

Свободная трибуна



Артём Георгиевич Карапетов

профессор Российской школы частного права,
ректор Юридического института «М-Логос»,
зав. кафедрой Государственной академии
повышения квалификации (ГАСИС),
кандидат юридических наук

Автор исследует конфликт научно-правовых парадигм во второй половине XIX – первой половине XX в. В центре внимания находится борьба сугубо догматического направления, заикленного на анализе и систематизации действующего позитивного права, и нового политико-правового подхода, предполагающего изучение целей и методов правовой реформы, анализ права с точки зрения экономической эффективности, морали и других внешних ценностей.

В настоящем номере журнала опубликована первая часть статьи, посвященная развитию правовой мысли в Германии, начиная с исторической школы Ф.К. Савиньи и заканчивая современным этапом.

Ключевые слова: историческая школа, пандектистика, юридический позитивизм, юриспруденция интересов

Политика и догматика гражданского права: исторический очерк

Введение

Вопросы методологии в любой науке являются одними из наиболее интересных. Например, многим прекрасно известны споры о природе научного прогресса, которые в XX в. вели К. Поппер, Т. Кун и И. Лакатос. Не менее жаркие дискуссии разгорались и разгораются в странах с развитой правовой мыслью (к которым Россия, к сожалению, не относится) и в области правовой науки. Вопросы о том, что, как и зачем должны делать ученые-правоведы, начали возникать, видимо, с тех

самых пор, как появилась такая профессия. Для правоведов они носят своего рода экзистенциальный характер, определяя их профессиональную миссию.

По мере эмансипации ученых из общей среды профессиональных юристов эти вопросы, их анализ и предлагаемые ответы постепенно стали выделяться в самостоятельный научный дискурс. Думается, точкой отсчета служит вторая половина XIX в. В это время в наиболее развитых с юридической точки зрения государствах правовая наука поднялась на столь высокий интеллектуальный уровень, что стала способна анализировать свое место среди других социальных и точных наук, осознанно и рационально формируя собственную парадигму развития.

В настоящее время после долгих споров, проб и ошибок, создания и опровержения гипотез стало очевидно, что невозможно сформировать единую парадигму правовой науки. Последняя сегментировалась на различные области анализа. В каждой из этих областей доминируют, сталкиваются, появляются и исчезают собственные, автономные представления о 1) предмете, 2) методах, 3) целях научного анализа и 4) критериях научной истинности или научного успеха.

В частности, история права: 1) занимается изучением истории развития позитивного права, 2) использует методы, традиционные для любых исторических наук, 3) ставит в качестве своей цели уяснение правды как таковой, зачастую без каких-либо инструментальных задач и 4) рассматривает в качестве истинной ту гипотезу, которая, по суждению большинства ученых, с наибольшей вероятностью будет соответствовать реальным историческим фактам.

Сравнительное правоведение: 1) занимается изучением и сравнением современного позитивного права различных государств, 2) использует специальные сравнительные методы, позволяющие проводить как можно более корректные сравнения, 3) имеет своей основной целью обеспечение доступности мирового правового опыта и создание условий для более успешного международного сотрудничества и 4) считает научным успехом наиболее глубокое погружение в право зарубежных стран и нахождение важных отличий и сходств.

Список самостоятельных доменов научной жизни в сфере права можно продолжать и вспомнить, к примеру, о социологии права, криминалистике и других традиционных областях приложения научных усилий правоведов. Кроме того, в современном зарубежном праве популярны многочисленные междисциплинарные научные исследования, в которых анализируются те или иные вопросы на стыке права и иных областей знаний, от правовой психологии до литературно-правовых исследований.

Объединяет все эти научные дисциплины то, что они под тем или иным углом зрения изучают феномен объективного права. Причем право как предмет анализа в рамках этих научных доменов понимается далеко не всегда одинаково. Например, дискурс естественного права посвящен не столько позитивному праву, сколько вопросам высшей морали и ценностей. Источник происхождения позитивного права в исламском правоведении имеет вполне очевидную специфику. А юридическая антропология изучает не столько право в его официальных источниках, сколько традиционный порядок в примитивных обществах. Насколько оправданно относить все эти научные дискурсы к правовой науке, зависит

от нашего понимания права. Например, если под правом понимать исключительно официально изданные или признанные государством (согласно концепции Г. Харта соответствующие «норме признания» данного общества) нормы, то правовая антропология оказывается отнесенной скорее к сфере социологии, а естественно-правовая научная мысль будет стремительно дрейфовать в сторону философии. Не рассматривая подробно этот фундаментальный вопрос правового понимания, отметим только, что существуют научные дисциплины, занимающиеся теми или иными проявлениями феномена позитивного права и в глазах большинства профессиональных юристов относящиеся к сфере правовой науки без каких-либо сомнений. При этом во всем остальном, кроме предмета своего изучения, эти научные дисциплины имеют зачастую друг с другом мало общего. Профессиональный компаративист найдет немного общих тем для обсуждения со специалистом в области правовой кибернетики.

Между тем сотрудничество иногда неизбежно. А это требует взаимного понимания и уважения к тем научным парадигмам, в которых работают коллеги из смежных научно-правовых дисциплин.

Но это мирное соседство не всегда возможно и не всегда полезно. Научно-правовые дисциплины пробивали себе дорогу в условиях жесткой конкурентной борьбы. Нередко в момент становления той или иной новой дисциплины возникают трения между ее прозелитами и сторонниками наиболее близкой из ранее устоявшихся научных парадигм, чьи цели и амбиции ставятся под сомнение. Результаты этой борьбы могут быть разными. Иногда прежний гегемон сопротивляется до последнего — вплоть до физического уничтожения проводников нового учения, как в свое время случилось со сторонниками гелиоцентрической теории в средневековой Европе или генетиками в СССР. Зачастую претендующая на господство новая теория, сталкиваясь с ортодоксальной системой взглядов, показывает свою несостоятельность и отвергается на уровне научных дебатов или дискредитируется при попытке практического применения, как, например, марксистская экономическая теория. В одних случаях эта борьба приводит к полной замене доминирующей научной парадигмы и исчезновению прежнего гегемона, как в свое время астрономия полностью устранила астрологию (по крайней мере из научной сферы), а химия — алхимию. В других — по законам гегелевской диалектики происходит конвергенция конкурирующих парадигм.

Однако в ряде случаев после некоторых споров предмет и методы соответствующих дисциплин уточняются таким образом, что каждой из них находится свое уникальное место. Например, развитие исторической генетики, реконструирующей историю народов, их миграции и расселения по генетическому материалу ныне живущих людей, не устранило археологию и работу с источниками, но сформировало новую нишу научной мысли в рамках исторической науки.

В принципе, все эти сценарии борьбы разных научных парадигм и логика научного развития *mutatis mutandis* характерны и для правовой науки. Существующие сейчас домены научно-правовой мысли возникли не за один день, а формировались последовательно. Соответственно к моменту появления той или иной научной дисциплины уже имелись устоявшиеся представления о том, чем должен заниматься ученый-правовед, и новые парадигмы не всегда спокойно воспринимались научной ортодоксией, вызывая серьезные дебаты с разными исходами.

В настоящей работе мы попытаемся рассказать о начале конкурентной борьбы, развернувшейся в европейских и американских университетах в конце XIX — первой половине XX в. между к тому времени устоявшейся научной дисциплиной правовой догматики и новой дисциплиной правовой политики.

Догматика права к концу XIX в. представляла собой вполне сформировавшуюся научную парадигму. В то время еще не существовало ни социологии права, ни компаративистики, ни почти всех иных научно-правовых дисциплин, знакомых нам сегодня. Пожалуй, единственной научной дисциплиной, предшествующей формированию правовой догматики, была история права. Более того, догматика права выросла именно из истории права. Первые ученые-юристы в Европе занимались историческими и чуть ли не археологическими изысканиями в области права Древнего Рима. Но уже со времен постглоссаторов от чисто исторической дисциплины начал постепенно эмансипироваться новый научный дискурс правовой догматики. Окончательное отделение догматики от исторического анализа произошло примерно во второй половине XIX в. в период господства пандектного учения в Германии, экзегетической школы во Франции или лэнгделлианской теории в США.

Что же мы понимаем под правовой догматикой? Догматическая научная парадигма 1) изучает право, как оно действует сейчас в его позитивных источниках и скрытой систематике, 2) использует методы формальной логики (индукция, дедукция, аналогия и т. п.), истории и герменевтики, 3) ставит своей целью формирование согласованной, четко структурированной, а также доступной в дидактических и познавательных целях систематике правовых предписаний и 4) считает критерием научного успеха построение наиболее логичной и элегантной системы правил, соответствующих источникам позитивного права, но при этом согласованных между собой и способных дать ответ на любой вопрос.

По большому счету правовая догматика отличалась от чисто исторической научной мысли тем, что пыталась творчески согласовать, структурировать и приспособить для целей преподавания и правоприменения позитивные нормы, дошедшие до нас из глубин веков. Для этого нормы обобщались и из них индуктивно выводились общие теории, принципы и концепции, которые превращали позитивное право из хаоса в систему. Это нарушало основные парадигмальные установки сугубо исторической дисциплины, ставящей в качестве своей задачи исключительно дескриптивное и объективное описание норм прошлого. Догматическое же учение приносило в науку элемент творческого развития. Такая эмансипация не прошла безболезненно. В ряде стран (например, в Германии) конфликт между исторической и догматической (пандектной) парадигмами был достаточно серьезным и привел к расколу среди последователей Ф.К. Савиньи в так называемой исторической школе юристов.

Как бы то ни было, после эмансипации правовой догматики от исторической парадигмы во Франции (в начале XIX в.) и Германии (в середине XIX в.) и в условиях постепенного снижения интереса к истории права как таковой, к тому времени в значительной степени восстановленной многочисленными предшествующими поколениями ученых (глоссаторов, постглоссаторов, сторонников исторической школы), новая научная парадигма заняла господствующие высоты в правовой науке, претендуя на роль научного гегемона. Она задавала предмет, методы, цели и критерии научного успеха для нескольких поколений исследователей.

Правовая догматика как научная дисциплина к концу XIX в. была представлена тремя основными направлениями: немецкой пандектистикой, французской школой экзегезы и американским лэнгделлианским формализмом. У этих течений внутри догматической парадигмы были свои отличия, но объединяло их главное — правовая наука была сосредоточена на уже существующем позитивном праве и сводила научное творчество до сугубо логических или герменевтических манипуляций, направленных на построение согласованной систематики правового регулирования.

Именно в конфликте с этими тремя направлениями в догматической парадигме правовой науки и рождалось новое направление, представители которого в конце XIX в. бросили вызов правовой догматике. Оно возникло на основе популяризированной Р. Йерингом идеи о том, что позитивное право является в первую очередь средством влияния на социальные отношения, а поэтому и должно изучаться как инструмент и оцениваться по своим последствиям. В зарубежном праве это направление обозначали и обозначают по-разному: и юриспруденция интересов, и социологическая юриспруденция, и телеологическая юриспруденция, и правовой прагматизм, и функциональный подход к праву. В России в начале XX в. в качестве названия новой научной дисциплины прижилось понятие «политика права», которое поддержали многие видные отечественные дореволюционные цивилисты. Поэтому в дальнейшем мы будем использовать это понятие наряду с некоторыми также вполне приемлемыми западными аналогами.

Что же представляет собой научная дисциплина политики права? Она 1) изучает не право, как оно есть, а право, каким оно должно быть, а также пути устранения этого разрыва между сущим и должным, 2) использует методы, в корне отличающиеся от методов правовой догматики, черпая их из смежных сфер знаний, таких как экономика, психология, социология, моральная философия, 3) ставит своей целью помощь правотворцам в формировании наиболее содержательно рационального, справедливого, экономически эффективного и этичного права, 4) критерием научного успеха видит наиболее удачные с прагматической (инструментальной или деонтологической) точки зрения предложения.

Амбиции новой научной парадигмы были куда серьезней, чем претензии более узких научных дисциплин, таких как сравнительное правоведение, социология права или криминалистика. Последние, как правило, претендовали лишь на то, чтобы занять достаточно ограниченные ниши, и серьезно не угрожали научному гегемону — правовой догматике. Исключением, пожалуй, являлась только смелая, но быстро забытая попытка позднего Е. Эрлиха выставить социологию права на роль головной научно-правовой парадигмы.

Политико-правовая же парадигма в глазах сторонников научной ортодоксии не сла куда более серьезную угрозу. Именно поэтому один из самых интересных конфликтов разгорелся в конце XIX в. между догматической и политико-правовой научными парадигмами. Причем в некоторых странах конфликт этих направлений до сих пор не исчерпан, так как политико-правовая научная дисциплина по большому счету и сейчас находится в стадии становления. Это мешает ей в полной мере эмансипироваться от правовой догматики и доказать свою важность.

В то же время в последние годы наука многих стран сделала несколько важных шагов в сторону развития теории политики права (развитие дискурса о правах человека и «конституционализация» частного права в Европе, победоносное шествие экономического анализа права в США и др.). Более того, в США правовая политика практически свергла прежнего гегемона, что служит примером успешной деконструкции головной научной дисциплины. Это позволяет говорить о постепенном утверждении новой научной парадигмы.

Но в центре нашего анализа находится именно период зарождения этого спора, т. е. конец XIX — середина XX в. Дальнейшее формирование и укрепление политико-правовой парадигмы, ее разделение на самостоятельные течения, полное падение правовой догматики в некоторых странах и борьба между двумя этими дисциплинами, продолжающаяся в ряде других стран, будут затронуты нами обзорно. Более подробное изучение этой проблематики в современном контексте заслуживает отдельного исследования. Мы же сосредоточимся на исторической реконструкции начальной стадии противостояния в странах с наиболее развитой правовой наукой, к которым, по нашему мнению, относятся Германия, Франция и США.

Каковы конечные цели нашего исследования? Они очевидны. На сегодня политико-правовой анализ в российской цивилистике отсутствует. А в других отраслях права по большому счету активная научная работа вообще не ведется.

Большинство отечественных исследований в области гражданского права можно разделить на две группы. Во-первых, герменевтические исследования текстов кодексов и законов с целью нахождения таких вариантов их интерпретации, которые могли бы примирить содержащиеся в них разрозненные и зачастую хаотичные нормы. Эта комментаторская линия уходит корнями во французскую школу экзегезы. Во-вторых, манипуляции с понятиями и абстрактными правовыми концепциями с целью построения наиболее формально-логичной структуры соответствующих правоотношений. В данном случае со всей очевидностью прослеживается генотип пандектной научной методологии, унаследованной еще дореволюционными российскими правоведами от их германских учителей. Оба тренда в отечественной правовой науке относятся к догматической научной парадигме, так как нацелены на обработку уже позитивированного права и избегают прямого анализа его содержательной рациональности. Такой догматический анализ до сих пор является, по сути, единственной формой развития отечественной научной мысли. Анализ права в рамках иной методологии за редкими исключениями не встречается.

В российской правовой науке почти не ведутся исследования в таких сферах, как сравнительное правоведение, социология права или междисциплинарные правовые исследования, редкостью стали серьезные прорывные работы в области истории права. Любой юрист, знакомый со всем потрясающим разнообразием современной научной жизни развитых зарубежных стран, при виде пустынного ландшафта нашей правовой науки впадает в уныние. Столь катастрофический разрыв можно сравнить разве что с разницей в уровне развития физики в Европе времен Ньютона и в допетровской России. К слову, такая же печальная картина и в других социальных науках: экономике, социологии, психологии, уровень развития которых в России, мягко говоря, удручает.

Методологическая нищета современной российской правовой науки имеет множество причин, как уходящих корнями в советскую историю, так и связанных с отсутствием институциональных основ для научных инноваций и деградацией российской высшей школы. В результате единственной нишей для молодых ученых остается сугубо догматический анализ действующих законов, сформировавшихся десятки лет назад теорий, а также построенных на их основе обобщений. Канон современного цивилистического исследования таков: вначале немного римского права, потом истории соответствующего института в дореволюционной России, затем подробный анализ советского периода, немного компаративистики (в основном по давно устаревшим источникам), детальное рассмотрение точек зрения современных ученых и, наконец, личное мнение автора, которое, как правило, совпадает с одной из ранее проинвентаризированных позиций или представляет собой какой-либо компромисс.

Подробное обоснование собственного мнения исследователя если и встречается, то, как правило, строится на формально-догматических аргументах — прежде всего о текстуальной, системной или концептуальной согласованности. Образец аргумента о текстуальной согласованности таков: мое мнение правильное, так как оно ближе к буквальному прочтению такой-то статьи закона. Образец аргумента о системной согласованности: мое мнение правильное, так как оно позволяет формально-логически примирить такую-то фразу из такой-то нормы закона с такой-то фразой из другой нормы этого же или иного закона. Наконец, образец аргумента о концептуальной согласованности: мое решение правильное, так как в большей степени согласуется с той или иной сложившейся в доктрине гражданского права концепцией.

Творческое начало сводится к поиску формальной рациональности права и более логически и лингвистически совершенных обобщений. Высшим научным пилотажем считается индуктивное формирование на основе разрозненных законодательных норм какой-либо новой правовой концепции, которая четко отделялась бы от смежных концепций того же ряда и при этом могла бы вписать (объяснить, обобщить, систематизировать и классифицировать) в систематику гражданского права некое множество не отнесенных к какой-либо существующей концепции норм законодательства. Столь же высоко ценятся манипуляции по объединению или разделению концепций и построению новых и критике старых классификаций. Но, пожалуй, самое любимое занятие сторонников догматической научной парадигмы — ведение споров о понятиях и определениях, которые могли бы лучше отразить содержание соответствующего правового института.

Вся эта кропотливая догматическая работа по систематизации и обобщению, согласованию и структурированию, отшлифовке понятий и определению правовой природы, построению классификаций и таксономий, конечно, очень важна. Без систематизации права значительно усложняется задача его познания, преподавания и применения. Но в современных условиях нельзя ограничиваться только формально-догматическими доводами и поиском формальной рациональности права. Правотворцам (судьям и законодателям) и юристам-практикам — основным потребителям результатов научного дискурса — нужны прагматические аргументы. К чему приведет то или иное решение? Что оно изменит? Каковы будут последствия в жизни людей и экономике и будут ли они лучше последствий принятия другого решения?

К сожалению, в отечественных цивилистических работах редко встречаются попытки научно обосновать практическую (этическую или утилитарную) ценность тех или иных выводов. В лучшем случае автор пишет, что данное решение кажется ему наилучшим или наиболее разумным, и при этом даже не пытается подтвердить свои догадки выкладками из экономики, социологии, психологии или моральной философии. Наши цивилисты либо вообще избегают политико-правового анализа таких факторов, как справедливость, этичность, экономическая эффективность, либо их выводы носят чисто интуитивный характер. Более того, в современной цивилистической литературе очень редко используются такие понятия, как «справедливость», «мораль», «права человека», «либеральные ценности», «патернализм», «защита слабой стороны», «экономическая эффективность», «издержки», «удобство бизнеса», «потребности оборота». Если они и встречаются, то скорее как довесок к формально-догматическим аргументам. Серьезный анализ этих внешних по отношению к догматике права ценностей и факторов отсутствует, потому что не вписывается в сложившуюся сугубо догматическую парадигму гражданско-правовой науки.

В результате методология многих российских цивилистических исследований напоминает то, как писали научные труды французские комментаторы Кодекса Наполеона или немецкие пандектисты XIX в. В то время как во всем мире анализ политики права, т. е. того, каким позитивное право должно быть, постепенно утверждается в качестве одного из важных направлений научной работы, российские цивилисты продолжают существовать в «раю правовых концепций» и «четырех стенах кодекса». При этом полностью игнорируется тот факт, что право в первую очередь инструмент социально-экономического и этического контроля, регулирования и прогресса и должно изучаться в том числе и с этой инструментальной стороны.

Формирование новой научной парадигмы политики права, не устранившей, но дополняющей правовую догматику, является одной из важнейших задач российских ученых. Допускаем, что если нынешняя ситуация сохранится и дальше, это вызовет печальные последствия. Законодатели и суды, оставленные без помощи профессиональной юридической науки, в своей правотворческой деятельности вынуждены зачастую выбирать решения интуитивно, нащупывая удачные нормы методом проб и ошибок. Думается, что провал почти всех начатых в последнее десятилетие серьезных социально-экономических реформ произошел в том числе по причине безразличия правовой науки к реальным проблемам политики права и отсутствия традиции изучать право как инструмент сквозь призму последствий его применения.

При этом модернизация нашей страны будет затруднена, если правоведы самоустранились от решения насущных проблем правовых реформ и запрутся в прекрасном замке абстрактных правовых концепций, формальной логики и лингвистических изысканий, оставив политико-правовую повестку на откуп экономистам или непосредственно правотворцам. Специфика экономической научной методологии исключает анализ вопросов этики, справедливости и иных неэкономических ценностей и соответственно не может полностью заменить комплексный политико-правовой анализ. В свою очередь депутаты или судьи зачастую не имеют достаточного времени, необходимых знаний, а иногда и стимулов для серьезного анализа долгосрочных последствий своих правовых решений.

Не пора ли ученым-правоведам всерьез заняться разработкой теории корпоративного права, банкротства, ценных бумаг, средств правовой защиты и других частноправовых проблем в их тесной связи с реальными потребностями нашей жизни? Не пора ли перестать лишь комментировать уже вышедшие законы, повинуюсь прихотям и следуя ошибкам законодателей, ужасаться низким качеством и непродуманностью реформ или заниматься абстрактными индуктивно-дедуктивными манипуляциями с правовыми идеями, оторванными от своего истинного экономического, социального и этического содержания? Не настало ли время российским правоведам заняться тем же, чем давно занимаются их коллеги за рубежом, а именно всерьез помочь законодателям и иным правотворцам в реформировании отечественного позитивного права?

Для этого вовсе не обязательно сразу становиться поборником экономического анализа права или какой-либо иной конкретной политико-правовой методологии. Для начала достаточно во время анализа той или иной проблемы гражданского права попытаться увидеть за столкновением разных доктринальных точек зрения или вариантов интерпретации норм закона реальные социальные, экономические, этические и иные политико-правовые интересы, ставки и последствия и направить хотя бы часть своих интеллектуальных усилий на поиск наиболее справедливого, экономически эффективного, удобного и реализуемого на практике решения. Такое изменение фокуса может привести к решению многих «вечных» цивилистических проблем, повысить практическую ценность научного анализа и постепенно сформировать базу для специальных исследований исключительно в области политики гражданского права.

Иными словами, российские правоведаы должны научиться мыслить не только догматически, но и прагматически — так же, как мыслят законодатели и высшие судебные инстанции, участвующие в правотворчестве. Наука должна говорить с правотворцами на одном языке, указывая им цели и адекватные средства по их достижению. Это сделает научные усилия гораздо продуктивнее, а правотворцев — более восприимчивыми к научному дискурсу. В итоге именно это изменение в методологии сделает работу ученых более научной и рациональной и менее схоластической и спекулятивной. Доминирование в XXI в. научной парадигмы, в рамках которой не преследуется цель достижения содержательной рациональности права, а обращается внимание лишь на элегантность правовых конструкций и согласованность правовых норм, не адекватно современным задачам развития нашей страны.

В настоящей статье мы не претендуем на формирование четкой структуры или полноценной теории политико-правовой научной парадигмы. Эта важнейшая задача должна быть решена, но требует отдельного и глубокого исследования. Для начала проследим, как появлялись общие контуры политико-правовой теории за рубежом.

Опыт ведущих зарубежных стран может сильно помочь в деле формирования той политико-правовой парадигмы, которую сто лет назад призывали создать такие русские цивилисты, как С.А. Муромцев, Ю.С. Гамбаров, Г.Ф. Шершеневич, И.А. Покровский и Л.И. Петражицкий, но контуры которой до сих пор так и не прорисованы.

I. Догматическая юриспруденция и политика права в Германии

Историческое учение

С начала XIX в. в Германии приобрела большой авторитет так называемая историческая школа. Ее основателем считается юрист Г. Гуго¹, но своей славой она обязана Ф.К. Савиньи — правоведу, ставшему в Германии того времени легендой². В основе исторического учения Ф.К. Савиньи лежала романтическая по своей сути фантазия о наличии некой народной души, этнической ментальности, которая сама и формирует позитивное право³. Как писал впоследствии Р. Штаммлер, историческая школа исходила из того, что каждый народ — это самостоятельное явление со своей собственной народной душой, которая находит свое выражение в общих убеждениях и устоях нации, в том числе и в области права⁴. Считалось, что право имманентно присутствует в народном духе и постепенно «самораскрывается».

Это историческое течение в немецком праве было своего рода реакцией на засилье естественно-правовых взглядов, которые во многом повлияли на революционные потрясения конца XVIII в. во Франции, а благодаря Наполеону распространились и по всей Европе. Естественное право, как известно, требовало немедленных законодательных реформ с целью преодоления разрыва между моральным идеалом и позитивным правом. При этом естественное право понималось как идеальная рациональная и справедливая система правил, которую одни связывали с Богом, а другие — с разумом. Революционный тайфун, пронесшийся над Европой начиная с 1789 г., очень сильно затронул немецкие земли, которым зачастую навязывались правовые, политические и идеологические завоевания Французской революции, например в виде Кодекса Наполеона. Это не могло не вызвать противодействие в немецких интеллектуальных кругах, пытавшихся отстоять свою идеологическую, экономическую и политическую независимость. Как отмечал Ф. Виакер, Ф.К. Савиньи был по своим убеждениям европейцем XVIII в., и поэтому в свете потрясений, начавшихся в 1789 г., он должен был чувствовать, как земля уходит у него из-под ног⁵.

Отчасти поэтому в первой половине XIX в. на авансцену вышла историческая школа, представлявшая собой национальную «контрреволюцию» в правовой сфере. Право, как считал Ф.К. Савиньи, является сугубо национальным продуктом и не может искусственно навязываться извне. Развитие в рамках такой «суверенной правовой культуры» должно осуществляться исключительно эволюционно. Соответственно акцент делался на обычаях и традициях конкретного народа и по-

¹ Новгородцев П. *Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба*. М., 1896. С. 25.

² Программным произведением новой школы стало эссе Ф.К. Савиньи, опубликованное в 1814 г., в котором ученый, полемизируя со сторонниками разработки общегерманской гражданской кодификации (прежде всего А. Тибо), наметил основные характерные черты исторической правовой парадигмы. См.: Savigny F.C., von. *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*. London, 1831 (reprinted 2002).

³ Штаммлер Р. *Сущность и задачи права и правоведения*. М., 1908. С. 12–19.

⁴ Stammeler R. *Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence* // 21, *Michigan Law Review*. 1922–1923. P. 645.

⁵ Wiacker F. *A History of Private Law in Europe*. 2003. P. 314.

степенном созревании и развитии национального правопорядка. Таким образом, историческая теория представляет процесс образования права как незаметный и безболезненный путь, как процесс развития языка⁶.

Не забывал Ф.К. Савиньи и о роли юристов. Если народ — истинный носитель права, то юристы — его представители, обязанные формулировать то право, которое постепенно созревает в народном духе⁷.

Если мы отвлечемся от романтических фраз о народном духе, то в сухом остатке получим концепцию права как культурно детерминированного и органически развивающегося феномена⁸. Сторонники исторической школы с помощью этой концепции противостояли попыткам естественно-правовой (читай: французской) экспансии и любых резких законодательных реформ и кодификации гражданского права.

И хотя историческое учение Ф.К. Савиньи, безусловно, очень напоминало консервативные воззрения Э. Бёрка и отчасти перекликалось со знаменитым тезисом Г. Гегеля в пользу сохранения *status quo* («Что разумно, то и действительно, а что действительно, то разумно»)⁹, Ф. Виакер характеризует Ф.К. Савиньи как консерватора умеренного толка¹⁰. Теория государственного невмешательства в развитие права, созданная этим правоведом, не позволяет считать его идеологическим оформителем европейской монархической реакции. Он был противником политического абсолютизма и этатизма¹¹. Его консерватизм был скорее национально-охранительным и в целом сдержанным. Ф.К. Савиньи не был противником прогресса и сторонником сохранения всего сущего, выступая лишь за плавный и эволюционный прогресс общественных и правовых идей и форм. Более того, он осуждал «слепое превознесение прошлого, которое парализует силы настоящего»¹². Но многие его последователи действительно проявили себя крайними реакционерами¹³, что привело к несправедливому обвинению Ф.К. Савиньи в патологическом консерватизме.

Что же до вопросов о законодательстве, то согласно теории Ф.К. Савиньи законодательная деятельность не может вестись произвольно, вторгаясь в плавный ход эволюции права и развитие национальной специфики правовой системы. По мне-

⁶ Savigny F.C., von. *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*. P. 25–27; Залесский В.Ф. *Власть и право. Философия объективного права*. Казань, 1897. С. 103.

⁷ См.: Wieacker F. *Op. cit.* P. 311; Цвайгерт К., Кётц Х. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права*. Т. I. М., 2000. С. 214.

⁸ Savigny F.C., von. *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*. P. 48–49; Reimann M. *Nineteenth Century German Legal Science // 31, Boston College law Review*. 1989–1990. P. 853.

⁹ *О непростых отношениях исторической школы и гегелевской философии см.: Радбрух Г. Философия права*. М., 2004. С. 30.

¹⁰ Wieacker F. *Op. cit.* P. 304.

¹¹ Новгородцев П. *Указ. соч.* С. 81–82.

¹² *Цит. по: Новгородцев П. Указ. соч.* С. 119.

¹³ Савиньи Ф.К. *Обязательственное право*. М., 1876. С. XXXIII.

нию Ф.К. Савиньи, истинным творцом права ранее являлся народный дух, молчаливо и постепенно развивающий национальное право, а не произвольная воля законодателя¹⁴. И такой вариант развития права правовед считал необходимым сохранить и далее. Законодатель лишь должен верно улавливать и фиксировать якобы уже существующую в народном сознании правовую реальность¹⁵.

По этим причинам Ф.К. Савиньи в 1814 г., сразу после окончательного освобождения немецких земель от наполеоновского владычества, в своей ставшей легендарной полемике с профессором А. Тибо¹⁶ резко возражал против преждевременной, по его мнению, кодификации гражданского права, которая могла стать инородной помехой для медленной, но верной эволюции национального правопорядка¹⁷. Он считал, что кодификацию гражданского права следует отложить по крайней мере до тех пор, пока юристы, оракулы развивающегося народного духа, не раскроют и не усовершенствуют право, закодированное в коллективном разуме нации¹⁸.

В то же время Ф.К. Савиньи не отрицал совсем роль законодательства, считая, что аккуратное законодательное вмешательство иногда способно помочь развитию обычного права. Например, с его точки зрения, в целях стабильности правопорядка сроки исковой давности должны устанавливаться законами¹⁹. Он противился лишь произвольным законодательным реформам, прерывающим естественный ход эволюции правовых воззрений.

Впоследствии его мнение несколько корректировалось в пользу большего внимания к законодательству как источнику права, но в первой половине XIX в. историческая школа в целом выступала против законодательной активности. Соответственно законодателю отводилась пассивная роль наблюдателя²⁰, в лучшем случае — сортировщика плодов таинственного самораскрытия национального правового духа, а в исключительных случаях — аккуратного помощника.

При этом в парадигме исторической школы критика позитивного права с утилитарных или этических позиций (иначе говоря, политико-правовой анализ) становилась крайне затруднительной: она расценивалась бы как восстание против правовой реальности, которая является объективным раскрытием народного духа на соответствующем этапе²¹. Анализ права *de lege ferenda* и предложения правовых реформ тем самым если не исключались, то допускались только в форме призывов

¹⁴ Savigny F.C., von. *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*. P. 30.

¹⁵ Stammer R. *Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence*. P. 647.

¹⁶ Именно с этой знаменитой полемикой с А. Тибо многие юристы и датируют начало исторической школы. См.: Reimann M. *Op. cit.* P. 851.

¹⁷ Savigny F.C., von. *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*. P. 38–39; Бернгейм Ф., Колер Й. *Гражданское право Германии / пер. с немецкого*. СПб., 1910. С. 18.

¹⁸ Dawson J.P. *The Oracles of the Law*. 1968. P. 441; Цвайгерт К., Кёту Х. *Указ. соч.* С. 214.

¹⁹ Savigny F.C., von. *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*. P. 32–33.

²⁰ Новгородцев П. *Указ. соч.* С. 90.

²¹ Stammer R. *Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence*. P. 650.

устранения необоснованных отступлений законов от пресловутого национального духа и исторических источников. Вся научная деятельность должна была сводиться к более точному прочтению подразумеваемых правовых установок, выраженных в народных традициях и старинных источниках римского права. Как писал И.А. Покровский, «если естественно-правовая школа была исканием нового и проповедью социальной активности, то историческая школа была, напротив, проповедью консерватизма и квиетизма»²².

Кроме того, как указывает Р. Штаммлер, народный дух воспринимался как явление априорное и выведенное за пределы законов причинности. Соответственно серьезный анализ источников, влияющих на возникновение и изменение правовых воззрений общества, как правило, не проводился²³. Правда, Ф.К. Савиньи признавал тот факт, что в конечном счете право «не существует само по себе» и «формируется самим народом в силу *внутренней необходимости*» (выделено нами. — *А.К.*)²⁴. Этот намек на то, что у права есть вполне конкретные социальные цели, судя по доступным нам источникам, Ф.К. Савиньи сколько-нибудь глубоко не развивал, и открытие телеологической природы права в немецком праве дождалось Р. Йеринга.

Странную по нынешним меркам идею об эволюционном и плавном развитии права на основе развития мифического национального духа, казалось бы противоречащую всему ходу исторического развития государства и права в тот исторический период, отстаивал и главный последователь Ф.К. Савиньи — правовед Г.Ф. Пухта. Не особенно вдаваясь в механику процесса эволюции права, он продолжал утверждать, что право происходит из всеобщего убеждения нации как единого организма, развивающегося абсолютно естественным путем в силу одинакового образа мыслей всех членов общества²⁵.

Таким образом, в середине XIX в. умнейшие люди Европы, разрываемой бесконечными революциями и нарастающими классовыми противоречиями, сбитой с проторенной феодальной колеи промышленным рывком и впадающей во все большие идеологические конфликты, проповедовали сущую благоглупость, не имеющую связи с реальностью. Это, видимо, следует толковать как попытку выдать желаемое за действительное и хотя бы на научно-правовом уровне сопротивляться наступлению новой эпохи.

Однако не следует упускать из виду тот положительный научный заряд, который несло историческое учение. Отвержение прекрасной, но иллюзорной фантазии естественного права XVIII в. о наличии имманентного, универсального и неизменного правового идеала, данного нам в ощущениях, можно во многом отнести к заслугам исторической школы. Как писал Г. Радбрух, историческая школа оставила в наследство XX в. сознание того, что правовой идеал различен у каждого народа

²² Покровский И.А. *Основные проблемы гражданского права*. М., 2003. С. 72.

²³ *Stammler R. Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence*. P. 650–651.

²⁴ *Savigny F.C., von. Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*. P. 24; *Rückert J. The Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence After 1900* // 37, *American Journal of Comparative Law*. 1989. P. 123.

²⁵ *Пухта Г.Ф. Курс римского гражданского права*. Т. I. М., 1874. С. 30–31.

и у каждой эпохи²⁶. Кроме того, нельзя не видеть большого вклада исторической школы в осознание исторической динамики права²⁷.

Тем не менее в целом идея исторической школы о плавной эволюции народного духа не выдерживала никакой критики. Неудивительно, что уже во второй половине XIX в. эта линия сошла на нет.

После того как Отто фон Бисмарк огнем и мечом объединил немецкие земли, одержав победу над своими политическими противниками, после разгрома Франции и становления новой Германской империи с явно этатистскими и милитаристскими наклонностями идея о вторичной роли государства как правотворца и плавном бесконфликтном развитии права стала казаться вредной новой имперской бюрократии, намечающей активное централизованное правотворчество и не желающей быть связанной какими-то ограничениями.

К тому же, как только началась разработка Германского гражданского уложения (далее — ГГУ), теория развития права путем плавного становления обычаев потеряла практическую актуальность²⁸. Как показал опыт Франции и впоследствии самой Германии, принятие гражданского кодекса хоронило идею исторической школы об эволюционном развитии права и насаждало правовой позитивизм.

К чести Ф.К. Савиньи, он сам в середине XIX в., еще до публикации резких нападок Р. Йеринга, отмечал, что историческая школа уже исполнила свое предназначение (читай: остановила победное шествие рационализма и прогрессизма естественного права)²⁹, и все больше переключал свое внимание с истории как таковой на продуктивное развитие гражданского права³⁰. Кроме того, если Ф.К. Савиньи в 1814 г., в период своей полемики с А. Тибо, высказывался о роли законодательства достаточно критически, то ближе к середине XIX в. законодательство представлялось ему, поработавшему к тому времени в должности прусского министра законодательства³¹, как полноценный канал реализации нормативных установок «народного духа»³². Теперь для Ф.К. Савиньи главное, чтобы законодательные новеллы были подготовлены профессиональными учеными, перерабатывающими исторический материал и представляющими его для кодификации³³.

²⁶ Радбрух Г. Введение в науку права. М., 1915. С. 22.

²⁷ Wieacker F. *Op. cit.* P. 284–285.

²⁸ Dawson J.P. *Op. cit.* P. 445.

²⁹ Савиньи Ф.К. Указ. соч. С. XXXI.

³⁰ Wieacker F. *Op. cit.* P. 293–294.

³¹ И за это был подвергнут критике со стороны Р. Йеринга, обвинившего Ф.К. Савиньи в лицемерии. См.: Mollnau K.A. *The Contribution of Savigny to the Theory of Legislation* // 37, *American Journal of Comparative Law*. 1989. P. 82–83.

³² Savigny F.C., von. *System of the Modern Roman Law. Vol. I. 1867. P. 31–33* (доступно в Интернете на сайте www.books.google.ru).

³³ См.: Toews J.E. *The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and The Ideology of the Christian German State* // 37, *American Journal of Comparative Law*. 1989. P. 147–148; Gale S.G. *A Very German Legal Science: Savigny and the Historical School* // 18, *Stanford Journal of International Law*. 1982. P. 132.

В целом его взгляды становились все менее романтическими и все более этицистскими. К середине века Ф.К. Савиньи, видимо, начал осознавать, что без внимательного государственного контроля и корректировки национальный дух в процессе своего спонтанного самораскрытия отнюдь не обязательно будет эволюционировать в нужном направлении³⁴.

Таким образом, к концу XIX в. основное учение исторической школы потеряло актуальность³⁵. Если в «Курсе римского гражданского права» Г.Ф. Пухты еще встречается идея о народном духе как основном источнике права, то в более поздних, но не менее классических «Пандектах» Г. Дернбурга, изданных в 1885 г., эта мистика решительно отвергается³⁶. Г. Дернбург не отрицает некоторого влияния народных убеждений на развитие права, но отказывается считать народный дух источником права, развенчивая иллюзорность представлений исторической школы о плавном и бесконфликтном самораскрытии права. При этом он отдает предпочтение законодательству как основному источнику позитивного права³⁷.

Идея о праве как эманации эволюционирующего народного духа была настолько нереалистична и бесплодна, что на ее основе было невозможно сформулировать сколько-нибудь внятные задачи, цели и методы научного исследования. Ученые фактически отстранялись от участия в активных правовых реформах.

После того как эта теория сыграла свою роль в борьбе с идеей кодификации в начале XIX в., она потеряла всякий научный потенциал.

У молодых немецких юристов рубежа XIX–XX вв. даже не было необходимости доказывать несостоятельность этого научного тупа. Перед ними стояла задача поважнее, так как доминирующая догматическая парадигма, незаметно избавившись от романтических иллюзий о естественной эманации права из народного духа, нашедших воплощение в ранних работах Ф.К. Савиньи и Г.Ф. Пухты, оставалась сильна другой линией, скрытой в историческом учении и также обязанной своим расцветом трудам Ф.К. Савиньи. Речь идет о начавшемся в XIX в. последнем витке рецепции римского права.

Последний виток рецепции римского права

Римское право играло огромную роль в правовой жизни немецких земель. Раздробленность, неразвитость светской интеллектуальной культуры и другие причины помешали формированию единого истинно немецкого частного права в период Средневековья. Поэтому рецепция римского права здесь была распространена не менее, а то и более, чем в других континентально-европейских странах. При-

³⁴ Тоews J. E. *Op. cit.* P. 149–150, 167–168.

³⁵ Новгородцев П. *Указ. соч.* С. 129.

³⁶ Там же. С. 185.

³⁷ Дернбург Г. *Пандекты. Т. I: Общая часть. М., 1906.* С. 59–61.

чем, как отмечают К. Цвайгерт и Х. Кётц, римское право было воспринято в наиболее чистом, аутентичном виде, наименее замутненным спецификой национальной культуры³⁸.

В XIX в. началась последняя в истории европейской юриспруденции волна рецепции римского права. Многие сторонники исторической школы, вместо того чтобы искать оптимальные с политико-правовой точки зрения ответы на насущные вопросы, тратили колоссальные усилия на «археологические» изыскания в области римского права. Е. Эрлих³⁹ в свое время поражался, что в одной из главных книг исторической школы — труде Ф.К. Савиньи о праве владения 1803 г.⁴⁰, ставшем образцом для других работ в рамках этого научного направления, почти весь материал посвящен исключительно римскому праву и современное развитие права почти не упоминается или же оно отвергается как отход от действовавшего в Древнем Риме права. В этой книге политика права вовсе не разбирается. Все силы автора уходят на попытку реконструировать римско-правовую доктрину владения. Причем, по мысли ученого, динамическое развитие права заканчивается с падением Рима и принятием Кодекса Юстиниана. Соответственно развитие социальных институтов и правовых форм в более поздние эпохи в целом мало интересуют Ф.К. Савиньи. По отдельным решениям, найденным в источниках римского права, реконструируется полная, закрытая и беспробельная система правового регулирования владения, которая, на взгляд ученого, и должна быть действующим правом в немецких землях. В центре этой системы находится идея о владении как проявлении человеческой воли⁴¹.

Э. Ландсберг отмечал, что эта работа Ф.К. Савиньи о владении сформировала моду на написание романистских научных монографий, ставящих своей целью нахождение какой-то имплицитно подразумеваемой в источниках римского права общей идеи, на основе которой эти разрозненные источники могут быть систематизированы⁴². Причем осознание этих общих идей юристами Древнего Рима фиктивно подразумевалось. Впоследствии в своей «Системе действующего римского права» Ф.К. Савиньи несколько отошел от такой увлеченности правовой археологией и более открыто стал признавать важность творческого участия ученого в развитии гражданского права⁴³, но долгое время именно его книга о владении определяла моду на стиль научных исследований романистов⁴⁴. От ученого требовалось реконструировать общие принципы, закодированные в разрозненных нормах римского права, и проследить их преломление в конкретных нормах и институтах *Corpus Juris*.

³⁸ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 205–207.

³⁹ Ehrlich E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. 2002. P. 320.

⁴⁰ Перевод этой книги на английский язык см.: Savigny F.C., von. *Von Savigny's Treatise on Possession*. Sixth Edition. 1848.

⁴¹ Dawson J.P. *Op. cit.* P. 452.

⁴² Цит. по: Dawson J.P. *Op. cit.* P. 453. Аналогичную характеристику этой работы см.: Wieacker F. *Op. cit.* 2003. P. 307.

⁴³ Savigny F.C., von. *System of the Modern Roman Law*.

⁴⁴ Ehrlich E. *Op. cit.* P. 320.

Думается, начавшаяся еще в Средневековье рецепция римского права и сформировала догматическую научную парадигму. Римско-правовое наследие предлагало юристам вполне определенную сферу приложения их усилий. Римское право представлялось (по сравнению с местными национальными источниками средневекового права) верхом совершенства, вершиной человеческого ума. Оно заворожало средневековых юристов, которые начиная с эпохи глоссаторов получили четкую программу научных исследований — реконструкцию римского права. Так же, как художники эпохи Возрождения поклонялись античному искусству и стремились копировать его стиль, юристы того времени находились под влиянием римского права.

Ученые воспринимали себя проводниками мыслей тех, кто казался мудрее их современников. Это приучало работать с правом как с чем-то заданным, идущим из глубин истории, с чем-то, что достаточно только верно истолковать, структурировать и представить в истинном, идеальном виде. Сотни лет подобной деятельности по восстановлению и комментированию *Corpus Juris* сформировали догматическую научную парадигму, в рамках которой ученый является не активным творцом правовых инструментов, инноватором и реформатором, а историком, филологом и систематизатором знаний прошлого. Конечно, как и в искусстве, такая подражательная парадигма рано или поздно должна была себя исчерпать. Но до тех пор, пока интеллектуальный ресурс европейских народов не достиг культурного уровня Древнего Рима, а реальные социально-экономические и культурные условия не оторвались от периода античности на колоссальное расстояние, любая самостоятельная инновационная деятельность ученых без оглядки на столь серьезную кодификацию, как *Corpus Juris*, считалась неэффективным расходом умственных усилий.

Как бы то ни было, сделав определение значения правовых норм в период их возникновения в римском праве основной целью правовой науки, романисты переместили предмет изучения в прошлое. Все усилия правоведов были направлены на филологические и герменевтические изыскания с целью реконструирования и догматизации идей юристов времен античности⁴⁵. Как отмечается в литературе, ни одно другое учение не было столь индифферентно к вопросу о том, насколько результаты применения его методов соответствуют понятию справедливости, как историческая школа⁴⁶.

Другим последствием этого римско-правового уклона стало сужение фокуса научных работ только до тех областей частного права, которые были известны древнеримским юристам. Романисты исторической школы, как правило (за исключением участия в разработке международного частного права), сторонились новых правовых явлений, таких как интеллектуальная собственность, страховое право, корпоративное право и т. п.⁴⁷ Ф.К. Савиньи и его ученики-романисты почти не уделяли внимания этим сферам⁴⁸. Отсюда и отказ романистов от изучения вопросов публичного права, которые с трудом могли анализироваться с опорой на римско-правовые источники в силу значительных отличий в устройстве государства.

⁴⁵ Ehrlich E. *Op. cit.* P. 324.

⁴⁶ *Ibid.* P. 337.

⁴⁷ Coing H. German «Pandektistik» in its Relationship to the Former «Ius Commune» // 37, *American Journal of Comparative Law*. 1989. P. 15.

⁴⁸ Reimann M. *Op. cit.* P. 857.

Разрабатывать новые доктрины, не опирающиеся на источники римского права, в рамках этой научной парадигмы было сложно⁴⁹. Методология романистов позволяла им свободно изучать проблемы владения или решать вопросы обязательственного права, но была бессильна в тех сферах, которые не существовали во времена Древнего Рима (например, корпоративное право). Это обедняло дискурс романистов и делало его очень консервативным, исключительно исторически-ориентированным и закрытым для новых правовых явлений.

В смещении акцентов с плавной эволюции правового бессознательного нации на попытки реконструировать подлинное римское право заметен явный логический сбой. Казалось бы, после программных заявлений о национальном духе и тому подобных эволюционных и сугубо этнических аспектах права логичным будет изучать эволюцию римского права вплоть до настоящего времени и отслеживать национально-германские включения. И на первых порах Ф.К. Савиньи всерьез увлекался новой историей римского права. Но впоследствии он исключил из анализа поздние этнические наслоения и сосредоточился на праве Древнего Рима и на вопросе о том, как оно действовало до момента кодификации Юстиниана⁵⁰.

На противоречие между этнически-эволюционной и романской составляющими доктрины Ф.К. Савиньи часто обращалось внимание⁵¹. Многие авторы вполне заслуженно называют эту особенность исторической школы парадоксальной⁵². Для того чтобы нащупать национальный правовой дух и проследить его эволюцию, Ф.К. Савиньи зачем-то пошел назад в римское право⁵³, причем в его аутентичном, неэволюционированном виде⁵⁴.

Безусловно, императоры так называемой Священной Римской империи германской нации в период Средневековья провозглашали себя наследниками великого Рима, его императоров и, следовательно, права⁵⁵. Но после окончательного расщепления Германии на множество независимых государств, закрепленного Вестфальским мирным договором 1648 г., эта идея потеряла убедительность. Кроме того, изначальная фиктивность этой идеи очевидна. Властные элиты всех времен и народов пытались легитимизировать свое господство путем прослеживания его генеалогии до легендарных правителей или великих государств прежних эпох. Великий Рим в этой связи пользуется особой популярностью. Поэтому, так же как царская Россия создала миф о Москве — третьем Риме, так и немецкие императоры хотели во что бы то ни стало видеть себя императорами римскими. Но какое это имеет отношение к этнической специфике немецкого народа, этногенез которого уводит нас скорее к тем, кто Рим рушил, чем тем, кто его строил?

⁴⁹ Markesinis B., Unberath H., Johnston A. *The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-d ed. Entirely Revised and Updated.* Oxford, 2006. P. 10.

⁵⁰ Wieacker F. *Op. cit.* P. 312–313.

⁵¹ *Ibid.* P. 312.

⁵² См., напр.: Caenegem R.C., van. *An Historical Introduction to Private Law.* 1992. P. 143; Markesinis B., Unberath H., Johnston A. *Op. cit.* P. 8.

⁵³ Dawson J.P. *Op. cit.* P. 452.

⁵⁴ Цвайгерт К., Кёту Х. *Указ. соч.* С. 215.

⁵⁵ Там же. С. 208.

Поэтому для нас остается загадкой, возможно из-за недоступности в силу языковых ограничений всех работ Ф.К. Савиньи, каким образом он примирял свою идею о праве как плавной эволюции национального духа и фанатические попытки отыскать правовые решения любых вопросов в праве Древнего Рима.

По мнению К. Цвайгерта и Х. Кётца, Ф.К. Савиньи идеализировал римское право и рассматривал античность как «высшее мерило ценности подлинного научного знания»⁵⁶. П. Новгородцев писал о том, что в римском праве этот ученый видел модель истории эволюционного созревания и развертывания национального правового сознания. Для Ф.К. Савиньи история Германии и других европейских народов представлялась слишком подверженной внешним влияниям, революционным потрясениям и межэтническим переплетениям, не позволившим сформировать истинно национальную историю правовой эволюции⁵⁷. И действительно, как писал Ф.К. Савиньи, рецепция римского права была благом потому, что у немецкого народа в силу специфики его истории не сложилось полноценной эволюции сугубо национального права⁵⁸.

Но могут быть и другие объяснения. Например, Ф. Виакер пытается объяснить этот культбиз специфичностью взглядов Ф.К. Савиньи на концепции народа и народного духа⁵⁹ и искренним восхищением римским правом и его эстетикой, которой этот ученый не был готов жертвовать ради логического увязывания со своими же идеями о национальном характере права⁶⁰. Другие авторы иногда указывают на то, что в обращении к римскому праву Ф.К. Савиньи видел не столько способ рецепции содержания, сколько путь рецепции римско-правовой методологии, которую он превозносил и которую, по его мнению, было необходимо перенять, прежде чем строить собственную систему права⁶¹. Наконец, существует мнение, что Ф.К. Савиньи, объявив возврат к истинному римскому праву, пытался избавить блестящее римское право от ошибочных наслоений темного Средневековья⁶².

В равной мере в этом заикливании на римском праве можно увидеть еще один изощренный способ увести научно-правовой дискурс подальше от политики права и современных требований все ускоряющейся и все более противоречивой жизни⁶³. Нетрудно заметить, что, казалось бы, прямо противоречащие друг другу исторически-эволюционную и римско-правовую линии в догматическом учении Ф.К. Савиньи объединяло одно — фиксация внимания ученых на прошлом, нежелание допускать их до серьезного анализа современных реалий и противодействие их участию в реформах.

⁵⁶ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 215.

⁵⁷ Новгородцев П. Указ. соч. С. 88.

⁵⁸ Savigny F.C., von. *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*. P. 55.

⁵⁹ Wieacker F. *Op. cit.* P. 311–312.

⁶⁰ *Ibid.* P. 313.

⁶¹ Gale S.G. *Op. cit.* P. 133. То, что Ф.К. Савиньи испытывал восхищение перед методологией римского права, видно из его работ. См.: Savigny F.C., von. *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*. P. 51–52.

⁶² Gale S.G. *Op. cit.* P. 134.

⁶³ Wieacker F. *Op. cit.* P. 313.

Как бы то ни было, фетишизация римского права привела к тому, что в меньшей степени у Ф.К. Савиньи и в большей у некоторых его последователей представление о римском праве было оторвано от того социально-экономического контекста, из которого оно возникало. Тот факт, что римское право «являлось лишь средством разумной организации жизни ... Древнего Рима» и не может рассматриваться вне связи с конкретными социально-экономическими условиями того времени, сторонники методологии Ф.К. Савиньи, как правило, либо не осознавали, либо игнорировали⁶⁴.

Такой странный разворот от акцента на эволюции права через развитие национального духа в коллективном бессознательном нации к погружению в археологические изыскания в области права давно исчезнувшего государства, этнически имевшего далекое отношение к немецкому народу, не устроил некоторых последователей исторического учения Ф.К. Савиньи и спровоцировал расщепление этой школы на два лагеря: романистов и германистов. Романисты, такие как Г.Ф. Пухта, Б. Виндшейд, Р. Йеринг (в ранний период своей научной деятельности) воспринимали тезис о народном духе несколько фигурально. Германисты же (Д.Д. Grimm, О. Гирке и другие) рассматривали идею о национальной природе права куда более серьезно и критиковали рецепцию римского права как инородное вмешательство в развитие истинно национального права, погружались в исследования истории немецких правовых взглядов и сосредоточивались на областях, как правило, игнорируемых романистской научной линией (земельное право, морское право, корпоративное право, страхование и т. п.)⁶⁵.

Некоторое время Ф.К. Савиньи выступал в качестве отца-основателя обоих направлений, пытаясь указать путь для продуктивного сосуществования этих течений, но ему было сложно скрывать свои романистские предпочтения⁶⁶. Между двумя этими направлениями, некоторое время существовавшими как два крыла одного учения, после того как Г.Ф. Пухта и некоторые другие романисты окончательно разорвали с историей и сосредоточились на построении на основе римско-правовых источников новой систематики права, разгорелась жестокая научная война.

Тем не менее догматический романизм был доминирующим трендом научно-правовой мысли в середине XIX в.⁶⁷ Именно в римском праве и вытекающих из него принципах и концепциях ученые искали ответы на насущные вопросы современной жизни.

Романисты скорее всего хорошо понимали, что в Древнем Риме развитие правовых институтов осуществлялось преимущественно в силу осознания той или иной политики права, и готовы были пользоваться плодами такого развития гражданского права. Но при этом они отказывали себе в праве напрямую оценивать и серьезно обсуждать практические потребности и ценностные установки современной жизни.

⁶⁴ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. С. 215.

⁶⁵ Wieacker F. *Op. cit.* P. 300.

⁶⁶ Gale S.G. *Op. cit.* P. 140–142; Reimann M. *Op. cit.* P. 867–869.

⁶⁷ Reimann M. *Op. cit.* P. 870.

Но, хотели они того или нет, современная жизнь проникала в их труды, просачиваясь сквозь внешнюю оболочку подчеркнутого историцизма. Чисто психологически трудно было при написании очередного трактата по римскому праву не держать в голове соображения справедливости, морали и целесообразности и совсем уйти в область голой формы. Поэтому зачастую благодаря всевозможным историко-герменевтическим ухищрениям в римском праве обнаруживалось то, что было необходимо для практической юриспруденции.

Таким образом, римское право, реконструируемое сторонниками этого направления, несмотря на все их призывы вернуться к подлинным источникам, в конечном счете несколько отличалось от настоящего права Древнего Рима⁶⁸. Несмотря на подчеркнутый историзм этой романистской научной парадигмы, творческое развитие гражданского права все-таки происходило. Право вольно или невольно подстраивалось под требования времени, а устаревшие римско-правовые решения так или иначе отсеивались. В поздних своих работах (в первую очередь в «Системе действующего римского права») Ф.К. Савиньи все меньше сосредоточивался на истории подлинного римского права и все больше на попытке его творческого развития⁶⁹. В частности, он признал допустимость отношений представительства, в то время как в римском праве теория представительства за некоторыми исключениями, по сути, не признавалась⁷⁰.

Политико-правовая критика и отбор осуществлялись подспудно. Автор не мог написать, что независимо от того, признавалось представительство в Древнем Риме или нет⁷¹, оборот и современные запросы общества требуют легализации этого института, и призвать судей и законодателей признать его. Вместо этого правила игры требовали во что бы то ни стало найти место для общей теории представительства в разрозненных фрагментах римско-правовых источников. Именно так Ф.К. Савиньи и пытался обосновать допустимость представительства. Вместо анализа политики права (в частности, справедливости и эффективности) такого института он в своем главном труде по обязательственному праву попытался доказать, что вопреки общему мнению современных юристов на самом деле к часу икс в развитии римского права, кодификации Юстиниана, в связи с практическими потребностями институт представительства из редкого исключения превратился в общее правило⁷². Следовательно, как считал Ф.К. Савиньи, этот институт надо признать элементом действующего права Германии не потому, что он нужен современной практике, а в силу того, что он соответствует римским источникам⁷³. Свобода научного поиска права и личное участие в прямом создании новых правовых решений, не имеющих опоры в римско-правовых источниках, данной научной парадигмой не признавались.

⁶⁸ Ehrlich E. *Op. cit.* P. 338–339.

⁶⁹ Savigny F.C., von. *System of the Modern Roman Law*; Савиньи Ф.К. *Указ. соч.* С. XXXII.

⁷⁰ Coing H. *Op. cit.* P. 14.

⁷¹ *О постримском происхождении института представительства и невозможности его разработки на основе римских источников см.: Нерсесов Н.И. Понятие добровольного представительства в гражданском праве. 1878. С. 11.*

⁷² Савиньи Ф.К. *Указ. соч.* С. 382–392.

⁷³ Там же. С. 402–405.

Но далеко не всегда здравый смысл мог отсеять глупости, которые выводились из римских источников либо в силу неправильного прочтения и отсутствия полной информации о действовавшем римском праве, либо в силу того, что римско-правовые решения изначально были неудачными или устарели. Классическим примером заблуждений, вынесенных из римского права или неверного его прочтения и не отсеченных элементарными соображениями политики права, является разработка доктрины нарушения договора. Т. Моммзен, проанализировав римские источники, сделал вывод, что римское право признавало только два вида нарушений договора: просрочку и нарушение договора в силу невозможности исполнения. На основании этого он и предложил свою двухзвенную классификацию нарушений договора, забыв о таком распространенном случае, как ненадлежащее исполнение. Удивительно, но и разработчики ГГУ считали реконструкцию Т. Моммзеном римского права по этому вопросу достаточным основанием для закрепления этой двухчленной классификации в Уложении. Исправлять эту ошибку и урегулировать последствия ненадлежащего исполнения пришлось в дальнейшем немецким судам, которые де-факто дополнили ГГУ⁷⁴.

С учетом этой фиксации романистов на римско-правовых источниках и постепенного затухания эволюционной линии к середине XIX в. сохранение общего обозначения течения как исторической школы можно объяснять акцентом не столько на исторической динамике, сколько на анализе исторических источников права⁷⁵.

У многих нынешних юристов это увлечение римским правом вызывает удивление и даже иронию. Иногда трудно понять, зачем уважаемые и умные люди так серьезно занимались историей римского права не ради любопытства и извлечения каких-то исторических уроков, а для того, чтобы провозгласить решения римских юристов, которые те находили из чисто прагматических соображений двухтысячелетней давности, как непреложные, априорные истины, не требующие дополнительной политико-правовой аргументации и имеющие чуть ли не прямое действие в современных условиях. Не все ли равно, что думали по вопросу юридических лиц древнеримские юристы, которые и слухом не слыхивали о понятии корпорации? Любому современному ученому эта информация пригодится, но просто для расширения кругозора. Он приложит все усилия к тому, чтобы проанализировать плюсы и минусы от признания конструкции юридического лица, оценивая при этом все релевантные политико-правовые соображения, включая и системную согласованность права. Романистам же было не все равно, что думали или, наоборот, не думали о тех или иных вопросах права их предки, заложниками мыслей, ошибок и заблуждений которых историческая школа зачастую поневоле становилась.

Но справедливости ради следует заметить, что эта особенность была связана с тем, что римское право официально рассматривалось субсидиарно действующим источником права многих немецких государств⁷⁶. Поэтому замыкание немецких цивилистов внутри системы римского права было своего рода аналогом французской школы экзегезы, замкнувшейся внутри текста Французского гражданского кодек-

⁷⁴ *Markesinis B., Unberath H., Johnston A. Op. cit. P. 9.*

⁷⁵ *Gale S.G. Op. cit. P. 140.*

⁷⁶ *Пухта Г.Ф. Указ. соч. С. 1–7.*

са (далее — ФГК). Разбирая римское право, немецкие романисты разрабатывали догматику *действующего* права. И это важно понимать, чтобы не впасть в необоснованное осмеяние их труда.

Тем не менее столь серьезное отношение к праву давно исчезнувшего государства вряд ли было оправданно. По крайней мере настоящие ученые в других областях знания к XIX в., выйдя за рамки средневековой традиции подражания, копирования и толкования античных образцов, уже всерьез начали революционные научные инновации и ушли далеко от научного уровня их древних предшественников. Европейские медики, будучи, безусловно, знакомы с опытом врачевания времен Гиппократов, все же основные свои усилия направляли не на поиск античных рецептов, а на решение насущных проблем медицины путем инноваций, многолетних проб и ошибок, экспериментов над собой и кропотливой работы в лабораториях. Европейские экономисты мало интересовались опытом функционирования античной рабовладельческой системы хозяйствования, пытаясь сформировать экономическую теорию капиталистической экономики. А физики и математики во время учебы рассматривали законы, открытые Архимедом, Евклидом и Пифагором, но считали своей основной целью умножение научных знаний, постановку новых проблем и нахождение новых ответов на старые вопросы. Иными словами, почти все науки того времени, как точные, так и гуманитарные, были ориентированы на инновации, прогресс и опровержение догм прошлого. Даже в исторической науке, по своим задачам наиболее близкой к догматической юриспруденции, был виден прогресс. Историки XIX в., безусловно, уважали Геродота или Фукидиду, но подверглись бы насмешкам своих коллег, если бы попробовали изложить историю наполеоновских войн в античной научной стилистике, используя античные подходы к работе с источниками.

Правовая же наука застыла на средневековом этапе, превращая догматику права давно умершей цивилизации в фетиш, который имеет не только историческую и эстетическую ценность, но и якобы содержит ответы на все вопросы современности. Это можно сравнить со спорами средневековых теологов о «правильном» прочтении священных текстов христианской религии. Достаточно заменить Библию на *Corpus Juris* Юстиниана, и разница в научной методологии теологов и романистов практически исчезнет.

При этом обращение к опыту римского права до какого-то момента могло быть эффективным способом нахождения оптимальных инструментов правового регулирования. Но по закону убывающей полезности чем дальше социальные условия Европы отодвигались от античности и чем меньше нового можно было открыть в римско-правовых текстах, тем меньше был КПД научных усилий. К концу XIX в. стало уже невозможно игнорировать необходимость переключения правовой науки с исторических и филологических изысканий в области древней мудрости на творческое развитие и продуцирование нового права.

Поэтому уже к концу XIX в. сугубо римско-правовой уклон доминирующей догматической научной парадигмы стал сходиться на нет. Все, что можно было открыть в римском праве, уже по большей части открыли, и актуальность приобрел вопрос о тотальной гражданской кодификации, подготовка которой началась вскоре после объединения Германии.

Систематизация гражданского права

Постепенно обозначилась третья, творческая составляющая немецкой догматической ортодоксии, которая наиболее полно раскрылась чуть позже, во второй половине XIX в. Плавно вытекая из рецепции римского права, но будучи мало связанной с учением о «национально-духовной» эволюции, она сосредоточилась на систематизации разрозненного материала римского права. Эта научная линия обычно обозначается как пандектная методология, или пандектистика. Такое название она получила в честь одного из основных доступных источников римского права — Пандектов из *Corpus Juris* Юстиниана⁷⁷. В научной литературе распространено и такое обозначение, как *Begriffsjurisprudenz* (дословно — юриспруденция понятий, концепций).

Основателем пандектистики также считается Ф.К. Савиньи, для которого изучение истории римского права перестало быть, а скорее всего никогда и не было самодостаточным. Анализ истории права служил только средством выявления имплицитных правовых принципов, институтов и общих правил. На основе полученного материала правовая наука должна была заняться построением полноценной системы гражданского права⁷⁸. Если ранние работы Ф.К. Савиньи были преимущественно историческими, то «Система действующего римского права»⁷⁹ знаменовала переход к творческому развитию римско-правового материала путем его систематизации⁸⁰. Этот многотомный труд ознаменовал создание нового направления по активной творческой переработке и систематизации римско-правовой догматики⁸¹.

Таким образом, гений Ф.К. Савиньи оказался причастен ко всем трем векторам развития догматической научной парадигмы. Как мы помним, в начале своего научного пути этот ученый делал акцент на эволюции права как эманации народного духа и на изучении истории римского права, противостоя попыткам резких правовых реформ. Но уже тогда в его стремлении в работе о владении проследить в римско-правовых источниках некую систематику и индуцировать общие принципы был заметен настрой на дальнейшее преодоление сугубо исторической методологии. В середине XIX в. исторический подход окончательно был отодвинут на второй план. Сформировалась новая исследовательская программа, в рамках которой ученый мог заняться творческим развитием права.

⁷⁷ Dawson J.P. *Op. cit.* P. 450.

⁷⁸ Reimann M. *Op. cit.* P. 854–855.

⁷⁹ Данная фундаментальная работа за исключением пятого тома об обязательствах (Савиньи Ф.К. Указ. соч.) в полном объеме на русский язык не переводилась. Имеется перевод на английский язык первого тома — об источниках права и их толковании. См.: Savigny F.C., von. *The System of the Modern Roman Law* (доступно в Интернете на сайте www.books.google.ru). Имеется также перевод на английский язык второго тома — о правоотношениях (Savigny F.C., von. *Jural relations or, The Roman law of persons as subjects of jural relations. 1884*) и восьмого тома о международном частном праве (Savigny F.C., von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes: A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time. 2003*).

⁸⁰ Zimmermann R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today. 2001. P. 12.*

⁸¹ Иеринг П. *Задача современной юриспруденции // Юридический вестник. 1883. № 8. С. 563.*

Отход Ф.К. Савиньи ближе к середине XIX в. от подлинно исторических изысканий знаменовал окончательную эмансипацию догматической научной парадигмы от сугубо исторического правового анализа. Как пишет Р. Циммерманн, историческая школа тем самым трансформировалась в пандектную школу⁸². Это вызвало критику некоторых прежних сторонников учения Ф.К. Савиньи, продолживших исторические исследования в области римского права⁸³. Но большинство последовало по пути, намеченному этим ученым. С середины XIX в. именно пандектная версия догматической парадигмы стала основным форматом научной работы.

Постепенно в рамках поставленной задачи систематизации акцент все больше сдвигался с собственно римского права на продуктивное развитие полученного на его основе материала. Как уже отмечалось, к середине XIX в. внимательное изучение римских источников уже не требовалось. Все, что можно было там открыть с пользой для задачи систематизации, было уже найдено. В этой связи к 1850-м гг. большинство романистов согласились с тем, что необходимо покинуть прошлое и наконец построить на основе римского права новую систему гражданского права⁸⁴. Б. Виндшейд прямо призывал юристов очистить немецкое право от буквального считывания римско-правовых источников. По его мнению, изучение истории права имеет исключительно инструментальную ценность и полезно ровно в той степени, в которой оно помогает лучше понимать действующее право⁸⁵.

Соответственно усилия стали направляться главным образом на творческое развитие и совершенствование вскрытой систематики⁸⁶.

Попытки систематизации римского права и переработки *Corpus Juris* с целью продуцирования полноценной и непротиворечивой систематики гражданского права предпринимались и ранее, и далеко не только в Германии. ФГК был также результатом попыток систематизации римского права, правда французскими юристами (Потье, Дома и др.) и в несколько другой стилистике. Но немецкие пандектисты подняли дело систематизации римского права на качественно иной уровень.

Труды ученых строились не на комментировании статей кодекса, как то предписывала школа экзегезы во Франции, или отдельных максим из *Corpus Juris Civilis*, как это было принято ранее, а на систематизации догм римского права и манипуляциях с правовыми концепциями⁸⁷. Самостоятельная творческая деятельность цивилистов проявлялась в форме нахождения логической связи между тысячами норм римского права, выведения на их основе обобщений, принципов, правовых концепций и институтов с последующим их дедуктивным применением к любым практическим вопросам.

⁸² Zimmermann R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. P. 18.

⁸³ Reimann M. *Op. cit.* P. 864.

⁸⁴ *Ibid.* P. 864–865.

⁸⁵ Цит. по: Zimmermann R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. P. 50.

⁸⁶ Reimann M. *Op. cit.* P. 862.

⁸⁷ Coing H. *Op. cit.* P. 12.

В систематизации римского права была большая необходимость, так как за сотни веков комментирования римско-правовые источники, и без того крайне противоречивые и бессистемные, обросшие многочисленными современными законами и обычаями, нормами канонического права и другими новыми вкраплениями, превращали действующее гражданское право в хаос. Отовсюду слышались жалобы на неопределенность права, непредсказуемость судебных решений и произвол⁸⁸. В ответ А. Тибо и некоторые другие немецкие юристы предлагали, подобно создателям ФГК, заменить весь этот «правовой хлам» на новый и стройный кодекс. Ф.К. Савиньи в 1814 г. отверг эту идею, посчитав ее преждевременной. И вот уже к середине века он возглавляет направление систематизаторов права, тем самым вольно или невольно подготавливая кодификацию. Ведь, как известно, ГГУ 1900 г. стало логичным оформлением той систематики гражданского права, которую за полвека до этого начали творить пандектисты.

Трудно сказать, всерьез ли пандектисты верили, что они на самом деле реконструируют истинное логическое и структурное совершенство римского права, а не искусственно привносят в него элемент систематизации и тем самым его искажают. В любом случае увлеченность открытием истинного значения римского права вступала в противоречие с пандектной страстью к систематизации и обобщению. Действовавшее в Древнем Риме право было казуистичным, индуктивным, чуждым всяческих обобщений и сугубо практически ориентированным. Соответственно под флагом открытия истинного значения римского права пандектисты в действительности вносили в него чуждый ему элемент систематизации⁸⁹. Пандектистика возвращала немецкое право к римскому праву, но не к настоящему, а к искусственно реконструируемому и систематизированному⁹⁰.

Более того, идея совершенной систематизации была не столько плодом исторического анализа, сколько отголоском естественно-правовой доктрины, считавшей возможным построить идеальное по своей разумности правовое регулирование⁹¹. На эти противоречия внутри пандектного учения указывают многие авторы⁹².

Но для самого Ф.К. Савиньи противоречия между увлечением историей права и попытками искусственной систематизации ее данных, видимо, к середине XIX в. уже не существовало. Он писал, что история и «правовая наука» являются разными сторонами одного и того же феномена и поэтому не могут быть разделены, так же как свет и тень⁹³. Однако внятного объяснения, судя по доступным нам источникам и мнению специалистов, Ф.К. Савиньи не давал⁹⁴.

⁸⁸ Новгородцев П. Указ. соч. С. 28.

⁸⁹ Reimann M. *Op. cit.* P. 884.

⁹⁰ Dawson J.P. *Op. cit.* P. 454.

⁹¹ Weber M. *On Law in Economy and Society* / ed. by M. Rheinstein. 1967. P. 296.

⁹² См.: Zimmermann R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. P. 14; Reimann M. *Op. cit.* P. 886.

⁹³ Цит. по: Dawson J.P. *Op. cit.* P. 454.

⁹⁴ Reimann M. *Op. cit.* P. 881–888.

Как бы то ни было, вполне очевидно, что за обнаруженной в римском праве скрытой, но якобы имплицитной систематикой таилась полноценная творческая активность самих пандектистов, конечная цель которых состояла в том, чтобы на основе анализа римских источников создать полноценную систему права, способную разрешать все проблемы современности⁹⁵. И именно в этом противоречивом, но по существу творческом проявлении немецкая пандектная научно-правовая парадигма XIX в. оказалась достаточно продуктивной.

Немецкие пандектисты, такие как Ф.К. Савиньи, Г.Ф. Пухта, Б. Виндшейд, Г. Дернбург и другие, в рамках своих курсов римского права, многочисленных учебников пандектного права и других произведений строили, по сути, новое гражданское право, лишь отдаленно напоминающее право Древнего Рима. Если в «Системе действующего римского права» Ф.К. Савиньи еще очень много исторических и герменевтических исследований и попыток примирить те или иные отрывки из римских источников⁹⁶, то «Курс римского гражданского права» Г.Ф. Пухты⁹⁷ или учебник «Об обязательствах по римскому праву» Б. Виндшейда⁹⁸ скорее похожи на обычные современные учебники гражданского права, в которых безапелляционно излагается догматика и систематика гражданского права Германии, как она видится автору. Отсылки же к римским источникам даются разве что в сносках.

Хаос древних правовых источников на глазах выстраивался в *систему* гражданского права.

В основе систематизации гражданского права у Ф.К. Савиньи лежало понятие правового института, группирующего несколько правовых норм вокруг одного общего правового явления. Система права строилась не через аккумуляцию самих правовых норм, а опосредованно — через систематизацию правовых институтов⁹⁹. Такой процесс должен протекать органично и осторожно. С точки зрения Ф.К. Савиньи, правовые концепции и институты формируются, меняются и исчезают под влиянием «духа и потребностей времени», без субъективного и случайного влияния¹⁰⁰. Какой-либо отдельный автор согласно этой научной парадигме не мог придумать новую теорию, институт или концепцию, но мог «открыть» их ранее не замеченное существование.

Продуктивное начало пандектной методологии развил и усилил Г.Ф. Пухта, который более открыто признавал творческое развитие систематики права и меньше заботился о связи своих построений с римско-правовыми источниками и предшествующей историей. В середине XIX в. он стал лидером в деле продуктивной

⁹⁵ Dawson J.P. *Op. cit.* P. 455.

⁹⁶ См., напр., перевод пятого тома: Савиньи Ф.К. *Указ. соч.*

⁹⁷ Пухта Г.Ф. *Указ. соч. Об игнорировании Г.Ф. Пухтой исторических изысканий и сосредоточенности на сугубо продуктивном построении систематики гражданского права см.: Reimann M. Op. cit.* P. 860.

⁹⁸ Виндшейд Б. *Об обязательствах по римскому праву. СПб., 1875.*

⁹⁹ Wieacker F. *Op. cit.* P. 315.

¹⁰⁰ Reimann M. *Op. cit.* P. 882.

систематизации гражданского права¹⁰¹. Именно он сформировал тот совершенный концептуальный формализм, который впоследствии атаковался Р. Йерингом в его поздних работах. Для Г.Ф. Пухты систематика права была самой сутью права как такового¹⁰².

Этот правовед окончательно отделил развитие права от народа и передал монополию на развитие права ученым-правоведам, по своему статусу каким-то чудесным образом органически представляющим эволюцию народного духа и тем самым авторизованным на творческое развитие права¹⁰³.

Вместо правовых институтов Г.Ф. Пухта выдвинул в качестве структурной модели систематики гражданского права «пирамиду правовых концепций», где каждая конкретная норма является дедукцией из более общей правовой концепции, которая, в свою очередь, представляет собой эманацию из еще более общей правовой концепции. И так далее вплоть до самых универсальных концептов и идеи права в целом. Тест на адекватность конкретной правовой нормы состоял в проверке того, насколько она вписывается в эту юриспруденцию концепций. Вместо того чтобы рассматривать правовые концепции как индуктивные обобщения частных политико-правовых и ценностных реакций на конкретные социальные факты и осознавать изменчивость самих обобщений вслед за трансформациями в социальном и культурном базисе, пандектисты начали рассматривать правовые концепции, построенные на обобщении норм права Древнего Рима, как аксиомы, оторванные от тех политико-правовых соображений, которые в свое время толкали римских преторов, судей и юристов выбирать соответствующие нормы.

В результате такой методологии создавалось поле для творческого, продуктивного развития права. Но это развитие осуществлялось сугубо по линии формальной логики и систематизации. В рамках пандектной версии догматической научной парадигмы право начинает восприниматься как самостоятельная замкнутая логическая система, существующая по своим внутренним принципам. Один из современных российских сторонников такого подхода к юриспруденции С.С. Алексеев отмечает, что «право ... выступает в качестве своего рода обители, исконного, родного очага формальной логики»¹⁰⁴. В таком случае «фокусом работы по совершенствованию законодательства и практики его применения во многом является повышение уровня «формальной логичности» данной юридической системы, ее подразделений, устранение существующих здесь противоречий, несостыковок, несогласованностей — словом, достижения предельно возможного совершенства действующего права с точки зрения формальной логики»¹⁰⁵.

Для современных сторонников такой юриспруденции кирпичиками, из которых они строят свои симметричные, но зачастую абсолютно непрактичные и безразличные к вопросам этики замки, являются как априорные правовые концепции

¹⁰¹ *Wieacker F. Op. cit. P. 316.*

¹⁰² *Reimann M. Op. cit. P. 860.*

¹⁰³ *Wieacker F. Op. cit. P. 317.*

¹⁰⁴ *Алексеев С.С. Линия права. М., 2006. С. 50.*

¹⁰⁵ *Там же. С. 50–51.*

(например, право собственности, владение, обязательство и т. п.), так и выраженные в тексте кодексов позитивные нормы. Поэтому современную российскую догматическую школу, перенявшую у дореволюционных юристов дух немецкой пандектистики и юриспруденции концепций, а затем вынужденно добавившую к ним жесткий позитивизм, навязанный в сталинские годы, правильнее называть концептуально-нормативным формализмом. В немецких же государствах XIX в. общего гражданского кодекса не существовало. Поэтому не было оснований для активного развития законодательного формализма в духе французской школы экзегезы. Вместо этого формализм немецкой правовой науки XIX в. был в первую очередь концептуальным.

Практическая ценность такой пандектной методологии состояла в том, что из выведенных учеными посредством формальной логики правовых концепций можно было путем обратной дедукции получать правовые ответы на любые вопросы. По мнению Г.Ф. Пухты, собственно право и должно было развиваться с помощью обратной дедукции из концепций, раскрывая тем самым скрытый национальный правовой дух.

Если в работах Ф.К. Савиньи еще можно было проследить упоминания практических потребностей как стимулов развития права, то Г.Ф. Пухта провозгласил окончательный отрыв правовой науки от социальной, этической, экономической и политической жизни и превращение ее в закрытую, трансцендентальную систему, порождение чистого интеллекта¹⁰⁶.

Таким образом, считалось, что система гражданского права, когда она будет построена, сможет продуцировать совершенно новый правовой материал. В рамках этой интересной механики «новые нормы могут быть дедуцированы из имеющихся принципов, и даже новые концепции могут создаваться посредством комбинации или разделения уже существующих концепций»¹⁰⁷. И весь этот процесс продуктивного развития права совершается как бы изнутри правовой системы за счет внутренних ресурсов формальной логики.

На том, что правовая система должна быть закрытой, настаивали как пандектисты-романисты, так и германисты. Не сходились они лишь в вопросе о том, вокруг какой башни строить крепостную стену. Пандектисты настаивали на построении закрытой системы на фундаменте римского права, в то время как германисты пытались создать закрытую систему подлинно национального гражданского права¹⁰⁸. В частности, как отмечает Ф. Виакер, один из ярких представителей лагеря германистов О. Гирке, будучи оппонентом пандектистики, вольно или невольно впитал систематику и концептуализм пандектного учения¹⁰⁹.

У идеи о том, чтобы сделать правовой дискурс закрытым, были положительные стороны. Пандектная парадигма с ее акцентом на обобщении и систематизации

¹⁰⁶ *Wieacker F. Op. cit. P. 318.*

¹⁰⁷ *Reimann M. Op. cit. P. 861.*

¹⁰⁸ *Wieacker F. Op. cit. P. 325–326.*

¹⁰⁹ *Ibid. P. 359.*

римского права значительно продвинула правовую науку. По крайней мере это был шаг вперед по сравнению с комментированием отдельных римских норм из *Corpus Juris*, практиковавшимся ранее. Именно в XIX в. была окончательно доработана система общих положений гражданского права, путем индуктивного обобщения выведены общие положения обязательственного права, сформированы доктрины сделки, представительства, юридического факта и многие другие общие правовые концепции, которые современные юристы континентальной Европы воспринимают сейчас как нечто само собой разумеющееся. Возможно, не «закрыв» на время правовой анализ внутри догматической парадигмы, сформировать эту систематику было бы сложнее. Нельзя исключить, что, если бы правовая наука оставалась открытой для социальных, экономических, этических и культурных веяний, это помешало бы процессу логической систематизации. В частности, как отмечает Ф. Виакер, Г.Ф. Пухта сознательно пытался оградить правовую науку от внешних влияний, понимая, что в условиях прусской действительности первой половины XIX в. формализм мог в большей степени защитить справедливость от нападков как крайне правых реакционных сил, так и революционных волн, которые с конца XVIII в. время от времени прокатывались по Европе¹¹⁰.

Но одновременно с этим к концу XIX в. проявляются и ключевые дефекты данной научной парадигмы. Как отмечают К. Цвайгерт и Х. Кётц, благодаря этой теории «в университетах все более начинает пробивать себе дорогу метод абстрактно-рационалистского мышления, который оперирует не столько конкретными социальными явлениями, сколько научными понятиями и цель которого заключается в построении внутренне непротиворечивых, но далеких от жизни систем». Это было время «немецких профессоров-теоретиков, витающих в заоблачном мире своих умозрительных построений со всеми их положительными качествами и недостатками»¹¹¹.

Приведем еще одну пространную цитату из известного компаративного труда К. Цвайгерта и Х. Кётца, в котором они пытаются дать сжатое описание пандектной научной парадигме:

«Правопорядок отныне толковался как закрытая система институтов, понятий и доктринальных взглядов, основанных на римском праве. Используя эту систему как инструмент логических ... операций, можно было получить решения любых правовых проблем. Тем самым применение права низводилось до своего рода элементарной функции, обслуживающей «интеллектуальные потребности» абстрактных понятий ... в отрыве от здравого смысла, социальных, этических, религиозных, политико-правовых и экономических соображений. Таким образом, даже если в связи с неотложной потребностью оборота возникнет необходимость урегулировать проблему уступки требования..., перевода долга, заключения договора в пользу третьего лица, а имеющийся набор понятий не позволял создать нужную правовую конструкцию, подобные ситуации объявлялись «логически невозможными»... Такой метод юридического мышления подменял тщательное изучение реальной жизни общества «арифметикой понятий»¹¹².

¹¹⁰ *Wieacker F. Op. cit. P. 319.*

¹¹¹ *Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 210.*

¹¹² *Там же. С. 216.*

Следует отметить, что ничего плохого в пандектных методах нет. Более того, такова в принципе современная научная методология. Но результатом формирующегося концептуального формализма было то, что все право представлялось как структурированное единство правовых концепций, институтов и понятий, а сами концепции переставали восприниматься как рукотворные обобщения, конечная цель которых быстро найти оптимальное с политико-правовой точки зрения решение. Правовые концепции, реконструируемые по римско-правовым источникам, с отпадением идеи об эволюции народного духа превратились в априорные, вневременные догмы. От ученых и судей требовалось проводить в жизнь ту или иную дедукцию вопреки тому, что в конкретном случае она приводила к нежелательному с точки зрения политики права результату. Априорный статус концепций, однажды сформированных римскими юристами или пандектистами, препятствовал их изменению и адаптации к жизненным реалиям, а также появлению новых правовых концепций, неизбежно нарушающих стройную систему гражданского права.

Данная научная парадигма рассматривала анализ и развитие права с точки зрения достижения тех или иных социальных и этических целей как занятие не совсем научное и недостойное внимания истинного цивилиста, призвание которого заниматься чисто логическими манипуляциями с бесстрастными правовыми абстракциями без оглядки на такие мелочи, как мораль, справедливость и потребности оборота. Немецкий правовед Р. Зом писал, что право может развиваться с акцентом либо на последствия, которые влекут правовые нормы, либо на правовые принципы, индуктивно выведенные из действующих норм. Он считал истинно научным методом именно последний вариант правового анализа¹¹³. Настоящий пандектист должен избегать или как минимум скрывать участие внешних ценностей в научном анализе. Как утверждал Б. Виндшейд, «анализ этики, политики или экономики не дело юристов»¹¹⁴.

Соответственно задача юриста не изучать потребности общества, моральные установки, вопросы справедливости и искать лучшие средства по достижению этих внешних ценностей, а найти внутреннюю формальную логику в сочетании правовых концепций и институтов и дедуцировать решения именно из этой реконструированной правовой системы. Такая же роль отводилась и судье. Без осознания места того или иного вопроса в системе права давать какой-либо ответ считалось преждевременным¹¹⁵. В итоге «право переставало быть продуктом истории и становилось плодом логики», сводясь к «игре в индукцию и дедукцию»¹¹⁶.

Ф. Хек так писал о специфике научного дискурса, доминировавшего в Германии в XIX в.: «Немецкая правовая наука продуцировала большое количество исследований и теорий, которые поражают и озадачивают иностранных юристов. Проблемы определения концепции рассматриваются как проблемы познания, как если бы концепции были частью объективной реальности. Соответственно только одно

¹¹³ *Cum. no: Merryman J.H., Pérez-Perdomo R. The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. 3-rd ed. 2007. P. 67.*

¹¹⁴ *Cum. no: Wieacker F. Op. cit. P. 341.*

¹¹⁵ *Coing H. Op. cit. P. 12.*

¹¹⁶ *Reimann M. Op. cit. P. 864.*

определение может быть правильным. В связи с этим предметом горячих споров становились определения или, используя принятую терминологию, «правовая природа» того или иного юридического феномена. Концепции «права» или «юридического лица» анализировались без конца... Еще больше количество работ, касающихся вопроса о том, являются ли обязательства из ценных бумаг проистекающими из концепции договора, концепции одностороннего обязательства или какой-то промежуточной формулы... Процветал культ концепций... В то же время слабое внимание уделялось ... потребностям повседневной жизни. Жизнь рассматривалась как сфера применения концепций, но не как их источник... Анализ того, каким право должно быть, был вынесен за рамки правовой науки... Если мы возьмем классическую работу ... Виндшейда..., мы найдем детально и с большой точностью разработанную систему правовых концепций. Но с современной точки зрения мы будем изумлены увидеть, насколько мало Виндшейд озабочен... потребностями реальной жизни. В сердцевине книги — система концепций, а не общественные отношения и их регулирование»¹¹⁷.

Если Ф.К. Савиньи характеризовал верную научную методологию как «математику понятий», считая, что «плохой математик — плохой юрист»¹¹⁸, то Г.Ф. Пухта и в особенности в своих ранних работах Р. Йеринг довели абсурдность сравнений до крайности, рассматривая концепции чуть ли не как живые организмы, живущие своей особой «концептуальной» жизнью¹¹⁹. Такая «биология права» стала визитной карточкой пандектистики в своем негативном проявлении.

В итоге К. Цвайгерт и Х. Кётц выносят пандектистике неутешительный и жестокий приговор: «...В конечном счете все выродилось в рафинированную, схоластическую и бессодержательную игру ума»¹²⁰.

Это отнюдь не значит, что в рамках пандектной научной методологии ученые занимались только обобщением уже имеющихся норм римского права и построением понятий, концепций и классификаций. В ряде случаев пандектисты формировали новые теории со слабой опорой на уже существующие источники. Например, теория «исходной предпосылки» — близкий аналог доктрины существенного изменения обстоятельств — была выдвинута Б. Виндшейдом без убедительной поддержки со стороны *Corpus Juris*¹²¹. Р. Йеринг еще в период своего увлечения пандектистикой пытался создать институт преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*), впоследствии ставший широко известным¹²².

Но даже подобные явные инновации должны были по правилам пандектной научной методологии увязываться с догматическими источниками. Автор не мог

¹¹⁷ Heck P. *The Jurisprudence of Interests // The Jurisprudence of Interests. Selected Writings of M. Rümelin.* P. Heck, P. Oertmann, H. Stoll, J. Binder, H. Isay. 1948. P. 46–47.

¹¹⁸ Цит. по: Радбрух Г. *Философия права.* С. 118.

¹¹⁹ Reimann M. *Op. cit.* P. 878.

¹²⁰ Цвайгерт К., Кётц Х. *Указ. соч.* С. 217.

¹²¹ Zimmermann R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today.* P. 50.

¹²² *Ibid.* P. 88.

подкреплять свою точку зрения ссылками не на исторические и догматические, а политико-правовые аргументы. Соответственно пандектист должен был хорошо покопаться в источниках в поисках фрагментов, подтверждающих его идею, и путем всевозможных надуманных интерпретивных манипуляций попытаться представить свою инновацию как открытие уже существовавшей догматики права. Отыскав такие догматические подпорки, пандектист объявлял о том, что нашел правовое основание для своей доктрины, и таким образом подгонял его под свое политико-правовое чувство¹²³. Например, для того чтобы обосновать свою теорию преддоговорной ответственности, Р. Йерингу пришлось долго искать какие-то хотя бы самые натянутые привязки к римскому праву и радоваться тому, что в прусском праве он нашел норму, отражающую идею об ответственности контрагента на стадии ведения переговоров¹²⁴.

Конечно, даже в таком скрытом виде творческая сила пандектистики была куда более продуктивна и полезна для развития немецкого общества, чем прежние сугубо квинтистские и исторические версии догматической парадигмы. Но вполне очевидно, что с такими тяжелыми методологическими ограничениями на прямые научные инновации пандектное учение было обречено катастрофически отставать от потребностей времени, законодательной политики и судебного правотворчества.

Позитивистский формализм

Как отмечает Дж.Д. Доусон, звездным часом пандектистики был момент принятия ГГУ, которое в значительной степени восприняло пандектные систематику и понятийный аппарат¹²⁵. Одним из главных разработчиков ГГУ был ведущий пандектист второй половины XIX в. Б. Виндшейд¹²⁶. Некоторые даже называли ГГУ «учебником Виндшейда, оформленным в виде закона»¹²⁷.

Но, как ни странно, факт кодификации в значительной степени подорвал римско-правовую основу пандектного учения¹²⁸. Всякая связь с римским правом была окончательно разорвана. С началом XX в. упор на систематизацию и концептуализм в работах немецких юристов в значительной степени сохранился, но теперь основным материалом для обобщения стали параграфы ГГУ. Индуцированные в свое время еще из римского права концепции теперь должны были находить свое подкрепление в тексте Уложения. Римское право, основа пандектного учения, исчезло из поля зрения немецких цивилистов. Имена таких знаменитых пандекти-

¹²³ *Larenz K. The Open Legal Development: Germany // The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions. Ed. by J. Dainow. 1974. P. 150–151.*

¹²⁴ *Zimmermann R. Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today. P. 88.*

¹²⁵ *Dawson J.P. Op. cit. P. 460. См. также: Coing H. Op. cit. P. 10.*

¹²⁶ *Caenegem R.C., van. An Historical Introduction to Private Law. 1992. P. 157.*

¹²⁷ *Reimann M. Op. cit. P. 867.*

¹²⁸ *Dawson J.P. Op. cit. P. 479.*

стов, как Ф.К. Савиньи, Г.Ф. Пухта и Б. Виндшейд, все реже стали упоминаться в научных трудах¹²⁹.

Таким образом, экспозиция догматической научной парадигмы в том ее виде, в котором она подошла к началу XX в., будет неполной, если упустить из виду проникновение в немецкое право позитивистского формализма в духе французской школы экзегезы. В Германии он не был укоренен так сильно, как во Франции, в силу отсутствия кодификации до 1900 г. Но расширение законодательной деятельности имперских властей, подготовка и принятие гражданской кодификации порождали в так называемом мейнстриме правовой науки взгляды на закрытость позитивного права, отсутствие пробелов и недопустимость судебного правотворчества¹³⁰.

Преклонение перед нормами римского права к концу XIX в. сменилось культом параграфов Гражданского уложения.

Тем не менее надо понимать, что «смерть» пандектного учения в начале XX в. в связи с вступлением в силу ГГУ была обусловлена окончательной утратой практической ценности римского права, на основе которого ученые должны были развивать формальную логичность позитивного права. Это не означало, что была низвергнута сама догматическая научная парадигма: по сути она оставалась в значительной степени пандектной. Однако место отрывков из *Corpus Juris* заняли параграфы ГГУ, дававшие простор для систематизационной научной деятельности. Догматизм концепций, построенных на обобщении римского права, превратился в догматизм концепций, построенных на обобщении законодательных норм¹³¹.

К концу XIX в., в то время как первая линия догматической научной парадигмы (учение об эволюционном развитии права из национального духа) оказалась безвозвратно дискредитирована, а вторая (упор на возврат к истинному значению источников римского права) отступала на задний план по мере развития законодательной активности имперских властей, именно третья линия (приоритет систематики права и абсолютизация правовых концепций) в сочетании с умеренным экзегетическим формализмом, проникшим в немецкую науку с принятием ГГУ, стала определяющей чертой научно-правовой ортодоксии.

Оценка пандектной методологии

Что бы мы сейчас ни думали о пандектной научной методологии, следует признать, что у нее имелись серьезные преимущества.

¹²⁹ Zimmermann R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. P. 9.

¹³⁰ Rümelin M. *Developments in Legal Theory and Teaching During My Lifetime // The Jurisprudence of Interests. Selected Writings of M. Rümelin*. P. Heck, P. Oertmann, H. Stoll, J. Binder, H. Isay. P. 16–17.

¹³¹ Zimmermann R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. P. 9.

Во-первых, она позволяла юристам всех разрозненных немецких государств говорить на общем юридическом языке, не отвлекаясь на отличия в виде разных гражданских кодексов и разрозненных законов. Пандектная научная парадигма формировала единую систему координат правовой науки, которая впоследствии после объединения Германии позволила разработать и принять очень успешный гражданский кодекс и вывести немецкую правовую школу на лидирующие позиции.

Во-вторых, не стоит недооценивать ту работу по систематизации, которую пандектная школа проделала в отношении гражданского права. Системная согласованность является важнейшей прагматической ценностью и целью права. Пандектное мышление сильно преувеличивало эту ценность, но именно в рамках данной научной парадигмы были рождены или серьезно уточнены многие правовые концепции, обобщения, понятия и классификации, на протяжении десятилетий успешно используемые юристами всего мира. Пандектисты сыграли большую роль в создании той системы координат гражданского права, которой мы сейчас с переменным успехом пользуемся. Благодаря этой систематике права процесс юридического мышления значительно упрощается, материал логично структурируется, а многие решения легко находятся. В качестве аналогии проделанной пандектистами работы некоторые авторы с определенной долей условности приводят создание Д.И. Менделеевым периодической таблицы химических элементов, систематизировавшей уже имеющиеся данные о химических элементах и открытой для дальнейшего наполнения¹³².

В-третьих, не стоит забывать, что прагматический посыл пандектистики имелся, но был скрыт за многостраничными цитатами из римских источников и логической эквилибристикой. Иначе вряд ли бы созданное во многом старанием немецкой пандектной школы ГГУ успешно просуществовало бы более ста лет. Явно устаревшие решения, несмотря на преклонение перед римским правом, так или иначе отсеивались. Например, Г.Ф. Пухта признавал, что многие институты и нормы римского права (требования к строгой форме договоров, стипуляция и др.) устарели и противоречат «теперешнему положению вещей», будучи перекрыты сложившимися национальными правовыми обычаями¹³³. Б. Виндшейд старался легализовать не признаваемые римским правом, но крайне распространенные в обороте XIX в. договоры в пользу третьего лица¹³⁴. Как мы помним, Ф.К. Савиньи пытался утвердить правовой институт представительства, несмотря на неоднозначное отношение к нему в римском праве.

Поэтому обвинять пандектное учение в полном игнорировании какого-либо прогресса и отстранении от реалий и потребностей оборота, как это делали некоторые критики, нельзя. Пандектисты по возможности исключали из своей научной деятельности прямые оценки политики права, сузив фокус до исключительно догматической обработки и систематизации права действующего. Для них прогресс права был возможен главным образом посредством постепенного формирования правового обычая, который тем самым мог перекрыть устаревшие догмы римского

¹³² Gale S.G. *Op. cit.* P. 143.

¹³³ Пухта Г.Ф. *Указ. соч.* С. 11–12.

¹³⁴ Виндшейд Б. *Указ. соч.* С. 154–161.

права. Самим же атаковать эту догму и заняться откровенным политико-правовым анализом *de lege ferenda* они, как правило, не смели. Вместо этого пандектисты иногда старались удовлетворять свое внутреннее понимание справедливого, а также те потребности оборота, которые было уже невозможно игнорировать, посредством обходных путей и ухищрений, не нарушая при этом рамки чисто догматического или исторического анализа. Многие ученые использовали следующий прием формально-догматического примирения назревшей потребности реформировать ту или иную римско-правовую доктрину и нежелания демонстрировать собственное творческое участие в этой реформе: они преподносили желаемую доктрину как якобы наконец правильно расшифрованное истинное понимание римских текстов. Иначе говоря, творческий анализ *de lege ferenda* нужно было по возможности представлять как дескриптивный анализ *de lege lata*.

Но чаще всего в трудах пандектистов какие-то отжившие правовые доктрины без лишних слов отвергались как устаревшие, а в систематику гражданского права под видом сложившегося обычая вписывались новые решения, которые по факту больше соответствовали политике права. Причем политико-правовое обоснование того, почему данное решение устарело и заменяется новым, и объяснение прагматических преимуществ и возможных недостатков обоих вариантов пандектная методология в научных работах не допускала. Это не значит, что пандектисты, сколь бы далеки они ни были от реальной юридической практики и моральной философии, так или иначе не рассматривали эти политико-правовые аргументы. Думается, для них такие аргументы в значительной степени определяли и ход систематизационной работы, и конечный вид построенной системы и ее отдельных элементов. Однако неписанные правила научного дискурса требовали эти факторы, влияющие на результаты научного труда цивилиста, скрывать.

Тем не менее нельзя не признать и ставших со временем очевидных недостатков пандектного мышления.

Во-первых, то, что пандектисты исключили анализ политики права и зациклились лишь на ее догматике и систематике, в середине XIX в. отчасти могло быть оправдано необходимостью спокойной систематизации уже имеющегося правового материала. Но к концу века после формирования системы правовых координат игнорировать политико-правовой аспект было явным упущением, особенно в условиях, когда научно-техническая и промышленная революции, а также политико-культурные пертурбации на глазах меняли систему ценностей, цели и ориентиры человеческой жизни. Процесс развития права и его приспособления к новым условиям пошел бы куда быстрее, если бы пандектисты чаще переключали свое внимание с прошлого (истории права) на настоящее (право в действии и потребности оборота), проникались ощущением непреходящего (ценностей морали и справедливости) и пристальнее всматривались в будущее (тщательнее просчитывали последствия применения того или иного правового решения).

Если воспользоваться дихотомией видов рациональности, предложенной М. Вебером¹³⁵, можно сказать, что пандектное учение значительно продвинуло право по линии формальной рациональности, но слишком малое значение уделяло достижению рациональности содержательной. По мере того как построенная пандек-

¹³⁵ Weber M. *Op. cit.* P. 63.

тистами формально-рациональная систематика стала восприниматься как само собой разумеющееся, все сильнее давала о себе знать неудовлетворенность тем, что это симметричное построение далеко не всегда обеспечивает содержательную рациональность дедуцируемых правовых решений. Возникла потребность вывести соображения справедливости, утилитарной пользы и другие политико-правовые факторы с периферии на первые роли в правовом анализе.

Во-вторых, очевидно, что пандектная доктрина переоценила значимость фактора внутренней структурной согласованности права. Безусловно, систематика права является важной ценностью, так как упрощает преподавание права, понимание права обывателями, а также ускоряет и упрощает поиск норм при правоприменении. Но систематика права не может быть закрытой и априорной, а стремление к формальной рациональности права — отменить важность и содержательной рациональности права. Любые логические построения, поиски симметрии, дедукции и индукции порождают лишь рабочие гипотезы, опровержимые презумпции, которые требуется сверять с моральной интуицией и другими политико-правовыми соображениями. Соответственно ученые должны пытаться найти компромисс между формальной и содержательной рациональностью права, а не игнорировать одну из них.

Верить в объективную природу правовых концепций также нет никаких оснований. Правовые концепции, понятия и любые обобщения — явления рукотворные и изменчивые. Под давлением социальных, экономических и культурных условий они могут меняться. Так же как в свое время вещное право отторгло идею о праве собственности на рабов, а контрактное право отказалось от формальных римских строгостей, может измениться или исчезнуть любая ныне кажущаяся бесспорной правовая доктрина или концепция. Идея Демокрита об изменчивости мира, столь хорошо отраженная в эволюционных идеях исторической школы времен полемики А. Тибо и Ф.К. Савиньи, была подзабыта классической немецкой пандектистикой.

Оценивая пандектное учение, важно отметить, что оно, исключая прямую оценку политико-правовых ценностей, тем самым приобретало видимую нейтральность и объективность. Это помогало немецким ученым сохранять некоторую отстраненность от острых политических, социальных и экономических конфликтов и столкновений интересов в немецком обществе XIX в. Видимая нейтральность юристов могла быть обеспечена при такой научно-правовой парадигме, которая исключала субъективную оценку политики права и оперировала абстрактными принципами. Вольно или невольно пандектисты заняли стратегическую позицию над схваткой, которая делала их учение удобным для тех, кто хотел сохранить независимость науки от внешних социально-политических потрясений. Как пишут К. Цвайгерт и Х. Кётц, после революционных событий 1848 г. немецкие юристы перестали жить общественными интересами нации¹³⁶. Наука удалилась в райский сад «чистой» цивилистики, куда почти не проникали отзвуки современных социальных, культурных и экономических потрясений. Судам также было выгодно ссылаться на пандектные доктрины: это подчеркивало их беспристрастность, объективность и снимало с них ответственность, перенося ее на некую априорную правовую данность.

¹³⁶ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 201.

Конечно, в значительной степени это было мифом и, возможно, даже прямым лицемерием. В реальности за беспристрастными и абстрактными играми в формальную логику скрывалась вполне определенная политико-правовая идеология, которую пандектное учение подспудно вносило в гражданский оборот и судебную практику. Учение пандектистов опиралось на безусловно прогрессивную для того времени философию индивидуализма и либерализма с ее идеями максимизации личной свободы и автономии воли, верой в свободу договоров и абсолютную защиту прав частной собственности¹³⁷. Как пишут Дж. Мерримэн и Р. Перез-Пердомо, под эгидой беспристрастной правовой науки и за фасадом идеологической нейтральности пандектисты вносили в право вполне определенные либеральные ценности¹³⁸.

Глубинная философская подоплека пандектистики отражала основные социально-экономические и идеологические установки эпохи *laissez-faire*¹³⁹ и была при этом не так далека от реалий классического периода Древнего Рима (за вычетом рабства и некоторых других специфически античных аспектов социально-экономической жизни), правовые источники которого лежали в основе всех пандектных правовых конструкций. Поэтому противоречия между римскими источниками и построенными на их основе «пирамидами концепций», с одной стороны, и новыми капиталистическими отношениями — с другой вплоть до конца XIX в. не были столь острыми. Ф. Виакер пишет о том, что «пандектное правовое учение отвечало духу времени» и соответствовало доминирующим в буржуазных элитных кругах интересам в охране автономии свободной воли, личных прав и гарантий частной собственности¹⁴⁰.

Такая правовая наука была прагматически востребована в период раннего развития капитализма на его доиндустриальной стадии, а стратегически удобна тем, что свой «идеологический багаж» она тщательно скрывала. Как бы это обозначили сторонники теории гегемонии А. Грамши и критических правовых исследований (CLS), пандектная наука имела в качестве своей скрытой цели легитимизацию гегемонии буржуазных интересов и ценностей в сфере правового регулирования. Издревле основным приемом идеологической легитимизации гегемонии считалась демонстрация естественности и априорности сложившегося порядка. Немецкая пандектная догматика, безусловно, вольно или невольно достигала именно такого результата, превращая те или иные важные для развития капиталистической экономики правовые институты в априорные истины, существовавшие испокон веков и потому легитимные. Такая подача идей позволяла упростить процесс их интернализации юристами, превращая их в невольных проводников соответствующей идеологии.

Наличие второго дна у пандектного учения нельзя недооценивать, так как подвижки именно в идеологических и экономических реалиях начала XX в. сильно подорвали позиции классической пандектистики. Уже в то время социально-эко-

¹³⁷ Dawson J.P. *Op. cit.* P. 458. См. также: Stein P. *Roman Law in European History*. 1999. P. 122.

¹³⁸ Merryman J.H., Pérez-Perdomo R. *Op. cit.* P. 65.

¹³⁹ Reimann M. *Op. cit.* P. 892.

¹⁴⁰ Wieacker F. *Op. cit.* P. 349.

номический базис индустриальной экономики Германии перестал напоминать римскую систему хозяйствования. Промышленное производство, рабочее движение, коммунистическая угроза, развитие розничной торговли, монополизация экономики, революция в транспортной инфраструктуре и средствах коммуникации и другие социально-экономические изменения породили много новых проблем и вынужденных решений, которые мало вписывались в пандектную парадигму или попросту отвергались ею.

Если же оценивать историческую школу в целом с учетом эволюционного, римско-правового, пандектного и позитивистского ее направлений, следует отметить, что она представляет собой комок противоречий и отдельных методологий, складывающихся в общую систему координат с большой натяжкой¹⁴¹. Идеи о национальном и эволюционном процессе созревания права в народном сознании и возврат к чистому римскому праву, погружение в римское право и попытка создать на его основе стройную систематику, которой в римском праве не было, критика законодательных реформ со стороны основателя движения Ф.К. Савиньи и участие виднейшего его последователя Б. Виндшейда в разработке ГГУ, которое похоронило историческую школу, — при желании связать все эти противоречия воедино, конечно, можно. И недооценивать значение этой школы в формировании системы гражданского права также не стоит. Но как научная система, способная вдохновить современных юристов, эта школа к концу XIX в. себя исчерпала и перестала отвечать современным задачам права. Согласно данной сугубо догматической научной парадигме «право может только отражать, но не вести» задачи правовой науки измельчаются до ковыряния в прошлом и манипуляций с найденными там юридическими артефактами. Такая наука в эпоху все ускоряющегося времени перестала быть адекватной системой координат и играть роль направляющей законодательство и судебную практику силы.

Кроме того, как верно отмечается в литературе, историческая школа представляет собой до странности детерминистский взгляд, который объявляет то, что уже есть, правильным и должным, иными словами, выводит нормативное из позитивного¹⁴². Между тем в начале XX в. все сильнее стала чувствоваться потребность в формировании научной парадигмы, обращенной не столько в прошлое, сколько в будущее. Научный анализ права стал восприниматься как одна из важных предпосылок успешных правовых реформ и социального прогресса. Догматическая же научная парадигма была устремлена на воспроизводство *status quo* и в условиях динамичного XX в. стала постепенно терять популярность.

Р. Йеринг: начало борьбы

Первым повел последовательное наступление на сложившийся научный канон Р. Йеринг. Основной удар был нанесен по злоупотреблению абстракциями и формальной логикой в ущерб прямому анализу политики права. Этот ученый предложил немецкой правовой науке своего рода деконструкцию путем эмансипации политики права и выведения ее на первый план научного анализа. Понять

¹⁴¹ О противоречиях в основных идеях исторической школы см.: Gale S.G. *Op. cit.* P. 123.

¹⁴² *Ibid.* P. 134.

дальнейший ход развития научного дискурса по интересующим нам вопросам без оценки вклада Р. Йеринга будет сложно.

Самое интересное, что этот великий немецкий юрист долгое время был рьяным поборником пандектной методологии. Но дальнейшие размышления вынудили его выйти из лагеря Ф.К. Савиньи, Г.Ф. Пухты, Б. Виндшейда и обрушиться на своих прежних единомышленников с беспрецедентной критикой.

Эволюцию взглядов Р. Йеринга легко проследить по ряду его работ.

В сравнительно ранней статье «Задача современной юриспруденции» (1857)¹⁴³ Р. Йеринг едва ли не поет оду пандектному учению. Он разделяет правовую науку на рецептивную, которая должна находить и осмыслять римское право, и продуктивную, задача которой развивать римское право. Но продуктивная правовая наука для него состоит в конструировании на основе римских источников абстрактных правовых концепций. Причем такая форма продуктивности, по его убеждению, может не иметь прикладного значения, так как конструируемые правовые концепции самодостаточны и могут существовать без какой-либо практической востребованности, не обесценивая при этом работу ученого. Юриспруденция, по мнению Р. Йеринга, должна опираться на саму себя и развиваться изнутри, диалектически. Ближе к концу статьи автор выступил против фетишизации римского права, назвав ее «ортодоксией романизма», и за творческое развитие и даже прямое изменение римского права в ситуации, когда его положения явно устарели. С точки зрения Р. Йеринга, требовалось очищение римского права от отживших норм и его догматическое развитие и систематизация. Лидером этого направления Р. Йеринг объявил Ф.К. Савиньи, а себя явно относил к его сторонникам. В данном случае мы видим своего рода катехизис пандектистики как головной научной теории.

Чуть позже в своем знаменитом «Духе римского права» (1852–1865)¹⁴⁴ Р. Йеринг еще дальше отошел от пассивного считывания римского права в сторону его творческого развития. Именно в этой работе автор выдвинул лозунг о том, что право должно двигаться через римское право, но далее оно¹⁴⁵. Но существенным шагом вперед стало появление новой и чуждой для классической пандектистики идеи о том, что же должно двигать ученым при продуктивном развитии гражданского права. Если в прежних работах, как и все пандектисты, Р. Йеринг говорил о сугубо догматическом развитии права изнутри, то в «Духе римского права» высказывается мысль о том, что все логические построения, какими бы совершенными они ни казались, суть всего лишь второстепенный продукт цели, которой должно служить право¹⁴⁶. По сути, автор показывает, что правовые понятия и догматические приемы конструирования права являются инструментами по достижению настоящих целей права, и поэтому их значение не должно переоцениваться. В частности, он пишет, что право не может быть понято до конца, если смотреть только на его

¹⁴³ Йеринг Р. *Задача современной юриспруденции*. С. 533–573.

¹⁴⁴ Йеринг Р. *Дух римского права*. СПб., 1875.

¹⁴⁵ Там же. С. 12.

¹⁴⁶ Там же. С. 41–42.

систематику, анатомический строй¹⁴⁷. В этой книге замечен наметившийся разрыв с поддержанной Р. Йерингом ранее догматической ортодоксией, отказывающейся пускать политику права в пределы правовой науки.

Но окончательный разрыв с классической научной парадигмой произошел у Р. Йеринга после франко-прусской войны, Парижской коммуны, объединения Германии и других социально-экономических бурь, которые прокатились по Европе.

Наиболее ярко историю своего перерождения из пандектиста в прагматика ученый изложил в памфлете «В раю правовых концепций: фантазия» (1884)¹⁴⁸. Позволим себе немного развлечь читателя и подробнее рассмотреть эту сатирическую статью. Р. Йеринг пересказывает сон, якобы приснившийся ему во время чтения книги по римскому праву. В этом сне ему представляется, что он умер, и его душа отправляется на небеса. Там она встречается с проводником, который должен определить для такого юриста, как Р. Йеринг, место на небесах. Как известному романисту проводник предлагает Р. Йерингу отправиться в рай правовых концепций, с которыми тому приходилось работать всю жизнь. В этом раю правовые концепции существуют в чистом, не испорченном юристами-практиками и законодателями виде в абсолютной гармонии между собой и в полном вакууме, не наполненном солнечным светом.

Этот рай предназначен исключительно для теоретиков-романистов. Для всех интересующихся правовой практикой предназначен отдельный рай. Соответственно при желании попасть в рай концепций претенденту следует пройти карантин и затем несколько проверок, чтобы подтвердить свой статус настоящего теоретика-романиста, достойного проживания в раю концепций.

Карантин нужен для того, чтобы окончательно очистить душу от следов реальной жизни, так как правовые концепции, существующие в этом раю, не переносят соприкосновения с реальностью и, как известно, являются порождениями абстрактного мышления. Романисты, заслужившие этот рай, должны были своей жизнью продемонстрировать веру в верховенство концепций и абстрактных принципов и полное безразличие к практическим последствиям. Р. Йеринг предварительно соглашается на то, чтобы соблюсти все формальности, и отправляется с ознакомительной экскурсией по раю концепций, одновременно выясняя, какие тесты ему предстоит пройти.

Особенно запоминается машина по разрезанию волосков, на которой соискателю следует разрезать волосок на 999 999 абсолютно равных частей, а полученные частицы разрезать еще на 999 999 равных кусочков и так до бесконечности. Победителю вручается корона, которая хранится у него до тех пор, пока кто-то другой не превзойдет его в этом занятии, безусловно, очень полезном по стандартам рая концепций. Далее душе Р. Йеринга показывают отлакированный и скользкий шест юридических проблем, на который любой настоящий пандектист должен уметь залезать. На вопрос о том, имеют ли все эти занятия какое-то практическое значение

¹⁴⁷ Йеринг Р. *Дух римского права*. С. 47.

¹⁴⁸ Jhering R., von. *In the Heaven for Legal Concepts: A Fantasy* // 58, *Temple Law Quarterly*. 1985. P. 799 ff.

для жизни, душа Р. Йеринга получает предупреждение об изгнании из рая концепций. Слово «жизнь» под запретом в концептуальном раю. Здесь нет жизни, и ее потребности всем должны быть абсолютно безразличны. Здесь царят только чистая наука и формальная логика. Поэтому вопрос о практическом значении проблем, которые должны решить претенденты на место в этом раю, отпадает сам собой.

Далее на пути — машина правовых конструкций, в которой духи великих пандектистов занимаются правовым конструированием и мыслительной эквилибристикой в отношении таких вопросов, как, например, право на право. Здесь формируются правовые теории. Попытка героя задать вопрос об их связи с реальной жизнью также вызывает подозрения в том, что он чужой в этом раю и не понял основных законов настоящей правовой науки.

Следом мы видим диалектико-гидравлический пресс толкования, «изобретенный еще теологами, но скопированный юристами». При помощи этого механизма в любой античный текст вдавливается любой смысл, возможно, незнакомый автору самого текста. Кроме того, с его же помощью можно из текста выдавить любые фразы, мешающие нужному толкованию, или примирить любые противоречия.

Далее — машина диалектического бурения, используемая для погружения на самые глубины сложных правовых проблем. Но с ней надо работать очень осторожно: можно погрузиться так глубоко, что просверлить отверстие в реальный мир, от которого духам пандектной науки следует держаться подальше.

На своем пути Р. Йеринг видит также академию истории римского права, где духи практикуются в реконструировании смысла римских правовых источников по отдельным обрывкам фраз, дошедших до нас через века.

Далее взору нашего героя, наконец, открывается зал концепций, где чистые правовые концепции, оторванные от жизни и не имеющие какой-либо практической пользы, существуют сами для себя. Рядом с этим залом находится кунсткамера, куда помещены концепции, столкнувшиеся с настоящей жизнью, подстроенные под реальные потребности общества и из-за этого патологически деформированные. Как объясняют Р. Йерингу, залог здоровья правовых концепций — трансцендентальная оторванность от всего земного.

После долгих странствий Р. Йеринг приходит к выводу, что он не только не пройдет все испытания, но и не хочет их проходить, так как осознал всю чуждость мира концепций.

В этом наполненном юмором и сарказмом памфлете исследователь недвусмысленно излагает историю своего разочарования в пандектной методологии, которая, по его мнению, окончательно оторвалась от реальных целей права и превратилась в бессмысленные схоластические упражнения ума.

Переродившийся в прагматика Р. Йеринг и стал в конце XIX в. инициатором основного наступления на пандектную научную парадигму. К этому периоду относится его книга «Цель в праве»: автор попытался показать, что ведущую роль в правовом анализе должна играть оценка той цели, которая стоит перед той или иной нормой или правовой системой. По словам Р. Йеринга, «цель есть творче-

ская сила всего права», и «нет правового положения, которое не было бы обязано своим происхождением какой-либо цели»¹⁴⁹.

Эта книга и в целом отход Р. Йеринга от прежнего учения поначалу не всеми немецкими юристами были поняты: это сильно отличалось от принятой пандектной научной методологии¹⁵⁰. В результате возникла «линия фронта» между классической пандектной догматикой и новой научной теорией, которую вслед за Р. Йерингом подхватили многие немецкие правоведы.

По сути, Р. Йеринг начал проповедовать инструментальное понимание права как средства достижения конкретных социальных целей, а не как самодостаточной системы, которая существует и развивается по своим внутренним формально-логическим законам. В такой парадигме у правовых норм появляются конкретные социальные, экономические и этические цели — правоведам следует их улавливать и стараться предлагать правотворцам прагматически адекватное регулирование.

Конечная цель права, по мысли Р. Йеринга, — защита конкретных интересов. В его трудах возникала некоторая дилемма в понимании того, какие интересы право должно защищать: индивидуальные или общественные. Но в итоге ученый склонился к акценту на общественных интересах и общественном благе¹⁵¹, т. е. к некоей вариации утилитаризма. Право есть не что иное, как юридически охраняемый интерес, а главный признак права — это целесообразность. Право вопреки пандектному учению существует не для себя, а исключительно ради удовлетворения конкретных человеческих потребностей и достижения тех или иных прагматических или этических целей. Соответственно по эффективности достижения поставленных целей право и стоит судить. Юридическая схоластика, которую Р. Йеринг высмеял в «Раю правовых концепций», должна была уступить место правовой науке, ориентированной на достижение конкретных политико-правовых целей.

Как писал ученый, к праву приложим не «масштаб истины», а «масштаб цели», так как право представляет собой результат волевых действий, направленных на достижение конечных целей. Поэтому принимаемые в праве решения нельзя обозначить как истинные или ложные, но только как достигающие или не достигающие поставленных целей. Правовые решения, являющиеся адекватными средствами у одного народа в одно время, могут быть неприемлемы в других обстоятельствах. Право как телеологический концепт по своей природе изменчиво, неаприорно и релятивно¹⁵².

В связи с этими идеями становится понятным, почему Р. Йеринг осудил преклонение перед римским правом вопреки своим собственным увлечениям молодости. Он признал, что римское право как порождение совсем другой эпохи и другого народа все больше отрывается от современных социальных реалий¹⁵³.

¹⁴⁹ Йеринг Р., фон. *Цель в праве* // Йеринг Р., фон. *Избранные труды*. В 2 т. Т. I. СПб., 2006. С. 90.

¹⁵⁰ Меркель. Рудольф фон Йеринг // *Вестник гражданского и уголовного права*. 1891. Кн. I. С. 23.

¹⁵¹ *Wieacker F. Op. cit.* P. 357.

¹⁵² Йеринг Р., фон. *Цель в праве*. С. 357–358.

¹⁵³ Йеринг Р., фон. *Борьба за право* // Йеринг Р., фон. *Избранные труды*. В 2 т. Т. I. С. 77.

По Р. Йерингу, все юридические понятия и концепции имеют важное значение, но всегда вторичны по отношению к конкретным целям правового регулирования, т. е. носят преимущественно инструментальный характер. Он считал, что «не концепции создают жизнь, а жизнь порождает концепции», и соответственно правом должно стать не то, что требует формальная логика, а то, что требует жизнь, взаимодействие людей и чувство справедливости, «независимо от того, являются ли эти результаты логически дедуцируемыми или возможными»¹⁵⁴. В основе правового мышления лежит выявление политики права, иными словами, того нормативного решения, которое наилучшим образом гармонизирует противостоящие интересы и тем самым обеспечивает общее благо.

Таким образом, право согласно поздней теории Р. Йеринга является результатом борьбы и столкновения интересов, неустойчивым компромиссом, достигнутым между разными центрами силы и власти. Эту идею иллюстрируют такие громкие и подчеркнута брутальные цитаты, как: «Мечом создано римское право, и копьё его — символ!», «В борьбе ты обретишь право свое!», «Право рождается, как и человек, среди тяжких родовых болей»¹⁵⁵.

По мнению Р. Йеринга, основной создатель права — государство, а не мифический народный дух или некий высший разум¹⁵⁶. Как писал исследователь, «право есть политика власти»¹⁵⁷, а «государство есть единственный источник права»¹⁵⁸. Этим Р. Йеринг подчеркнул надуманность всяческих естественно-правовых теорий, но в первую очередь подписал окончательный приговор романтическим взглядам «юридических народников» исторической школы, верящих в мистическое и органическое самораскрытие права в процессе эволюции народного духа. П. Новгородцев именно Р. Йерингу отдает место главного окончательного ниспровергателя исторической школы¹⁵⁹.

В своей книге «Борьба за право» ученый писал, имея в виду историческую школу, что «это тот взгляд на возникновение права, с которым я сам в свое время оставил университет и под влиянием которого я находился в течение многих лет». Но по прошествии времени, отмечал далее Р. Йеринг, он осознал, что эта школа, «будучи в качестве теоретического воззрения ложной, но безопасной, ... является в качестве политического принципа одним из опаснейших лжеучений, ... так как в этой области, где человек должен действовать и при этом ... с полным сознанием цели и с напряжением всех своих сил, она утешает его тем, что дело делается само собою и что он поступит лучше всего, если сложит руки и будет с доверием ожидать, что

¹⁵⁴ Цит. по: Bülow O. *Statutory Law an the Judicial Function* // 39, *The American Journal of Legal History*. 1995. P. 81.

¹⁵⁵ Йеринг Р., фон. *Борьба за право*. С. 86.

¹⁵⁶ Залесский В.Ф. *Власть и право. Философия объективного права*. Казань, 1897. С. 86–124. Критику взглядов Р. Йеринга см.: Азаревич В.И. *Рудольф фон Йеринг* // *Журнал гражданского и уголовного права*. 1882. № 9. С. 79–122.

¹⁵⁷ Йеринг Р., фон. *Цель в праве*. С. 250.

¹⁵⁸ Там же. С. 290.

¹⁵⁹ Новгородцев П. *Указ. соч.* С. 168.

постепенно появится на свет из мнимого первоисточника права — национального правового убеждения»¹⁶⁰.

Острота конфликта между догматикой и формирующейся политикой права была обусловлена тем, что новое направление со всей очевидностью претендовало на то, чтобы перехватить монополию на влияние на правотворцев. Ф.К. Савиньи и его последователи стремились превратить себя в эксклюзивных советчиков законодателей и судей, которые должны были проводить в жизнь пандектные разработки (институты, понятия, классификации и т. п.), предлагаемые романистами. В соответствии же с учением Р. Йеринга правотворцы должны были прислушиваться к голосу именно тех ученых, усилия которых направлены на поиск наиболее содержательно рационального, целесообразного правового регулирования.

У такого подхода чувствовался серьезный ресурс в силу того, что раньше то, о чем думали ученые, кардинально отличалось от того, что держат в голове судьи и законодатели. Если ученые обращались к прекрасному прошлому римского права и занимались логическими упражнениями, то правотворцы были обречены думать о насущных социальных, экономических, политических и этических потребностях. Это вызывало диссонанс между наукой и практикой, мешало развитию правовых наук и научно обоснованному правотворчеству, особенно применительно к новым социальным явлениям. В рамках же новой политико-правовой парадигмы ученые и правотворцы начинали мыслить общими инструментальными категориями. Это делало новую научную парадигму очень привлекательной и усиливало угрозу, которую она несла в себе по отношению к классической догматической юриспруденции.

По сути, несмотря на то что многие работы Р. Йеринга остались незаконченными и в целом носят несколько бессистемный характер, именно его идеи, выраженные в броских лозунгах, позволили сформировать общие контуры новой научной парадигмы, понимающей право как средство, инструмент по достижению конкретных этических, социальных и экономических целей.

Последователи Р. Йеринга

Вторую волну наиболее развернутого наступления на господствующие высоты повели другие выдающиеся немецкие правоведы, в частности О. Бюлов, Й. Колер, Е. Эрлих, Г. Канторович, Г. Радбрух и многие другие.

О. Бюлов в своей статье «Законодательство и судебная функция», опубликованной еще в 1885 г.¹⁶¹, примерно через четыре года после выхода в США книги О.У. Холмса «Общее право», почти дословно повторил известный тезис этого американского ученого о том, что «право есть результат опыта», а не формальной логики. Для О. Бюлова право является не столько продуктом формальной логики, сколько результатом борьбы конкретных жизненных интересов, закрепляемым нейтральным решением уполномоченного государственного органа.

¹⁶⁰ Йеринг Р., фон. *Избранные труды*. В 2 т. Т. I. С. 8.

¹⁶¹ Bülow O. *Op. cit.* P. 71 ff.

Немецкий правовед *Й. Колер* в нескольких исследованиях, опубликованных в 1880-е гг., также поддержал атаку, начатую Р. Йерингом¹⁶². Этот ученый подверг критике воззрение на право как на своего рода прикладную математику с его увлечением схоластикой и игрой в понятия¹⁶³. По мнению *Й. Колера*, правовая наука должна служить практическим целям, формируя разумное правовое регулирование. Правовая наука вместе с судебной практикой должны творить правовые институты на основе норм и принципов, заложенных в законодательстве, а в случае отсутствия таковых — творить сами эти принципы.

Впоследствии, развивая эти идеи, *Й. Колер* в своем труде по философии права и в книге о правовых вопросах в трудах У. Шекспира добавил к сказанному очень важную мысль о том, что политика права не должна всегда оставаться заложником чаяний большинства. Иногда развитие культуры требует победы правовых взглядов просвещенного и альтруистичного меньшинства¹⁶⁴.

Эти идеи развивались и другими авторами. Наступление на концептуальный формализм, начатое Р. Йерингом, О. Бюловым, *Й. Колером* и некоторыми другими учеными, поддержала плеяда молодых правоведов, которых сейчас принято собирательно обозначать как «движение за свободное право». Их основная идея состояла в том, что на самом деле вопреки тому, что было принято думать, невозможно отделить правотворчество и правоприменение. В силу имманентной пробельности и неопределенности позитивного права суды вынуждены заниматься правотворчеством, как бы к этому ни относилась теория разделения властей. Но в дополнение к этой главной теме движения за свободное право практически всех его сторонников объединял и протест против формализма и догматизма в науке. Иными словами, формирование новой политико-правовой научной парадигмы хотя и не представляло собой центральное послание этого движения, но, безусловно, входило в его условный катехизис.

Одним из лидеров этого движения был *Е. Эрлих* — австрийский профессор, ставший одним из всемирно признанных основателей социологии права.

Е. Эрлих призывал отойти от устоявшейся пандектной научной парадигмы. Вместо формального, концептуального схоластицизма правовая наука должна заняться изучением реальных функционирования права в широком социальном контексте. Догматическая обработка права для выяснения смысла предписаний, безусловно, должна сохраниться, однако научное исследование следует значительно расширить, и правовые нормы необходимо изучать как живую силу. Правовая наука должна стать более творческой. По мнению автора, во многом наука уже творит новые доктрины и институты. Но эта тенденция зачастую формально прикрывается теми или иными фрагментами из источников, независимо от того, означают ли эти

¹⁶² Экспозиция взглядов *Й. Колера* приводится по: Kohler J. *Judicial Interpretation of Enacted Law // Science of Legal Method. Selected Essays by Various Authors. Boston, 1917. P. 187–200* (перевод на английский язык фрагмента книги *Й. Колера* «*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*»). Изложение основных тезисов *Й. Колера* о творческой роли судов см. также: Муромцев С.А. *Творческая сила юриспруденции // Юридический вестник. 1887. № 9. С. 112–117* (изложение основных тезисов статьи *Й. Колера* «*Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz*»)

¹⁶³ Цит. по: Муромцев С.А. *Указ. соч. С. 114–115.*

¹⁶⁴ Kohler J. *Philosophy of Law. N.Y., 1921. P. 58*; Колер *Й. Шекспир с точки зрения права (Шейлок и Гамлет). М., 2006. С. 39–40.*

фрагменты, что их авторы могли даже помыслить о том, что на их основе расцветет подобное творчество. Вместо этого следует сбросить маски и прямо призвать науку развивать право за пределами формальных источников¹⁶⁵. Таким образом, считал Е. Эрлих, правовая наука не может быть сведена к догматическому представлению действующего права, а должна стремиться к креативному развитию права, как это было в свое время в римском праве¹⁶⁶.

Кроме того, правовая наука будущего, как писал ученый, должна быть очищена от восприятия концепций и абстракций как самодостаточных феноменов, их следует воспринимать лишь как средства достижения тех или иных социальных целей¹⁶⁷. Е. Эрлих выступил против злоупотреблений формальной логикой и концептуальным формализмом в праве. Вера в то, что все правовые решения являются дедуктивно и беспристрастно выводимыми из системы правового регулирования и абстрактных правовых концепций, иллюзорна. «Забудьте о логике», — призвал Е. Эрлих. Нет никакой особой правовой логики. Юристы думают, аргументируют и принимают решения *психологически*¹⁶⁸.

На рубеже XIX—XX вв. количество публикаций, опровергающих господствующую пандектную научную парадигму, значительно увеличилось. Исследователи начали все чаще использовать методологию оценки реальных социальных интересов и политики права при анализе правовых проблем. Такую методологию поддержали Ф. Хек в 1890 г., Э. Штампе в 1893 г., отчасти даже пандектист Г. Дернбург в 1894 г. и ряд других правоведов¹⁶⁹.

Например, Э. Штампе выступил против преклонения перед римским правом. Он писал, что недостатки современного права коренятся в неправильном понимании истинной природы права. «Правопорядок есть принудительная регуляция социальных отношений», «повод к этой принудительной регуляции образует борьба интересов, проистекающая из человеческого эгоизма», а «ее целью должно быть в современном культурном государстве такое разрешение этих столкновений, которое возможно лучше ведет к общему благу»¹⁷⁰.

Особую остроту эта полемика приобрела после того, как в 1906 г. Г. Канторович опубликовал манифест «Борьба за правовую науку»¹⁷¹. Г. Канторович вынужден был взять псевдоним Гнэй Флавий, так как, по его мнению, резкость и поле-

¹⁶⁵ Цит. по: Завадский А.В. Кучению о толковании гражданских законов. Новейшие течения по этому вопросу в немецкой литературе (школы свободного права и др.). Издание посмертное под редакцией барона А. Симона. Казань, 1916. С. 20–27. См. также: Herget J.E., Wallace S. *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism* // 73, *Virginia Law Review*. 1987. P. 412.

¹⁶⁶ Ehrlich E. *Op. cit.* P. 178.

¹⁶⁷ *Ibid.* P. 340.

¹⁶⁸ *Ibid.* P. XXIX.

¹⁶⁹ Ссылки на источники см.: Gény F. *Method of Interpretation and Sources in Private Law*. Second Edition. 1954. An English Translation by Louisiana State Law Institute. 1963. P. 532–533.

¹⁷⁰ См.: Завадский А.В. Указ. соч. С. 62–67.

¹⁷¹ Flavius Gnaeus. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. 1906.

мичность этого манифеста могли вызвать раздражение у все еще консервативного научно-правового истеблишмента и затруднить молодому ученому защиту диссертации. Поэтому личность автора была раскрыта только после успешной защиты¹⁷².

Основной упор в манифесте делался на неизбежности судебного правотворчества. Но одно из центральных мест занимали призывы автора к признанию новой политико-правовой парадигмы правовой науки.

Г. Канторович¹⁷³ писал, что наука гражданского права должна стать наукой творческой, активной и направленной скорее на творческое развитие и продуцирование новых правовых решений, чем на бесплодное догматическое экспонирование уже найденного права. При этом движущей силой при формировании права должна быть не юридическая логика и герменевтика. Идея построить разумное правовое регулирование в виде строгой системы, основанной исключительно на букве позитивного права, с помощью одной формальной логики является утопией. Правовая наука должна отторгнуть абстрактный рационализм и догматизм, отказаться от игр в аналогии, манипуляции расширительного толкования, бесконечные фикции, притворные аргументации со ссылкой на дух закона, заикленность на систематике права и логические дедукции. Иначе говоря, классическая догматическая правовая наука должна быть отвергнута, а новая правовая наука — ориентирована на политику права и современные данные социальных наук.

При этом Г. Канторович выступил резко против и преувеличенного значения истории права. Он писал, что, так же как нам не нужно знать санскрит, чтобы говорить по-немецки, и так же как ушла всякая практическая ценность многочисленных трудов астрологов и алхимиков прошлого, нам следует перестать всерьез искать ответы на практические вопросы современности в догматике Законов XII таблиц или «Саксонского зеркала».

Публикация этого манифеста нового течения, которое Г. Канторовичем было названо движением за свободное право, еще больше всколыхнуло научную общественность.

В этой конфронтации интересными представляются взгляды сторонника этого движения Г. Радбруха. Впоследствии знаменитый философ права, Г. Радбрух в начале XX в. резко критиковал ту изоляцию, в которой в XIX в. по своей же вине оказалась правовая наука Германии. Как отмечал исследователь, на рубеже ве-

¹⁷² Herget J.E., Wallace S. *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism* // 73, *Virginia Law Review*. 1987. P. 412.

¹⁷³ Мы благодарим Вадима Фогеля за перевод основных тезисов этой работы Г. Канторовича. Читатель может ознакомиться с их изложением на английском языке в книге: Gény F. *Op. cit.* P. 545–548. Также см.: Kantorowicz Carter F. *Gustaf Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book — Reflections on Gnaeus Flavius's Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906)* // *German Law Journal*. Vol. 7, No 7 — 1 July 2006 (доступно в Интернете: www.germanlawjournal.com). Также см.: Herget J.E., Wallace S. *Op. cit.* P. 412–415; Kantorowicz H., Patterson E.W. *Legal Science — A Summary of Its Methodology* // 28, *Columbia Law Review*. 1928. P. 679 ff. Краткий конспект «Борьбы за правовую науку» Г. Канторовича на русском языке см.: Завадский А.В. Указ. соч. С. 6–14. Крайне интересные взгляды Г. Канторовича о природе права см.: Kantorowicz H. *The Definition of Law*. Cambridge, 1958.

ков наконец возникло понимание того, насколько важен анализ «социального идеала» права (если воспользоваться современной терминологией, политики права). В этом устремлении Г. Радбрух видел некоторое воскрешение естественно-правового дискурса, но с одним большим различием. Естественному праву придавался универсальный, неизменный и вневременной масштаб, которым было можно мерить право позитивное. Историческая школа разбила этот миф, но «вместе с естественно-правовой критикой права ошибочно отказалась и от всякой научной критики права»¹⁷⁴. В действительности наука права должна освободиться от упорной уединенности, распахнуть все окна ее тесной квартиры и раскрыть перед собой всю полноту жизни¹⁷⁵.

Наиболее энергичным представителем нового движения был практикующий юрист Э. Фукс — активный участник научных споров, написавший в первой трети XX в. более ста научных монографий и статей о тех или иных актуальных вопросах права. По его мнению, современная «пандектная софистика» не развивает, а мешает развитию права, а «всякое обоготворение слов..., даже только носимое как маска, так называемый культ понятий..., противен природе и опасен как наивно открытый культ слов у первобытного народа». Вот некоторые его громкие лозунги: «Бежать от пандектологии к истинной науке права!», «Лучше никакой науки права, чем пандектология!». С точки зрения этого исследователя, наука права должна обратиться к политике права, к балансировке реальных интересов, оторвавшись от анализа исключительной систематики и абстрактных концепций. Как писал Э. Фукс, «любой юрист, который на практике столкнулся с реальной природой права, испытывает подлинное отвращение, видя, как вся наша гражданско-правовая литература и судебная практика бесконечно ковыляют по филологическому и диалектическому лабиринту»¹⁷⁶.

Более спокойный стиль аргументации был характерен для другого немецкого правоведа, судьи Й.Г. Гмелина¹⁷⁷, который также критикует господствовавшие в Германии схоластические методы, «берущиеся выводить решения как логические выводы из закона на основании буквального толкования и при помощи конструкции без правильного взвешивания интересов» и без учета того, приведет ли полученное в результате этого силлогизма решение к справедливым результатам. Чувство справедливости должно контролировать результаты, которые мы получаем при дедуктивном выведении решений из логического конструирования законодательных текстов. При помощи формальной логики мы можем гарантировать только формальную корректность обоснования, но никогда — сущностную рациональность полученного решения. Так, автор пишет, что при помощи одних догматических и концептуальных аргументов зачастую можно обосновать прямо противоположные позиции в споре.

¹⁷⁴ Радбрух Г. Введение в науку права. С. 22.

¹⁷⁵ Там же. С. 72.

¹⁷⁶ Цит. По: Herget J.E., Wallace S. Op. cit. P. 415.

¹⁷⁷ Взгляды Й.Г. Гмелина приводятся по: Gmelin J.G. *Dialecticism and Technicality: The Need of Sociological Method // Science of Legal Method. Selected Essays by Various Authors. Boston, 1917. P. 85ff* (перевод на английский язык ряда эссе Й.Г. Гмелина, вышедших в 1910 г.). На русском языке экспозицию взглядов этого ученого см.: Завадский А.В. Указ. соч. С. 57–61.

К умеренному направлению движения за свободное право может быть отнесен известный немецкий правовед *Р. Штаммлер*. Он знаменит в первую очередь как создатель формулы «естественного права с меняющимся содержанием»¹⁷⁸. Для него было возможно примирить позитивизм и естественное право, признав *позитивное право* как действующий правопорядок, а естественное право — как тот социальный идеал, к которому надо стремиться позитивное право приближать, причем идеал изменчивый, зависящий от конкретных исторических, экономических и культурных условий¹⁷⁹. Как писал *Р. Штаммлер*, любая правовая норма — это по своей сути попытка реализовать идею справедливости¹⁸⁰.

Изменчивость правового идеала связана с тем, что право регулирует человеческое поведение, которое, в свою очередь, направлено на удовлетворение по своей природе изменчивых потребностей¹⁸¹. *Р. Штаммлер*, будучи в этом вопросе последователем *Р. Йеринга*, писал, что «право не существует само для себя», и «не может подлежать никакому сомнению, что правовой порядок есть средство для достижения целей»¹⁸². По его мнению, обозначить право как самодостаточную конечную цель значит породить величайшую несправедливость¹⁸³. Соответственно изменение потребностей, а следовательно, и целей объясняется в том числе и подвижками в социально-экономическом базисе. *Р. Штаммлер*, видимо, находясь под влиянием работ *К. Маркса*, писал, что, «если колеблется основа, не может впредь оставаться неизменным и надстройка»¹⁸⁴.

Устаревшее воззрение на естественное право как на неизменный и вечный порядок, диктуемый разумом, являющийся истинным правом и отменяющий все отклоняющиеся от него реальные законы, *Р. Штаммлер* отвергал. Он признавал реальность существования позитивного права независимо от того, насколько далеко оно отстоит от идеала¹⁸⁵. Вместе с тем ученый задолго до *Р. Дворкина* утверждал, что помимо права позитивного в данных социальных условиях имеется всегда единственно верное, идеальное по своей справедливости правовое решение. Эти две правовые реальности (позитивная и идеальная) существуют параллельно¹⁸⁶. Их постоянное взаимодействие, а также изменчивость потребностей, а следовательно, и социального идеала предполагают также изменчивость правовых средств. Как писал *Р. Штаммлер*, «не существует ни одного положения права, которое по своему ... содержанию оставалось бы безусловно

¹⁷⁸ *Stammler R. The Theory of Justice. N. Y., 1925. P. XXIX.*

¹⁷⁹ *Ibid. P. 80.*

¹⁸⁰ *Ibid. P. 22.*

¹⁸¹ *Штаммлер Р. Указ. соч. С. 12.*

¹⁸² *Там же. С. 34, 60.*

¹⁸³ *Stammler R. The Theory of Justice. P. 26.*

¹⁸⁴ *Штаммлер Р. Указ соч. С. 21.*

¹⁸⁵ *Там же. С. 28.*

¹⁸⁶ *Stammler R. Legislation and Judicial Decision // 23, Michigan Law Review. 1924–1925. P. 369; Id. Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence // 21, Michigan Law Review. 1922–1923. P. 872–873.*

неизменным»¹⁸⁷. В этом контексте ученый призывает правовую науку оторваться от голой догматики, цитируя известный тезис М. Лютера о том, что «юрист, который не более чем юрист, в действительности жалок»¹⁸⁸.

Юриспруденция интересов (Ф. Хек, М. Рюмелин и другие)

Как мы уже отмечали, движение за свободное право, остро критиковавшее пандектную научную методологию, все же в качестве основного своего тезиса выдвигало необходимость признания судебного правотворчества. Вопросы научного антидогматизма продолжили свое развитие в рамках так называемой юриспруденции интересов. Эта научная теория, во многом являющаяся просто ответвлением от движения за свободное право, пережила закат самого движения и вышла на первые роли уже после Первой мировой войны.

В основе этого направления лежит идея Р. Йеринга о том, что право имеет конкретные социальные цели, которые состоят в балансировании противоречащих друг другу социальных интересов. Этот тезис разделяли и большинство сторонников движения за свободное право, но в рамках юриспруденции интересов он получил свое дальнейшее развитие.

Сторонник юриспруденции интересов М. Рюмелин¹⁸⁹ отмечал, что традиционное концептуалистское правовое мышление вытекало из желания достичь определенности и объективности в праве или хотя бы видимости таковых. Именно это обстоятельство объясняет живучесть таких взглядов. Юристы склонны бояться ценностных суждений, которые в определенной степени всегда окрашены субъективностью. Поэтому юристы стремятся избегать прямых ссылок на ценностные аргументы, так как это может спровоцировать намного более сильную критику со стороны заинтересованных групп и партий по сравнению с тем, как если бы те же самые выводы были аргументированы ссылками на соответствующую логическую дедукцию.

М. Рюмелин, активно возражая против юриспруденции понятий, обвиняет это направление в формализме. То, что понятия нужны при любом подходе к праву, автор не оспаривает. Но при этом, по его мнению, важно не упускать из виду истинную цель законодательного регулирования, которая должна состоять во всесторонней оценке различных интересов и нахождении разумного компромисса.

Корни юриспруденции интересов М. Рюмелин видел в трудах Р. Йеринга, который впервые в полный голос заявил о том, что последствия дедукции из концепций должны проверяться на соответствие потребностям времени, а также в работах других представителей первой волны атаки на доминирующую доктрину и отчасти сторонников движения за свободное право.

¹⁸⁷ Штаммлер Р. Указ. соч. С. 12.

¹⁸⁸ Stammer R. *The Theory of Justice*. P. 8.

¹⁸⁹ Взгляды М. Рюмелина приводятся на основе английского перевода одной из его статей. См.: Rümelin M. *Developments in Legal Theory and Teaching During My Lifetime*. P. 2–27. Также см.: Завадский А.В. Указ. соч. С. 72–75.

Нельзя пройти мимо идей основного лидера школы юриспруденции интересов профессора *Ф. Хека*. Этот выдающийся ученый начал активно продвигать свои взгляды почти одновременно с расцветом движения за свободное право, но его научное влияние оказалось наиболее значительным именно тогда, когда активность основных лидеров движения за свободное право постепенно иссякла.

В общем виде позиции *Ф. Хека* можно представить таким образом¹⁹⁰:

1. Он активно выступает против злоупотреблений концептуальным формализмом, по сути продолжая линию, начатую Р. Йерингом и движением за свободное право. В основе права — защита конкретных социальных интересов. Концепции и обобщения как таковые очень важны. Но их нельзя рассматривать как априорные факты объективной реальности. В старой научной методологии заигрывались в логику до того, что начинали воспринимать эти абстракции в качестве реальных объектов, которые можно познать как факты бытия. Отсюда преувеличение их значения и сопротивление всяким намекам на их изменение. На самом деле правовые концепции всего лишь рукотворные обобщения, которые носят сугубо инструментальный характер. Роль систематизации и построения концепций вторична по отношению к конкретным нормам, из которых данные концепции индуцируются. Следовательно, не нормы должны дедуктивно вытекать из концепций, а концепции для простоты восприятия и работы с правовым материалом должны индуктивно выводиться из полученных путем оценки интересов норм. Такие концепции, как «субъективное право» или «сделка», сами по себе не объясняют существующие нормы и не продуцируют новые, а представляют собой ярлыки, прикрепляемые к тем или иным формам, в которых мы упорядочиваем найденные по политико-правовым соображениям частные правовые решения для удобства пользования. Как писал *Ф. Хек*, не стоит забывать, что «правовая наука носит, как и медицина, практический характер».
2. Правовая наука в такой парадигме имеет две основные цели. Во-первых, она должна помогать судьям и законодателям лучше осуществлять оценку интересов и предлагать оптимальные правовые решения. Мы бы сейчас назвали это направление анализом политики права. Во-вторых, она должна организовывать и структурировать найденные таким образом решения, формируя систему права, без которой ориентироваться в массиве норм было бы сложно (догматика права).
3. *Ф. Хек* явно оценивал более высоко ту часть правовой науки, которая своей целью видит анализ политики права и формирование рекомендаций для судей и законодателей. Эта неотъемлемая часть правовой наукой, по мнению *Ф. Хека*, долгое время игнорировалась в Германии, а основные усилия ученых были направлены на изложение и структурирование действующего права. Теперь, по его словам, пора восстановить баланс и поставить политико-правовой анализ на должное место в научно-правовой методологии. Причем такие исследования должны осуществляться прямо, а реальная оценка интересов, стоящая за любым политико-правовым исследованием, не должна скрываться за фиктивными логическими дедукциями.

¹⁹⁰ *Взгляды Ф. Хека приводятся на основе английского перевода двух его работ. См.: Heck P. The Jurisprudence of Interests. P. 32–48; Id. The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests // The Jurisprudence of Interests. P. 100–256.*

4. Понятие интересов согласно теории Ф. Хека — максимально широкое. Оно включает как частные, так и общественные интересы; как материальные, так и идеальные. Оценка, взвешивание и балансирование всех этих интересов, которые зачастую входят в конфликт друг с другом, — основной метод правового анализа.

Идеи М. Рюмелина и Ф. Хека развивали и другие сторонники школы юриспруденции интересов. Например, Г. Штоль соглашается с критикой концептуального формализма и отмечает, что «формирование правовых концепций и систематизация права должны подчиняться целям законодательного регулирования». Концепции и систематика права не являются объективно существующими реалиями, а представляют собой рукотворные конструкции, правильная методика построения которых должна основываться на телеологических соображениях¹⁹¹.

П. Эртманн в 1931 г.¹⁹² пытался сгладить противоречия между теорией оценки интересов Ф. Хека и традиционного догматического анализа. По его словам, различия между новой и старой научной парадигмами скорее вопрос не качества, а степени. Новое движение борется со злоупотреблениями в работе с концепциями и формальной логикой, но не против самих концепций и обобщений в праве. Поэтому П. Эртманн пытался найти компромисс между телеологической и догматической парадигмами науки права. На его взгляд, односторонний телеологический (политико-правовой) подход не может быть адекватным, как, впрочем, и односторонний догматический концептуализм.

С одной стороны, П. Эртманн отвергает старую юриспруденцию концепций, которая, как он с сожалением признает, ранее и его оставляла равнодушной. Теперь под воздействием споров, инспирированных Р. Йерингом, он присоединяется к формирующемуся в немецком праве консенсусу, осуждающему издержки концептуального формализма. Как и Ф. Хек, он критикует сложившуюся ранее практику безальтернативного выведения конкретных решений напрямую из абстрактных и априорных концепций, считая вместо этого, что как судья, так и ученый, предлагая новые нормы, должны опираться преимущественно на политику права (оценку и балансирование интересов).

С другой стороны, он призывает не терять из виду соображения системной согласованности права, которые также должны приниматься в расчет при судебном правотворчестве и научном развитии гражданского права. В отличие от Ф. Хека он признает, что правовые концепции могут формироваться не только путем индуктивного обобщения найденных по политико-правовым мотивам частных норм, но иногда путем дедукции из системы права. П. Эртманн допускает, что из выведенных на основе норм и духа позитивного права правовых концепций и принципов можно путем обратной дедукции получать новый нормативный материал для решения новых частных вопросов. Но, так же как и сторонники юриспруденции интересов, он считал, что такой механизм следует осуществлять осторожно и проверять на политико-правовую приемлемость получаемых результатов.

¹⁹¹ Stoll H. *The Role of Concepts and Construction in the Theory of the Jurisprudence of Interests* // *The Jurisprudence of Interests*. P. 259.

¹⁹² Oertmann P. *Interests and Concepts in Legal Science* // *The Jurisprudence of Interests. Selected Writings of M. Rümelin*. P. 50ff.

В целом научная парадигма, формируемая юриспруденцией интересов и близкими ей правоведами, такими как П. Эртманн, с теми или иными уточнениями и под разными ярлыками (оценочная юриспруденция, юриспруденция ценностей, социологическая или телеологическая юриспруденция и т. п.) стала доминировать в немецкой правовой науке начиная с 1920-х гг.¹⁹³ Критик нового тренда в правовой методологии Шонфельд с сожалением писал: «Концептуальная юриспруденция мертва! Да здравствует Юриспруденция интересов! К этому склонилась немецкая наука гражданского права... Культ логики исчез, путы системного мышления сброшены, а жизнь празднует победу! Таким образом, мы наблюдаем триумф юриспруденции интересов...»¹⁹⁴

Судя по всему, школа юриспруденции интересов стала той приемлемой версией идей, выдвинутых впервые Р. Йерингом и отчасти отстаиваемых движением за свободное право, которую научно-правовой мейнстрим к 1920-м гг. уже был готов принять.

Способствовали распространению данного учения и бурные события немецкой истории со времен начала Первой мировой войны: провал в войне, падение империи, коммунистические восстания и гражданские волнения, утверждение Веймарской республики, глубочайший экономический кризис и гиперинфляция, политическая нестабильность и рост реваншистски настроенных радикальных групп. Все эти пертурбации крайне быстро девальвировали многие положения римско-правовой доктрины и основанные на ней положения ГГУ. Рост рабочего движения требовал ограничения свободы договора в трудовых отношениях и абсолюта прав собственности, а гиперинфляция — пересмотра заключенных долгосрочных договоров. Все эти потребности были заблокированы пандектной догмой, закрепленной в Уложении, но более не могли игнорироваться государством. В этих условиях уже с 1921 г. Верховный суд был вынужден заняться откровенным и более нескрываемым правотворчеством, де-факто меняя и дополняя кодекс в силу давления очевидной политико-правовой необходимости. Более того, политико-правовые аргументы стали появляться в мотивировке судебных решений. Причем центральный канал импорта политико-правовых ценностей в судебное правотворчество был заложен в текст самого Уложения. Он состоял в знаменитом «золотом параграфе» 242 о добросовестности и других аналогичных оценочных положениях ГГУ (о добрых нравах и т. п.). Под эгидой этих «каучуковых» норм судам открывалась легальная возможность напрямую анализировать политику праву и соответствующие этические и утилитарные ценности. В итоге, взяв за основу эти общие положения, немецкие суды с 1920 г. де-факто принялись кардинально править и дополнять ГГУ в соответствии с духом времени и потребностями оборота.

Данный процесс, впоследствии названный иностранными компаративистами «революцией судебного правотворчества в Германии», а самими немецкими учеными — «прыжком в общие положения», сыграл важную роль в развитии и научной методологии. Когда роль оценки политики права перестала скрываться даже судами, стало очень сложно сдерживать экспансию этой методологии и в научной сфере. Анализ вопросов справедливости или утилитарной полезности в контексте того или иного правового вопроса перестал быть табуированным в научной литературе.

¹⁹³ Weber M. *Op. cit.* P. 310–311.

¹⁹⁴ Цит. no: Oertmann P. *Interests and Concepts in Legal Science // The Jurisprudence of Interests.* P. 53.

Возможный третий путь (Г. Кельзен)

Резко критиковал научную методологию пандектистов и выдающийся теоретик права Г. Кельзен. При этом его не сильно вдохновляла и новая политико-правовая парадигма науки права. По сути, Г. Кельзен предложил третий — не концептуально-догматический и не политико-правовой, а исключительно нормативно-дескриптивный — вариант доминирующей научно-правовой парадигмы.

Его «чистое учение о праве»¹⁹⁵ формировало систему доведенного до абсолюта аналитического позитивизма. Право в этой научной парадигме представляло собой четко структурированную систему позитивных норм, состоящих в иерархическом подчинении. Любая норма опиралась на норму более высокого порядка, легитимность которой, в свою очередь, основывалась на еще более высокой по уровню норме, и так далее — вплоть до загадочной главной нормы (*Grundnorm*), чья априорная юридическая действительность не базируется ни на одной позитивной норме.

С одной стороны, Г. Кельзен прямо отвергал юриспруденцию концепций и ее претензию на выведение норм из концепций. Он считал фиктивной и направленной на поддержание иллюзии стабильности права идею о том, что нормы могут быть «найжены» или «открыты» в процессе познания систематики права¹⁹⁶. Такое «открытие» норм предполагает, что они уже где-то существуют и могут быть познаны. Но для Г. Кельзена нормы права, за исключением *Grundnorm*, могут быть только позитивными, и соответственно любые ссылки на обнаружение какого-либо имплицитно присутствующего в систематике права нормативного материала просто скрывают факт творческого создания правовых норм.

С другой стороны, Г. Кельзен пытался устранить из сферы своего чистого учения о праве любые внешние влияния, этические ценности, соображения утилитарной целесообразности и тому подобные политико-правовые факторы. Он считал, что анализ *de lege ferenda* вообще не является делом юридической науки, которая должна ограничиться изучением и логической обработкой уже существующих позитивных норм¹⁹⁷. Учение Г. Кельзена было своего рода реакцией на распространившиеся со времен Р. Йеринга идеи о том, чтобы открыть сферу права для ценностных, этических и утилитарных нормативных идей. Он не отрицал влияние этих факторов на правотворчество, но считал, что никакого отношения к правовой науке анализ политики права не имеет. По его мнению, правовая наука не должна заниматься этими проблемами. В частности, Г. Кельзен писал, что юриспруденция, оставаясь наукой, не компетентна отвечать на вопросы о справедливости, так как сомнительно, что они могут иметь научный ответ¹⁹⁸.

¹⁹⁵ См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии (Токио, 1987): сб. переводов. Вып. 1 / отв. ред. В.Н. Кудряцев и Н.Н. Разумович. М., 1987.

¹⁹⁶ Kelsen H. *On the Theory of Interpretation* // 10, *Legal Studies*. 1990. P. 132.

¹⁹⁷ Kelsen H. *What is Justice? // Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays by Hans Kelsen*. 2000. P. 271.

¹⁹⁸ *Ibid.* P. 266–267.

В то же время Г. Кельзен признавал, что чистое учение о праве является одним из углов зрения на феномен права, и допускал отдельное существование таких наук, как социология права или история права, а равно философствование в вопросах справедливости¹⁹⁹. Главная его задача состояла в том, чтобы четко разделить правовую науку, аналитически обрабатывающую уже позитивированный нормативный материал и не задумывающуюся о реформе права, с одной стороны, и иные способы осмысления феномена права, в рамках которых могли легитимно ставиться вопросы о разумности, этичности, справедливости или утилитарной ценности позитивного права, — с другой.

Например, задачу правовой науки применительно к толкованию законов Г. Кельзен редуцировал до описания всех семантически допустимых вариантов интерпретации. Выбор того или иного варианта не может быть обоснован в рамках «чистой теории права», а следовательно, не должен быть предметом изучения правовой науки. Этот выбор оставляется на субъективное усмотрение судов. Ученые не могут в рамках научного исследования предлагать лучшую на их взгляд интерпретацию той или иной спорной нормы.

Такое странное решение объясняется нежеланием Г. Кельзена пускать в пределы правовой науки факторы политики права²⁰⁰. Если бы Г. Кельзен признал, что наука права, помимо чисто познавательной фиксации различных формально допустимых вариантов толкования законодательного текста, должна еще и заниматься политикой права и давать судьям рекомендации в отношении того, какой из вариантов более предпочтительный, то он не смог бы удерживать возведенную им «китайскую стену», оберегающую империю «чистого» учения о праве от набегов «кочевников» от политики права.

В целом взгляды Г. Кельзена на правовую науку не имели особого успеха. Ученые не желали отказываться от своих творческих возможностей, основанных на пандектной или политико-правовой методологии. Любой читатель, знакомый с современным стилем научных исследований в развитых странах, должен будет признать, что эта идея Г. Кельзена не сработала. Исследователи видят свою задачу преимущественно в том, чтобы помочь судьям и законодателям улучшить правовое регулирование, и не останавливаются лишь на пересказе существующего позитивного регулирования.

Надуманность этой идеи Г. Кельзена подтверждается и тем, что, как заметили некоторые критики его теории, этот ученый в своих работах, посвященных отдельным правовым вопросам нетеоретического характера, нарушал собственную установку и зачастую, избегая беспристрастного описания всех способов толкования законов, настаивал на одном из них как на наиболее верном²⁰¹.

В конечном счете третий путь развития научной методологии, предложенный Г. Кельзенем, не смог вмешаться в борьбу догматического и политико-правового направлений.

¹⁹⁹ Kelsen H. *What is Justice?* P. 294–295.

²⁰⁰ Paulson S.L. *Kelsen on Legal Interpretation* // 10, *Legal Studies*. 1990. P. 140.

²⁰¹ См.: Paulson S.L. *Op. cit.* P. 147.

Влияние на учебную литературу

К 1930-м гг. элементы новой политико-правовой парадигмы постепенно закрепились в учебной литературе и стали рассматриваться как банальные истины. Как известно, проникновение некогда революционных идей в ведущие учебники для студентов свидетельствует об окончательной интернализации этих идей в научном и практическом сообществах. Поэтому тот факт, что в классических учебниках по гражданскому праву нашли отражение многие взгляды Р. Йеринга, сторонников движения за свободное право и юриспруденции интересов на научную методологию, говорит сам за себя. В качестве примера можно привести ставший классическим в период между двумя мировыми войнами учебник Л. Эннекцера, Т. Кипа и М. Вольфа 1931 г. (далее — учебник Эннекцера). В нем констатируется, что идея Р. Йеринга о том, что в основе права лежит его цель, а не внутренняя логика, разделяется большинством современных теоретиков права. Как отмечают авторы этого учебника, «мы больше, чем прежде, стремимся к тому, чтобы познать цель права и отдельных правовых явлений и развивать это право далее таким образом, чтобы оно отвечало этическим, социальным и хозяйственным задачам времени»²⁰².

При этом авторы предостерегают от полного игнорирования логики и систематики права. Как они отмечают, «правильное по существу» стремление некоторых сторонников движения за свободное право обозначить приоритет цели права обернулось недооценкой значения логического и систематического развития права (в первую очередь в трудах такого радикального «обличителя пандектологии», как Э. Фукс). Такое игнорирование ценности системной согласованности права чревато дестабилизацией правового регулирования и возникновением неуверенности в праве. В связи с этим предлагается не спекулировать на знаменитых отрывках из работ Р. Йеринга, в которых тот высмеивал юриспруденцию концепций. По мнению авторов учебника, Р. Йеринг отнюдь не отрицал ценность юридических понятий и конструкций «в известных пределах», бичуя лишь «оторванное от жизни», «не считающееся с практическими последствиями жонглирование понятиями».

Пренебрежение потребностями жизни, к которому иногда были склонны старые пандектисты (например, Г.Ф. Пухта), является, как указывается в учебнике, не юриспруденцией понятий, а злоупотреблением одной²⁰³. Авторы учебника поддерживают идею о том, что исчезновение точных правовых понятий приведет к смерти права. Индуктивное образование из положений закона правовых конструкций, принципов и концепций играет важную роль в развитии права, позволяя дедуктивно восполнять пробелы в законодательстве. При этом, как отмечается в учебнике, подобные логические приемы никогда не дают абсолютной уверенности, а значит, следует «всегда проверять, не требуют ли экономические потребности, этические воззрения, короче говоря — цель права, исключения, изменения принципа, либо преобразования понятия. Было бы злоупотреблением понятиями..., если бы захо-

²⁰² Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. I. Полутом I: Введение и общая часть. М., 1949. С. 78–79.

²⁰³ Там же. С. 80.

тели... пренебречь потребностями жизни во имя последовательности и якобы неизменности понятий»²⁰⁴.

Авторы учебника, разделяя в целом идеи социологической юриспруденции Р. Йеринга, движения за свободное право и юриспруденции интересов Ф. Хека, были близки к умеренному крылу новой научной парадигмы, сторонники которого ставили политику права по важности на один уровень с соображениями догматики и систематики права и считали, что следует находить разумный компромисс между этими ценностями. Залог успеха правовой науки заключается в умелом сочетании методов догматики, с одной стороны, и методов политики права — с другой²⁰⁵.

Ренессанс естественного права после Второй мировой войны

Как отмечается в литературе, после коллапса нацистского режима юриспруденция интересов не только не утратила свое значение, но даже усилила его. Разве что больший упор делался на взвешивании не интересов, а ценностей²⁰⁶.

Особенно узкопозитивистская и формалистская парадигма была не в почете сразу после окончания Второй мировой войны, когда в Германии начался короткий ренессанс естественного права. Катализатором послужили международный Нюрнбергский процесс против лидеров Третьего рейха, а также последовавшие за ним и осуществлявшиеся американскими и местными судьями процессы против членов госаппарата рейха. На этих процессах де-факто людей судили, а некоторых и казнили за действия, являвшиеся на момент их совершения вполне законными. Вопрос о легитимности этих судебных процессов и о том, насколько оправданно было отступление от принципа невозможности придания уголовным законам обратной силы, в юридических кругах воспринимался очень болезненно²⁰⁷. В целом общественное мнение санкционировало эти процессы, что не могло не вызвать к жизни старую идею о наличии надзаконного, высшего права, которое нельзя нарушать, какие бы законы государство ни принимало.

Распространилось мнение, что позитивизм, настаивающий на жестком отделении морали от права, сделал немецких юристов и судей беззащитными перед аморальными законами Третьего рейха, сковав их волю к сопротивлению оным²⁰⁸. В связи с этим после падения национал-социализма начался период, когда некоторые немецкие ученые и суды в полный голос заговорили о том, что существует некое

²⁰⁴ Эннекцерус Л. *Курс германского гражданского права*. С. 79–80.

²⁰⁵ Там же. С. 84.

²⁰⁶ Markesinis B., Unberath H., Johnston A. *Op. cit.* P. 13.

²⁰⁷ Подробнее см.: Werle G. «We Asked for Justice and Got the Rule of Law»: German Courts and the Totalitarian Past // 11, *South African Journal of Human Rights*. 1995. P. 73–74; Adams K.A. What is Justice? The Rule of Law and Natural Law in the Trials of Former East German Border Guards // 29, *Stanford Journal of International Law*. 1992–1993. P. 275–280.

²⁰⁸ Радбрух Г. *Философия права*. С. 233; Herget J.E. *Contemporary German Legal Philosophy*. 1996. P. 1–2.

надпозитивное право и что задача судов сводится не только к применению позитивных норм, но и к тому, чтобы отыскать и провести в жизнь эту высшую справедливость.

Одним из идеологов этой очередной реинкарнации естественного права стал не кто иной, как Г. Радбрух, чьи теоретико-правовые взгляды за первую половину XX в. эволюционировали от приверженности движению за свободное право до принятия элементов естественно-правовой доктрины. Идея, в 1946 г. высказанная ученым в статье «Законное неправое и надзаконное право», была достаточно простой. Согласно формуле Радбруха закон остается правовым независимо от его справедливости, но теряет свое правовое значение в том случае, когда степень его несправедливости оказывается чрезмерной и невыносимой²⁰⁹. При таком подходе некоторые античеловечные законы Третьего рейха оказывались на поверку неправовыми, а соответственно не подлежащими применению судами. Таким образом, была предложена изящная, но до банальности простая идея примирить повседневную неизбежность позитивизма как рабочей правовой доктрины с необходимостью в крайних случаях совершить «прыжок в юснатурализм», легитимизировав сопротивление невыносимо античеловечным законам.

Формула Радбруха, представлявшая собой некий компромисс между юснатурализмом и позитивизмом, была взята на вооружение некоторыми немецкими судами: они неоднократно применяли ее для осуждения бесчеловечных и аморальных деяний, совершенных гражданами Третьего рейха в соответствии с действовавшими фашистскими законами²¹⁰. Например, Верховный суд ФРГ в 1952 г. указывал, что многие нормативные акты Третьего рейха не были правовыми, так как нарушали базовые принципы, которые независимы от признания правительствами и сильнее любого акта государственной власти. Нормативные акты, изданные правительством, которое даже не пытается установить истинную справедливость, не являются правовыми, а действия, хотя и совершенные на их основании, могут считаться правонарушениями²¹¹.

Со временем естественно-правовой ренессанс вышел за пределы уголовных дел, связанных с фашистским этапом истории Германии. И Верховный суд ФРГ, и Конституционный суд ФРГ выносили множество решений по самым разным категориям дел, в которых в той или иной форме указывали на то, что «моральное право», «требования морали», «естественное право», «идея справедливости» выше конкретных позитивных законов²¹².

Такой отход от позитивизма нашел отражение в тексте Основного закона ФРГ, согласно ст. 20 которого судьи обязаны подчиняться закону *и праву*. Данная статья,

²⁰⁹ Радбрух Г. *Философия права*. С. 233–234. См. также: Чичнева Е.А. *Философия права в Германии после Второй мировой войны* // *Вестник Московского университета. Серия 7: Философия*. 2000. № 3. С. 99–116; Herget J.E. *Contemporary German Legal Philosophy*. P. 3–4.

²¹⁰ Подробнее см.: Радбрух Г. *Философия права*. С. 228–238.

²¹¹ Цит. по: Adams K.A. *Op. cit.* P. 303.

²¹² Hippel E., von. *The Role of Natural law in the Legal Decisions of the German Federal Republic* // 4, *Natural Law Forum*. 1959. P. 114–115; Herget J.E. *Contemporary German Legal Philosophy*. P. 2.

по сути, указывает судам на то, что право не сводимо лишь к законам, и предлагает конституционный путь игнорирования закона в случае явного нарушения принципов справедливости²¹³.

Через некоторое время ренессанс естественного права себя исчерпал, но оставил в системе научно-правового мейнстрима в качестве наследия идею о естественных правах человека, которая стала играть колоссальную роль в развитии и функционировании правовой системы Европейского союза в целом и ФРГ в частности. После Второй мировой войны огромное значение в правовой науке приобрел дискурс о правах человека, не имевший ничего общего с классической догматической юриспруденцией. Сотни правоведов устремили свои взоры на сферу морали, этики и общечеловеческих принципов, которые пандектистика и такие авторы, как Г. Кельзен, пытались любыми средствами вытеснить из правовой науки.

Современное состояние

В целом же основной научной парадигмой, используемой в повседневной правовой практике Германии во второй половине XX в., остается, по-видимому, некий компромисс между нормативным позитивизмом (стандартная рабочая теория правоприменения), пандектным концептуализмом (уважение к сложившимся доктринам и склонность к абстрактным обобщениям), юриспруденцией интересов и ценностей (балансирование утилитарных и этических ценностей при рассмотрении сложных споров), а также юснатурализмом (усиление роли дискурса о естественных правах человека и конституциализация гражданского права).

В оценке современного состояния немецкой правовой науки многие авторы подчеркивают возросшую роль политико-правового анализа и освобождение от злоупотреблений концептуальным формализмом.

Р. Циммерман отмечает, что немецкая юридическая наука и судебная практика навсегда отошли от концептуальной юриспруденции, строгого законодательного позитивизма и искусства «игры в юридические шахматы»²¹⁴. После всех научных споров и поворотов истории отрицать значение ценностей, культуры, морали, утилитарных целей и других политико-правовых составляющих научно-правового дискурса и судебной практики уже было нельзя.

Открытие политики гражданского права, популяризация идей юриспруденции интересов и повышение роли гуманитарных идеалов и прав человека существенно и бесповоротно изменили образ мыслей немецких юристов. Термин «*Begriffsjurisprudenz*» приобрел уничижительный оттенок, и на первый план, вы-

²¹³ Adams K.A. *Op. cit.* P. 299; Hippel E., von. *Op. cit.* P. 106, 111.

²¹⁴ Zimmermann R. *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives.* Oxford, 2005. P. 18–20.

теснив метод жонглирования концепциями и понятиями, вышла более открытая политико-правовому анализу юриспруденция интересов и ценностей²¹⁵. Пандектная вера в правовые аксиомы в конечном счете также была отвергнута. Правовые концепции стали все больше рассматриваться как условные и открытые для изменений.

Юридический анализ немецких ученых в последнее время стал намного более ориентированным на политику права и все больше освобождается от строгостей классической немецкой формально-догматической юриспруденции, которая тем не менее оставила свой след в немецкой юридической культуре и, что не менее важно, сказалась на имидже немецкой правовой доктрины за рубежом²¹⁶.

Похожие оценки дают и другие авторы. В частности, А. Кауфман и В. Хассемер пишут, что «импорт» изменяющихся социальных условий в правовой порядок признается сейчас в немецкой правовой науке как само собой разумеющееся²¹⁷. По мнению Й. Хергета, немецкая правовая наука освободилась от радикальных проявлений юриспруденции концепций²¹⁸.

Но при этом, судя по всему, нельзя и переоценивать успехи политико-правовой научной парадигмы. Будет неправильным охарактеризовать современное немецкое право как ориентированное сугубо на анализ политики права. До стиля современной американской правовой науки, целиком погруженной в баталии по вопросам политики права и оценивающей догматику как занятие неинтересное и уместное только в учебниках, немецкой цивилистике все еще далеко. Одни авторы отмечают, что формально-догматический анализ и сейчас достаточно распространен²¹⁹. Другие считают, что импорт внешних ценностей в правовую науку и прямой анализ политики права немецкими цивилистами все же менее распространены, чем традиционная пандектная систематизационная обработка позитивного права и индуктивно-дедуктивные манипуляции с правовыми концепциями²²⁰.

К. Цвайгерт и Х. Кётц пишут о том, что до сих пор последствия пандектной гегемонии дают о себе знать, и Германии «предстоит пройти еще долгий путь, прежде чем там сформируется стиль юридического мышления, ориентированный на адаптацию правового механизма к жизненным реалиям»²²¹. Несмотря на очевидные успехи политико-правового направления, формальная логичность и

²¹⁵ *Markesinis B., Unberath H., Johnston A. Op. cit. P. 22.*

²¹⁶ *Ibid. P. 13–14.*

²¹⁷ *Kaufman A., Hassemer W. Enacted Law and Judicial Decision in German Jurisprudential Thought // 19, University of Toronto Law Journal. 1969. P. 486.*

²¹⁸ *Herget J.E. Contemporary German Legal Philosophy. P. 111.*

²¹⁹ *Markesinis B., Unberath H., Johnston A. Op. cit. P. 13.*

²²⁰ *Подробнее см.: Кирхнер Р. Трудности восприятия дисциплины «право и экономика» в Германии // Истоки. Вып. 5: Экономика в контексте истории и культуры. М., 2004. С. 368–392.*

²²¹ *Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 217.*

системная согласованность права ценятся в немецкой правовой науке крайне высоко²²².

Таким образом, судя по представленным оценкам, речь может идти о возникновении некоего паритета между двумя научными методологиями. В настоящее время господствует мнение о том, что догматика и политика права составляют два самостоятельных научно-правовых дискурса, имеющих безусловное право на существование. Как это и отражено в учебнике Эннекцера, обе научные парадигмы могут успешно дополнять и отнюдь не устранять друг друга. Конвенциональным стало представление о необходимости учета как формальной, так и содержательной рациональности права и нахождения разумного компромисса.

Но для формирования самостоятельной политико-правовой научной дисциплины мало установить предмет и цели научного анализа. Следует также определиться с методологией и критериями научного успеха. Если сейчас никто не оспаривает то, что изучение права как инструмента по достижению конкретных социальных, экономических и этических целей вполне допустимо, это не значит, что существует консенсус в вопросе о том, как право может изучаться с этой точки зрения и как ученый должен выбирать наиболее адекватное решение. Методология политико-правовой научной парадигмы находится в стадии становления. Это и мешает исследованиям в области политики права количественно догнать классические догматические работы.

Научные баталии вокруг экономического анализа права в Германии подтверждают этот тезис.

Экономический анализ права (*law & economics*) как один из подходов к политико-правовой методологии, нацеленный на просчитывание наиболее экономически эффективных правовых норм, пускает корни в немецкой почве, но этот процесс сопровождается определенными сложностями. Вначале экономический анализ права проник в науку антимонопольного права. Но в последние 20 лет он используется и в гражданском праве²²³. Такие ведущие немецкие правоведы, как, например, хорошо известный в России компаративист Х. Кётц, в 1980-е гг. начали публиковать статьи с использованием экономической аргументации. Уже тогда в Германии разгорелись активные научные споры между сторонниками и противниками экономического анализа права²²⁴.

В 1990-е гг. экономическим анализом права занимались уже многие немецкие ученые (Г.Б. Шефер, К. Отт, Р. Кирхнер и другие). Постоянно издаются учебники, научные монографии и десятки научных статей, посвященные экономическому анализу права. Защищаются диссертации, проводятся конференции, в немецких

²²² Herget J.E. *Contemporary German Legal Philosophy*. P. 111.

²²³ Kirstein R. *Law & Economics in Germany // Encyclopedia of Law and Economics. Vol. 1 / ed. by B. Bouckaert and G. De Geest. 2000. P. 161 (доступно в Интернете на сайте www.encyclo.findlaw.com)*.

²²⁴ Кирхнер Р. Указ. соч. С. 372–373.

университетах появляются спецкурсы по экономическому анализу права²²⁵. В целом по сравнению с ситуацией рецепции методологии экономического анализа права во Франции проникновение *law & economics* в глубину немецкой правовой науки выглядит более успешным²²⁶. Контраст же с российской правовой наукой, в которой нет практически ни одного ученого-правоведа, профессионально занимающегося экономическим анализом права, и всего несколько человек более или менее разбираются в этом вопросе, разительный.

Между тем до полного утверждения в Германии методологии экономического анализа права еще далеко²²⁷. Как мы уже отмечали, в этой стране политико-правовой анализ все еще не стал доминирующим направлением в науке. Экономический анализ права не может быть принят большинством ученых как работающая методология научного анализа, пока не произойдет окончательное смещение догматической парадигмы. Это связано с тем, что *law & economics* является по сути радикальной политико-правовой методологией. И для того чтобы всерьез ее интернализировать, необходимо вначале очистить научный организм от пандектного формализма и привыкнуть к анализу политики права.

Другая область научных споров — вопрос о том, являются ли аргументы из области экономического анализа права приемлемыми при мотивировке судебных решений или допускаются только как факторы, которые могут приниматься во внимание законодателями. Многие немецкие юристы придерживаются второй точки зрения, что значительно снижает интерес ученых к этой методологии в области гражданского права. Если наработки того или иного исследователя могут быть учтены только при реформе ГГУ, значит, вполне возможно, это произойдет еще очень не скоро. Соответственно снижаются стимулы к использованию такой научной методологии. Ученые в этих условиях стремятся использовать аргументацию, которая может лечь в основу судебного правотворчества и помочь исследователю реализовать его предложения *de lege ferenda* в ближайшее время. Если суды, как правило, не ссылаются на экономические аргументы, то и ученым нет смысла использовать эту методологию. Но если, как считает, например, Г.Б. Шефер, суды в рамках судебного правотворчества начнут более свободно ссылаться на экономические аргументы, это сделает ученых гораздо более открытыми к методологии экономического анализа права²²⁸.

²²⁵ *Историю развития экономического анализа права в Германии и обзор обширной немецкой литературы на этот счет см.: Kirstein R. Op. cit. См. также: Кирхнер Р. Указ. соч. С. 370 и след.*

²²⁶ *Kerkmeester H., Visscher L. Learned Hand in Europe: a Study in the Comparative Law and Economics of Negligence // 2003 German Working Papers in Law and Economics. Paper 6. P. 1 (доступно в Интернете на сайте www.bepress.com).*

²²⁷ *Подробнее о проблемах утверждения экономического анализа права в Германии см.: Кирхнер Р. Указ. соч. С. 368–393; Winkler V. Some Realism about Rationalism: Economic Analysis of Law in Germany // 06 German Law Journal. 2005. № 6. P. 1033 ff. О проблемах развития экономического анализа права в Европе в целом и в Германии в частности см. также: Garoupa N., Ulen T.S. The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States // 59 Alabama Law Review. 2007–2008. P. 1555 ff; Grechenig K., Gelter M. The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism // University of St. Gallen Law School. Law and Economics Research Paper Series. Working Paper № 2007-25. P. 18 (доступно в Интернете на сайте www.ssrn.com).*

²²⁸ *Шефер Г.Б. Эффективность как правовая норма // Истоки. Вып. 5: Экономика в контексте истории и культуры. С. 393–420.*

Другая причина сложностей экономического анализа права состоит в том, что экономический анализ права заиклен на поиске экономической эффективности, в то время как в Германии справедливость, этика и права человека имеют после Второй мировой войны важнейшее значение в гражданском праве (эффект конституционализации гражданского права) и сведение всей политики права к вопросам экономической эффективности выглядит неприемлемым²²⁹. В связи с этим многие немецкие ученые часто критикуют *law & economics* за необоснованное сведение политики права к поиску экономической эффективности²³⁰.

Несмотря на все вышесказанное, сам факт ведения столь серьезных споров об экономическом анализе права имеет огромное значение. Невозможно себе представить, чтобы подобные дискуссии происходили сто лет назад в период господства пандектного учения. Иными словами, можно отметить безусловный прогресс в этом вопросе, хотя и не столь стремительный, как в США.

*Продолжение читайте в следующем номере
«Вестника Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации»*

²²⁹ Dau-Schmidt K.G., Brun C.L. *Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United and Europe* // 44 *Columbia Journal of Transnational Law*. 2005–2006. P. 612.

²³⁰ Kirstein R. *Op. cit.* P. 161.