
113. Занина, М.А. Коллизии норм равной юридической силы (понятие, причины, виды)./ М. - Волтер Клювер. - 144с.
114. Захаров Н.А. Система русской государственной власти. – М.: Москва, 2002.
115. Звонарева О.С. Власть и право: цивилизационный аспект (теоретико- и историко-правовой анализ). Дисс… канд. юрид. наук. СПб., 2009.
116. Зеленов Л.А. Философия права: вера или знание? // Вопросы философии. 2005. № 3.
117. Зимин, А. А. Законодательные памятники русского государства конца XV – начала XVII вв. Учебное пособие. — М., 1961. – 369 с.
118. Зиновьев А.А. Человейник. М., 2001.
119. Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1978.
120. Иванников И.А. История и методология юридической науки: учебник для магистрантов. – М.: Юрлитинформ, 2015. – 144 с.
121. Иванов А.В. Евразийство: ключевые идеи, ценности, политические приоритеты: монография / А.В. Иванов, Ю.В. Попков, Ю.А. Тюгашин, М.Ю. Шишин. Барнаул, 2007. 243 с.
122. Иванов А.В. Мир сознания. Барнаул: Изд-во АИИГ, 2000.
123. Иванов А.В. Скрижали метаистории: творцы и ступени духовно-экологической цивилизации / А.В. Иванов, И.В. Фотиева, М.Ю. Шишин. – Барнаул: Изд-во АлтГТУ; Изд-во Фонда «Алтай – 21 век», 2006. – 640 с.
124. Ильин И.А. Общее учение о праве и государстве / И.А. Ильин. – М.: АСТ: АСТ МОСКВА: ХРАНИТЕЛЬ, 2006. – 510 с.
125. Ильин И.А. Собр. соч. в 10-ти тт.М., 1994. Т. 1.
126. Инноватов, В.Ю. Горизонты и сумерки русской идеи: Введение в метафизику исторической судьбы. / В.Ю. Инноватов. – Барнаул.: Изд-во АлтГТУ, 2006.
127. Иногамова-Хегай, Л.В. Конкуренция уголовно-правовых норм при квалификации преступлений. Учебное пособие./ Л.В. Иногамова-Хегай./ М. - Инфра-М. - 2002. – 169 с.
128. Иншакова А.О. Русская Правда как первоисточник унифицированного гражданско-правового развития русского государства / А.О. Иншакова // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5: Юриспруденция. 2015. № 4 (29).
129. Иоффе, О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». / О.С. Иоффе. – М.: «Статут», 2000.

130. Исаев, И.А. Politica hermetica: скрытые аспекты власти. – М.: Юристъ, 2002.
131. Исаев, И.А. «Дух римского права» и историческая школа права./ И.А. Исаев.// История государства и права. – 2012. - №13. – С. 23-26.
132. Исаев И.А. История политических и правовых учений России: учебник / И.А. Исаев, Н.М. Золотухина. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2006. - 415 с.
133. Исаев, И.А. Правоустанавливающее насилие: опасный итог./ И.А. Исаев.// История государства и права. – 2014. - №16.
134. Исаев, И.А. Проблема системы права в советской юриспруденции 1920-1930-х гг./ И.А. Исаев.// История государства и права. – 2012. - №12.
135. Исаев И.А. Теневая сторона закона. Иррациональное в праве. М., 2015.
136. Исаев М.М. Уголовное право Новгорода и Пскова XIII-XV вв. // Труды научной сессии Всесоюзного института юридических наук. М., 1948. – 259 с.
137. История государства и права зарубежных стран: учебник: в 2 т. Том 1: Древний мир и Средние века / отв. ред. Н.А. Крашенинникова и О.А. Жидков. – 3-е изд. перераб. и доп. – М.: Норма, 2015. 710 с.
138. История и методология юридической науки: учебник для вузов / под ред. Ю.А. Денисова, И.Л. Честнова. – СПб.: ИВЭСЭП, 2014. 564 с.
139. История отечественного государства и права: Учебник / Л.В. Дюков, Ю.А. Егоров, В.С. Кульчицкий [и др.]; под ред. О.И. Чистякова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2004. / [Электронный ресурс], URL: http://www.consultant.com
140. История политических и правовых учений / под ред. О.Э. Лейста. М.: «Зерцало», 1999.
141. История политических и правовых учений. Древний мир / отв. ред. В.С. Нерсесянц. – М.: Наука, 1985. 350 с.
142. История правовых учений России: учебник. В 3 т. Т. I. X-XVII вв. / под ред. В.В. Сорокина, А.А. Васильева. – М.: Юрлитинформ, 2014. 224 с.
143. История правовых учений России: учебник. В 3 т. Т. II. XVIII-XIX вв. / под ред. В.В. Сорокина, А.А. Васильева. – М.: Юрлитинформ, 2014. 360 с.
144. История правовых учений России: учебник. В 3 т. Т. III. XX-XXI вв. / под ред. В.В. Сорокина, А.А. Васильева. – М.: Юрлитинформ, 2014. 296 с.
145. История русской философии права. СПб, 1998.
146. Камю, А. Бунтующий человек. Философия. Политика, Искусство. М.: Поитиздат, 1990.
147. Кант И. Критика чистого разума. М.: Мысль, 1994.
148. Кант И. Критика практического разума. С-Пб,.: «Наука», 1995.

149. Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994.
150. Кастанеда, К. Учение Дона Хуана./ К. Кастанеда./ М. – София. – 256 с.
151. Кашанина, Т. В. Происхождение государства и права: учебное пособие. М., 1999.
152. Кельзен, Г. Чистое учение о праве. М.: ИНИОН АН СССР, 1987.
153. Керимов Д.А. Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права / Д.А. Керимов. – 6-е изд. – М.: Изд-во СГУ, 2011. – 521 с.
154. Кириллов В.И. Логика: Учебник для юридических вузов / В.И. Кириллов, А.А. Старченко. – М.: Юристъ, 2004. – 256 с.
155. Книгин А.Н. Учение о категориях: учеб. пособие. Томск: Изд-во ТГУ, 2002. 292 с.
156. Ковлер А.И. Антропология права: учебник для вузов. – М.: Норма, 2002. 480 с.
157. Климович, Л.И. Ислам / Л.И. Климович. - М., 1965.
158. Кодан С.В. Акты систематизации законодательства как опорные точки в периодизации истории русского права (IX - начало XX в.) / С.В. Кодан // Вестник Самарского юридического института. 2013. № 2 (10).
159. Кодан, С.В. Становление юридического образования в России (1800 – 1850-у гг.) / С.В. Кодан// Российский юридический журнал. 2001. № 3.
160. Кожевина М.А. История отечественной юридической науки и современное науковедение / М.А. Кожевина // Научный вестник Омской академии МВД России. 2014. № 1 (52).
161. Кожевников В.В. Методология и история права: учебное пособие: в 2 ч. – Ч. I. – Омск: Изд-во Ом. гос. ун-та, 2008. – 276 с.
162. Кожинов В.В. Россия. Век XX. – М.: Эксмо: Алгоритм, 2011. 1040 с.
163. Козлов, В.А. Правопонимание и общая теория права: логико-методологический аспект./ В.А. Козлов.// Правоведение. – 1987. – № 6. – С. 21–28.
164. Козюк М.Н. Юридический анализ как новое направление в отечественной юриспруденции в эпоху глобализации // Правотворчество и технико-юридические проблемы формирования системы российского законодательства в условиях глобализации. М.-Н. Новгород, 2007. С. 106-110.
165. Кокотов А.Н. Доверие. Недоверие. Право. М.: Юрист, 2004.
166. Комментарий к Федеральному закону от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» / отв. ред. С.Ю. Наумов; научн. ред. С.Е. Чаннов. М.: Юстицинформ, 2009.
167. Консервативная правовая идеология в Западной Европе в XVII-XX вв.: истоки, сущность и перспективы. Коллективная монография / под ред. А.А. Васильева. – Барнаул: Изд. группа «Си-Пресс», 2014. 191 с.

168. Консервативная правовая идеология в Западной Европе и России в XVIII-XX вв.: сравнительный анализ: монография / под ред. А.А. Васильева. М.: Юрлитинформ, 2016. 280 с.
169. Консервативная правовая идеология России: сущность и государственно-правовой идеал: монография / под ред. А.А. Васильева. – М.: Юрлитинформ, 2016. 264 с.
170. Конституции государств Европейского Союза. М., 1997.
171. Конституции государств Центральной и Восточной Европы. М., 1997.
172. Конт О. Дух позитивной философии. М.: Директ-Медиа, 2002.
173. Концепция правового воспитания российского общества: коллективная монография / под ред. В.В. Сорокина и А.А. Васильева. – Барнаул: АЗБУКА, 2014. 272 с.
174. Концепции самоорганизации: становление нового образа научного мышления. М., 1994. 207 с.
175. Коркунов, Н.М. Лекции по общей теории права. – СПб.: Юридический центр «Пресс», 2004. – 510 с.
176. Короткова О.А. Преемственность традиций в российском и зарубежном праве: исторический аспект / О.А. Короткова // Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2015. № 9 (149).
177. Косарев А.И. История государства и права зарубежных стран: учебник для вузов. М.: Норма, 2002.
178. Кочемасов А.В. Исторический опыт кодификации уголовного права в США в XIX – начале XX в.: дис. … канд. юрид. наук. М., 2015.
179. Кравец И.А. Формирование российского конституционализма. М., 2001.
180. Краевский А.А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм: дис. … канд. юрид. наук. СПб., 2014.
181. Крашенинникова Н.А. Правовая культура современной Индии: инновационные и традиционные черты. – М.: Норма, 2013.
182. Криминалистическая техника: учебник / отв. ред. Н.М. Балашов. – М.: Юрлитинформ, 2002.
183. Кузьмин В.П. Категория меры в марксистской диалектике / Кузьмин В.П. – М.: «Наука» 1966. – 224 с.
184. Кузьмин И.А. Основания возникновения юридической ответственности как общетеоретическая проблема: подходы и суждения // Сибирский юридический вестник. – 2012. - № 4. – С. 3-10.
185. Кузьмин И.А. Юридическая ответственность и её реализация: учеб. пособие. – Иркутск: Изд-во ИГУ, 2013. – 219 с.

186. Куликов Е.А. К вопросу об учёте «евразийского фактора» в преподавании историко-правовых дисциплин // Юридическая наука и образование в России и Азии. Методика преподавания права. Материалы I Российско-Азиатского Правового Конгресса. Барнаул. 2-3 октября 2014 г. / Под ред. В.В. Сорокина и А.А. Васильева. – Барнаул: Издательская группа «Си-Пресс», 2014. С. 38-42.
187. Куликов Е.А. Категория меры в праве: вопросы теории: дисс… канд. юрид. наук: 12.00.01. Барнаул, 2013. 197 с.
188. Куликов Е.А. Категория меры в праве: вопросы теории: монография. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2013. – 178 с.
189. Куликов Е.А. Категория меры в правовой науке: вопросы теории и методологии исследования // NB: Вопросы права и политики. — 2014. - № 10. - С.89-99. DOI: 10.7256/2305-9699.2014.10.1334. URL: http://e-notabene.ru/lr/article_13349.html
190. Куликов Е.А. Категория меры в праве: теоретико-правовые и философско-правовые аспекты: монография. – М.: Юрлитинформ, 2015. - 344 с.
191. Куликов Е.А. Мера уголовного наказания за преступление в соучастии: общие критерии определения: монография. – Саарбрюкен: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2013. 120 с.
192. Куликов Е.А., Мусонов Б.Д. Методологические вопросы исследования проявлений категории меры в правовой системе России // Юридическая наука и образование в России и Азии. Методика преподавания права. Материалы I Российско-Азиатского Правового Конгресса. Барнаул. 2-3 октября 2014 г. / Под ред. В.В. Сорокина и А.А. Васильева. – Барнаул: Издательская группа «Си-Пресс», 2014. С. 52-56.
193. Куликов Е.А. Общественная опасность деяния как главный признак правонарушения // Юридические исследования. — 2016. - № 1. - С.18-48. DOI: 10.7256/2409-7136.2016.1.17662. URL: http://e-notabene.ru/lr/article_17662.html
194. Куликов Е.А. Определение меры уголовного наказания по Уложению о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. // Государственно-правовой опыт России: соотношение самобытного и заимствованного: межвузовский сборник статей / под ред. В.В. Сорокина. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2013. С. 85-95.
195. Куликов Е.А. Традиционалистское учение Рене Генона // Философская мысль. — 2015. - № 11. - С.1-54. DOI: 10.7256/2409-8728.2015.11.16998. URL: http://e-notabene.ru/fr/article_16998.html
196. Куликов Е.А. Цивилизационный подход к типологии государств Н.Я. Данилевского в истории отечественной правовой мысли // Genesis: исторические исследования. —

2015. - № 6. - С.479-508. DOI: 10.7256/2409-868X.2015.6.16042. URL: http://e-notabene.ru/hr/article_16042.html

197. Кун, Т. После «Структуры научных революций». М.: АСТ, 2014.
198. Кун, Т. Структура научных революций. М.: АСТ, 2001.
199. Курдюмов С.П., Малинецкий Г.Г. Синергетика — теория самоорганизации: идеи, методы, перспективы. М., 1989. 164 с.
200. Курс российского уголовного права. Общая часть / С.В. Бородин [и др.]; под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. – М.: Спарк, 2001. 767 с.
201. Кучма В.В. Государство и право Древнего мира и Средних веков: В двух частях. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2001.
202. Ладыжец Н.С. Университетский барометр евросообщества // Вестник удмурдского университета. – 2012. Вып 3. – С. 5-6.
203. Лазарев В.В. Инструментальный подход к праву // Государство и право. 2003. № 1.
204. Лазарев В.В. История и методология юридической науки: университетский курс для магистрантов юридических вузов / В.В. Лазарев, С.В. Липень; под ред. А.В. Корнева. – М.: Норма, 2016. 450 с.
205. Лазарев В.В. Поиск права // Журнал российского права. 2004. № 4.
206. Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: монография / В.В. Лапаева. – М.: РАП, 2012. – 580 с.
207. Латинская юридическая фразеология. М.: Юрист, 1979.
208. Ле Гофф Ж., Интеллектуалы в Средние века. – М.: Аллегро-Пресс Долгопрудный. 1997.
209. Ле Гофф, Ж. Цивилизация средневекового Запада. / Ж. Ле Гофф. – М.: Издательская группа Прогресс, Прогресс-Академия, 1992. 376 с.
210. Левенсон П.Я. Иеремия Бентам, его жизнь и общественная деятельность. М.: Директ-Медиа, 2014.
211. Леви-Стросс К. Путь масок. М.: «Республика», 2000. 339 с.
212. Леви-Стросс К. Структурная антропология. М.: «Наука», 1985.
213. Левин Г.Д. Философские категории в современном дискурсе. М.: Логос, 2007. 224 с.
214. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. Учебное пособие / О.Э. Лейст. – М.: Зерцало-М, 2011. – 352 с.
215. Лейст О.Э. Три концепции понимания права // Советское государство и право. 1991. № 12.
216. Липень С.В. Отечественная цивилистика начала XX века и Кодекс Наполеона // Журнал российского права. 2015. №1 (217).

217. Лифшиц Мих. В мире эстетики. М.: Изобраз. Искусство, 1985.
218. Ллойд Д. Идея права: репрессивное зло или социальная необходимость? М.: Книгодел, 2009.
219. Лоба В.Е. Понимание преступления и наказания по судебникам XV-XVI веков / В.Е. Лоба // Философия права. 2015. № 5 (72).
220. Лосев А.Ф. История античной эстетики. Софисты. Сократ. Платон. М.: «АСТ», 2000.
221. Лосев А.Ф. Философия. Мифология. Культура. М.: Политиздат, 1991.
222. Лукашева Е.А. Общая теория права и многоаспектный анализ правовых явлений // Советское государство и право. 1975. № 4.
223. Лукашева Е.А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение. М.: Норма, 2009.
224. Лунеев В.В. Курс мировой и российской криминологии: учебник. В 2 . Т. I. Общая часть. – М.: Юрайт, 2011.
225. Лунеев В.В. Курс мировой и российской криминологии в 2 т. Т. II. Особенная часть: учебник для вузов. – М.: Юрайт, 2013.
226. Лунеев В.В. Юридическая статистика: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп., с изм. – М.: Юристъ, 2007.
227. Малахов В.П. Концепция философии права: науч. издание / В.П. Малахов. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2007. 751 с.
228. Малахов В.П. Философия права: учеб. пособие / В.П. Малахов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2007. – 336 с.
229. Малеин Н.С. Правонарушение: Понятие, причины, ответственность. М.: Юрид. лит., 1985.
230. Мальцев Г.В. Нравственные основания права / Г.В. Мальцев. М.: Изд-во СГУ, 2008. 552 с.
231. Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы / Г.В. Мальцев. – М.: «Прометей», 1999. – 419 с.
232. Мальцев Г.В. Социальные основания права / Г.В. Мальцев. – М.: Норма, 2011. 800 с.
233. Маньковская В.И. Актуальные проблемы муниципального права: учебное пособие. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2014. – 150 с.
234. Маньковский И.Ю. Псковская судная грамота и земельная реформа в России в XXI в. // Государственно-правовой опыт России: соотношение самобытного и заимствованного: межвузовский сборник статей / под ред. В.В. Сорокина. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2013. С. 103-106.

235. Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6.
236. Матюхин А. Государство в сфере права: институциональный подход. Алматы, 2000.
237. Медушевский А.Н. Кодификация права в странах Восточной Европы эпохи Просвещенного абсолютизма: сравнительное историко-правовое исследование // Исследования по источниковедению истории России дооктябрьского периода: сборник статей / редкол.: В.А. Кучкин (отв. ред.), О.Н. Бурдина. М.: ИРИ РАН, 1993.
238. Меркулов В.И. Русская правда и истоки древнерусского права / В.И. Меркулов // Русин. 2014. № 2 (36).
239. Миронов В.В., Иванов А.В. Онтология и теория познания: учебник. – М.: Гардарики, 2005.
240. Михайлов А.М. Актуальные вопросы теории правовой идеологии и методологии юриспруденции: монография. – М.: Юрлитинформ, 2016. 464 с.
241. Михайлов А.М. Аналитическая юриспруденция: основные понятия // Блог «Pravo.ru». Режим доступа: http://blog.pravo.ru/blog/theory/6596.html (дата обращения – 09.05.2016 г.).
242. Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики: монография. М.: Юрлитинформ, 2012. 496 с.
243. Моисеев С.В. Философия права. Курс лекций / С.В. Моисеев. – 2-е изд., испр. и доп. – Новосибирск: Сиб. унив. изд-во, 2004. – 262 с.
244. Моисеева О.Г. Рецепция римского права в Англии // Государственно-правовой опыт России: соотношение самобытного и заимствованного: межвузовский сборник статей / под ред. В.В. Сорокина. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2013. С. 106-115.
245. Мордовцев А.Ю. Российский правовой менталитет / А.Ю. Мордовцев, В.В. Попов. Ростов н/Д: Изд-во ЮФУ, 2007. 448 с.
246. Насыров Р.В. Казуистка как элемент профессиограммы юриста // Юридическая наука и образование в России и Азии. Методика преподавания права. Материалы I Российско-Азиатского Правового Конгресса. Барнаул. 2-3 октября 2014 г. / Под ред. В.В. Сорокина и А.А. Васильева. – Барнаул: Издательская группа «Си-Пресс», 2014. С. 16-19.
247. Насыров Р.В. Об основах государственно-национальной идеи России // Государственно-правовой опыт России: соотношение самобытного и заимствованного: межвузовский сборник статей / под ред. В.В. Сорокина. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2013. С. 115-127.

248. Насыров Р.В.. Русский язык и архетипы отечественного правосознания (некоторые аспекты соотношения) // Алтайский Вестник государственной и муниципальной службы. - 2013, № 10. - С. 80-85
249. Насыров Р.В. Традиционализм как метод исследования и критерий оценки права // Консервативная правовая мысль России. Межвузовский сборник научных статей / под ред. А.А. Васильева. – Барнаул: АЗБУКА, 2012. С. 76-92.
250. Насыров, Р.В. Человек как самоценность: о формулировке ст. 2 Конституции РФ 1993 г. (курс лекций)./ Р.В. Насыров./ Барнаул, - 2008.
251. Насыров Р.В. Человек как самоценность: О формулировке ст. 2 Конституции РФ 1993 г. (Курс лекций) / Р.В. Насыров. – М.: Юрлитинформ, 2011. – 312 с.
252. Насыров Р.В. Христианская трактовка сущности государства (в аспекте соотношения светской и духовной властей) // Государственно-правовой опыт России: соотношение самобытного и заимствованного: межвузовский сборник статей / под ред. В.В. Сорокина. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2013.
253. Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 3 т. Т. 1. Общая часть / А.В. Наумов. – М.: Волтерс Клувер, 2007.
254. Неважжай И.Д. Типы правовой культуры и формы правосознания // Правоведение. 2000. № 2.
255. Нерсесянц В.С. Философия права: учебник / В.С. Нерсесянц. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2008. – 848 с.
256. Нижник Н.С. Юриспруденция как комплексный социально-правовой институт: специфика становления и развития в России / Н.С. Нижник // В сборнике: Актуальные проблемы теории и истории государства и права Труды кафедры теории государства и права Санкт-Петербургского университета МВД России. Научный редактор Н.С. Нижник. Санкт-Петербург, 2012.
257. Ницше Ф. Рождение трагедии, или Эллинство и пессимизм. М.: АСТ, 2006.
258. Новая философская энциклопедия. В 4 т. Т. II: Е - М / Ин-т философии РАН; Нац. общ.-научн. фонд; Научн.-пед. совет: председ. В.С. Степин, зам.-ли предс.: А.А. Гусейнов, Г.Ю. Семигин, уч. секр. А.П. Огурцов. – М.: Мысль, 2010. – 634 с.
259. Новая философская энциклопедия: в 4 т. Т. III: Н - С / Ин-т философии РАН, Нац. Общ.-научн. фонд; Научно-ред. совет: предс. В.С. Стёпин, заместители предс.: А.А. Гусейнов, Г.Ю. Семигин, уч. секр. А.П. Огурцов. М.: Мысль, 2010. 692 с.
260. Новейший философский словарь: словарь/ сост. и гл. науч. ред. А.А. Грицанов. – 2-е изд., перераб. и доп. – Минск: Интерпрессервис, 2001. – 1280 с.

261. Новгородцев, П.И. Историческая школа юристов./ П.И. Новгородцев./ СПб. – Лань. – 1999. – 192 с.
262. Новицкий И.Б. Основы римского гражданского права: учеб / И.Б. Новицкий. – М.: Проспект, 2010. – 272 с.
263. О понимании советского права (Круглый стол журнала) // Советское государство и право. 1979. № 8.
264. Обстоятельства, исключающие преступность деяния: монография / И.А. Анисимова [и др.]; под ред. С.В. Землюкова. – Барнаул: Изд-во АЛТГУ, 2005. 235 с.
265. Олейникова О.Н. Болонский процесс как инструмент интернационализации высшего образования // Вестник Московского государственного гуманитарного университета им. М.А. Шолохова. Педагогика и психология. – 2015. – №. 2. – С. 58-68.
266. Оль П.А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству: Монография / П.А. Оль. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. – 243 с.
267. Омельченко О.А. Всеобщая история государства и права: в 2 т. Т. 2. М.: ТОН-Остожье, 2000.
268. Осипян Б.А. Политико-правовые и идеологические концепции как основания формирования государственно-конституционной системы общества //Государство и право. 2009. № 7. С. 61-71.
269. Остин Дж. Три способа пролить чернила: Философские работы. Спб.: «Алетейя», 2006.
270. Остроух А.Н. Учение Бентама о праве: автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2002.
271. Палеолог М. Воспоминания посла в России. СПб, 1989.
272. Памятники римского права: Законы 12 таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М.:Зерцало, 1997. – 608 с.
273. Пашуканис, Е.В. Положение на теоретическом правовом фронте./ Е.В. Пашуканис.// Советское государство и революция права. – 1930. - №11-12. – С.47-48.
274. Петражицкий, Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. - Серия «Мир культуры, истории и философии», - СПб.: Издательство «Лань», 2000.
275. Пищулин А.В. Проблема определения современных подходов к понятию «юридический позитивизм» // Вестник Московского университета. Серия «Право». 2009. №3.
276. Петров, А.А., Шафиров, В.М. Предметная иерархия нормативных правовых актов./ А.А. Петров, В.М. Шафиров./ М. – Проспект. – 2014.
277. Петров А.В. У истоков формирования русского правового сознания (культурологический аспект) / А.В. Петров, Г.П. Кибасова // Вестник Волгоградского

государственного университета. Серия 7: Философия. Социология и социальные технологии. 2014. № 2.

278. Пищулин А.В. Юридический позитивизм в современном правопонимании: автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2010.
279. Плаксина Т.А. Социальные основания квалифицирующих убийство обстоятельств и их юридическое выражение в признаках состава преступления: монография / под науч. ред. В.Д. Филимонова. Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2006. 432 с.
280. Плаксина Т.А. Социальные основания квалифицирующих убийство обстоятельств и их юридическое выражение в признаках состава преступления: дисс… д-ра юрид. наук: 12.00.08. – Томск, 2006. 488 с.
281. Плохова В.И. Ненасильственные преступления против собственности: криминологическая и правовая обоснованность / В.И. Плохова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 295 с.
282. Плохова В.И. Особенная часть уголовного права. Часть первая: учебное пособие. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2006.
283. Плохова В.И. Системное толкование норм Особенной части уголовного права: учеб. пособие / В.И. Плохова. – М.: Юрлитинформ, 2011. – 320 с.
284. Плохова В.И. Социальное и правовое обоснование уголовного закона (на примере преступлений в сфере экономики): учебно-методическое пособие / В.И. Плохова. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2011. – 166 с.
285. Плохова В.И. Уголовное право. Ч. Особенная. (ч. 1): учебно-методическое пособие. – Барнаул, 2015.
286. Погосян В., Мирумян К. Идеология и конституция. Ереван, 1999.
287. Покровский, И.А. История римского права / И.А.Покровский. – СПб.: Издательская группа «Летний Сад», 1999.
288. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права: в 3 ч. Ч. 1. Петроград, 1917.
289. Полный курс уголовного права: в 5 т. Т. 1: Преступление и наказание / Ю.В. Голик [и др.]; под ред. А.И. Коробеева. – СПб.: «Юридический центр Пресс», 2008. – 1133 с.
290. Поляков А.В. Нормативность правовой коммуникации // Правоведение, 2011, № 5.
291. Поляков А.В. Общая теория права. Курс лекций / А.В. Поляков. – СПб.: «Юридический центр Пресс», 2001. – 642 с.
292. Права человека перед вызовами XXI века / под ред. В.В. Смирнова и А. Ю. Сунгурова. М. : Российская ассоциация политической науки (РАПН); Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2012.

293. Правовые обычаи Горного Алтая: монография / под ред. В.В. Сорокина. – М.: Юрлитинформ, 2016. – 232 с.
294. Правовые обычаи Горного Алтая, Китая и Монголии: коллективная монография / отв. ред. В.В. Сорокин. – Барнаул: ООО «Спектр», 2013. – 232 с.
295. Правосознание российского общества: типологическая характеристика: коллективная монография / под ред. В.В. Сорокина и А.А. Васильева. Барнаул: АЗБУКА, 2013. - 254 с.
296. Пригожин А.И. Перестройка: переходные процессы и механизмы. М., 1990.
297. Пригожин И., Стенгерс И. Порядок из хаоса. М., 1986.
298. Пригожин И., Николис Г. Самоорганизация в неравновесных системах: от иссипативных систем к упорядоченности через флуктуации. М., 1990.
299. Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов / Н.В. Варламова [и др.]; под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2008. – 832 с.
300. Протасов В.Н. Правоотношение как система. М.: «Юридическая литература», 1991.
301. Протасов В.Н., Протасова Н.В. Лекции по общей теории права и теории государства. – М.: Городец, 2010. 868 с.
302. Прытков В.П., Селезнев В.М. Проблема самобытности русской науки // Теория и практика общественного развития. – 2014. – № 10.
303. Пудовочкин Ю.Е. Учение об основах уголовного права: лекции / Ю.Е. Пудовочкин. – М.: Юрлитинформ, 2012. 240 с.
304. Пухта, Г.Ф. Энциклопедия права./ Г.Ф. Пухта./ Пер. с нем. Линденбратена под ред. П.Л. Карасевича. – Ярославль. - 1872.// Немецкая историческая школа права. – Челябинск. – Социум. – 2010.
305. Пьянов Н.А. Государственное регулирование как самостоятельная научная проблема / Журнал российского права. 2012, №5. С.61-62.
306. Рогов В.А. История государства и права России IX — начала XX веков. М., 1995.
307. Рождественский Д.В. Нравственное Богословие. М., 1999. 234 с.
308. Романовская Л.Р. Русское правоведение эпохи просвещения / Л.Р. Романовская // Genesis: исторические исследования. 2014. № 6.
309. Романовкий Г.Б. Гносеология права на жизнь. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2003.
310. Российское законодательство X – XX веков. В девяти томах. Т. I. Законодательство Древней Руси. М., 1984. 432 с.

311. Российское законодательство X-XX вв. В девяти томах. Т. 6. Законодательство первой половины XIX века / под общ. ред. О.И. Чистякова. – М.: Изд-во «Юридическая литература», 1988.
312. Российское законодательство X-XX вв. В девяти томах. Т. 9. Законодательство эпохи империализма в буржуазно-демократических революций / под общ. ред. О.И. Чистякова. – М.: Изд-во «Юридическая литература», 1988.
313. Российское законодательство X-XX вв. В девяти томах. Т. 6. Законодательство первой половины XIX века / под общ. ред. О.И. Чистякова. – М.: Изд-во «Юридическая литература», 1988.
314. Рубаник, В.Е. История суда и правосудия в Древней Руси IX - XV веков в новейших диссертационных исследованиях // История государства и права. 2013. N 2.
315. Рудаков А.А. Парные юридические категории: теория прав и обязанностей: монография. – М.: Проспект, 2016.
316. Русанов В.В. Понятие нации в контексте преподавания юридических дисциплин // Юридическая наука и образование в России и Азии. Методика преподавания права. Материалы I Российско-Азиатского Правового Конгресса. Барнаул. 2-3 октября 2014 г. / Под ред. В.В. Сорокина и А.А. Васильева. – Барнаул: Издательская группа «Си-Пресс», 2014. С. 48-52.
317. Садагдар, М.И. Основы мусульманского права / М.И. Садагдар. - М., 1968.
318. Салтыкова, С. Зарождение русского права / С. Салтыкова// Российская юстиция. 1997. № 1. С. 59 – 63.
319. Саидов, А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А.Х Саидов. - М.: Юристь, 2005.
320. Самоквасов Д.Я. Курс истории русского права. М., 1908. 512 с.
321. Сачков Ю.В. Научный метод: вопросы и развитие. М.: УРСС, 2003.
322. Свердлов М.Б. От Закона Русского к Русской правде Издательство: М.: Изд-во Юрид. лит. 1988.
323. Святловский В. В. История экономических идей в России. Петроград, 1923. Т. 1.
324. Сейдеметова Р.Е. Представления Иеремии Бентама о государственном устройстве // Юристъ-Правоведъ. 2011. №4.
325. Серегин А.В. Духовно-нравственное учение о правовой культуре: монография – М.: Юрлитинформ, 2016. – 336 с.
326. Серегин А.В., Васильев А.А. История политических и правовых учений: учебник. – М.: Юрлитинформ, 2-14. 488 с.

327. Серегин А.В. Юридическая компаративистика (курс сравнительного правоведения для магистров): учебное пособие. – М.: Юрлитинформ, 2016. 248 с.
328. Серегин А.В. Истоки древнерусского государства и права: монография / Серегин А.В.; Науч. ред.: Иванников И.А. - М.: Вузовская книга, 2013.
329. Серегин А.В. О необходимости возрождения юридической славистики в современной Российской Федерации / А.В. Серегин // Вестник юридического факультета Южного федерального университета. 2015. № 1 (3).
330. Синергетика — новые направления. М., 1996. 264 с.
331. Синха Сурия Пракаш. Юриспруденция. Философия права. М.: «Академия», 1996. 304 с.
332. Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию / В.Н. Синюков. – 2-е изд., доп. – М.: Норма, 2010. – 672 с.
333. Синюков В.Н., Синюкова Т.В. О развитии университетского и прикладного юридического образования в России // Государство и право, 2010, № 3.
334. Сокольский, В.В. Пособие при изучении внешней истории римского права / В.В. Сокольский. – М., 1876.
335. Сокулер, З.А. Знание и власть: наука в обществе модерна./ З.А. Сокулер./ СПб. – РХГИ. - 2001. - 240с.
336. Соловьев В.С. Право и нравственность // Власть и право. Из истории русской правовой мысли. Л., 1990.
337. Соловьев Э.Ю. Кант: взаимодополнительность морали и права. М., 1992.
338. Солопов Е.Ф. Логика диалектики. К 240-летию с дня рождения Гегеля / Е.Ф. Солопов. – М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011. – 240 с.
339. Современные концепции естественного права. М., 1988.
340. Сорокин В.В. Нравственная основа права России // Государственно-правовой опыт России: соотношение самобытного и заимствованного: межвузовский сборник статей / под ред. В.В. Сорокина. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2013. С. 163-222.
341. Сорокин В.В. Общее учение о государстве и праве переходного периода: монография / В.В. Сорокин. – М.: Юрлитинформ, 2010. – 424 с.
342. Сорокин В.В. Правовая психология: вопросы общей теории права: монография. – М.: Юрлитинформ, 2015. – 320 с.
343. Сорокин В.В. Правовая психология в системе юридических дисциплин // Юридическая наука и образование в России и Азии. Методика преподавания права. Материалы I Российско-Азиатского Правового Конгресса. Барнаул. 2-3 октября 2014

г. / Под ред. В.В. Сорокина и А.А. Васильева. – Барнаул: Издательская группа «Си-Пресс», 2014. С 12-16.

344. Сорокин В.В. Теория государства и права переходного периода: учебник / В.В. Сорокин. – Барнаул: ОАО «Алтайский полиграфический комбинат», 2007. – 512 с.
345. Сорокин В.В. Понятие и сущность права в духовной культуре России: Монография / В.В. Сорокин. – М.: Проспект, 2007. – 480 с.
346. Сорокин П. Новый труд о Бентаме // Общедоступный учебник социологии. Статьи разных лет. М.: Наука, 1994.
347. Сорокина Ю.В. Философия права. М., 2008.
348. Степин В.С. Теоретическое знание. М.: Прогресс-Традиция, 1999. 390 с.
349. Страхов Н.Н. Очерк истории философии. М.: Директ-Медиа, 2009.
350. Супатаев М.А. К проблематике цивилизационного подхода к праву (очерки общей теории и практики): монография. – М.: Юрлитинформ, 2012. 144 с.
351. Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. – М.: Норма, 2013. 464 с.
352. Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 1. Элементный состав / В.М. Сырых. – М.: Юстицинформ, 2004. – 528 с.
353. Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 2. Логика правового исследования (как написать диссертацию) / В.М. Сырых. – М.: Юстицинформ, 2004. – 560 с.
354. Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 3. Современное правопонимание / В.М. Сырых. – М.: РАП, 2007. – 512 с.
355. Тарасов Н.Н. Методологические проблемы современного правоведения: Автореферат дисс. … доктора юридических наук. Екатеринбург, 2002.
356. Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. – Екатеринбург: Изд-во Гум. Инст-та, 2001. 264 с.
357. Тейяр де Шарден П. Феномен человека. М.: Наука, 1987.
358. Теория юриспруденции: учеб. пособие / В.В. Виноградов [и др.]; под ред. Р.В. Шагиевой. – Калуга: Филиал РАП, 2007. - 364 с.
359. Тихомиров, Л. А. Монархическая государственность./ Л.А. Тихомиров./ М.: Айрис-пресс. – 2006. – 624 с.
360. Ткаченко С.В. Рецепция права в переходный период развития России / С.В. Ткаченко. М.: Юрлитинформ, 2011. 224 с.
361. Токвиль, А. Демократия в Америке. – М.: Прогресс,1992. – 483 с.

362. Толстик В.А. От плюрализма правопонимания к борьбе за содержание право // Государство и право. 2004. № 9.
363. Толстой Л.Н. О народном образовании // Педагогические сочинения. М., 1989. С. 68.
364. Томсинов В.А. Государственный строй абсолютной монархии в Англии: новый взгляд \\ Вестник Московского городского педагогического университета. Юр. Науки.2014. No 4 (16).
365. Томсинов В.А. История русской политической и правовой мысли. X-XVIII вв. М.: «Зерцало», 2014.
366. Томсинов В.А. История русской юриспруденции X-XVII века: Учебное пособие / В. А. Томсинов. – М.: Зерцало-М, 2014.
367. Томсинов В.А. Конституционно-монархическая традиция в политической культуре России периода империи: конституционные проекты периода правления Екатерины II // Государственно-правовой опыт России: соотношение самобытного и заимствованного: межвузовский сборник статей / под ред. В.В. Сорокина. – Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2013. С. 222-245.
368. Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России в XVIII столетии. – М.: Зерцало, 2010.
369. Томсинов В.А. Юридическое образование и юриспруденция в России во второй трети XIX века. – М.: Зерцало, 2010.
370. Томсинов, В.А. Развитие русской юриспруденции в России / В.А. Томсинов// Развитие русского права второй половины XVII – XVIII вв. М., 1992. С. 51 – 64.
371. Томсинов, В.А. Римское право в средневековой Англии./ В.А. Томсинов.// Античная Древность и Средние века. Проблемы социального развития. – Издательство Уральского гос. ун-та Свердловск, 1985.
372. Трубецкой Н.С. Наследие Чингисхана: взгляд на русскую историю не с Запада, а с Востока. – М.: Алгоритм: Эксмо, 2012.
373. Туманов, В.А. О понимании советского права. – «Круглый стол» СГиП.// Советское государство и право. – 1979. – № 7.
374. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: Учебник для вузов / под ред. В.С. Комиссарова, Н.Е. Крыловой, И.М. Тяжковой. 2-изд., стереотип. – М.: Статут, 2014. 879 с.
375. Ушаков Е.В. Введение в философию и методологию науки: учебник. М.: Экзамен, 2005. 528 с.
376. Федотова В.Г. Анархия и порядок. М., 2000.

377. Фельдштейн Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. – М.: Зерцало, 2003.
378. Философия науки / под ред. С.А. Лебедева: Учеб. пособие для вузов. – изд. 6-е, перераб. и доп. – М.: Академический Проект, 2010.
379. Флетчер Дж. Основные концепции современного уголовного права / Дж. Флетчер, А.В. Наумов. – М.: Юристъ, 1998. – 512 с.
380. Формации или цивилизации? (Материалы круглого стола) // Вопросы философии. 1989. № 10. С. 34-59.
381. Франк С.Л. Духовные основы общества. М., 1992.
382. Фуко, М. История безумия в классическую эпоху./ М. Фуко./ СПб. - 1997. - 576с.
383. Фуко, М. Надзирать и наказывать: рождение тюрьмы./ М. Фуко./ СПб. - 1997.
384. Фуко, М. Ненормальные. Курс лекций, прочитанных в Колледж де Франс в 1974-1975 учебном году./ М. Фуко./ Пер. с фр. А.В.Шестакова. - СПб. – Наука. - 2004. - 432с.
385. Фуко, М. Психическая болезнь и личность./ М. Фуко./ СПб. – Гуманитарная Академия. – 2010. – 320с.
386. Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву: ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 124–159.
387. Хабермас Ю. Философский дискурс о модерне. Двенадцать лекций / Юрген Хабермас; пер. с нем. – 2-е изд., испр. – М.: «Весь мир», 2008. – 416 с.
388. Хабриева Т.Я. Коррупция и право: доктринальные подходы к постановке проблемы // Журнал российского права. 2012, № 6. С. 5 – 17.
389. Хайдарова, М.С. Основные направления и школы мусульманского права / М.С. Хайдарова// Мусульманское право (структура и основные институты). - М.: Инс-т госва и права АН СССР, 1984.
390. Хайдеггер М. Время и бытие: Статьи и выступления. М.: Республика, 1993.
391. Хайруллин В.И. Категория справедливости в истории политико-правовой мысли / В.И. Хайруллин. – М.: ЛИБРОКОМ, 2011. – 192 с.
392. Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136.
393. Хейзинга Й. Homo ludens. В тени завтрашнего дня. М.: «Прогресс», 1992.
394. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: в 2 т. Т. 1. Древний мир и Средние века / сост. О.Л. Лысенко, Е.Н. Трикоз; отв. ред. Н.А. Крашенинникова. – М.: Норма, 2007. – 816 с.

395. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: в 2 т. Т. 2: Современное государство и право / сост. и отв. ред. Н.А. Крашенинникова. – М.: Норма, 2007. – 672 с.
396. Хромова Е.И. Коррупция как социально-правовой феномен // Вопросы экономики и права. 2011. № 5.
397. Царьков И.И., Кабардина Г.А. Ясная неясность юридического позитивизма //Право и политика. 2005. № 4. Царьков И.И., Кабардина Г.А. Ясная неясность юридического позитивизма //Право и политика. 2005. № 4.
398. Цвайгерт, К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. – Том I. Основы. – М.: Международные отношения, 1998.
399. Цыбулевская О.И. Нравственные основания современного российского права / О.И. Цыбулевская; под ред. Н.И. Матузова. – Саратов: Изд-во СГАП, 2004. – 220 с.
400. Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. – СПб.: Равена, Альфа, 1995. – 846 с.
401. Черненко А.К. Теоретико-методологические проблемы формирования правовой системы общества. Новосибирск, 2004.
402. Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права. М.: Юрист, 1995.
403. Честнов И.Л. Принцип диалога в современной теории права (проблемы правопонимания): Автореф. дис. …д-ра юрид. наук. СПб, 2002.
404. Честнов И.Л. Право как диалог: к формированию новой онтологии правовой реальности. СПб, 2000.
405. Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна. СПб, 2002.
406. Честнов И.Л. Современные типы правопонимания: феноменология, герменевтика, антропология и синергетика права. СПб, 2002.
407. Чиркин В.Е. Мусульманская концепция права // Мусульманское право (структура и основные институты). М., 1984.
408. Чистое учение о праве Г. Кельзена: сборник переводов./ Отв. ред. В.Н.Кудрявцев, Н.Н. Разумович. – М. – Изд-во АН СССР. – 1987.
409. Чичерин Б.Н. Философия права. М., 1990.
410. Шанин А.А. Европейское пространство высшего образования // Известия Волгоградского государственного технического университета. – 2013. – № 2. – С. 11-15.
411. Шарль, Р. Мусульманское право / Р. Шарль. - М., 1953.

412. Шафиров В.М. Естественно-позитивное право: Введение в теорию. Красноярск, 2004.
413. Шептулин А.П. Основные законы диалектики / А.П, Шептулин. – М.: «Наука», 1966. – 184 с.
414. Шептулин А.П. Система категорий диалектики / А.П. Шептулин. – М.: «Наука», 1967. – 280 с.
415. Шершеневич, Г.Ф. История философии права. – СПб.: Издательство Лань, 2001.
416. Юшков С.В. История государства и права России (IX-XIX вв.) / С.В. Юшков. – Ростов н/Д: «Феникс», 2003. – 736 с.
417. Яркова Е.Н. История и методология юридической науки: учебное пособие. - Тюмень: Изд-во Тюменского гос. ун-та, 2012.
418. Ясперс К. Смысл и назначение истории. М.: Республика, 1994.