

МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

**ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ**

**ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ**

**«ДОНСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ТЕХНИЧЕСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ»**

**(ДГТУ)**

Факультет Юридический

Кафедра Гражданское право

**ТЕХНИКО-ЮРИДИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОТВОРЧЕСТВА И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ**

**курс лекций**

**для студентов очной / заочной формы обучения**

**по направлению подготовки:**

**40.04.01 «Юриспруденция»**

**Уровень (Квалификация (степень) выпускника): магистр**

**Программа: Правовой порядок и правовые ценности**

**Автор-составитель:** Заведующий кафедрой

«Гражданское право», к.ю.н., доцент С.В. Рыбак

**Ростов-на-Дону**

**2024**

**СОДЕРЖАНИЕ**

**1. Толкование права …………………………………………………..….3**

**2. Реализация права ………………………………………………..……..7**

**3. Технико-юридические аспекты применения права ……………....17**

## 4. Правовое мышление в правотворческой деятельности ………….41

## 5. Правовое мышление в правоприменительном процессе ………...61

## 6. Творческий характер конкретизации права ………………………78

# 7. Ментальное измерение правового мышления …………………….92

**8. Деидеологизация как фикция юридического мышления и идея универсального правопорядка …………………………………………….…….116**

## 9. Идея социокультурной самобытности правового мышления и юридическая этнология ……………………………………………………………135

## 10. Юридическое образование в России: от поиска мнимых закономерностей к постижению смысла права …..……………………………………160

**Тема 1. Толкование права**

Толкование права представляет собой центральный момент правореализационного процесса, что особенно явно в случае применения норм. Традиционно считается, что процесс применения правовых норм распадается на три основных стадии – 1) установление фактических обстоятельств дела, 2) установление юридических обстоятельств дела, 3) решение дела. При этом уже на первой стадии требуется из всего потока фактических данных отобрать и проанализировать именно те, которые являются юридическими, то есть предусмотренными нормами права. Поэтому толкование, понимание, интерпретация норм права оказывает воздействие на применение права еще на этапе ознакомления с различными конкретными жизненными обстоятельствами, имеющими юридическое значение и содержащимися в нормах действующего законодательства.

Основные положения теории толкования правовых норм были созданы еще в глубоком средневековье. При этом юридическая мысль многие элементы теории заимствовала из иных областей человеческого знания, имеющих дело с письменными источниками, например, историей, богословием, философией. Существуют общие правила как в толковании правовых норм, так и толковании языковых памятников, религиозных книг и исторических рукописей. Систематизацией этих правил занималась особая область гуманитарного знания - герменевтика.

В настоящее время под толкованием права понимают интеллектуально-волевую деятельность по уяснению и разъяснению смысла норм права в целях их наиболее правильной реализации.

В отечественной теории права понятие "толкование права" охватывает и процесс уяснения или индивидуального понимания смысла норм, и процесс разъяснения смысла правых норм или изложение понятого смысла другим. Необходимость в нем обусловлена тем, что нормы имеют общий и абстрактный характер, а применяются к конкретным фактам, ситуациям. Без него не обойтись в процессе реализации правовых норм.

Уяснение – установление содержания норм права путем выявления значений и смысла терминов и выражений заключенных в нормативно-правовых актах.

Разъяснение – деятельность по изложению и доведению до сведения других лиц познанного смысла права. Итог: акт толкования права.

*Нормативно-правовые акты* - акты правотворчества или выраженные в письменной форме решения компетентных государственных органов, в которых содержатся нормы права.

Признаки:

а) акт правотворчества;

б) издается, формируется определенным кругом уполномоченных на то органов и иных лиц;

в) принимается в пределах компетенции субъекта правотворчества;

г) наличие особого порядка принятия;

д) наличие иерархии в системе по юридической силе;

е) наличие писанной формы.

Несмотря па многообразие и своеобразие адресатов нормативно-правовых актов, для всех них в России в соответствии с Конституцией РФ признается и гарантируется весь комплекс основополагающих прав и свобод человека согласно общепризнанным принципам и нормам международного права.

По общему правилу установлению подлежит воля законодателя.

Способы толкования – это специальные приемы, правила и средства уяснения смысла правовых норм.

Основными способами являются:

1. Систематический – состоит в уяснении смысла правовой нормы путем сравнения ее с другими нормами, выявления ее связей в общей системе правового регулирования и системе права. Связь может состоять в том, что в толкуемой норме используется термин, который раскрывается в другой норме. С помощью этого метода выявляются противоречия или коллизии между нормами. Например, статья УК об ответственности за незаконное предпринимательство предполагает обращение к Закону о предприятиях и предпринимательской деятельности, где перечислены условия и порядок выдачи лицензии на те или иные виды деятельности.

2. Филологический (грамматический или языковой). Состоит в выяснении смысла правовой нормы при помощи средств грамматического анализа текста закона или иного нормативного акта. Например, к уголовной ответственности привлекается лицо, склонившее другое лицо к совершению преступления путем уговора, подкупа, угрозы или другим способом. Следовательно лицо, склонявшее, но не склонившее не будет являться подстрекателем. Или классический пример с "Казнить нельзя помиловать".

3. Логический способ – такой мыслительный процесс, в ходе которого интерпретатор с помощью логических приемов оперирует материалом самой нормы права, не обращаясь к другим средствам толкования. Например, если норма предписывает совершить определенные юридически значимые действия, например, нотариально удостоверить сделку, то логично предположить не действительность сделки в случае отсутствия удостоверительной надписи.

4. Историко-политический – выясняются исторические условия издания нормативного акта и социально-политические цели, которые преследовал законодатель, издавая нормативно-правовой акт. Такой способ помогает выявить такие правовые нормы, которые формально хоть и не отменены, но фактически уже не действуют. Например, некоторое время не отменялась специально статья с ответственностью за спекуляцию, в то время как руководством СССР были провозглашены принципы рыночной экономики.

Кроме названных выделяют также способы: специально-юридический, телеологический, функциональный и др. На самом деле специально-юридический метод является лишь разновидностью систематического, так как с помощью него устанавливаются системные связи нормы права с другими нормами в общей системе права; телеологический способ является завершающим этапом историко-политического толкования, так как установление цели нормы права или нормативно-правового акта на момент их принятия не может быть самоцелью и не может не зависеть от той цели которую ей присваивает интерпретатор на сегодняшний день – в противном случае какой смысл устанавливать цель, которую мыслил законодатель; функциональное толкование и телеологическое по сути – одно и тоже.

Толкование правовых норм это не только уяснение, но и разъяснение, результаты которого воплощаются в актах толкования права. Акт толкования права – это акт, разъясняющий как следует понимать и применять на практике какие-либо правовые нормы. В зависимости от субъектов толкования (разъяснения) или от юридических последствий, к которым приводит разъяснение различают: официальное и неофициальное толкование

Официальное толкование представляет собой разъяснение смысла норм права, исходящее от государственно-властного органа и имеющее обязательный характер для тех субъектов, чьи взаимоотношения регулируются толкуемой нормой. Такое толкование являются юридически значимым, так как ориентирует правоприменителей на однозначное понимание правовых норм.

Различают нормативное и казуальное официальное толкование.

Нормативное толкование – это разъяснение смысла права, осуществляемое в отношении широкого круга общественных отношений и рассчитанное на неоднократное применение. Оно персонально не определено в отношении субъектов и общественных отношений, рассчитано на неоднократное применение.

Нормативное толкование бывает аутентичным и легальным.

Аутентичное толкование – разъяснение права, исходящее от органа, который ранее установил разъясняемую норму. Аутентичный означает подлинный, действительный, основанный на источнике. Субъектами такого толкования могут быть все правотворческие органы.

Легальное толкование – разъяснение правовых норм теми органами, которым разрешено или дано такое право. Например, такое толкование общеобязательное для всех органов государственной власти, должностных и физических лиц, дает Конституционный Суд РФ. Руководящие разъяснения пленумов Верховного Суда РФ обязательны для судов нижестоящих инстанций. Они не признаются источником права, но обладают обязательностью, авторитетом высшего судебного органа и оказывают регулирующее воздействие на правоприменительную практику. Несоблюдение этих разъяснений влечет отмену судебных актов.

Казуальное толкование представляет собой разъяснение правовой нормы применительно к конкретному случаю. Казус – случай, жизненный факт. Это такое толкование права, которое дается судебными и иными компетентными органами по рассматриваемым и разрешаемым юридическим делам в отношении обстоятельств и лиц.

Неофициальное толкование – разъяснение правовых норм не уполномоченными на это субъектами. Оно не имеет обязательного и юридически значимого характера. Как правило оно дается юристами – адвокатами, учеными, отдельными гражданами и т.д. Наиболее распространено такое толкование в виде комментариев к Кодексам, законам.

Неофициальное толкование может быть доктринальным, профессиональным и обыденным.

Доктринальное толкование – более всего влияет на реализацию правовых норм, так как дается учеными, научно-исследовательскими учреждениями и отражается в статьях, монографиях, комментариях.

Профессиональное - происходит от профессиональных юристов – судей, прокуроров, следователей, адвокатов во время консультаций, приема граждан и т.д.

Обыденное толкование дается любым гражданином.

Толкование – процесс, в ходе которого выясняется тот смысл, который вложил законодатель в правовую норму. Однако, понятия обладающие оценочным характером часто могут пониматься неоднозначно при применении абстрактной нормы к конкретным обстоятельствам, особенно тогда, когда не совсем ясно: входит то или иное обстоятельство в объем правового понятия или нет? Отсюда различают буквальное, ограничительное и расширительное толкование.

Буквальное толкование права выражается в том, что понимание смысла толкуемой нормы права полностью совпадает с текстом источника права (смысл и буква закона совпадают) и существуют точные признаки границ объема понятия. Это наиболее типичный случай толкования норм. Например, понятие «ночное время», которым может быть только время с 22 до 6 часов по местному времени; лицо, имеющее среднее образование и т.д.

Расширительное толкование имеет место в том случае, если действительный смысл нормы права выходит за рамки ее текстуальной формы. Например, понятие «ношение оружия» распространяется не только на тех, кто несет оружие непосредственно в руке или кармане, но и имеет его при себе, перевозит, к примеру, в автомобиле. Или другой пример. Правила проезда в общественном транспорте могут гласить: «Проезд с домашними животными запрещен». Само собой разумеется, что с дикими животными он тем более не позволителен. Не могут толковаться расширительно нормы утяжеляющие юридическую ответственность.

Ограничительное толкование происходит в том случае, когда подлинный смысл правовых понятий или норм уже, чем это выражено в словесном акте. Например, ст.50 Положения о службе в органах внутренних дел предоставляет отпуск в связи с окончанием учебного заведения выпускникам учебных заведений МВД России. Таким правом не могут воспользоваться выпускники заочных факультетов, так как им предоставляется очередной ежегодный отпуск в порядке статьи 46 этого же Положения. Или понятие «судимый» касается в действительности только тех, кто имеет не снятую или не погашенную судимость, а не тех, кто когда- либо был осужден.

**Тема 2. Реализация права**

Реализация права как процесс может быть охарактеризована с субъективной и объективной стороны. С объективной стороны она представляет собой совершение определенными средствами. В известной последовательности, в некоторые сроки и в некотором месте предусмотренных нормами права правомерных действий. Субъективная сторона в реализации права характеризует отношение субъекта к реализуемым правовым требованиям, его установки и волю в момент совершения предписываемых действий.

Реализация права всегда является актом человеческого поведения, в котором осуществляются выраженные в правах и обязанностях дозволения, требования или запреты. Поэтому фактическое содержание реализации права составляет социально-полезная деятельность, совершаемая в соответствии с предписаниями норм права, а юридическое содержание заключается в соблюдении, исполнении юридических обязанностей и использовании субъективных права, возникающих на основе правовых норм.

Существуют различные формы реализации права. Это определяется разнообразием содержания и характера общественных отношений урегулированных правом, различием средств воздействия права на поведение людей, спецификой содержания правовых норм, положением того или иного субъекта в общей системе правового регулирования. *По субъекту реализации права* можно выделить две формы: индивидуальную и коллективную. *По внешнему проявлению* различают активную и пассивную форму реализации. *По методу воздействия* выделяют добровольную и принудительную реализацию. Но наиболее распространенной является классификация форм реализации *по характеру правореализующих действий субъектов*.

Исходя из этого основания выделяют четыре формы реализации: соблюдение, исполнение, использование и применение. *Соблюдение* – это такая форма реализации, которая заключается в воздержании от совершения запрещенных правом действий. В данной форме реализуются запрещающие нормы. *Исполнение* состоит в активном исполнении предусмотренных правом обязанностей совершения положительных действий. В данной форме реализуются обязывающие нормы.

*Использование* заключается в осуществлении участниками реализуемых правом общественных отношений своих прав, предусмотренными нормами. В этой форме реализуется управомочивающие нормы.

Соблюдение, исполнение и использование норм права принято называть формами непосредственной реализации права, так как правовые предписания претворяются в жизнь самими участниками общественных отношений. Применение права – это особая форма реализации права, когда органы государства, поделенные властными полномочиями, направляют свою деятельность на то, чтобы обеспечить претворение норм права в жизнь. Право лишь тогда выполняет свою социальную функцию регулирования общественных отношений, когда осуществляется в реальной действительности. Жизнь норм права заключается не только и не столько в их наличии, сколько в функционировании, реализации. Реализация – это претворение в жизнь норм права в конкретном поведении субъектов, ведь именно в процессе реализации достигается социальный эффект правовых норм, они живут только когда работают.

Практика реализации законодательства является важным и постоянным фактором развития права, т.к. с его помощью нащупываются «слабые» места в действующем законодательстве, проверяются жизнью принятые решения и на этой основе вносятся необходимые дополнения или изменения в соответствующую систему законодательства. Таким образом, под реализацией права следует понимать претворение в жизнь, воплощение правовых норм в фактической деятельности организаций, должностных лиц и граждан. В юридической науке все действующие в обществе нормы подразделяются, прежде всего, на две большие группы – социальные и технические. Граница между ними проходит главным образом по предмету регулирования. Это отношения типа «человек и машина», «человек и орудие труда», «человек и производство». Особенность указанных отношений в том, что на другой их стороне – неодушевленные предметы, поэтому они носят не чисто социальный, а, так сказать, «полусоциальный» характер. Технические нормы определяют научно обоснованные методы, приемы, способы обращения с естественными и искусственными объектами, технологическими операциями и процессами.

Социальные и технические нормы помимо предметов различаются также по их содержанию, конструкции, способам фиксации, степени общности, формальной определенности и некоторым другим параметрам. Общее у технических и социальных норм то, что они имеют дело с человеческой деятельностью, а различия – в объектах и методах регулирования.

Среди технических норм есть такие, которые получают закрепление в правовых актах и таким образом приобретают юридическую силу. Их можно назвать технико-правовыми. Это в основном нормы, действующие в управленческой сфере (правила противопожарной безопасности, эксплуатации всех видов транспорта, атомных станций, строительных работ, энергоснабжения, хранения и перемещения взрывчатых и токсических веществ, обращения с оружием, особенно ядерным, разного рода госстандарты и т.п.). Некоторые из них снабжены санкциями. Не случайно их иногда именуют подвидом социальных норм.

Подобные нормы, не теряя своего организационно-технического характера, приобретают качественные признаки правовой нормы: они исходят от государства, выражают его волю, обеспечиваются возможностью государственного принуждения, закрепляются в специальных нормативных актах, регулируют, хотя и специфические, но весьма важные отношения. Свою регламентирующую функцию они осуществляют в совокупности с другими правовыми нормами и в этом смысле играют дополнительную (акцессорную) роль. Наиболее тесно они связаны с бланкетными нормами.

Реализация права представляет собой необходимую сторону жизни, существования права, без чего оно утрачивает свой социальный смысл.

*Правоприменительная деятельность* осуществляется только уполномоченными на то компетентными органами или должностными лицами. *Правоприменение* – это один из важнейших видов государственной деятельности, носящей государственно-властный характер. Правоприменительная деятельность осуществляется в специально установленных законом пределах и формах и регламентируется процессуальным правом. Результатом правоприменительной деятельности является издание индивидуального правового акта. И, наконец, правоприменительный процесс осуществляется в определенной последовательности. На практике как особая форма реализации, применение используется в двух случаях: во-первых, когда права и обязанности конкретных лиц не могут возникнуть из односторонних действий, а требуют для своего воплощения соответствующего акта применения. Это регулятивное применение. Во-вторых, когда налицо факт правонарушения и необходимо установить или восстановить чьи-либо права или обязанности либо надо назначить санкцию. Это охранительное применение норм права.

Таким образом, под применением права следует понимать властную организаторскую деятельность компетентных государственных органов или должностных лиц, заключающуюся в издании, на основании и во исполнение закона, актов индивидуального применения, которыми устанавливаются или восстанавливаются чьи-либо права или обязанности либо применяются санкции.

Применение права, как особая форма реализации, всегда связана с режимом законности. В этой связи существует ряд требований, предъявляемых к этому виду государственной деятельности:

Орган, принимающий решение, должен основываться на определенной норме права, прямо относящейся к рассматриваемому делу, строго следовать точному смыслу этой нормы и действовать в пределах своей компетенции.

Обоснованность применения означает, что должны быть выявлены, тщательно и объективно изучены все относящиеся к делу факты, а все сомнительные и недоказанные факты не должны приниматься во внимание.

Целесообразность применения заключается в выборе наиболее эффективного решения, максимально полно и правильно отражающего смысл закона, цели правового регулирования и обстоятельства конкретного дела.

Требование справедливости предполагает осознание правильности решения дела с точки зрения общества, убежденность лица применяющего права, а также других граждан в том, что принятое решение служит интересам общества.

Применение права – сложный процесс, состоящий из нескольких связанных друг с другом стадий. Можно выделить следующие стадии, под которыми понимаются имеющие самостоятельное значение этапы рассмотрения дела:

Установление фактических обстоятельств дела. На этой стадии происходит объективное, полное всестороннее исследование обстоятельств рассматриваемого случая, установления юридического характера дела.

На второй стадии происходит выбор правовой нормы, под пределы действия которой подпадает рассматриваемый случай.

На третьей стадии происходит проверка подлинности текста правовой нормы, то есть анализ ее с точки зрения законности, действия во времени, в пространстве и по кругу лиц.

Четвертая стадия – это анализ ее содержания, то есть уяснение смысла правовой нормы. Это сложный мыслительный процесс для осуществления которого наука выработала ряд приемов (грамматический, логический, систематический и др.).

Эта стадия является основной, так как связана с вынесением решения в виде издания акта применения права. На данной стадии либо подтверждаются персональные права и обязанности либо устанавливаются меры ответственности.

После вынесения решения его содержание доводится до сведения заинтересованных лиц.

Последней стадией является контроль за исполнением принятого решения. Контроль – это гарантия полного точного исполнения решения. Он может быть ведомственным и специальным.

К сожалению, современная российская политика – не самая, мягко говоря, чистая сфера отношений между людьми. Жизнь постоянно демонстрирует примеры нарушения (несоблюдения) элементарных правил политического поведения. Особенно это проявляется в период выборов (война компроматов, дискредитация соперников, распространение о них ложной информации, интриги, подкуп избирателей, пустые обещания кандидатов в депутаты, теневое финансирование, заказные статьи в прессе, проникновение во власть криминала и т.д.).

Участники политических баталий очень часто действуют по принципу: цель оправдывает средства, победителей не судят. Создаются и используются так называемые избирательные технологии, другие хитроумные приемы. Оказывается психологическое давление па избирателей вплоть до угроз; вошло в практику манипулирование общественным мнением. Власть, право, законы призваны эффективно противостоять всем этим явлениям, пресекать наиболее грубые извращения нормальной, цивилизованной, политики. Политические нормы должны также строго соблюдаться, как и правовые.

Официальной формой выражения правоприменительной деятельности являются акты применения права, то есть правовые индивидуальные акты властного характера, издаваемые компетентными государственными органами и определяющие на основе норм права персональные права и обязанности конкретных лиц либо меры ответственности за правонарушение.

Правоприменительный акт – это особый вид правовых актов, обладающий следующими признаками:

Применяется компетентными государственными органами или должностными лицами в соответствии с законом.

Правоприменительный акт носит государственно-властный характер и охраняется принудительной силой государства.

Акт применения права носит персонифицированный (индивидуальный) характер, т.е. адресован определенным субъектом.

Правоприменительный акт имеет установленную законом форму и точное наименование.

Акт применения права как официальный документ должен быть соответствующим образом оформлен. К атрибутам (реквизитам) акта применения права следует отнести точное наименование акта, дату и место его издания, издавшего акт и подписи лиц или лица, которые акт издали. Некоторые авторы называют эти атрибуты акта его вводной частью. В содержании же акта применения можно выделить описательную, мотивировочную и резолютивную часть. Акт применения права – это официальный документ, и поэтому к изложению его содержания предъявляется ряд требований: деловой стиль, ясность доходчивость, краткость и четкость.

Акты применения права классифицируются на определенные виды по различным основаниям. По форме внешнего выражения они делятся на указы, постановления, решения, приговоры и т.д. *По субъектам, применяющим нормы права* различаются акты представительный, исполнительных, правоохранительных и других органов. *В зависимости от действия акта во времени* выделяют акты однократного действия и длящегося. *По своему юридическому значению* акты применения права делятся на основные и вспомогательные. *По предмету правового регулирования* (по отраслевой принадлежности) можно выделить конституционно-правовые, уголовно-правовые, административно-правовые и другие акты. *В зависимости от характера общественных отношений и применяемых к ним норм права* правоприменительные акты подразделяются на регулятивные и охранительные. *По способу принятия* акты применения права выделяются акты, принятые коллегиально и принятые единолично.

В правоприменительной практике довольно часто встречаются случаи, когда правоприменительный орган не может разрешить юридическое дело из-за отсутствия конкретных правовых норм или их частей, прямо регулирующих обстоятельства рассматриваемого дела. Такая ситуация означает наличие пробела в действующем праве.

*Пробел в праве* – это полное или частичное отсутствие в действующем законодательстве конкретных норм, необходимых для регулирования отношений, имеющих правовой характер. Пробелы в праве представляют собой негативное явление, которое снижает эффективность действия законодательства, создает определенные трудности в процессе правоприменения. Существуют объективные и субъективные причины пробелов в праве.

К объективным относятся неизбежное отставание законодательства от более динамично развивающихся общественных отношений, связей, явлений, которые не предвидел законодатель и которые действующими нормами права еще не предусмотрены.

Субъективные причины связаны, во-первых, несовершенством законодательства, ошибками и упущениями самого законодателя. Во-вторых, с недостатком юридической техники, порождающими несовершенство нормативно-правового регулирования.

Пробел в праве может быть устранен путем создания компетентным органом нового нормативно-правового акта в процессе дополнительного законодательства. Восполнить же пробел можно с помощью аналогии. Под аналогией понимается определенное сходство между различными явлениями, предметами.

В теории права различают два вида аналогии, или способа временного преодоления пробела: аналогия закона и аналогия права.

*Аналогия закона* – это решение конкретного юридического дела на основе правовой нормы, регулирующей похожие отношения, близкие по своему значению и характеру. Эта норма должна быть найдена в пределах соответствующей отрасли права.

*Аналогия права* – это решение конкретного юридического дела на основе общих принципов и смысла права (справедливость, равенство всех перед законом и т.д.). В уголовном и административном праве аналогия исключается.

## Тема 3. Технико-юридические аспекты применения права

Осуществление права предполагает понимание, или интерпретацию, правовых норм и социальных ситуаций, к которым они должны быть применены. Исследование правового мышления, осуществляющего осмысление права и социально-правовой действительности, составляет важнейшую предпосылку для формирования теории толкования правовых норм.

Рим­ские юри­сты не слу­чай­но еще за­дол­го до со­вре­мен­ной лин­гвис­ти­ки и гер­ме­нев­ти­ки от­ме­ча­ли: Тот впра­ве тол­ко­вать за­кон, кто впра­ве его ус­та­нав­ли­вать (C.1, 14,12,3). В этой сен­тен­ции со­дер­жит­ся глу­бо­кая мысль о том, что в про­цес­се тол­ко­ва­ния пра­во­вой нор­мы про­ис­хо­дит на­де­ле­ние ее соб­ст­вен­ным смыс­лом тол­ко­ва­те­ля, или со­ав­тор­ст­во, со­пра­во­твор­че­ст­во, что в не­ко­то­рых слу­ча­ях мо­жет при­вес­ти к ко­рен­но­му из­ме­не­нию смыс­ла за­ко­на, то есть смыс­ла, ко­то­рый вкла­ды­вал в не­го за­ко­но­да­тель. Ведь по­ни­ма­ние лю­бо­го че­ло­ве­че­ско­го дей­ст­вия (сло­ва, по­ступ­ка, су­ж­де­ния) за­ви­сит от кон­тек­ста, а в про­цес­се по­ни­ма­ния пра­во­вой нор­мы кон­тек­стом яв­ля­ет­ся кон­крет­ный слу­чай. Как чте­ние ли­те­ра­тур­но­го про­из­ве­де­ния осуществляется в кон­тек­сте внут­рен­не­го ми­ра чи­та­те­ля, так и по­ни­ма­ние нор­ма­тив­но-пра­во­во­го ак­та про­ис­хо­дит в кон­тек­сте внут­рен­не­го же­лае­мо­го пра­ва тол­ко­ва­те­ля, воз­ни­каю­ще­го в кон­крет­ной жиз­нен­ной си­туа­ции. Как это ни “пе­чаль­но” с точ­ки зре­ния ре­жи­ма за­кон­но­сти, но это не­из­беж­но, поскольку в хо­де ин­тер­пре­та­ции про­ис­хо­дит пе­ре­нос лич­но­сти (ин­тер­пре­та­то­ра) на ос­мыс­ляе­мый пред­мет, будь то ли­те­ра­тур­ный текст ли­бо ста­тья нор­ма­тив­но­го ак­та. Как под­чер­ки­ва­ет­ся в ли­те­ра­ту­ре: “В про­цес­се по­ни­ма­ния на пред­мет по­зна­ния рас­про­стра­ня­ет­ся ин­тел­лект, чув­ст­ва, ин­туи­ция, во­об­ще лич­ность то­го, кто стре­мит­ся к по­ни­ма­нию”.

По су­ти, та же мысль, что и у рим­ских юри­стов, со­дер­жит­ся и в вы­ска­зы­ва­нии В.Д. Зорь­ки­на, ко­гда он го­во­рит о том, что иде­аль­ных кон­сти­ту­ций не бы­ва­ет, не­об­хо­ди­мо жить с дей­ст­вую­щей, но ин­тер­пре­ти­ро­вать ее так, как это тре­бу­ет со­ци­аль­ная жизнь: “Кон­сти­ту­цию сле­ду­ет не пра­вить, а ин­тер­пре­ти­ро­вать”. Не­со­мнен­но, здесь на­ли­че­ст­ву­ет не­ко­то­рая до­ля пре­уве­ли­че­ния, ведь не все нор­мы Кон­сти­ту­ции со­сто­ят лишь из од­них оце­ноч­ных по­ня­тий, но в об­щем мысль вер­на. Эта же мысль ле­жит в ос­но­ве од­ной из ра­бот дру­го­го су­дьи Кон­сти­ту­ци­он­но­го Су­да РФ Г. Гад­жие­ва, по­свя­щен­ной про­бе­лам в Кон­сти­ту­ции РФ и ее со­вер­шен­ст­во­ва­нию. В ча­ст­но­сти, он пи­шет: «Ес­ли Кон­сти­ту­ция хо­ро­шо “сра­бо­та­на”, то она яв­ля­ет­ся кла­до­вой “не­яв­ных” зна­ний. Мно­го­ва­ри­ант­ность, мно­го­слой­ность кон­сти­ту­ци­он­ных норм и прин­ци­пов соз­да­ет ши­ро­кие воз­мож­но­сти для су­деб­ной ин­тер­пре­та­ции… Нель­зя по­ла­гать­ся толь­ко на вне­се­ние по­пра­вок в Кон­сти­ту­цию, по­сколь­ку су­ще­ст­ву­ет бо­лее на­деж­ный спо­соб – су­деб­ная ин­тер­пре­та­ция Кон­сти­ту­ции». Ины­ми сло­ва­ми, аб­ст­ракт­ность ее норм по­зво­ля­ет по­сред­ст­вом ин­тер­пре­та­ции пре­одо­ле­вать про­бе­лы. Но аб­ст­ракт­ность свой­ст­вен­на лю­бым нор­мам или пра­ви­лам. По­это­му во­прос о том, до ка­ких пре­де­лов суд мо­жет тол­ко­вать кон­сти­ту­ци­он­ные по­ло­же­ния, яв­ля­ет­ся, во-пер­вых, ак­ту­аль­ным для лю­бой об­лас­ти пра­во­су­дия, а во-вто­рых, мож­но счи­тать не толь­ко спор­ным, как от­ме­ча­ет в сво­ей ра­бо­те Г. Гад­жи­ев, но и ра­цио­наль­но не­раз­ре­ши­мым, тре­бую­щим в ка­ж­дом кон­крет­ном слу­чае про­сто­го здра­во­го смыс­ла, а не об­щих су­ж­де­ний и пра­вил, ко­то­рые то­же по­тре­бу­ет­ся пе­ред при­ме­не­ни­ем тол­ко­вать.

В ис­то­рии пра­ва про­бле­ма тол­ко­ва­ния не раз вы­зы­ва­ла глу­бо­кие спо­ры и дис­кус­сии. Осоз­на­ние то­го, что в про­цес­се ин­тер­пре­та­ции пра­во­вой нор­мы про­ис­хо­дит твор­че­ское уча­стие тол­ко­ва­те­ля, при­во­ди­ло к то­му, что власть не­од­но­крат­но за­кре­п­ля­ла за со­бой мо­но­по­лию на тол­ко­ва­ние. На­при­мер, в Гер­ма­нии за­пре­ще­ние тол­ко­ва­ния осу­ще­ст­в­ля­лось несколько раз в те­че­ние XVIII сто­ле­тия, еще ра­нее так по­сту­пил Юс­ти­ни­ан, Па­па Пий IV (в от­но­ше­нии по­ста­нов­ле­ний Три­дент­ско­го Со­бо­ра). Г.Ф. Шер­ше­не­вич от­ме­ча­ет, что На­по­ле­он I при­шел в ужас при из­вес­тии о соз­да­нии пер­во­го ком­мен­та­рия на его ко­декс: “Про­пал мой ко­декс”. По­это­му мы це­ли­ком со­глас­ны с те­ми ав­то­ра­ми, ко­то­рые ви­дят в ус­мот­ре­нии су­дьи в про­цес­сах тол­ко­ва­ния норм опас­ность, но от то­го, что это нам не нра­вит­ся, суть де­ла не из­ме­нит­ся – ре­аль­ность, увы, по­ка­зы­ва­ет не­из­беж­ность твор­че­ско­го уча­стия ин­тер­пре­та­то­ра в этом про­цес­се, а не пас­сив­ное от­ра­же­ние то­го смыс­ла, ко­то­рый вло­жил в текст ав­тор. Как пи­шет Г.Ф. Шер­ше­не­вич: “Мож­но за­пре­тить пи­сать тол­ко­ва­ния к за­ко­ну, но нель­зя за­пре­тить са­мое тол­ко­ва­ние, по­то­му, что вся­кий, кто при­ме­ня­ет за­кон, да­ет ему при­ме­не­ние со­об­раз­но то­му, как он его по­ни­ма­ет, – а это уже и есть тол­ко­ва­ние. Оши­боч­ность точ­ки зре­ния за­ко­но­да­те­лей в при­ве­ден­ных слу­ча­ях обу­слов­ли­ва­лась тем, что они по­ла­га­ли, во-пер­вых, буд­то в тол­ко­ва­нии ну­ж­да­ют­ся толь­ко не­яс­ные за­ко­ны, а во-вто­рых, буд­то все из­дан­ные за­ко­ны яс­ны”.

По­зи­ция, со­глас­но ко­то­рой ус­мот­ре­ние по сво­ей су­ти (ес­ли рас­смат­ри­вать его бо­лее ши­ро­ко, чем фор­маль­ное раз­ре­ше­ние за­ко­но­да­те­ля на сво­бо­ду вы­бо­ра в про­цес­се при­ме­не­ния нор­мы) ори­ен­ти­ро­ва­но на ка­кой-то кон­крет­ный слу­чай, на не­что еди­нич­ное, на его ин­ди­ви­ду­аль­ность и спе­ци­фи­ку, не оп­ро­вер­га­ет на­ли­чие ус­мот­ре­ния в про­цес­сах тол­ко­ва­ния, как по­ла­га­ет Д.Б. Абу­шен­ко, а, на­про­тив, под­твер­жда­ет его. Как мы уви­дим ни­же, по­ни­ма­ние, или тол­ко­ва­ние, пра­во­вой нор­мы не мо­жет про­те­кать без ее кон­кре­ти­за­ции. Осоз­нать это по­мо­га­ет гер­ме­нев­ти­че­ская ме­то­до­ло­гия ана­ли­за про­цес­сов пра­во­во­го мыш­ле­ния. По­это­му да­лее вни­ма­ние бу­дет со­сре­до­то­че­но не на ло­ги­че­ских или тра­ди­ци­он­ных (фор­маль­ных) ас­пек­тах тол­ко­ва­ния, а на тео­рии юри­ди­че­ской гер­ме­нев­ти­ки в том ва­ри­ан­те, ко­то­рый был пред­ло­жен круп­ней­шим мыс­ли­те­лем XX ве­ка Х.-Г. Га­да­ме­ром.

Теория толкования правовых норм сложилась еще в глубоком средневековье и с тех пор претерпела мало изменений. Ее основополагающие принципы созданы еще в средние века в школах комментаторов римского права, а основные понятия были разработаны в классической парадигме правового мышления.

Наука интерпретации правовых норм называлась юридической герменевтикой. Вплоть до начала XX века юридическая герменевтика развивалась в рамках предложенного Савиньи в “Системе современного римского права” метода истолкования “писаных” законов (Берлин, 1840), сводящегося к четырем типам истолкования: а) по словесному смыслу – грамматическое истолкование; б) по совокупной взаимосвязи, например, по взаимосвязи законов в их “органической целостности” – систематическое истолкование; в) по историческому происхождению и становлению закона в связи с каждой данной “исторической ситуацией” – историческое истолкование; г) по смыслу и цели закона – телеологическое истолкование. Примерно те же методы толкования описываются и в современной теории права.

Савиньи рассматривал “юридическую герменевтику” исключительно как направление догматической юриспруденции, основные начала которой были заложены еще во времена глоссаторов, интерпретирующих нормы римского права с целью установления их первоначального содержания и приспособления к экономической жизни средневековой Европы.

С глубокой древности и вплоть до сегодняшнего дня вопрос о смысле того или иного нормативного акта решался как вопрос установления замысла автора. Как пишет С.С. Алексеев: “Суть толкования состоит в том, чтобы познать, выявить и тем самым установить тот смысл, то содержание, которое заключено в нормативных юридических предписаниях”. Современная теория толкования так и продолжает находиться в плену стереотипа, предполагающего в процессе толкования установление замысла законодателя. Именно поэтому традиционно юридическая герменевтика тесно связывалась с юридическим позитивизмом. Догма права, являясь единственным источником правосудия, предполагает адекватное воле законодателя правоприменение. Отсюда проблема толкования и нахождения этой воли в теории права занимает центральное место. “Из правил, созданных для критики и интерпретации закона, образовалась целая наука, – писал Пухта, – юридическая герменевтика – наука бесплодная, поверхностная, сухая”. Вряд ли можно не согласиться с ним: методы толкования норм описывают то, как протекает процесс толкования с формальной стороны, аналогично тому как логика описывает ход математического мышления. Реальный процесс понимания остается “за кадром”, а именно понимание, или интерпретация, и составляет сущность толкования нормы. Рассмотрим процесс толкования, а если быть более точным, процесс уяснения нормы с позиции правового мышления как деятельности осмысляющей, а не познающей социально-правовую действительность.

В классической юридической герменевтике вопрос о смысле того или иного закона был бы как с юридической, так и с исторической точки зрения одним и тем же: как установить изначальный смысл закона, который вложил в него законодатель, и впоследствии как применить его в качестве правильного смысла? Подобно тому как Шлейермахер не видел никакой проблемы в том, что интерпретатор должен поставить себя на место автора и понять его самого, Савиньи, рассматривая задачу юридической герменевтики исключительно как задачу историческую, игнорировал напряжение, существующее между первоначальным и современным юридическим смыслом.

Но действительно ли это возможно – уяснить смысл закона так, как его мыслил законодатель? Нет, невозможно. Это видно из анализа процесса понимания юридических текстов.

Напомним, что с проблемой понимания связано, прежде всего, понятие “герменевтический круг”. Как мы уже неоднократно отмечали, проблема герменевтического круга, соотношения части и целого, значения и контекста, смысла предложения и всего текста, произведения и жизни автора, слияния горизонтов в процессе коммуникации между индивидами составляют различные стороны центральной проблематики современной герменевтики. Тот факт, что понимание опирается на нечто уже данное, на что-то предполагаемое, не оставляет сомнения: кто хочет понять текст, тот всегда делает предположение по поводу смысла целого, который является первым смыслом. Так получается потому, что текст читают уже со значительным ожиданием определенного смысла, поскольку понять текст можно только тогда, когда понимают контекст, формируемый до начала процесса понимания. Как указывает Гадамер: “Конструирование текста по ходу чтения руководствуется определенным смыслоожиданием, вытекающим из всего предшествующего”. В рамках же самой герменевтики это предзнание, обеспечивающее предпонимание, принимает различные понятийные формы и очертания: от интуиции, жизненного мира до горизонта понимания.

Герменевтический круг в контексте юридической герменевтики (как метода исследования правового мышления) возникает: во-первых, в ситуациях понимания смысла права; во-вторых, вычленения специфического смысла в законах; в-третьих, понимания социально-правовой действительности в целом. Так как первый случай мы рассмотрели, когда описывали герменевтическое правопонимание, два других рассмотрим ниже.

Каждый частный случай и общая норма представляют собой герменевтический круг. Норма “вбирает” в себя как целое все множество частных случаев, которые она, обобщая, формулирует в абстрактном виде. То есть норма и конкретный случай выглядят как целое и часть. Так как соотношение частного случая и общей нормы является герменевтическим кругом, войти в этот круг можно лишь посредством предварительного знания, предпонимания целого. Иначе войти в круг понимания не удастся: вот почему понимание и применение суть одно: интуиция применяющего норму является этим предпониманием. Поэтому для нас герменевтическим кругом выступает проблема достижения целостности смысла какой-либо правовой нормы или юридически значимой ситуации. Дело в том, что и в случае понимания смысла готовой нормы, и в случае создания нормы желаемого права для какой-либо ситуации, столкнувшись с которой человек либо не знает нормы, регулирующей ее, либо такой нормы не существует (например, в случае пробела), имеются общие черты, единый механизм. В каждом случае оценки конкретного дела присутствует подъем ко “всеобщему”.

Мы считаем, что: во-первых, полное понимание смысла любой позитивной нормы права невозможно без ее сопоставления с конкретной ситуацией; во-вторых, применение правовой нормы как соотнесение единичного и всеобщего и составление нормы для какой-либо типовой ситуации, которая неизменно присутствует в случае создания прецедента, реализуются одной и той же способностью правового суждения; в-третьих, во всех перечисленных процессах присутствует интуитивный компонент желаемого права, осуществляющий оценку ситуации с позиций всеобщности.

Обобщая вышеизложенное, можно сказать, что “de lege lata” (оценка с точки зрения действующего права) никогда не обходится без “de lege ferenda” (оценки с точки зрения того, что желанно), и первое просто невозможно без второго. Желаемое право предопределяет уяснение, и, следовательно, действие официального права. Это важнейший фактор правоприменения, и его нужно учитывать, прежде всего, в законотворчестве.

Начнем с составления нормы для ситуации, которую необходимо урегулировать с помощью права, т.е. с составления прецедента. Чтобы решение конкретного дела было действительно правовым, справедливым, необходимо подняться ко всеобщему, сформулировав норму как применимую ко всему множеству подобных ситуаций. Для этого правовое мышление осуществляет акт интерпретации этой ситуации, его результатом будет образ желаемого права, формирование которого происходит под влиянием правового чувства, реагирующее на события, затрагивающие ценностную иерархию субъекта.

Важно здесь указать на то, что осмысление и интерпретация конкретной ситуации протекают под непосредственным влиянием субъективных характеристик личности и представляют собой процесс развертывания этих характеристик в желаемое право. Как подчеркивается в литературе, предзнание имеет характер неявного знания, представляющего собой “дорефлексивную и невербализируемую форму мысли” и имеющего “свои генетические корни в эмоционально-волевой сфере”. Именно с него начинается процесс подъема от единичного к всеобщему: “правовое чувство” инициирует процесс осмысления всех граней, компонент и связей интерпретируемой ситуации, и субъект формирует образ желаемого права. Правовое чувство как бы сигнализирует о нарушении права, о правовой значимости какого-либо факта. Можно сказать, что правовое чувство инициирует смысловую предзаданность акта представления юридического смысла той или иной ситуации, ему принадлежит роль “пробуждения” правового мышления. Без него невозможен процесс правового осмысления социальной действительности, так как понимание предполагает неосознаваемое “предпонимание”.

Как известно, в отличие от прямого нормотворчества, в решении, которое послужило основой прецедентной нормы, не излагается общее правило поведения. Оно выводится путем толкования одного или нескольких индивидуальных решений. В этом гибкость прецедентного права, а вовсе не только в том, что судья не связан законодательством, постоянно опаздывающим по отношению к изменчивости социальной жизни. Судья толкует существующие прецеденты через толкование тех случаев, которые легли в их основу. И было бы наивно полагать, что его правовое мышление в осмыслении прошлого тождественно правовому мышлению судьи, выносившего решение. Современный судья переосмысливает казус с учетом разбирательства нового дела, а также с учетом всех перемен в правовой, культурной, политической, экономической и других сферах общественной жизни, которые коренным образом повлияли на его неявное знание, задающее предрассудок, интуитивное желаемое право, являющееся контекстом интерпретации, подобно тому как позиция историка, осмысляющего прошлое, предопределена современностью. Следовательно, он осуществляет “подъем ко всеобщему” заново, вновь, и чем большие перемены прошли с тех пор, тем больше различий во всеобщем, к которому пришел судья прошлых лет, и к которому пришел судья сегодня. Затем уже с некоторым предопределенным восприятием он приступает к осмыслению современного случая и выносит решение.

Если бы в принятии решения излагалось правило поведения, то судья был бы “связан” еще больше, чем судья в романо-германской системе, так как некоторые прецеденты имеют многовековую историю, что порождало бы еще большее запаздывание.

Завершая анализ процесса принятия правоприменительного решения при отсутствии правовой нормы, прямо предусматривающей регулирование данной ситуации, который напоминает при этом создание прецедентного права, укажем на то, что в романо-германской правовой семье судья часто сталкивается с необходимостью разрешить то или иное дело в ситуации отсутствия правовой нормы, например, в области гражданского права. В области уголовного права также встречаются ситуации, когда тот или иной случай требует государственного вмешательства, но казалось бы, нормы, прямо предусматривающей уголовную ответственность за то или иное деяние, нет. Здесь важнейшую роль играет установка судьи на привлечение к ответственности. Судья осмысливает данный казус посредством своего желаемого права, включающего не только обыденно-повседневные компоненты, но и правоприменительный опыт. Поэтому он может, осознанно или нет, так проинтерпретировать казус, что тот будет по многим своим характеристикам подходить под ту или иную статью уголовного закона. Нам представляется мифом суждение, согласно которому для “привлечения к уголовной ответственности необходимо, чтобы совершенное деяние было предусмотрено статьей уголовного закона”, что часто служит отговоркой со стороны правоохранительных органов, оправдывающих свое бездействие. Даже пока законодатель не включил в перечень составов ответственность за новый вид деяний, гибкость интерпретации вполне позволяет привлечь к ответственности лицо, совершившее общественно опасный поступок, не предусмотренный напрямую уголовным законом. Особенно это видно в ситуациях корыстной заинтересованности правоприменителей. Недаром народная мудрость гласит: “Был бы человек, а статья найдется”. Хо­тя бо­лее спра­вед­ли­во, бы­ло бы ска­зать так: “Бы­ла бы об­ще­ст­вен­ная опас­ность, а ста­тья все­гда най­дет­ся”.

Не­ко­то­рые эле­мен­ты ана­ло­гии при­сут­ст­ву­ют в ка­ж­дом ак­те пра­во­при­ме­не­ния, так как нет оди­на­ко­вых жиз­нен­ных си­туа­ций, в том чис­ле и в уго­лов­ном пра­ве. Это де­мон­ст­ри­ру­ет при­мер, при­ве­ден­ный М. Исае­вым в ра­бо­те, по­свя­щен­ной ана­ли­зу пра­во­твор­че­ских мо­мен­тов в дея­тель­но­сти Пле­ну­ма Вер­хов­но­го Су­да СССР. В со­вре­мен­ной жиз­ни су­деб­ная прак­ти­ка со­дер­жит так­же мно­же­ст­во при­ме­ров, де­мон­ст­ри­рую­щих не­воз­мож­ность од­но­знач­ной ин­тер­пре­та­ции тех или иных си­туа­ций и пра­во­вых норм.

Представим теперь, что необходимо понять смысл готовой правовой нормы. И здесь также требуется предварительное знание, так как понимание – всегда соотнесение чего-то известного с неизвестным, чужим, иначе его акт невозможен. Роль предварительного смысла “предпонимания” выполняет желаемое право. Соотношение его нормы с нормой позитивного права представляет собой герменевтический круг.

Рассмотрим первый вид осмысления – в случае понимания какой-либо нормы права без соотнесения с конкретным случаем, казусом. То, что норму мы можем понять лишь в процессе уяснения общего смыслового контекста закона, – понятно. Но как постичь смысл нормы, не соотнося ее с какой-либо конкретной ситуацией, то есть лишь прочитав и грамматически осмыслив норму (проблема грамматического толкования остается в границах общефилософской проблематики герменевтического круга, и мы ее не затрагиваем). В отличие от повествовательного текста, норма содержит в себе указание на то, что должен делать ее адресат в определенных аналогичных ситуациях. Бесконечное множество или перечень этих ситуаций, а также оценочное понятие того, что необходимо делать, – стержень правовой нормы, и понять ее – значит понять множество этих ситуаций, что невозможно по причине бесконечности множества.

Диспозиция “неявно” представляет собой также множество или перечень аналогичных или типичных действий. Ведь мы, провозгласив существование особой формы мышления, претендуем и на существование особого смысла – правового, который характеризуется уже тем, что норма является шаблоном, абстрактной обобщающей схемой ряда однотипных ситуаций. И этот смысл “станет своим” у осмысляющего только в случае уже имеющегося на момент начала интерпретации чего-то известного, задающего общий контекст. Иными словами, каким образом мы поймем всеобщность нормы, не сопоставив ее с конкретной ситуацией, которая является частью целого?

Отсюда, как нам кажется, легко увидеть, что понимание правовой нормы всегда осуществляется как акт соотнесения с уже имеющимся до конца неосознаваемым желаемым правом. Именно на его основе происходит процесс понимания любого закона. “Цель толкования – не просто уяснение смысла нормы (общий и абстрактный смысл нормы обычно легко улавливается при ее прочтении), а перевод ее смысла на язык более конкретных высказываний, раскрытие, развертывание содержания нормы права в более детальных положениях, настолько приближенных к конкретным ситуациям, что они не вызывали бы сомнения в относимости этих ситуаций к толкуемой норме права и облегчали ее применение”, – указывает А.Ф. Черданцев. Отсюда при прочтении правовых актов у профессионального юриста не может не возникать образа примерной ситуации, в которой норма срабатывает. Человек, не имеющий юридического образования, в случае интерпретации любого закона, представляющего для него определенную сложность, например, регулирующего правоотношения в сфере исполнения наказаний, гражданского процесса, не увидит этого смысла вне применения к конкретной ситуации, которая должна быть описана в знакомой ему терминологии. Даже юрист, обладающий четко налаженным механизмом правового мышления, хотя и сможет уловить этот смысл в общих чертах, но все равно не полностью, так как конкретизация все же меняет смысл нормы.

Именно поэтому все большее развитие получает процесс дифференциации направлений юридической практики. Ведь при интерпретации нормативно-правового акта юрист, имеющий опыт работы в сфере правоотношений, регулируемых им, автоматически воспроизводит в сознании огромное количество образов, ситуаций, с разными структурными связями и соотношениями, в которых закон либо применялся, либо может быть применен, и, вырабатывая на их основе образ желаемого права, будет несравнимо лучше понимать закон.

Но ведь этот процесс имеет и обратный ход. Чем лучше он будет понимать смысл закона, тем более четко будет видеть: совпадет ли в конце концов желаемое право (также изменяющееся под воздействием смысла нормативно-правового акта) с тем смыслом, который заключен в позитивной норме, или определенное отличие сохранится, и тогда можно будет говорить о некачественном законе.

Точно так же и в ситуации, в которой прежде чем осуществить вынесение суждения (произвести подведение особенного под общее), мы должны понять смысл этого общего, то есть закона в целом или нормы в частности. Процесс понимания данной нормы начнется уже с имеющимся в правосознании образом желаемого права (после изучения фактических обстоятельств дела), и правовое мышление будет осуществлять оценивание или соотнесение этого образа “должного” с содержанием образа “должного” нормы. В случае совпадения его со смыслом правовой нормы судья осуществляет акт подведения, иначе при несовпадении судья, рефлексивно осознав это несовпадение, будет иметь, скорее всего, дело с пробельностью закона. Важно отметить, что внутреннее желаемое право сформировано в течение всей жизни судьи. В результате постоянного юридического опыта его желаемое право значительно ближе доминирующей в правоприменительной практике линии интерпретации действующего законодательства, чем желаемое право обычного человека. Оно оказывает влияние и на интерпретацию фактических обстоятельств дела. Их интерпретация также будет меняться под влиянием жизненного опыта судьи. Например, желаемое право судьи из Дагестана, рассматривающего уголовное дело об убийстве, вызванном оскорблением одного человека другим словом “свинья”, будет считать основанием квалификации последующего за оскорблением убийства как совершенного в состоянии аффекта, в то время как судья из средней полосы России вряд ли сочтет такой “термин” (свинья) основанием для аффективного помешательства. В данном случае этнокультурная и религиозная составляющая жизненного мира судьи сыграет ключевую роль в интерпретации понятия “оскорбление”, а также правовой нормы, предусматривающей уголовную ответственность за убийство, совершенное в состоянии аффекта (для мусульманина “свинья” – самое сильное оскорбление, особенно если оно звучит в присутствии третьих лиц).

В случае сложных судебных разбирательств, особенно в арбитражном процессе, образ желаемого права будет постепенно также изменяться: в ходе интерпретации какого-либо смыслового образа (нормы закона – в нашем случае) образ этот становится “своим”. И одновременное присутствие в сознании двух смысловых структур – желаемого и позитивного права – обусловливает их постепенное слияние. Интуитивно “осознав”, что всеобщности, правильности в позитивной норме больше, чем в предложенном им себе же желаемом праве, судья, безусловно, скорректирует свой образ права с данным извне.

Именно из-за важности опыта, невозможно без последнего научиться способности подведения особенного под общее. Судья, имеющий опыт постоянного правоприменения, понимание нормы всегда осуществляет с огромным количеством сопоставлений ее смысла (в той степени, в которой он понял на данный момент времени) в сознании с возможными случаями ее применения. То есть он интерпретирует ее с постоянным вопрошанием: а если такая ситуация? Или такая? Или другая? Наличие же профессионального правового мышления делает рефлексивным, или более четким, и образ желаемого права. Можно сказать, что опыт судьи делает стремление к всеобщности желаемого права более сильным. И за счет этого лучше достигается подведение нормы под конкретный случай, так как применение права, пусть даже минимально, но носит характер правотворчества. Это происходит, когда желаемое право, которое “вбирает в себя” позитивное право, изменяется, но не абсолютно, а в пределах всеобщности последнего, и правовое мышление осуществляет конкретизацию наиболее соответствующим “всеобщности” права образом. Можно сказать “редактирует” рамки всеобщности нормы позитивного права с учетом конкретной ситуации, т.е. делает ее отвечающей идее права. Именно за счет этого достигается, по нашему мнению, “золотая середина” между абстрактностью, формальностью права, т.е. его всеобщностью, и правовым принципом “эквивалентности воздаяния”, который, напомним, также является признаком именно правового мышления. Такое правотворчество мы предлагаем называть термином “неявное правотворчество”.

Обычный человек, являясь либо участником ситуации (например, стороной в правоотношении), либо осведомленным о ней, имеет, так же как и юрист, хотя и не в такой, конечно же, степени, шанс понять, пользуясь своим правовым мышлением, юридический смысл нормы. Ему будет от чего оттолкнуться, с чего начать: он также имеет образ желаемого права, возникшего посредством правового мышления в конкретной ситуации. Поэтому бесполезно, например, втолковывать жителю какой-нибудь отдаленной и малочисленной деревни, в которой всю его жизнь под “честное слово” продают продукты в магазине, необходимость письменного закрепления долгового обязательства. Бесполезно до тех пор, пока не будет приведен возможный образ нарушения этого обязательства. Тогда сразу же правовое мышление этого далекого от законодательства гражданина “увидит” юридический смысл долговой расписки через возникновение желаемого права.

Таким образом, мы связываем проблему понимания права личностью с проблемой желаемого права, имеющего эмоционально-волевое, интуитивное происхождение. В научной литературе подчеркивается, что модели, опирающиеся исключительно на рациональные и объективные факторы, в целом не достаточны для анализа понимания поведения людей в конкретных обстоятельствах. “Именно поэтому, – подчеркивает Г.И. Рузавин, – становится необходимым обращение к анализу субъективно-психологических и интуитивно-эмпирических аспектов процесса понимания”.

Отсюда при исследовании понимающих структур правового мышления особой значимостью обладает анализ формирования и функционирования такого результата взаимодействия индивидуального правосознания и правового мышления, как желаемое право. Возникнув на интуитивно-чувственной основе правового сознания, в случае нарушения значимых для личности интересов и ценностей, интуитивное право, преобразовавшись в желаемое право с помощью юридического мышления, выступает затем в качестве основы как для понимания юридически значимой ситуации, так и для понимания правовых норм. В процессе углубления в их смысл это желаемое право получает дальнейшее развитие, обусловленное взаимопроникновением смысловых структур осмысляемого предмета (позитивной нормы) и самого этого права. При этом результатом является какой-либо уровень достижения понимания данного предмета.

При более сложном предмете (норме закона или ситуации), чем профессиональнее правовое мышление, т.е. чем четче, например, оно развито, тем более адекватным предмету будет образ желаемого права и, соответственно, тем более глубоким будет проникновение в юридический смысл нормативно-правового акта. Но еще раз подчеркнем, интуитивно-чувственный компонент присутствует у любого человека, имеющего минимальный запас опыта социального взаимодействия и общения.

Обычный человек, руководствуясь своим правовым сознанием и интуитивным правом, способен к осмыслению правового текста лишь тогда, когда может себе представить: каким образом данный текст его затронет. Именно это порождает его желаемое право и соотнесение с позитивным правом. То есть, можно сказать, он должен быть “включенным” в текст нормы, а она должна затронуть его правовое сознание.

Юристу требуется нечто большее. Он должен мыслить не только желаемым правом, но и правом позитивным. Он может близко к адекватному понять текст права не обязательно через жизненно-практический аспект; чтобы примерно представить себе работоспособность и эффективность нормы, ему требуется смоделировать ряд ситуаций ее применения. Кроме того, профессиональный юрист, прочитав текст закона, обязательно соотнесет его содержимое с другими известными ему нормативно-правовыми актами и поэтому сразу же скажет о том, что та или иная норма противоречит норме, уже имеющейся, вышестоящей. Однако все равно в понимании нормы права юристу не в меньшей степени необходимо “повседневное знание” окружающей его жизни для практического проектирования возможных ситуаций.

Далее, если обычному человеку, встречающему в течение жизни в основном типичные юридические формулы типа договора купли-продажи, об оказании услуг, найма или, например, трудового контракта, страхования, ссуды и т.д., вполне достаточно для их понимания личного жизненного опыта и желаемого права на интуитивно-чувственной основе (можно сказать, “правового здравого смысла”), то юристу-профессионалу или ученому такого рода знание служит лишь предварительным условием для достижения более глубокого теоретического понимания. Поэтому в его желаемом праве несравнимо больше присутствует теоретических знаний (например, знаний о судебной практике, об эффективности норм, о различных формах нормативной регламентации тех или иных отношений и т.д.), и, подобно тому как логика и интуиция взаимно предполагают и дополняют друг друга, интуитивно-чувственное и теоретическое понимание, связанное с логическим анализом, являются двумя сторонами единого процесса формирования этого желаемого права и постижения смысла, или значения, правовой нормы.

Такая постановка вопроса затрагивает глубокие и обширные пласты правового знания: его историко-культурную, языковую, личностную и профессиональную обусловленность, феноменологию практической деятельности и т.д. Поэтому, рассмотрев общий механизм правового понимания, необходимо теперь указать и на конкретные проблемы его исследования. Такой проблемой, как представляется, является один из важнейших вопросов юридической герменевтики правового мышления: обусловленность процессов мышления и, соответственно, понимания культурно-исторической, профессиональной или социальной средой.

Тот факт, что понимание включает в себя не только структурирование, активизацию и использование различных типов знаний, а также убеждения, мнения, установки и намерения, выдвигает в качестве фундаментального понятие контекста интерпретации. У нас таким контекстом является желаемое право.

Желаемое право – одновременно и результат процесса правового мышления, и его предпосылка, играющая роль первой ступени этого процесса (в случае правоприменения он продолжается далее, в отличие от процесса правотворчества). Мы считаем, что в формировании этого желаемого права имеют значение, как минимум, два компонента: правовое чувство и культурно-исторический контекст интерпретации. Первое задает общую направленность правовому мышлению, играет роль того самого третьего, который делает возможным соблюдение прав других лиц, возможность правоотношения, правотворчества, права вообще, так как помогает увидеть в норме, конкретном случае, поступке всеобщее значение. Второе также направляет процесс правового мышления, но уже не в сторону этого третьего, а в сторону сопричастности человека к конкретной группе, целому – культурно-исторической общности: нации или группе. Первое направляет процесс правового мышления формально, второе же определяет процесс правового мышления содержательно, делает его особенным, конкретным, зависящим от традиций, авторитетов, социальных представлений, ценностной иерархии, в общем, от жизненного мира субъекта. Однако безусловна связь этих составляющих, так как все в человеке – результат социокультурного окружения.

Особенно наглядно эта двойственная детерминация правового мышления проявляет себя в международном праве, когда соглашение участников международного правоотношения, с одной стороны, все же достигнуто и имеется некоторое общее поле соглашения (пересечение “горизонтов”, выражаясь лексикой Х.-Г. Гадамера), несмотря на коренное отличие в нравах, культуре и т.п., с другой стороны, каждый из участников в силу особенностей национального характера вкладывает свой смысл в это соглашение. Точно так же и в разговоре между двумя людьми имеется некоторое значение, инвариантное для обоих, делающее возможным взаимопонимание, а также есть смысл, который существует за рамками этого значения и полностью субъективен.

Поэтому можно сказать, что первое (правовое чувство) относится к человеку как социальному субъекту вообще, оно абстрактно, в то время как второе (принадлежность к определенной культуре) конкретно, отлично от других. Первое произрастает из того же корня, что и человеческое общение, социальное мышление; второе – от социального опыта. Например, чем сильнее выражена потребность в интересе, защищаемом правом, тем сильнее будет правовое чувство. Можно сказать, что социальный опыт задает значимость интересам, а правовое чувство их охраняет.

Человек в своем становлении начинает с уровня, уже достигнутого обществом. Он приобретает опыт предыдущих поколений не лично и не непосредственно, а в определенном “снятом виде”, опосредованно языком, символическим универсумом, сложившимися логическими структурами мышления, словом – культурой. Этот опыт – не что иное, как “социальная память”, на основе которой, с одной стороны, формируется психика и сознание человека как исторически-конкретного существа, с другой стороны, на основе которой индивид конструирует социальный мир, экстернализируя себя в процессе своей деятельности. Поэтому вряд ли вызовет возражения утверждение о том, что предпосылочное знание, лежащее в основе всех процессов правового мышления (понимания, объяснения, обобщения, описания и т.д.), обладает наиболее яркими чертами окружающей индивида социокультурной среды.

Таким образом, одна из важнейших задач герменевтики правового мышления – выявление механизмов взаимодействия социокультурной среды и интерпретации человеком социально-правовой реальности.

Все вышеизложенное позволяет несколько по-новому рассмотреть проблемы толкования права.

Во-первых, вопрос о том, возможно ли толкование без конкретизации нормы? Согласно позиции некоторых правоведов – П.Е. Недбайло и А.В. Пиголкина, при толковании достигаются “конкретизация и детализация” юридических норм, их приспособление к новой обстановке. То есть в результате процесса толкования на выходе мы имеем более конкретное правило поведения, которое с полной “очевидностью” применимо в данной ситуации. Однако существует другое представление, в соответствии с которым в отношении толкования “вообще” такая точка зрения не приемлема.

С позиции вышеизложенного, толкования “вообще” вне применения к той или иной жизненной ситуации быть не может. Если быть более точным, толкование обязательно предполагает конкретизацию, так как понимание – это всегда применение.

Нельзя сказать, что данное суждение является новым. О творческом характере процесса толкования, в результате которого появляется, по сути, новая норма, наполненная детальными характеристиками конкретного случая, свидетельствует и ряд конструкций традиционной теории толкования.

1. Например, в качестве главного принципа толкования выделяется принцип законности, означающий, что толкование должно быть подчинено задаче выявления действительной воли, содержащейся в нормативном акте. При этом воля должна быть познана, а не понята. Заметим, что здесь ключевая разница между толкованием, раскрытым через термин “познание”, и толкованием как пониманием норм. “Толкование как один из моментов научного познания исходит из марксистско-ленинской теории отражения”, – пишет С.С. Алексеев. Действительно, в рамках классической теории правового мышления последнее рассматривается как познание и отражение, что предполагает объективность познания и возможность отражения воли законодателя. Правда, при этом постулируется, что следует так интерпретировать норму, чтобы были учтены реалии сегодняшнего дня (динамический элемент толкования). Так, например, С.С. Алексеев пишет: “Не изменяя и не корректируя в процессе толкования волю законодателя, необходимо видеть ее реальное содержание таким, каким оно раскрывается в соответствии с действующим правом применительно к фактам сегодняшнего дня. Это значит, в частности, что в ряде случаев нельзя ограничиваться только буквальными формулировками…”. Тут же отмечается, что оба этих момента – статический и динамический – существуют неразрывно. Но возникает вопрос: можно ли одновременно “не изменять и не корректировать волю законодателя” и раскрывать содержание нормы применительно к “фактам сегодняшнего дня”. Ведь законодатель и его воля соответствуют фактам вчерашнего дня: со времени принятия нормативного акта происходит изменение социальной жизни порой настолько, что законодатель себе и предположить не мог. Следовательно, необходимо творчески относиться к “букве закона” – это, по нашему мнению, хотел сказать С.С. Алексеев, но не смог по причине явного расхождения с идеологически односторонней доктриной.

На наш взгляд, постулирование принципа законности в процессе толкования является логически абсурдным, так как он означает “режим соответствия закону”. Но как определить: соответствует процесс толкования закону или нет? Для этого должны существовать правила установления соответствия, а так как эти правила также должны быть истолкованы – возникает логически замкнутый круг – нельзя же истолковывать до бесконечности.

В ре­аль­ной жиз­ни оцен­ка тол­ко­ва­ния пра­во­вой нор­мы на пред­мет со­от­вет­ст­вия за­ко­ну осу­ще­ст­в­ля­ет­ся тем ин­тер­пре­та­то­ром, ко­то­рый на­де­лен наи­боль­шей вла­стью, то есть вы­ше­стоя­щи­ми су­деб­ны­ми ин­стан­ция­ми. В этом пла­не они об­ла­да­ют зна­чи­тель­но боль­шей пол­но­той вла­сти, чем это пред­став­ля­ет­ся в док­три­не раз­де­ле­ния вла­стей. Как спра­вед­ли­во ука­зы­ва­ет А.С. Алек­сан­д­ров, власть раз­ре­ша­ет кон­фликт ин­тер­пре­та­ции, за­кре­п­ляя за тек­стом один из смы­слов в ка­че­ст­ве ис­тин­но­го, и ав­то­ри­тар­ный мо­мент яв­ля­ет­ся клю­че­вым в по­ни­ма­нии по­зи­тив­но­го пра­ва.

2. В юридической литературе с давних времен существует признание необходимости различать “букву” и “дух” закона. Считается, что “буква” – результат толкования, полученный в итоге анализа буквального текста, а “дух закона” – итог применения всех способов толкования. Но данная традиция разграничения является, по сути, не чем иным, как признанием того факта, что очень часто законодатель не может предусмотреть всего многообразия возможных ситуаций, и в связи с этим часто появляется необходимость применить ту или иную норму с коррекцией общеупотребительного и широко распространенного значения ее понятий. Возникает ситуация такого толкования правовой нормы, которая по своему характеру является скрытой “аналогией закона”. Норму толкуют таким образом, что состав охватываемых ею ситуаций расширяется или суживается еще на один тип казусов, абсолютно идентичных тому, в контексте которого происходит интерпретация нормы.

Признание необходимости в разграничении толкования “по объему” является одновременно признанием творческого характера толкования нормы, так как толкование “по объему” основано на признании, с одной стороны, невозможности предусмотреть все бесконечное многообразие жизненных ситуаций, с другой стороны, признание интуитивного, не поддающегося рационализации “здравого смысла” и желаемого права в качестве “определяющего”, или “руководящего”, в процессе интерпретации. Только “здравый смысл” подсказывает, как следует истолковать в данном случае ту или иную норму – буквально, расширительно или ограничительно.

Предположим, что судья через некоторое время после вступления в силу нормы, предусматривающей освобождение от уголовной ответственности за дачу взятки, связанное с добровольным заявлением, рассматривает дело и приходит к выводу, что подсудимый заявил о даче взятки в связи с тем, что об этом факте стало известно органам власти, а по содержанию данной статьи Пленум Верховного Суда еще не успел дать руководящих разъяснений. Как поступить в данной ситуации? Судья вынужден творить, создавая конкретизирующую норму: осмысляя ситуацию, он строит одновременно образ частного (конкретной ситуации) и образ общего (всех аналогичных случаев). Интуитивно, через желаемое право, осознав, что несправедливо относится к одному и тому же заявлению о даче взятки, не обращая внимание на то, какими мотивами движим был человек, судья, одновременно понимая подсудимого через “подстановку себя на его место”, “выстраивает” следующую норму: если лицо заявило о даче взятки после того, как ему стало известно о том, что об этом факте уже известно правоохранительным органам, то оно сделало это с целью избежать наказания, и его требуется судить невзирая на норму, освобождающую заявителей от уголовной ответственности.

3. Сходным по характеру является разграничение “воли законодателя” и “воли закона”. В советской теории права считалось, что их противопоставление не может существовать в условиях социалистического государства. При толковании должна быть установлена воля законодателя, но лишь та, которая выступает в качестве “воли закона”, т.е. воля, внешне, объективно выраженная в нормативных актах. Но в данном разграничении все же присутствует признание того факта, что объективированная воля законодателя начинает “жить” своей жизнью. Правда, при этом допускается, что “воля закона” одна и познать ее, в принципе, возможно.

На самом деле, в процессе толкования происходит не установление “духа закона” и “воли законодателя” или “воли закона”. Процесс толкования правовых норм – конструирование “буквы и духа закона”, и “воли законодателя”, и “воли закона”. Можно сказать, что в процессе толкования, или понимания, правовых норм происходит незаметное для толкователя конструирование смысла нормы – объективация “воли толкователя”. Не случайно еще римляне заметили невозможность существования лишь одного смысла закона и творческий характер толкования: “Тот вправе толковать закон, кто вправе его устанавливать”.

Чтобы узнать, что имел в виду законодатель, надо быть законодателем в тот момент, когда проектировался нормативный акт. Чтение стенограмм заседания законотворческого органа, несомненно, приблизит к пониманию воли законодателя, но полного тождества все равно не достигнуть. Надо быть участником дискуссий по законопроекту, чтобы уловить ту атмосферу, то “невысказанное” или сказанное в “полслова”, в “кулуарах”, что не вошло в стенограмму.

4. Приемы “доведения до абсурда” и “доказательства от противного”, которые часто относятся к логическим, являются, прежде всего, интуитивными, а затем уже логическими. Так, требуется установить содержание понятия “источник повышенной опасности”. Следует ли рассматривать как подобный источник все транспортные средства или только ряд из них, например, может ли велосипед быть источником опасности? Нет, не может. Но абсурд здесь не в логическом противоречии, так как “велосипед” по своим признакам подходит под понятие “транспортное средство”. Абсурдно и несправедливо включать “владельца велосипеда” в одно множество с владельцами, например, мотоциклов потому, что здесь нет “эквивалентности”, равенства в контексте ответственности. Точно так же нет никакой логической абсурдности в том, что, к примеру, олигарх, не заплативший налоги, и старуха, продающая фрукты со своего сада и не заплатившая при этом налоги, привлекаются к ответственности по одной и той же статье. Оба этих субъекта по своим формально-логическим признакам входят в множество “не заплативших налоги”. Здесь абсурд, с точки зрения интуиции, справедливости, “эквивалентности воздаяния”, желаемого права.

Результатом толкования является сконструированный смысл нормы в связи с данным случаем и в лучшем случае достигнутая “очевидность” ее соответствия данному казусу. Поэтому толкование следует рассматривать как необходимый элемент конкретизации правовых норм.

Толкование правовых норм, их конкретизация, осуществление – все это один и тот же процесс понимания права, уяснения его смысла. Можно сказать, что полное понимание нормы права невозможно, если при этом не происходит конкретизации-применения. Позиция, согласно которой: а) толкование может иметь место и вне процесса осуществления права; б) в ходе толкования познается воля законодателя; в) толкование не является творчеством и созданием правовых норм, и которая доминирует в классической парадигме правового мышления ошибочна.

Так как судья связан социальной жизнью через его желаемое право, чем ближе норма закона к реальным отношениям между людьми, тем меньше доли новизны в судейском правотворчестве, хотя окончательно его не исключить. Каждый акт понимания – уже творчество.

Кроме того, судебная практика формирует предзаданность понимания тех или иных норм, поскольку желаемое право судьи – это еще и юридический опыт. Как верно отмечает А. Нашиц, судебная практика выступает “если не в качестве формального источника права, то, по крайней мере, в качестве одного из его социальных источников”. Поэтому совершенно справедливым выглядит убеждение многих юристов, что от изменения, введения или, наоборот, упразднения тех или иных норм и институтов вряд ли следует ожидать кардинальных перемен. Социальная жизнь развивается далеко не по рациональным схемам законодателя. И судья далеко не всегда способен принимать решения на основе своего желаемого права. Здесь очень многое зависит: во-первых, от его совести, отношения к другим людям, способности “сопереживать”, а во-вторых, от общей судебной политики. То, что имеется в виду, лучше всего показать на примере.

В работе, посвященной различным аспектам уголовно-правовой политики, Д.А. Корецкий совершенно справедливо отмечает, что “изменение нормы УК о необходимой обороне и снятие требования соразмерности действий обороняющегося в случае, если посягательство опасно для его жизни” вовсе не стоит воспринимать как некое революционное повышение уровня безопасности законопослушных граждан. Институт необходимой обороны существовал и ранее, но был, по мнению автора, уничтожен судебной практикой, толковавшей ограничительно пределы допустимых действий обороняющегося, и смена одной оценочной категорией другой не дает никаких гарантий того, что суды станут иначе толковать наличие опасности для жизни. По сути, в данной позиции автора содержится в “неявной форме” признание того, что всеобщая норма, наполняемая в процессе толкования и применения конкретным смыслом, интерпретируется в соответствии с общими профессиональными установками, ценностными позициями и желаемым правом судей. Можно признать правоту тех, кто считает применение нормы завершающей стадией правотворчества.

## Тема 4. Правовое мышление в правотворческой деятельности

В классической юридической науке выделяют, как правило, три основных стороны законотворческой деятельности: 1) познавательную, или научно-исследовательскую; 2) оценочно-волевую; 3) техническую. Эти три аспекта составляют одновременно три основных принципа правотворчества в марксистской парадигме правового мышления: 1) законопроекты должны быть основаны на научных исследованиях, основная цель которых – спрогнозировать социальные последствия нововведений; 2) закон должен соответствовать социалистической системе ценностей (в марксистской теории) или иметь надклассовый характер; 3) закон должен быть понятным, т.е. язык закона должен отвечать определенным юридико-техническим требованиям. Рассмотрим правовое мышление и правотворческий процесс с этих трех основных точек зрения.

В советской теории права правотворчество определялось как сознательная деятельность людей, направленная на создание правовых норм. Анализ современных процессов в области правотворчества показывает истинность суждения, согласно которому марксизм и либерализм как теоретико-идеологические схемы и общественно-политические парадигмы произрастают из одного корня – материалистического объяснения социальных процессов – и близки по своим методологическим предпосылкам. В этом близость либерального и марксистско-ленинского понимания права и правотворчества, которые, согласно и той и другой доктрине, обосновываются, исходя из рационально-экономических расчетов, и строятся, исходя из потребностей и интересов стоящих у власти классов.

Экономический фактор продолжает оставаться на сегодняшний день основным в правотворческой деятельности. Законопроекты в самых разных областях социальной жизни обосновываются сегодня чаще всего экономическими реформами. Либерализация правового регулирования энергетической отрасли, транспортного хозяйства, оборота земель сельхозназначения, валютных операций и других сфер вызвана экономическими интересами. Однако в юридической науке, как и в экономической области знаний, не учитывается то, что социальная жизнь не имеет той законосообразности, которую предписывает ей законодатель.

То, что классическое понимание “научной основы законотворчества” является неудовлетворительным, показывает самый независимый “судья” – социальная жизнь.

Весьма интересна в этом контексте статья В.А. Дрожжина, где автор справедливо указывает на многочисленные просчеты и их последствия, которые допустили правоведы, участвующие в законотворческой деятельности, в ходе реформ. И действительно, ответственность за тотальное обнищание народа, расхищение народного хозяйства, духовно-нравственный упадок общества, многочисленные этнонациональные конфликты, демографический кризис и многое другое лежит не только на политиках, но и на тех правоведах, которые разрабатывали модель пореформенного российского конституционализма с его непродуманной конструкцией абсолютной частной собственности, явным перекосом между обязанностями и правами в пользу последних, конфликтогенным федерализмом, “игрушечным” народовластием и т.д. Почему необходимо было столь поспешно отказаться от собственной политико-правовой традиции в пользу европейских институтов, к тому же тех из них, которые пригодны для обществ с ярко выраженной западноевропейской системой ценностей?

Политологическая и юридическая науки как по команде сменили марксистский вектор на либеральный, не оставляя шансов иным моделям государственно-правового развития. Впрочем, это и не удивительно, так как обе концепции общественного, а, следовательно, правового и государственного развития выросли на почве идеалов естествознания в правовом мышлении, механицизма и натурализма в осмыслении социально-правовой действительности. Следуя этим установкам, реформирование общества осуществимо аналогично производственному процессу: если четко рассчитаны и продуманы схемы и чертежи, проанализирован экономический эффект, то результат не заставит себя ждать. Достаточно людям перенять передовой опыт Запада, наладить дело в экономике, сконструировать Конституцию, разработать логически стройную систему законодательства, и народное правосознание обретет нужные новому демократическому обществу качества. Не подобным ли образом мыслили обществоведы в начале XX века, когда в России по многим параметрам складывалась аналогичная ситуация?

Главным заблуждением в классической парадигме, как мы уже говорили, является научный рационализм и сциентизм, разводящий по разные стороны оценочную и познавательную деятельность правосознания. Несмотря на общее признание обусловленности правосознания законодателей классовыми интересами, основным принципом правотворческой деятельности ранее был принцип отражения общественных потребностей и интересов.

Впрочем, здесь нет противоречия, так как полагали, что социалистическая наука “отражала” закономерности развития социалистического общества, являясь порождением этого практически “бесклассового” общества, в то время как в буржуазном обществе она будто бы выступала проводником интересов господствующего класса. В процессе познания законодатель должен был уловить потребности социалистического общества и, опираясь на закономерности его развития, повлиять на последние таким образом, чтобы цели были достигнуты. Противоречие между объективным и субъективным здесь отрицается социальным детерминизмом: цели и интересы определены закономерностями общественного развития. “Аксиологические и волевые процессы, сопровождающие любой акт правотворчества, опосредуя превращение научного отражения в нормативное моделирование, то есть переход от знаний о существующем к оценке и решениям о том, что должно произойти в рамках реальной действительности, сами являются социально обусловленными”.

Желание найти твердую основу правотворческому процессу вполне понятно, однако это не должно служить помехой на пути к освещению некоторых не очень удобных для политической элиты тем. Еще совсем недавно юридическая наука довольствовалась примитивной редукцией закономерностей правотворческого процесса к экономическим основаниям, опираясь на марксизм, согласно которому и “политическое”, и “гражданское законодательство” только “протоколирует требования экономических отношений”. Опираясь на фундамент марксистского понимания права, теория тех лет научно объясняла социальные основы формирования права в “буржуазных государствах” и ставила это объяснение “на службу интересам народных масс”. Осуществлялось это посредством прогнозирования объективных требований экономического и социально-политического развития страны. С тех времен так и “перекочевало” это “псевдонаучное” обоснование правотворческой деятельности. Только теперь принятие тех или иных законов обосновывается не интересами трудящихся, а интересами малого и среднего бизнеса, улучшение положения которого закономерно приведет к улучшению жизни остального населения страны.

Более широкое понятие – “правотворческое предвидение”, включающее и прогнозирование, позволяет более адекватно передать смысл деятельности субъектов правотворчества, ход которой основывается, как мы увидим ниже, не только на научной рациональности и, соответственно, научном прогнозировании, но и, в большей степени, на интуитивной догадке по поводу развития общественных отношений в будущем.

Зыбкость социального прогноза, даже некоторая его невозможность, ощущалась и в традиционной версии правотворчества. Пожалуй, наиболее близко к этому признанию подошла румынский ученый А. Нашиц, когда указала на то, что не только наука составляет действительную сущность правотворческой деятельности, хотя и сделала оговорку о доминанте научной рациональности: “Воображение, интуиция, чувства играют определенную роль в правотворческой деятельности, но роль эта может и, что особенно важно, должна быть не самодавлеющей, а подчиненной научному познанию, проникающему через явления бытия в его структуру, свойства, существенные связи”. Но дело в том, что в реальности научное мышление определено интуитивными и дорефлексивными структурами, среди которых желаемое право, формируемое жизненным опытом и обыденно-практическим сознанием. Поэтому принцип “научности” вовсе “не панацея” от некачественных законов, а недопустимость включения интуиции, гипотез и догадок в сферу законодательного регулирования, как это постулируется в литературе, в реальности обеспечить невозможно.

А. Нашиц предлагает следующую классификацию правообразующих факторов, то есть факторов, которые законодатель должен “иметь в виду”: а) естественная среда (демографические, биологические, физиологические и другие); б) социально-экономическая, политическая и идеологическая среда; в) человеческий фактор. При этом, конечно, не могло быть и речи о том, что энтокультурная, географическая или общественно-политическая среда влияет на правосознание адресатов правовых норм и на восприятие последних.

С точки зрения теории правового мышления, важнейшим фактором, который должен “иметь в виду” законодатель, является фактор понимания права адресатами правотворческого процесса. Правотворческое мышление “априори” содержит главный принцип: закон должен соблюдаться; нормативный акт издается для того, чтобы он действовал. Заниматься правотворчеством, опираясь на то, что закон никто не будет реализовывать, может только психически и умственно нездоровый человек. Даже лоббируя нормативный акт в корыстных целях, заинтересованные группы предполагают, что он будет действовать.

Понимание норм права любым человеком обусловлено особенностями этнической культуры той общности, в которой осуществилась его аккультурация – этот термин должен заменить “безликое” понятие “социализация”. Народы Западной Европы, в свое время обратившиеся за вдохновением к греческим, римским и древнееврейским текстам, таким образом их приспособили, что это, по словам Г.Дж. Бермана, “повергло бы в изумление их авторов”. Выше мы уже говорили о социокультурном контексте уяснения правовых норм и права в целом, поэтому сформулируем принципы, согласно которым, с точки зрения правового мышления, должна соответствовать правотворческая деятельность: во-первых, в процессе законотворчества следует помнить о том, что все научные прогнозы относительно будущих тенденций развития социально-политической ситуации обладают лишь вероятным характером; во-вторых, тот, кто делает этот прогноз, настолько близок к реальности, насколько он близок по этнокультурному “стереотипу поведения”, стилю и складу ума тем, в отношении кого делается предсказание (нарушение этого принципа, которое наблюдается в ситуациях “помощи иностранных экспертов” отечественным законодателям, может привести к непредсказуемым последствиям); в-третьих, из вышеизложенного вытекает принцип эксперимента – чем больше инноваций и нововведений в законе, тем больше необходимости в его экспериментальной проверке; в-четвертых, следует помнить о том, что не только правовая политика, но и юридическая техника определены ценностными порядками и зависят от общественно-политической парадигмы и национальной культуры. Последнее рассмотрим несколько подробнее.

В процессе осмысления законодателем социально-правовой действительности приходится решать основную задачу достижения оптимального соотношения между общим и частным, целым и частью: 1) вопрос соотношения справедливости и социальной пользы от закона; 2) проблему включения тех или иных отношений в сферу правового регулирования; 3) определение конечных целей и содержания правовых норм, передачу того или иного вопроса из сферы законов в сферу подзаконного правотворчества; 4) выбор метода правового регулирования, формы выражения нормы, предполагающий определение степени важности регламентируемых отношений и юридической силы, которой она будет наделена; 5) выбор казуистической или общей техники, установление степени абстрактности нормы; 6) выбор того или иного приема (юридической конструкции, презумпции или фикции), – все это разновидности столкновения общего и частного, целого и части, более значимой и менее значимой ценности, цели и средства в правотворчестве. Верно определить их соотношение и соответствие можно только в единстве иррациональной и рациональной деятельности, оценки и знания, искусства и науки. Как справедливо отметила А. Нашиц, казалось бы, техническая по своей сути сторона правотворчества, неразрывно связанная с законодательной политикой и подготовкой нормативных актов, “является одновременно и наукой, и искусством”.

Первое. Закон должен быть справедливым и эффективным, социально полезным одновременно. В здоровом обществе справедливость выступает целью, эффективность, действенность, полезность закона – средством. В обществе с доминантой прагматизма и утилитаризма правотворчество рассматривается как деятельность, ведущая к достижению тех или иных целей, а самая главная цель – достижение справедливости – нивелируется. Справедливость – это сущность права, а позитивность – форма его существования. Справедливость – это всеобщая ценность права, в то время как эффективность, социальная полезность закона – один из частных методов ее достижения.

Второе. Включение тех или иных действий или, наоборот, исключение их из сферы правового регулирования предполагает решение антиномии между частью (данным видом отношений) и целым (правовой системой). Если с помощью урегулирования данных отношений будет достигнута одна из целей, лежащих в пирамиде норм, каждая из которых служит достижению той или иной цели, одновременно являясь средством для более высоких целей, то законодатель должен определить: может ли данный вид отношений служить средством достижения той или иной цели и не приведет ли его типизация в результате правового оформления к несправедливости, лежащей в основании права вообще и являющейся высшей целью. Например, законодатель с целью реализации нормы Основного закона (содержащего самые главные цели права), посвященной защите прав человека, может издать закон, запрещающий родителям физическое наказание своих детей. Как известно, тема достаточно актуальная: бывают случаи, потрясающие своей жестокостью. Однако очевидным будет несправедливый характер запрета, так как большинство “среднетипичных” отцов наказывают детей не с целью отомстить им за те или иные недостатки, а чтобы исправить последние. Поэтому законодатель должен тщательно взвесить соотношение общего числа отклонений и нормальных воспитательных воздействий, а затем уже принимать решение о включении данного вида общественных отношений в правовое регулирование. В приведенном примере общим и частным, целью и средством выступают: норма Основного закона и предполагаемый запрет; справедливость права и запрет.

Третье. Передача тех или иных вопросов в сферу подзаконного правотворчества, как и вопрос о том, насколько закон должен быть абстрактным или конкретным, т.е. насколько велика степень подзаконного правотворчества, связанного с конкретизацией закона органами исполнительной власти, зависит от той роли, которую играет в государстве исполнительная власть, от доверия к ней и т.д. Закон представляет собой целое, а конкретизирующие его подзаконные акты – часть этого целого. И важно, чтобы сохранялось их здоровое соотношение. Не стоит забывать о том, что конкретизация закона в новом нормативном акте не является дедуктивным выводом. И рационально-логическими методами их соотношение не установить. Здесь требуется правотворческая интуиция, так как конкретизация связана с созданием нормы на основе интерпретации конкретных практических проблем в контексте закона, абстрактного правила. Поэтому законодатель должен иметь в виду, что степень детализации нормы в законе определяет степень конкретизации и, соответственно, правотворчества органами исполнительной власти. Законодательная власть может использовать: подробные нормативные акты, регламентирующие все детали; акты, носящие общий характер; рамочные законы, максимально перекладывающие правотворческие задачи на органы исполнительной власти. Критерием здесь служит значимость тех или иных ценностей.

Четвертое. Выбор метода правового регулирования связан с определением пути, по которому будет достигнута одна из целей Основного закона. Как правило, для реализации той или иной конечной цели существуют различные юридические решения. И здесь особенно важно определить соответствие цели и средства, так как выбор наиболее оптимального юридического решения из нескольких возможных представляет собой наилучшее их сочетание. От того, какая ценность доминирует в Основном законе государства, зависят тип правового регулирования, выбор между императивным и диспозитивным способом воздействия на общественные отношения. Например, в социалистическом обществе преобладает императив, связанный с активной ролью государства и его вмешательством в частно-правовую сферу. «Мы ничего “частного” не признаем, – писал В.И. Ленин, – для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное. …Отсюда – расширить применение государственного вмешательства в “частноправовые” отношения; расширить право государства отменять “частные” договоры; применять не corpus juris romani к “гражданским правоотношениям”, а наше революционное правосознание…». Для капиталистической системы, наоборот, требуется максимальное диспозитивное начало в правовом регулировании.

Пятое. С выбором метода тесно связан и выбор формы предписания. Обязывание, запрещение, управомочивание, рекомендация или поощрение определены иерархией тех или иных охраняемых правом ценностей, а также природой тех или иных отношений. Например, там где требуется категоричность и абсолютность в достижении ценности, законодатель использует обязывание, в других случаях – поощрение или управомочивание. Абсурдно, к примеру, требовать от супругов обязательного наличия детей, но можно определенным образом стимулировать данный процесс.

Шестое. Техника регулирования при помощи общих, специальных и исключительных норм определена соображениями содержательного и формального характера в их единстве. Соотношение между общими и специальными нормами представляет собой соотношение между общим и частным, более и менее абстрактным. Деление норм на общие и специальные определено пирамидой целей, или иерархией ценностей, где нижестоящие подчинены вышестоящим и являются средствами для их достижения. В самом общем виде это легко видеть на примере Конституции: все нижестоящие нормативные акты содержат специальные нормы, являющиеся таковыми по отношению к ее общим нормам; нормы федеральных законов – общие для норм подзаконных актов и т.д. Исключительные нормы, устанавливающие изъятия из общих и специальных норм, в наибольшей степени конкретны, так как предусмотрены для тех ситуаций, которые хотя и являются подходящими под действие общей или специальной нормы, но по тем или иным признакам должны быть урегулированы ими с особыми условиями. Здесь мы можем видеть также влияние ценностных предпочтений. Например, в социалистической правовой системе такие исключительные условия устанавливаются применительно к правовому режиму имущества, находящегося в собственности государства, так как общенародная и частная собственность обладают разным ценностным весом.

Нормы закона должна быть абстрактными настолько, чтобы охватывать полностью всю сферу регулируемых им отношений, и настолько частными, чтобы норма более или менее легко применялась к конкретному случаю. С одной стороны, чем более абстрактна норма, тем больше правотворчества будет в судебном решении, которое так или иначе будет содержать конкретизирующую норму, включающую в себя правило поведения для всех идентичных случаев, но с учетом абстрактной нормы. С другой стороны, чем более конкретной, казуистичной и детальной будет норма закона, тем труднее будет применение ее, так как судье придется втискивать в “прокрустово ложе” нормы каждый случай, в котором есть хоть небольшое отклонение. Поэтому казуистическая техника часто вызывает необходимость распространительного толкования нормы или приводит к выявлению пробела.

Кроме того, путь казуистической детализации приводит к потере той общей ценности, которая служит объединяющим началом: каждая норма объединяет разнообразные связи и отношения под определенным “углом” их рассмотрения или оценивания. И дробление общей нормы на ряд более детальных может привести к потере общего.

Поэтому существует необходимость разграничения тех областей социальных отношений, где требуется общая регламентация, от тех, где нужен детальный обзор. Например, в области наградного права общие, абстрактные нормы позволяют задействовать усмотрение правоприменителя в выборе поступков; в той же части уголовного или административного права, которая посвящается санкциям, необходимо более детальное описание видов наказаний и т.п.

Юридическая типизация социальных отношений, осуществляемая правовым мышлением, должна происходить до того предела, который позволяет в будущем приспособить, например, правоприменителю эту норму к изменившимся обстоятельствам, новым социальным фактам, но не до такой степени, которая требует принятия новой нормы. Правил, регулирующих осуществление такого требования, быть не может. В каждом конкретном случае правотворческой деятельности они уникальны и создавать данные правила следует в каждом конкретном случае. Здесь важнейшую роль играют интуитивные структуры правосознания нормотворца.

Важная область юридической техники связана, как известно, с формулированием отдельных элементов нормы. Гипотеза может быть точной и строго определенной в одном случае, а в другом – необходимо усмотрение, и гипотеза становится относительно определенной. Требование к максимально точной формулировке гипотезы, связанное с требованием “законности”, не всегда выполнимо, так как должна быть та самая “способность к экспансии”, которая позволяет гибко оценивать разнообразные казусы.

Такие приемы юридической техники, как, например, перечисление различных составных элементов (например, перечисление оснований, по которым родители могут быть лишены родительских прав) нормы, направлены, напротив, на то, чтобы ограничить “способность к экспансии” нормы. Здесь мы видим нежелание законодателя передавать правотворческие функции правоприменителю.

На примере формулирования санкций можно увидеть, что антиномия между “эквивалентностью” и типизацией имеет еще одну форму, которая выражена антиномией принципа законности и индивидуализации в правосудии. Как известно, санкции могут быть абсолютно и относительно определенными, и от выбора законодателя между ними зависит возможность судьи учесть разнообразные обстоятельства для более справедливого решения. Д.А. Керимов предлагает следующий критерий: абсолютно определенные санкции допустимы тогда, когда решающее значение имеет качественная сторона правонарушения (например, факт о заключении сделки с нарушением закона), сам факт его совершения, а относительно определенные – когда важна количественная сторона (размер причиненного ущерба, тяжесть последствий). Соответственно, судья, пользуясь усмотрением между низшим и высшим пределом, конкретизирует меру воздействия в зависимости от степени вины или тяжести последствий и т.д. В уголовном праве чаще всего имеет значение и качественная, и количественная сторона. Далее, с одной стороны, норма должна максимально соответствовать существующим фактам, социальным отношениям и желаемому, или неофициальному, праву, с другой стороны – вести к достижению тех целей, которые стоят перед законом. В этом плане норма должна опережать желаемое право, которое ограничено событиями прошлого и текущим положением вещей, посредством предвидения новых возможных ситуаций.

Если законодатель не предвидел большую часть новых ситуаций, то норма подлежит замене, что представляет собой угрозу стабильности права. Поэтому полнота правовых норм и четкость в определении подвергаемых регулированию жизненных ситуаций – задача достаточно сложная. Норма должна быть хорошо приспосабливаемой к различным ситуациям.

Наконец, выбор между презумпцией или фикцией, количественным или качественным выражением понятия также определен соотношением цели и средства. Закрепление нормы, в соответствии с которой скорость автотранспорта выше 60 километров запрещена, основана на презумпции, согласно которой в большинстве случаев движение с этой скоростью само по себе опасно. Однако в пустыне такой опасности нет, в то время как в “час пик” в городе и 40 километров в час – скорость опасная. Законодатель полагает, что в большинстве случаев наказание водителя, совершившего наезд со скоростью 65 километров в час, совершенно справедливо, хотя можно предположить, что жизнь “знает” единичные случаи, когда водитель по факту не “виновен” (например, приземление парашютиста, которого сбивает водитель, движущийся в безлюдной местности с превышением установленной на участке шоссе скорости).

Фикция, суть которой сводится к искусственному уподоблению или отождествлению таких явлений, которые в действительности различны (а иногда и противоположны), – особенно сложный элемент правового мышления законодателя. Последний должен тщательно взвесить, справедливо ли в большинстве случаев такое отождествление, какова степень близости отождествляемых явлений, не часты ли исключения, не следует ли более подробно регламентировать тот социальный феномен, который отождествляется с уже регламентированным и т.д. Например, в упоминавшемся выше примере фикция “усыновления” является средством достижения цели – как можно большей органичной интеграции усыновленного в семью усыновителя, что должно произойти в связи с тем, что наступают те же правовые последствия для данных лиц, как и в случае естественных отношений родителя и ребенка. Кроме того, происходит экономия юридических средств, регулирующих естественные отношения родства. Но с большой вероятностью можно предположить, что бывают и исключения, когда отношения в искусственной семье оставляют желать лучшего или когда цель усыновления является корыстной. Законодатель должен предусмотреть все возможные отклонения от нормы и оперативно вносить исправления в закон.

Таким образом, правовое мышление законодателя связано четырьмя основными принципами юридической техники: первое – нахождение оптимального равновесия между справедливостью и эффективностью (полезностью) закона; типизацией, абстракцией и детализацией, казуистичностью нормы; желаемым правом народа и необходимым правом, с точки зрения законодателя; правотворчеством судьи и его связанностью законом. Правил для нахождения такого равновесия быть не может, так как в каждом случае положение вещей уникально. Наиболее важными здесь являются учет всех существующих связей и отношений, которые затрагивает проектируемый нормативный акт, а также обладание особо заостренной правовой интуицией. Такую интуицию имеют, во-первых, правоведы, жизненный опыт которых связан с постоянным правовым осмыслением социальной действительности; во-вторых, ученые-гуманитарии, а именно, философы, политологи, культурологи, социологи, видящие не только формальные, но и содержательные стороны и грани права.

Таким образом, законотворческая деятельность предполагает тщательнейшую экспертизу независимой группой ученых, в которую должны входить не только специалисты, к примеру, в области отраслевого права, или теоретики, но гуманитарии самых разных специальностей. При этом важно помнить о следующих стереотипах законотворческого мышления, негативно отражающихся на правовой жизни общества и продолжающих искажать реальные процессы, протекающие в ходе принятия законов.

Первый стереотип. Право – инструмент, с помощью которого должны проводиться реформы общественной структуры.

Этот стереотип является результатом классической позитивистской установки, согласно которой правом признавалось лишь то, что закреплено в законе. Сегодня данную точку зрения разделять можно лишь в том случае, если оставаться на позициях тех философских учений, доминировавших в прошлых столетиях. Мы уже неоднократно говорили о тех элементах социальных теорий, которые приводят к совершенно иным выводам относительно природы права. Например, феноменологическая теория общества, представляющая социальную реальность как конструируемую в акте повседневного мышления действительность, или понимающая социология, рассматривающая интерпретацию человеком социальных связей в качестве отправного пункта осмысления природы “социального”, приводят к выводу, согласно которому право конструируется каждым человеком в его поступке, а официальный закон в лучшем случае служит “подсказкой” для такого конструирования, а в худшем – вообще не влияет на поведение. Причем понимание этой “подсказки”, как отмечалось выше, определено “желаемым или интуитивным правом”, выполняющим направление процесса понимания.

Немецкий ученый В. Майхофер, считающий, что правовая идея не может быть привнесена в материю социальных отношений извне, так как ее следует искать в самой этой материи, применил удачную метафору: “законодатель не может вдохнуть жизнь в некоего Давида, запрятанного в глыбе мрамора; скорее он, подобно Микеланджело, должен высвободить его из этой глыбы”. Его концепция “природы вещей”, основанная на элементах неокантианства и экзистенциализма, представляет большой интерес тем, что в этой доктрине признается первичность “неформального” права общества по отношению к позитивному праву, которое создается путем рационального перевода неявно выраженного и сложившегося в экзистенциальных ситуациях “неформального права” в юридические понятия. Однако следует признать, что почти на полстолетия его опередил Л.И. Петражицкий с его учением об “интуитивном праве”. Как подчеркивает В.И. Гойман: “Стихийное правообразование всегда предшествует правотворчеству (точнее, должно предшествовать) и является объективным основанием для принятия соответствующего нормативно-правового решения”.

В современной юриспруденции существует понятие “теневое право”, адекватно передающее эту двойственность в правовой жизни общества между официальным и неофициальным нормативным порядком. И если признак официальности позволяет сторонникам юридического позитивизма отстаивать свою точку зрения бесконечно, то теория правового мышления как понимания сводит их усилия на нет, так как она показывает: интерпретация позитивного права происходит всегда через желаемое право. Следовательно, официальное, или позитивное, право всегда предопределено неофициальным, или теневым. Особенно это чувствуется тогда, когда оно расходится с последним.

Таким образом, важно преодолеть стереотип, будто законодатель способен “переломить” ход развития социума через точный расчет его закономерностей и оформление нормативно-правовыми актами результатов последнего. В юридической литературе этот стереотип может встретиться, к примеру, в форме такого суждения: «Законодатель не может полностью и во всем идти на поводу у “широких масс”, значительная часть которых отличается, к сожалению, обыденным уровнем правосознания, а нередко – правовым нигилизмом. Кроме того, обыденное правосознание лишено внутреннего единства и самопротиворечиво». Но если законодатель не будет идти на поводу народного правосознания, то своим “независимым” правотворчеством он будет лишь увеличивать объем “права в книгах”, которое никто не станет реализовывать. Правовой нигилизм сегодня в России, который более точно было бы назвать “нигилизмом по отношению” к официальному праву, во многом является причиной поспешности, непродуманности законодательных реформ.

Самопротиворечивость – такой же спутник обыденного правосознания, как и научного, основой которого выступает обыденная, повседневная жизнь правоведа. Это можно проследить и на том “повороте” к Западу и “буржуазным ценностям” в правосознании ведущих советских, а теперь российских ученых, публично “раскаявшихся” в своих идеологических пристрастиях, и на современных тенденциях развития отечественной научной мысли, когда уставшие от криминального беспредела и бессилия власти в борьбе с терроризмом и бандитизмом целые научные коллективы выступают за ужесточение уголовных санкций (например, снятие моратория на “смертную казнь”), а также усиление государственного контроля за преступностью, неизбежно предполагающее ограничение ряда прав и свобод и т.д.

Второй стереотип. Если просчитать все факторы, влияющие на социальные процессы, то можно с большой точностью спрогнозировать развитие общества и скорректировать это развитие с помощью закона.

Выше речь уже шла о том, что закономерности в социальной жизни носят характер в значительной степени “вероятности”. Но “вера” в их существование, а также в научный прогноз продолжает оставаться серьезным фактором правотворчества. Кроме того, выделение закономерностей зависит от практических и оценочных элементов правового мышления, что приводит к неосознаваемой или открытой подстановке собственных интересов под видом научного обоснования принятия того или иного закона. Например, будто бы закономерности развития продовольственного рынка легли в основу отрицания законопроекта “О продовольственной безопасности Российской Федерации”, внесенного Аграрной партией России с целью сокращения импорта на продовольственном рынке страны. Однако авторы законопроекта также опираются на закономерности: если и дальше Правительство РФ будет тратить на закупку импортного продовольствия в десять раз больше, чем на поддержание собственного сельского хозяйства, то возникнет зависимость и угроза безопасности России от политики западных стран-поставщиков. Здесь мы видим столкновение двух лоббистских структур и противоположных целей – одной, по всей видимости, узко-корпоративной, второй – государственнической, прикрываемых закономерностями государственного развития. Не является ли более правильным говорить о тех ценностях и целях, которые преследуют инициаторы тех или иных нормативно-правовых актов.

Данный стереотип может приводить к катастрофическим последствиям. Например, некоторые известные криминологи, проанализировав западный опыт, прежде всего американский, предлагают легализовать продажу оружия. Ход мышления при этом следующий: за рубежом разрешение на огнестрельное оружие является мощным сдерживающим фактором от преступных нападений на добропорядочных граждан, и если такой институт ввести в России, то следствием будет аналогичный сдерживающий фактор. Как видим, здесь присутствует убеждение в том, что закономерность (причинно-следственная связь), существующая в другом обществе, будет прослеживаться и в России. Но как быть с известной этнокультурной чертой характера – расхлябанностью, умноженной на бытовую неустроенность, нравственную деградацию, что приводит к страшным цифрам бытовой преступности. Огнестрельное оружие может заменить скалки, сковородки и швабры в общем семейном разброде, наблюдаемом в современной России не только у бараков рабочих окраин, но и у вполне успешной прослойки общества. В среде образованных русских людей отрыв от строя жизни “отцов”, утрата религии и материализм нередко ведут к нигилизму, а в малообразованной народной толще, среди крестьян и рабочих этот отрыв выражается, по словам Ф.М. Достоевского, в озорстве и хулиганстве. Теряя духовные устои и начав бунтовать против них, русский человек испытывает потребность “хватить через край, потребность в замирающем ощущении, дойдя до пропасти, свеситься в нее наполовину, заглянуть в самую бездну и – броситься в нее, как ошалелому, вниз головою”. В виде примера Ф.М. Достоевский рассказывает об одном деревенском парне, который по “дерзости” взялся совершить страшный поступок – расстрелял Причастие. Через несколько лет муки раскаяния заставили его ползком добраться до “старца” и исповедать свой грех.

Третий стереотип. Следует учиться у западных стран демократии и правопорядку. Иными словами, европоцентризм вместо россиеведения. Любой правовой институт связан с национальной культурой, его породившей, и перенос на другую культурно-историческую почву может привести к непредсказуемым последствиям, связанным с его переосмыслением. Еще М. Вебер писал: “При полной формальной идентичности значимых правовых норм культурное значение нормированных правовых отношений, а тем самым и самих норм, может быть совершенно различным”. Поэтому законопроекты должны обязательно проходить этнокультурную экспертизу на предмет их соответствия основным ценностям русской культуры, а также культуры остальных народов, проживающих на территории нашей страны.

В литературе последних лет неоднократно указывалось на то, что западные правовые модели совершенно искажаются в процессе восприятия их на российской почве. “Западный юрист, который начинает работать в России, сначала видит массу норм, сходных с теми, которые действуют в его стране, или, по крайней мере, имеющих аналоги в других европейских странах. Потом он начинает понимать, что реализуются эти нормы совершенно иначе, чем он ожидал, ориентируясь на свой европейский опыт”.

Без четкой системы ценностей абсолютно невозможно разработать грамотную, взвешенную правовую политику. Как иначе определить социальную адекватность закона, кроме как его соответствие определенному идеалу, тем или иным национальным ценностям, для достижения которых он создается?

В литературе под социальной адекватностью закона понимается его соответствие тем или иным потребностям и интересам общества, а также объективным закономерностям развития общества, прогрессивному характеру деятельности, общечеловеческим ценностям и приоритетам. Представляется, что правильной следует признавать лишь первую позицию, так как никаких закономерностей, а тем более общечеловеческих ценностей не существует. Несмотря на то, что Россия – многонациональная страна, за долгие годы совместного сосуществования ее народы сплотились вокруг определенных евразийских ценностей, которым должны отвечать законы.

Еще в советской литературе отмечалось, что непосредственным идеологическим источником права является правосознание. Вот только не вполне правильной следует признать позицию, доминировавшую в литературе прошлых лет, согласно которой правовые идеи и взгляды “лишь оформляют экономические, политические, моральные требования”, в то время как право – такая же часть культурно-исторического творчества народа, что и морально-религиозная, экономическая и иная ее составляющая. Отношение к праву как “оформителю” неоправданно сводит его суть лишь к внешнему по отношению к сознанию человека нормативному регулятору, а его формальность – лишь средство достижения цели или идеала права – справедливого порядка человеческих отношений.

Е.В. Назаренко в своей известной работе “Социалистическое правосознание и советское правотворчество” обращает внимание на то, что конкретизация политических идей в категориях прав и обязанностей, являющаяся процессом формулирования правовых норм, есть функция правосознания. Несомненно, процесс правового осмысления, формирования правового смысла экономических или политических отношений – это функция и правового мышления. Именно посредством последнего происходит перевод различных гуманитарных, экономических, научно-технических и иных идей и технологий в форму правовых суждений о должном и возможном, запрещенном и желательном.

Однако следует четко отграничивать технические нормы и требования от экономических или политических моделей социального действия. Правила поведения в связи с решением технической задачи не имеют столь ярко выраженного социокультурного контекста и обладают более или менее универсальным характером, хотя и здесь, как известно, существуют особенности – например, “высокотехнологические сферы” требуют особенно высокого уровня самоконтроля и чувства индивидуальной ответственности, которое не во всех морально-правовых нормативных системах является ценностью, а принадлежит индивидуалистической этике.

Например, существует такой стереотип, согласно которому экономика, особенно рыночная, обладает универсальным, надкультурным характером. Экономические модели еще более неразрывно связаны с культурно-историческим контекстом своего формирования, чем политические. И, соответственно, правовые нормы настолько вплетены в экономическое мышление, что очень часто возникает две системы правового регулирования экономических отношений: одна – официальная, вторая – теневая.

Ярким примером может служить необходимость подстраивания финансовых институтов в мусульманских регионах мира под европейские экономические и правовые стандарты. Мусульманское право запрещает экономическим агентам куплю-продажу денег, а также ссудный процент и другие финансовые спекуляции. Вместо него существует показатель доходности торговых и инвестиционных операций. Соответственно, чтобы заработать прибыль, исламский банк должен непосредственно участвовать в предпринимательской деятельности своих клиентов, деля с ними прибыль или убытки финансируемого им проекта. В то же время в ст. 5 закона РФ “О банках и банковской деятельности” говорится: “Кредитной организации запрещается заниматься производственной, торговой и страховой деятельностью”. Гражданский кодекс запрещает беспроцентный кредит как финансовую транзакцию, что также подтверждено Налоговым кодексом. Нормы современного российского права, как и большинства европейских стран, делают большинство исламских финансовых операций невозможными, а оставшиеся – невыгодными для банка и его клиентов.

В реальной социальной жизни правовое, политическое, религиозно-нравственное настолько переплетено, что совершенно не правомерно говорить о процессе правового осмысления экономических отношений или о правовом осмыслении политических идей как о “механическом” процессе перевода экономических или политических понятий в правовые. Правовое начало, если последнее рассматривать относительно к культуре и истории народа, неизменно присутствует в экономических, политических и иных отношениях. Это ставит под сомнение обязательность “всестороннего изучения исторического и зарубежного опыта развития правового регулирования” того или иного предмета в качестве средства повышения качества законов.

Наконец, различны и задачи, стоящие перед отечественной и западной наукой: если там анализу подвержено общество с устоявшимися демократическими и рыночными традициями, то в России, только вставшей на путь построения социально-правового государства, – иные проблемы: исправление социальной диспропорции, стабилизация социального порядка, экономики, борьба с терроризмом и экстремизмом, защита целостности государства.

## Тема 5. Правовое мышление в правоприменительном процессе

В отечественной теории права процесс применения правовых норм с давних времен рассматривается исключительно формально, скорее с позиции долженствования, чем с позиции того, что происходит на самом деле. Связано это в том числе и с чрезмерным доверием к рациональности правового мышления, а также его рефлексивному самоконтролю. Вера в то, что с помощью законодательных норм можно избежать судейского произвола, породила недоверие судебному прецеденту, который в отечественной теории права в недавнем прошлом отвергался по причине его несоответствия принципу социалистической законности, в то время как его распространение в “буржуазном праве” объяснялось тем, что он “представляет исключительно удобную для буржуазии форму выражения ею своей государственной воли”.

Чаще всего процесс правоприменения рассматривается как силлогистический вывод. Еще в дореволюционной юридической литературе подчеркивалось: “Логическое строение судебного решения представляет собой не что иное, как силлогизм, в котором роль большой посылки играет норма права, малой посылки – конкретное бытовое отношение”. “Логическое строение судебного решения идет от большой посылки, через малую, к заключению. Психологический процесс при судебном решении начинается с малой посылки и идет через большую посылку, к заключению”. В современной литературе эта точка зрения продолжает доминировать. Например, С.С. Алексеев пишет: “С формально-логической стороны решение юридического дела представляет собой умозаключение, в котором конкретные факты (обстоятельства дела) подводятся под норму права”. Решение юридического дела, таким образом, строится в соответствии с силлогизмом, в котором большой посылкой является юридическая норма, малой посылкой – обстоятельства дела, а заключением – решение дела.

Представляется, что здесь существует некоторая путаница. Применение права в рациональной форме, являясь предметом рационально-логического исследования, действительно выглядит как силлогизм, однако на самом деле таковым не является.

Судья, столкнувшись с фактами случая, осмысляет их уже в терминах права и действующих норм. Результат понимания того или иного действия определен, как мы уже отмечали, контекстом. Следовательно, понимание судьей жизненного случая предопределено также определенным контекстом. Этим контекстом и является его правовое знание, которое, с одной стороны, представляет собой правоприменительный опыт, с другой стороны – его жизненный мир, повседневное мышление. Но в таком случае говорить о том, что отношение, или “вопрос факта”, и норма, или “вопрос права”, представляют собой различные посылки в логическом суждении нельзя – процесс понимания, или процесс соотнесения части (казуса) и целого (нормы), не является рациональным.

Действительно, представить правоприменительное решение в виде силлогизма, логического вывода очень удобно для “успокоения” сомнения в объективности правовых квалификаций. С.И. Вильнянский полагает, что “объективно правильное применение законов требует применения логики”. Аналогичную точку зрения высказывает и С.С. Алексеев: “Характеристика решения как заключения, совершаемого по правилам силлогизма, имеет существенное значение для последовательного утверждения начал социалистической законности”. В самом деле, логический вывод не предполагает субъективного фактора, так как вывод совершается с логической необходимостью. Но ведь от того, что мы называем золотом кусок камня, он не превращается в золото.

Правоприменительный силлогизм подвергся критике в американской социологической школе права США. Дж. Фрэнк, как известно, еще в 30-е годы настаивал на том, что судебные решения – область субъективных фактов, а формула правоприменительного силлогизма лишь маскирует истинную сущность решения судьи, которое целиком состоит в человеческом (субъективном) поведении, вызванном целым рядом скрытых мотивов, и подлинная формула судейского решения такова: SXP=D (где S – все стимулы, окружающие судью, выносящего решение, P – индивидуальная личность судьи, D – решение). Норма права – “то, что должно быть” – отбрасывается в данной формуле как предмет, не заслуживающий доверия. Здесь мы видим другую крайность – гипертрофию субъективности правоприменителя, деятельность которого становится абсолютно произвольной и неуправляемой, так как учесть и изучить все факторы, влияющие на решение, невозможно. В то же время данные этой школы важны для изучения различных факторов, влияющих на правосознание судьи и на направление его решений: биографии, образовании, политических убеждений и т.п.

На правотворческую природу правоприменительного процесса особо обратил внимание и американский ученый Джорден, разработавший оригинальную теорию трехэтапного правотворчества, согласно которой законченной нормой права является решение судьи, который будучи связан сформулированной законодателем нормой (спекулятивный, или интеллектуальный, этап), а также функционированием социальных институтов и администраций (волевой, или фактический, этап), приводит к конечной гармонии “систему права”.

В зарубежной литературе более адекватно, точнее, с менее формалистических позиций и более позитивно оценивается правотворческий потенциал правоприменения и в романо-германской правовой семье. Например, о значении судебной практики для французского административного права очень ярко высказывается Ж. Ведель: “Если упразднить одним росчерком пера все административные законы… административное право продолжало бы существовать, так как судебная практика сформулировала основополагающие нормы административного права без ссылки на нормативные акты”.

Зарубежные авторы уже давно отметили тот факт, что путем накопления судебной практики закон иногда получает применение, прямо противоположное его первоначальному смыслу. Например, по мере того как Гражданский кодекс французов устаревал, судьи, “пользуясь гибкими и практичными формулировками его статей,… приспособили их к новым потребностям, не боясь толкования в смысле отличном, а иногда даже противоположном тому, который придавался им первоначально”. Так, невзирая на абсолютное право частной собственности судебная практика признала возможность ограничения последнего не только законом, но и понятием “злоупотребления правом, под которым понималось такое осуществление права, которое противно социальным целям, ввиду которых право было закреплено за его носителем”.

В отечественной литературе творческий характер применения права парадоксальным образом соседствует с убеждением в логическом характере применения нормы. Сам же С.С. Алексеев подчеркивает творчество при применении права: “Если не видеть в решении конкретных дел определенных творческих моментов…, то окажется совершенно непонятной та роль, которую выполняет юридическая практика в правовом регулировании… Итак, решение юридических дел – это нечто большее и более значимое, чем простые логические действия по решению силлогизмов”. Однако признание творческого характера правоприменения не привело к признанию его неявного правотворческого статуса. Как видим, исключительно в силу позитивистского формализма отвергался правотворческий характер правоприменения.

В отечественной литературе первым на иррациональный, творческий характер правоприменительного процесса обратил внимание известный русский цивилист Н.А. Гредескул. В частности, он писал: “Конкретизация действия колеблется между двумя весьма несходными между собою умственными приемами: самостоятельным творчеством и механическим подражанием”.

Рассмотрим несколько основных моментов правоприменительной деятельности с учетом тех выводов, к которым мы пришли в результате анализа понимающей деятельности мышления в сфере права.

Представление о логическом характере правоприменительного мышления тесно связано с понятием “объективная истина”, а также понятием “стадии правоприменения”.

В классической парадигме вопрос об объективной истине решался достаточно однозначно: правопознание должно вести к объективной истине. Интеллектуальная сторона правоприменительной деятельности рассматривалась как деятельность, построенная на “отражении фактов объективной действительности”, то есть отождествлялась с естественнонаучным познанием. В качестве схемы познавательной деятельности основное и единственное значение отводилось здесь марксистско-ленинской теории отражения. Однако и здесь мы можем наблюдать некоторое признание того обстоятельства, что существует ряд признаков, выделяющих правоприменительное познание по отношению к научному познанию вообще. Более того, некоторые авторы признавали даже, что оно не является научным, так как не ставит своей целью выяснение закономерностей, их глубинной социально-политической, экономической сущности. “Судебное познание, – отмечает О.В. Иванов, – являясь специфическим видом познавательной деятельности, занимает как бы промежуточное положение между житейским и научным познанием”. Если учесть, что в классической теории познания степень объективности мышления в достижении истины была максимальна лишь в научном мышлении, то становится видно, что в рамках такого подхода судебное мышление не является столь же объективным, как и научное.

Тем не менее принцип “объективной истины” доминировал на данном этапе в качестве важнейшего требования правоприменения. Объективная истина – это такое содержание человеческих знаний, которое не зависит от субъекта, от человека, и в таком понимании она должна существовать и по юридическим делам, полагали многочисленные исследователи. “Она понимается как правильное отражение в нашем сознании обстоятельств дела, включая их юридическое значение”.

Ряд авторов полагали, что требование “объективной истины” распространяется только на фактическую сторону дела, другие авторы считали, что социально-правовое значение тех или иных действий также относится к объективной действительности и является предметом истинных суждений. То есть даже квалификация рассматривалась как истинная или ложная. Некоторые же авторы включали в содержание истины даже решение вопроса о наказании.

При этом допускалось, что отступление от “объективной истины”, вынужденное в тех или иных ситуациях, не означает, что этот принцип не торжествует. Отступление, полагали ученые, может быть осознанным и неосознаваемым. Первый случай отступления возможен, например, когда действительный факт отвергается судом в связи с отсутствием доказательств определенного вида (например, письменных документов, удостоверивших факт заключения договора). Второй возникает по причине того, что те или иные обстоятельства по делу могут быть установлены на основе вероятности (например, оправдательный приговор по уголовному делу за недоказанностью), либо по причине ошибок при решении юридических дел, в силу чего объективная истина не достигается. Ввиду данных моментов возникла идея разделения истины на абсолютную и относительную, что совершенно справедливо было отвергнуто по причине невозможности существования неполной истины. Как отмечает А. Ривлин: “Истина в уголовном процессе представляет собой полное и правильное отражение в судебном приговоре фактов объективной действительности во всей их общественно-политической сущности и в правовом значении – и тогда это объективная истина, либо не представляет собой такого отражения – и тогда это не истина вообще”.

Точка зрения, согласно которой ни о какой объективной истине в судебном познании не может быть и речи, возникла еще в XIX веке. Русские юристы В.Д. Спасович, Д. Тальберг, А.Х. Гольмстен, Е.В. Васьковский, Л.Е. Владимиров, И.Я. Фойницкий, В. Случевский и др. отрицали возможность установления истины по различным причинам, основные из которых сводятся к признанию глубокого различия по отношению к научному познанию: судебное познание, в отличие от, к примеру, научного, протекает в определенных извне, навязанных условиях, которые продиктованы не только соображениями истины. Например, судья ограничен определенным сроком, он обязан решать дело на основании данных, установленных, как правило, при помощи сторон и свидетелей, нередко заинтересованных в том, чтобы извратить дело; судья вынужден доверять информации, полученной от людей, не обученных собирать и описывать факты.

В советском правосудии отрицание возможности установления истины подчеркивал и А.Я. Вышинский. В качестве причин он указывал: 1) невозможность экспериментальной проверки выводов суда путем повторного совершения преступления; 2) процессуальную регламентацию судебного исследования во времени; 3) обязанность суда использовать лишь предусмотренные законом доказательства и т.д. Однако позже наиболее распространенной все же была точка зрения, согласно которой судебному познанию присущ околонаучный характер: имеет общие черты, но обладает своей спецификой.

В неклассической парадигме теория отражения отвергается по целому ряду причин, о них мы говорили выше. Основными понятиями, которыми мы будем оперировать, являются: “неявное знание”, “интенциональность правосознания”, “жизненный мир”, “желаемое право”. В таком случае задачей будет являться следующее: показать, что правоприменитель и его решение предопределены с самого начала деятельности всем его жизненным миром, социокультурным опытом, и никаким рефлексивным методом, никакими процессуальными, профессиональными, ведомственными, научно-исследовательскими инструментами невозможно устранить влияние этнокультурных и социально-политических факторов на принятие решения, так как понимание, составляющее основу судебного решения, не поддается рациональному контролю. Следует тут же уточнить, что в отечественной науке такая точка зрения уже высказывалась. Во многих работах признавалось, что правоприменение также подчинено принципу партийности, как и другие стороны общественной жизни. Однако при этом сомнения в принципе законности не было. Как пишет В.В. Лазарев: “Марксисты открыто провозглашают служение судей и других должностных лиц определенному классовому интересу. Буржуазные юристы тщательно скрывают это, заявляя о своей беспристрастности, объективности и пр.”.

Еще в классической парадигме отмечалось обстоятельство, согласно которому юридическое познание носит во многом опосредованный характер, причем как по отношению к фактическому, так и к юридическому началу. Обстоятельства дела, устанавливаемые судьей, как правило, относятся к прошлому и могут быть воспроизведены только при помощи определенной информации – отпечатков, следов, оставленных на вещах или предметах, в памяти людей и т.д. Правовая норма тоже является объективацией воли законодателя. Следовательно, в обоих случаях требуется интерпретация человеческих мыслей, поступков, мотивов и волений. Требуется реконструкция фактов прошлого, что во многом сближает судебное познание с исторической интерпретацией тех или иных событий.

Большинство фактических обстоятельств порождены человеческими действиями. Поэтому они должны быть понятыми, осмысленными правоприменителем. Здесь мы видим идентичность ситуации, в которой находится правоприменитель, с той, в которой находится историк, восстанавливающий картину прошлого. Судья, реконструирующий совокупность взаимосвязанных фактов прошлого, состоящих из человеческих поступков, выполняет ту же задачу, что и историк, реконструирующий прошлое. Чтобы перенестись в прошлое, судье приходится воссоздать в своем сознании цели, которыми были движимы люди, ту социальную атмосферу, в которой находились последние, их эмоции и чувства. Но сделать это невозможно, так как судья знает результат, последствия той ситуации, уже мешающие ему адекватно воспроизвести мысли и чувства участников дела. Аналогично тому, как факт Октябрьской революции совершенно иным образом стал интерпретироваться историками в годы перестройки, когда возобладали лозунги о тупике советского развития, знание о том, что в результате знакомства с молодым человеком девушка была им изнасилована, предопределяет понимание всех предшествующих событий. Например, факт ее достаточно откровенного платья или легкомысленного поведения получает определенную интерпретацию судьей, создающую предвзятость судьи в отношении нее: “она тоже в чем-то виновата”. Последствия того или иного положения вещей, стечения обстоятельств формируют контекст интерпретации тех или иных фактов.

Кроме того, и участники ситуации, и судья обладают глубоко индивидуальными характеристиками, которые делают совершенно невозможным понимание смысла, вкладываемого каждым в то или иное социальное действие. Например, анализируя ситуацию, в которой некто Иванов выходит во двор и начинает рубить дрова, можно мыслить, исходя из следующих соображений: Иванов рубит дрова потому, что он хочет растопить печь; Иванов … хочет заняться физическим трудом как зарядкой; Иванов … делает это для того, чтобы соседи видели его отсутствующим в этот момент в том или ином месте (создает алиби) и т.д. Судья осмысляет действия Иванова, перенося себя на его место. Но для того чтобы понять Иванова, следует быть Ивановым. Поэтому неправомерно говорить об объективной истине, когда правоприменитель анализирует субъективную сторону юридического дела.

Чем больше временной разрыв, чем больше произошло изменений в социальной жизни, в морально-нравственных ценностях людей, тем труднее судье понять действия участников того или иного дела.

Далее, судья или любой иной правоприменитель “связан” невозможностью собрать все факты, которые должны составить целостность понимания той или иной ситуации. Чем большим количеством сведений и различных фактов обладает правоприменитель, позволяющих создать целостное осмысление сложившийся ситуации, тем более максимальным будет его приближение к действительному положению вещей. Здесь возникает неустранимая проблема ограниченности доказательственной базы только теми доказательствами, которые обладают свойством допустимости. В литературе неоднократно отмечалось, что запрещение пользоваться отдельными средствами доказывания, например, свидетельскими показаниями для установления существования некоторых фактов, затрудняет отыскание истины по делу, а иногда вообще приводит к постановлению решений, которые не основываются на достоверном знании о правоотношении, поскольку правоприменителю не удалось его получить с помощью допустимых средств доказывания. Неустранимой эта проблема является потому, что правила допустимости доказательств, ведущие к тому, что объективная истина остается недостижимой, вызваны тем, что законодатель создает систему гарантий максимального приближения к действительному, истинному положению вещей. Например, отказ в судебной защите надлежащим образом не оформленных сделок является своего рода косвенным средством по отношению к цели: охрана прав и интересов основной массы населения, которые, оформляя правильно документы, содействуют нормальному правовому порядку. Поэтому здесь мы видим особую разновидность основной проблемы правового мышления: справедливость и формальную рациональность как цель и средство.

Неустранимой является эта проблема еще и потому, что правоприменитель ограничен в основном анализом тех обстоятельств, которые нормами права рассматриваются в качестве юридических фактов. Из всего бесконечного множества сторон и связей того или иного социального явления правоприменитель выделяет только то, что для него является существенным. Последнее целиком не поддается рациональному контролю и определяется “неявным знанием”, сформированным предыдущим правовым и жизненным опытом и задающим контекст интерпретации тех или иных социальных действий.

Вообще к судебному познанию целиком применимы все аргументы, отрицающие объективность исторического мышления, которые накоплены исследованием специфики исторического познания. Объективность исторического познания измеряется соответствием оценки того или иного исторического события с точки зрения господствующей в тот или иной период ценности.

Здесь могут возникнуть вполне справедливые вопросы о критериях судебной ошибки. В самом деле, если заблуждение – “это научная абстракция, обозначающая в каждый конкретный момент несоответствие результатов познания принципам и требованиям истины и способствующая наступлению ошибки”, то, казалось бы, признание активности субъекта в процессе познания, а если точнее, в конструировании социально-правовой реальности ведет к релятивизму и оправданию судейского произвола. Но это так: критерием истинности судебного решения выступает эквивалентность воздаяния, достижение которой, как мы уже указывали, в каждом конкретном деле уникально и требует консенсуального поиска.

Помимо понятия истины требует, на наш взгляд, пересмотра и конструкция стадиальности правоприменительного процесса. Как известно, в классической парадигме процесс применения права раскладывается на ряд стадий. С.С. Алексеев пишет: “Логически не только возможно, но и необходимо подразделить правоприменительную деятельность на отдельные стадии, что позволяет обстоятельнее рассмотреть процесс применения права…”. Несмотря на неразрывную связь, установление фактов и выбор нормы находятся в разных плоскостях правоприменительных действий, полагал ученый.

Однако уже в рамках классической парадигмы отмечалось, что установление фактической и юридической основы дела – единый процесс и отдельные действия, совершаемые в процессе применения права, “очень близки друг другу, взаимно переплетаются и обусловливают друг друга”. Признавалось, что на практике применение норм представляет собой неразделимый на стадии процесс постоянного обращения то к фактам, то к норме. Однако иррациональное начало этой деятельности все же не отмечалось, хотя признаки его неявного присутствия осознавались. Например, И.Я. Дюрягин считал, что выделение стадий отражает “логическую последовательность правоприменительного процесса”. Подобная позиция остается доминирующей и в современной литературе.

Особенно близко к более адекватному пониманию процесса применения нормы к конкретному случаю подошел П.Е. Недбайло, который считал, что установление фактов и выбор нормы – “это одновременный акт, одна, единая и исходная стадия процесса применения правовых норм”. Правда, при этом он считал возможным говорить о том, что “фактически” процесс применения начинается с установления фактов, требующих правового решения, а “логически” – с выбора нормы, в соответствии с которой квалифицируются факты. Но если факты противоречат логике, то мы имеем дело с непонятным, иррациональным.

Выше внимание обращалось на то, что процесс применения нормы к конкретному случаю представляет собой “замкнутый”, логически порочный круг. Как можно, применяя норму права, отправляться от фактических обстоятельств дела, если фактический состав описан в норме права? Круг фактов может быть правильно установлен лишь тогда, когда известно их юридическое значение, то есть тогда, когда правовая норма уже выбрана. Но выбор нормы должен производиться на основе фактических обстоятельств дела? В этом заключается требование обоснованности применения права. “Фактические обстоятельства, подлежащие установлению, берутся в связи с нормами права, правовым регулированием. Поэтому к обстоятельствам дела относятся не все абсолютно факты…, а лишь те из них, которые имеют значение для дела”, – подчеркивает С.С. Алексеев. Аналогично высказывается и В.В. Лазарев: “Основанием правоприменительной деятельности и одновременно предметом ее первой стадии являются юридические факты или целые юридические составы… В каждом случае всегда возникает вопрос, какие обстоятельства нужно устанавливать, а какие не следует”.

Ориентировочная квалификация, по мнению В.В. Лазарева, осуществляется уже в самом начале установления фактических обстоятельств дела, так как в противном случае установление фактической основы дела проводилось бы вслепую. Но квалификация предполагает уяснение нормы, которая не может одновременно не быть конкретизацией, так как мы уже говорили: каждая норма – это множество аналогичных ситуаций, и для вхождения в это множество необходим конкретный казус. Следовательно, уяснение нормы предполагает ее одновременное применение. Для того чтобы из всей системы действующих норм судье выбрать нужную ему, он все же должен сопоставить весь свой опыт с новым казусом, что уже предполагает и предопределяет анализ последнего. Здесь мы имеем дело с классическим герменевтическим кругом: понять норму можно только через казус, понять казус можно только через норму. Рассмотрим его на примере доказывания.

Предметом доказывания являются, как известно, факты юридического дела, т.е. те обстоятельства, которые следует установить для применения. Процесс доказывания складывается из этапов, где, в первую очередь, важным является определение круга фактов, подлежащих доказыванию. Затем уже производится собирание и процессуальное закрепление доказательств, их исследование и оценка, в ходе которой определяется их относимость, допустимость, достоверность, а в совокупности – достаточность. В литературе отмечается, что оценка доказательств смыкается в конечном счете с решением дела по существу. Однако на практике решение дела незаметным для правоприменителя образом начинается уже тогда, когда происходит определение круга фактов, подлежащих доказыванию, так как, не выбирая хотя бы примерного направления квалификации, невозможно определить круг фактов, подлежащих доказыванию.

Если говорить о роли “неявного знания”, задающего контекст интерпретации того или иного дела, то здесь следует признать, что как только правоприменитель приступает к анализу фактических обстоятельств, этот анализ движется в круге понимания, определенном теми правовыми знаниями и жизненным опытом, которые составляют основу правосознания правоприменителя. Приступая к анализу фактических обстоятельств, следователь уже должен иметь в качестве контекста интерпретации казуса норму желаемого права, состоящую из его правовых и смысложизненных ориентиров. “Анализ жизненных фактов заставляет вновь и вновь обращаться к юридическим актам”, – подчеркивает В.В. Лазарев. Но понимание тех или иных норм уже предопределено фактическими обстоятельствами. “Фактические обстоятельства являются той предпосылкой, которая нередко направляет мысль интерпретатора на ту или иную часть нормы, ставит перед ним вопросы, дающие возможность раскрыть ее содержание применительно к данным, конкретным обстоятельствам”. Последние образуют контекст интерпретации той или иной нормы. Получается двусторонний интуитивный процесс мышления: правовой опыт формирует понимание нового казуса, осмысление фактических обстоятельств дела, а новый казус “задает” новое понимание нормы и правового опыта. Поэтому совершенно справедливо в литературе отмечалось, что от предварительных выводов суда во многом зависит движение и конкретный результат гражданского процесса. То есть на самом первом этапе правоприменительного процесса уже происходит то, что целиком определяет весь последующий его ход.

Допустимость, относимость, достоверность и достаточность доказательств – целиком интуитивное, иррациональное действие. Это обстоятельство признается в современном процессуальном праве через понятия “внутреннее убеждение” и “правосознание судьи”. Это те критерии, которыми в совокупности руководствуется правоприменитель, решая вопрос об отнесении тех ли иных фактов к обстоятельствам дела.

Достоверность в очень многих ситуациях не может быть определена с математической точностью. Как пишет И.Я. Дюрягин: “Вероятное знание… является своего рода догадкой, предположением, а поэтому может быть как истинным, так и ложным… В процессе исследования фактических обстоятельств иногда невозможно установить объективную истину”. Особенно это касается ситуаций, когда правоприменитель испытывает либо недостаток необходимых сведений для того, чтобы можно было с достоверностью судить о данных фактах, либо невозможность установить точное содержание по причине того, что результат наступит в будущем (например, исправление правонарушителя или способность вещи к делимости без потери своего хозяйственного назначения), и строит предположение. Именно интуиция позволяет построить предположение о человеческих мыслях и чувствах, которые представляют собой не просто субъективную сторону юридического дела, но ядро всякого социального действия, в контексте которого происходит интерпретация предмета гражданского спора или объективной стороны преступления. Хотя следует отметить, что многие авторы отрицали вероятность в установлении фактов, приходя к выводу о том, что принцип объективной истины “не знает исключений”.

В заключение отметим, что с представлением о правоприменении как о процессе, распадающемся на ряд стадий, связан принцип “разделения вопросов права и факта”, лежащий в основе целого ряда процессуальных институтов, например, суда присяжных. Выше мы показали, что он представляет собой фикцию, так как установление фактических и юридических обстоятельств дела требует, в первую очередь, не логики, а особой правовой интуиции, необходимой для того, чтобы разорвать замкнутый круг нормы и казуса через творческий акт формирования желаемого права.

Установление фактических и юридических обстоятельств дела представляет собой один и тот же мыслительный акт, причем акт большей частью интуитивный, никогда не поддающийся абсолютной рефлексии. Отсюда видна важность профессионального опыта судьи, без которого невозможно осуществлять способность подведения особенного под общее.

Не случайно поэтому некоторые американские юристы полагают, что основной метод правового мышления судьи основан на принципе “назад работающего мышления”, согласно которому судья, опираясь на интуицию и эмоции, вначале принимает социально желательное решение, а затем уже обосновывает его, пытаясь подыскать подходящие события, факты и доводы. Этот принцип лежит в основе не только прецедентного правового мышления. В случае романо-германской правовой семьи судья, осмысляя ситуацию, интуитивно строит образ желаемого права, а затем уже обосновывает его в качестве судебного решения с помощью норм действующего права, акцентируя внимание на тех или иных событиях, фактах, аргументах. Важнейшую роль здесь играют жизненный мир, интенциональные структуры сознания, установка судьи, предопределяющие весь ход последующего рассуждения. Иными словами, вначале – интуиция, затем – логика.

Очень часто в противном случае формальность применяемой нормы уничтожает своеобразие и уникальность дела и не ведет к справедливому правосудию, критерии которого уникальны в каждом отдельном случае.

В таком контексте становится видна необходимость включенности, участности, непосторонности судьи, а не его беспристрастность (в смысле безучастности), граничащая с равнодушием, что порождает часто судебную ошибку. Для вынесения справедливого вердикта его совесть, чувство справедливости, порождающие желаемое право, должны быть “затронуты” рассматриваемым делом. Только в этом случае преодолевается разрыв между всеобщностью нормы и конкретностью дела, которое всегда уникально по-своему. Чем больше обстоятельств дела выявит судья, тем глубже он проникнет в ту или иную жизненную ситуацию.

Каноническое право средних веков опиралось в своей модели правосудия на такой подход к исследованию фактов по делу, в соответствии с которым судья должен был быть внутренне убежден в обоснованности приговора. Процедура процесса предназначалась для “просвещения совести судьи”. Судья должен был встать на место стоящего перед судом лица, чтобы тонкими вопросами выяснить “то, что грешник и сам, быть может не знает, или из стыда желает скрыть”.

Между тем новый УПК РФ редуцирует деятельность суда к механическому подведению частного под общее. УПК РФ освобождает судью от обязанностей собирать доказательства и устанавливать истину. Заботы, связанные с собиранием доказательств и обоснованием виновности или невиновности, перекладываются на участников процесса. Причем прокурору и следователю по логике процессуальных функций следует изобличать и искать доказательства виновности, игнорируя доказательства невиновности. Судья же, по логике законодателя, призван лишь обеспечивать соблюдение процедурных правил судебного разбирательства. Непонятно при этом, как быть с независимостью судей, которые теперь “идут на поводу” у сторон и зависят от собранных ими доказательств.

Единство понимания и применения нормы в новом свете представляет и далеко не всегда положительную роль присяжных заседателей в правосудии. Профессиональный судья связан одним общим вопросом, включающим и вопрос факта, и вопрос права. Присяжные выясняют только вопрос факта. Не случайно суд присяжных постоянно подвергается жесточайшей критике различными позитивистскими правовыми школами в Европе и США, а поддерживается сторонниками свободы усмотрения судьи. Как известно, глава американской социологической школы права Роско Паунд называл практику игнорирования присяжными закона “беззаконием жюри”, положительно оценивая последнее в ключе собственного, весьма одностороннего правопонимания, характеризующегося негативным отношением к позитивному праву и абсолютизирующим судейское правотворчество. Критикуется суд присяжных и за его легко поддающуюся манипуляции со стороны средств массовой информации и других источников обывательскую составляющую принимаемых решений.

## Тема 6. Творческий характер конкретизации права

Из того факта, что процесс понимания правовой нормы является одновременно и процессом ее применения и конкретизации, вытекает возможность уточнения ряда позиций классической теории права.

В отечественной литературе уже высказывалась точка зрения, согласно которой конкретизация права практически неизменно присутствует в процессах применения права. Так, например, А.Б. Венгеров справедливо отмечает: “Способ регулирования общественных отношений при помощи масштабов (мер), общих правил поведения порождает и такое неотъемлемое свойство права, как конкретизация права. Нормативность и конкретизация – две диалектически взаимосвязанные стороны, характеризующие правовой способ регулирования общественных отношений”.

Однако не у всех авторов понятие конкретизации в таком широком контексте находит свою поддержку. Например, В.В. Лазарев предложил ограничить понятие конкретизации теми случаями, когда она влечет за собой создание в рамках норм и на их основе новых положений. По всей видимости, вызвано это было формальными соображениями, так как понятие конкретизации явно обладает правотворческим потенциалом, что не вполне было приемлемо в рамках режима социалистической законности. Чтобы избежать подобной формалистики, на наш взгляд, следует разграничивать официальную и неофициальную конкретизацию. Неофициальная конкретизация происходит всегда, когда толкуется норма. Официальная конкретизация – закрепление в постановлениях высших юрисдикционных органов результатов неофициальной конкретизации.

Были также выделены три вида правоприменительной конкретизации: общего смысла законодательства; содержания нормы права, сформулированной в общем виде; понятий (терминов, дефиниций), включенных в правовую норму. Однако следует учесть, что конкретизация в процессе толкования правовых норм признавалась лишь в случае официального толкования. Ее отвержение мотивировалось исключительно формальными соображениями – теми же самыми, по которым опровергался правотворческий характер руководящих разъяснений в постановлениях Пленумов Верховного Суда СССР.

Решения же Верховного Суда по конкретным делам вообще отвергались в плане нормативного влияния. В этих решениях Верховный Суд дает свое толкование закона применительно к данному конкретному случаю, причем это толкование не является нормативным, не содержит какой-либо “конкретизации” нормы. При этом, правда, признавалось, что толкование закона, даваемое Верховным Судом по конкретному делу, помогает судам правильно понять смысл данного закона, ориентирует их в направлении судебной практики по его применению.

Правоприменительная конкретизация признавалась особой деятельностью, существующей “рядом” с правотворчеством, но с таковой не сливающейся. Как отмечал С.С. Алексеев, формулируемые Пленумами Верховных Судов нормы являются формально-определенными правилами, которые нередко в “готовом виде” воспринимаются в актах правотворческих органов. Заметим, однако, при этом, что термин “нередко” подчеркивает необязательный характер этих норм.

С.С. Алексеев по степени или охвату конкретизации выделяет три формы юридической практики: конкретизирующие суждения; правоположения; подзаконные нормы правоприменения. Если первые – “всего лишь” образцы понимания тех или иных норм применительно к тому или иному случаю, а вторые – устоявшиеся типовые решения применения юридических норм, прообразы норм, то последние – самые настоящие нормы, содержащиеся в руководящих разъяснениях центральных органов юрисдикции, правила о применении нормы или интерпретационные нормы. Как пишет С.С. Алексеев: «Они представляют собой “чистые” интерпретационные акты, содержащие правила применения юридических норм». Иными словами, это акты, содержащие правила, регламентирующие порядок применения других правил. Но данные правила также должны быть применены. Подзаконные нормы применения или руководящие разъяснения Верховного Суда РФ оказываются, таким образом, конкретизирующими актами, требующими дальнейшей конкретизации. Поэтому весьма спорной является точка зрения, согласно которой они представляют собой “идеал конкретизации” – “точные, детализированные, формально-определенные нормативные предписания”. По всей видимости, они являются лишь более конкретными, чем норма закона, в то время как “идеал конкретизации”, под которой следует понимать норму, не требующую конкретизации, не достижим в принципе. По нашему глубокому убеждению, конкретизация требуется и происходит всегда, когда происходит соотнесение вопросов “права” и “факта”, должного и сущего, нормы и казуса. Иными словами, пользуясь нашей терминологией, любое правовое суждение осуществляется с конкретизацией прилагаемого правила.

Процесс правотворческой и правоприменительной конкретизации нормы является на самом деле гораздо более сложным. На это обращал внимание А.Ф. Черданцев, отмечавший, что данный процесс не выглядит как простая логическая дедуктивная операция.

Во-первых, конкретизация права обладает творческим, иррациональным, нерефлексивным характером. Этому легко найти подтверждение. Каким образом можно доказать, что то или иное правоположение находится в рамках конкретизируемой нормы, не выходит за ее пределы? Для этого должны существовать те или иные критерии или правила конкретизации. Но для этих “норм о нормах”, по данной логике, потребуются еще одни “нормы о нормах”, а для тех – следующие и так в “дурную” бесконечность. Следовательно, их соответствие определимо чисто интуитивно, нерационально.

Во-вторых, не следует понимать процесс конкретизации как путь от абстрактного к конкретному. И в случае подзаконной правотворческой конкретизации, и в случае правоприменительной конкретизации отталкиваются от практических нужд и фактического положения вещей. Значит, мышление в интерпретации закона уже предопределено казуистикой и юридической практикой. Так, например, МВД издает ведомственный подзаконный акт с целью реализации Федерального закона РФ “О гражданстве”, предварительно истолковав его. Но толкование не представляет собой познание воли законодателя, а является конструированием этой самой воли, соавторством. Следовательно, ведомственные конкретизаторы интерпретируют данный закон со своих позиций. Точно так же и судья осмысляет норму, как мы уже указывали, не в абстракции, а в контексте определенных фактических обстоятельств, того или иного казуса.

Таким образом, конкретизация представляет собой создание нормы на основе существующей. В самом деле, чтобы конкретизировать общую норму, следует предварительно уяснить ее смысл. Но уяснение, или понимание, нормы – всегда ее применение и конструирование, как мы уже показывали это выше. Конкретизирующая норма – непременный этап всякого понимания права.

Различие между нормативным и казуальным толкованием, которое может, на первый взгляд, свидетельствовать будто бы о том, что толкование не всегда предполагает конкретизацию права, состоит в степени абстракции итоговой нормы. Результатом казуального толкования является более конкретная норма, конструируемая в ходе уяснения общей нормы в связи с данным казусом. Результатом нормативного толкования является более общая, по сравнению с казуальным, норма, которая возникает как результат осмысления толкуемой нормы в контексте ряда однотипных ситуаций. Но наличие последних необходимо для понимания общей нормы.

В.В. Лазарев справедливо отмечает: «Конкретизацией норм суды привносят в правоприменительный акт (судебное решение) новый элемент (в отличие от толкования права), новое установление, которое отсутствует в самом нормативном акте, хотя и не выходит за его рамки. Особенно наглядно это проявляется в решениях, основанных на нормах с оценочными понятиями (“злостность”, “тяжкие последствия”, “непригодность”, “производственная необходимость”, “уважительные причины” и т.д.)». Нельзя согласиться лишь с его отрицанием правотворческого характера нормативного толкования (разъяснения) (будто оно не отталкивается от практических нужд и соответствующих конкретизаций). Напротив, нормативное толкование (разъяснение) – результат творческого обобщения конкретных норм, возникших в ходе применения толкуемой нормы. Ведь сам В.В. Лазарев отмечает: “Нормативное толкование правовых актов дается на основе широкого изучения и обобщения юридической практики”. Это отрицание – свидетельство того, что чем выше степень конкретизации, чем конкретнее норма, тем нагляднее правотворческий характер конкретизации. Поэтому нормативное толкование (разъяснение), которое, судя по данному высказыванию В.В. Лазарева, не привносит “новый элемент”, является творческим осмыслением социальной жизни – “вопросов факта” и “вопросов права” в их единстве.

Творчество правоприменителя особенно наглядно проявляет себя в случае применения права по аналогии.

Понятие “аналогия” тесно связано с понятием “пробел” в праве. Для нас интересным будет рассмотреть вопрос о том, как определяется пробельность в праве.

В литературе отмечается, что пробел в праве – “неполнота в действующем законодательстве, выраженная в отсутствии конкретного нормативного предписания в отношении фактических обстоятельств, находящихся в сфере правового регулирования”. При этом от пробела отграничивают случаи полного неурегулирования в праве тех или иных отношений, которые преодолеваются только путем правотворчества. Возникает вопрос: какие существуют критерии для того, чтобы определить, находятся ли фактические обстоятельства в сфере правового регулирования или нет, если при этом отсутствует правовая норма, их закрепляющая? Как определить, что имеет место “квалифицированное молчание”, “ошибка в праве” или “пробел”? В.В. Лазарев считает, что всегда имеется известный круг общественных отношений, фактов и обстоятельств, по отношению к которым право молчит по той причине, что оно не должно их регулировать в силу объективно существующих условий или природы этих отношений, и, следовательно, пробел имеет место тогда, когда отсутствуют нормы в отношении фактов, которые не входят в круг отношений, находящихся вне сферы правового воздействия. Аналогично и А.С. Пиголкин полагает, что “пробел права в собственном смысле имеет место, когда с очевидностью можно констатировать, что определенный вопрос входит в сферу правового регулирования, должен решаться правовыми средствами…”. Но из истории права можно проследить, что включение тех или иных отношений в область правового воздействия – вопрос общественно-политической необходимости, и с математической точностью определить границы этого воздействия невозможно по той причине, что социальная жизнь изменчива, иррациональна. Например, семейные отношения в свое время считались областью религиозно-нравственных начал, а затем уже были перенесены в семейное право. Частно-правовой формализм некоторых его элементов, как “брачный договор”, так и не нашел в нашей стране широкого признания среди населения.

С.С. Алексеев и другие исследователи считают, что таким показателем может являться соответствие данного случая общим нормам той или иной отрасли. Здесь речь идет, скорее, уже не о “пробеле в праве”, а о “пробеле в законе”, как их разграничил В.В. Лазарев. Но мы уже указывали, что чем более общей или абстрактной является норма, тем больше степень усмотрения правоприменителя, тем больше интуиции. Можно поэтому сказать, что фиксация пробела права также имеет интуитивный характер, достоверность которого подлежит коммуникативному обсуждению. Конечно, можно изучить стенограммы обсуждения, законодательные инициативы, конкретно-социологические исследования и тому подобные элементы правотворческой деятельности, как предлагает В.В. Лазарев, но следует признать, что в случае обнаружения обсуждения того или иного вопроса, который не вошел затем в нормативный акт, вывод о том, что перед правоприменителем пробел в праве по этому вопросу не обладает логически необходимым характером, по мнению автора, а строится на интуитивной “очевидности” и имеет форму замаскированного применения нормы, пусть и не вошедшей в официальный акт. Конкретно-социологический метод страдает той же погрешностью и, применяя его, следует не забывать, что его данные требуют такой же интерпретации, как и юридические дела.

Но если соответствие того или иного случая общим началам права носит интуитивный характер, то следует признать первичным моментом и источником права желаемое право правоприменителя. Следовательно, факт наличия пробелов в праве свидетельствует о неполноценности нормативного правопонимания.

Таким образом, аналогия права и аналогия закона, по мнению большинства ученых, не являющаяся правотворчеством, если понимать под последним создание нормативных актов, в рамках широкого правопонимания все же обладает правотворческим характером, выступая “пограничным”, предельно близким к выходу за рамки действующего права случаем применения общей нормы к конкретному случаю.

Аналогию нельзя рассматривать как чисто логическое сравнение признаков той или иной ситуации. Помимо устанавливаемых точным методом (возраст того или иного лица, сумма убытков и т.п.), существуют оценочные признаки казуса, например, оскорбление в одном случае порой невозможно сравнить с оскорблением в другом. Если бы определение соответствия носило логический характер, то должны были бы существовать правила для установления соответствия. Но так как правила применимы лишь к тождественным ситуациям, в случае, когда отсутствуют четкие объективные признаки тождества, правила соответствия не применимы.

Аналогия очень близка расширительному толкованию. Практически это одно и то же, несмотря на существующие возражения по поводу того, что в случае расширительного толкования факты охватываются смыслом нормативного акта, и законодатель их “имел в виду”, но “буква закона” их не улавливает, в то время как при аналогии закона определенные факты не охватываются ни буквальным текстом, ни смыслом нормативного акта, и законодатель их “не имел в виду”. Но, как указывалось выше, что “имел в виду”, а что не “имел в виду” законодатель установить часто просто невозможно. Поэтому в каждом конкретном случае степень слияния расширительного толкования и аналогии различна, но в большинстве случаев они очень близки, особенно тогда, когда распространительному толкованию подлежит общая норма. Как справедливо пишет С.С. Алексеев: “Задачей правоприменительного органа при восполнении пробела является распространение на данный случай действующего права – в виде конкретных норм или общих принципов”.

Если оставаться предельно точным, аналогия закона присутствует в любом правоприменительном решении. Дело в том, что тождественных ситуаций быть не может. В каждом деле есть свои индивидуальные обстоятельства, детали, на которые следует обращать внимание. Поэтому каждое правило поведения следует конкретизировать. Отсюда становится видно, что позиция, согласно которой конкретизация и аналогия являются различными формами усмотрения, носит условный характер. “Собственное усмотрение правоприменителя имеет место в любом случае. Только мера его различна”, – справедливо отмечает В.В. Лазарев.

Усмотрение правоприменителя – это и есть его желаемое право, всегда присутствующее в процессах правового осмысления социально-правовой действительности. Усмотрение правоприменителя – инструмент, с помощью которого преодолевается несправедливость жесткого режима законности. Его наличие – потребность, вытекающая из самой сути правовых явлений.

Точка зрения, согласно которой пробелы в праве несут в некотором роде позитивное начало, абсолютно справедлива. Говоря о пробелах в праве, С.С. Алексеев отмечает, что они – следствие нормативности и формальной определенности права, его устойчивости, поскольку право, являясь системой стабильной, закладывающей решение стратегических задач на долгое время вперед, не должно изменяться тотчас же, как изменились общественные отношения, возник уникальный, не подпадающий под действие нормы случай. Кроме того, пробелы позволяют уменьшить объем нормативных актов, снижают повторяемость отдельных положений в различных частях одного и того же акта либо в разных нормативных актах, создают удобство для изменения актов общего характера в конкретной ситуации, дают возможность реализовать норму в соответствии со смыслом и назначением ее, а также с учетом обстоятельств дела. Их существование вызвано противоречием между “фактическим” и “юридическим” поведением людей в определенных социальных условиях и нормой права, долженствующими образовать диалектическое единство в процессе правореализующей деятельности.

Применение права может быть признано надлежащим, когда оно является: законным, обоснованным, целесообразным, эффективным. При этом, как известно, законность и целесообразность, под которыми следует понимать справедливость, могут не совпадать. “Aequitas est mater exceptionis” (“справедливость – мать эксцепции”) – широко известный принцип со времен древнеримского права. В отдельных подобных случаях признавалось допустимым так называемое ограничительное применение норм права, а иногда и их неприменение. Примеры приводятся следующие: неприменение уголовного права за малозначительностью деяния; неприменение или ограниченное применение тех или иных норм в силу общих принципов и целей социалистического права.

На наш взгляд, в каждом случае применения права антиномия справедливости и законности требует творческого участия правоприменителя, его усмотрения, желаемого права. Действительно, в правоприменительной практике обнаруживается при применении той или иной нормы, что она может противоречить в том или ином конкретном случае общим принципам или началам законодательства, входить в разрез со справедливостью. Здесь мы обнаруживаем еще одну форму одной и той же проблемы: соотношения права и факта, справедливости социальной и формальной, эквивалентности и формальности в правовом мышлении.

Так, сотрудник ГИБДД, остановивший машину за существенное превышение скорости, убедившись в том, что, к примеру, нарушитель везет беременную супругу, у которой начались схватки, в родильный дом, отпускает автовладельца. Разве здесь нет нарушения правовых норм? Нарушение есть. Но кто из здравомыслящих людей будет считать справедливым наказание за превышение скорости в такой ситуации? Или справедливым наказание данного сотрудника? Это классический пример противостояния законности и справедливости, из них первая, выступая средством, часто конфликтует со второй, которая есть цель.

Допущение отступления от законности не является свидетельством беспомощности юридической науки в абсолютном контроле за процессом применения норм, а скорее, признания ограниченности человеческого разума в познании бесконечно многообразной социальной жизни. Такой контроль и не нужен, так как нельзя создать систему правил на все времена и на все случаи жизни. Кроме того, следует признать бесполезность разработки этой системы правил по причине того, что существует замкнутый логический круг: правила применения правил (норм права) также требуют применения и, следовательно, еще одних правил. И так далее до бесконечности. Рационализация и формализация процессуального права вкупе с детализированным материальным правом может обернуться крайне негативным по своим социальным последствиям юридическим формализмом, сводящим на нет творческое начало в правоприменительной деятельности или обращающим это самое творческое начало на прямо противоположное, отрицательное творчество, когда применяющий нормы вынужден “втискивать” тот или иной казус в “прокрустово ложе” нормы или думать о том, как правильно применить целую серию детальных процессуальных норм.

Безусловно, неклассическая парадигма “обнажает” субъективный элемент в правоприменительной деятельности. Но это действительное положение вещей и с ним нужно считаться. Поэтому представляется более правильным говорить не о поиске истины в правоприменении, а о поиске справедливости, правды. Ведь принцип объективной истины важен не сам по себе, а лишь как средство для достижения справедливости, эквивалентности по делу.

Юридические гарантии достижения истины-справедливости, а если говорить с учетом вышесказанного, максимального приближения к истине по делу, которым посвящено процессуальное право – важнейшая область права. Но главное – не забывать, что юридические гарантии тоже являются нормами, которые приходится применять, и применять справедливо. Однако это не может служить основанием для отказа в такой системе.

Единственный путь ограничения субъективности правоприменителя – это развивать коммуникативный характер процесса применения нормы. Самым важным принципом правоприменения являются его гласность, обсуждаемость, коммуникативность. В позиции обсуждения, дискуссии, диалога судья, экстернализируя свои интуитивные смысловые структуры, выходит за рамки своей субъективности, возвышаясь в сферу общезначимого, понимаемого другими. Заслушивая стороны, одна из которых, как правило, настаивает на типичности дела, а другая – на его уникальности, судья занимает “золотую середину”.

В герменевтической концепции западногерманского правоведа Артура Кауфмана судья, отыскивающий истинное право, устанавливает в ходе дискурса через смысл языка, посредством которого говорит сама жизнь, что человеку причитается “по праву”. Именно через язык, через дискурс судья добивается коммуникации с “бытием-в-праве” другого субъекта, занимает его жизненную позицию, а предпонимание судьей права этого субъекта, возможное только в сфере общезначимых понятий, служит основанием для понимания смысла правовой нормы и смысла данного дела в их единстве. Тем самым юридическая герменевтика выступает против “ложного убеждения” в том, что все правовые явления можно выразить в общих понятиях, а затем правовую реальность рассматривать как проявление или применение содержания этих понятий в частных случаях. В реальности же норма не может детерминировать решение судьи, и судья может быть “мудрее законодателя”.

Совершенно справедливой и крайне актуальной видится точка зрения, согласно которой профессиональное знание, лишенное нравственных критериев и ценностей, может представлять опасность, как при решении конкретных правовых вопросов, так и для правового развития общества. Справедливо это суждение потому, что профессиональное правовое мышление, или мышление правоприменителя, отличается своеобразным единством чувственного, интуитивного и рационального: применение правовой нормы к конкретному случаю представляет собой творческий процесс, в ходе которого желаемое право правоприменителя играет ключевую роль. Применяющий норму должен уметь сопереживать, сочувствовать, чтобы в каждом конкретном случае увидеть “золотую середину” между всеобщностью и абстрактностью нормы и уникальностью каждого жизненного случая.

Специфика правоприменительной деятельности такова, что возможно и злоупотребление усмотрением, неизбежно возникающим практически в каждом случае применения. Возможно также и “механическое”, “безразличное” подведение нормы без учета многочисленных ситуативных особенностей дела, в результате чего справедливость уничтожается юридическим формализмом. Поэтому крайне важны такие качества правоприменителя, как честность, совестливость, чуткость к чужому горю, способность сопереживать, встать на место другого и т.д. Осознание того, что детализацией и никакими нагромождениями процессуальных норм невозможно исключить субъективность и предвзятость в интерпретации и применении права, привело к появлению новой дисциплины – судебной этики, что крайне важно на фоне морально-нравственного релятивизма последних лет и подмены вопросов этики абстрактной и формальной идеей “прав человека”.

Актуальной же эта проблема является не только по причине явного вакуума подготовленных судебных кадров, но и в связи с набирающим силу кризисом системы отечественного юридического образования в эпоху постмодерна: изучение права все больше становится фрагментарным, специализаторским, односторонне-догматическим, не нацеленным на глубокие знания исторических, философских и социально-политических оснований правовой идеологии.

Вопрос о наличии творческого элемента в процессе конкретизации правовых норм не следует отождествлять с вопросом о судейском правотворчестве как источнике права. Творческий характер правоприменения вовсе не должен привести к отрицанию закона и режима законности в пользу судебного правотворчества. Напротив, он свидетельствует о том, что официальное признание судебного прецедента в качестве источника права в России, о плюсах и минусах которого до сих пор не утихают споры, может быть заменено более гибким использованием различных приемов юридической техники, расширяющих или суживающих степень правотворческого участия судьи для справедливого или эквивалентно воздающего решения. Потеря каких-либо сдерживающих судей рамок в условиях нравственного нигилизма и слабой экономики может иметь неблагоприятный исход и привести к судейскому произволу.

Существует ряд областей и явлений социальной жизни, где во-первых, невозможно не предполагать конкретность и уникальность каждого дела; во-вторых, общественные отношения развиваются значительно динамичнее, чем в иных областях, что влечет появление новых и новых жизненных случаев. Именно в таких сферах законодатель может максимизировать долю судебного усмотрения.

В заключение приведем аргумент в пользу понятия неявного правотворчества в процессе интерпретации правовых норм применительно к конкретному случаю.

Вопрос о признании правотворчеством деятельности судей зависит от понимания права. Если ограничиваться так называемым узким, нормативным пониманием права, ориентирующемся на то, что должно быть, и выдающим должное за сущее, то следует признать, что в Российской Федерации не существует такого правотворчества. В рамках же широко правопонимания, включающего в понятие “право” и “право в жизни”, судебное правоприменение есть завершающий этап процесса правотворчества, который начал законодатель. Не вдаваясь в дискуссию по поводу соотношения этих двух подходов к праву, отметим, что признание в качестве единственного критерия права и справедливости нормы закона является фикцией юридического мышления, так как в процессе ее интерпретации неизбежным будет продуцирование желаемого права правоприменителя, в соответствии с которым и будет принято решение, и остающимся единственным критерием справедливости, особенно в случае совпадения с желаемым правом судьи вышестоящей инстанции. Тот вывод, к которому пришла юридическая герменевтика в XX веке, что “Закон есть текст, смысл которого навязывается властным интерпретатором” и “Юридический текст, как и любой текст, имеет неограниченное число смыслов и может интерпретироваться различным образом”, был давно сделан народной мудростью и объективирован в форме широко распространенной пословицы: “Закон, что дышло: куда повернул, туда и вышло”. Однако и эту пословицу, которая также есть текст, можно интерпретировать в зависимости от контекста.

# Тема 7. Ментальное измерение правового мышления

Исходя из анализа правового мышления как деятельности осмысляющей, можно сделать вывод: право – часть культуры народа, произведение народной жизни; невозможна “механическая” правопреемственность у народов с различной правовой и политической культурой и историей, так как адекватного понимания “внешних” институтов достичь нельзя. Данному положению или близким к нему темам посвящены труды Г. Гуго, К. Савиньи и Ф. Пухты, этой идеей пронизано сочинение Ш. Монтескье “О духе законов”, творчество Э. Берка, И.А. Ильина, К. Победоносцева, Н.Н. Алексеева и многих других. Помимо исторической школы юристов, идею о том, что в исторически сложившихся обществах корни правопорядка глубоко заложены в быте народа, в его коллективно-стихийной жизни разделяли впоследствии и представители социологической юриспруденции. Не является исключением и современная наука. Один из ее представителей известный французский ученый-юрист Норбер Рулан не находит ничего странного в том, что современное западное юридическое мышление, соединившее в себе начала римского права и рационализм Нового времени, будучи применимым к западному типу цивилизации, не подходит для юридической культуры, создаваемой на основе других систем ценностей.

Как известно, важнейшим моментом в споре между славянофилами и западниками был вопрос о возможности существования идеалов и норм, которые могут быть взяты извне и пересажены на какое угодно новое место с успехом в виде отдельного учреждения. События последнего десятилетия с новой силой возбудили интерес к эпистемологическим основаниям спора между сторонниками западных образцов государственности и права и сторонниками собственного пути в формировании политической и правовой системы российского общества.

Важнейшее условие успешной модернизации отечественного права – истинность предположения существования общих закономерностей развития различных народов, стремящихся к единому итогу (“открытому” демократическому обществу) и предположению, согласно которому российская правовая культура и культура в целом является по своей сути фрагментом западной культуры, не отличаясь от западноевропейской по своим исходным духовно-ценностным основаниям. О первом предположении мы неоднократно говорили выше как о результате позитивистско-натуралистической установки по отношению к гуманитарному научному знанию, и подвергать его критике здесь не будем. О втором выскажемся ниже, но здесь отметим, что даже истинность первого предположения не влечет за собой тотальной вестернизации. Так, например, известный русский историк права Н.П. Павлов-Сильванский, полагая, что историко-сравнительное исследование права должно опираться на признание существования “общих законов развития разных народов”, тем не менее достаточно скептически относился к заимствованию народами “чужих” правовых институтов, отмечая, что заимствованные институты “прививаются только там, где есть для этого сходная общественная среда на соответствующей стадии развития, и пересаженные в неподходящую почву гибнут”. Можно сказать, что методологически некорректно, рассматривая функционирование того или иного политического или правового института, ставить вопрос о его преемстве вне контекста той “почвы”, на которой он успешно работал.

Думается, вряд ли можно оспорить тот факт, что основной характеристикой “почвы” любого социального института является его ментальное измерение. Без знания особенностей менталитета невозможно составить адекватное представление о содержании того или иного института и его социокультурных основаниях. Менталитет является и должен являться контекстом интерпретации правовых институтов, причем и с точки зрения внутренней (менталитет интерпретатора), и с точки зрения внешней, когда анализируется политико-правовой институт общества с иной культурой и историей.

Понятие “менталитет”, на наш взгляд, можно понимать как то общее, что лежит в основе сознательной и бессознательной деятельности, рефлексивного и эмоционального, т.е., как выразился И.В. Кондаков, “глубинный и потому трудно фиксируемый источник мышления, идеологии и веры, чувства и эмоций”. Менталитет связан с самими основаниями социальной жизни и в то же время своеобразен исторически и социально, имеет свою историю, так как формируется столетиями. Можно сказать, это характер народа, его “органический дух”, выражаясь терминологией исторической школы права. Как верно отмечает В.Н. Синюков, для юридической науки исследование правового менталитета “…послужит мощным стимулом развития правовой методологии, выработавшей на прежних европоцентристских позициях положенный ей ресурс научной продуктивности”.

В современной научной литературе проблема менталитета русского народа подвергается постоянному обсуждению. Встречаются отдельные философские, психологические исследования, в которых содержится интересный материал и для характеристики правового менталитета. Однако следует помнить, что состояние современного правосознания и менталитет – совершенно разные параметры социальной жизни (менталитет следует изучать в исторической перспективе), что философы и психологи часто путают правосознание и законосознание, а также рассматривают право с позиции западноевропейского правопонимания, через призму его понятий. В частности, последнее имеет место в работах некоторых юристов, исследующих как правовой менталитет, так и истоки современного правосознания и правовой культуры россиян. Рассмотрим данный фактор подробнее.

Описание и характеристика правового менталитета могут быть даны лишь посредством понятий. Но понятия в обществоведении, как отмечалось выше, являются конструкциями конструкций, образованных в обыденном сознании действующих на социальной сцене людей. Отсюда любое исследование правового менталитета затруднено уже тем, что автор не может выйти из своей субъективности и ценностной позиции. Интерпретация явлений правовой культуры, права вообще глубоко зависит от “повседневного знания” правоведа, которое можно рассматривать в качестве неявного, предпосылочного знания, фона любого социального исследования. Напомним, что “повседневность” – это весь социокультурный мир, интерпретируемый нами, воздействующий на нас и формирующийся нами. По сути, это тот же самый менталитет – матрица типизаций и оценок, схема смыслопостроений, которая определяет наше мышление и которая тем не менее остается всегда неуловимой в рефлексии.

Правовое мышление (и любое другое) всегда интенционально, предметно, а интенциональность задает именно менталитет. На наш взгляд, производным от менталитета как социокультурного феномена является жизненный мир ученого, представляющий собой, согласно Гуссерлю, совокупность первичных, “фундирующих” интенций. По отношению к активной деятельности субъекта жизненный мир является “горизонтом” всех целей, проектов, интересов независимо от их временных, пространственных, ценностных и т.п. масштабов. Поэтому правовое мышление, исследующее менталитет представителей иного социокультурного мира, другого общества, интерпретируя его проявления и оценивая их, всегда остается предопределенным жизненным миром исследователя, его ценностной позицией, а отсюда и менталитетом своей “почвы” и социокультурной общности. При этом чужой менталитет, как правило, видится отсталым, недоразвитым, несовершенным, в то время как он просто другой. Исследуя российскую ментальность, западные ученые об этом забывают. Хотя зачастую и отечественные западопоклонники критикуют правовые традиции и опыт нашей страны как не отвечающий эталону совершенства, под ним почему-то подразумевается исключительно американо-европейский стандарт. По справедливому замечанию И.Д. Невважая, “правовой нигилизм”, в котором постоянно обвиняют российскую традицию права, есть результат оценки одной культуры другой, причем оценки, исходящей из того, что «есть какое-то одно “правильное” и развитое правосознание, относительно которого имеют смысл сравнительные степени развития, компетентности всякого другого правосознания».

Важно, на наш взгляд, никогда не забывать того, что сравнивать те или иные ценностные позиции в ментальности различных народов с позиции одного из них эпистемологически так же абсурдно, как и сравнивать национальные языки, говоря лишь на одном из них. Ментальность каждого народа порождает свое самобытное правопонимание, свой смысл права, ведь именно в подчеркивании некоторой своеобразной, характерной константы, присутствующей в правовой истории народа, и заключается значимость выделения правового менталитета в качестве категории права. Критически анализировать один менталитет, один смысл права за счет другого некорректно, хотя бы по причине отсутствия универсального критерия оценки. По нашему мнению, следует ограничиваться лишь подчеркиванием того, что наш менталитет иной, следовательно, иными должны быть стратегии развития государства, иным должен быть собственный путь к осуществлению общественного идеала. А оценивать его как “недоразвитый” в высшей степени некорректно.

В качестве примера приведем одну из статей отечественных авторов. Р.С. Байниязов в лучших традициях российской интеллигенции, характеризующейся склонностью к “самобичеванию” и порицанию своего с одновременным “уважением ко всему европейскому”, выносит приговор правовому менталитету россиян, отличающемуся “небрежным, отрицательным отношением к праву”, “юридическим нигилизмом”, “непониманием фундаментальных ценностей правового бытия” и т.д., предлагая в качестве спасения заблудших русских душ индивидуализм как прививку от “коллективистских”, “антииндивидуалистических импульсов и тенденций”, якобы ведущих к правовому нигилизму. Автор не замечает противоречия в своих же суждениях, когда в одном месте говорит о том, что “каждая национальная правовая система обладает только ей присущим правовым менталитетом, правосознанием, стилем юридического мышления”, иными словами, своим пониманием права, а в другом – критикует за несоответствие западноевропейскому правопониманию, с его “подлинно” правовыми параметрами.

На наш взгляд, если бы автор принял за точку отсчета иную систему координат, то он бы пришел к иным суждениям относительно правового менталитета россиян. Полагаем, такой системой отсчета должен являться здоровый патриотизм, который будет более продуктивным, так как исходит из верной логической связки: если менталитет представляет собой нечто константное, то надо не пытаться его разрушить или изменить путем доведения “до ума”, до единственно правильного правового идеала, а развивать в нем то положительное, благодаря чему сохраняется носитель этого уникального менталитета – народ и его самобытность. Ведь займи мы критическую позицию по отношению к западной правовой культуре, ее можно интерпретировать точно так же за моральный нигилизм, формализм, европоцентризм и т.д.

В других областях исследования российской ментальности наблюдаются аналогичные явления. А.И. Редель отмечает, что на заре перестройки и в последующие годы вместо историко-социологического анализа ментальности в моду вошли «изыскания в жанре идеологического стриптиза и сведения счетов. В их контексте понятие “российский менталитет”, полностью или частично отождествляемый с мышлением “гомососа” или “совковым мышлением”, выполняло функцию орудия массового идеологического поражения». При этом уровень нашей “цивилизованности” стали измерять по некоей универсально-ценностной мерке, как того требовала идеология гуманизма и общечеловеческих ценностей. Конечно же, образцом этой мерки служила западная цивилизация. Менталитет западного мира, идеал западного образа жизни стал единственно истинным масштабом, пригодным для переоценки исторического прошлого нашей страны и ее будущего.

Итак, правовой менталитет – это характер народа. Исследование правового менталитета довольно затруднительно, так как характер – вещь, в большей части не осознаваемая, подсознательная. Как отмечал знаменитый русский юрист, философ Б.П. Вышеславцев: “Характер имеет свой корень не в отчетливых идеях, не в содержании сознания, а скорее в бессознательных силах, в области подсознательного”. Правовой менталитет большей частью проявляет себя в обычном праве, правовых традициях, здравом смысле, коллективных представлениях, интуитивном праве. Проследить его можно не только и не столько по памятникам права, историческим событиям, сколько по народному эпосу: пословицам, сказкам, былинам, литературным произведениям, являющим собой, согласно Л. Петражицкому, особую область источников права. Именно в них можно найти и увидеть интуитивное право, а также отношение народа к праву и государству, различным правовым институтам и политической власти.

Работы дореволюционных российских юристов содержат пример методологически корректного исследования правового менталитета. Их рассмотрению подвергался обширный пласт народной психологии, хаотичные структуры которой получают оформление в многочисленных былинах, сказаниях, пословицах, поговорках и которая “показывает” себя в исторических событиях, схожих периодах русской истории.

Так, например, Н.Н. Алексеев неоднократно писал о коллективно-психологических, органических процессах, обозначая их в целом понятием этоса. “Существо этоса, – полагает ученый, – определяется, прежде всего, тем, что он не является продуктом произвольных действий, целеполаганий и волеизлияний”. Этос не создается ни договорами, ни соглашениями, ни актами учредительного характера. Он возникает сам собой как результат медленного органического процесса. Его эмоциональные компоненты связаны с ценностными структурами, и явления этоса необходимо рассматривать в качестве источника права так же, как историческая школа объявляла источником права органический дух народа. Обычай, старое обыкновение, “старина и пошлина” являются источниками права не потому, что они автоматически привычны, но потому что они представляют собой особый вид этоса, поскольку в них может жить имманентная им ценность. Ценны они потому, что в них выражена значимость того целого, которое их производит. В норме общепринятого мыслятся все другие, мыслится общество, отечество как целое, через норму, освященную памятью поколений, обретается собственная идентичность, обосновывается система ценностей, целей и поступков.

Как известно, в отличие от западной культуры – преемницы Древней Греции и Древнего Рима, Россия в большей степени продолжает традиции византийской культуры – совершенно иного ценностно-идеологического образования по сравнению с Западной римской империей. Тем не менее евразийская культура России соединяла в себе и элементы Востока через азиатский мир кочевников и татаро-монгол, и элементы Запада через Византию. Известны две исторические попытки вестернизации российской культуры: Петр I хотел привить России черты Европы существующей, в то время как большевики прививали России формы Европы социалистической, то есть будущей, идеальной, мифической, которой в действительности никогда еще не существовало. Поэтому в России, как полагали, к примеру, евразийцы, существует особый цивилизационный мир евразийской культуры, отличающийся и от мира восточной культуры, и от мира культуры западной.

Если говорить о евразийской культуре России, элементом которой, несомненно, является и правовая культура русского народа, то здесь обнаруживается явное доминирование общественных ценностей и интересов. В России, как и на Востоке, человеческая личность всегда более связана с общественным целым, чем на Западе. Восток чужд был западному индивидуализму и социальному атомизму – этим краеугольным камням новейшей западной культуры, известной во всем мире своим “экономическим индивидуализмом”, никогда не имевшим выдающихся защитников в России, так же как здесь не были популярны и широко распространены индивидуалистические учения о естественных правах человека и гражданина. Для ментальности русского человека, скорее, характерны идеалы неразрывно связанной с обществом личности, находящей оправдание только в отправлении некоторой социальной миссии, в “общем деле”. Отсюда резкое отрицание им либеральных и демократических учреждений Запада, недоверие к буржуазным правам личности и к европейскому парламентаризму.

Действительно, общинный (соборный) уклад жизни русского человека с самого начала становления российской государственности и права стал оказывать влияние на нее. В земском государстве – так называет Русь первых столетий М.Ф. Владимирский-Буданов – “преобладающим элементом служит территориальный: государство есть союз общин; старшая община правит другими общинами”. Это одно из главных отличий земского государства на Руси (с прибавлением вечевого управления) от государства другого строя, прежде всего, западного – союза сословий (феодальное общество) или лиц (ордена), или родов.

В.Н. Синюков совершенно справедливо называет территориально-общинную, соборную организацию власти (в отличие от лично-вассальных отношений западных феодальных монархий) особенностью, определившей последующее развитие отечественной правовой системы.

Именно это начало, на наш взгляд, повлияло на правоотношения в сфере частной собственности, которые в России складывались совершенно иначе, чем на Западе: римский индивидуализм, а также естественноправовые воззрения о собственности всегда были чужды юридическим представлениям народов России, Евразии. Как известно, еще Киреевский четко сформулировал принцип обычного права частной собственности русских общин (миров): “Лицо участвовало во столько в праве владения, во сколько входило в состав общества”. Земледелец имеет право на землю в том количестве, которое он своим трудом может обрабатывать.

Издревле в русском праве существовали слова “владение”, “вотчина”, в то время как понятие “собственность” возникает в нем не ранее XVIII века. Даже для высших слоев населения суррогатом собственности долго служили различные формы зависимого обладания, которые сводились к расплывчатому понятию “владение”. И в императорском периоде развития страны не было проведено точного различия между владением и собственностью, а в народных представлениях эти понятия совершенно не различались: личности не приписывалась безусловная сила присвоения. Присваиваемое принадлежало также Богу и государству.

Не было и понятия о собственности как об абстрактном отношении, свойственном римскому и послереволюционному французскому праву. Абстрактный взгляд на собственность представляет одинаковым всякое отношение собственности независимо от того, каковы объекты права собственности. Конкретный же взгляд на собственность предполагает степени прав и обязанностей собственника в зависимости от того, владеет ли он землей, домом или движимыми вещами. Это дало основание утверждать Н.Н. Алексееву, что нашей правовой традиции свойствен взгляд на собственность как на конкретное отношение. По нашему мнению, это следствие общинных черт русского характера, так как свобода собственника по обращению со своей собственностью наиболее значима для общества. По отношению к частной собственности в том или ином обществе можно судить о приоритете индивидуальных или общественных прав.

Если же говорить о характере правоотношений между собственниками и другими членами общества, то здесь тем более проступает соборный характер русского человека. В отличие от “абсолютной собственности”, предполагающей, что власть собственника над вещью совершенно безгранична и исключает возможность оказания какого-либо постороннего влияния, “относительная собственность” является наиболее обширным или наименее ограниченным правом на вещь либо таким вещным правом, которое объектом господства имеет вещь в целом, применяясь однако к различным свойствам вещей и изменяя характер господства в зависимости от этих свойств. Относительная собственность предполагает момент публично-правовой ограниченности, то есть целый ряд социальных обязанностей, лежащих на собственнике и связывающих его. Подобному праву вовсе не соответствует безусловная обязанность терпеть любые действия собственника, особенно те, которые являются злоупотреблением и приносят вред общественному целому.

Представления о социальной справедливости также пронизаны общинным, или социальным, началом. Русское понятие о “правде” никогда не могло оправдать социальное неравенство буржуазного строя, при котором существуют две группы населения: собственники и неимущие постоянные рабочие.

И.В. Киреевский по этому поводу писал: «Слово “право” было у нас неизвестно в западном его смысле, но означало только справедливость, правду. Потому никакая власть никакому лицу, ни сословию не могла ни даровать, ни уступить никакого права, ибо правда и справедливость не могут ни продаваться, ни браться, но существуют сами по себе, независимо от условных отношений».

Термин “право” впервые появляется в Западной Руси и получает признание в России только при Петре I: до этого времени его заменяло более широкое понятие правды, включавшее в себя и субъективное право, и нормы справедливости, характерные для гражданского, уголовного права. В контексте понятия “правда” не возникало двух борющихся лагерей – государства и народа – с субъективными интересами (как на Западе) и не требовалось ослабления абсолютной власти и ограничения ее во имя вражды и недоверия, что не способствовало созданию абсолютистской системы, поскольку идейное содержание власти было единым во всех русских землях, а совещания царя с Земскими соборами и Думой высоко оценивались народом и ставились в обязанность царю. Однако эта обязанность должна была исполняться не в виде результата борьбы за ограничения власти, а во “имя обоюдной любви царя и народа”: ведь требование любви было давно известно русскому праву, примеры тому: крестное целование, договоры “о любви и правде” и т.п.

Общинный уклад не является единственной причиной особых черт характера русского человека, из которых вытекает преобладание обязанностей над правами в отечественной правовой традиции. Западники подчеркивали, что “слабое развитие личного начала…, стойкого стремления лица к свободе, щепетильному развитию и ревнивому охранению своих прав” является ступором на пути общественного развития, в то время как славянофилы считали, что “общинный быт славян основан не на отсутствии личности, а на свободном и сознательном ее отречении от своего полновластия”. Однако геополитические особенности России не могли не привести к солидарности в общественной организации.

Из всех европейских народов славяне были крайними, пограничными с безмерными пространствами кочевой Азии. “Отсюда вся наша история и есть, прежде всего, борьба с Азией, приспособление к Азии и ассимиляция Азии”. Выросшее в этой борьбе государство имело характер военного общества, построенного как большая армия по принципу суровой тягловой службы. Тягло несли все сословия, каждый выполнял свою службу. Однако просторы и бесконечные земли на востоке и юге всегда служили искушением тем, кому тягло нести совсем невмоготу становилось. “Поэтому западная история следовала принципу социальной интенсификации, мы же шли путем экстенсивным”. На Западе облегчить давление государства можно было, усовершенствовав посредством правовых реформ его строй, форму; в России не стремились к усовершенствованию, а уходили в леса и степи.

На формирование антииндивидуалистической правовой культуры России оказал сильнейшее влияние и религиозный фактор.

В отличие от западных стран с католико-протестантским вероисповеданием с его “этикой лавочника и ростовщика” (А. Герцен), Россия развивалась с собственным религиозным мировоззрением – православным христианством, с его идеалами соборности, религиозной государственности, социальными ценностями. Если на Западе было сильным влияние римской католической церкви, которая учила об ограниченности государственной власти, то на православном Востоке отсутствовали все названные влияния и были актуальны непосредственно идущие из Азии восточно-языческие образцы государственного строя.

Царская власть, особенно после появления на свет теории московской монархии Иосифа Волоцкого, считалась учрежденной на земле Богом не с ограниченными правовыми, но с некоторыми универсальными, как бы божественными функциями. Обязанность царей наполняется нравственным содержанием, сводится к попечению над душами подданных, к спасению их. Учение Волоцкого отвело преобладающее место государству, а точнее, царю над церковью, что являлось дальнейшим развитием доктрины цезарепапизма из Византии. Царь приобретает характер лица священного, как бы первосвященника и заместителя Божия в вопросах земного существования.

В то время как на Западе политика была одной из обычных областей церковной деятельности, на Востоке церковь отклонила всякое участие в политике и тем самым не имела большого интереса к развитию политической мысли. И этот отход от политического мышления объясняется не только монашеско-аскетическими настроениями восточного христианства, но и общим направлением духовной жизни, отмежевывающимся от политики. Такое направление духовного совершенствования способствовало тому, что русский человек не принимал активного участия в борьбе за свои политические права, он старался быть вне политики.

Соборность русского характера, помноженная на идеализм, вкупе с географическим и политическим факторами дает совершенно особенный образ правовому менталитету русского человека, вытекающему из преобладания особых правоотношений между человеком и обществом, где обязанности всегда преобладали над правомочиями. Это касается как московского государства, так и всей последующей истории России.

Прежде чем показать особенности правоотношений в русской традиции права, рассмотрим понятие правообязанности. Напомним, что основной признак деятельности государственных служащих обозначает понятие компетенции, где право и обязанность сливаются воедино. С одной стороны, арестовать человека – это право должностного лица правоохранительных органов, с другой – это его обязанность, не исполнив которой, он может быть подвергнут юридической ответственности. В публичных отношениях свободная возможность внутренне соединена с долгом, и право превратилось в правообязанность: входящее в правоотношения начало публичности, которое есть в то же время начало общественное, придает праву характер обязанности, превращает его в правообязанность, и, наоборот, входящее в государственные обязанности начало публичности или общественности придает обязанностям характер права. При этом «право, так сказать, пропитывается обязанностью, а обязанность правом. На месте отдельного от обязанности права и отдельной от права обязанности получается то, что можно было лучше всего назвать русским словом “правообязанность”».

Правообязанность, по мнению многих правоведов, представляет собой особую правовую категорию, значение и смысл которой более доступны именно отечественному правовому мышлению, чем западному, в силу потребности в особой, духовно-нравственной легитимации правопорядка, придающей субъективным правам вектор обязанности. Так П.И. Новгородцев полагал, что обязанности наряду с правами вытекают из самого понятия личность. Входя в общение с себе подобными, личность не может не отрицать свои права в случае отрицания прав других. “Отсюда рождается обязанность взаимного признания… Идеальный смысл общения не исчерпывается принципами формального права, обеспечивающего каждому свое: еще более того он выражается в требованиях высшего нравственного закона, объединяющего людей духом солидарности и любви и связывающего их разрозненные силы в общее культурное стремление”. О правообязанности писали и говорили славянофилы, Ф.М. Достоевский, Л.А. Тихомиров, С.Л. Франк, рассматривавшие свободу личности не в негативном аспекте как высшую и единственную цель общественного бытия, а функционально как достижение посредством нее сверхиндивидуальной цели общества как единства, соборности, сотрудничества, служения друг другу. Вот как, к примеру, выглядит в такой интерпретации “право частной собственности”: “Как всякое субъективное право, право собственности имеет лишь функциональное, служебное значение, есть форма, в которой осуществляется сотрудничество в служении… Оно ограничено интересами общественного целого…, государство имеет право и обязанность его регулировать, объективное право нормирует его и может ставить ему известные пределы, и налагать на собственника определенные обязанности”.

Современная отечественная литература также не является исключением. Например, А.А. Контарев полагает, что идеал правообязанности ближе для обществ с социоцентрической системой ценностей и, соответственно, ближе общественному идеалу россиян, в отличие от “персоноцентристского” идеала “правозаконности” с его явным приоритетом автономии человеческой личности и атомарности общественного целого. Близкую точку зрения высказывает и А.М. Величко, рассматривая начало правообязанности как проявление духа коллективного служения друг другу “во Имя Господне”: «Понимание права в качестве нормы, ограждающей “меня” от других, служащей “убежищем” “моей” личной свободы, слишком ущербно по своему содержанию, чтобы вместить в себя христианский принцип жизни». Здесь правообязанность выглядит как идеал православного правопонимания, отрицать духовную доминанту которого в истории права России невозможно.

Данное органическое сочетание прав и обязанностей предполагает, по нашему мнению, взаимопроникновение и совпадение нравственных и формально-юридических начал в сферу правового регулирования (правды “внешней” и правды “внутренней”): иначе невозможно понять, каким образом осознание своего права начинает совпадать с осознанием своих обязанностей, осознание меры возможного поведения с одновременным признанием этого поведения необходимым, должным. В одной норме это сделать вряд ли возможно, а если одна норма будет правоустанавливающей (управомочивающей), а другая – обязывающей данным правом пользоваться, то налицо превращение меры возможного поведения в меру должного, права в обязанность.

Возьмем, к примеру, избирательные права граждан. Если речь идет о праве гражданина на участие в выборах в органы государственной власти, то это означает, что он имеет возможность пойти и “отдать свой голос”. Если он данное право не реализует и не испытывает при этом никаких последствий, то здесь идет речь о правомочии. Если гражданин испытывает какие-либо последствия со стороны государства за то, что он не воспользовался своим правом и проявил политическую пассивность, то в этом случае речь идет уже о санкции, не о “свободе”, а об обязанности, о повиновении, каким бы “свободным” оно ни было. То же самое с должностным лицом: если прокурор не воспользуется своим правом, то он будет привлечен к ответственности. А ответственность и есть то, что отличает обязанность как меру должного поведения от права как меры дозволенного. Как только за неиспользование дозволенного поведения возникает хоть малейшая ответственность, последнее становится должным, необходимым, обязательным поведением. Иными словами, человек не может быть со стороны объективного права в отношении одних и тех же действий одновременно и управомоченным, и обязанным. Например, собственность как право предполагает свободный отказ от этого права. Собственность как обязанность предполагает ряд социальных ограничений собственника, который решил данным правом активно пользоваться: к примеру, обязанность использовать свою собственность достаточно интенсивно в социальном направлении, на благо обществу. Таким образом, правообязанность не может пониматься строго аналогично компетенции, а должна рассматриваться как единство правового и нравственного начала общественной жизни, правомочия и долга.

Здесь нельзя не вспомнить учение Л.И. Петражицкого об императивном характере морально-нравственных норм и императивно-атрибутивном характере правовых переживаний. В том случае, когда на поступок человека влияет либо осознание своего права, своей правоты, либо осознание наличия права у противоположной стороны, “работает” правосознание, реализуются правовые регулятивы, в том же случае, когда у противоположной стороны нет никакого права, на поступок влияет моральное чувство – чувство долга. Таким образом, когда человек использует свое право и при этом испытывает чувство моральной обязанности по отношению к другому человеку (другим людям), осуществляется гармоничное воздействие и правовых, и морально-нравственных эмоций и чувств, и, соответственно, мотив, движимый совокупностью правовых и морально-нравственных регулятивов, усиливается во много раз. Например, судья, пользуясь своим правом судейского усмотрения назначать верхний и нижний пределы наказаний, тогда не злоупотребляет им, когда испытывает чувство долга и ответственности по отношению к обществу, к идеалам добра и справедливости. При этом “гуманность” суда не выльется в произвол и безнаказанность, а “справедливость” не будет сухой и формальной. Владелец фирмы будет думать не только о том, как с помощью своих прав увеличить имеющиеся капиталы, но и о том, как с помощью них улучшить социальное благополучие сотрудников и не навредить при этом другим людям (когда будет чувствовать себя обязанным, с нравственной точки зрения, преодолевать свою эгоистичность). Каждый гражданин будет считать, к примеру, что воспользоваться своими политическими правами – означает исполнить свой долг по отношению к предкам, истории страны, будущему Родины, когда будет проявлять заботу о своей земле, о своем будущем и о будущем других поколений. В законодательном порядке (внешней правдой) невозможно ему эту заботу привить. Родители осуществляют свои права по воспитанию детей надлежащим образом только тогда, когда не только любят их (часто слепая любовь приносит худшие результаты) или боятся юридической ответственности, но и когда испытывают чувство морально-нравственной ответственности за их будущее, их поступки по отношению к другим людям, их духовное совершенство.

Еще более наглядным такое понимание правообязанности будет, если говорить о юридических обязанностях. Человек, исполняющий свои юридические обязанности исключительно из боязни быть привлеченным к юридической ответственности, вряд ли никогда не воспользуется возможностью ими пренебречь в случае ослабления контроля. В отрицании такого отношения к своим обязанностям и заключается смысл фразы – “делать на совесть”. Если в системе нравственности европейского типа этот принцип связан с этическим индивидуализмом и рационализмом, то в России он возможен только в рамках соборности, социального идеала “общего блага”.

По сути, концепция правообязанности – самобытный элемент отечественного понимания права. Она является, на наш взгляд, необходимым моментом построения в России нормально функционирующего механизма правового регулирования, основывающегося на системе “права социального служения”, а не “лично-свободного” права, если воспользоваться их дифференциацией и терминологией Л.И. Петражицкого.

В России принципы публичного права были распространены и на право собственности на землю, договорные и трудовые отношения, и чаще всего субъектом гражданского права было корпоративное лицо – община, двор, семья. Поэтому вплоть до XVII века и в вещном, и в обязательственном праве доминирует идея “солидарности”. “Обязательный” характер обычного права Древней Руси помогал выжить всем членам общины: “Большая часть норм обычного права, регулирующего отношения внутри общин, свидетельствовала об определенных гарантиях корпоративного выживания как трудоспособных, обеспечивая их средствами труда, так и нетрудоспособных, оказывая им минимальную социальную помощь”.

Н.Н. Алексеев подчеркивает, что даже в период сформировавшейся государственности, возникшей на преодолении остатков удельно-вечевой системы в частно-правовых и договорных отношениях, у нас вместо римских представлений о субъективном праве доминировало утверждение семейно-патриархальных обязанностей. Примером тому является взгляд на собственность как на относительное или ограниченное право, доминировавшее в отечественной правовой традиции. И несмотря на то, что договорные отношения в это время получили все же распространение в деловом и торговом обороте, договорное начало не могло быть доведено до той абсолютизации, которой отмечено оно на Западе в публичном праве.

Таким образом, в исторической динамике России принцип обязанностей доминировал в становлении отечественного правосознания. Если же учесть черты российского государства при Петре I, принявшего облик административно-полицейского образования, регламентировавшего все стороны общественной и экономической жизни, вплоть до “домовых расходов граждан”, материала для изготовления гробов, покроя одежды и многого другого, то “обязанный” характер жизни большей части населения не вызовет никаких сомнений.

Следует добавить, что в советское время также господствовали отношения, при которых правообязанностям на стороне правящего слоя соответствовали обязанности всего народа. Появившееся в эпоху советского государства общеупотребительное словосочетание “добровольно-принудительно”, применявшееся практически во всех сферах правоотношений – от хозяйственно-экономических до трудовых, – яркое тому подтверждение.

Таким образом, учения естественного права чужды нашей истории, а с ними чужды и представления о государстве как об акционерном обществе, основанном множеством независимых и несвязанных собственников. Следует признать, что на Западе и в России существовали две совершенно разные традиции права: одна базируется на верховенстве личного начала по отношению к началу общественному, другая ставила личность на службу государству, нивелировала личное начало, подчиняла его обществу. И, думается, ошибкой было бы считать, что в России мы наблюдаем отсутствие правовых традиций, правовой культуры, неразвитость правового менталитета, что констатируют многие западники-либералы.

Дело в том, что неразвитость личного начала как в древнерусской, так и в современной культуре вовсе не означает неразвитости правового начала, а свидетельствует о своеобразии русской правовой культуры. В истории и традициях государства и права России можно обнаружить множество сходных черт как с западной правовой культурой, так и совершенно самобытных. На наш взгляд, в рамках каждой культуры существует свое понимание общественной жизни и политико-правовых институтов, эту жизнь обеспечивающих, что позволяет признать самобытность российской правовой культуры, традиций, менталитета, государственности и права, правового мышления в целом. Поэтому нам наиболее близка точка зрения Ф.В. Тарановского, согласно которой в мире византийской правовой культуры были «выработаны свои понимание и принципы “объективной законности”, не менее твердые и обязательные для государственной власти, чем законность мира западно-римской культуры».

Прежде всего, “законность” воспринималась как состояние социальной реальности, дававшее возможность сословиям быть уверенными в сохранении или даже некотором улучшении их общественно-экономического и правового статуса. Поскольку солидарные интересы сословий были различными, социальный аспект такого понимания народное правосознание связывало с нарушением “правды”. В.А. Рогов на основе анализа крестоцеловальных записей указывает: «Царь обязывался вести политику, которая обеспечивала бы всем “православным христианам” “тишину, покой и благоденствие”. Именно такая формула отвечала пониманию законного состояния всеми сословиями».

Безусловно, точку зрения славянофилов, согласно которой в допетровской истории можно наблюдать государство добровольное, основанное на “взаимной доверенности” народа и власти, следует принимать как слишком идеализированную. Мир и нравственное единство, свободное согласие, пронизывающее отношения между властвующими и подвластными, основанное на едином нравственном убеждении, а не на формальной юридической норме, не на правовых гарантиях, в отличие от западных государств, – основная черта российской государственности, полагали славянофилы. Однако это вовсе не значит, что право, законность, правопорядок не могут быть гармонично вплетены в такую сеть социальных ценностей.

Таким образом, можно выделить, на наш взгляд, две основные черты государственно-правового менталитета и правопонимания русского народа: вечный поиск “правды”, и желание построить “государство правды”. Если сравнить этот менталитет с западным, то налицо их различная природа. Западный правовой менталитет и правовая традиция выросли из глубины религиозных эмоций, воспитанных реформацией. Русский же народ на основе православия усвоил другое понятие о правде и справедливости, несовместимое с идеалами формальной справедливости, личной негативной свободы и индивидуализма. Все это ведет к тому, что термин “право” получает совершенно различный смысл в повседневном и научном правовом мышлении россиян и европейцев.

Здесь могут возразить тем, что менталитет, несмотря на свою устойчивость и постоянность в общих чертах, тем не менее подвержен изменениям. Однако социологические исследования показывают, что вопреки колоссальной пропагандистской кампании по размыванию базовых, основополагающих для всей российской культуры на протяжении веков взглядов и ценностей, для большинства россиян (причем и для большинства сегодняшней молодежи) культурный стереотип превосходства интересов общества над интересами личными, социального права над индивидуальным сохранил свое значение и продолжает “работать”.

Как мы уже указывали, для большей части россиян сегодня главными являются ценности социальной справедливости и семьи, которые по своему содержанию концентрированно выражают потребность в отношениях государственного патернализма и социальной справедливости. Молодежь современной России тотально не охвачена жаждой стяжательства, власти и успеха, то есть той системой ценностей, которую предлагает капиталистическая модель, выросшая на принципах трудовой этики протестантизма и переродившаяся в материалистическую этику “общества потребления” и всеобщего гедонизма. Конечно, любой человек, и россиянин в том числе, хотел бы жить материально обеспеченно, но для большинства россиян с традиционным для русской культуры культом “аскезы” по-прежнему “не в деньгах счастье”. Отсюда, мы полагаем, вытекает и негативное отношение к частно-правовой форме легитимации государственной власти, базирующейся на “общественном договоре” и верховенстве субъективного права.

Свобода и право также не чужды россиянам, как полагают современные западники (прежде всего, ввиду элементарного нежелания вникать в смысл, вкладываемый в эти понятия). Несмотря на переживаемые материальные трудности, более двух третей россиян выбирают свободу как наиболее значимую для себя ценность, приоритетную по отношению к материальному благополучию (55,7 % – в 1993 году и 70,6 % – в 1995 году). Однако нельзя не отметить, что россияне понимают ее не как выбор одного из возможных “нормативных” вариантов, кроме прямо запрещенных законами, а как свободу “самостийную”, возможность “быть себе хозяином”. Далее, своеобразна также проблема “правового нигилизма”, о которой не говорил в последние годы только ленивый: недоверие и отчуждение от власти, нарушающей элементарные обязательства по отношению к народу, привели к тому, что 72 % опрошенных россиян выразили готовность соблюдать законы, даже устаревшие, только при условии, что это же будут делать и представители власти.

Если рассматривать ментальность в правовом мышлении как детерминанту выбора между иррациональной и рациональной компонентой в обосновании принимаемого решения на выбор юридически значимого поведения, то у россиян прослеживается ценностно-эмоциональная, “эквивалентно-воздающая” доминанта, в отличие от формальности, абстрактности, шаблонности и догматичности в западноевропейском правовом мышлении.

Как известно, в западной традиции права сформировалась научная и обыденная установка жесткого разведения юридических и морально-нравственных регулятивов. Договор одной стороне может быть выгоден, а для другой – разорителен. Однако человек, заключивший разорительный договор, должен разориться – таковы принципы буржуазных частно-правовых отношений со времен римского права. Никакой обязанности не разорять в классическом юридическом мировоззрении западных народов не существует. Из нравственных побуждений можно сжалиться над должником, можно доброжелательно относиться к рабочим и слугам, но все это не есть юридически признанные обязанности. Это частное дело, а для публики имеет значение лишь то, что в договоре формально выражено и закреплено. Поклонники западной правовой культуры, сердцевиной которой и является такое “строгое право”, часто забывают древнеримскую знаменитую сентенцию: “строжайшее право – это величайшая несправедливость” (summum ius summa iniuria).

Например, Кант в одной из ключевых работ, посвященных праву, пишет: “Домашний слуга, которому набежавшее к концу года жалованье выплачивается в обесценившихся за это время деньгах, причем на них он не может приобрести то, что мог бы купить тогда, когда заключал контракт, не может при одинаковой номинальной стоимости, но разной стоимости денег ссылаться на свое право; он может лишь взывать к справедливости (немому божеству, голос которого нельзя слышать)… Справедливость относится только к суду совести (forum poli), а каждый правовой вопрос должен решаться на основании гражданского права”. Заметим, что именно в этой работе описана философом его знаменитая доктрина правового государства.

Под вышеизложенной цитатой Канта могут и по сей день подписаться практически все юристы-позитивисты. Юридический позитивизм XIX века обязан своим появлением именно развитию буржуазных отношений Нового времени, когда “нормы естественного права чаще всего отождествляются с основными принципами частного права”, и экономически-господствующий класс становится заинтересованным в стабилизации существующих правоотношений.

Таким образом, право и мораль получают глубокое разделение, и нет никаких преград на пути утверждения Канта о том, что деятельность государства надлежит свести к правосудию, и ей не следует выходить за рамки “чистого права”. Проблемы неимущих классов, здравоохранения, образования находятся вне компетенции государства и должны решаться гражданским обществом в добровольном порядке.

Наконец, как известно, центральной категорией западноевропейской культуры, начиная с эпохи Нового времени, является гуманизм. Путь европейского гуманизма – путь более или менее решительного утверждения человеческой личности, выше которой вообще ничего нет, кроме нее самой (ни Отечества, ни другой личности, ни духовной чистоты и совершенства). В философской литературе отмечается, что европейский гуманизм – следствие такого фундаментального элемента европейской культуры, как рационализм, понимаемый как культивирование универсальных (всеобщих) форм жизнедеятельности человека, основанных на определенных специфических мировоззренческих предпосылках. А.А. Контарев подчеркивает, что «главный фактор европейского гуманизм – идея “универсального человека”, модифицированная каждой эпохой в соответствии с ее социокультурными доминантами… Принципиально неизменной остается сама идея универсальности (всеобщности) человека, будучи основана на специфической европейской “метафизике” мира, космоса, природы и человека». Таким образом, претензия на универсальность лежит в самых глубинных корнях, архетипах западноевропейской культуры. Эта претензия культивирует универсальные формы жизнедеятельности в виде экономических, этических, политических и правовых доктрин, придавая им статус гносеологической всеобщности (универсальности), рассматриваемой как выражение абсолютной истины. Отсюда рационализм, “заявка” на универсальность, индивидуализм и социальный атомизм – краеугольные камни западной правовой ментальности.

Таким образом, на основе сравнительного анализа российского и западноевропейского менталитета можно предположить, что существует два основных вида правового мышления – эгоцентрический (индивидуалистический) и социоцентристский (соборный). Приведенный ранее пример о решении дилеммы о СПИДе словаками и шотландцами – лишь один из множества примеров, подчеркивающих различие правового мышления в разных культурах. Зависимость ценностей от того, чему отдается предпочтение – индивидуальному самоконтролю и личным достижениям (пользе) или обязательствам общественной солидарности и взаимопомощи, сказывается и на правовом мышлении. Желаемое право индивидуалиста защищает независимость, самостоятельность, личные успехи. Особое место среди его ценностей занимают права индивидуальности, формальное равенство и формальная справедливость, свобода личности. Причем свобода негативная, “свобода от”, а не “свобода для”. В социоцентрическом правовом мышлении проявляется взаимозависимость человека от других: межличностные связи, консолидация, общее право на благополучие общества, признание необходимым обеспечение “права на достойное существование” и т.д. С психологической точки зрения индивидуалист не понимает и не реагирует спокойно на ограничения личных свобод, которые могли бы причинить ущерб благополучию общества, общему благу; социоцентрист готов спокойно принять такое положение. Первый предполагает, что виноват сам человек, второй считает, что виновато общество. Социоцентристу ближе эквивалентность воздаяния, справедливость, иррациональная грань правового мышления; индивидуалисту – формальность, догматичность, рациональность правового мышления. По отношению к государству первый мыслит власть как отвечающую высшим ценностям, общему благу и общей идее, ценностям; индивидуалист – как отвечающую процедурным схемам избрания и обеспечивающую личные интересы.

**Тема 8. Деидеологизация как фикция юридического мышления и идея универсального правопорядка**

Идеология – это всегда комплекс идей о должном, система и иерархия ценностей, их предпочтений. Идеология может включать в себя взгляды на существующую социальную действительность, интересы, цели самых различных субъектов социальной жизни – правящего слоя, народа, поколения, общественных объединений и т.д. Идеология может быть реалистичной, утопичной, рационалистичной и т.д., но это всегда ценностная конструкция, совокупность целей и средств. Рассмотрение идеологии в таком аксиологическом ключе упрощает анализ влияния правовой идеологии на юридическое мышление.

Государственно-правовая идеология не должна отождествляться с теми ценностями, которые закреплены в нормах действующего законодательства. Государственно-правовая идеология – иерархия политических и правовых ценностей, а также ряд суждений, обосновывающих структуру этой иерархии. Важное место среди данных ценностных соотношений занимает вопрос о взаимосвязи права и государства, что и позволяет говорить о государственно-правовой идеологии как совокупности представлений о месте и значении государства и права в общественном идеале.

В качестве составной части государственно-правовой идеологии можно выделить и правовую идеологию, которая может рассматриваться как иерархия именно правовых ценностей, построение или представление в качестве целей и средств различных понятий правовой действительности, например, права или обязанности человека и права или обязанности государства: формальное равенство, закон и указ, законность, право собственности, социальная справедливость и т.д. Пирамидальная структура этой иерархии позволяет расставить приоритеты и сформулировать принципы права и правового регулирования, стратегии и направления развития правовой системы и правовой политики. Правовая идеология основывается на определенной правовой доктрине, правопонимании.

Соотношение государственной, государственно-правовой и правовой идеологии в различных культурах своеобразно и уникально. Например, в западной традиции права большая часть существующих государственных идеологий основана на преувеличении роли права в общественной жизни, в силу чего доминирующей над остальными является именно правовая идеология. Правовые ценности занимают более высокое положение по отношению к морально-нравственным, религиозным, политическим. Причем в иерархии самих правовых ценностей главенствуют индивидуалистические и частно-правовые ценности субъективного права, автономии, договора, децентрализации и т.д.

Проблема “государственно-правовой идеологии” в последние годы является чрезвычайно актуальной для юридической науки. С одной стороны, ее нет (по Конституции Россия – страна идеологического плюрализма, в которой запрещено закрепление в качестве государственной какой-либо идеологии), с другой – она должна быть, иначе не понятно, каким образом выстраивается система ценностных предпочтений, ими обосновывается нормативная деятельность государства. Ведь норма – это, прежде всего, какая-то защищаемая ценность и, следовательно, система норм или система законодательства (системность – один из необходимых принципов права) – это, прежде всего, система ценностей, их объективации. Значит, государственная идеология присутствует неизбежно в системе правовых норм, издаваемых государством. А следовательно, какая-то государственная идеология также присутствует в сегодняшней системе права и правовой системе России, как присутствовала она десять, двадцать и т.д. лет тому назад.

Очевидно, что наиболее идеологизированной частью системы права является Конституция РФ. Ее нормы являют собой цели по отношению ко всем остальным нормам системы права, которые могут быть рассмотрены как средства для достижения целей (реализации ценностей), заложенных в конституционных нормах. Исходя из того, на каком месте в Конституции РФ 1993 г. расположены правовые ценности, мы можем определить действующую государственно-правовую идеологию как либерально-демократическую. Правовая идеология, являющаяся частью последней, может быть названа “индивидуалистической”, основывающейся на принципах рационалистической версии естественного права.

Сегодня принцип “идеологического плюрализма”, возникший вследствие секуляризации государственных идеологий Западной Европы, – наиболее почитаемая наряду с правами человека “общечеловеческая ценность”. Идеологический плюрализм – неизбежный спутник правового государства – государства, построенного на принципах, напоминающих принципы организации акционерного общества. Предполагается, что как у акционеров не может быть общих ценностей самих по себе (общий интерес – “процветание компании” – служит лишь частному, индивидуальному интересу, ради которого оно и создается), так и у граждан в правовом государстве общей ценностью является собственная выгода, польза, получаемая от существования этого “временного и вынужденного союза”. Теоретические конструкции, описывающие деятельность таких государств, неизбежно насыщаются терминологией и логикой гражданского права. Последнее со времен римского частного права признается вершиной правового мышления – “правовым разумом”. Отсюда создается иллюзия того, что “деидеологизация” права и правовой системы является необходимым условием настоящего, “истинно” правового мышления, свободного от догм государственных идеологий, от общих идеалов, которые могли бы конкурировать с ценностями индивидуалистического плана. Причем требование быть “деидеологизированным” адресовано не только правоприменителю, представляемому, видимо, в таком подходе логическим автоматом, но и правоведу, который в соответствии с идеалами анонимности и объективности просвещенческого знания в сочетании с рациональным складом мышления должен, отыскивая закономерности социально-правовой и политической жизни, конструировать совершенное и окончательное гражданское общество, общественный договор, глобальный правопорядок и т.д. Такая идеология может называться идеологией рациоцентризма. Это – идеология, формирующая человека, жизнь которого императивно подчинена таким идеям разума, которые в силу своей обезличенности, универсальности и стандартности превращаются в тоталитаризм. Во многом благодаря этой идеологии вкупе с технологическим прогрессом западная цивилизация сумела установить тот самый тотальный контроль над человеком во всех формах его жизнедеятельности, о котором писал Г. Маркузе: «Сам способ организации своей технологической основы современного индустриального общества заставляет его быть тоталитарным; ибо “тоталитарное” здесь означает не только террористическое политическое координирование общества, но также не террористическое экономико-техническое координирование, осуществляемое за счет манипуляции потребностями с помощью имущественных прав». И ширмой здесь послужила та самая идеология “правового государства”, либеральной демократии и “прав человека”, ценности которой так упорно и безрезультатно насаждаются представителями современной отечественной юридической науки.

Возникает вопрос: действительно ли все отношения в государстве могут быть описаны в терминах горизонтальных правоотношений? Как, например, в формулах частного права описать взаимоотношения государства и военнослужащего или сотрудника милиции, приносящего клятву (в присяге) не жалеть своей жизни для защиты отечества? Не правда ли парадоксальным выглядит случай, когда акционер клянется потерять свою долю и свою жизнь в случае угрозы благосостоянию остальных акционеров и компании в целом. Такая клятва выглядит логически абсурдной, ведь в таком случае цель членства – личный достаток – ставится ниже средства – благо компании. Или, скажем, как в формулах индивидуалистического правопонимания описать обязанности государства заботиться о будущем поколении, малоимущих, о “неудавшейся” части общества, о воспитании молодежи и т.д.

В самом деле, если “право на жизнь” или “право свободно мыслить” объяснимо хотя бы тем, что природа и Бог дает человеку жизнь и разум, а не общество, то объяснить, оставаясь в рамках индивидуалистической теории права, в силу каких обстоятельств государство обязано перед всеми родившимися и рождающимися, невозможно. Совершенно непонятно, почему в социальном правовом государстве будущего каждому будет обеспечено “достойное человеческое существование не в силу социального милосердия…, а в силу присущих каждой личности прав человека и гражданина”, как это мыслил Б.А. Кистяковский. Государство и общество должны сказать: “Природа и Бог дали право на жизнь, пусть природа и обеспечивает сохранение этой жизни. Если хочешь иметь право на достойное существование, то сделай нас обязанными по отношению к себе. Для этого надо бы прежде послужить этому обществу и государству”. Поэтому правовое и социальное государства находятся в неразрешимом противоречии, так как покоятся они на совершенно различных основаниях – идеях о соотношении личности и общества.

А.С. Мамут совершенно прав, когда не находит обоснования для признания права на достойное существование в идее права, замечая, что мир права не “оборудован” под воцарение в нем “социальной справедливости” или что пространство, занимаемое правом, суживается, когда стремятся максимизировать равенство фактическое и минимизировать формальное. Право, понимаемое как “формальное равенство”, лежащее в основе доктрины правового государства, не может не входить в противоречие с принципом социальной защиты. Однако если понимать право как “правду” не только формальную, но и социальную справедливость, то, на наш взгляд, ни в какое противоречие социальное и правовое государство не вступают. Но такое правопонимание, в свою очередь, возможно лишь в рамках идеи нравственно-правового государства, “государства-правды”, в котором ценности общего не менее, а то и более важны, чем личные интересы каждого.

Нельзя в чем-то не согласиться с одним из представителей отечественной правовой мысли, эмигрировавшим из России после революции в США А.А. Гольденвейзером: “Если строить теорию права на наделении лиц максимальным количеством прав, то совершенно ясно, что рано или поздно эти права должны начать сталкиваться с правами государства. А тогда неизбежно придется стеснять и ограничивать одну или другую сторону…Чем бессильней государственная власть, тем крепче незыблемые права гражданина”.

Таким образом, решение обеспечить социальную защиту противоречит логике существования акционерного общества, уставной капитал которого существует и формируется за счет паевых взносов извне, а не изнутри. Стоит ли вообще социальное служение, глубоко нравственное, требующее самопожертвования, сводить к прагматичному “согласованию интересов”.

Думается, стремление описать в понятиях частного права все многообразие отношений между людьми и, прежде всего властеотношений, ведет к примитивизации юридического мышления. Конечно, мы не считаем, что радикальная идеологизация является необходимой линией развития юридической науки. Но не рефлексивное отношение к идеалам и ценностям рационализма порождает массу противоречий, выдачу желаемого за действительное, должного за сущее. Необходимо осознать, что “идеологический плюрализм”, неангажированное правовое мышление – очередная юридическая фикция, не более того, а “правовое государство” – такая же утопия, как и “коммунистическая безгосударственность”. Государство должно объявить: какой идеологии и какой системы духовно-нравственных ориентиров и моральных ценностей оно придерживается в своей стратегии.

Вряд ли кто из последовательных сторонников позитивного научного знания будет спорить сегодня, что теоретическая наука не может быть “строгой” наукой, если она принимает в качестве основы построения своих концепций хотя бы одно практическое суждение. Современные правоведы, тем не менее не задумываясь, принимают за основу своих рассуждений общечеловеческие ценности, закрывая глаза на то, что общечеловеческое не означает объективное, не говоря уже о том, что “общечеловеческие ценности” – один из мифов рационализма западной культуры. Как справедливо отметил Н.Н. Моисеев: «…предложение о неких универсальных “правах человека”, одинаково пригодных для населения всей планеты, является такой же иллюзией, как и представление о возможности однозначной интерпретации представления о “добре”».

Здесь могут возразить, что при познании социально-правовой действительности невозможно обойтись без ценностного подхода и, следовательно, общечеловеческие ценности тоже помогают избежать субъективности в науке. Это – как бы уловка, максимально приближающая юридическую науку к общезначимым ориентирам.

Все зависит от решения вопроса о природе “общечеловеческих ценностей”. Вопрос этот решается достаточно просто: так же как невозможно существование двух одинаковых людей, невозможно существование двух целиком совпадающих отношений к миру, ценностных структур сознания. Отсюда предположение о неких универсальных “правах человека”, одинаково пригодных для всего человечества в качестве высшей ценности, вступает в противоречие с тем, что называется “логикой ценностей”, с принципом того же “идеологического плюрализма”, исходящего из невозможности однозначной интерпретации вопросов справедливости и права. Даже если допустить, что “права человека” существуют в качестве ценности у всех народов мира, их соотношение с правами общества, народа, государства у всех культурно-исторических общностей уникально и неповторимо. Это прямой диктат – навязывать свои западноевропейские идеологические шаблоны всему миру.

Здесь могут возразить еще и тем, что ценности, обусловливающие существование оценивающего субъекта, не могут не относиться к основным. Однако из этого не следует, что человек должен являться более высшей ценностью по отношению к иным, основным ценностям, так как первичным по отношению к человеку носителем ценностей выступает общество, от которого эти ценности к нему “попадают”. «“Мы” столь же первично – не более, но и не менее, чем я», – говорил С.Л. Франк. Поэтому к разряду основных на том же основании можно отнести и ценности общего.

Чем более похожи между собой люди, тем более общими являются их ценностные иерархии. Общность между людьми порождается общностью формирования и становления их в рамках одной ценностной системы – культуры. Следовательно, необходимо признать, что понятия о правах человека и человеческих ценностях определены культурно-исторической судьбой того или иного народа как носителя определенных ценностей. И юридическая наука, ссылаясь на “общечеловеческие ценности”, будет гораздо “объективнее” (если это понятие здесь уместно), подставляя под “общечеловеческие” ценности своей культуры. Следует признать, что в действительности не может существовать юридической науки “вообще” – свода “инженерных” инструкций к построению правопорядка, как не существует и человека “вообще”, вне того или иного культурно-исторического контекста.

Юридическая наука в последние годы оказалась в сложном положении: с одной стороны, проблемы идеологического характера должны оставаться вне научного юридического мышления, в круг задач которого не входит формулирование интересов различных слоев и групп населения, ценностей социума, с другой – принимая в качестве фундамента своих построений то или иное решение вопроса о природе права, основываясь на определенном правопонимании (как мы неоднократно указывали, понимание всегда связано с определенной ценностной позицией субъекта), через правовую доктрину наука воздействует на правовую и, соответственно, на государственно-правовую идеологию. Отраслевые юридические науки, в частности, конституционное право в описании и конструировании правовых институтов тем более зависят от действующей государственно-правовой идеологии, так как опираются, в первую очередь, на нормы действующего права. Даже применяя социологические методы, ученый находится под идеологическим воздействием действующего права, так как интерпретация фактов проводится им при сопоставлении с действующим правом.

Таким образом, юридическая наука является проводником политических интересов, и этого ей избежать не удастся до тех пор, пока право будет нормативной системой – системой должного, ценностно не безразличного поведения. То есть никогда. Иллюзорная деидеологизация права и правового мышления приносит только вред общественному развитию, так как порождает несправедливость, обеспечивая интересы близких к власти кругов. Идеология “правового государства”, “гражданского общества”, “общечеловеческих ценностей”, первичности личности и ее субъективного права по отношению к государству и обязанностям, “равенства различных форм собственности” – идеология “удавшихся” и немногочисленных социальных слоев, основная задача которых сделать свое благосостояние, полученное на волне распада государства, “неотъемлемым и прирожденным”. Те же правоведы, которые выдают суждения о должном за теоретические истины, вносят свой весомый вклад в этот обман. Следует согласиться с А.И. Экимовым, что все правовые идеи обусловлены и обязаны своим существованием какому-либо конкретному интересу или ценности. И лишь в той мере, в какой имеет место общность ценностей представителей науки и народа, различных индивидов и социальных групп, возможно не замутненное субъективными ценностями представление о праве. Последнее еще раз подчеркивает значимость существования единой для всего государства правовой идеологии, основанной на той системе правовых ценностей, которые вытекают из культурного своеобразия народов этого государства. Если говорить о России, то, на наш взгляд, это – несомненно, евразийская государственно-правовая идеология, учитывающая все культурное многоцветие народов России, объединенных общей судьбой и, следовательно, общими ценностями.

Правовая идеология определяет доминирующий принцип построения правопорядка, который, по “идее”, должен целиком зависеть от правового менталитета, народного правосознания и является совокупностью способов и средств правового регулирования. Принцип “разрешено все, кроме прямо запрещенного” представляет собой ставку на высокий уровень личностного морального сознания, индивидуальную совесть, на доверие к субъектам общественных отношений, самостоятельно определяющих морально-нравственные императивы. Реформаторы отечественного права решили строить правопорядок новой России на этом принципе. Однако он не воспринимается отечественным правосознанием, в котором, с одной стороны, морально-нравственные и правовые регулятивы существуют неразделимо (“правда” не воспринимает “голый” юридический формализм как необходимый компонент правопорядка), с другой – отсутствует традиция морально-нравственного самоопределения и индивидуализма. В результате успеха добились только те, кто смог “растолкать локтями” окружающих, а у них моральный индивидуализм выглядит скорее как эгоизм, а не как индивидуальная совесть. Кроме того, никогда в России свобода сама по себе не ставилась на первое место в ценностной иерархии народного этоса.

Со времен начала реформ прошло много времени, и указанный принцип обнажился в своей явной неполноценности. Некоторые правоведы находят причину в том, что данный принцип осуществим в полной мере “лишь в зрелом гражданском обществе, каковым Россия пока не является”, и в стране не сложилась многовековая традиция законопослушания.

Возразим здесь следующим: во-первых, невозможно с позиции научной рациональности обосновать точку зрения, согласно которой для России необходимо быть гражданским обществом, так как указанное разграничение порождено тем же антропологическим мифом о доброй (самой по себе) натуре человека, реализующейся полноценно лишь в свободном от государства (необходимого, “вынужденного зла” – в терминологии либералов) пространстве, которому обязан своим возникновением и принцип “общего дозволения”. Во-вторых, не соглашаясь с отрицанием традиции “законопослушания” в национальном правовом опыте, можно задать вопрос: как без традиции законопослушания в СССР выполнялся другой принцип: “дозволено то, что разрешено законом”? Каким образом в отсутствие этой традиции народ столько молчаливо терпит, превратившись со времен Петра I в объект постоянных реформ и экспериментов?

Дело в том, что правосознание для реализации общедозволительного принципа необходимо предполагает жесткое разведение права и морали, духовно-нравственного и правового начал в жизни человека. Законодатель, вводя этот принцип, с одной стороны, возлагает надежды на моральное сознание, на уважение к другой личности, способное “остановить” использование дозволения со злым умыслом, с другой – гарантирует свободу в выборе морально-нравственных ориентиров. Россиянин, для которого право неразрывно связано с понятием “правда”, а государство воспринимается не как “вынужденное зло”, а как единство русского народа, общая, объединяющая ценность, абсолютно правильно понял этот принцип как дистанцирование государства от вопросов правды и справедливости, морали и нравственности. Но при этом вместе со свободой морально-нравственного самоопределения россиянин стал и в правовом смысле “самоопределяться”, восприняв уход государства со столь важного для него духовно-нравственного пьедестала, каким оно было весь период российской государственности, как слабость, ненужность государства. Уважать закон и право просто за то, что это “право”, за то, что оно удобно, выгодно, рационально, русский человек не может, и из этого следовало бы исходить нашим реформаторам и правоведам.

В какой-то период верховенство этого принципа действительно вытекало из самой социальной среды, “снизу”, так как власть сама способствовала мощной пропагандистской кампании по навязыванию обществу радикального либерализма, а также по очернению всей российской истории, в которой личность была якобы (по западноевропейским меркам) излишне зажатой. Видимо, в силу этой самой “зажатости” Россия известна во всем мире своими достижениями в области культуры, искусства и науки – тех областей, где требуется максимальное раскрепощение личности. Да и вообще, можно ли сказать, что современный среднестатистический американец, живущий по принципу “бери от жизни все”, более свободен, чем среднестатистический россиянин?

Однако сейчас дается его трезвая оценка, и следует согласиться с Н.И. Матузовым, отмечавшим, что будущее этого принципа должно быть обязательно связанным с принципом общезапретительным. Убеждение, идеологическое воздействие должно превалировать над принудительными механизмами наведения порядка, так как правопорядок, опирающийся в основном на принуждение, неполноценен – это очевидно. Однако для действенности убеждения необходимо учитывать традиционные ценности и менталитет россиян.

Деидеологизация российской правовой системы, представляющая собой, по сути, либеральную идеологизацию, привела к господству ценностной системы индивидуалистического типа (с превосходством ценностей личного блага по отношению к благу общему), что является грубым расхождением с традиционными ценностными иерархиями россиян и историей России, в которой всегда главенствовало идейное социальное начало. На наш взгляд, наличие всеохватывающей идеологии с гармоничным сочетанием коммунитарных и индивидуальных ценностей есть единственный выход сохранить традиционный духовно-культурный, религиозный уклад России. Государство обязано взять на себя ответственность за духовно-нравственное развитие народа, выработав четкую моральную позицию и систему нравственных ценностей в соответствии с культурно-историческими традициями нашей страны, закрепив их в государственной идеологии. В противном случае неизбежен “правовой нигилизм”. Таким образом, государственно-правовая идеология России в XXI веке должна включать в себя идею не правового государства, а государства нравственного, “государства правды”. Только в сильном государстве толерантность – признак верного вектора развития, а не агонии и слабости государственного и правового порядка.

Опыт исследования правового мышления имеет какое-либо значение лишь в том случае, если на его основе можно скорректировать представление о праве, процессах и событиях, имеющих правовую природу, о правопорядке в целом. Представляется важным здесь указать на то, что правопорядок в нашем прочтении проблематики правового мышления мыслится уже несколько иначе, чем ранее представлялся он как нечто объективно-закономерное, формируемое социальными инженерами аналогично тому, как строится здание архитектором и прорабами. Это, скорее, особый порядок человеческого общения, интерсубъективного взаимодействия, в который вступают “признающие” друг друга в качестве ценностей субъекты, желающие соизмерять свое существование с другими людьми. На наш взгляд, прав Н.Н. Алексеев, утверждая: «Именно тот факт, что наряду с моим “я” и его внутренней жизнью существуют еще другие “я”, отношения между которыми складываются иначе, чем мои отношения к самому себе, этот факт и составляет основу правопорядка».

Своеобразие, характерность, индивидуальность составляют существенную особенность личности – во внутренней личной жизни каждого человека мы находим максимум уникальности и своеобразия, высочайшее напряжение характерности. Как же достигается взаимопонимание в процессе общения, если два человека уникальны и индивидуальны? Посредством нахождения точек соприкосновения – общих ценностных позиций, полагает современная герменевтика. Те ценности, которые занимают одинаковое место в ценностной иерархии субъектов, – то общее, что составляет основу для взаимопонимания. Следовательно, общение предполагает наличие чего-то общего, единства, некоего целого, частями которого является частное, индивидуальное, – сознания и ценностные порядки каждого входящего в общение индивида. Но, на наш взгляд, очевидно, что каждая культура отличается одна от другой различным ценностным порядком. Следовательно, наиболее успешно взаимопонимание достигается между людьми, принадлежащими одной культуре, одной социальной среде: классу, обществу, государству. И идеальная общая воля в государстве – не что иное, как достигнутое единство в многообразии, то целое, которое состоит из частного и находится не в состоянии порождения, а в состоянии постоянного контакта с частным. Поэтому основу здорового правопорядка составляет не принудительный момент (давление целого над частями) и не рационально-логический (механическое составление целого из эгоистичного частного), а герменевтический: целое определяется частным, а частное – целым (целое понимается из частей, части – из целого).

Личность является частью общественного целого, понять (хотя бы частично) ее внутренний мир невозможно вне этого целого, которому она принадлежит, ее ценностный порядок, правовая культура и правосознание определены этим целым. Однако, будучи индивидуальной и уникальной, каждая личность имеет сугубо ей свойственное и глубоко интимное мироощущение и ценностный мир, что не позволяет целиком слить ее с этим целым.

Таким образом, беря за основу то, что общение – главный момент в идее правопорядка, в его понимании необходимо отправляться от того, что представляет собой общение. Так как общение возможно лишь там, где имеется нечто общее – общие ценности (иначе невозможно взаимопроникновение индивидуальностей), каждое государство целиком зависит от общепринятых в нем ценностных порядков, а следовательно, от культуры.

Весьма примечательны в этой связи слова К. Ясперса: «На уровне духа каждый индивид выступает как момент в жизни целого; именно целое, олицетворяющее собой идею, – народ, нация, государство – определяет место и значение индивида… Если индивиды как представители “сознания вообще” связаны между собой тем, что есть в них тождественного, то в качестве носителей духа они объединены тем органичнее, чем своеобразнее каждый из них: органическая целостность есть “тождество различных”. Это тип коммуникации более высокий, чем связь эмпирических индивидов посредством взаимно приносимой пользы или связь людей, признающих общий закон». Для самой возможности социального общения между личностями необходимо предположение какого-то “надличностного целого”. Это целое и есть то, что называли “духом нации” Савиньи, Пухта, Гегель; “почвой” называл это целое Ф.М. Достоевский; на современном языке это – традиция, культура, символический универсум.

Таким образом, чтобы ответить на вопрос о соотношении правопорядка, правового мышления и культуры в контексте правовой идеологии, необходимо обратиться к социокультурной составляющей процесса осмысления (конструирования) социально-правовой реальности. Это важно, в первую очередь, потому, что модернизация отечественной правовой системы абсолютно не учитывает культурно-исторической преемственности, традиции и обусловленности правового мышления тех, кому адресованы реформы, и ангажированности тех, кому приходится их разрабатывать (мы имеем в виду западников, не желающих замечать то ценное, полезное, значимое, что есть в огромном количестве в российской культуре и истории). Славянофилы и почвенники, консерваторы и сменовеховцы, И.А. Ильин, евразийцы и неевразийцы, впрочем, также все последователи исторической школы права, сформированной в Германии Г. Гуго, К. Савиньи и Ф. Пухтой, справедливо отмечали, что право – продукт культурно-исторического творчества народов, и рациональный путь формирования правопорядка должен дополнять это творчество оформлением народного правосознания в юридически законченные общезначимые формулировки, а не отрицать его.

Между тем следует признать, что на сегодняшний день в России практически отсутствует собственная, самобытная и оригинальная философско- и теоретико-правовая мысль, задачей которой было бы не слепое подражание западным моделям, а поиск своего пути правового развития, отвечающего духу и чаяниям российского народа. Провозгласили их в качестве доминант государственно-правового развития ведущие представители отечественной юриспруденции, еще в недавнем прошлом вполне справедливо критиковавшие европейский буржуазный правопорядок и капитализм как далекие от совершенства общественно-политические идеалы. Теперь же почти не ставится под сомнение то, что эти ориентиры могут претендовать на универсальную роль морально-правовых идеалов для всего человечества и верховенство по отношению к иным ценностным порядкам.

В то же время осмысление такого богатейшего по своей многомерности явления, как право, с помощью понятий, выработанных в западноевропейской политико-правовой традиции, будет всем, чем угодно, но не наукой, так как нельзя “общую теорию права” строить на опыте исключительно европейской истории и отбрасывать тысячелетний опыт истории других культур, который не укладывается в “прокрустово ложе” представлений о праве европейской науки. Поэтому важнейшим условием правоведения являются преодоление европейского эгоцентризма, привлечение в орбиту исследований всех возможных правовых культур.

Юридическая наука в XX веке столкнулась с новым для себя процессом универсализации и унификации правовых укладов. Процессы глобализации затронули самые удаленные уголки планеты, и вряд ли остались регионы, в которых ничего не слышали о правах человека, о правовом государстве, международных структурах правосудия, демократических свободах и т.д. Даже если люди в данных регионах не желают ничего знать об этих ценностях, жесткая, а зачастую и агрессивная политика некоторых западных стран последовательно ведет к распространению своих идеалов.

Безусловно, права человека представляют собой важнейшее достижение западной цивилизации, центральное ядро философии права и правовой культуры европейских государств. Там они вписаны в цивилизационный контекст и составляют стержень политико-правовых систем. Дальнейший вектор генезиса европейского права связан с данной ценностью, хотя и на этот счет есть сомнения ввиду нарастающей тоталитаризации потребительского отношения к жизни “одномерного человека”, все интересы которого измеряются собственной выгодой и частно-правовым интересом.

Между тем гуманитарное право содержит в себе мощный потенциал в плане развития культурного, политического и правового плюрализма многополюсного мира. Защита прав коренных народов, малочисленных этносов, самобытных жизненных укладов от эгоизма современной цивилизации, а также поглощающей экоценозы машины общества потребления и должна выступать первоочередной задачей международного гуманитарного права. Бережное отношение к другому, утерянное в эпоху становления индустриальных обществ, должно стать новой глобальной идеологией, ценностью, ведущей к культурному многоцветью планеты. Поэтому юридической науке необходимо более самокритично относиться к своим основаниям, зачастую ведущим к навязыванию определенных позиций в понимании права.

Общеизвестно, что право само по себе, в отрыве от корней не может заместить и обеспечить моральность и духовность в общественной жизни. Нормативный массив все нарастает, а порядка, согласия, стабильности в общественной жизни не наблюдается. Как справедливо отмечается В.Н. Синюковым, кризис духовности, преступность, насилие, потеря смысложизненных ориентиров, упадок морали в западноевропейских странах прогрессируют на фоне великолепно разработанных формально-юридических систем, которые при всем их логическом совершенстве и рациональности «по своей эффективности и человечности подчас не могут сравниться с “простыми” – традиционными, обычными, нравственно-религиозными, микроправовыми регуляторами». Технизация и формализация правового регулирования не может не внушать тревогу: превращение его в нечто аналогичное машинному производству уничтожает ту главную ценность, которой служит право – справедливость. Не станет ли универсализация международного гуманитарного права еще одним шагом в формализации права и “отрыве” последнего от культурных корней в тех обществах, где правопонимание совершенно иное, чем на Западе.

Дело в том, что классический идеал европейского правового мышления невольно выступает проводником глобализации, причем самых негативных ее тенденций и качеств. Как мы уже подчеркивали, правовое мышление имеет склонность к формализму, стандартизации, стремится рассматривать социальный мир с позиции всеобщего масштаба с точки зрения универсальных шаблонов поведения. Результатом этого качества являются глобальная унификация правовых режимов и модель международного правового контроля, вследствие которого правовые системы должны выйти из-под влияния отдельных государств и развиваться в соответствии с определенным правовым эталоном (в его основе лежит европейское право), призванным стать юридико-техническим инструментом обеспечения решения практических задач как торгово-экономического, так и гуманитарно-экологического характера. Оставляя в тени интересы англо-американского мира и Европы, согласимся с тем, что предлагаемые всеобщая унификация и универсализация права еще дальше отходят от его живого начала, культурной сущности правовой системы.

Правовой обычай, решение дела местным народным судом в соответствии с этноконфессиональными представлениями о правосудии и справедливости (конечно, если все участники дела идентифицируют себя с данной этнической общностью), ритуалы и традиции собственного народа являются мощнейшим фактором правовой мотивации, так как задействуют те структуры сознания индивида, которые составляют его предпосылки, жизненный мир, лежат в фундаменте мировоззрения и мышления. Глобализационные векторы развития права направлены пока лишь в сторону моделей западноевропейского правового индивидуализма, с его расчетливостью, постоянной заботой о защите индивидуальных прав, “частно-правовым эгоизмом”, как охарактеризовал римское частное право Генрих Гейне. Не следует забывать, что универсализация, формализация и рационализация права приводят к конфликту абстрактных правовых предписаний с живым, зависящим от конкретных обстоятельств чувством справедливости, воплощению которой в обществе и должно служить право.

В качестве примера приведем статью одного из крупнейших правоведов советских времен Л.С. Явича “О философии права на XXI век”. В ней речь идет практически о задачах философии права нового столетия: среди них – дальнейшая проработка и универсализация доктрины прав человека, интеграция в мировое сообщество (с которым автор почему-то отождествляет страны “золотого миллиарда”), глобальный рынок и правопорядок, вступление в НАТО и т.д. (последнее, кстати, вообще непонятно, каким образом вписывается в проблемное поле философии права).

Данную статью можно рассматривать как еще одно подтверждение того, что глобализация – не объективный процесс, а, скорее, продукт субъективных предпочтений заинтересованных кругов и неосознанного протекционизма рационалистических установок научного мышления, в нашем случае – правового мышления.

Это прекрасное свидетельство того, что концепция прав человека и правового государства по своей логике ведут к искусственной глобальной унификации политико-правовых укладов. Правоведы не случайно объединились вокруг идеи прав человека, так как впервые за долгие годы дискуссий найдено, казалось бы, универсальное мерило справедливости, с помощью которой можно объединить концепции естественного права и юридического позитивизма, право и закон (в терминологии В.С. Нерсесянца). Многие юристы считают, что вопрос о сущности права уже снят, так как права человека, закрепленные законом, превратились в высшую правовую ценность, и проблема правопонимания утратила свою актуальность. Осталось лишь создать систему гарантий этих прав, и здесь, как нельзя кстати, подвернулась идея международного правопорядка как системы глобальных институтов контроля за нарушением этих прав. Внутригосударственных институтов им не хватает, так как в конечном счете идея, согласно которой власть может быть ограничена правом, не может не предполагать воздействия принудительной силы на эту власть в тех случаях, когда самой этой властью право нарушается и нужно его защитить, для чего и необходимы системы межгосударственного контроля. В этом плане идея правового государства, безусловно, космополитична и является, по сути, промежуточной на пути к идее планетарного государства.

Однако вновь возникает вопрос: какими внешними гарантиями можно уберечь от произвола международную власть? К чему может привести эта страшная машина по защите прав человека, говорить не приходится: трагедия Югославии – яркое тому подтверждение. И наивно полагать, что международное правительство будет демократичным: уж слишком различны отдельные государства по своей мощи, чтобы можно было вести речь о равенстве. В этом плане пророческими можно считать слова русского правоведа Н.Н. Алексеева: “Вселенская власть, поставленная во главе планетарной федерации, будет чудовищем силы, превыше которого не может уж стоять никакой другой властный союз”.

Поэтому, на наш взгляд, очевидно, что лишь та власть, которая будет сама себя ограничивать во имя собственного народа, будет справедливой. Значит, правы были русские правоведы, говорившие о внутренней правде, о духовно-нравственных границах произволу, что возможно лишь в рамках отдельного государства как носителя определенной культуры, истории, традиции, а не планетарной федерации.

## Тема 9. Идея социокультурной самобытности правового мышления и

## юридическая этнология

Для того чтобы преодолеть сложившийся стандарт философско-правовых исследовательских схем, неизбежно приводящих к западноевропейским моделям правопонимания, необходимо отказаться от тех эпистемологических установок и методологических приемов, которые выработаны в русле европейского рационализма.

В первую очередь, следует изменить современные подходы к пониманию права. Прежде чем стать продуктом разума, право было и остается продуктом культурно-исторической жизни общества, соответственно, наука должна видеть его как переживаемую, а не только как объективированную человеческую жизнь. Правопонимание должно исходить из того, что само оно является пониманием права, а не его познанием. Необходимо правопонимание, позволяющее видеть смысл права, а следовательно, и “переживаемую человеческую жизнь”. Для этого нужно отказаться от догм классической теории познания и рассмотреть право как феномен культуры, человеческой жизни, а не как элемент внешнего, по своим законам существующего общественного порядка. Ведь правопонимание – смыслонаделение права, его осмысление. Универсального правопонимания, как и смысла, не может существовать, оно всегда индивидуально и очерчено национально-культурными, историческими границами.

Отметим, что традиция подмены понимания права правопознанием сильна и сегодня. Многие современные правоведы продолжают настаивать на том, что они именно познают право, а не осмысляют его, несмотря на то, что понятие “правопонимание” активно используется для обозначения тех аксиом или предпосылок, которые лежат в основе любой правовой теории до всякого познания и во многом предопределяют результат. Между тем аксиомы эти или предпосылки – не что иное, как смысл, вкладываемый ученым в понятие права, в соответствии с ним выстраивается все здание его научной концепции. Можно сказать: то, что ученый хотел обнаружить в социальной действительности, он в итоге и получает в качестве сущности права. Самый первый его шаг в осмыслении этой действительности – интуиция права – всегда определен субъективным опытом, жизненным миром, ценностной иерархией субъективного правосознания. Иначе термин “понимание” здесь попросту не уместен, так как смыслополагание и есть процесс понимания.

Смыслополагание – процесс, во-первых, субъективный, связанный с ценностной позицией осмысляющего, во-вторых, предваряющий все последующие операции с осмысляемым предметом, в том числе и его исследование. Отсюда субъект исследует предмет, изначально инкорпорированный в его собственное сознание, а его познание остается всегда пониманием. Дело в том, что, строго говоря, понимание никогда не может перерасти в познание, между этими процедурами мышления непреодолимая пропасть. Вместе с тем многие ученые “познают” право, “обнаруживают” его объективные закономерности и пытаются на основе этих закономерностей “построить” общество аналогично тому, как строит здание инженер, обладающий знаниями о законах “теоретической механики” и “сопротивления материалов”. В итоге получается общество, оформленное в правовое государство, – универсальный продукт и предел развития философско-правового рационализма Западной Европы, последователи которого не замечают его социокультурных, иррациональных корней.

Разум не знает культурных границ, уникальности и индивидуальности каждого человека и общества. Научно-рациональное мировоззрение способно выработать универсальный идеал – правовое государство, но оно не способно наделить эту идеальную модель универсальным смыслом, ибо такового не существует, и потому оно не в силах “оправдать” и тем более “привить” его.

Мы неоднократно подчеркивали, что социализация в традициях определенного языка и определенной культуры формирует уникальное мировоззрение. Для адекватной интерпретации любой знаковой системы – от произведения искусств до системы научных понятий общественных наук – требуется общий контекст, который, как известно, и представляет собой воплощение идеальных, ценностных, духовных граней личного знания. Личное знание всегда своеобразно, неповторимо и индивидуально независимо от того, идет ли речь о человеке как носителе этого знания или о коллективном субъекте – семье, сословии, нации, народе, государстве. Следовательно, невозможно существование общей универсальной правовой культуры, общечеловеческой иерархии правовых ценностей, так же как и невозможно существование двух одинаковых личностей, человека вообще вне рамок какого-либо общества, социальной группы. В любом случае ценности эти будут восприняты в соответствии с определенным контекстом, сформированным правовой культурой той социальной общности, к которой он принадлежит, а также собственным юридическим опытом. Таким образом, юридическое мышление глубоко привязано к ценностным порядкам. (Подтверждением этому может служить то упорство, с которым отечественные теоретики права пытаются соединить несоединимое – модель либерального правового государства с государством социальным. Видимо, особое, можно сказать, ранимое и обостренное чувство социальной справедливости как архетип российской ментальности дает о себе знать.)

Правовая культура, как и культура в целом, в аксиологическом срезе представляет собой иерархию правовых ценностей, построенную в виде пирамиды. То обстоятельство, что мир ценностей существует в форме иерархии, вытекает из самой сущности ценностей: каждая из них является по отношению друг к другу более “высокой” или более “низкой”, соответственно, может быть рассмотрена как цель или как средство для достижения другой ценности. На вершине пирамиды расположена абсолютная ценность, являющаяся всегда целью и никогда средством, в основании лежат ценности равного веса. Ценностный порядок устроен таким образом, что низшие ценности признаются в рамках той или иной культуры временными, преходящими, служащими для высших, последние являются близкими к вечным ценностям по своему значению.

В основе каждой социальной нормы лежит определенная ценность, защищаемая данной нормой. Поэтому иерархия ценностей прослеживается или должна прослеживаться в каждой нормативной системе. Для России эта иерархия ценностей задана традиционными религиями, в первую очередь, православием. Вся история нашего государства связана с православной культурой (советский период также является результатом известных установок народного сознания на соборные, социальные идеалы и ценности), в том числе и история права, что позволяет говорить о собственной политико-правовой традиции, самобытной правовой культуре российского общества. К сожалению, современная юридическая наука не учитывает последнего обстоятельства и планомерно, последовательно разрушает те архетипы и ценности российской правовой культуры, которые надо беречь и лелеять на фоне обретающей реальные очертания угрозы тотальной коммерциализации права, формирования глобального общества потребления и “разумного эгоизма”.

Каким образом связано православное мировоззрение с правовым мышлением? Понимание (интерпретация) – основная форма духовного освоения социально-правовой действительности. Интерпретация – в первую очередь, деятельность осваивающая. Приятие или неприятие явления внешнего мира в систему ценностей, непосредственное или опосредованное рядом взаимосвязей, и есть процесс (и результат) понимания. Следовательно, правовая культура общества оказывает самое прямое воздействие на интерпретационную функцию правового мышления. Отсюда вывод: никогда человек не поймет адекватно правовую норму, в основе которой лежит ценность, отсутствующая в его ценностной иерархии. Тем более не будет понимания системы норм, ценностная структура которой сильно расходится с последней. Аналогично можно утверждать, что народ не поймет правовых норм чуждой этому народу правовой культуры. И сколько бы законодатель не объяснял значимость для жизни этого народа данной совокупности норм, пока ценности, лежащие в основе указанных норм не станут значимыми, затрагивающими глубокие пласты сознания этих людей, руководствоваться в своих действиях ими, мыслить ими никто не будет.

Например, западная правовая культура “выросла” на почве индивидуалистических по духу ценностях протестантизма, а отечественное правопонимание никогда не ориентировалось на права и свободы личности, делая акцент на единстве прав и обязанностей, нравственно-религиозных началах права.

Сторонники “западного пути”, как и западники прошлых лет, полагают, что для общественного и государственного развития достаточно совершенствования общественных учреждений, политических и правовых институтов; вводимых учреждений достаточно для перевоспитания и изменения правосознания и менталитета русского народа; с принятием новой Конституции Россия окончательно европеизируется, демократизируется и либерализируется; причины всех русских зол, “социальной агрессии” – лишь в экономическом благосостоянии. При этом они не учитывают тот факт, что между всеми социальными учреждениями и внутренней жизнью людей есть глубокая органическая связь; социальные нормы будут действовать только при условии их понимания, глубокого внутреннего принятия и усвоения, возможных лишь при определенных условиях.

Поэтому правоведы всегда должны помнить, что основной характеристикой любого правового института, любой правовой системы является национальная правовая культура того социокультурного образования, частью которого и выступает тот или иной институт. В соответствии с современной герменевтикой, национальная правовая культура должна служить в “сжатой”, “концентрированной” форме контекстом интерпретации любых правовых конструкций – от идеологических до нормативных. Без знания особенностей культуры и правового менталитета народа, история которого сформировала эти конструкции, невозможно составить полноценное представление об их структурно-функциональной целостности. Право и в научном, и в повседневном правовом мышлении никогда не будет пониматься в России исключительно как личное правомочие, механизм согласования интересов, как свобода или как удобный инструмент построения общественного порядка, но, скорее, как правда, социальная справедливость, нравственный идеал. Черты характера русского человека, сформированные православными идеалами, – терпимость, кротость, смирение, непротивление власти, жалость к преступникам (зачастую чрезмерная), альтруизм, великодушие и мн. др. – в фокусе правового менталитета представляют собой такие качества и ценности, как пассивность по отношению к пользованию своими правами; апелляция к высшей правде и справедливости в конфликтах и спорах, а не к формальным предписаниям закона; требование судить по правде, а не по закону и т.д.

Г.Дж. Берман, описывая становление западного правосознания, отмечает, что в эпоху формирования западной традиции права феодальная аристократия буквально поклонялась сутяжничеству. Это воспринималось как выражение доблести: “Сутяжничество как любимая баронами форма конфликта уступало только междоусобным распрям и войнам”. Считалось, что и поединок в суде, и поединок на поле боя были схваткой один на один: “Пусть Бог решит спор в дуэли, и в божьем суде”. Сутяжничество высших слоев наряду с понятием взаимности прав между сеньорами и вассалами является важнейшим признаком феодального права, а также важнейшим фактором формирования западного правосознания, отличающегося от иных правовых культур своей сильной привязанностью к формальной защите своих прав как способу разрешения споров.

В России судебное разбирательство всегда воспринималось с отвращением. Это – один из сильнейших архетипов русской правовой культуры. Даже в годы Советской власти, когда русское православие было практически ликвидировано, сохранилось неприятие сутяжнических форм выяснения взаимоотношений. Так, например, в литературе тех лет неоднократно встречаются призывы к более активному правовому поведению как необходимому моменту в строительстве социализма и коммунизма. Ю.С. Решетов, замечая то обстоятельство, что многие граждане избегают защищать свои интересы в суде, опираться на силу закона, а на человека, который, защищая свое личное достоинство, обращается с иском в суд, зачастую смотрят как на склочника, пишет: “подобное положение абсолютно нетерпимо. В условиях укрепляющейся демократии это досадное наследие прошлых лет нуждается в скорейшем преодолении”. Безусловно, что рациональным способом решения многих проблем и конфликтов в сфере управления, торговли, бытовых отношений является судебное разбирательство, но необходимо помнить также и то, что иные способы ликвидации конфликтов, иррациональные по своей сути, например, через прощение, покаяние, примирение, милость, настолько же выше по своему духовно-нравственному уровню, чем публичное обсуждение конфликтов, насколько правда человеческих отношений выше “сухого” судебного решения и формальной буквы закона.

Это неприятие сутяжничества породило правовой патернализм русского народа, который никак не способствует становлению “гражданского общества”, где субъекты должны активно защищать свои права в суде. Вместо этого русский человек ждет помощи от государства, которому “посвящает” защиту своих прав и жертвует многими индивидуальными интересами.

Неприятие юридического формализма выразилось также и в отрицании легального (рационального) типа легитимации власти и правопорядка. Парламентская демократия, признаваемая классическим либерализмом в качестве основного, если не единственного государственного основания, придающего легитимность нормам права, образует стержень формально-рациональной легитимации права, в которой последнее, согласно идее либерализма, должно признаваться народом только при наличии определенной процедуры принятия, а также при соответствии универсальным принципам права, под которыми понимают права человека. То есть право не должно иметь внешних, освящающих его действенность ценностей. Право должно соблюдаться только потому, что оно право – официальный нормативный акт, принятый большинством в законодательном органе власти. Формальный характер такого правопорядка в России не принимается народным правосознанием и требует харизматической коррекции, которая практически перечеркивает писаную Конституцию 1993 года, заменяя ее фактической.

Неклассическая парадигма правового мышления предполагает отказ от универсалистских и глобалистских схем правовой жизни общества. Иррациональная природа права должна учитываться при формировании правовой идеологии России. В этом плане крайне востребованной оказывается этнология права.

Необходимость в этнологии права обусловлена целым рядом обстоятельств, среди которых главным является потребность в разработке интегративной правовой идеологии с целью сохранения территориального единства российского государства и его уникального культурного ландшафта.

В последние десятилетия идея ассимиляции как итоговой, финальной фазы развития межэтнических и расовых взаимоотношений стала заменяться новой парадигмой – теорией “этнического плюрализма”. Основная мысль этого подхода состоит в утверждении необходимости сосуществования в рамках единого государства различных этнических общностей, которые не сплавляются, а сохраняют свои специфические черты.

Дело в том, что, как ни парадоксально, в результате распространения западных демократических идеалов в полиэтнических государствах возникают и получают развитие вовсе не космополитизм и глобализм, а, наоборот, национально-патриотические, культуросберегающие идеалы и ценности, провозглашение и защита которых становятся неотъемлемым этапом обретения легитимности политических лидеров. Известный американский политолог С.П. Хантингтон в своей работе “Столкновение цивилизаций” подчеркивает, что демократия и плюрализм делают общество более местническим, а не более космополитичным. Политические лидеры в незападных обществах не выигрывают выборы в том случае, когда демонстрируют свои прозападнические, космополитичные настроения. “Предвыборная борьба заставляет их облекать свои цели в такие формы, которые будут, как им представляется, наиболее привлекательны для избирателей, а это обычно обретает этнический, националистический и религиозный характер”.

Однако дело здесь не только в политической борьбе, но и в признании необходимости защиты этнической религиозно-культурной самобытности от унифицирующей и все поглощающей культуры “общества потребления”, бездуховности и прагматизма, захлестывающего страны – лидеры глобализации. Очевидно, что с возрастанием фактора глобализации этнокультурное многообразие не только не сойдет с исторической арены, но, напротив, будет возрастать, так как именно этническая идентичность зачастую обеспечивает чувство солидарности, принадлежности индивида к культурно-исторической общности, дающей ему язык, стереотипы и нормы поведения, связь с родной землей, место в исторической цепи поколений и т.д. Пора бы уже отойти от стереотипа о преходящем чувстве этнонациональной принадлежности, его ограниченности исторически эпохальными или стадиальными рамками. Социологи все чаще признают, что уничтожение традиционных жизненных укладов нередко вносит хаос и дезорганизацию в социальную жизнь, в связи с чем акцентируют внимание на все возрастающей роли “анклавных цивилизаций”, “локальной солидарности” в жизни человека глобализирующегося мира.

Основой общественного бытия является та система духовных и материальных ценностей, которую разделяет большинство ее членов, – это очевидно. Очевидно и то, что самоидентификация каждого человека связана с его принадлежностью к той или иной культурно-исторической общности. Поэтому естественной становится защита этнической группы своей самобытной системы ценностей от размывания, усреднения, разрушения новым порядком соотношения материальных и духовных идеалов. Кроме того, мировидение каждого человека в корне своем связано с теми ценностями и нормами, которые он усваивает с детства и которые определяют в дальнейшем в ходе всей его жизни социальное мышление. Разрушение привычной системы ценностей равносильно для человека крушению его мировоззрения и может привести к самым непредсказуемым последствиям. Заметим, именно защита культурной самобытности, языка и традиций кладется зачастую в основу сепаратизма во многих регионах постсоветского пространства. Совершенно прав З.В. Сикевич, отмечая, что “культурные мотивы этнической мобилизации подчас, особенно в условиях социального кризиса, становятся основой политического размежевания, первичным фактором межэтнической конфликтогенности”. Человек в условиях социального кризиса, охватившего нашу страну, “укрывается” в этничности как в своей “большой семье”, которая становится единственной ценностно-нормативной системной, константой, способной дать смысложизненные ориентиры.

Экономическая, политическая и культурная жизнь вовсе не имеют той универсальной законосообразности, которой наделяет их диалектический материализм, превращающийся зачастую в откровенный европоцентризм. Реформы в Китае, например, по сути, глубоко не коснулись ни политической, ни культурной сферы общественного бытия. Точка зрения, согласно которой национализм и тоталитаризм тождественны, а консерватизм якобы, по утверждению вышеназванного автора, “культивирует отсталость”, вообще не выдерживает критики и “пахнет” радикальным отождествлением западной культуры с общечеловеческой культурой. Нельзя здесь не привести совершенно справедливую мысль А.И. Ковлера: “Неизвестно еще, чей внутренний мир богаче – европейского (американского) клерка, живущего по схеме метро–работа–телевизор–постель, либо мир африканского охотника, ежедневно рискующего жизнью и поэтому особо остро воспринимающего ее”. Ученые-этнологи до сих пор обнаруживают племена и народности, чье мировоззрение представляет собой совершенно уникальное образование. Между тем унификация культур и жизненных укладов, возникающая в результате глобализации и тотальной капитализации планеты, приведет к торможению развития человеческой цивилизации: культурное многообразие – необходимая предпосылка становления “многомерного человека”. В этом плане правы те, кто считает антиглобалистов защитниками “глобальной демократии”. Правы также и те, кто отмечает, что постиндустриализм не является “плавильным котлом”, в котором перевариваются все этносы и нации, а наоборот, призван предоставить каждой народности шансы на выживание и собственную нишу в мировом сообществе народов, национально-культурном генофонде человечества.

Отметим, что сепаратизм – вовсе не прямое следствие этнонациональной идеологии и мобилизации. Он связан с политизацией этничности – приписыванием этносам политического значения через утверждение мононациональных политических образований – якобы создание национального государства является гарантией от реальных или гипотетических угроз иноэтнического доминирования над культурной или естественной средой обитания. В политологической литературе отмечается, что такая тенденция – результат бюрократизации политики, управления и социальных наук, в то время как по своей природе этнос – не субъект политики, а тип человека-создателя и носителя определенной культуры.

Преодоление политизации этнонационалистических установок должно происходить не на основе отказа от национальных особенностей как элемента социальной жизни, что, напротив, усиливает и питает национализм, а путем оформления этнонациональных притязаний и устремлений в приемлемые для остальных общностей правовые рамки. Необходимы деполитизация национальных отношений и отделение их от проблем политики, управления, власти. Политические права национальных меньшинств необходимо рассматривать не как “панацею” от разрушения самобытной культуры, а как разрушительный фактор сепаратизма. Этноконфликтологическая экспертиза показывает, что нельзя культурно-экономические и социальные права рассматривать в качестве результата политической деятельности, акцент на их защите в правовой политике государства может сыграть решающую роль в деполитизации этничности. В то время как в рамках единого большого и мощного государства проще решаются вопросы обороны, экономики, научно-технического сотрудничества, сохранить культурную целостность и самобытность можно гораздо более успешно через различные формы национально-культурной автономии, посредством развития регионального и местного самоуправления, общегосударственного управления хозяйственной деятельностью и т.д.

Все вышеизложенное свидетельствует о важности изучения этнического опыта в жизни различных народов и государств, их этнокультурной и религиозной дифференциации, политической и правовой жизни, чем и должны заниматься такие дисциплины, как этносоциология, этнокультурология, этнополитология, этнология права (юридическая этнология) и др. Важнейшим, на наш взгляд, принципом организации этнологического правового знания является отказ от эволюционизма, формационного подхода и диалектико-материалистической схемы исторического развития народов, в результате которой возникает неизбежная европоцентричная установка по отношению к этносам, находящимся на разных ступенях историогенеза, но в итоге якобы стремящимся к общему для всех народов результату – рациональной организации общественной жизни на принципах индустриального и постиндустриального развития: этического и правового индивидуализма, централизованного (государственного) правового регулирования, рыночной экономики, частной собственности и т.д.

В истории Российского государства немало примеров мудрой политики по отношению к этносам и народностям, проживающим на его территории. Царская Россия сознательно сохраняла полиюридизм в жизни многих народов Дальнего Востока, Кавказа, Севера, санкционируя действие местных адатов, обычаев, а у мусульман и шариата, запрещая лишь те нормы, которые кардинально отличались от правовых принципов империи, например, “кровную месть” или “возмещение за кровь”. Это помогало завоевывать у коренных народов расположение и доверие к империи. Так, до конца 1850 года русское подданство означало для горцев лишь уплату ежегодной дани (ясак). Российская сторона не вмешивалась во внутренние процессы горцев, договоры устанавливали обязанность горцев следовать российским законам лишь на российской территории, так как им было дано право прогона и выпаса скота в российских владениях, а также разрешалось торговать в русских городах и крепостях.

В середине XIX века преимущественно историки права обратились к правовому развитию народов, населяющих огромную территорию Российской империи. Без этих исследований колониальными органами власти невозможно было осуществлять управление на окраинах России. Правительственные учреждения достаточно оперативно приняли решение о приспособлении и использовании института обычного права на местах в целях распространения своего влияния и бесконфликтного сосуществования. Собирание и фиксация обычно-правовых норм проводились централизованно правительственной комиссией по собиранию и систематизации материалов по обычному праву. Крупнейшим исследователем в этой области А.Ф. Кистяковским была разработана “Программа по собиранию и разработке материалов обычного права”, а в 1897 году при Юридическом обществе (Санкт-Петербург) было образовано отделение обычного права, сотрудники которого составляли своды норм обычного права народов России.

В первые годы Советской власти учеными, принадлежащими к дореволюционному поколению, были продолжены исследования в области юридической этнологии, осуществлялись собирание, толкование, сравнительное исследование обычного права. Однако тенденция сохранения института “обычного права” и полиюридизма в первые годы Советской власти просуществовала недолго: в конце двадцатых годов были запрещены суды по шариату, а немногим позже и древние патрилиниджные суды по адатам. Власти Горской АССР запретили не только кровную месть, но и уплату возмещения за кровь, композиции, целый ряд брачно-семейных обычаев, а в Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР была введена статья, предписывающая публичное обвинение по всем видам бытовых преступлений, прежде разрешаемым по местным обычаям зачастую с помощью компромисса и различного рода согласительных процедур. Уголовный кодекс РСФСР предусматривал преступления, являющиеся пережитками или остатками местных обычаев. Даже обычай уважения к старшим был подвергнут критике: подчеркивалась приверженность стариков к традиционному правосознанию, утверждалось, что почитают только богатых и знатных стариков, высмеивались сам этикет обращения к старшим, апелляция к их помощи в разрешении конфликтов.

В послевоенные годы этнологическим вопросам права уделялось недостаточно внимания, что вызвано было идеологическими факторами и весьма односторонним правопониманием. Как правило, это были этнографические исследования, основанные на эволюционном (марксистском) подходе и рассматривающие правовую жизнь этносов в качестве предправовой и представляющей интерес разве что для истории права. Исключение здесь составляет статья А.Б. Венгерова, в которой автором было подчеркнуто, что “актуальными для юридической науки являются формы преломления законодательства в этническом самосознании в связи с миграционными процессами, охраной природы и т.п.” Кроме того, правоведом было отмечено то обстоятельство, что ценностный регулятор, зародившийся в эпоху присваивающей экономики, благодаря огромной глубине памяти этноса сохраняет свое значение и на последующих этапах развития производящей экономики. Иными словами, подчеркивается значение традиционных форм права, прежде всего, правового обычая, для регулирования общественных отношений независимо от этапа или стадии исторического развития, так как именно ему принадлежит роль сохранения и упрочнения самобытности этноса.

Однако формационный подход к государству и праву не позволил говорить исследователям о юридической этнологии как о самостоятельной дисциплине в области юридического знания: необходимости в этом, как казалось, не было, так как в рамках данного подхода право и мораль оказываются присущими этносам исторически, стадиально, а не имманентно. Речь шла о нормативной этнографии, “изучающей генезис и этнические особенности социальных норм в их историческом развитии”. Автор идеи – А.И. Першиц – полагал, что для исследования права, как, впрочем, и морали, в доклассовых и раннеклассовых обществах достаточно единой дисциплины – “нормативной этнографии”. Ученый исходил из того, что “нормы поведения в доклассовом и догосударственном обществе не могут быть отнесены к категории права: права еще не было”. Первобытные социальные нормы были мононормами, соединяющими в себе признаки и права, и морали, и моральное, и правовое долженствования. Отсюда “нормативная этнография” объединяет смежные субдисциплины – юридическую и этическую этнографию – и является мононормативной этнографией.

Сегодня мы имеем противоположную картину. Речь уже не идет об этнологическом аспекте права исключительно в историко-антропологическом ключе. Ученые – этнографы, юристы, антропологи – едины в убеждении о необходимости возрождения и развития юридической этнологии как этнического измерения современной правовой действительности. И первопроходцами в этом направлении стали этнографы А.И. Першиц и Я.С. Смирнова. Мы еще вернемся к вопросу о том, чья вотчина “этнология права” – юристов или этнологов, здесь же отметим то обстоятельство, что отечественная юридическая наука сильно отстает от зарубежных исследований по этой теме: учебник французского ученого-юриста Норбера Рулана, не имевшего аналогов в России вплоть до последнего времени, – яркое тому подтверждение. Ситуация изменилась с выходом не менее интересного исследования А.И. Ковлера по антропологии права. Проводившийся же в Москве XI Международный конгресс по обычному праву и правовому плюрализму показал, что в отечественной гуманитарной науке существует огромный интерес к этой достаточно пробельной области правового знания. В российской научной печати, публицистике и СМИ в последнее десятилетие все чаще звучат призывы к обращению к опыту имперской России и восстановлению традиционной правовой культуры и обычного права. Большинство этнологов, политологов и правоведов уверены в том, что при Советской власти народы Кавказа сохранили целый ряд институтов обычного права и традиционных нормативных систем.

Так, например, Г.Т. Трофимова, анализируя характер правовых традиций карачаевцев, отмечает, что компактное расселение карачаевцев способствует сохранению традиций и норм обычного права вплоть до сегодняшнего дня. Ученый отмечает, что в советский период указывалось на неудовлетворительную работу судебных органов (нарсудов и областного суда), так как большинство дел (гражданских и уголовных) закрывалось по причине примирения. Это свидетельствует о сохранении, пусть несколько трансформированном, норм обычного права и традиционного правосознания в повседневной жизни людей. Сегодня карачаевцев приблизительно 150 тысяч человек, практически все они находятся в прямом или косвенном родстве, что способствует сохранению традиционных институтов, силы общественного мнения, первичности родовой идентификации, а затем уже личностно-индивидуальной. Адаты и нормы мусульманского права по-прежнему составляют конкурирующие нормативные системы, переплетаясь в различных обрядах, например, свадебный обряд. Как показывают этнографические наблюдения автора, практически все дела, которые подпадают под Уголовный кодекс РФ, могут быть решены миром с помощью посредников путем выплаты компенсации. И сегодня практикуется решение всех конфликтов путем переговоров, без обращения в правоохранительные органы. Степень влияния традиционного правосознания растет пропорционально удалению от городов.

Другой автор – И.Л. Бабич – в ходе проведенного в 1998 – 2000 гг. исследования пришла к выводу, что в различных районах Северного Кавказа у разных народов с разной силой отмечено действие традиционного политического и правового сознания. Так, например, в советский период в Кабардино-Балкарии сформировалась гибкая “советско-традиционная” правовая система, покоящаяся и на нормах советского законодательства, и на адатно-религиозных нормах. Автор считает, что можно говорить о формировании одного из вариантов северокавказской идеологии правового плюрализма, в основу которого было положено использование советских, адатных и шариатских норм в рамках единого правового поля. Такой правовой симбиоз местных правовых норм и советского права способствовал значительному ослаблению криминальной ситуации в 1950 – 1990 гг. В Северной Осетии, напротив, в результате судебного реформирования, проведенного вначале российско-имперской, а затем советской властью, сформировалось общество с преимущественно российским правосознанием при значительном ослаблении местных правовых традиций. Хотя и здесь показатели различны в зависимости от городского или сельского района: в ситуации осложнения криминальной обстановки лидеры всеосетинского народного движения Стыр Ныхас (ныне Аланты Ныхас) предложили объединить усилия местных сообществ и правоохранительных органов в деле воспитания молодежи, профилактики преступности и т.д.

В советский период, как подчеркивает И.Л. Бабич, судебные органы, состоявшие в основном из национальных кадров, применяя советское законодательство, совмещали его с обычно-правовыми нормами. Так, например, судья учитывал мнение сельчан, выбирая низший или высший пределы наказания, применял такие нормы адатов, как выселение семьи виновного, сохранял нейтральное отношение к фактам выплаты виновными компенсаций, не препятствовал виновным в изнасиловании в урегулировании вопроса с помощью брака и т.д. Сельчане, чтобы повлиять на ход судебного процесса, проводили собрание, на котором обсуждались обстоятельства совершенного преступления и принималось решение об оказании общественной поддержки либо родственникам потерпевшей, либо родственникам обвиняемого. Данный документ направлялся в суд. Иногда кто-нибудь из односельчан зачитывал обращение прямо во время заседания суда. Случалось, они просили о снисхождении членов суда к виновному.

В настоящее время на Северном Кавказе отмечается появление общественных движений, выступающих за официальное признание отдельных норм адата и шариата, в частности, в сфере семейного права. Многие подчеркивают, что введение, пусть даже минимального, правового плюрализма будет способствовать единению государства, а не сепаратизму, так как народы увидят, что федеральный центр с уважением относится к их национальной правовой культуре. Местные административные и судебные органы не только не препятствуют, но и поощряют традиционные – медиаторные формы разрешения конфликтов. Более того, многие преступления (даже убийства, ранения и изнасилования) не поступают на рассмотрение в официальные судебные органы, а разрешаются в медиаторских судах. Как показывают полевые исследования этнографов, адыг, который отказывается от услуг медиаторства, односельчанами осуждается, а иногда даже презирается. Нормы шариата получили в постсоветское время менее широкое распространение, но те имамы, которые пользуются авторитетом односельчан, принимают участие в миротворческом процессе примирения участников различных конфликтов. Поэтому можно отрицать или признавать положительный характер правового плюрализма у народов Северного Кавказа, но сегодня становится ясно, что традиционные институты могут быть использованы в борьбе с терроризмом, религиозным экстремизмом, другими формами насилия и экстремизма за счет привлечения силы традиций уважения к старшим, общественному контролю. В любом случае, как единодушно отметили участники научно-практической конференции “Обычное право и его роль в формировании современной правовой культуры” (Ростов-на-Дону – Майкоп, 19–21 апреля 1999 г.), не учитывать обычное право и традиционное правосознание в современном правотворчестве нельзя. Как нельзя его не учитывать и в юридической науке, особенно в теории и социологии права и криминологии.

Все более широкое распространение получает точка зрения, согласно которой все культуры равноценны, а, соответственно, правовые, этические, политические, эстетические ценности и нормы этих культур не должны рассматриваться с перспективно-унифицирующей позиции. Смена экономических укладов далеко не однозначно сопровождается отказом от традиционных регуляторов. Один из ведущих специалистов-теоретиков в области обычного права Г.В. Мальцев констатирует назревшую необходимость сделать признание в том, что правовые обычаи возникают именно как правовые, что обычное право – это не переходная форма, а фундаментальное явление, проходящее через всю историю человеческой цивилизации, действуя во всех правовых системах с различной степенью охвата общественных отношений. В одной из своих фундаментальных работ, которая может служить прообразом будущей теории обычного права, ученый относительно морально-правового синкретизма, якобы предшествовавшего формированию “истинного” (государственного) права, отмечает: “С учетом современных исследований интеллектуального аспекта древних культур (К. Леви-Строс и др.) вполне можно себе представить, что североамериканский индеец, папуас, полинезиец, нивх, нанаец и т.д. были способны видеть разницу между поступком, за который им было стыдно перед товарищами, и поведением, вследствие которого они могли лишиться привычных условий жизни в коллективе, части или всего имущества и даже жизни”.

Вообще решение вопроса о морально-правовом синкретизме мононорм, праве в догосударственных так называемых “потестарных обществах”, как и решение вопроса о современных негосударственных формах права, прежде всего, “обычном праве”, понимаемом не узко формально (в “духе” юридического позитивизма и нормативизма) как “санкционированный обычай”, а историко-социологически – как реально действующий негосударственный правовой регулятор, целиком и полностью зависит от правопонимания и социокультурных установок правового мышления. Исследователь права в жизни этнических обществ неосознанно ищет правовые начала, составляющие содержание его субъективного юридического опыта, юридического мировоззрения, представляющего собой продукт культурно-исторической жизни того народа, нации, этноса, к которым он принадлежит. Даже изучение права в рамках иной эпохи исторического развития собственного народа и, соответственно, иной системы ценностей приводит к искажению правового смысла юридических конструкций и институтов, существовавших в прошлом. Чем больше изменились ценностные порядки, тем сильнее искажение.

Все согласны с тем, что в рамках каждой культуры существует самобытное правопонимание, однако зачастую забывается, что и рядовые жители России, и представители научного сообщества ведут речь о политических и правовых институтах, вкладывая совершенно самобытный смысл в политические и правовые понятия и воспринимая их по-своему, в соответствии с собственной культурно-языковой традицией. Не следует забывать, что все наше правовое мышление определено неявным, нерефлексируемым, допредикативным знанием, неявность которого проявляет себя именно в языке, в лингвистических структурах. Освободиться от этой определенности невозможно, так как осмысление собственного опыта с целью его исключения также определено допредикативными, дорефлексивными уровнями сознания.

Например, если мы обратимся к пониманию права в русской юридической традиции, то обнаружим далекое от западного видение права как закона – рационального инструмента наведения порядка или индивидуального притязания, а преступления – как нарушения формальных предписаний. Право и в обыденном, и в научном правовом мышлении рассматривалось в неразрывном единстве с религиозно-нравственными ценностями как феномен духовной жизни, а преступление – как посягательство на устои социальной гармонии совместной жизни с другими людьми. Отсюда и справедливость ищется не в законе, а в президентском указе или в решении дела “по правде” народной.

Исследуя правовую жизнь индивида, этноса, народа или любого другого социокультурного единства, в первую очередь, необходимо понять и узнать расчлененную систему его фактических ценностных предпочтений, определяющих юридическое мировоззрение, правосознание и правовое мышление. В системе ценностных предпочтений дана ценностная иерархия, в которой правовые ценности расположены в особом порядке. Ценность справедливости, объективного и субъективного права, личной свободы, общественных и частных интересов, точности в исполнении обязательств и т.д. могут занимать определенное место в этой иерархии, а могут и вообще отсутствовать. Исключение составляет лишь ценность справедливости, так как идея права необходимо ее предполагает. Однако и здесь важно не забывать о пределах универсальности представлений о справедливости, положенных собственным этнокультурным опытом.

Таком образом, научное исследование социально-правовой жизни этносов предполагает ценностный подход, заключающийся в том, что те или иные правовые явления должны описываться и объясняться только в социокультурном контексте неразрывно с описанием всей социально-нормативной системы, обеспечивающей порядок в обществе. Здесь же следует учесть, что ценностное познание не является по своей природе рациональным, что на первом плане здесь находятся ценностные структуры познающего субъекта, и, следовательно, процесс познания превращается в процесс понимания. Поэтому для любого ученого, исследующего правовую жизнь того или иного народа и не причастного к этому народу жизнью, недостижимо понимание своеобразия и особенностей юридического быта последнего ввиду явного несовпадения этосов (ценностных иерархий) этих двух субъектов – ученого и народа. Отсюда вопрос о том, что считать правовыми обычаями, а что считать просто обычаями или моральными нормами, теряет свое значение. Строго последовательный в использовании сложившихся в европейской науке понятий права и морали ученый обнаружит, что правовая культура иных обществ – отсталая, неразвитая, традиционная, в то время как она просто другая. Например, те авторы, которые заявляют об отсталости или неразвитости отечественной правовой культуры, о якобы врожденном правовом нигилизме русского народа, должны пояснять, что речь идет о неразвитости в России западной правовой культуры, нигилизме по отношению к западному праву и правопониманию, неразрывно связанному с идеей автономии личности и приоритета личного блага по отношению к благу общества, индивидуализмом, частной собственностью и рациональной моралью.

Поэтому исследователи этнического права всегда должны помнить, что основной характеристикой любого правового института является культурно-исторический контекст его функционирования. Для того чтобы представлять себе все это, следует задействовать комплексный подход, основывающийся на данных исторической науки, анализе религиозных текстов, народного творчества и т.д. Крайне важно также временное проживание исследователя в изучаемом регионе. Тогда могут быть использованы те процедуры “вживания”, “вчувствования”, погружения в “стихию жизни” исследуемого народа, о которых говорили основатели герменевтической парадигмы в гуманитарном знании.

В этом пункте и проявляется то обстоятельство, что однозначно решить вопрос о принадлежности юридической этнологии к этнографии или к юриспруденции невозможно. С одной стороны, для того чтобы описать правовые нормы, правоотношения и правосознание этносов, необходимы правовое мышление, интуиция права, с другой стороны, для целостного восприятия и понимания правовых институтов и обычного права нужен контекстуальный фон, который для своего описания требует глубоких этнографических познаний и тщательных наблюдений за жизнью этноса. Кроме того, для разработки теоретических и практических конструкций сопряжения общегосударственного и регионального права, межэтнических и внутриэтнических правовых процессов, концептуальных основ юридического плюрализма требуется фундаментальное знание философии, теории и энциклопедии права, отраслевых юридических наук. В то же время, для того чтобы держать “руку на пульсе” современных правовых представлений и ценностей того или иного этноса, важны исследования этнографов, этносоциологов, этнополитологов. Поэтому этнология права – поле взаимного сотрудничества и кооперации как юристов, так и этнологов.

Методология правовой этнологии должна исходить, в первую очередь, из того, что в жизни всех этносов есть схожие черты. Для составления контекста интерпретации права в жизни того или иного этноса необходимо учесть следующие ориентиры: 1) религиозное сознание и его роль в жизни этноса; 2) отношение к “другим” (представителям других народов); 3) семья, власть, воспитание детей; 4) отношение к труду и собственности. Думается, эти пункты позволят наиболее приблизиться к правопониманию исследуемой общности. Хотя нечто неуловимое и невыразимое в правовой жизни другого народа все равно останется: исследователь никогда не освободится от ограниченности своего мышления собственными этнокультурными установками, и то, в какой степени его работа будет исследованием не своих собственных представлений и суждений, а изучаемого этноса, зависит от степени близости культур, в первую очередь, религиозных верований. Атеист никогда не поймет норм и ценностей тех этнических групп и общностей, быт которых пропитан духовными интересами и ценностями.

Наконец, важнейшим требованием к этнологии права является преодоление рационалистических и технократических установок современного европейского правового мышления, выразившихся в существовании следующих стереотипов.

Первый стереотип: разные народы якобы проходят одни и те же ступени развития в разные эпохи, но все они с естественной необходимостью должны пройти эти ступени. Данное суждение, являющееся прямым наследием эволюционизма, механицизма и натурализма в социальных теориях Нового времени, и сегодня остается одним из основных стереотипов в гуманитарном мышлении. Последней его интерпретацией являются теории “постиндустриального общества”, “открытого общества”, “глобализации”, “униполярного мира” и т.д. Главное, что отличает этот подход, – вера (именно вера) в существование социальных законов, а также субъект-объектная эпистемология, установка на объяснение (а не на понимание) социальных явлений, европоцентризм, универсализм, рационализм и т.д. Речь об этом шла выше.

Следующий стереотип: право является тем средством, с помощью которого можно осуществлять контроль над обществом, вносить коррективы в его развитие, “строить” социальные модели. Таким образом, можно сконструировать идеальное общество, правовой порядок же мыслится при этом как основанный на централизованном регулировании общественных отношений.

Прямым следствием данного стереотипа является то, что в угоду сиюминутным интересам с помощью законодательства изменяются целые системы ценностей и жизненных укладов, приводя к катастрофическим последствиям, как это происходит сегодня в России.

Благодаря этому же стереотипу правовой порядок был отождествлен с государственным порядком, произошла политизация права, приводящая к ассоциированию в общественной психологии данного явления народной культуры с грубой силой (право – приказ суверена), лоббистскими группировками, системой государственного принуждения, тюрьмами, судебными процессами, манипулирующей сознанием присяжных деятельностью адвокатов и т.д. Сейчас в научной литературе активно ищется другой, незападный путь построения и обеспечения общественного порядка, так как налицо кризис модернистских правовых конструкций: права человека как высшая и универсальная ценность дискредитированы политикой двойных стандартов западных стран, а также новыми, во многом провоцируемыми рядом стран, тенденциями мирового развития – глобализацией и унификацией политико-правовых режимов, проводимых “под прикрытием” необходимости установления общечеловеческих ценностей во всепланетном масштабе; кризисом идеи правового государства, что вызвано во многом стандартизацией и примитивизацией мышления и поведения современного западноевропейского обывателя, которому можно под “демократическим соусом” подать с помощью СМИ любую идею, а также сформировать любое общественное мнение. Кстати, последнее обстоятельство, давно зафиксированное как важнейший компонент нового варианта тоталитаризма – “экономико-потребительского” плана, помноженное на кризис “семьи”, утерю доверия к власти, релятивизацию и деформацию традиционных регуляторов и нормативных систем, в первую очередь, религиозно-нравственных, и породили тот кризис современного западного правосознания, о котором говорят все чаще и чаще сами же западные правоведы.

Между тем право, как и государственность, является продуктом культуры, и радикальная формализация права – результат исключительно западной правовой традиции. Безусловно, в праве заложены некоторые тенденции к формализации и абстракции, но их институционализация – результат исторического развития европейского, в большей степени континентального права.

Дело в том, что право несравнимо стабильней и надежней обеспечивает порядок в обществе в случае его органичной связи с традицией, религией, культурой народа. “Поверхностные, основанные на расчетах, калькуляции индивидуальных прав и свобод, отношения между людьми даже отдаленно не напоминают глубокие, исполненные различных оттенков (самопомощь, взаимопомощь, братство, солидарность и т.п.) связи между людьми традиционного общества”. Нормы и традиции собственного народа, освященные памятью предков, являются значительно более действенными регулятивами, чем рациональное мышление, особенно в тех культурах, в которых нет западной схемы рациональности. Поэтому формализация и рационализация права в западном варианте не могут не порождать нигилизм по отношению к закону, внесудебные формы разбирательства дел и т.п., так как централизованное правовое регулирование далеко не всегда оптимально для справедливого решения дела и обеспечения общественного порядка. Как подчеркивает А.И. Ковлер: “Правовой плюрализм позволяет гибко реагировать на различные жизненные ситуации и дает человеку разумные альтернативы поведения в этих ситуациях, в то время как государственно ориентированный правовой монизм заставляет человека действовать с оглядкой на некую государственную волю в лице государственных чиновников, нередко не самых достойных представителей государства”.

Понятно, что самобытность не должна превратиться в дикость, как это было в Германии, когда в 1930 году был принят законодательный акт, по которому преступлением считалось всякое деяние, которое “заслуживает наказания согласно здоровому народному чувству (gesundes Volksgefuhl)”. Поэтому важно соблюдать герменевтический принцип соотношения части и целого, средства и цели: правовой плюрализм (средство) не должен уничтожить плюрализм культурный и человеческий (цель), так как его абсолютизация может привести к правовому монизму в рамках территории его сегментного действия. Поэтому правовой плюрализм возможен лишь в пределах, положенных Основным законом – Конституцией РФ.

## Тема 10. Юридическое образование в России:

## от поиска мнимых закономерностей к постижению смысла права

Изучение правового мышления позволяет по-новому взглянуть на юридическое образование, подготовку юристов, формирование у них правового мышления. Существует три основных принципа, которые должна учитывать модель юридического образования в XXI веке: “расширение контекста восприятия права”, “понимание через применение”, “разделение смысла и значения”. Первый принцип связан с внедрением в юридическое образование глубокой философско-культурологической основы; второй вытекает из зафиксированного в герменевтике единства понимания и применения – для того, чтобы понять, чтобы был сформирован смысл того или иного понятия, текста, социального действия, человек должен их практически “освоить”, так как только в этом случае будут задействованы механизмы понимания; третий принцип связан с предыдущим – следует помнить о том, что значение и смысл имеют различные единицы человеческого общения, и универсального, одинакового для всех восприятия социально-правовой действительности не бывает.

Правовое мышление и юридическое знание обладают разными особенностями в зависимости от господствующей юридической парадигмы, зависят от этнической культуры, национального менталитета, общественно-политической ситуации. Отсутствие понимания этого очевидного для любого современного философа положения негативно сказывается на юридической науке и юридическом образовании. Связано это с тем, что современная модель юридического образования не предполагает глубокого постижения смысла права, которое возможно лишь в ситуации активного погружения в правовую сферу через расширение контекста интерпретации правовых явлений, а не в пассивном “отражении” социально-правовой действительности или заучивании мнимых закономерностей. В реальной жизни право существует не в виде самостоятельного явления, развивающегося по своим закономерностям, как это полагали юристы вплоть до сегодняшнего дня и продолжают полагать по причине модернистской мировоззренческо-методологической установки. В действительности отношения между людьми содержат неразделимый клубок правовых, морально-нравственных, политических, религиозных ценностей и устремлений. Право не поддается лишь одному измерению, одному единственно верному определению, оставаясь неуловимым в акте научной рациональности и рефлексии. Его интуиция определена теми национально-культурными смысловыми образами, которые впитывает человек с малых лет. Поэтому юридическое образование, все более удаляющееся от философско-культурологического контекста права в сторону юридического позитивизма (тот объем гуманитарной подготовки, который содержит современный образовательный стандарт, крайне недостаточен), все дальше уходит от реальности человеческой жизни, создавая виртуальную систему смыслов официального права. Такое образование формирует фрагментарное видение мира и “осколочное” восприятие права в бесконечно разнообразном потоке жизненных ситуаций и человеческих отношений, не способное передать его единство, многомерность и гармоничную целостность. Особенно способствует этому специализация юридического образования. Современный выпускник юридического вуза обладает знанием формы, но не знанием содержания: в этом нам видится влияние логоцентризма и “перерожденной формальной рациональности” европейского правового мышления, в котором вопросы справедливости были заменены вопросами методов ее поиска.

Итальянский ученый Ф. Джентиле, фиксируя все возрастающее в научных кругах убеждение, что обучение юристов стало более интенсивным, а “знаний при этом они получают гораздо меньше”, видит причину в увеличении специальных юридических знаний, в то время как гораздо важнее здесь овладение основами и методами изучения разных предметов, в особенности философских основ права. Дефицит философии права у юристов, увлечение ими анализом законов взамен более глубокого проникновения в правовые принципы служит преградой на пути надлежащего юридического образования, полагает автор, справедливо отмечая, что в повседневной жизни в юридическом опыте соседствуют логическая форма, экономический интерес и этические ценностные позиции.

Следует отметить, что подобные тенденции обнаруживают и другие сферы высшего образования. Зарубежные эксперты, исследующие состояние образования в Бельгии, Дании, Франции, ФРГ, считают, что кризис системы образования носит универсальный характер, так как “это кризис всего процесса, его развития, его целей, поведения студентов”, и связан он с тем, что в мир воспитания активно проникают “принципы и новшества утилитарного технократического мира и, что самое опасное, в мир воспитанников приходит цинизм, поверхностность, скоротечность человеческих контактов”. По мнению отечественных авторов, современное вузовское образование во всем мире практически ничего не делает для того, чтобы сформировать умение “…мыслить самостоятельно и критично, т.е. рефлексивно и саморефлексивно, творчески и контекстуально. В результате в мышлении получается перекос: учащиеся на практике не в состоянии пользоваться полученным знанием. Хуже того, у них неразвитыми остаются способности решения моральных проблем, межличностных конфликтов, социального общения”.

Однако в зарубежной юриспруденции в последние несколько десятилетий работы формально-догматического анализа права отходят на второй план, уступая место исследованиям, проводимым на стыке права и других областей гуманитарного знания. Позитивно это влияет и на юридическую подготовку студентов. Так, например, современные тенденции развития европейского образования связаны с углубленным изучением истории и социологии права, а также права в социально-политическом контексте.

В отечественной юриспруденции положение адекватно охарактеризовал О.В. Мартышин, отметивший, что современные отечественные учебники по теории государства и права отличаются заметным формализмом и догматизмом, конструированием явно искусственных схем, мало что дающих для понимания сути предмета.

Следует признать, что на сегодняшний день в России практически отсутствует собственная, самобытная и оригинальная философско- и теоретико-правовая мысль, задачей которой было бы не слепое подражание западным моделям, а поиск собственного пути правового развития, отвечающего духу и чаяниям российского народа. Провозгласили эти модели в качестве доминант государственно-правового развития ведущие представители отечественной юриспруденции, еще в недавнем прошлом вполне справедливо критиковавшие европейский буржуазный правопорядок и капитализм как далекие от совершенства общественно-политические идеалы. Теперь же почти не ставится под сомнение то, что эти ориентиры могут претендовать на универсальную роль морально-правовых идеалов для всего человечества и верховенство по отношению к иным ценностным порядкам.

В то же время осмысление такого богатейшего по своей многомерности явления, как право, с помощью понятий, выработанных в западноевропейской политико-правовой традиции, будет всем, чем угодно, но не наукой, так как нельзя “общую теорию права” строить на опыте исключительно европейской истории и отбрасывать тысячелетний опыт истории других культур, который не укладывается в “прокрустово ложе” представлений о праве европейской науки. Поэтому важнейшим условием правоведения являются преодоление европейского эгоцентризма, привлечение в орбиту исследований всех возможных правовых культур.

Современная государственно-правовая идеология, получившая закрепление в действующей Конституции РФ, представляет собой откровенное обобщение идеалов и норм либерально-демократической версии правового государства и европейского правопонимания как единственно верных и не подлежащих критике теоретико-методологических аксиом. Единичны исследования, преодолевающие откровенный европоцентризм в понимании права и государства и не воспроизводящие штампы и стереотипы модернистской эпохи. Результат налицо: почти вся страна живет по неписаному, “теневому праву”, по новым, уродливым формам социальной справедливости, которую не в силах обеспечить действующее законодательство с его идеалистическими схемами.

Реформы в сфере профессионального образования, “навеянные” многочисленными консультациями с зарубежными коллегами, особенно из США, привели к тому, что современная система подготовки юридических кадров для правоохранительных органов России – искусственный гибрид советской отечественной образовательной системы, еще в недавнем прошлом оцениваемой директором ФБР Гувером в качестве “пугающе эффективной”, и американской системы полицейских и иных академий, отвечающей особенностям правовой и правоохранительной системы США с ее узкой специализацией правоохранительных и силовых структур, совершенно иной по отношению к отечественной, досудебной процессуальной деятельности, и остальным особенностям англосаксонской правовой семьи. Зачем было так поспешно отказываться от собственного опыта в сфере образования, в том числе и юридического?

Правовое мышление представляется сегодня чисто формальным, рационально-логическим механизмом управления и конструирования социальных связей. С помощью этой “инженерно-конструкторской” мысли можно легко сконструировать идеальное общество. С позиции такой рациональности становится понятным, почему так легко изменяются целые отрасли законодательства, перекраивается в одночасье вся система правовых ценностей и принципов. Так и не учитывается то обстоятельство, что право – в первую очередь, произведение культуры, истории, человеческой жизни, а не разума, инженерной смекалки, и постижение права, соответственно, есть процесс осмысления, а не отражения. Следовательно, юридическая наука будет значительно объективнее, если ее основной задачей станет раскрытие самобытных и уникальных структур правового бытия своего народа. Следует, наконец, понять, что чем ближе правовед к юридическому быту своего народа, чем больше он “задет” уникальной правовой культурой его, тем ближе и адекватнее реальной правовой жизни будут его правовые идеи, суждения, модели. Правовое мышление не универсально, оно “привязано” к тому праву, к тем правовым ценностям, которые еще в детстве ученый впитывал в себя, как губка из океана, самые разнообразные жизненные ситуации, события и случаи, порожденные всегда остающейся в корнях своих иррациональной человеческой деятельностью. Стоит ли удивляться тому, что зарубежные юристы, как и многочисленные доморощенные либералы и западники, считают нашу правовую культуру отсталой – не может человек, воспитанный в “духе” протестантского индивидуализма и современного западного материализма, понять, что главное для русского человека – не “подарочный набор” его основных прав и свобод (подарочный в смысле навязанный сверху), а “Правда – Истина”, не сводимая к формально-правовому равенству и “букве” юридических предписаний. Не зная основ православной духовности и культуры, сформировавшей русскую правовую ментальность, отличающуюся государственно-правовым патернализмом, ее поспешили окрестить отсталой.

Непонимание этого, казалось бы, лежащего на поверхности, экзистенциального наблюдения порождает виртуальную реальность научного знания права и бытия самого законодательства: ярким тому подтверждением является теоретическая конструкция “писаной” и “фактической” Конституции РФ, которая призвана “выручить” догматическое конституционно-правовое мышление из этого виртуального тупика.

Впрочем, с таким пренебрежительным отношением к философии в современном юридическом образовании это и не удивительно: идеи неклассической философии XX века, в первую очередь, неокантианство, экзистенциализм, феноменология и герменевтика, акцентирующие внимание на социокультурных основаниях гуманитарной науки, остались, видимо, незамеченными идеологами реформ. На культурно-нравственных качествах права были сосредоточены исследовательские усилия и русских правоведов. Мощная традиция отечественной правовой мысли, которая всегда являлась и философской мыслью, а большая часть русских философов серебряного века были юристами по образованию, утеряна.

Все эти вопросы решаются юридическим образованием. Только мыслящий (понимающий) человек способен адекватно воспринять и реализовать адресованный ему нормативный текст. Прежде необходимо научить человека мыслить, а затем уже требовать от него юридических знаний. Законодательство регулярно обновляется, содержание нормативных актов меняется, а человек, его мировоззрение и мышление остаются. Тот факт, что отечественное право в течение последнего десятилетия кардинально изменилось, еще раз сигнализирует о том, что для деятельности будущих юристов гораздо более важна не динамичная компонента правосознания (знание положительного (официального) права), а статичная – интуиция права и справедливости, правовое чувство, идея права. Сущность, или идея, права постигается не столько рассудочным, теоретическим путем, сколько интуитивно, посредством накопления политико-правового опыта, юридического знания, идей и взглядов других мыслителей, в первую очередь, тех, которые жили и мыслили в рамках отечественной истории и культуры. Поэтому воспитание такой интуиции – дело не столько отраслевых юридических дисциплин, сколько историко-теоретических: философии и теории права, истории политических и правовых учений, истории государства и права, культурологии, религиоведения и т.д.

При этом важно не забывать, что профессиональная интуиция права и справедливости, в свою очередь, необходима и преподавателям. Только юридически подготовленный человек обладает знанием практических аспектов права и отраслевых особенностей реализации его норм и, соответственно, может иметь непосредственный правовой опыт. Поэтому мы считаем совершенно справедливой точку зрения, согласно которой философию права следует читать в юридической, а не в философской традиции. И лектор должен быть высоко образованным юристом, соединяющим свой правовой опыт с глубоким философско-мировоззренческим анализом, используя достижения современной философии, этики и социологии.

Г.Дж. Берман приводит такой пример. Однажды Оливер Холмс сказал классу студентов-юристов: “Ваше дело как юристов – видеть связь между вашим конкретным фактом и зданием всей вселенной”. За этим утверждением Холмса, полагает Берман, стоит трагическое видение мира, порожденное гражданской войной между Севером и Югом. “Он-то знал, сколь шатки факты вне всеобщего контекста”, – подчеркивает ученый. Фрагментация и дифференциация общественных наук, узкий взгляд на право, которое сводится лишь к господствующим нормам, процедурам и приемам, лишает богатейшего источника понимания своих дисциплин и юристов, и представителей других гуманитарных наук – философов, политологов, социологов.

Таким образом, современный уровень развития социальных наук вообще и юридических в частности требует новых подходов к образованию. Чем дольше на принципы этой сферы человеческой деятельности будут распространяться стереотипы и идеалы рациональности, господствовавшей в течение последних столетий субъект-объектной гносеологии, тем больше времени в учебном процессе будет тратиться впустую. Правовое мышление никогда не будет свободным от субъективных структур правосознания и личного опыта, что в корне меняет ценность общегуманитарных дисциплин в юридическом образовании. Давно не является новаторским тезис о независимости правосознания, чувства уважения к праву от уровня юридических знаний, что выводит на первое место по уровню значимости именно общегуманитарную подготовку.

В средние века одна из особенностей школы глоссаторов по сравнению с современным юридическим образованием заключалась в том, что смысл обучения праву виделся не в изучении современного средневекового или римского права, а в подготовке и воспитании высокообразованных юристов-ученых, свободно владеющих методами анализа и обобщения, филологическими способностями. При этом активно применялся диспут как форма обучения на основе имитации суда и применения нормы к конкретному случаю. Получившие образование в Болонском университете специалисты отличались завидными аналитическими способностями, что делало их незаменимыми в области конфликтов. Э. Аннерс отмечает, что уже первые глоссаторы сразу же оказались на самых высоких должностях при императорском дворе, заняв должности личных советников императора.

Поэтому только в случае вовлечения в орбиту юридического образования фундаментальных философских, филологических, искусствоведческих, культурологических, социологических исследований возможно создание интегративного правопонимания, о котором все больше говорят и в России, и за рубежом. От “формальной рациональности” к живому праву, от знания процедур к знанию фундаментальных оснований права, от формы к содержанию должен происходить переход в реформе образования.

В качестве одной из ключевых задач социальной теории права Г.Дж. Берман, помимо интеграции трех основных направлений юриспруденции (юридический позитивизм, естественное право, историческая школа), рассматривает формирование такого исторического правового знания, которое было бы свободно от экономической истории (истории классовой борьбы и т.п.) и любой другой истории. Право и его формирование должно рассматриваться вне причинно-следственных связей по отношению к другим предметам знания. У права каждой страны собственная уникальная история, обусловленная самобытностью правовой культуры народа, – представляется, именно таким образом, следует интерпретировать суждение ученого, описавшего в своем объемном исследовании путь становления и развития западной традиции права именно в контексте социокультурных детерминант. Религиозные, духовно-практические факторы – основа правового развития любой цивилизации. В свою очередь, право согласно подходу Г.Дж. Бермана, само сыграло важную роль в смене эпох социально-экономического развития Запада.

Сейчас, когда все острее стоит вопрос о границах универсальности гуманитарного научного знания, уже нельзя сомневаться в том, что правовое мышление должно быть “привязано” к той почве, на которой произрастает тот или иной исследуемый правовой или политический институт. Поэтому мы считаем, что возможно поставить вопрос о разработке единого, базового, внутренне гармоничного и синхронизированного блока социально-гуманитарных и юридических дисциплин, в который вошли бы история, философия, культурология России, религиоведение (история православия и иных традиционных для нашей страны конфессий), история отечественного государства и права, история политических и правовых учений, теория государства и права. Изучаться этот блок должен не менее двух лет и быть стандартным для обучения по любой юридической специализации независимо от ведомственной принадлежности вуза. Судьбы многих людей зависят от подготовки будущих правоприменителей.

В сфере юридического образования должны быть активно задействованы понимающие подходы в гуманизации образования, активно разрабатываемые в зарубежной и отечественной философии и педагогике. Опираясь на мнение многих выдающихся мыслителей современности, И.И. Сулима отмечает, что в основе признаваемой многими проблемы человека, его воспитания и образования в качестве важнейшей глобальной проблемы современности ограниченность миропонимания, стремление все объяснить с помощью науки, кризис духа и разрушение эмоционально-ценностной сферы, что предполагает особую значимость герменевтических оснований образования. При этом главная задача педагога должна состоять не в том, чтобы дать истину ученику, а в том, чтобы научить его приходить к истине самому, развивать ум, что предполагает ситуацию диалога, получившую впервые осмысление у Сократа в качестве метода “майевтики”.

Остановимся на одной из вышеперечисленных юридических дисциплин – истории политических и правовых учений – с целью демонстрации применения тех выводов, которые были сделаны в результате исследования правового мышления.

История политических и правовых учений представляет собой дисциплину историко-теоретического характера, что предполагает единство как теоретического, так и исторического знания и позволяет рассматривать ее в качестве более оптимального примера, чем, например, теорию права.

Процесс изучения политико-правового учения того или иного автора является интерпретацией, пониманием, а не познанием. Интерпретатор того или иного произведения, учения, доктрины предстает в роли соавтора, сомыслителя. Субъект интерпретации политических и правовых учений становится в позицию диалога с мыслителями прошлого, соучастником политико-правовой жизни прошлого в контексте настоящего. Тот смысл, который в свои понятийные конструкции вкладывали авторы учений, остается в реальности недостижимым, так как между интерпретатором и ими огромная культурно-историческая дистанция. Но подлинный смысл не важен. Важно то, что в ходе осмысления того или иного политико-правового учения интерпретатор не осознанно для себя расширяет свой горизонт мировосприятия, реконструируя свой жизненный опыт, надстраивая и перестраивая его новыми смыслами. Отсюда видна фундаментальная роль этой дисциплины в формировании правового мышления, юридического мировоззрения и правовой культуры будущих юристов. Делая своим государственно-правовое знание других исторических эпох, интерпретатор, усваивая, творит.

Например, изучая правовую традицию Китая, обучаемый сталкивается с идеей “отрицания права”. Как только учащийся пытается понять, почему так происходит, он, пользуясь тем пониманием права, которое определено собственной национальной правовой культурой, находит ответ на основании своего жизненного опыта, который обогащается новым содержанием в результате новой жизненной ситуации: отрицания права. Точно так же, когда мы, закрывая книгу художественного произведения, внезапно осознаем, что смысл первой главы оказывается в свете прочитанного окончания совершенно иным, чем тот, с которым мы начинали чтение, после освоения элементов чужой культуры мы сталкиваемся с новыми точками зрения, аспектами, смыслами права.

Однако следует помнить, что понять тот смысл отрицания права, который вкладывают в него китайцы можно, только родившись китайцем и получив воспитание в соответствии с правилами конфуцианской морали, китайским мировоззрением, – только в этом случае будет присутствовать адекватное “предмнение”, “предсуждение”, “предпонимание”. Поэтому исключительно важно воспитать в человеке чувство “инаковости” текста и уважения к этой инаковости. Как пишет Х.-Г. Гадамер: «Речь идет о том, чтобы помнить о собственной предвзятости, дабы текст проявился во всей его инаковости и тем самым получил возможность противопоставить свою фактическую истину нашим собственным “предмнениям”».

История идей о праве и государстве необходима для понимания сущности государства и права. Сущность государства, его идея постигается не столько рассудочным, теоретическим путем, сколько интуитивно, посредством накопления политико-правового опыта, юридического знания, усвоения идей и взглядов других мыслителей. Сущность государства и права многогранна, не поддается лишь одной дефиниции, лишь одному измерению и требует для своего постижения особой интуиции, воспитываемой изучением истории политических и правовых идей и истории государственно-правовых институтов, в которых эти идеи воплощались и продолжают воплощаться.

Понимающие технологии преподавания истории политических и правовых учений основаны на постоянном обращении к практическим результатам той или иной идеологии. Для этого необходимо обращаться к темам родственных дисциплин: теории государства и права, государственному (конституционному) праву, гражданскому праву, истории государства и права и т.д. Именно на основе применения знаний достигается наилучшее понимание идеологий и тех правовых методов и понятий, которые возникли на их основе.

В связи с тем, что по отношению к теории государства и права история политических и правовых учений выступает в роли метатеории, истории правовой философии права, правоведения, формирования теории государства и права, науки государственного права и других отраслей юридического знания, а также историей методологических проблем теории государства и права, для лучшего понимания отдельных тем общей теории права было бы желательно предварительно совершать историко-теоретический экскурс по отношению к той или иной теме. Поэтому в идеале история политических и правовых учений должна предварять изучение теории государства и права. В то же время связь этой дисциплины с философскими идеями делает необходимым ее изучение параллельно с историей философии. Наконец, поскольку все политико-правовые доктрины “произрастают” на определенной социокультурной основе, история политических и правовых учений тесно связана с культурологией, что часто забывается в литературе.

В самом деле, профессиональное юридическое мышление играет ключевую роль в процессе толкования (интерпретации) нормативно-правового материала. Систему законодательства можно представить себе в качестве пирамиды норм, на каждом уровне которой прослеживается связь основания с вершиной. Государственно-правовая идеология, будучи закрепленной в основной, самой вышестоящей норме – Конституции, ввиду того что все нормативно-правовые акты должны соответствовать последней, “разлита” по всей пирамиде нижестоящих правовых норм, вплоть до основания, оказывая влияние на их содержание. Следовательно, применение правовых норм (в ходе которого толкование имеет решающее значение) невозможно без знания основ государственно-правовой идеологии. Можно сказать, знание последней является по отношению к толкуемой норме предварительным знанием (“предзнанием”, по терминологии современной герменевтики), определяющим смысл всей нормы в целом и всех входящих в нее понятий в частности. Таким образом, знание государственно-правовой идеологии – главный фактор более или менее адекватного Конституции и замыслу законодателя толкования правовых норм и правильного их применения. Более того, знание государственно-правовой идеологии – гарант правильного понимания норм самой Конституции, которые также нуждаются в толковании.

История политических и правовых учений может рассматриваться как история возникновения, развития и изменения государственно-правовых идеологий, а по отношению к современной российской государственно-правовой идеологии – как история ее формирования. Именно этой дисциплине принадлежит ведущая роль в изложении ее основ, принципов и понятий. Благодаря истории политических и правовых учений учащиеся постигают стержневой компонент правовой системы – правовую идеологию.

История политических и правовых учений – история понятий юридической науки. Научное юридическое мышление, являясь по своей природе теоретическим, предполагает использование большого количества юридических категорий, дефиниций и понятийных конструкций. Однако для профессионального юридического мышления не в меньшей степени характерен высокий уровень понятийности, вызванный, в первую очередь, тем, что юрист-профессионал работает с нормативным материалом, в котором в сжатом виде присутствует весь многовековой опыт юридической науки. Поэтому история политических и правовых учений, представляя собой в некотором роде историю развития правовых понятий и определений, является необходимым, можно сказать, стержневым (понятия – основа юридического текста) компонентом юридического знания независимо от того, каким оно выступает, – теоретическим или практическим (профессиональным). Например, такие политико-юридические понятия, как: “право”, “государство”, “суверенитет”, “республика”, “единовластие”, “демократия”, “федерализм”, “общественный договор”, “народное представительство”, “система сдержек и противовесов”, “конституционализм”, “фракция”, “права человека”, “правовое государство”, “формально-правовое равенство” и многие другие, имеют давнюю историю, не зная которой невозможно понять все их смысловые оттенки. Чем лучше обучаемый знает историю понятий, тем более адекватно сможет он интерпретировать их в зависимости от различного контекста и, соответственно, лучше понимать юридический текст, а также видеть, где эти понятия употребляются совершенно неуместно или некорректно. Иными словами, обучаемый сможет критически воспринимать правовую информацию. Кроме того, что не менее важно, обучаемый будет способен видеть не только юридическую природу правовых понятий, но и культурно-исторические и социально-экономические корни и предпосылки их возникновения.

Таким образом, в качестве предложения по методике формирования юридического мышления у обучающихся на юридических факультетах может выступать следующее: необходимо при преподавании курса истории политических и правовых учений особо выделять моменты возникновения авторской интерпретации и употребления правовых понятий и дефиниций в политико-правовых учениях. Кроме того, необходимо рекомендовать создание различных ролевых игр, ситуаций, практических задач, решая которые, студент будет формировать свой субъективный смысл этих понятий.

Наконец, в качестве рекомендации преподавателям отраслевых юридических дисциплин можно предложить разработать ряд спецкурсов по истории правовых учений не общеправового (политико-правового) характера, а более конкретных – посвященных проблемам отраслевых юридических наук. Иными словами, в качестве особой дисциплины целесообразно выделить историю отраслевых юридических наук, и в рамках каждого вуза изучать историю профилирующих. Например, для вузов МВД России полезно исследование и изучение истории науки уголовного права, уголовного процесса, административного права. Такие понятия, как “презумпция невиновности”, “вина”, “умысел”, “необходимая оборона”, “состав преступления” и многие другие, имеют давнюю историю становления и развития, ее необходимо изучать не только в рамках истории государства и права по правовым памятникам, но и по произведениям ученых-юристов. Это послужило бы более глубокому проникновению не только в изучаемые отраслевые дисциплины, но и в их нормативный материал – ведь все достижения отраслевых юридических наук воплощаются рано или поздно в правовые нормы. Кстати, последние учебники А.В. Наумова по уголовному праву, в которых содержатся краткие экскурсы в историю возникновения уголовно-правовых понятий, а также информация об ученых-юристах, их разработавших, могут послужить прекрасным примером взаимодействия истории уголовно-правовых учений и современного уголовного права.

В связи с вышеизложенным представляется необходимым сформировать курс данной дисциплины не в историческом порядке возникновения и развития правовых доктрин, который представляет собой “сухое” перечисление некоторых политико-правовых идей, а в проблемологическом, выделяя такие темы, которые можно применить сегодня для анализа текущих общественно-правовых проблем. Например, это могут быть следующие темы: “Методологические проблемы юриспруденции в истории правовых учений”, “Современные государственно-правовые идеологии и их историко-культурные корни”, “Правовое и социальное государство в доктринах прошлого и современности”, “Национальный вопрос и федерализм в истории политико-правовых идей”, “Соотношение духовной и светской власти в политической и правовой мысли” и др. Только в таком контексте, актуализирующем современность тех или иных идей, взглядов и концепций, преломляя их в свете тенденций XXI века, можно добиться заинтересованности обучаемых и оптимального понимания, которое, еще раз напомним, является соавторством, а не пассивным отражением материала. Мы называем этот метод изучения истории политических и правовых учений “погружением в современность”, “интерпретацией в контексте современности”.

Понимающие технологии в юридическом образовании предполагают пересмотр и отраслевых методик. Понимание отраслевого права достигается не в процессе заучивания теоретических схем, объясняющих возникновение тех или иных терминов, понятий, приемов и схем, а в процессе применения норм. Поэтому отраслевые дисциплины основным методом обучения должны иметь практические занятия по применению норм к различным жизненным ситуациям. Решая задачи, обучаемый пользуется “мышлением в праве”, живой правовой интуицией, соотносит желаемое право с официальным, с одной стороны, корректируя первое на основе второго, с другой стороны, замечая все недостатки и преимущества действующих нормативных актов. Не случайно в первых юридических учебных заведениях – европейских университетах – в завершение каждой лекции преподаватель обязательно формулировал вопросы, проверяя какую-нибудь широкую доктрину или теорию к конкретным проблемам или делам.

В этом плане достаточно продуктивной является идея “юридических клиник” – консультативных пунктов при юридических факультетах вузов с целью бесплатной помощи населению в решении самых разных юридических вопросов. Такие образовательные формы следует предусмотреть в качестве общеобязательных для всех юридических факультетов, как это сделано при медицинских вузах. Погрузившись в гущу сложных жизненных проблем неимущих и социально необеспеченных людей, число которых катастрофически растет, в том числе и по вине реформаторов отечественного права, студенты смогут глубже понимать смысл действующих нормативных актов, так как практическая среда инициирует процесс смыслопостроения, постижения смысла правовых норм и права в целом. Кроме того, студент гораздо глубже поймет основную задачу юриста, которая состоит не в поиске соответствия процедуре, а в нахождении справедливости: “Ius est ars boni et aequi” (Право есть наука о добром и справедливом).