



САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ
ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
УНИВЕРСИТЕТ

Ю. И. Гревцов

ЛЕКЦИИ

**ПО ОБЩЕЙ
ТЕОРИИ ПРАВА**



Юрий Гревцов

Лекции по общей теории права

«Санкт-Петербургский государственный университет»

2019

УДК 340.1
ББК 67.0

Гревцов Ю. И.

Лекции по общей теории права / Ю. И. Гревцов — «Санкт-Петербургский государственный университет», 2019

ISBN 978-5-288-05907-0

Учебное пособие содержит курс лекций, в котором впервые в современном отечественном правоведении общая теория права как учебная дисциплина представлена в единстве своих основных составляющих: догмы права и социологии права. В книге описываются важнейшие теоретические и практические понятия: природа права, правообразование, правоотношение, объективное и субъективное право и др. Рассматривается связь юридических и социологических явлений, дается представление о социальной ответственности и социальном порядке. Излагаются актуальные теоретические представления о праве отечественных и зарубежных ученых. Издание снабжено обширной библиографией и именованным указателем. Пособие предназначено для студентов юридических и социологических факультетов (бакалавров, магистров, аспирантов), а также для учащихся исторических, филологических, политологических отделений. Может быть полезно преподавателям этих дисциплин и всем интересующимся проблемами законодательства, природой закона, ценностью и назначением законодательства в современном обществе.

УДК 340.1
ББК 67.0

ISBN 978-5-288-05907-0

© Гревцов Ю. И., 2019

© Санкт-Петербургский
государственный университет, 2019

Содержание

Предисловие	7
Введение	8
Глава 1	13
§ 1. Структура, предмет и методы общей теории права	13
1.1. Догма права	13
1.2. Предмет теории (догмы) права	15
1.3. Методы теории права	16
§ 2. Теория права в системе юридических наук	19
§ 3. Социология права: предмет и методы	20
Рекомендуемая литература	23
Глава 2	24
§ 1. Методологические правила познания природы нормы права	24
§ 2. Г. Мэн о древнем римском праве	25
§ 3. Классификация этапов развития права по Г. Мэну	27
§ 4. О. Эрлих о природе норм права (правил поведения)	28
§ 5. Внутренний порядок человеческих союзов по О. Эрлиху	30
§ 6. Р. Иеринг о природе права	33
Рекомендуемая литература	34
Глава 3	35
§ 1. Процессы образования правил поведения	35
§ 2. Спонтанный процесс образования правил поведения. Правила справедливого поведения. «Закон для всех»	38
§ 3. Обычное право	40
Конец ознакомительного фрагмента.	42

Юрий Иванович Гревцов

Лекции по общей теории права

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2019

© Ю. И. Гревцов, 2019

Предисловие

Отечественная общая теория права возникла и развивалась (особенно во второй половине XX столетия) главным образом как *догма права*. В дореволюционной России (а в какой-то мере и после) российские правоведы – С. А. Муромцев, И. А. Ильин, Б. А. Кистяковский, Н. М. Коркунов, В. А. Туманов, Е. Н. Трубецкой и др. – показали поверхностный характер подхода к исследованию права и его объяснению, требовавшего от ученого-правоведа концентрировать внимание исключительно на законодательстве, решительно отсекая какие бы то ни было связи законодательства, закона с внешними явлениями – моралью, экономикой, политикой и т. д. Согласно этому учению, не следует принимать в расчет внешние по отношению к праву факторы, так или иначе влияющие на подготовку и принятие законодательных актов, на процессы их применения и др.

Между тем невозможно сомневаться в том, что и законодатель, и лица, уполномоченные применять право, погружены в эту якобы внешнюю для права среду и испытывают воздействие провоцирующих внешних факторов (как говорил И. А. Ильин, «тайный шепот личного, группового, классового интереса»¹).

Природа каждого отдельного феномена познается лучше, когда он изучается во всех своих проявлениях. Если данный фактор имеет значение как в социальной, экономической, так и в юридической сфере, то только совместное изучение экономических и юридических феноменов объясняет нам вполне этот фактор и вместе с тем проливает наибольший свет на результаты его действия.

В предлагаемом учебнике общая теория права представлена в единстве *догмы права и социологии права*. Эти научные дисциплины взаимодействуют (служат друг другу) с целью все более основательного и всестороннего объяснения такого неоднозначного явления, каким является право; результатом подобного взаимодействия выступает и то, что каждая из названных дисциплин развивается за счет того, что использует результаты и методы другой.

Однако совместная работа этих дисциплин во имя объяснения права вовсе не исключает необходимости достаточно строгого вычленения задач, функций, области предмета, содержания, места в системе юридического познания, в том числе заимствования (дублирования).

¹ Ильин И. А. Теория права и государства / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. М., 2003. С. 174.

Введение

Данный учебник по его направленности скорее всего отнесут к работе, написанной с социологических позиций. С этим можно согласиться, однако с некоторыми поправками. В нашем правоведении познание и объяснение права как *социального* явления признаются, однако нередко подразумевается, что все это – нечто вторичное, подсобное в деле познания и объяснения права и его явлений. Главным же был и остается юридический метод, юридическое познание. Вольно или невольно так продвигается тезис, будто юридический метод – это нечто существующее несколько обособленно от других областей гуманитарного познания, что «юридическое» – это вполне самостоятельная и самодостаточная область научного знания. Именно благодаря такому подходу взросло и остепенилось не одно поколение юристов, утвердился тип «истинного» юридического мышления, о котором говорят: если вы способны размышлять о чем-то, что связано с чем-то другим, не размышляя об этом другом, то у вас юридический склад ума.

При этом все, в том числе отстаивающие автономию юридического, согласны с тем, что право, правовые явления – явления социальные, они выступают видом (формой) социального.

Существует серьезное научное направление, которое оказывало и продолжает оказывать все возрастающее влияние на строй современной юридической мысли вообще и на порядок изучения права в частности. Это направление не видит в праве явления, обособленного от жизни. Наоборот, оно рассматривает право как слугу жизни, как средство достижения цели, состоящей не только в духовном самоусовершенствовании, но и в удовлетворении жизненных потребностей человека.

Право как форму человеческих отношений создают не только идеалы должного, но и борьба за условия и средства существования (в самом широком смысле), за удовлетворение потребностей; от исхода этой борьбы зависит распределение средств существования и соотношение общественных слоев и классов. Поэтому понятие права, наряду с характеристикой права в качестве инструмента духовного самоутверждения человека, должно быть непременно охарактеризовано и как инструмент достижения жизненных целей. Понятие права не может не отражать *социологическую* сторону права.

Право (как и мораль) не может быть явлением, обособленным от социальной практики; напротив, оно *пронизывает все области, поры общественной жизнедеятельности, проникает и погружается в них*. Право вездесуще, хотя зачастую его присутствие мы можем не замечать. Поэтому «угнаться» за правом, используя только методы нормативизма (основной формы юридического позитивизма), не в состоянии никакой исследователь. Для юридической науки, подчеркивал В. А. Туманов, обращенной прежде всего к нормативной форме отражения социального бытия, а проще говоря – к праву как совокупности юридических норм, использование социологических методов особенно важно, ибо помогает установить, в какой степени эти нормы реализуются в жизни².

Право – это форма общественных отношений, следовательно, *право есть форма какого-то содержания*. Содержание, формой которого выступает право, *есть всегда содержание социальное*. О. Эрлих подчеркивал связь права с внутренним порядком человеческих союзов, складывающимся в этих союзах за счет внутренних правил поведения, которым их члены следуют неукоснительно. Поэтому чтобы объяснить истоки, становление и сущность права, следует в первую очередь исследовать уклад союзов, т. е. внутрисоюзные правила поведения³

² Туманов В. А. Вступительная статья // Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 5.

³ Эрлих О. Основоположения социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб., 2011. С. 95.

Действительно, когда мы говорим о юридической норме (нормативно-правовом акте), то ее содержанием выступает *общее правило поведения*. Мы говорим о правовом отношении как форме, содержанием которой является общественное отношение (социальное взаимодействие). Придавая тому или иному социальному явлению (правилу поведения) правовую (юридическую) форму посредством закона, законодатель тем самым придает социальному явлению *официальную внешнюю форму*. Придание правовой формы есть прежде всего *обозначение* (вербально или письменно) явления (например, правил поведения) в качестве социально ценного, общественно значимого. Кроме того, это *гарантия существования и осуществления* явления, его *организованная защита*.

Есть еще один очень важный для понимания правовой формы момент: *правовая форма избирательна*, поскольку именно посредством правовой формы обозначается круг лиц, на которых распространяется действие нормы права, для которых оказывается возможным самостоятельное поведение; то или иное поведение предписывается или запрещается. В ней же могут обозначаться время вступления в действие, вносимые изменения и прекращения действия нормы (защиты). Поэтому не может быть сомнения относительно взаимодействия правовой формы с ее содержанием и ее активностью.

Исследования правовой формы необходимы и важны, без них трудно представить начальное формирование понятий. *Однако определить понятие – значит обозначить содержательные признаки явления*. Это обязывает проникать за форму явления, хотя бы для того, чтобы понимать, насколько адекватно форма отражает и закрепляет содержание. Значит, чтобы всесторонне исследовать, например, закон, необходимо понять не только его *формальные*, но и *содержательные* характеристики, *внести ясность относительно того, кто, почему и как в действительности формирует содержание закона – само правило поведения*.

Активный и в определенной мере избирательный характер правовой формы иногда интерпретируется настолько радикально, что правовая форма полагается не как следствие, а как причина явления права (правила поведения). О. Эрлих подверг основательной критике подобные представления. Он писал:

Сегодняшний юрист привык рассматривать мир как подчиненный праву, правовому принуждению. Этому миру, его миру, он обязан своим мировоззрением, которое ставит право и правовое принуждение в начало всех вещей. Без них он не может представить человеческое существование. Семья, которая не связана официально или по крайней мере не находится под контролем права, собственность, которая не защищена по суду, договор, не подлежащий судебной защите или по меньшей мере не обеспеченный средствами исполнения, наследство, которого нельзя получить с помощью установленных правовых средств, – все эти явления находятся для такого юриста за рамками права, являются юридически безразличными вещами. Так, в его мировоззрении складываются в единое понятие правопорядок, суд и правовое принуждение. И, несомненно, он будет говорить о праве и правовых явлениях только там, где найдет суд и правовое принуждение или по меньшей мере административные органы власти и административное принуждение⁴.

Эти выводы ученого остаются актуальными и сегодня.

Из сказанного выше о правовой форме можно сделать несколько выводов. В проблеме правовой формы очень важно различать вопрос о *природе правовой формы*, т. е. вопрос о том, *кто или что обуславливает явление правовой формы (онтология правовой формы)*, и *эпистемологию*, т. е. проблему, связанную с тем, *кто и как исследует и объясняет правовую форму*

⁴ Там же. С. 134.

или, пользуясь выражением Р. Познера, изучение возможности добраться до истины в судебном рассмотрении⁵, развитии права, правопорядке.

Остановимся на рассуждениях Р. Познера⁶ в его книге «Рубежи теории права», в первую очередь на суждениях, которые представляют его основные идеи.

В традиционном юридическом образовании внимание сосредоточено на практической стороне, т. е. на том, как быть хорошим юристом. Особое внимание уделяется анализу законов, а в системе прецедентного права – прежде всего анализу судебных решений, изучению характеристик основных правовых доктрин, профессиональным ценностям, а также все чаще приобретению навыков выступления в суде и ведения переговоров. Такое образование, дополненное практическим опытом работы юристом в хорошей фирме или в хорошем государственном учреждении, позволяет сформировать высококвалифицированного профессионала, т. е. того, кто может добиться эффективных результатов. Но оно не дает инструментов для понимания и улучшения системы, потому что не может содействовать взгляду со стороны. Именно в силу признания этого ограничения, признания некоторых заметных неудач правовой реформы, разработанной самими юристами, и прогресса, достигнутого социальными науками, юридическое образование и юридическая мысль в целом в последние годы стали более междисциплинарными и, как следствие, более «теоретическими». Это не всегда хорошо; в большей своей части юридическая теория бессодержательная. Но не всегда. Другие дисциплины могут внести существенный вклад в понимание и совершенствование права⁷.

Выделим из приведенного отрывка несколько принципиальных выводов автора. Во-первых, существующее юридическое образование оказывается зачастую беспомощным в понимании и улучшении правовой системы, поскольку изучает и объясняет право, правовые явления, в особенности доктринальное правоправедение и философию права (юриспруденцию), *изнутри, а не со стороны*. Во-вторых, юридическая теория бессодержательна; кроме того, нельзя считать точку зрения профессионального юриста достаточной для решения даже практических проблем. В-третьих, Р. Познер утверждает, что успехи в неюридических областях, таких как экономика, теория игр, социальная и политическая теория, создали новые инструменты для изучения права, тогда как доктринальный анализ права продемонстрировал свою скудность в деле решения проблем правовой системы⁸.

Аргументируя свою позицию, Р. Познер говорит, что, воспользовавшись достижениями в экономике нерыночного поведения, экономический анализ права вышел далеко за рамки первоначального внимания к антимонопольному регулированию, налогообложению, регулированию предприятий коммунального хозяйства, корпоративным финансам и другим областям чисто экономического регулирования. Экономистов активно привлекают в качестве экспертов в таких сферах, как законодательство по ценным бумагам, а также к решению дел о причинении вреда жизни и здоровью и коммерческих споров, в которых необходимо подсчитывать размер возмещения убытков. Экономический анализ накладывает все больший отпечаток и

⁵ Познер Р. А. Рубежи теории права / пер. с англ. И. В. Кушнаревой; под ред. М. И. Одинцовой. М., 2017. С. 7.

⁶ Ричард А. Познер – американский юрист и экономист, судья Федерального апелляционного суда по седьмому округу в Чикаго и старший преподаватель Школы права Чикагского университета. Один из основателей и ведущих представителей «экономического анализа права» и самый цитируемый правовед XX столетия по версии *The Journal of Legal Studies*. В рамках теории права автор уделяет особое внимание «внешнему» анализу права посредством применения экономической теории, истории, психологии, социологии.

⁷ Там же. С. 6.

⁸ Там же. С. 7–8.

на другие области права, такие как законодательство об окружающей среде, где торговля квотами на выброс газов стала признаком экономического подхода к окружающей среде, законодательство о принудительном отчуждении частной собственности, где растущая юридическая озабоченность «отчуждениями в порядке регулирования» несет на себе отпечаток экономического анализа права, и законодательство о расторжении брака, в котором феминистские и экономические гипотезы совместно выявляют экономическую сторону производства в домашнем хозяйстве⁹.

Суждения Р. Познера оказываются созвучными (если иметь в виду проблему связи права с экономикой, но никак не методологический вопрос о познании и объяснении природы права) размышлениям О. Эрлиха, который в своем главном труде «Основоположения социологии права» обосновал теснейшую связь права с экономикой. В частности, он писал:

Владение становится правоотношением только благодаря связи с экономикой. Окружающая человека природа подчиняется его воле благодаря его экономической деятельности; в этом смысле владение является только практической стороной экономики. Предметы владения становятся многочисленнее, как только появляется понимание их пользы. Укрощение диких животных совпадает с возникновением животноводства, колонизация – с началом земледелия. Но планомерная экономика предполагает не только владение, но и охрану владения. Накопление запасов и хороший задел на будущее становятся возможными, если владелец уважается; только тогда владелец может рассчитывать, что доходы от труда, который он использует на то, чтобы содержать, увеличивать и потреблять свое имущество, останутся ему на самом деле. Таким образом, отношения по поводу владения в сформировавшейся экономике должны обязательно преобразоваться в юридически защищенное положение. С этой точки зрения каждый порядок владения является отражением экономического порядка. Причина охраны владения не может вызывать сомнения – она состоит в том, что сельское хозяйство, бизнес, индустрия, торговля без безопасности владения были бы совершенно невообразимы. Трудность понимания права для образованного в духе римской правовой догматики юриста состоит лишь в том, что такие юристы всегда стремились определять владение без учета экономического порядка, что оказывается невозможным. Гораздо труднее объяснить причину собственности, если она не укладывается в основывающийся на владении порядок¹⁰.

Следует обратить внимание и на то, что О. Эрлих обращался к методологическим вопросам познания природы права. Но его взгляд несколько иной, нежели у Р. Познера, и поэтому его суждения также отличны. Он много говорит об экономике, но не говорит, что к анализу правовой системы необходимо привлекать экономистов;

у него нельзя найти прямых утверждений, будто внешний, экономический анализ права экономистами способен внести и вносит существенный вклад в познание системы права, ее развития. О. Эрлих считал, что сами юристы (социологи права) должны исследовать и принимать в расчет требования развивающейся экономики. В частности, он полагал, что судьба правоведения такова, что хотя в настоящее время оно изучает право почти исключительно с точки зрения практики, в то же время оно – единственная наука о праве. Поэтому учение о праве и правоотношениях, направлениях, предмете и методах правового регулирования пока огра-

⁹ Там же. С. 10.

¹⁰ Эрлих О. Основоположения социологии права. С. 152.

ничивается только практическими целями (как можно будет увидеть ниже, ученый не сводил практику только к судейской). На деле это выглядит так, как если бы минералогия и химия не смогли сказать о железе ничего больше того, что нужно для монтажа металлоконструкций, а ботаник знал бы о растениях не больше, чем фармацевт и фармаколог. Такое положение юриспруденции весьма печально, тем более что сегодняшнее учение о праве еще очень далеко от того, чтобы удовлетворять запросы юридической практики. При этом судья, следователь и адвокат не являются единственными представителями юридических специальностей; наряду с ведением публично-правовых дел у юриста есть также довольно прибыльная сфера частной практики в сельском хозяйстве, торговле и промышленности, кроме того, он принимает участие в законотворчестве, политике. Самыми значительными юридическими вопросами нашего времени считаются те, которые возникают в профсоюзах, трестах, корпорациях и которые становятся актуальными для правоповедения только потому, что они играют большую роль именно в юридической жизни, а не в деятельности правоприменительных органов¹¹.

¹¹ Там же. С. 67–69.

Глава 1

Общая теория права и социология права

§ 1. Структура, предмет и методы общей теории права

Теоретическое знание о феномене права с определенного времени (примерно с середины XIX в.) формировалось (и продолжает формироваться) в рамках общей теории права. Постепенно в ней обозначились три научных дисциплины: *теория права* (или *догма права*), *социология права* и *философия права*.

Разделение общей теории права на дисциплины подтверждается результатами научных изысканий и достаточно обширной литературой по этим научным направлениям таких авторов, как Н. Н. Алексеев, С. С. Алексеев, В. П. Казимирчук, Б. А. Кистяковский, Н. М. Коркунов, В. Н. Кудрявцев, С. А. Муромцев, Л. И. Петражицкий, Е. Н. Трубецкой, В. А. Туманов, С. Ф. Шершеневич и др.

Имеет место тесная взаимосвязь этих направлений, позволяющая более основательно и всесторонне объяснить такое сложное неоднозначное явление, как право. Результат этого взаимодействия – развитие каждой из названных дисциплин, взаимное использование их результатов и методов.

Однако взаимовлияние этих дисциплин вовсе не исключает необходимости достаточно строгого вычленения задач, функций, области, предмета, содержания, места каждой из них в системе юридического познания; возможны также и заимствования (дублирование).

1.1. Догма права

По определению С. А. Муромцева, *догматика* – это учение, имеющее своей целью дать точное определение юридических понятий, обобщить их, описать данные источников права и юридические нормы, свести их к общим принципам и расположить в определенном порядке (системе) и взаимной согласованности¹².

Догма права – это систематическое изложение позитивного права (законодательства), действующего в определенной социальной среде, т. е. *изложение того, что есть*. Теория права отрывает от правовой действительности более или менее взаимосвязанную систему четких и реальных требований, систему действенных «нормативных смыслов»¹³.

Интересны суждения отечественного ученого Н. Н. Алексеева. В частности, он писал, что юридическая догматика является наукой опытной, потому что имеет дело с определенным, конкретным материалом, а именно с установленным, положительным, действующим или действовавшим правом. Главная задача этой науки – описание положительного права – классификация его норм, институтов, правовых отношений. Оно состоит в раскрытии смыслов последних. В результате логической обработки норм положительного права появляется цельная система знаний о нем. Разрозненный эмпирический материал становится продуманным целым, в котором установлены связи, вскрыты и обозначены противоречия, установлены общие причины.

Опытный материал, с которым имеет дело юрист, является не только совокупностью обладающих смыслом фактов; сверх того, он носит совершенно особый и чисто условный

¹² Муромцев С. А. Определение и основное разделение права / вступит. статья, коммент. Ю. И. Гревцова. СПб., 2004. С. 50.

¹³ Гурвич Г. Д. Философия и социология права: избр. соч. / пер. М. В. Антонова, А. В. Ворониной. СПб., 2004. С. 28.

характер. Данность норм положительного права и юридических институтов есть данность известного человеческого установления, принятого при одних условиях и могущего быть измененным или даже отмененным при других. Соответственно и все наблюдения этой данности носят весьма условный характер. Что считается, например, источником положительного права? Кто может быть субъектом права? Что считать семьей, собственностью? Строго говоря, все эти вопросы с точки зрения положительного права (юридической догматики) не могут иметь никакого общего решения, поскольку при ответе на них приходится учитывать, что в каждом данном случае является принятым и установленным. Согласно одним установлениям источником права является обычай, закон, другие установления могут считать источником права судебную практику, мнения юристов¹⁴.

Примерно так же рассуждал Н. М. Коркунов, который писал об относительности права. В его рассуждениях на эту тему можно выделить два важных момента.

Во-первых, выяснение действительного отношения права к законам в научном (объективном) смысле – необходимое условие для определения абсолютного или относительного характера права. Если юридические нормы представляют собой лишь особую группу явлений общественной жизни, то право, как и все явления общественной жизни, имеет относительный характер. Будучи явлением, право изменчиво и зависит от различных факторов.

Во-вторых, признание относительности права кладет конец бесконечным и бесплодным попыткам искать абсолютное различие между правовым и неправовым, обнаружить критерии истинного правового явления и пр. Учение об относительности права вносит необходимую ясность и в понимание предмета юридической науки. Ученый, признающий правом совокупность общественных явлений, должен также относить к кругу своих исследований явления неправовые (правовой произвол, беззаконие, тотальное ограничение права). «Словом, для науки права нет вовсе надобности искать определение абсолютного различия правового и неправового, она не может признать такого различия, она распространяет свое изучение одинаково на правое и неправое, кладя в основу отграничения предмета своего исследования неразличие правового от неправового, а права от того, что не есть вовсе право»¹⁵.

Здесь закономерен вопрос: если можно говорить о явлениях, принципах права, то *можно ли говорить о законах права, разумея при этом не законы в юридическом смысле (правовую форму), а законы правового развития как сравнительно устойчивые, постоянные отношения между правовыми явлениями, между явлениями права и условиями их возникновения? И если можно, то составляют ли законы правового развития предмет внимания теории права?*

Положительный на первый взгляд ответ на такой совсем не простой вопрос дает С. А. Муромцев; склоняется к этому и Н. Н. Алексеев. Конечно, законы права, правового развития не могут быть приравнены к «жестким» законам природы, однако и такие законы выражают известное постоянство, устойчивость и неизменность отношений. С точки зрения С. А. Муромцева, формула, которая доказывает, что в жизни каждого народа периоду свободного развития юридических идей предшествует период формализма, выражает собой закон. Формула Ш. Монтескье, подчеркивающая, что чем ниже уровень развития общества, тем более жестокими и даже зверскими будут в нем наказания за нарушения нравов, также выражает собой закон. Формула, которая утверждает определенное постоянство (цикличность) в смене форм правления не только в прошлом, но и сегодня, также являет собой закон.

Однако каков же статус юридического закона? С одной стороны, если иметь в виду исторический аспект, то, как известно, данным понятием могли обозначаться обычай, договоренность и др. Интересен факт, который приводит Б. Леони. Он пишет, что несколько лет назад его итальянский коллега, к своему огромному удивлению, обнаружил, что в некоторых стра-

¹⁴ Алексеев Н. Н. Основы философии права. СПб., 1999. С. 2.

¹⁵ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 2004 (§ 9 гл. 1 «Определение понятия права»).

нах, например в ЮАР, Свод Юстиниана до сих пор действует в буквальном смысле слова. Его клиентка, дама из Италии, которая имела собственность в ЮАР, поручила ему совершить сделку с этой собственностью, чем он и занялся; некоторое время спустя юрист из Южной Африки попросил коллегу из Италии выслать ему подписанный клиенткой документ о том, что она отказывается от использования привилегии, предоставленной женщинам *Senatus Consultum Velleianum*, принятым девятнадцать веков назад и разрешавшим женщинам отказываться от своего слова и вообще не соблюдать некоторых видов договоренности с другими людьми. Премудрые римские сенаторы считали, что женщины склонны менять свои решения и поэтому нечестно требовать от них той же последовательности, какой закон страны обычно требовал от мужчин¹⁶.

Можно также вспомнить в связи с этим, например, Конституцию США, которая действует уже более двухсот лет. Разве это только относительное явление права (особенно если учесть, что она стала образцом для многих европейских конституций)?

Если это так, то неизбежно встает вопрос о необходимости исследования не только закона как внешней (письменной) формы выражения права, которая устанавливается парламентами, но и закономерностей образования права, взаимодействия права как социального явления с другими социальными явлениями, которые влияют на процессы образования права, правотворчества, на действие закона в обществе. Решать такие задачи догматика в полной мере и самостоятельно не в состоянии – здесь должны сказать и говорить социология права и в известной степени философия права. Стоять в стороне догматика не может, поскольку принимает к сведению результаты исследований социологии права и философии права и оперирует ими.

1.2. Предмет теории (догмы) права

Вопрос об объекте и предмете науки – это вопрос о том, что она исследует и объясняет. Под *объектом* науки понимается то, на что направлено внимание исследователя. *Предметом* науки являются стороны, связи, отношения и т. п. в составе объекта, которые непосредственно подлежат изучению.

Определение предмета социальной науки было и остается делом непростым. Прежде всего, необходимо определиться в том, что предмет науки является реальностью (тем или иным ее фрагментом) и системой накопленных на этот счет знаний (представлений, оценок, понятий, концепций). При стремлении разобраться в предмете науки следует учитывать, что доступнее всего предмет предстает в образе существующих о нем оценок, представлений, теорий; серьезному исследователю приходится даже сдерживать свое желание ограничиться только уже существующими представлениями о предмете, потому что на определенных этапах научного познания приходится иметь дело больше со знанием о предмете, нежели с самим предметом. И здесь очень важно понимать, что предмет развивается, способен отрываться от существующих представлений и оценок.

Предмет науки может обнаруживаться постепенно, слой за слоем, раскрывая свои тайны. Уже поэтому он не может иметь раз и навсегда заданных и жестких границ. Последние подвижны, гибки, поскольку происходит развитие как исследуемой области действительности, так и самого изучаемого предмета. В то же время границы предмета могут раздвигаться или сужаться в зависимости от усилий, а может быть и случая, удачи самих ученых в объяснении явлений и закономерностей.

Итак, *предмет науки характеризует данную науку с точки зрения того, что она изучает, и безраздельно не может принадлежать ей.*

¹⁶ Леони Б. Свобода и закон / пер. с англ. В. Кошкина; под ред. А. Куряева. М., 2008. С. 162.

Сказанное в полной мере можно отнести и к предмету теории (догмы) права. В истории развития отечественной теории были попытки огородить ее предмет в целях якобы сохранения его чистоты, равно как и попытки вовлечь несвойственные данной науке предметные области (неоправданно расширить предмет догмы права).

Таким образом, у теории права есть предмет – позитивное право; имеется корпус ученых, которые, используя научные методы, проводят исследования, готовят публикации, пишут учебники, формируют научные направления и школы. Все это уже позволяет с необходимым вниманием относиться к статусу данной науки, являющейся определенной системой знания о праве как явлении нормативном. Но, пожалуй, ничто так не характеризует теорию права, как разработка ею понятийного аппарата юридической науки (в смысле приложения усилий по подбору или формированию понятий, которые наиболее точно выражали бы предмет, а также в смысле разложения сложных понятий на более простые). Многие центральные понятия правоведения (о праве, правосознании, субъективных правах человека и др.) обязаны либо своим рождением, либо развитием или уточнением именно этой науке.

В 1848 г. немецкий юрист писал: «Три слова законодателя – и целые библиотеки становятся макулатурой»¹⁷. Разумеется, нормы права изменяются, и юрист-практик не может относиться с доверием к книгам с устаревшими данными. Однако преподавание права возможно именно потому, что оно есть нечто иное, чем изменяющиеся нормы. Смысл подготовки юриста не в том, чтобы он выучил наизусть и в деталях действующие сегодня нормы. Вряд ли это понадобится ему через десять лет в профессиональной деятельности, для которой большая часть этих норм будет не нужна. Но ему важно понимать структурную взаимосвязь норм, термины, которыми он оперирует, способы, которыми пользуется для фиксации норм и их согласования друг с другом. Нормы права могут меняться от росчерка пера законодателя. Но в них немало и таких элементов, которые не могут быть произвольно изменены, поскольку они теснейшим образом связаны с нашей цивилизацией и нашим образом мыслей. Законодатель не может воздействовать на эти элементы, точно так же как на наш язык или нашу манеру размышлять¹⁸.

Подведем итог. Во-первых, предметом теории права является существующее право (в нормативной форме, т. е. *то, что есть*). Во-вторых, предметной областью догмы права выступает также сама совокупность юридических категорий и понятий (прежде всего в плане расположения их в определенном порядке и взаимной согласованности, приведения в систему, когда каждое понятие – необходимая и составная часть определенной системы понятий). В-третьих, в качестве предметной области теории права выступают реальные юридические явления (субъекты права, субъективные права и юридические обязанности), но всегда в свете закона, законодательства.

1.3. Методы теории права

Под *научным методом* понимается совокупность способов, приемов, с помощью которых происходит изучение и объяснение предмета, воспроизведение в мышлении его природы, структуры, признаков, тенденций функционирования и развития, а также упорядочение самой научной деятельности для достижения поставленной цели. Поскольку сегодня любая общественная наука, в том числе теория права, не ограничивается использованием какого-то одного метода, можно говорить о классификации научных методов, применяемых той или иной наукой.

¹⁷ Kirchmann J. Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Aufl. 1936. S. 25.

¹⁸ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М., 1996. С. 19–20.

Распространена классификация научных методов, подразделяющая их на *универсальные*, или *философские (метафизические)* методы (анализ, синтез, абстрагирование, выделяющие такие категории, как «сущность», «явление», «содержание», «форма», «законы диалектики» и т. д.); *общие (общенаучные)* методы, используемые в разных научных дисциплинах, хотя тот или иной общий метод поначалу разрабатывается в рамках какой-то одной научной дисциплины (например, системный, статистический, сравнительный и др.); *частные* (конкретные, эмпирические) методы.

Проблема классификации научных методов и необходимости выяснения целого ряда важных вопросов (например, целесообразность применения данного метода, его возможности, эффективность, а также вопросы взаимосвязи и взаимодействия методов) решается в рамках *методологии*, которую можно определить как *учение о методах*.

Проблема использования того или иного метода социальных наук связана с мировоззрением исследователя. Именно в соответствии с ним (или в его рамках) ученый отбирает различные направления, способы познания. Набор последних в большинстве случаев уже «подготовлен» его предшественниками, новые научные методы изобретаются крайне редко. Это объясняется тем, что многие ценности, систематизации, методы, по мнению Э. Дюркгейма, суть результат деятельности прежних поколений ученых; мы не принимаем никакого участия в их формировании, хотя часто оказываемся вовлеченными в их силовое поле.

Сказанное о методах в этом параграфе можно интерпретировать по-разному, однако в данном случае важно то, что изложенное скорее подтверждает, нежели опровергает вывод: главный вопрос состоит не в изобретении каждый раз нового метода, а в том, какие методы и как использовать. Видимо, только в этом смысле можно говорить о методах той или иной общественной науки, которые на поверку оказываются новыми благодаря комбинации уже имеющихся способов исследования, а также благодаря окраске, приносимой личностью ученого. Поэтому точно зафиксировать особенности методологической деятельности непросто, а нередко вообще не представляется возможным.

Общая теория права (и ее неотъемлемая составляющая – теория права) в той или иной степени использует методы упомянутых выше трех уровней (универсальный, общенаучный, частный).

Ошибочно полагать, будто догма права избегает универсальных методов. Поскольку основными задачами данной научной дисциплины являются все-таки *обобщение, выведение, определение, систематизация, интерпретация, критика* и т. п., она не может обойтись без анализа, синтеза, правил абстрагирования, категорий диалектики и др. На этом же уровне находятся используемые (правда, явно в недостаточной степени) приемы общей логики. Например, совершенное определение должно состоять из двух частей: первая часть – положительная, отвечающая первой функции разума – сличению и состоящая из обобщения всех случаев в пользу определяемого предмета; вторая часть – отрицательная, для ее формирования следует собрать с целью сравнения случаи, которые подразумеваются под противоположным названием, т. е. не в пользу определяемого предмета. Этой второй частью осуществляется вторая функция разума – различение¹⁹.

Таким образом, догма права пытается толковать, описывать, систематизировать то, что есть в явлениях права (принципах, нормах). Это совершенно понятное стремление, но всегда неизбежное развитие социума приводит к необходимости изменить или вовсе отбросить то, что есть (в нормах, принципах). Исследования в рамках догмы не могут быть нацелены на получение ответа на вопрос, когда, зачем и во имя чего надо что-то менять. Если же в этом деле наука будет призвана на помощь – а нет причин, по которым следовало бы отвергнуть изучение права и с этой стороны, – то нельзя будет обойтись без широкого изучения социаль-

¹⁹ См. об этом: *Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. С. 155.*

ных факторов. Восполнить закон – значит создать новое право, но трудно созидать, не отдавая отчета в том, почему и зачем это все необходимо (С. А. Муромцев)²⁰

Подготовка, принятие и введение в действие закона всегда означают, что норма права – т. е. правило поведения, которое было выработано практикой человеческих отношений или сконструировано (сформулировано) в стенах парламента, – получает внешнюю (письменную) форму выражения (форму своего официального существования). Иными словами, *правило поведения признается, закрепляется, утверждается в социальной практике.*

Придание норме права (правилу поведения) внешней официальной формы также означает, что эта норма права (это правило поведения) гарантируется и получает организованную защиту, охраняется. Юристы в силу своей профессии будут стоять на страже такой нормы (закона), будут следить за ее соблюдением и оберегать ее содержание (правило поведения) как таковое, невзирая ни на какие внешние вызовы, социальные факторы, пока закон не отменен. Как в прошлом, так и сегодня далеко не всякий даже здравомыслящий человек понимает, что профессиональный долг юристов – поддерживать, защищать закрепленную в законе норму права (правило поведения), пока она не отменена. И в этом смысле нормативизм как основная форма юридического позитивизма, во всяком случае в этой части, не может быть так просто отброшен. Однако все это вовсе не исключает того, что те же юристы должны предпринимать все необходимые усилия, чтобы устаревшая норма права (правило поведения) была вовремя изменена или чтобы были отменены его гарантия и защита.

В свете сказанного будет оправданным представить несколько радикальных и в общем-то призывающих к серьезной «перезагрузке» методологии не только правоведения, но и самой практики применения права суждений Р. Познера:

Право – это наиболее ориентированная на историю и, если говорить грубо, наиболее реакционная и «зависимая от истории» профессия. Право чтит традицию, прецедент, родословную, ритуал, обычай, древние практики и тексты, устаревшую терминологию, мудрость, старшинство, геронтократию и толкование, понимаемое как метод обретения истории. Оно с подозрением относится к новациям, отсутствию непрерывности... энергии и безрассудству молодости. Эти давно укоренившиеся установки являют собой препятствие для тех, кто подобно мне хотел бы переориентировать право в более научном, экономическом и прагматическом направлении. Но по той же самой причине практическая юриспруденция должна договориться с историей²¹.

²⁰ Там же. С. 49.

²¹ Познер Р. А. Рубежи теории права. С. 157 и сл.

§ 2. Теория права в системе юридических наук

Догма права давно и устойчиво занимает определенное место в системе юридических наук, независимо от того, каково отношение к ней практиков и некоторой части ученого мира. Пожалуй, наиболее сдержанно, если не сказать холодно, относятся к ней практики и многие ученые-юристы семьи общего права. Однако и там время от времени выходят научные труды, в которых так или иначе представлена эта наука²².

Теория права тесно связана с социологией права и философией права, и эта связь постепенно становится все более обширной.

Следы ее не так уж трудно обнаружить. Они проступают в наиболее выдающихся достижениях теории права, в которых теория права, устанавливая те или иные «нормативные смыслы», делает это на основе результатов исследований правовой действительности, полученных социологией права и философией права, а также в неудачах, когда теория права по тем или иным причинам прерывает эти связи, пытаясь (вольно или невольно) подменить собой социологию права или философию права.

Г. Д. Гурвич писал по этому поводу, что «нормативные смыслы», которые теория права абстрагирует из непосредственно переживаемых данных юридического опыта, не могут быть чистым должествованием уже потому, что они не автономны. Их обязывающая сила зависит от реального действия компетентного правотворящего авторитета, на который эти смыслы опираются. Их содержание целиком формируется существующей правовой действительностью (либо в ретроспективном, либо в проспективном аспектах). Это и многое другое ставит теорию права в неразрывную связь с философией и социологией права²³.

Для эффективного судопроизводства и для обеспечения применения действующего законодательства ко всякому делу, подлежащему рассмотрению в суде, теория права должна постоянно стремиться сделать систему нормативных смыслов более гибкой и эластичной по отношению к живой и находящейся в постоянном движении правовой действительности. Очевидно, что теория права не может преуспеть здесь без результатов социологии права.

Аналогичным образом высказывались С. А. Муромцев, Б. А. Кистяковский и другие ученые. Более того, можно говорить о взаимодействии теории права, социологии права с иными науками, исследующими проблемы взаимодействия, поведения, мотивации и механизмы принятия решения.

Характер связи теории права с отраслевыми научными дисциплинами (правом гражданским, уголовным, трудовым и др.) проявляется в разных аспектах, но прежде всего в том, что теория права разрабатывает, уточняет, развивает в рамках положительного права общие понятия, категории, критерии систематизации, которые используются отраслевыми юридическими науками. И здесь жизненность, практичность нормативных смыслов, устанавливаемых догмой права и принимаемых отраслевыми науками, во многом оказывается в зависимости от достижений социологии права и философии права, от способности теории права все время их улавливать и усваивать (перерабатывать). Но нельзя исключать, что в рамках догмы права формулировались и будут рождаться великолепные идеи, которые подталкивают к исследованиям природы, действия, ценности права и стимулируют такие исследования.

Таким образом, роль теории права чрезвычайно важна: эта наука призвана выступать теоретико-прикладным звеном между философией права, социологией права и отраслевыми юридическими дисциплинами. Вместе с тем нельзя исключать выход той или иной отраслевой юридической науки на результаты социологии права и философии права напрямую. Это

²² См., напр.: *Ллойд Д.* Идея права / пер. с англ. М. А. Юмашева, Ю. М. Юмашева. М., 2002.

²³ *Гурвич Г. Д.* Философия и социология права. С. 281–282.

значит, что догма права (какие-то ее области) может формироваться и отраслевыми юридическими дисциплинами.

§ 3. Социология права: предмет и методы

Социология права, заметил Г. Д. Гурвич, должна была бороться за свое существование сразу на двух фронтах. Она столкнулась с мощным противостоянием как со стороны юристов, так и со стороны социологов, которые нередко объединяются для того, чтобы отказать социологии права в ее научном статусе²⁴ (в 1962 г. на V Международном социологическом конгрессе социология права была признана отраслью научного знания).

Основатель социологии права О. Эрлих обозначал ее предмет понятиями «право в жизни» («живое право») и «право в книгах» («книжное право»), которые он же и ввел в научный оборот²⁵. Современник С. А. Муромцева (заложившего основы социологии права в России) Н. И. Кареев писал, что из всех ученых-юристов своего времени С. А. Муромцев первым указал на необходимость теоретического изучения права как социального явления. На Западе вопрос о таком изучении права был поставлен позднее, причем там нередко только повторялось то, что уже было высказано С. А. Муромцевым²⁶.

Тот, кто хочет изучать право как социальное явление, писали С. А. Муромцев и Б. А. Кистяковский²⁷, должен брать право в его осуществлении или в его воплощении в жизнь *как социальный факт*. При изучении права главное внимание должно быть обращено на право, осуществляющееся в жизни. Для того чтобы оно стало объектом самостоятельного научного исследования, должен быть оставлен предрассудок, будто право, которое осуществляется в жизни, является только отражением или простым следствием того права, которое выражено в законе. Именно там, где углубляется пропасть между традиционными юридическими категориями и самой юридической действительностью, социология права становится насущной необходимостью, считал Г. Д. Гурвич²⁸.

Н. С. Тимашев подчеркивал, что социология права – единственная наука, которая могла бы раскрыть объективные, а не чисто субъективные и конъюнктурные проблемы феномена права, и считал, ссылаясь на Р. Паунда, что социологическая тенденция в юриспруденции набирает силу²⁹.

Социология права как наука подразумевает организацию и проведение как теоретических, так и эмпирических исследований. Соответственно предмет данной науки в первом приближении включает не только право (ту или иную форму его существования), но и условия его возникновения, действия и социальные последствия его действия. Польский ученый А. Подгурецкий считает, что социология права изучает действие права, его эффективность, а также факторы, их обуславливающие³⁰.

Если обобщить существующие взгляды на предмет социологии права, получается следующая картина.

Во-первых, социология права стремится исследовать социальные истоки права в обществе, обосновать социальную природу права. Интересны и глубоки рассуждения Н. Н. Алексеева, который считал, что право не является (с точки зрения социологического подхода)

²⁴ Там же. С. 567.

²⁵ Эрлих О. Основоположения социологии права. С. 477 и сл.

²⁶ Кареев Н. И. Основы русской социологии. СПб., 1996. С. 115.

²⁷ Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. С. 59 и сл.; Кистяковский Б. А. Философия и социология права. СПб., 1999. С. 201 и сл.

²⁸ Гурвич Г. Д. Философия и социология права. С. 575.

²⁹ Тимашев Н. С. Что такое социология права? // Социологические исследования. 2004. № 4. С. 107–112.

³⁰ Подгурецкий А. Очерк социологии права. М., 1971. С. 3.

внешним собранием произвольных установлений, которые обязаны своим происхождением размышлению законодателя или же порождены инстинктивным, молчаливым согласием всех. За искусственной установленностью положительного права социолог открывает социальную необходимость. Постигание данной необходимости приводит к познанию истинной реальности права, которая есть не что иное, как реальность социальной жизни. Так как реальность эта установлена, наука о праве теряет свою условность, перестает быть наукой о юридическом словоупотреблении, наукой номинальной и становится наукой о действительных фактах³¹

Во-вторых, социология права стремится к познанию *действия* права и социальных последствий действия (бездействия) права в обществе. Если юрист направляет основное внимание на изучение и объяснение юридической нормы, на точность ее применения, то социолога права интересует иной круг проблем, в первую очередь особенности поведения субъектов права, их мотивации, их интерпретация норм действующего законодательства, настрой на использование возможностей, предоставляемых законом, на исполнение его установлений и т. д.

В-третьих, заметная область юридической действительности, которая исследуется учеными в рамках социологии права, – *корпус профессиональных юристов*. Конечно, данная проблематика изучается и некоторыми отраслевыми юридическими дисциплинами, однако их интересует порядок возникновения соответствующих органов и закрепление полномочий за сотрудниками и т. д. В социологии права выделяются иные аспекты предмета: престиж юридической профессии, особенности поведения профессиональных юристов – причем не столько с позиций того или иного нормативно-правового акта, сколько с позиций граждан, обращавшихся в соответствующие органы и организации.

Исторически в социологии оформились два метода, которыми пользуются и в социологии права. Первый, получивший название *классического метода* (О. Конт), корни которого ведут к великим мыслителям, начиная с древних, базируется на ряде постулатов-принципов. Основной из них – жесткость социальной действительности, задаваемая царящими в ней объективными закономерностями, к возникновению которых человек не имеет отношения; эти и только эти закономерности должны быть предметом внимания исследователя. Обратившись к изучению объективных закономерностей, ученый должен освободиться от всего чувственного, в первую очередь от эмоций, субъективных оценок или представлений. Он должен стремиться получить объективное знание.

Второй метод связан с именем М. Вебера, который провозгласил принципиальное отличие социальных наук от наук о природе и положил начало антипозитивистскому перелому в социологии. Он утверждал, что предметом социологии являются *человеческие действия*. Анализ человеческих действий должен приводить к их пониманию, которое достигается через интерпретацию присущих им значений, мотивированных (определяемых самими действующими субъектами) или культурных (определяемых теми группами, в которых действуют субъекты). Сама по себе операция «понимания» оказывается возможной, поскольку большинство человеческих действий имеет рациональный смысл. Следовательно, достаточно выяснить взаимоотношение целей и средств, затрат и достижений, лежащих в основе действий.

Методы социологии права не могут быть раскрыты без учета ее связей с социологией и правоведением. Обе эти науки, в особенности социология, влияли и продолжают влиять на формирование методологического арсенала социологии права. Названные связи не следует понимать как механическое заимствование социологией права приемов и способов познания социальной действительности, которые разработаны социологией и правоведением. Поверхностный наблюдатель может прийти к такому выводу, в особенности в отношении так называемых эмпирических методов социологии (наблюдение, письменные и устные опросы и др.).

³¹ Алексеев Н. Н. Основы философии права. С. 2 и сл.

Социология права – наука, устанавливающая (открывающая) *законы* возникновения, действия, изменения и развития права, правовых явлений. При отсутствии одного идеального правового состояния и при постоянной смене форм общественной жизни социология должна открывать законы, по которым происходит такая смена состояний права.

Право составляет группу явлений общественной жизни. Социология права призвана определять отношения, в которых эти явления состоят между собой, их отношения с другими группами явлений и с прочими условиями и факторами общественного развития.

Таким образом, метод социологии (права) в заметной степени продолжает и развивает методологическое направление, согласно которому социальная действительность не может быть понята и удовлетворительно объяснена без уточнения роли самих субъектов этой действительности – живых людей, действующих и потому выступающих в той или иной мере конструкторами своей жизни, а значит, и самой социальной действительности.

Понятие *метода* используется в социологии права по меньшей мере в двух значениях.

Во-первых, имеются в виду *теоретические методы* – основной инструмент теоретического исследования, с помощью которого формулируются концепции исследования, гипотезы и др. Они разработаны на основе методов, используемых в социологии, о которых речь шла выше.

Во-вторых, под методами понимаются *приемы, способы сбора эмпирической информации* – анкетирование, интервью, наблюдение и др. Данные приемы нередко именуется исследовательскими методиками. *Метод* в подобном понимании есть *способ сбора информации в процессе опросов, интервью, наблюдения, социального эксперимента*. Это – основной инструмент прикладного социально-правового исследования. Отличительной особенностью таких методов является то, что они представляют собой определенный и довольно *жесткий набор правил и процедур*, которые после несложной подготовки может использовать каждый. Такие методики исключают в процессе их применения элементы творчества, самостоятельного усмотрения, интуицию.

Рекомендуемая литература

Гревцов Ю. И., Козлихин И. Ю. Энциклопедия права. СПб., 2008.

Муромцев С. А. Определение и основное разделение права / вступ. статья, коммент. Ю. И. Гревцова. СПб., 2004.

Глава 2

Право как социальная практика. Природа права (нормы права)

§ 1. Методологические правила познания природы нормы права

Чтобы освободиться от всепроникающего влияния гипотезы, согласно которой человек в своей мудрости сконструировал или хотя бы мог сконструировать всю систему правовых или нравственных правил, следует начинать с изучения примитивных и даже дочеловеческих форм социальной жизни³².

Э. Дюркгейм настаивал на том, что право рождается в глубинах общества, считал необходимым выяснение того, кем и как право формировалось, как оно постоянно закреплялось, через какие степени кристаллизации оно последовательно проходит, как трансформируется³³.

Очевидно, что современный исследователь может реализовать такой метод только одним путем: обратиться к накопленному знанию и попытаться, опираясь на имеющиеся сведения, укрепить собственную позицию. Встав на такой путь, никак нельзя пройти мимо наследия Р. Иеринга, который, в частности, заключил, что из верований и обычаев выводятся правовые нормы, применяемые в ходе эволюции общества для восстановления гармонии, непрерывно нарушаемой столкновением волей³⁴.

Б. Леони делает вывод о том, что все теории, независимо от того, на чем они ставят акцент – на привычках и обычаях или на технических приемах и обобщениях юристов, – признают, что без общей почвы права – верований, обычаев, привычек людей – не было бы права³⁵.

То, что нам известно о доисторических и примитивных обществах, говорит о совершенно ином происхождении и детерминантах права, нежели представляют теории, возводящие все к воле законодателя. И хотя учение юридического позитивизма находится в вопиющем противоречии со всем, что нам известно об истории права, последняя начинается на слишком поздней стадии эволюции, в силу чего происхождение права остается в тени. Именно поэтому целесообразно обратить внимание на некоторые очень важные для понимания генезиса права моменты учений трех ярких исследователей – Г. Мэна, О. Эрлиха и Р. Иеринга.

³² Ф. Хайек пишет: «Во всех древних цивилизациях мы находим закон, как “у мидян и персов, который не изменяется”... и все древнее “законодательство” [law-giving] заключалось в попытках зафиксировать и сделать известным закон, который неизменно воспринимался как данный. “Законодатель” [legislator] мог стремиться к очистке законов от предполагаемых искажений или к восстановлению в изначальной чистоте, но никто не думал, что он может создать новый закон. Историки права единодушны в том, что в этом смысле все знаменитые древние “законодатели” [law-givers] от Ур-Намму и Хаммурапи до Солона, Ликурга и авторов римских “Двенадцати таблиц” не предполагали создавать новый закон, а просто фиксировали закон таким, каким он был всегда» (Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / пер. с англ. Б. Пинскера, А. Кустарева; под ред. А. Куряева. М., 2006. С. 100).

³³ Дюркгейм Э. Социология. Ее предмет, метод, предназначение / пер. с фр., составление, послесловие и примечания А. В. Гофмана. М., 1995. С. 196–197.

³⁴ Иеринг Р. фон. Избранные труды: в 2 т. Т. 1. СПб., 2006. С. 281.

³⁵ Леони Б. Свобода и закон. С. 244.

§ 2. Г. Мэн о древнем римском праве

Многие конкретные моменты процессов, протекавших в древности, скрыты в глубине веков, большинство из них навсегда. Г. Мэну удалось провести глубокий анализ древнеримской практики в интересующем нас направлении. Полученные им результаты проливают свет на процессы образования норм права в Древнем Риме, но вместе с тем могут в определенной степени служить ключом к изучению и пониманию подобных процессов, протекавших на иных территориях как до, так и после древнеримского периода истории.

Во-первых, ученый привлек внимание к тому, что римляне изображали свою юридическую систему как состоящую из двух частей. Также интересен аспект его рассмотрения и интерпретации: ссылаясь на Институции, изданные под авторитетом императора Юстиниана, Г. Мэн пишет, что все нации, которые управляются законами и обычаями, отчасти управляются своим собственным правом и отчасти – законами, общими для всего человечества. Закон, который народ сам себе устанавливает, называется гражданским правом этого народа (*jus civile*), но тот закон, который естественный разум постановляет для всего человечества, называется правом народов (*jus gentium*), потому что все нации пользуются им.

Эта часть права, «которую естественный разум устанавливает для всего человечества», была элементом, вводившимся в римскую юриспруденцию посредством эдикта претора³⁶

Во-вторых, Г. Мэну удалось, не усложняя и не запутывая дело, представить процесс образования так называемого права народов. Не совсем корректно помещать ученого в ряды теоретиков международного права, однако с полным правом его можно считать яркой фигурой, внесшей вклад в основы теории универсальности права.

В ранний период Римской республики гражданское право не менее, чем государственные установления, пишет Г. Мэн, было проникнуто государственным принципом устранения иностранцев. При самом поверхностном изучении римской истории нельзя не удивляться тому чрезвычайному влиянию, какое оказывало на судьбы республики проживание чужеземцев на римской почве. Причины их наплыва в позднейший период довольно очевидны, так как нетрудно понять, почему люди различных рас стекались такими массами в столицу мира. Но и в самых ранних памятниках римского государства мы встречаем указания на такой же огромный прилив чужеземцев и натурализованных иностранцев. Отсутствие прочно установившихся обществ в древней Италии, в значительной мере населенной разбойничьими племенами, служило главным поводом к поселению людей на территории государства, достаточно сильного, чтобы защитить себя и их от внешних нападений. Однако это покровительство покупалось ценой тяжелых податей, лишением политических прав и многих общественных унижений.

Весьма вероятно, что это объяснение недостаточно и может быть дополнено только принятием в расчет тех коммерческих сношений, которые Рим имел с остальной Италией и с Карфагеном в доисторические времена, хотя эти сношения мало заметны в военных традициях Рима.

Каковы бы ни были обстоятельства, которым следует приписать присутствие иностранного элемента в римском государстве, этим элементом определялся весь ход его истории, которая на многих ступенях развития является не более чем повествованием о столкновениях между коренным и пришлым населением. Чужеземец или натурализованный не мог иметь доступа ни к какому коренному институту государства.

Однако польза и безопасность Рима не позволяли признавать чужестранца стоящим вне покровительства закона. Все древние общества подвергались опасности распасться при малей-

³⁶ Мэн Г. С. Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. СПб., 1878. С. 36.

шем нарушении равновесия, и простой инстинкт самосохранения заставлял римлян найти какой-нибудь способ точного определения прав и обязанностей иностранцев, которые в противном случае могли решить спор оружием. Сверх того, ни в один период римской истории иностранная торговля не была в совершенном пренебрежении.

Допущение иностранцев к правильной юрисдикции в спорах их между собой или с туземцами было отчасти полицейской мерой, отчасти средством покровительства торговле. Установление такой юрисдикции немедленно повлекло за собой необходимость найти известные принципы, на основании которых могли быть решены вопросы, подлежащие судебному рассмотрению. Юристы отказывались разрешать новые случаи на основании чистого римского гражданского права. Вместе с тем им казалось до известной степени унижительным применять особый закон того государства, к которому принадлежали тяжущиеся. Они разрешали это затруднение, прибегая к выборке правил из законоположений, бывших общими как для Рима, так и для остальных итальянских племен, из которых происходили пришельцы. *Как только какой-нибудь обычай применялся на практике значительным числом отдельных племен, он сразу записывался как часть права, общего для всех народов, или *jus gentium*.*

Таким образом, хотя переход собственности был обставлен весьма разными формами в государствах, окружающих Рим, фактическая уступка, передача или вручение предмета, назначенного для перехода в собственность другого лица, в каждом составляло необходимую часть обряда. Так, это было частью (хотя и второстепенной) при манципации, т. е. при переходе собственности, свойственном чисто римскому гражданскому праву. Следовательно, передача собственности была единственной общей составляющей в способах приобретения. В значительном числе других случаев также были найдены общие характеристики, и они были помещены в *jus gentium*. Согласно с этим *jus gentium* являлось собранием правил и принципов, признанных на основании наблюдений общими в институтах, господствовавших между различными итальянскими племенами³⁷.

Пришло время, когда на *jus gentium*, считавшееся прежде ничтожной частью *jus civile*, стали смотреть как на великий, хотя и не вполне совершенный образец, с которым должно по возможности соотнобразываться всякое право.

Позже об универсальных свойствах права расскажет О. Эрлих:

Универсальные идеи права (и правила поведения) потому и являются универсальными, что куда бы мы ни попали, мы обнаруживаем в общем-то одни и те же социальные институты и юридические факты: брак, семью, владение, договоры, наследование, отношения власти и подчинения. И если это так у всех цивилизованных народов, то, очевидно, и в их правовых системах есть нечто общее, над чем могут надстраиваться специфические элементы³⁸.

³⁷ Там же. С. 37–41.

³⁸ Эрлих О. Основоположения социологии права. С. 134 и сл.

§ 3. Классификация этапов развития права по Г. Мэну

Г. Мэн предложил классификацию основных этапов исторического развития права, в которой обозначил важные элементы механизма первоначального образования права. Ученый различал первоначальный этап и этап, на котором тот факт, что какой-либо образ поведения становится обычным, рассматривается как основание для того, чтобы ему следовать. На первом этапе «право» (т. е. правило поведения) едва ли достигало статуса обычая: оно, скорее, было привычкой.

По мере того как общество усложняется, совокупность обычных правил неизбежно расширяется, а потому увеличивается риск конфликтов внутри системы. Возникает необходимость в ком-то, кто фиксировал бы модели поведения (нормы) и обеспечивал бы авторитетную интерпретацию в спорных ситуациях. Во многих обществах, включая римское, первоначально данная необходимость реализовывалась классом жрецов или ученых людей, которые служили официальными хранителями и толкователями обычаев (третий этап развития права). Функции данного класса, как правило, рассматривались как аристократические и эксклюзивные. Однако пока общество оставалось безграмотным, любое недовольство, связанное с привилегированным положением таких людей, исчезало благодаря их необходимости.

С изобретением и распространением письменности вопрос становится особенно острым. Монополия на знания, которая ранее служила полезной социальной цели, поставлена под угрозу. Появляется риск выдвижения требований о том, чтобы знание о праве стало всеобщим. Эти требования были выдвинуты и звучали все громче: «Мы пришли к эпохе Кодексов (четвертый этап развития права) древних, среди которых наиболее известными являются Двенадцать таблиц Рима. Значение [этих кодексов] состоит не в симметричной классификации и не в краткости изложения, а в их публичности и в знании того, что нужно и что не нужно делать, которое они дают каждому.

Первый шаг навстречу эксплицитному законотворчеству, который будет сделан после эпохи кодексов, не рассматривается как открытая декларация нового права. Скорее, он осуществляется под видом правовой реформы, прикрываемый фикциями. Г. Мэн писал, что использует выражение «юридическая фикция» для того, чтобы обозначить какое-либо положение, которое скрывает или стремится скрыть тот факт, что норма права претерпела изменение, – *хотя буква закона и не изменилась, изменилось ее применение.*

Нетрудно понять, почему фикции во всем своем разнообразии частично конгениальны детству общества. Они удовлетворяют желанию улучшения, которое не так настойчиво, и в то же время они не оскорбляют суеверное недружелюбие к переменам, которое есть всегда. На определенной стадии социального развития они представляют собой незаменимые средства, помогающие преодолеть жесткость права, и, конечно, без одной из них, а именно фикции усыновления, которая позволяет искусственно создать семейные узы, будет сложно понять, как общество в принципе выбралось из пеленок и сделало первый шаг к цивилизации»³⁹.

³⁹ Фуллер Л. Л. Анатомия права // Российский ежегодник права. № 2. 2009 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2011. С. 250–253.

§ 4. О. Эрлих о природе норм права (правил поведения)

Основной труд О. Эрлиха «Основоположение социологии права», вышедший в 1912 г., был переведен и издан в России почти сто лет спустя – в 2011 г. Понятия, введенные в научный оборот ученым, его идеи и выводы, которые и сегодня не остаются без внимания западных ученых, российским правоведам еще предстоит осмыслить.

Основой права, замечал О. Эрлих, на ранней ступени развития является порядок внутри человеческих союзов. Этот порядок создается каждым союзом самостоятельно, даже если он зачастую подражает порядку, существующему в другом союзе, или при исчезновении союза перенимает и продолжает его порядок. Тацит много говорит о правоотношениях древних германцев. Но достаточно лишь бросить взгляд на его описание, чтобы увидеть, что там нет никаких правовых предложений, а только сведения о том, как поступали германцы в тех или иных случаях. То, что в те времена могло быть названо обществом, держалось в равновесии не благодаря юридическим правилам, а благодаря порядку внутри союзов.

Человеческий (общественный) союз, по словам Эрлиха, – это множество людей, которые во взаимоотношениях друг с другом признают некоторые правила, определяющие их действия, и в общем и целом действуют согласно этим правилам. Данные правила различны и называются по-разному: правила права, морали, религии, чести, приличия и др. Эти правила – общественные факты, результат действующих в обществе сил; их нужно рассматривать в общественной взаимосвязи, а не в отрыве от общества, в котором они действуют. По своей форме и содержанию правила являются нормами, абстрактными приказами и запретами, касающимися совместной жизни в союзе и обращенными к членам союза.

По Эрлиху, *правовая норма – это только одна из разновидностей правил поведения (норм), и, следовательно, она имеет ту же природу, что и другие общественные правила поведения*. Любые человеческие отношения, мимолетные или длительные, конструируются только благодаря наличию в союзе правил поведения. Если правила перестают действовать, круг общения распадается на составляющие, и чем они слабее, тем рыхлее становится общество. Организация как раз и означает существующие в союзе правила, которые указывают его членам положение, их обязанности.

«Господствующая юриспруденция не делает упор на этом факте. По практическим соображениям она скорее подчеркивает, что право противостоит другим нормам, особенно нормам морали, чтобы при каждом случае как можно убедительнее ставить судье на вид, что он должен принимать решения только согласно праву, а не по другим правилам. При отсутствии государственной монополии на правотворчество это противоречие в значительной степени отступает;

в Риме, где право обозначалось как *ars boni et aequi* (искусство добра и справедливости), об этом едва ли было известно, и даже современным англичанам это противоречие в таком виде чуждо. В областях, где юриспруденция не преследует практические цели судопроизводства (в международном, государственном, административном праве), право не так сильно отделено от морали, поведения, приличия и такта, от так называемых конвенциональных правил»⁴⁰.

Другое важное понятие, введенное ученым, – *правовое предложение*. Внутренний уклад союзов (объединений, организаций и др.) определяется правовыми нормами. Правовую норму нельзя путать с правовым предложением. Правовое предложение – это случайная формулировка обязательного к исполнению правового предписания (правила поведения, выраженного в вербальной форме) в законе или судебном решении. А правовая норма, напротив, является перешедшим в действие правовым предписанием в таком виде, в котором она существует и может существовать без какой-либо фиксации в вербальной форме.

⁴⁰ Эрлих О. Основоположения социологии права. С. 96.

«Каждое правовое предложение появляется из общественного материала, но окончательно формируется юристом», – говорит О. Эрлих⁴¹.

Однако в каждом обществе существует гораздо больше правовых норм, чем правовых предложений, потому что всегда имеется значительно большее число правовых норм для отдельно взятых отношений. В обществе существует значительно больше правовых норм, чем представляют себе современные юристы, которые пытаются выразить эти нормы исключительно в вербальной форме. В прошлые века все правовые нормы, определяющие внутренний уклад социального союза, основывались на традиции, на договорах и уставах объединений – и сегодня их надо искать преимущественно там.

⁴¹ Там же. С. 245.

§ 5. Внутренний порядок человеческих союзов по О. Эрлиху

Как совокупность правил поведения (в виде традиций, привычек, фактически сложившихся выработанных правил поведения общего характера и др.), внутренний порядок не только был, но и до сих пор остается основополагающим для права. Правовые предложения не только устанавливаются значительно позже, но и по сей день в значительной степени зависят от внутреннего уклада союзов. Чтобы объяснить истоки, становление и сущность права, следует в первую очередь исследовать уклад союзов. Все прежние попытки понять суть права были неудачными, потому что исходной точкой для них был не порядок в союзах, а правовые предложения.

Государство возникло раньше государственной конституции, семья – старше правовых предложений о семье, имущество предшествует праву собственности. Существовали договоры, прежде чем возникло договорное право, и даже завещание, возникнув естественным путем, опережает наследственное право. И сегодня (пока теория юристов не восторжествовала окончательно) принято считать, что *субъективные права проистекают не из правовых предположений, а из человеческих отношений – из брака, из договора, из завещания.*

Развивая эти положения, О. Эрлих пишет, что любое право начинается с того, что к уважению лиц, участвующих в союзе, прибавляется право уважения к имуществу. Это уважение основано на общественном порядке и становится общим правилом поведения. Впоследствии право на чужую личность превращается из владения человеком (господство и семейные отношения) в право на продукты человеческого труда (личная ответственность); из владения вещью образуется право на вещь или на отдельные способы использования вещи (собственность и вещные права); наконец, само владение вещью на основании договора превращается в право на вещь, возникшее в силу заявления прежнего владельца. Юридическое развитие отныне заключается в медленном расширении количества норм, которые защищают личность участника союза и его владения, в развитии этих норм и превращении их в нормы мирного товарообмена и товарооборота, в расширении и все более обширной и тонкой дифференциации человеческих союзов.

Владение и договор становятся юридическими фактами только в высокоразвитых социальных образованиях, состоящих из нескольких простых союзов, и вообще отсутствуют там, где нет сложных союзов.

Весь экономический и общественный порядок человечества образуется из нескольких фактов: обычай, господство, владение, распоряжение (по существу, это договор и выражение последней воли – завещание). Именно данные факты уже только в силу своего существования определяют правила поведения в рамках человеческих союзов, из которых состоит общество. Разумеется, за редким исключением эти правила не являются правовыми нормами. Изначально каждый небольшой человеческий союз организуется совершенно самостоятельно, и если эти небольшие союзы присоединяются к более крупным союзам или объединяются между собой, то образованный ими союз для регулирования отношений внутри составных частей должен создавать собственный устав для каждого отдельного союза. Также оказывается необходимым сформировать общий для всех частей устав, который уже существует в каждой из этих частей и который после объединения продолжает, как правило, развиваться по заранее заданной траектории. Эрлих высоко оценивает вклад основателей исторической школы права в объяснение природы негосударственного права. В частности, значительно опережая свое время, они переместили акцент с малозначимой фигуры отдельного законодателя на огромные стихийные силы, которые проявляются в процессе правогенеза. Согласно учению этих мыслителей, данные стихийные силы появляются из обычного права, которое представлялось им

гораздо более значимым фактором, чем просто символ того, что имеет в праве сверхчеловеческую природу. И все же задача создания науки о праве оказалась слишком сложной даже для них;

они коснулись ее, но были не в состоянии с ней справиться.

Основатели исторической школы (Фридрих Карл Савиньи, Георг Фридрих Пухта) никогда не пробовали применить в догматических исследованиях те методологические принципы, которые они формулировали. Их интерес к негосударственному праву привел к тому, что эти ученые были нацелены на изучение обычного права, однако они вовсе не думали исследовать обычное право Германии и никогда не пытались усовершенствовать весьма слабые методы фиксации обычного права, которые не изменились и сегодня. Отказавшись от действительно очень неглубоких, но все-таки достойных внимания предложений Безелера⁴², теоретики исторической школы совершенно не пользовались примерами живого обычного права, которое тогда еще не было известно в научной литературе. Они стремились способствовать развитию идеи права в правосознании народа, но, пренебрегая недостойным их внимания положительным законодательством, не смогли объяснить, каким образом новое право проникает в право уже действующее. Сторонники исторической школы нигде не высказывали своей позиции по вопросу о тех способах, с помощью которых правоведение распознает и принимает новое право, если такие способы еще не были законодательно закреплены ранее.

Ф. Тённис, например, полагал (в начале XX в.), что право теряет естественную опору на признанные в обществе традиции, обычаи и моральные правила, – теперь людей надо заставлять исполнять закон, применяя жесткие санкции. Попытки обойти закон становятся общественно признанной добродетелью, а подонки, аферисты и преступники превращаются в массовом воображении в героев. Труд перестает быть потребностью, сферой самореализации человека, источником внутреннего удовлетворения, превращаясь в дело бизнеса, оправданное лишь постольку, поскольку оно приносит прибыль. Главными жизненными силами становятся карьера и финансовые успехи. А поскольку принципы такого рода получают всеобщее распространение, каждый человек чувствует угрозу со стороны других, живет в непрерывной конкуренции и неустанной борьбе с другими, в непрерывном ощущении неудовлетворенности и риска⁴³.

Эти идущие от сердца слова можно принять только сердцем, разум же порождает сомнения. В приведенной точке зрения Ф. Тённиса отчетливо прослеживается главный концепт ученого – противопоставление общности и общества. Общность для него – нечто вроде сохранившихся островков утерянного золотого века человечества, поскольку она основывается на отношениях родства, дружбы, любви, добрососедства, здесь господствует общая воля. Общество же, по Тённису, основывается на отношениях, в которых исключаются какие бы то ни было эмоции: отношения в нем базируются на расчете, выгоде, господствует эгоистическая воля. Очевидна идеализация ученым общности, где наряду с отмеченными им идеальными отношениями всегда существуют жестокость, обман, корысть.

Ф. Тённис явно не принимал в расчет отнюдь не однозначную природу человека, а ведь именно из людей – со всеми их достоинствами, но и слабостями и пороками – состоят и общность, и общество. Характеризуя общность, он полагает ее в состоянии обособленности (изолированности) и покоя, но никак не развития. Между тем отказывать общностям в развитии нельзя, ведь из них выросли общества. Причем основными силами, толкавшими общности к развитию, были именно силы, находящиеся внутри самой общности, в том числе эгоистическая

⁴² Немецкий правовед Карл Георг Кристоф Безелер (*Carl Georg Cristoph Beseler*, 1809–1888) в своих исследованиях по истории германского права сделал особый акцент на роли, которую играли в правовой жизни общая собственность и управляющие этой собственностью корпоративные товарищества.

⁴³ Приводится по: *Штомпка П.* Социология. Анализ современного общества / пер. с пол. С. М. Червонной. М., 2005. С. 224.

воля, расчет, стремление к выгоде, конфликты. Способствовали этому и внешние факторы. Можно заключить, что опасения Тённиса относительно того, что право теряет свою естественную опору на признанные традиции, обычаи, моральные правила, в заметной степени оправданны, но и сама естественная опора, и обычное (негосударственное) право и в современном обществе продолжают сохранять значение и играть свою роль.

Право древних народностей – это прежде всего порядок в родовой общине, семье, доме. Оно определяет условия действительности и правовые последствия брака, взаимоотношения супругов, родителей и детей, а также других членов рода, семьи и дома. И даже если порядки в союзах одного типа обычно мало чем отличаются (причина – равенство жизненных условий и нередко заимствование друг у друга), это не предписывается как-то извне. Подобное положение дел, по О. Эрлиху, сохраняется в современных союзах, корпорациях, корпоративных объединениях в том смысле, что именно порядок в союзах и т. п. определяет условия действительности и правовые последствия заключаемых соглашений и договоров.

§ 6. Р. Иеринг о природе права

Как бы ни оценивались суждения Р. Иеринга (с учетом его критики исторической школы права, которая по меньшей мере неоправданно резка), не может вызывать сомнений, что он привлек внимание к очень важному аспекту, а именно к тому, что право в своем историческом движении представляет нашему взору картину исканий, усилий, борьбы, короче говоря – тяжелого напряжения.

Достаточно указать на борьбу за утверждение, по-видимому, исторически первого основного права – права на свободу совести (вероисповедания). Сказать, что оно утвердилось в ходе тяжелого напряжения, будет недостаточно, – оно утверждалось через бесчисленное число человеческих жизней, потоки крови, страданий. Примерно та же картина – с обретением права на свободу слова и др.

Важно отличать вопрос об *образовании права* от вопроса об *отстаивании, защите существующего права*, которое по тем или иным причинам оказывается отчужденным от человека.

Проблема образования права есть проблема отработки людьми *правил поведения, следование которым, с одной стороны, обеспечивало в союзе определенный порядок, а с другой – позволяло индивидам преследовать самые разные цели в интересах поддержания и развития собственной жизнедеятельности*. В этом смысле процессы первоначального образования права в своей основе не могли не быть процессами в основном мирными, предполагающими взаимное сотрудничество (хотя, конечно, развитие права происходило и происходит посредством конфликтов – но опять-таки через их решение).

Проблема же отстаивания или защиты существующего права (правила поведения), которое по тем или иным причинам оказывается отчужденным от человека (или нарушенным), – это проблема не природы права, а его осуществления, реализации, и в этом аспекте суждения Р. Иеринга возражений вызывать не могут. Именно на этом поле разворачивалась (и разворачивается) порой жестокая борьба. Но нередко и здесь, как пишет Р. Иеринг, многие люди, чьи права и свободы оказались отчужденными в полной мере или частично, выбирают спокойствие, мир ценой покорности. Для них мир дороже защищенного (путем усилия, напряжения, затраты собственной энергии) права. Исследователь формулирует следующее положение: «Сопrotивление дерзкому, ограничивающему самое личность неправу, т. е. нарушению права, носящему в себе по способу своего осуществления характер *презрения к* этому праву, личного оскорбления – есть обязанность. Это сопротивление есть обязанность управомоченного по *отношению к самому себе*, ибо является заповедью нравственного самосохранения; оно составляет обязанность *по отношению к обществу*, оно необходимо для того, чтобы право осуществлялось»⁴⁴.

⁴⁴ Иеринг Р. Избранные труды: в 2 т. Т. 1. СПб., 2006. С. 29–35.

Рекомендуемая литература

Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство, свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / пер. с англ. В. Пинскера и А. Кустарева; под ред. А. Куряева. М., 2006.

Эрлих О. Основоположения социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб., 2011. С. 85–95.

Глава 3

Виды правообразования

§ 1. Процессы образования правил поведения

Общество может существовать только при условии, что в процессе эволюции отбираются правила поведения, делающие возможной общественную жизнь. Общности людей могли сохраняться только потому, что их члены развили и передали по наследству способы действий, которые делали одну группу в целом более эффективной, чем другие⁴⁵. Кто и как осуществлял этот отбор? В силу одинаковости условий и сравнительно простых отношений в первобытном обществе люди в нем ведут довольно простой образ жизни. Малое развитие сознательной мысли, скудность и ограниченность испытываемых впечатлений, склонность к подражанию приводят к тому, что первобытный человек в большинстве случаев действует так же как предки.

Чтобы действовать как предки, нужно знать, как они действовали. Способностью запоминать (или сохранять информацию каким-то другим способом) обладали далеко не все члены первобытной общины. Очевидно, первоначально эту работу выполняли жрецы, затем круг расширяется: вожди, старейшины, военные начальники, советы старейшин; возможно, определенную роль в этом играли члены социальной группы, отличавшиеся незаурядными способностями в том или ином деле.

Однако все это – начальные шаги развития общества, основная часть которого пассивна, действует не самостоятельно, а лишь посредством подражания, повторения. Об образовании норм права (правил поведения) здесь можно говорить с большими оговорками, поскольку основной принцип жизнедеятельности таких обществ – действовать так, как действовали предки. Пожалуй, именно в этом следует искать принципиальную границу между нормами обычая и нормами права: *нормы права, в отличие от норм обычая, обеспечивают возможность не только применять то, что уже было, но и что-то утверждать, закреплять.*

Под давлением изменяющихся внешних условий носители важных знаний о том, как действовали предки, со временем научились понемногу корректировать эти правила. Возможно, такая корректировка обычая была результатом исключительно умственного творчества этих важных субъектов правового развития, т. е. результатом конструирования, придумывания правил поведения. Однако скорее всего она происходила в ответ на изменяющиеся условия существования и вследствие стремления самих людей к выработке правил поведения, отвечающих изменившимся условиям жизнедеятельности.

Первоначально правительственной власти и судам приходилось заниматься установившимися в народной массе обычаями, чтобы закрепить их посредством санкционирования судьями либо с целью их редактирования и тем самым придать неизменность и точность их текстам; это редактирование обычаев, состоявшееся в старой Франции на основании Ордонанса Монтиль-ле-Тур, было довольно распространенным явлением, встречающимся в истории нескольких стран: можно полагать, что даже самые знаменитые римские Законы XII таблиц были лишь такого рода редакцией; то же относится и к «правам» франков, вестготов и др.⁴⁶

⁴⁵ См. об этом: Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода... С. 93.

⁴⁶ Ориу М. Основы публичного права. М., 2015. С. 33.

Когда св. Людовик издает Ордонанс 1246 г., каким он пользуется языком? Он говорит, что собрал в Орлеане местных баронов и магнатов, дабы осведомиться у них о бытующем в этих краях обычае, каковой обычай король ныне и провозглашает, повелевая соблюдать его. Создание законодательства предстает здесь как деятельность, состоящая в том, чтобы констатировать и удостоверить обычай. Отсюда – присутствие «баронов» и «магнатов», выступающих в роли свидетелей.

Таким образом, собрание баронов не составляло единый законодательный корпус вместе с королем. Однако, собираясь для констатации, король и его курия постепенно смогли не только корректировать обычай, но и конструировать законы, выдавая за соответствующее обычаю и «постоянное» то, что на самом деле было ново, принимая законы-нововведения, но охотно преподнося их как возврат к старым добрым традициям⁴⁷.

Именно власть в Средние века созывает парламент в Англии и Генеральные штаты во Франции – прежде всего с целью собрать налоги, на которые ей не давал права обычай. Даже в 1789 г. опять-таки сама власть созывает Генеральные штаты, рассчитывая через поддержку народа получить средства, чтобы сломить сопротивление реформам, которые она полагает необходимыми. Все это указывает на появление письменного права.

Когда в России в 1648 г. при царе Алексее Михайловиче попытались составить Уложение, то особой комиссии поручили собрать весь пригодный материал из прежнего русского, византийского, литовского и московского законодательства, а для слушания собранных статей созвали Земский собор, который путем челобитных доводил до сведения московского правительства свои пожелания. Эти челобитные Земский собор использовал в качестве нового материала для законодательства. «Общим советом» и было создано Уложение, вполне удовлетворившее потребности своего времени, полагает русский историк С. Ф. Платонов. Он считал, что Уложение не было простым сведением воедино существующего законодательства – происходила и переработка, появились новые законоположения. Так, было отменено урочное время для сыска беглых крестьян (тем самым крестьяне были окончательно прикреплены, приписаны к земле); духовенству запрещалось приобретать вотчинные земли; было закреплено и обособлено посадское население (тем самым оно становилось замкнутым классом: теперь никому нельзя было уйти в тягловую общину); была ослаблена конкуренция иностранных товаров и др.⁴⁸

К. Д. Кавелин несколько приоткрывает завесу и говорит о том, что скорее всего происходило: Алексей Михайлович действовал в обход Думы и все важнейшие дела осуществлял через подьячих Тайного приказа⁴⁹. И. А. Покровский считает, что уже в Уложении царя Алексея Михайловича 1649 г. было много заимствованного из Литовского статута⁵⁰.

Очевидно, принимались в расчет и выработанные и сохраняемые самими членами общества правила поведения, позволявшие им приспособливаться к новым условиям, выживать и развиваться. Ведь общество возникает как объединение людей ради лучшего использования естественных условий существования. Все это означало, что: а) члены сообщества из пассивных подражателей становились активными деятелями; б) поскольку в изменившихся условиях

⁴⁷ Жувенель Б. де. Власть: естественная история ее возрастания / пер. с фр. В. П. Гайдамака, А. В. Матишук. М., 2011. С. 284.

⁴⁸ Платонов С. Ф. Полный курс лекций по русской истории. Петрозаводск, 1995. С. 399 и сл.

⁴⁹ Кавелин К. Д. Взгляд на юридический быт древней России // Кавелин К. Д. Наш умственный строй: статьи по философии русской истории и культуры. М., 1989. С. 57.

⁵⁰ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 55.

нормы, выработанные предками, теряли регулятивную способность, создатели правовых норм обращались к нормам (правилам поведения), выработанным самими членами развивающегося общества в ответ на вызовы и запросы окружающей их действительности.

Так начиналась великая эпоха рационального образования норм права, обеспечившая возможность постепенного правового развития. И так начиналась эра нового социального порядка в сообществах, который до объявления письменных норм складывался за счет того, что в первоначальных социальных группах определенные правила поведения считались само собой разумеющимися, бессознательно принимаемыми всеми.

Однако и впоследствии в обществах с развитым позитивным законодательством отмеченный механизм формирования общественного порядка полностью не исчезает. Процесс образования права – общее понятие, отражающее непрерывающуюся работу, в ходе которой вырабатываются правила поведения (нормы).

Стихийное формирование правил поведения являлось и продолжает оставаться важным видом первоначального образования самими людьми правил поведения, следование которым приводило к порядку, *упорядочивало их жизнедеятельность*, способствовало выживанию и развитию первоначальных и последующих союзов.

§ 2. Спонтанный процесс образования правил поведения. Правила справедливого поведения. «Закон для всех»

Первоначальный процесс формирования правил поведения можно назвать *спонтанным*; его отличал стихийный характер, поскольку его субъекты не имели заранее осознанного намерения создать норму права. Правило поведения отработывалось в ходе преследования целей, ответов на вызовы действительности; выработанное правило поведения могло не иметь словесного выражения, следование ему в большинстве случаев осуществлялось путем повторения (подражания).

Со временем происходило обеспечение соблюдения правил поведения, которое становилось все более успешным по мере устного, а затем и письменного выражения таких правил; последнее, в свою очередь, потребовало появления особых групп людей, которые и выполняли эту работу.

Ф. Хайек предложил именовать правила поведения, выработанные в ходе стихийного процесса формирования норм права посредством постепенной отработки правил поведения, *правилами справедливого поведения*⁵¹. Они справедливы в том смысле, что распространялись на всех; следование им обеспечивало общий порядок. Правила справедливого поведения не нужно выдумывать (да и невозможно выдумать), хотя впоследствии люди постепенно научились их обдуманно изменять и улучшать.

К основным характеристикам спонтанного образования права Ф. Хайек относит следующие: 1) люди начали вырабатывать и соблюдать правила поведения задолго до того, как научились выражать их словами и записывать; 2) эти правила поведения укоренились, поскольку их исполнение вело к установлению социального порядка за счет того, что: а) нормы определяли поведение людей по отношению друг к другу и тем самым ограничивали произвол воли;

б) такие правила поведения были рассчитаны на обширный, но неопределенный круг лиц в течение продолжительного времени.

Стихийно выработанные самими людьми правила поведения нормами права в строгом смысле не являлись, так как в первоначальном виде они не получали устной формулировки, не говоря уже о письменной форме. Но они выступали регулятором поведения людей. Затем правила поведения понятийно оформлялись, обретали письменную форму. *Письменное закрепление, т. е. придание внешней (официальной) формы, указывает на общий характер нормы, на ее гарантию и организованную защиту*. Тем самым выработанное спонтанно правило поведения становилось нормой права, облеченной в тот или иной письменный источник права.

*Тремя силами, которые понятийно оформляли и выражали правило поведения в письменной форме, были и остаются: юристы (законники), суды (судьи) и государство. Юристы и судьи создают закон, работая с определенными представленными им материалами, которые ограничивают итоговый результат. Если воспользоваться удачной метафорой Карлтона Кемпа Аллена, они «создают» закон в том же смысле, в каком человек, который рубит дерево на поленья, «создает» эти поленья. Напротив, замысел законодателей нередко состоит в том, чтобы создать закон без каких бы то ни было ограничений такого рода. Они нередко желают делать его из ничего, вне всякой зависимости от исходных материалов и даже от противоположных желаний и мнений других людей*⁵².

⁵¹ Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода... С. 140–144.

⁵² Приводится по: Леони Б. Свобода и закон. С. 233.

А. Дайси считал, что многие современные конституции и билли о правах можно рассматривать не как творения, созданные современными Солонами из ничего, а как более или менее верные пересказы множества *rationes decidendi* (или англ. *rationes decided* – основная, мотивировочная часть судебного решения), которые обнаруживали и шаг за шагом применяли английские суды в своих решениях, относящихся к правам конкретных индивидов. И римляне, и англичане разделяли мысль о том, что закон – это нечто, что нужно *открыть*, а не *создать и ввести в действие*, и что в обществе нет никого настолько могущественного, чтобы он мог отождествить свою волю с законом всей страны. В Риме и в Англии задача «открытия» закона была доверена юрисконсультам и судьям; эти две категории людей до определенной степени сопоставимы с современными экспертами права. По мнению А. Дайси, нормы права (правила поведения) были не просто итогом осуществления воли отдельных людей. Они представляли собой объект для непредвзятого расследования со стороны судов, точно так же как римские правовые нормы были объектом непредвзятого рассмотрения со стороны римских юристов, к которым тяжущиеся стороны обращались со своими спорами⁵³.

⁵³ Приводится по: Там же. С. 105.

§ 3. Обычное право

Традиция – это правила поведения, возможно, самые прочные и долговечные, потому что традицию невозможно придумать, навязать в приказном порядке – *она складывается*; это явление культуры, «сгусток» социального. Традиция не предполагает принуждения со стороны специально созданного для этого органа.

Обычай является правилом поведения, в нем также концентрируется социальное, но в отличие от традиции он – продукт повседневной жизни и для повседневной жизни. В этом смысле обычаи охватывают более широкий и разнообразный спектр человеческой жизнедеятельности: семейные отношения, отношения господства и подчинения (зависимости), наследование, завещание, отношения добросовестности, уважительности, дружбы и др.

Термин «обычай» неоднозначен: с одной стороны, обычаем считается спонтанно складывающееся в ходе социальной практики людей реальное, фактическое правило поведения, с другой – обычай полагают нормативным регулятором, появившимся в результате отражения, интерпретации сознанием людей социальной практики. Именно последняя трактовка обычая порождает большую путаницу, позволяет некоторым авторам переносить смысловой акцент с содержания на форму обычая.

Нужно понимать, что *обычай создает не тот, кто его помнит или вербально оформляет выработанное практикой людей правило поведения, и не тот, кто его записывает. Обычай формируется самими субъектами социальных практик, которые используют свою жизненную мудрость и опыт.*

Обычай как нормативный регулятор живет постольку, поскольку в обществе существуют и сохраняются жизненные отношения добропорядочности, уважительности, доверительности и др. Такие отношения могут в чем-то различаться в зависимости от эпохи и места, однако в своей основе они всегда и везде несут нечто общее, единое, социальное, человеческое. Исчезают такие отношения – исчезает и обычай.

Обычай мог закреплять за главой семьи полное господство над ее членами, требовать жестокого наказания за провинности. Почвой для таких обычаев оказываются жизненные отношения, через которые проходят все общества без исключения и от которых они постепенно отказываются.

Требования к местным обычаям для того, чтобы суд мог признать их в качестве правовых, были сформулированы еще У. Блэкстоном и действуют до сегодняшнего дня. Это следующие требования:

1) *древность*; местный обычай должен существовать «с того времени, о котором человеческая память ничего не сохранила» – практически с незапамятных времен; Вестминстерским статутом 1275 г. это время определено как 1189 г. – первый год царствования короля Ричарда I; в судебной практике Англии действует опровержимая презумпция, согласно которой местный обычай предполагается древним, если самый старый житель той местности, где он действует, не сможет вспомнить даты начала его действия;

2) *непрерывность*; право на что-либо должно существовать непрерывно; любой перерыв в действии обычая отменяет его, за исключением его простого неприменения;

3) *использование с общего миролюбивого согласия*; обычай не должен выполняться ни силой, ни тайно, ни по разрешению, которое может быть отозвано;

4) *обязательная сила*; когда обычай налагает специфическую обязанность, ее выполнение должно быть безусловным; обычай должен признаваться и соблюдаться как обязательное правило поведения той территории, на которой он действует;

5) *определенность*; обычай должен являться определенным относительно его природы и содержания, местности и круга лиц, в отношении которых действует;

6) *согласованность*; обычаи в рамках данной территории не должны противоречить друг другу, но могут не вполне согласовываться с общим правом;

7) *разумность*; обычай должен иметь правовой смысл и потому не может противоречить основным принципам общего права; сторона, отвергающая обычай, должна доказать, что он не разумен; к торговым обычаям, обычаям делового оборота и конституционным обычаям (соглашениям) данные требования английскими судами не предъявляются⁵⁴.

Многие считают, что развитие обществ демонстрирует, что социальная жизнь людей все более и более наполняется отношениями, которые скорее ограничивают, а то и вытесняют отношения на основе традиций и обычаев. Приходится констатировать этот факт и подчеркнуть, что это – другие отношения, другая социальная практика, определяемая приоритетом других ценностей и принципов человеческой жизнедеятельности и требующая все большей активности по выработке других нормативных регуляторов.

Однако некоторые исследователи, в частности К. Шмитт, обращают внимание на другое обстоятельство, которое, возможно, в большей мере определяло и продолжает определять постепенное ослабление роли обычая как закона и как нормативного регулятора.

⁵⁴ Приводится по: Михайлов А. М. Очерки теории и истории английского права. М., 2015. С. 93–94.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.