

Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования
«РОССИЙСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ ПРАВОСУДИЯ»

На правах рукописи

Лиска Олеся Михайловна

**УЧЕНИЯ О ПРИМЕНЕНИИ ПРАВА В РОССИИ
ВО ВТОРОЙ ПОЛОВИНЕ XIX – НАЧАЛЕ XX ВВ.**

Специальность 12.00.01 – теория и история права и государства;
история учений о праве и государстве

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель
доктор юридических наук, профессор
Корнев Виктор Николаевич

Москва - 2015

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
ГЛАВА 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ ПЛЮРАЛИЗМ В УЧЕНИЯХ О ПРИМЕНЕНИИ ПРАВА В РОССИИ ВО ВТОРОЙ ПОЛОВИНЕ XIX – НАЧАЛЕ XX ВВ.	
1.1. Политико-правовые предпосылки развития учений о применении права...	17
1.2. Правопонимание и правоприменение: методологические основы взаимосвязи.....	39
1.3. Правоприменение в учениях о формах и источниках права.....	64
1.4. «Справедливость» и «законность» как цели применения права.....	92
ГЛАВА 2. УЧЕНИЯ О ПРАВОПРИМЕНЕНИИ В КОНТЕКСТЕ ОСНОВНЫХ ПРАВОВЫХ ШКОЛ В РОССИИ ВО ВТОРОЙ ПОЛОВИНЕ XIX – НАЧАЛЕ XX ВВ.	
2.1. Формально-логический подход к правоприменению в юридическом позитивизме.....	106
2.2. Природа применения права в школе социологического позитивизма.....	122
2.3. Идеи естественно-правовой школы как нравственное обоснование правоприменения.....	140
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	164
СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ	170

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. Юридическая наука России на современном этапе ее развития призвана решить различные актуальные теоретические и практические проблемы, которые обусловлены социально-экономическими, мировоззренческими и иными переменами в стране. Успешное проведение правовой реформы невозможно без учета политико-правового наследия, т. е. российской юридической науки, в частности дооктябрьского периода, уровень развития которой вполне соответствовал мировым стандартам. Кумулятивное свойство этой преемственности предопределяет внимание к истории отечественных учений о праве. Восстановление связи времен – совершенно необходимая предпосылка, на основе которой должна строиться практическая работа по формированию институтов, составляющих структуру правовой системы России.

Включение в научный оборот учений дореволюционных правоведов уже стало позитивной тенденцией в современной юридической науке. В исследовании различных аспектов теоретико-правовой мысли России имеются достижения, о чем свидетельствуют диссертации, монографии и научные статьи. Вместе с тем в этой области научного знания существуют проблемы, которые требуют отдельного внимания в контексте изменившихся теоретико-методологических установок в России. В этом смысле представляется актуальной тема исследования о взаимовлиянии и взаимозависимости правопонимания и учений о правоприменении, которая является значимой как с конкретно-исторической, так и теоретико-познавательной стороны.

По существу своему и современная юридическая наука находится в поисках парадигмы правопонимания с тем, чтобы наиболее эффективно усовершенствовать процесс правоприменения как юридическую форму деятельности управомоченных органов государства, органов местного самоуправления и должностных лиц. Достижение желаемого результата

связано не только с созданием правовых теорий или признанием одной из них господствующей, но и, в первую очередь, с возможностью реализовать преобразовательные идеи и соответствующие правовые предписания в юридической практике.

Выявление генезиса, основных тенденций и закономерностей развития учений о применении права в связи с правопониманием обеспечивает нарастание потенциала юридической науки и способствует научному предвидению. Интерпретация этих учений является своевременной в условиях политико-правовой идентификации постсоветской России и формирования новых подходов к пониманию права.

Учения о применении права в России во второй половине XIX – начале XX вв. обуславливались подходом к его пониманию посредством разрешения центральных научно-практических проблем толкования права, источников и форм права, принципов правоприменительной деятельности, правотворческой роли суда, нравственного оправдания права и др. В период Великих реформ Александра II эти проблемы стали предметом полемики между представителями основных научных школ.

В научных работах последователей как позитивистского, так и идеалистического типов правопонимания отразилась эволюция правовой мысли, которая способствовала интеграции учений о понимании права и его применении. Теоретический и практический интерес представляют методологические подходы к пониманию права, отражающие взаимозависимость правопонимания и учений о правоприменении.

От учений о применении и понимании права зависят не только особенности правовой системы и образующих ее компонентов, но и принципы государственной организации, положенные в основу демократического варианта разделения властей. Актуальность теме исследования придает и то, что подходы к правопониманию и правоприменению служат одним из факторов, определяющих социально-правовую значимость судебной власти в

современной России, на которую возложена функция обеспечения и реализации прав и свобод граждан. В связи с этим диссертационное исследование в своей перспективе нацелено на развитие теоретической основы судебного правоприменения.

Степень научной разработанности темы. В целом анализ научных трудов как современного, так и советского периодов свидетельствует о том, что учения о применении права в контексте правопонимания в юридической мысли России в XIX – начале XX вв., не являлись предметом отдельного рассмотрения. Сказанное, однако, вовсе не означает, что аспекты данной тематики не затрагивались теоретиками права и историками учений о праве. Отдельные концептуальные моменты нашли свое отражение в работах таких отечественных ученых, как А.В. Аверин, Н.В. Азаркин, Н.В. Акчурина, М.И. Байтин, А.В. Борисов, А.Н. Верещагин, С.И. Вильнянский, Г.Ф. Гараева, В.И. Гойман, Г.В. Графский, П.А. Гук, А.В. Деникин, А.С. Еременко, В.В. Ершов, Т.А. Желдыбина, Н.Д. Железнова, В.Н. Жуков, С.Л. Зивс, Н.М. Золотухина, Е.Ю. Зорина, В.Д. Зорькин, И.А. Исаев, М.Э. Казмер, Д.А. Керимов, Ю.А. Комнатная, В.Н. Корнев, А.В. Корнев, Ю.В. Костин, А.С. Куницын, Н.Я. Куприц, В.В. Лазарев, В.В. Лапаева, О.Э. Лейст, С.В. Липень, Г.В. Мальцев, О.В. Мартышин, М.Н. Марченко, Н.Ф. Медушевская, В.С. Нерсисянц, К.В. Петров, А.В. Поляков, А.В. Попова, В.Н. Пристенский, С.А. Пяткина, Е.В. Рябченко, В.А. Сапун, В.М. Сырых, Е.В. Тимошина, Ю.А. Тихомиров, Е.А. Фролова, А.И. Экимов, Е.А. Юртаева, Н.В. Ющенко и другие. С.В. Липенем была защищена близкая к тематике настоящей работы диссертация «Идеи правотворчества и правореализации в политико-правовой мысли России XIX – начала XX в.».

Цель исследования состоит в выявлении теоретико-методологической обусловленности учений о применении права концепциями правопонимания, сложившимися в России во второй половине XIX – начале XX вв.

Задачи исследования:

- раскрыть политико-правовые предпосылки развития учений о правоприменении;
- определить методологические основы взаимосвязи понимания права и учений о его применении;
- выявить обусловленность теоретических воззрений на правоприменение учением о формах и источниках права;
- исследовать обоснованность теоретических идей о «справедливости» и «законности» в правовых концепциях как целей применения права;
- раскрыть особенности формально-логического подхода к правоприменению в юридическом позитивизме;
- определить природу применения права в школе социологической юриспруденции;
- дать оценку идеям естественно-правовой школы как нравственного обоснования правоприменения;
- обосновать учения о правоприменении во взаимосвязи с принципом разделения властей и в контексте правопонимания.

Объектом исследования выступают теоретико-правовые и философско-правовые воззрения в отечественной науке во второй половине XIX – начале XX вв.

Предмет – учения о применении права в теоретико-методологическом единстве с концепциями позитивистской доктрины права (юридический и социологический позитивизм) и естественно-правовым направлением в России во второй половине XIX – начале XX вв.

Теоретическая значимость диссертационного исследования заключается в том, что в нем сформулированы положения о совокупности взаимосвязей и взаимозависимостей учений о понимании и применении права в России во второй половине XIX – начале XX вв. и теоретико-методологических основах познания сущности соответствующих правовых явлений. Результаты

научного анализа способствуют созданию наиболее полного и системного научного представления об отечественном политико-правовом наследии и разрешению проблем истории учений о праве и государстве и теории права и государства в части теории применения права.

Практическая значимость работы заключается в том, что использование результатов диссертационного исследования будет способствовать разрешению задач в области исследования вопросов применения права в контексте создания новой парадигмы правопонимания и современных политико-правовых направлений. Положения работы представляют практическое значение для работников судебной системы, т. к. они обогатят правоприменительную деятельность теоретическим опытом школ правоведения России.

Основные положения диссертационного исследования могут также найти применение в теоретических исследованиях, в частности по теории применения права и в исследованиях по истории юридической мысли России.

Методология диссертационного исследования состоит в применении философских, общенаучных и частнонаучных методов научного познания. Предмет исследования изучался с позиций принципа диалектического историзма, что позволило выявить генезис и последовательность развития исследуемых учений и дать им объективную оценку. При проведении исследования использовались общенаучные методы анализа, аналогии, дедукции, индукции, обобщения, описания и системно-структурный метод и применялись следующие частнонаучные методы: историко-правовой, сравнительно-правовой, хронологический, формально-юридический, «портретный». Особое место в исследовании принадлежит проблемному подходу для решения теоретических задач в ключе истории политико-правовой мысли.

Теоретическую основу диссертационного исследования составили теоретические концепции, учения, идеи современных отечественных и зарубежных правоведов.

Для диссертационного исследования значительный интерес представляют взгляды на центральные проблемы правоприменения таких ученых, как С.С. Алексеев, А.Н. Верещагин, В.В. Ершов, В.Н. Корнев, В.В. Лазарев, С.В. Липень, М.Н. Марченко, В.А. Сапун, Ю.А. Тихомиров и др.

В процессе подготовки диссертации изучены труды ведущих специалистов в области теории права и государства и истории политических и правовых учений (М.И. Байтин, Г. Берман, В.Г. Графский, В.Н. Жуков, В.Д. Зорькин, Н.М. Золотухина, И.А. Исаев, В.П. Казимирчук, М.Э. Казмер, Д.А. Керимов, С.Ф. Кечекьян, Г. Кленнер, А.В. Корнев, Н.Я. Куприц, В.В. Лазарев, В.В. Лапаева, О.Э. Лейст, Р. Лукич, Д.И. Луковская, Г.В. Мальцев, Л.С. Мамут, О.В. Мартышин, В.С. Нерсисянц, А.В. Поляков, С.А. Пяткина, Г. Радбрух, В.М. Сырых, А.С. Туманова, Е.А. Фролова, Л. Фуллер, А.И. Экимов, Л.С. Явич и др.).

Изучены философские труды и фундаментальные работы по проблемам методологии, теории познания, логике, герменевтике: А. Бергсон, Л. Витгенштейн, Х.-Г. Гадамер, П.П. Гайденко, В.С. Добрянов, Ю.В. Ивлев, И. Кант, Т. Кун, В.А. Лекторский, Л.А. Микешина, Дж.Ст. Милль, К. Поппер, Г. Риккерт, П. Рикёр и др.

Источниковой базой послужили труды правоведов и философов права России второй половины XIX – начала XX вв. Работы Е.В. Васьковского, А.Х. Гольмстена, Д.Д. Гримма, М.Н. Капустина, Н.И. Палиенко, С.В. Пахмана, Н.К. Ренненкампа, Г.Ф. Шершеневича и др. были изучены с целью выявления особенностей учений о применении права в концепции юридического позитивизма. Решению исследовательских задач способствовали идеи таких представителей социологической юриспруденции, как Ю.С. Гамбаров,

Н.А. Гредескул, Г.В. Демченко, М.М. Ковалевский, Н.М. Коркунов, С.А. Муромцев и др. В диссертации были использованы и развиты воззрения следующих последователей естественно-правового направления: Б.П. Вышеславцева, В.М. Гессена, И.А. Ильина, Б.А. Кистяковского, С.А. Котляревского, И.В. Михайловского, П.И. Новгородцева, Вл. Соловьева, Е.В. Спекторского, Е.Н. Трубецкого, Б.Н. Чичерина, А.С. Яценко.

В связи с тематикой исследования проанализированы труды Н.Н. Алексеева, Л.С. Белогриц-Котляревского, П.И. Беляева, П.Г. Виноградова, И.В. Гессена, А.Д. Градовского, В.М. Гордона, Г.Д. Гурвича, Г.А. Джаншиева, Я.Г. Есиповича, А.Я. Ефименко, А.В. Завадского, Г. Зиммеля, В.В. Ивановского, Р. Иеринга, П.Е. Казанского, В. Каткова, Ф.Ф. Кокошкина, А.Ф. Кони, Н.И. Лазаревского, П.И. Люблинского, Д.И. Мейера, И. Оршанского, Л.И. Петражицкого, К.П. Победоносцева, И.А. Покровского, Г.В. Пухты, Ф. Регельсбергера, А.А. Рождественского, Ф.В. Тарановского, В.М. Хвостова, Н. Чижова, Ф. Шлейермахера, О. Шпенглера, Р. Штаммлера, В.Г. Щеглова и др.

Научная новизна диссертационного исследования заключается в том, что выявлена теоретико-методологическая обусловленность учений о применении права концепциями правопонимания в России во второй половине XIX – начале XX вв.

На защиту выносятся следующие положения:

1. Во второй половине XIX – начале XX вв. в России предпосылками формирования понятийного аппарата теоретических воззрений на применение права являлась реализация Судебной реформы 1864 г. и методологический плюрализм юридической науки в России второй половины XIX – начала XX вв. Конкурирующие понятия, отражавшие специфику правоприменительной деятельности, формулировались под непосредственным влиянием формально-догматического, социологического и естественно-правового типов понимания права, которые были зависимы от соответствующих идеологических основ

(либеральных и консервативных). В господствующей политико-правовой концепции юридического этатизма основная роль правоприменителя была сведена к толкованию выраженной в законе государственной воли. В результате развития правовых направлений учения о применении права были обоснованы социологически и дополнены априорными воззрениями последователей естественно-правовой (критической) концепции; действующее право – идеальным правом.

2. Правопонимание и учения о правоприменении в России во второй половине XIX – начале XX вв. находились в функциональной и генетической связи и взаимообусловленности. Подход к пониманию права являлся необходимой предпосылкой учений о применении права. Тип правопонимания был обусловлен не только теоретико-познавательными потребностями и интересами исследователя государственно-правовых явлений, но и, главным образом, практическими запросами правоприменительной деятельности.

Исследование онтологических и гносеологических проблем теории права способствовали синтезу учений о понимании и применении права, вместе с чем сохранялась конкуренция правовых концепций, основанная на определенных методологических подходах. Формально-догматический метод представлял правоприменителю необходимые категории и понятия для принятия решений на основании формально закрепленных норм права. Этим оправдывалось применение норм любого содержания. В социологическом позитивизме придавалось решающее значение социальной обусловленности процесса применения права, в котором творчество правоприменителя преодолеvalo несовершенство догматических приемов и законодательства. В позитивистских концепциях права, связанных с естествознанием, правоприменитель ориентировался на то, чтобы руководствоваться законами юридической статики (юридический позитивизм) и динамики (социологический позитивизм). В естественно-правовом направлении «вечные» законы (нравственные императивы) в учениях о применении права были

основаны на аксиологическом оправдании принимаемых решений.

3. Одним из важнейших факторов, определяющих природу и содержание правоприменения, являлось учение о формах и источниках права. Разграничение таких центральных категорий, как «формы права» и «источники права», обуславливалось различными подходами к пониманию права. В рамках существовавших в юридической науке направлений сформировались соответствующие интерпретации таких понятий, как закон, обычай, судебная практика. Понимание закона как ведущей по своему значению формы права, которой связана воля правоприменителя, было свойственно для юриста-догматика. Для юриста-социолога закон являлся проекцией общественного развития, имманентным обществу, и как рациональная форма установления и осуществления права уступал в своем значении творческому субъективному началу в организации правовой жизни, присущему правоприменителю. В школе «возрожденного естественного права» положительный закон состоял в приятии и реализации государством естественного закона в конкретно-историческом контексте.

4. Юридический позитивизм и естественно-правовое направление, при всех их концептуальных различиях, объединяли общие взгляды на иерархию форм права, которая зависела от придания большей или меньшей юридической силы определенной форме права. В названных концепциях правовой обычай признавался в качестве субсидиарного источника права. Критическое (естественно-правовое) направление в праве, которое культивировало в нем «должное», рассматривало правовой обычай как консервативный источник, отражающий существующее в действительности регулирование правоотношений. В социологической юриспруденции правовой обычай имел «дерогирующую силу» и не рассматривался как зависимая от закона форма права, поскольку способствовал индивидуализации правоприменительных актов, принимаемых на основе норм права, имеющих абстрактный характер. В этой школе права также придавалось большое значение и судебной практике, в

которой непосредственно «схватываются» все изменения, характеризующие правовое развитие, в дальнейшем обязательные для правоприменителя.

5. В парадигмах правопонимания в России во второй половине XIX – начале XX вв. цель правоприменения рассматривалась как принятие справедливого и законного решения. В юридической науке этого периода не было выработано единого понимания справедливости. В правовом этатизме она отождествлялась с законностью. Для социологического позитивизма, в отличие от школы естественного права, не было свойственно понимание справедливости как метафизической и неизменной категории, к достижению которой должен стремиться правоприменитель. Позитивистским теориям права было свойственно указывать на отсутствие критериев справедливости и той инстанции, которая бы устанавливала, справедлив ли закон или, наоборот, несправедлив. В социологической юриспруденции закон с этой точки зрения не оценивался, поскольку не он воплощает справедливость, а акты правоприменительных органов. Для этой концепции было характерно то, что справедливость обладала конкретно-историческим характером, релевантным по отношению ко всему эмпирическому знанию, и выражалась в принятом судьей или иным правоприменителем решении. В идеалистической, т. е. в естественно-правовой интерпретации рассматриваемых целей, «справедливость» - это верховный принцип права, который обуславливал как принятое правоприменителем решение по конкретному делу, так и установленные в законе нормы. В сочетании принципов справедливости и законности достигалась цель правоприменительного процесса.

6. В школе юридического позитивизма исследуемого периода выявлена цель - обеспечить применение на практике установленных высшей властью норм, которая обусловила силлогистический подход к правоприменительному процессу. Формально-логические принципы отыскания посылок и выведение заключения в правоприменительном силлогизме, основанные на

постулируемой логической законченности положительного права, исключали возможность учесть в нем идеалистические идеи и привнести в решение судейское усмотрение.

Выработанные догматикой права юридические понятия способствовали нахождению малой посылки и очищению казуса от неюридических элементов, мешавших соединению малой и большой посылок. Большая посылка не подлежала доказыванию, поскольку представляет собой прескриптивное высказывание, т.е. предписание закона, которое, в свою очередь, уже рассчитано на определенный фактический состав дела. В этой предустановленности заключалась противоречивость юридического силлогизма. В нем средний термин, устанавливающий логическую точность в умозаключении, не дается в чистом виде, поэтому вероятно то, что при ненахождении искомых комбинаций малой посылки, с которой закон связывает определенные последствия, в норме права, отношения в правоприменении могут быть урегулированы посредством искажения правил логики.

7. В концепции социологического позитивизма природа применения права определялась признанием творческого созидания юридических отношений и воззрениями на право через понятие защиты интереса, разграничение интересов, распознавание права *in concreto*. Интерпретация воззрений сторонников этой концепции двух фундаментальных процессов – образования права и его применения – свидетельствовала о том, что правоприменительная деятельность дихотомична, т.е. имеет двусторонний характер, сочетающий как правоприменение, так и правотворчество. В отношении судебного правоприменения этот подход приводил к взвешиванию интересов сторон судебного процесса, а не к защите позитивного права. Поскольку в основе понятия права были общественные отношения, постольку признавалась его обусловленность различными социальными факторами (экономическими, психологическими, нравственными, этническими и т.д.).

В силу этого правоприменительный процесс характеризовался детерминизмом и релятивизмом, что предполагало неизбежность судебного правотворчества.

8. В контексте естественно-правовой традиции идеи о применении права осложнялись наличием правового дуализма, что ставило правоприменителя перед выбором между позитивным правом (сущим) и нравственным содержанием права (должным) или «естественной справедливостью (*aequitas*)». Судебное решение или иной акт применения права, принятый на основе «возрожденного естественного права», отражали в определенной степени императивы нравственного происхождения, поскольку позитивное право — это форма существования естественно-правовых идей, которая, однако, нуждается в критическом осмыслении. К судье предъявлялись требования неукоснительного исполнения нравственного долга, как гарантии реализации идей естественно-правовой школы в правоприменительном процессе и преодоления субъективизма в отправлении правосудия.

В отличие от позитивного права в естественном праве заложено неограниченное стремление к совершенству. Это связано с тем, что нравственность не ограничена установленными предписаниями и в соответствии с поступательным развитием идеи добра расширяет свои границы посредством творческого поиска высшего нравственного требования, в том числе проявлением милости к субъектам правоотношений. В судебных или иных правоприменительных актах, отражающих реальный мир, в определенной степени выражается стремление к добру и справедливости в контексте эволюции нравственного закона.

9. Идеи о реализации принципа разделения властей как необходимой предпосылки демократического государства в исследуемых концепциях находились в непосредственной связи с правопониманием и правоприменением. Сторонники юридического позитивизма обосновывали верховенство законодательной власти в системе органов государства, что стало

основанием для разработки концепции верховенства закона в конституционном государстве. В их идеях судебная власть имела подчиненный характер и наделялась функцией охранения установленных норм. Факт признания в социологическом позитивизме за судом правотворческих функций и иррациональной природы судебного правоприменения ставил под сомнение осуществление в России принципа разделения властей в его классическом варианте. В этой концепции судебная власть основывалась на политических соображениях и целесообразности, свойственных законодательной власти, а также опосредовалась сильно выраженной общественной сущностью человека, в связи с чем сторонники либерального направления выступали за суд присяжных, в том числе по политическим делам. Суд в естественно-правовой школе выражал правду и справедливость в конкретных ситуациях, а закон - в обобщенных нормах права. Эти идеи были доктринально положены в основу реализации разделения властей в Российской империи.

Апробация и внедрение результатов исследования. Выводы, изложенные в диссертации, прошли апробацию посредством участия в следующих конференциях: II Ежегодная научная конференция аспирантов и соискателей «Право и суд в современном мире», г. Москва, 1 марта 2011 г.; Международная научно-практическая конференция «Российская государственность: исторический опыт и альтернативы развития», г. Ростов-на-Дону, 19 апреля 2012 г.; VIII Международная научно-практическая конференция «Правовое государство и правосудие: проблемы теории и практики», г. Москва, 15-19 апреля 2013 г.; Международная научно-практическая конференция «Реформы 1864 года в теории и практике российского конституционализма: история и современность (к 150-летию Земской и Судебной реформ)», г. Нижний Новгород, 11 апреля 2014 г.

Результаты диссертационного исследования используются в учебном процессе в Федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего образования «Российский государственный университет

правосудия», что подтверждается соответствующими актами внедрения.

Структура диссертации соответствует поставленным научно-исследовательским задачам и требованиям к диссертационным работам. Диссертация состоит из введения, двух глав, семи параграфов, заключения.

ГЛАВА 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ ПЛЮРАЛИЗМ В УЧЕНИЯХ О ПРИМЕНЕНИИ ПРАВА В РОССИИ ВО ВТОРОЙ ПОЛОВИНЕ XIX – НАЧАЛЕ XX ВВ.

1.1. Политико-правовые предпосылки развития учений о применении права

Вторая половина XIX века занимает особое место в истории России: это время коренных преобразований в государстве и подъема всех сфер общественной жизни. Либеральные реформы способствовали значительной активизации хозяйственно-экономической жизни, что потребовало многочисленных специалистов, в том числе и юристов¹. К этому переломному для государства периоду относится деятельность целого ряда выдающихся как практикующих юристов, так и теоретиков и философов права. «Россия в эту трагическую для себя эпоху переживала духовный, в том числе теоретико-правовой, ренессанс, т.е. своего рода возрождение, компенсировавшее столетия вынужденного философского и теоретико-правового «безмолвствования»², – справедливо отметил А.В. Поляков.

В области отечественной юриспруденции были достигнуты результаты, благодаря которым многие российские ученые тогда стали известными на международном уровне, а сегодня их идеи составляют гордость нашей науки и к ним повсеместно обращаются исследователи. Теоретико-правовые разработки появились не только в результате восприятия передового опыта западной традиции права, но и в результате самобытных, новаторских подходов к

¹ См.: *Корнев А.В., Борисов А.В.* Правовая мысль и юридическое образование в дореволюционной России: Учебное пособие. М.: Изд-во Эксмо, 2005. С. 217.

² *Поляков А.В.* Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / Сост. В.Г. Графский. – М.: Норма, 2006. С. 112.

изучению правовых явлений. Современным классиком теории права утверждается, что «Золотой век» российского правоведения характеризовался необычайно широким спектром теорий и воззрений, разделяемых и развиваемых российскими исследователями в области государства и права»³.

В этот период предпринимались попытки обосновать существование юриспруденции как науки, которые в первую очередь выразились в применении к познанию правовых явлений основ позитивистской методологии. Юристы оказались под влиянием философского позитивизма, который возник в 30-х гг. XIX века во Франции и Англии и нашел свое воплощение в трудах выдающихся философов Ог. Конта и Дж.С. Милля.

Для философии позитивизма был характерен отказ от поиска абсолютных истин: согласно с ней задачей ученых должна быть систематизация фактов и выведение на их основе общих законов. Позитивный дух состоял преимущественно в замене вопроса «почему?» вопросом «как?». Полученное положительное знание, таким образом, являлось не самоцелью, а необходимостью для практического применения. В контексте позитивистской философии наука, отмечает Н.Ф. Уткина, приобретала исключительное положение: она становилась неременным условием промышленного производства и ей суждено было превратиться в непосредственную производительную силу, без нее отныне была нереальна дальнейшая кардинальная социальная трансформация⁴.

Позитивистский подход, укрепившись в философском сообществе, распространился и в частных науках, в том числе в отечественной юриспруденции. Так, Н.М. Коркунов писал, что «юристы не могли, разумеется, оставаться безучастными к этому новому учению»⁵. Приверженцы позитивизма

³ Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник / В.М. Сырых. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. С. 184.

⁴ См.: Уткина Н.Ф. Позитивизм, антропологический материализм и наука в России (вторая половина XIX века). М.: Наука, 1975. С. 15.

⁵ Коркунов Н. М. История философии права. С.-Петербург, типография М. М. Стасюлевича, 1915. С. 476.

в юриспруденции приводили аргументы в пользу того, что юриспруденция имеет право называться наукой только благодаря философии позитивизма.

В политико-правовой действительности позитивистское понимание права в России пришло на смену исторической школе в правоведении, зародившейся в среде немецких теоретиков права. Разработчиками этого влиятельнейшего направления являлись Г. Гроций, Ф.К. Савиньи, Г.Ф. Пухта, которые считали, что право не есть произвольное человеческое установление, а оно, как язык и нравы, перманентно развивается шаг за шагом, сохраняя национальный характер правовых институтов. «Право обладает своими провинциализмами так же, как и язык», – полагал Г.Ф. Пухта⁶.

Дореволюционные сторонники идей исторической юриспруденции, после того как они были экспортированы в 30-х годах XIX века в Россию, «учитывая новые достижения западноевропейской правовой науки, дополнили и развили их в условиях российской действительности»⁷. Большая заслуга исторической школы права состояла в подборке историко-правового материала, над которым и стали работать догматики. Под ее влиянием произошла широкомасштабная систематизация отечественного права в первой половине XIX века. Однако это направление основывалось на консервативных идеях и было призвано оправдывать действие любых норм национального права. Эти идеи в России были подвержены критике в период проведения Великих реформ второй половины XIX века.

Преобразования Александра II послужили интеллектуальным импульсом для исследователей в области права и позволили не только пересмотреть задачи юридической науки, но и способствовали изменению правовой действительности государства. В литературе отмечалось, что до тех пор, пока крепостное право тяготело бы хоть над одним человеком, не могло

⁶ Энциклопедия права Г.Ф. Пухты. Ярославль, 1872. С. 23.

⁷ Акчурина Н.В. Историческое правоведение: становление, развитие в России в 30-70-х годах XIX века. Саратов: СГАП, 2000. С. 80.

быть речи о *праве* русского человека⁸. На фоне освобождения крестьян от помещичьего произвола стали возможными преобразования и в судебной системе. Судебную реформу 1864 года считали фундаментом перестройки всех общественных отношений. Передовые деятели реформы были убеждены в том, что только под надзором общественного мнения, с введением гласности и устности судебного процесса возможно искоренить феодальные пережитки. Независимый и всесловный суд должен был служить гарантией защиты прав и реализации принципов законности и справедливости.

Судебная реформа призвана была нанести удар худшему из видов произвола, произволу судебному, прикрывавшемуся маской формальной справедливости⁹. Судебная власть не могла быть независимой под покровом канцелярской тайны, при которой правосудие, или как тогда выражались «кривосудие», осуществляли чиновники. Одним из важнейших требований нововведений явилось отделение судебной власти от административной, установление полной независимости суда. При реформировании ставилась задача очистить судебную власть от следственных начал, которые препятствовали объективности и беспристрастности судопроизводства, функция суда должна была сводиться только к разрешению юридических вопросов. Важным итогом такого решения стало введение состязательного гражданского судопроизводства. В уголовном процессе эти стремления выразились в отделении судебной власти от обвинительной.

Нововведения Судебной реформы 1864 г. не встретили резкого сопротивления общества. Преобразований в судебной сфере ждали все сословия, поэтому считается, что соответствующая реформа была одной из самых удачных Великих реформ. «Но применение основных начал реформы, приложение их к окружающему быту, придача им плоти и крови в

⁸ Джанишев Г. Эпоха великих реформ. Исторические справки. Москва, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и Ко, 1900. С. 378.

⁹ Лупинская П.А. История уголовно-процессуальной науки // История юридических наук в России: сб.ст. / редкол.: О.Е. Кутафин [гл.ред.] и др.; Московская государственная юридическая академия имени О.Е. Кутафина, - М., 2009. С. 453.

практической жизни, – писал А.Ф. Кони, – вызывали резкие и горячие нападения и воззвания к мероприятиям, которые, направляясь на кажущееся неправильным применение принципа, в сущности разрушали и самый принцип»¹⁰. Поэтому далеко не все принципы Судебной реформы удалось полностью реализовать в условиях царской России. Однако «суд при рассмотрении дел, как уголовных, так и гражданских, стал выступать в роли нейтрального арбитра, а не проводника политики самодержавия»¹¹, – справедливо отмечает М.В. Немытина.

Таким образом, судебное устройство в пореформенный период в некотором роде возвысилось до уровня, при котором стало возможным рассматривать задачу суда как гарант права. Степень гарантированности прав в обществе во многом определяются значением судебных органов и конечно зависит от того, как понимается право в принятой обществом правовой парадигме. Поэтому теоретики и философы права, в рамках разрабатываемых концепций правопонимания, уделяли пристальное внимание вопросам правосудия, судебного правоприменения и реализации права в целом.

Однако во второй половине XIX века в вопросе о том, что понимать под правом, у отечественных правоведов не было единодушия. В зависимости от совокупности правообразующих факторов, источников права, методологического инструментария, на котором основывался исследователь, в России сформировались различные школы правопонимания.

Следует отметить, что в развитии определенных воззрений на право отражались общие исторические процессы. Так, можно сказать, закономерно во второй трети XIX века в России начал формироваться юридический позитивизм как особый тип понимания права. К числу его приверженцев принадлежали правоведы-цивилисты Е.В. Васьковский, А.Х. Гольмстен, Д.Д. Grimm, С.В. Пахман, Г.Ф. Шершеневич. Г.Ф. Шершеневичем создан фундаментальный

¹⁰ Кони А.Ф. Судебные уставы 1864 год - 20 ноября - 1914 год // Журнал Министерства юстиции. Петроград, Сенатская типография, ноябрь 1914. № 9. С. 16.

¹¹ Немытина М.В. Суд в России: вторая половина XIX - начало XX в. Саратов: СЮИ МВД РФ, 1999. С. 8.

двухтомный научный труд по общей теории права. Научные работы М.Н. Капустина и Н.К. Ренненкампа выполнены в духе формально-догматического подхода к праву. К последователям этого типа правопонимания следует также отнести теоретиков государственного права Н.И. Палиенко и А.А. Рождественского. Этим сторонников объединяла позиция, в соответствии с которой право сводилось к совокупности норм, установленных и санкционированных государством.

На фоне господствовавшего в политико-правовой действительности юридического позитивизма в отечественном правоведении предметом исследования становились проблемы применения установленного властью права. Они отдельно выделялись в юридической науке в рамках курсов по энциклопедии права и общей теории права в контексте применения положительного права, в том числе поскольку в юридической науке остро стояла проблема противопоставления его естественному праву.

В современных научных работах теории права все чаще обращаются к досоветскому опыту. В частности С.В. Липенем в контексте истории политико-правовых учений было проведено детальное исследование идей правореализации, в котором отмечено наличие лишь фрагментарных исследований в этом направлении: в части изучения общих проблем правоприменительной деятельности государственных органов, конкуренции в ней различных источников права, соотношения законности и усмотрения и т.д.¹²

Находясь на одном из этапов своего развития, теория правоприменения во второй половине XIX века не приобрела еще ярко выраженных очертаний. В этот период в России в большей степени исследовались сопутствующие правоприменению проблемы толкования права, использования аналогии при применении права, которые были производными от понимания права как позитивно установленных норм. Исследователь А.С. Еременко отмечает, что в

¹² См.: Липень С.В. Идеи правотворчества и правореализации в политико-правовой мысли России XIX - начала XX в. : Дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.01. СПб., 2013. С. 240, 241.

научной и популярной юридической литературе дореволюционного периода нельзя встретить сам термин «правоприменение», имеющий однозначное понимание, которое обособляло бы его от ряда сопредельных понятий, и употребляющийся в общепринятом значении¹³.

Разработка теории применения права интенсивно началась на страницах журнала «Советское государство и право» со статьи И.Е. Фарбера в 1954 году¹⁴. Учение о правоприменении с устоявшимся терминологическим аппаратом есть результат научных изысканий, который выразился в виде монографий, диссертационных исследований, научных статей, курсов лекций как теоретиков права в Советской России¹⁵, так и современных правоведов¹⁶. Предметом их исследований являлись стадии и элементы правоприменительного процесса, гарантии правоприменительной деятельности, ее субъекты, принципы, функции и другие проблемные аспекты реализации и применения права. Однако, как отметил М.И. Байтин, именно сторонники позитивного, нормативного понимания права разработали научные основы применения права. Тем самым он подчеркнул отсутствие таких разработок у сторонников «широкого» понимания права¹⁷.

¹³ Еременко А.С. Организационно-методологические основания российской доктрины гражданского правоприменения // Гражданское право. 2010. № 4. // СПС КонсультантПлюс.

¹⁴ Галанза П.Н. О применении советских правовых норм // Советское государство и право. 1954. № 6; Керимов Д.А. О применении советских правовых норм // Советское государство и право. 1954. № 5; Фарбер И.Е. О применении норм советского социалистического права // Советское государство и право. 1954, № 4. и др.

¹⁵ См., напр.: Берченко А.Я. Применение советского социалистического права. – М.: изд-во ВПШ и АОН при ЦК КПСС, 1960; Вопленко Н.Н. Социалистическая законность и применение права / Под ред. М.И. Байтина. – Издательство Саратовского ун-та, 1983; Дюрягин И.Я. Применение норм советского права: Теоретические вопросы. Свердловск, Средне-Уральское книжное издательство, 1973; Карташов В.Н. Применение права: Учеб. пособие. Ярославль: Ярославск. гос. ун-т, 1980; Лазарев В.В. Применение советского права. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1972; Маликов М.К. Проблемы реализации права. – Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1988; Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм – М.: Гос. изд-во юрид. литературы, 1960 и др.

¹⁶ См., напр.: Аверин А.В. Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей: Проблемы теории и практики / Под ред. М.И. Байтина. – Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2003; Еришов В.В. Судебное правоприменение (теоретические и практические проблемы) / В.В. Ершов. – М.: МЮ СССР. Правовая академия, 1991; Категов А.С. Механизм применения права и правовая система современной России (теоретико-методологический анализ): Дис... докт. юрид. наук: 12.00.01. СПб., 2002; Паламарчук В.М. Правоприменение в правовом государстве: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – М., 2011; Подгорная Ю.А., Кузьмина Е.М. Применение права: современные подходы и актуальные проблемы методологии // Правовая культура. 2011. № 2 (11). С. 41-48; Правоприменение: теория и практика / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. — М.: Формула права, 2008 и др.

¹⁷ Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – Саратов: СГАП, 2001. С. 9.

Следует отметить, что проблемы применения права наиболее детально исследовались в позитивистской концепции правопонимания, а также в советском правоведении, что во многом объясняется необходимостью создания теории, способной объяснить применение закона, в котором выражена государственная воля.

Во второй половине XIX — начале XX вв. применению подлежало законодательство Российской империи, которое было громоздким и казуальным, в целом далеким от совершенства юридической техники. Действующий Свод Законов Российской империи во многом был не в состоянии удовлетворять правовым запросам. Более того, в практике зафиксированы случаи обнаружения новых указов, не включенных в Свод Законов. Также, существовала проблема и в установлении подлинности и юридической силы применяемых законов и обычаев.

Подобные факторы несомненно делали шатким исключительность формально-догматической юриспруденции, которая рассматривала только закон и правовой обычай как формы права. Тем не менее, ее выдающиеся представители внесли неоценимый теоретический вклад в разработку проблем правоприменения.

В рассматриваемый период особое внимание уделялось стадиям применения права. Например, Е.В. Васьковский выделял четыре операции, которыми исчерпывается процесс применения законов на практике: 1) юридический анализ конкретных случаев, подлежащих разрешению; 2) критику подлинности норм; 3) толкование норм и 4) логическое развитие их¹⁸.

В целях применения права отдельно выделялась операция установления подлинности норм – критика. Критика юридических норм разделалась на высшую и низшую. С помощью высшей критики достигались сведения о том, что применяемая норма является правовой и санкционированной в

¹⁸ *Васьковский Е. В.* Руководство к толкованию и применению законов (для начинающих юристов) Москва, издание Бр. Башмаковых, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и Ко, 1913. С. 6, 7.

установленном порядке. Низшая критика заключалась в техническом приеме выяснения правильного текста нормы и имела отношение только к письменным нормам (например, сличение копии и подлинного текста закона, устранение опечаток в официальном издании закона).

Задача высшей критики осложнялась установлением подлинности правовых обычаев. В этой связи Е.Н. Трубецкой отмечал тот факт, что «в России обычаи великороссов разнятся от обычаев белоруссов, а обычаи этих последних резко отличаются от обычаев литовских; различные сословия – мещане, крестьяне, купцы – имеют каждое свои особенные обычаи»¹⁹. Возможность злоупотребления обычным правом, проблемы, связанные с установлением его наличия, создавали трудности для судьи в процессе правоприменения.

Критика норм права являлась предварительным этапом применения и основой для толкования права. При применении права выделялась стадия установления большой посылки, который Г.Ф. Шершеневич сводил к двум операциям: установление текста нормы права (критика) и установление содержания нормы права (толкование). При этом правовед отмечал, что особенность «судебного умозаключения» состоит в том, что большая посылка не подлежит доказыванию – «в судебном силлогизме устанавливается только, как норма читается и что ею повелевается, но верность ее недоказуема»²⁰. Утверждаемый факт, что установленные нормы не подвергаются проверке, свидетельствует о безусловном авторитете законодательства, на котором основывалась доктрина юридического позитивизма. Соответственно, по мнению ее последователей, судья при применении права свободен только в выборе надлежащей нормы.

В современной научной литературе на эту проблему также обращается внимание. Одним из определяющих значений для правоприменительной

¹⁹ См.: *Трубецкой Е. Н.* Лекции по энциклопедии права. Москва, типография Императорского Московского Университета, 1909. С. 138.

²⁰ *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Том IV. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 701.

деятельности В.Н. Корнев отмечает существование презумпции легитимности закона или иного нормативного правового акта, подлежащего применению. Однако это, по его мнению, не освобождает от выработки критериев, которые могли бы применяться как масштабы оценки справедливости принимаемых решений как законодателем, так и правоприменителем²¹.

В том случае, если судье при применении права не удалось отыскать большую посылку – норму права для принятия судебного решения, сторонники юридического позитивизма предписывали с помощью правил логики обращаться ко всему закону и на основании его общего смысла разрешать конкретный случай. Как отмечал С.И. Вильнянский, «сначала из отдельных частных положений, содержащихся в действующем законодательстве, выводят общее положение (индукция), а затем из этого общего положения выводят недостающее в действующем законодательстве правоположение (дедукция)»²².

Прием добывания большой посылки был назван «логическим развитием норм»²³. Юридические нормы, согласно Е.В. Васьковскому, представляют собой правила, выраженные в логической форме суждений, из которых по правилам же логики можно вывести умозаключения, т.е. в данном случае новые нормы. Применение и толкование законов у правоведа сводятся до логических операций, и автор рассматривает виды умозаключений, которые могут быть применены к юридическим нормам, такие, как например, индукция и редукция. В таких случаях исследование проблем толкования и применения законов Е.В. Васьковский обуславливал наличием в них пробелов и в этой связи вырабатывал общие правила, которыми нужно руководствоваться. Логическое развитие обнаруживает лишь скрытое содержание норм права, что

²¹ См.: Корнев В.Н. Достоинство личности как условие принятия справедливых решений в процессе правотворчества и правоприменения // Российское правосудие. 2011. № 12(68). С. 22.

²² Вильнянский С.И. Значение логики в применении правовых норм // Ученые записки Харьковского Юридического Института. Вып. 3. Харьков, 1948. С. 31.

²³ Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 3.

ограничивает деятельность судьи содержанием положительного законодательства.²⁴

С помощью толкования разрабатывались вопросы о восполнении пробелов в законе²⁵, уяснение правил логического развития норм. Правила и способы толкования закона с точки зрения юридического позитивизма становились основополагающим инструментом правоприменителя. Толкование представлялось как часть процесса отыскания большой посылки логического силлогизма. В диссертации более подробно эта проблема будет рассмотрена во второй главе.

Таким образом, основной и решающей операцией применения права выступало толкование установленных норм, раскрытие их содержания и истинного смысла. В силу объективных причин, в том числе идеологического толка, для развития теории толкования сложились благоприятные обстоятельства в пореформенный период. В этой связи, исследуя проблемы толкования права, Н.И. Хабибулина справедливо отмечает, что обстоятельное изучение политико-правового наследия дореволюционной России позволяет использовать его выводы и рекомендации, как для современной правоприменительной практики, так и для общих начал толкования права в целом²⁶. В рассматриваемый период отдельные исследования посвящались теории толкования, например, опыту толкования законов верховного кассационного суда было уделено внимание в статье Я.Г. Есиповича²⁷.

Толкование относится к формально-догматическим методам анализа права, поэтому воля законодателя анализируется в процессе толкования только в том аспекте, который нашел отражение в законе, т.е. имеет юридическое

²⁴ Там же.

²⁵ См. об этом: *Липень С.В.* Идеи установления и преодоления пробелов в праве в отечественной юридической науке второй половины XIX — начала XX вв. // *Актуальные проблемы экономики и права.* 2012. № 3. С. 191.

²⁶ *Хабибулина Н.И.* Толкование права: новые подходы к методологии исследования. СПб.: С.-Петербург. ун-т МВД России, 2001. С. 19-20.

²⁷ *Есипович Я.Г.* О толковании законов // *Журнал Министерства юстиции.* С.-Петербург, Типография Правительствующего Сената, декабрь 1894. № 2.

выражение²⁸. В юридической науке пореформенного периода ставилась задача, в соответствии с которой необходимо определить, что толковать правоприменителю – «волю закона» или «волю законодателя»²⁹. Так, даже если судье по закону дается некоторое усмотрение в применении норм права, то судья должен применять не собственную волю, а волю законодателя. Е.В. Васьковский полагал, что законодательная норма «представляет собой выраженную в словах мысль законодателя»³⁰. Соответственно цель толкования закона состоит в раскрытии её истинного смысла.

Проблема толкования права приобретает более острый характер при наличии пробела в праве, когда правовому регулированию подвергается случай, появившийся в результате развития общественных отношений. Юристы-позитивисты полагали, что в этом случае необходимо вскрыть волю законодателя, установленную в нормах, или волю закона. Согласно Г.Ф. Шершеневичу, «следует признать, что при толковании необходимо остановиться на той мысли, которая нашла себе выражение в самой норме, и не доискиваться воли творца ее, которого мы не знаем и которого психический мир нам недоступен»³¹. Поэтому понятие воли следует относить в большей степени к сфере применения права в конкретных делах, арбитром которых выступает отдельный человек — судья. Право анонимно, поэтому правоприменитель должен апеллировать к тому, что выражено, а не к тому, что хотели выразить. Таким образом решалась проблема устаревания норм. Воля законодателя связана с моментом издания, а не применения. Выявленный смысл норм не будет зависеть от условий его применения и исключается придание иного смысла закону.

²⁸ Теория государства и права: Учебник для юридических вузов / Под общей ред. д-ра юрид. наук, проф. А.С. Пиголкина. М.: ОАО «Издательский Дом «Городец», 2003. С. 401.

²⁹ А.А. Рождественский полагал, что по существу имеется только одно: воля государства. *Рождественский А.А.* Общая теория права. Курс лекций, читанных на высших женских юридических курсах. Москва, типо-литография Ю Венер преемн. О. Фальк, 1909. С. 88.

³⁰ *Васьковский Е.В.* Цивилистическая методология. Часть 1. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса: Экономическая типография. 1901. С. XXI.

³¹ *Шершеневич Г.Ф.* Общее учение о праве и государстве. Москва: Типография Т-ва И.Д. Сытина, 1908. С. 60.

Судья должен руководствоваться не буквой закона, считал Е.В. Васьковский, а мыслью законодателя, которая так или иначе выражена им в утвержденном и опубликованном тексте закона; задачу толкования составляет раскрытие этой мысли или воли законодателя³².

В статье 9 Устава Гражданского судопроизводства предписывалось решать дела по точному разуму законов, а в случае их неполноты, неясности или противоречия – по общему их смыслу. На основании указанной статьи В.М. Гордон считал, что толкование закона может быть только логическим, т.е. с точки зрения разума, общего смысла, логики закона, цели его принятия. «Логическое толкование закона ... возвышает закон на степень логического принципа»³³. Исследователь полагает, что самым главным в законе являются мысль, намерение, желание законодателя. Соответственно, при применении закона, который с буквальной стороны представляется неясным, необходимо вникнуть во внутренний смысл закона, а в случае надобности - сообразовываться с системой права, к которой относится закон, и с историей его происхождения. По логике В.М. Гордона, закон создается в соответствии с потребностями, возникшими в общественной жизни, и содержит в себе потенциальный задел для решения всех возможных случаев.

Г.Ф. Шершенвич полагал, что весь смысл толкования - в уяснении, а не разъяснении нормы: «истолковать норму значит воспроизвести отчетливо ряд представлений, содержащихся в ней»³⁴. По мнению П.И. Люблинского, задача судебного толкования заключается не в выяснении законодательной воли, а состоит в нахождении надлежащего правового решения для данного конкретного

³² *Васьковский Е.В.* Указ. соч. С. 12.

³³ *Гордон В.М.* Логический способ толкования законов и ст. 1068 т. X. ч. 1. // Журнал гражданского и уголовного права, 1881, май, июль. С. 15.

³⁴ *Шершеневич Г.Ф.* Применение норм права // Журнал Министерства юстиции. СПб. № 1. 1903. С. 50.

случая. Спорным является вопрос о том, что судья должен положить в новацию создаваемого им правового решения³⁵.

Критики юридического позитивизма его недостатком признавали односторонний подход, в соответствии с которым в правоприменительной деятельности следовало руководствоваться исключительно положительным правом. Однако это всецело следовало учению о праве как о законе, значит, о невозможности использовать не установленные законом источники (формы) права в практике правоприменения.

Парадигма, понимающая право как позитивно-установленные нормы, сводила деятельность правоприменителя к толкованию закона. Абстрактная норма как большая посылка была призвана обезопасить судебное правоприменение от конкретного многообразия. Герменевтический прием ограничивался объяснением позитивных норм, что, как представляется, исключало понятие «понимание» в отношении к праву. Следствием этого было стремление в юридическом позитивизме не понимать, а определять право. Следует отметить, что здесь прослеживается влияние позитивистской философии на природу права и интерпретация ее с помощью наук о природе. По справедливому замечанию П. Рикера, «конфликт между пониманием и объяснением принимает форму истинной дихотомии с того момента, как начинают соотносить две противостоящие друг другу позиции с двумя различными сферами реальности: природой и духом»³⁶.

В позитивистском ключе развивалось еще одно направление теории права — социологический позитивизм, который появился как реакция на утверждение догматической юриспруденции и связан с развитием социологии в XIX веке. С юридическим позитивизмом его сближали методы познания, основанные на эмпиризме и предмете познания как действующем праве. Однако именно социологический подход к праву в Российской империи второй

³⁵ См.: Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика Уголовного кодекса. Петроград, типо-литография Романова. 1917. С. 169-170.

³⁶ Рикёр П. Герменевтика и метод социальных наук // Рикёр П. Герменевтика. Этика. Политика. М.: АО «Ками» - Изд.центр Academia, 1995. С. 12.

половины XIX века был востребован либеральным направлением правовой мысли для борьбы с консерватизмом.

Социологические исследования в России связаны с изучением в середине XIX века народных и правовых обычаев социальных низов в окраинах Российской империи. Они давали богатый эмпирический материал для теоретических обобщений либерального свойства. Реакцией на эту нежелательную, с точки зрения властей, переакцентировку исследовательского интереса с умозрительных рассуждений о народном духе на эмпирические историко-сравнительные исследования реальной социально-правовой практики стала развернутая в официальной печати кампания против данного направления³⁷.

К этому течению правовой мысли принадлежал целый ряд выдающихся русских правоведов, в числе которых были Ю.С. Гамбаров, Н.А. Гредескул, М.М. Ковалевский, Н.М. Коркунов, С.А. Муромцев и другие. Социологический позитивизм был ориентирован на рассмотрение правовых проблем в широком социальном и историческом контексте. Нормы права исследовались не изолированно, а в системе общественных отношений и на каждом отдельном этапе развития общества. Право в данной трактовке представало социальным явлением, которое не находилось в статическом состоянии, а постоянно эволюционировало³⁸.

Школа социологической юриспруденции в России определенным образом соотносилась с европейскими идеями «свободного права». Однако в этой связи в диссертационном исследовании профессора С.В. Липеня было отмечено, что попытки построить новую модель правоприменения не увенчались успехом, поэтому заслуга теории «свободного права» состоит не столько в разрешении проблемы (какими критериями и в каком соотношении следует руководствоваться в своей деятельности правоприменителю), сколько в

³⁷ См.: *Лапаева В.В.* Российская социология права / Курс лекций. - М.: Российская академия правосудия, 2005. С. 43.

³⁸ См.: *Туманова А.С., Киселев Р.В.* Права человека в правовой мысли и законотворчестве Российской империи второй половины XIX – начала XX века. М.: Изд.дом Высшей школы экономики, 2011. С. 125.

самой ее постановке³⁹. В частности, И.А. Покровский пояснял стремления школы «свободного права» преодолеть традиционную методу толкования, которая «принялась освобождать ладью правосудия от всего, что составляло, по его мнению, излишнюю и вредную тяжесть»⁴⁰.

Вопрос о толковании и восполнении пробелов в законе стали предметом рассмотрения российского правоведа А.В. Завадского. Для этого он излагал и критически рассматривал воззрения отдельных исследователей немецкого права, которые занимались данными проблемами. Апеллируя к логике, А.В. Завадский опровергал возможность исключительно логическими операциями восполнять пробелы законодательства: «логика напротив нас учит, что создать по частной посылке логически общеобязательную большую невозможно, неполная индукция также даст результаты логически не лучше, чем редукция»⁴¹.

В связи с тем, что в социологическом позитивизме отстаивалась необходимость судейского усмотрения, его представителями критиковалось учение о толковании права как несовершенная стадия правоприменительного процесса. Настоятельная нужда правоведения, писал С.А. Муромцев, состоит в том, чтобы «формулировать новое учение о призвании судьи взамен не удовлетворяющего все требованиям и потому устаревшего учения о «толковании» закона», которое «всегда содержит в себе явное или скрытое преобразование его»⁴².

С.А. Муромцев являлся одним из основателей нового направления в праве и считал, что у науки нет других целей, кроме практических; наука служит жизни. Однако с течением времени целью науки становилось

³⁹ См.: *Липень С.В.* Идеи «Свободного права» в юридической науке дореволюционной России: Автореф. дис. ... канд. юрид.наук. М., 1994. С. 5.

⁴⁰ *Покровский И.А.* «Прагматизм» и «релятивизм» в правосудии // Вестник гражданского права. 1916. № 5. С. 18.

⁴¹ *Завадский А. В.* К учению о толковании гражданских законов. Казань, типо-литография Императорского университета, 1916. С. 119.

⁴² *Муромцев С.А.* Творческая сила юриспруденции // Юридический вестник. 1887. Том XXVI. Книга первая (сентябрь). С. 112-117.

стремление к объективному изучению явлений. Дело было в том, что, следуя непосредственным практическим интересам, ученый не в состоянии разглядеть более общих законов, явлений. По его мнению, социальные науки еще не преодолели практической направленности, а юриспруденция является наиболее отсталой. Вместе с тем, «толкование действующих определений права, систематизирование их с целью облегчения судебной практики поглощает громадную долю сил юриспруденции»⁴³.

Крайность в учениях о праве, сведенная к логическому толкованию национальных систем права, служит исключительно практическим интересам и также не отвечает требованиям научности, – полагал Н.М. Коркунов. Так как для правильного применения права не достаточно толкования норм права, которое «не может дать полного понимания права»⁴⁴.

М.М. Гредескул признавал, что при толковании нормы права возможно довести ее до надлежащей объективной и субъективной ясности. Вместе с тем, «жизнь, благодаря своей непрерывной трансформации и обновлению постоянно удаляется от нормы, как бы постоянно от нее убегает»⁴⁵. Поэтому толкование нормы в момент ее конкретизации, т.е. при непосредственном применении ее на практике в первоизданном варианте, может быть поставлено под сомнение. Требуется умственный процесс, посредством которого предстоит приблизить норму к удаляющейся от нее жизни.

В подобных случаях, при которых норма не покрыла своим непосредственным содержанием наличествующий факт, следовало применить общие принципы законодательства. Вместе с тем, Н.А. Гредескул уже не признавал за данным процессом природу толкования и видел в нем «не осуществление права, а особый способ его образования»⁴⁶. В тех случаях

⁴³ Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М., Типография А.И. Мамонтова и К. 1879. С. 13.

⁴⁴ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. С. 442.

⁴⁵ Гредескул Н.А. К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. Харьков: Типография Адольфа Даре. 1900. С. 131.

⁴⁶ Гредескул Н.А. Указ. соч. С. 140.

конкретизации права, при которых не удастся ручаться за подлинность воли законодателя, задача применения права неизбежно приобретает творческий характер. В этом отношении Н.А. Гредескул не просто подменял понятия, а защищал позицию правотворческой роли правоприменителя.

При юридическом позитивизме в правоприменительной практике в случаях неполноты или отсутствия законов в отдельных случаях восходят к «принципам», – писал Ю.С. Гамбаров, – которые в итоге однажды открытые и установленные, сохраняют такую же неподвижность, как и законы. В следствие этого, по мнению ученого, «нас приковывают насильственно – и не в отношении какого-либо отдельного закона, а в отношении всего права – к моменту издания закона; и какова бы ни была последующая эволюция идей и учреждений, мы не можем выйти ни на шаг из заколдованного кругозора законодателя, давно переставшего существовать»⁴⁷.

При толковании закона существенную роль играет исследование социальных состояний и способов их регулирования на момент применения закона, поскольку задачей толкования является не воспроизведение воли законодателя, а исследование цели закона и извлечение всего заключающегося в нем содержания, которое осталось, может быть, скрытым для законодателя⁴⁸. Более того, «лучшие представители судебной власти нередко обходят его (*закон*) путем так называемого мнимого толкования закона или даже прямо нарушают такой запрет, если он оказывается в противоречии с господствующими в данном обществе или в его части представлениями о праве»⁴⁹.

Последователь социологического позитивизма Ю.С. Гамбаров упрекал юристов за господствующее направление в юриспруденции, при котором ограничивается ее предмет и задачи, на место действующего права ставится

⁴⁷ Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. С.-Петербург, 1911. С. 5.

⁴⁸ Гамбаров Ю.С. Право в его основных моментах. Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1 (под ред. Ю. С. Гамбарова). С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О. Н. Поповой, 1899. С. 84.

⁴⁹ Гамбаров Ю. С. Задачи современного правоведения (из журнала Министерства юстиции, январь 1907). С.-Петербург, Сенатская типография, 1907. С. 13.

действующее законодательство, таким образом устраняя из юридической науки все, кроме толкования законов как единственно возможного источника права. Ограничиваться лишь материалом, заключенным в законодательстве, изолируя право от своего прошлого и будущего, - значит вести юриспруденцию как науку к банкротству. Юриспруденция, принадлежащая к разряду наук о конкретных явлениях или о фактах действительной жизни, не должна оперировать исключительно дедуктивной методой⁵⁰. Ю.С. Гамбаров считал виновником столь печального сложившегося положения дел в юриспруденции, ее «самоограничения» учение о государственном абсолютизме, а главным проводником – историческую школу права, один из основных постулатов которой гласит, «что юриспруденции нет дела до содержания толкуемого ею права, что ей должно быть все равно, разумно или бессмысленно, благодетельно или мучительно это право, то корень этого чисто антисоциального учения лежит, с одной стороны, в недоверии к суду и началу свободного исследования, в желании подчинить оба эти начала абсолютизму формы государственного закона, и с другой – в допущенном исторической школой смешении истории права с юриспруденцией⁵¹.

Следует отметить, что философия позитивизма оказала значительное влияние на развитие юридической науки в России. На фоне критики позитивистской методологии и идейной борьбы развивался социализм и материализм. В.И. Ленин написал философский труд, посвященный материализму и эмпириокритицизму, в целях критики позитивизма⁵². Однако в материализме как мировоззренческой философской концепции не были

⁵⁰ Гамбаров Ю. С. Указ. соч. С. 4, 5.

⁵¹ Гамбаров Ю. С. Задачи современного правоведения (из журнала Министерства юстиции, январь 1907). С. - Петербург, Сенатская типография, 1907. С. 13.

⁵² Ленин В.И. Материализм и эмпириокритицизм. М.: Прогресс, 1984.

подготовлены специальные работы по теории права⁵³, «в ортодоксальном марксизме отсутствовала собственно правовая теория»⁵⁴.

Вместе с тем, в марксистско-ленинской теории права в определенной степени нашли свое отражение проблемы применения права, усмотрения правоприменителя и другие сопредельные проблемы правоприменительной деятельности. Право, а, следовательно, и его применение в буржуазных государствах критиковалось за классовый и эксплуататорский характер. М.К. Маликов отмечал, что усмотрение правоприменителя В.И. Ленин тесно связывал с повышением производительности труда и выработкой приемов работы на основе завоеваний науки и техники⁵⁵.

На фоне развития идей позитивизма и материализма в русской юридической философско-религиозной мысли второй половины XIX – начала XX века назрела потребность в критическом осмыслении права, которая выразилась в «возрождении естественного права». Основателями новой правовой школы стали выдающиеся правовед Б.Н. Чичерин и философ Вл. Соловьев. Воззрения идеалистического направления в той или иной мере также разделяли Б.П. Вышеславцев, В.М. Гессен, И.А. Ильин, Б.А. Кистяковский, С.А. Котляревский, И.В. Михайловский, П.И. Новгородцев, Е.В. Спекторский, Е.Н. Трубецкой, А.С. Яценко и другие.

Представители этого направления⁵⁶ не уделяли значительного внимания проблемам применения положительного права, т.н. вопросам сущего, а предавались созданию идеального правового устройства (вопросам должного). Юриспруденция была призвана служить высшим принципам, а не выполнять

⁵³ См. об этом.: *Сырых В.М.* Логические основания общей теории права. Т. 3. Современное правопонимание. М.: РАП, 2007. С. 101.

⁵⁴ *Поляков А.В., Тимошина Е.В.* Общая теория права: Учебник. - СПб.: Издательский Дом С.-Петерб.гос.ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб.гос.ун-та, 2005. С. 70.

⁵⁵ *Маликов М.К.* Проблема усмотрения правоприменителя: природа, признаки, пределы / Баш. ун-т. Уфа. 1990. С. 42.

⁵⁶ См. об этом: *Рябенко Е.В.* «Возрождение» естественного права и его значение для позитивного права России в конце XIX и начале XX века: Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Рябенко Елена Владимировна: Краснодар, 2002.

техническую задачу «приспособления законодательного материала для нужд практического оборота»⁵⁷.

Однако справедливым представляется то, что причины возрождения естественного права происходят не из потребностей спекулятивного мышления, а из самой практики, которая породила необходимость противопоставить позитивистским идеям абсолютный критерий. «Понятно, что не из одной лишь любви к умозрению, а в силу требований самой практики русские юристы становились философами»⁵⁸. В теорию права была внесена идея о «естественной справедливости», которая коренилась в нравственном оправдании права при осуществлении правоприменительной деятельности в непростых условиях дореволюционной России.

Следует отметить, что учения о применении права тесно связаны с пониманием права и его практической ориентированностью. В постсоветский период в России возобновился спор о соотношении практического и теоретического в юридической науке без идеологического влияния. В советское время «бытие определяло сознание», поэтому из познавательного процесса в юридических науках исключались метаюридические представления, теория права была оторвана от своей основы (философии права) в нормативизме. Как отмечал Д.А. Керимов, отрыв от обозначенного «широкого понимания практики, повторение известных истин, отсутствие прироста нового знания, приписывание правовой реальности того, чего в ней нет, – все это результат стремления обойти «острые углы», сгладить действительные противоречия и трудности общественной жизни, результат инерции мышления, бездумного следования за устаревшими, догматическими правовыми установками»⁵⁹.

⁵⁷ *Новгородцев П.И.* Из лекций по общей теории права. Часть методологическая (издание студенческое). Москва, типография Вильде, 1904. С. 105.

⁵⁸ *Русская философия права (антология)*. Сост.: А.П. Альбов, Д.В. Масленников, М.В. Сальников. СПб.: Издательство «Алетейя». 1999. С. 17.

⁵⁹ *Керимов Д.А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М.: Аванта+, 2000. С. 317.

Теория права совершенствуется под воздействием развития правовой практики, которая, в свою очередь, нуждается в теоретической обработке. Так, Г.Ф. Шершеневич заметил, что «плоха юридическая практика, не подкрепленная теоретическим светом, как и безжизненна теория, не вытекающая из практики»⁶⁰.

Развитие теоретических учений, ориентированных на их практическое применение, привело к тому, что систематическое (формально-догматическое) изучение права, господствующее в России, сменилось на историко-философское и идеалистическое. Вследствие этого, юриспруденция обогатилась за счет включения метаюридических компонентов как в теоретической, так и в практической сферах. В контексте правопонимания и правоприменения сугубо прикладная направленность была подвергнута критике представителями нового направления, и юридическая наука преодолела догматические рамки, встав на путь реформирования права эмпирическим путем, а затем и метафизическим. Практическая обусловленность правовых концепций зависела от взглядов ученых о должном и сущем в праве, в результате чего ставилась под сомнение возможность выводить из сущего должное, а идея преобразовывать практику была подвергнута критике либеральными направлениями в юридической мысли, которые выступили за преобразовательную силу правоведения.

В заключении следует сделать вывод о том, что в рассматриваемый период для теории и практики применения права сложились наиболее благоприятные условия развития в рамках формально-догматической юриспруденции. Теория толкования права являлась непосредственным предметом исследований в работах представителей юридического позитивизма. Вместе с тем благодаря влиянию либеральных идей в юриспруденции

⁶⁰ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Том I. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 16.

проблемы применения права стали рассматриваться в более широком контексте социологического позитивизма и естественно-правового направления.

1.2. Правопонимание и правоприменение: методологические основы взаимосвязи

В юридической науке России во второй половине XIX - начале XX вв. развивались теоретико-правовые концепции, в которых особое значение имела идея о необходимости основываться на специфическом признаке, по их мнению, присущем праву. Этот в некотором роде односторонний теоретико-методологический подход predetermined развитие как учений о праве, так и учений о применении понимаемого так или иначе понятия права.

Сторонники юридического позитивизма в России полагали, что только в контексте формально-догматического исследования будут разрешены научные задачи, в связи с чем ими исключались иные методологические эксперименты. С.А. Пяткина отмечала, что стремление к логико-математическим операциям при анализе нормативного материала, отвлечение от конкретно-исторического анализа составляет содержание догматического метода изучения правовых явлений⁶¹. В правовом этатизме формально-логическим методом следовало руководствоваться и правоприменителю, которому догматика права дает необходимые категории в принятии решений.

Право в этой доктрине признавалось как установленные высшей властью нормы в национальном законодательстве, отвечающие жизненным потребностям и духу времени. Изучение правовых явлений было сведено к изучению закона, вера в мощь и всемогущество которого исчерпывала попытки

⁶¹ См.: Пяткина С.А. О правовой теории русского юридического позитивизма // Правоведение. 1964. № 4. С. 117.

проникнуть в сущность права и обосновать его историко-социологическую природу. В этой связи В.Д. Зорькин отмечал, что «из проблематики юридической науки как таковой были исключены не только сущностные и аксиологические аспекты права (общая черта всей позитивистской юриспруденции), но и социальная обусловленность права, его возникновение, структура и функционирование в общем потоке социальных взаимосвязей и отношений»⁶².

Приверженцы этатистского понимания права основывались на подходе, в соответствии с которым проблемы соотношения права и нравственности, а также иные проблемы, относимые ими к области философии права, не имеющей научного значения, выносились за пределы юридического контекста. Представители философии права критиковались за то, что их взгляды на правоведение были сформулированы без эмпирических данных государственной-правовой жизни. Наука права, по их мнению, не может основываться на бездоказательных началах. При выяснении понятия права на твердом основании, писал Н.И. Палиенко, необходимо «строго держаться положительного материала, доставляемого нам многовековой жизнью человечества»⁶³.

Нормативный характер права заключался в формулировании нормы, исходя из существующего права конкретного государства, а не в его критической оценке. Полагалось, что право нельзя оценить, поскольку критерии оценки невозможно объективно определить. Констатировалось, что в истории права было множество примеров несправедливого права. Однако отрицать за каким-либо конкретно-историческим правом статус права значило бы отвергать право как явление. Логика таких рассуждений приводила к тому, что право может быть определяемо только с формальной точки зрения.

⁶² Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М.: Изд-во Московского ун-та. 1978. С. 15.

⁶³ Палиенко Н.И. Нормативный характер права и его отличительные признаки. О позитивизме в праве. Ярославль. 1902. С. 14.

Суть формально-догматического правопонимания заключалась в неуклонном требовании исполнять предписания установленного права. Именно поэтому, отмечает Е.А. Фролова, его сторонники обращают пристальное внимание на разработку формальной стороны права⁶⁴. К формальному определению права обращался Г.Ф. Шершеневич, поскольку «сущность этого понятия заключается не в том, что предписывается тем или иным законодательством, а в том, каким образом устанавливаются и поддерживаются некоторые правила общежития»⁶⁵. Соответственно, определять право следовало не через его содержание, а через ту постоянную форму, в которую отливаются требования разнообразных положительных законодательств. Это формальное определение должно вбирать в себя всякое право, существовавшее в истории правового развития. Смысл определения права через форму заключался в установленности правовых норм властными органами законодательным порядком, а следствием этого подхода являлось оправдание применения норм любого содержания.

В социологической юриспруденции сформировалось иное видение в отношении, как правоприменения, так и правопонимания. Единое происхождение позитивистских концепций права из философии позитивизма, основанной на эмпирике, способствовало тому, что априорные попытки установления сущности правовых явлений были отвергнуты. Как в юридическом, так и в социологическом позитивизме на основе сциентистских ориентиров и в правоприменении предписывалось не выходить за рамки опытных данных. П.С. Шкуринов подчеркивает, что различия этих двух форм позитивистских построений находятся в диалектической взаимосвязи, подвижны. Противопоставление их друг другу, нарочито изолированное рассмотрение лишено смысла⁶⁶. Однако, несмотря на родство позитивистских концепций, они если не оказались на взаимоисключающих позициях

⁶⁴ Фролова Е.А. Методологические основы разграничения концепций правопонимания // Государство и право. 2009. № 4. С. 67.

⁶⁵ Шершеневич Г.Ф. Определение понятия о праве. Казань, 1896. С. 278.

⁶⁶ Шкуринов П.С. Позитивизм в России XIX века. М., Изд-во Моск. ун-та, 1980. С. 331.

в отношении понимания процесса правоприменения, то выдвинули весьма различные идеи об этом.

Особенность методологического подхода социологического позитивизма заключалась в том, что, поскольку право немислимо изолировано от среды, его образовавшей, постольку не должно изучаться и применяться без учета контекста экономики, нравственности, психологии, этнической специфики и т.д. Представитель взглядов социологии права неокантианской направленности Б.А. Кистяковский утверждал, что для определения права «необходимо исследовать социальную государственно-организационную, психическую и нормативно-идеологическую природу его»⁶⁷. Наука права рассматривалась как часть науки об обществе – социологии, которая должна заниматься изучением законов развития тех или иных социальных явлений. Право как один из элементов общественной жизни должно быть изучаемо внутри системы как часть целого. Вместе с тем, существовала и критика сторонников изучения права как части общественного целого, основанная на том, что мы всегда изучаем только части и изучение права до появления социологии принесло плодотворные научные результаты.

Согласно концепции социологического позитивизма догма права, ориентированная исключительно на практику, не способна обработать с теоретической точки зрения материал, выявляемый при помощи социологического исследования. Историко-сравнительный метод, самым последовательным сторонником которого являлся М.М. Ковалевский⁶⁸, был призван улучшить качество как практического, так и теоретического правоведения. В этом отношении отказ, хотя бы и не полный, от формально-

⁶⁷ Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. Москва, издание М. и С. Сабашниковых, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К^о, 1916. С. 437.

⁶⁸ См.: Комнатная Ю.А. Политико-правовые воззрения М.М. Ковалевского: Дис. ... канд. юрид. наук; 12.00.01 / Комнатная Юлия Александровна: Саратов, 2002. С. 60.

юридической, чисто внешней трактовки государства и права имел прогрессивное значение, – отметил Н.Я. Куприц⁶⁹.

По мнению Ю.С. Гамбарова, «ни систематическое изучение, ни применение действующего права не может быть оторвано, с одной стороны, от его общих принципов или философии, и с другой – от его истории»⁷⁰. Сама практика требует доктрины, способной ориентировать ее и дать общее понимание права, представляющего собой не сумму изолированных друг от друга приказов и запретов, а одно целое, состоящее из связанных между собой определений и норм. «Как теоретические, так и практические соображения, одинаково побуждают, оставив односторонне систематизирующее направление, обратиться к изучению права в его жизни, в его движении...»⁷¹.

В социологическом позитивизме формально-догматический метод не отрицался, но оценивался как вспомогательный и второстепенный, а попытка предотвратить изъяны правотворческой и правоприменительной деятельности усматривалась в обновлении этого метода. Представителями данного направления догматика понималась как искусство, которому следует достичь определенного уровня развития, способствующего «гибкому» применению установленных норм и возможности охватывать будущие правоотношения. С.А. Муромцев был убежден, что право, изученное как социальное явление, позволит достигнуть высокого уровня догматики и, как следствие, применения норм на практике. Догматика, по его мнению, должна иметь «текущий» характер, чтобы ее принципы и определения «могли овладеть предстоящим развитием». Это возможно при указании целей, для достижения которых нормы назначены с верным соотношением различных свойств института.

⁶⁹ Куприц Н.Я. Из истории государственно-правовой мысли дореволюционной России. М.: Изд-во МГУ, 1980. С. 145.

⁷⁰ Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. С.-Петербург, 1911. С. 170.

⁷¹ Коркунов Н.М. Наука права и естествознание // Журнал гражданского и уголовного права. СПб. 1879. Книга вторая. С. 47.

Следовательно, правоприменитель не будет введен в заблуждение законодателем, а его практика получит правильное направление⁷².

Социологическая юриспруденция развивалась на фоне прогресса естественнонаучных направлений XIX века. Так же как все явления общественной жизни в их концепции, право стало носить относительный характер. В этом случае при отправлении правосудия должен преобладать релятивизм, предполагающий усмотрение правоприменителя, за расширение которого и выступали сторонники соответствующего направления. Проанализировав доводы «за» и «против» расширения свободы судебного усмотрения в юридической науке дореволюционной России, В.С. Липень отмечает, что поскольку доводы оппонентов не убеждали друг друга, следует признать вторичную роль конкретных аргументов по сравнению с первоначальными установками методологического и идеологического плана⁷³. Идеологическая установка сторонников судебного усмотрения была связана с их либеральными представлениями и попыткой побороть формализм в принятии решений, столь распространенный в дореформенном отечественном правосудии.

В свою очередь, широкие границы судебного усмотрения предопределили правовое творчество судебных органов, которое в некотором смысле связано с методологическими ориентирами философии жизни, развивавшейся на рубеже XIX – XX веков в европейской мысли. «Ссылки на «жизненные условия», «жизненные ценности», направленные против «юриспруденции понятий», легитимации права, согласуются в мировоззренческом плане с «философией жизни» во всем ее диапазоне от Дильтея до Шпенглера»⁷⁴. В частности, учение А. Бергсона было связано с интуитивизмом и волевым началом в познании, а также борьбой с

⁷² См.: *Муромцев С.А.* Что такое догма права? М., Типография А.И. Мамонтова и К^о, 1885. С. 32, 33.

⁷³ *Липень С.В.* Доводы «за» и «против» расширения свободы судебного усмотрения в юриспруденции дореволюционной России: две системы научной аргументации // *Юридическая техника.* 2013. № 7-1. С. 180.

⁷⁴ *Кленнер Г.* От права природы к природе права: Пер.с нем. / Под ред. Б.А. Куркина; Вступ. ст. Л.С. Мамута. - М.: Прогресс, 1988. С. 209.

рационализмом⁷⁵. В этом проявилась попытка осмыслить правую сферу на других принципах – принципах, отличных от господствовавших в механистическом естествознании и формальной логике. Проецируя эти идеи на сферу юриспруденции, правовую жизнь следовало воспринимать как творческий процесс. В.В. Трофимов отмечает, что «именно тогда стали смотреть на так называемое «право жизни»⁷⁶. Социологическая школа, пожалуй, одна признавала наличие рационального и иррационального в праве и настаивала на индивидуализации процесса применения права⁷⁷.

Следует также подчеркнуть, что само «понимание» относится к иррациональному ряду приемов философии в постижении нового концепта, наряду с интуицией, вчувствованием и др. Вероятно, что понимание обусловлено непрерывном потоком общественных отношений и всегда может быть только конкретным. Подобную установку выражал О. Шпенглер в том, что «существует только каузальное понимание»⁷⁸. В отношении права это может означать невозможность сведения права к безусловным критериям и что право проявляется только в конкретных случаях.

Еще одно направление во второй половине XIX – начале XX вв. основывалось на позитивистских началах эмпирического изучения права без метафизической обусловленности и сформировалось в психологическую школу права. В своей теоретико-методологической сущности психологизм в праве разрабатывался в рамках социологической юриспруденции и опровергал правовой этатизм. Глава психологической школы права Л.И. Петражицкий «охарактеризовал право, не прибегая к такому традиционному критерию, как государственная санкция»⁷⁹.

⁷⁵ Бергсон А. Творческая эволюция. Москва Жуковский: Кучково поле, 2006.

⁷⁶ Трофимов В.В. Социально-психологическая природа правовых норм // Вестник ТГУ. 2001. Вып. 1 (21). С. 51

⁷⁷ Корнев А.В. К вопросу о правопонимании в дореволюционной России // Государство и право. 1998. № 5. С. 97.

⁷⁸ Шпенглер О. Закат Европы: Очерки морфологии мировой истории. Т. 2. Всемирно-исторические перспективы / Пер. с нем. С.Э. Борич. – Минск: «Попурри», 2009. С. 329.

⁷⁹ Карбонье Ж. Юридическая социология. – Б.: БГК им. И.А. Бодуэна дэ Куртенэ, 1998. С. 113.

Уже современниками правоведа было общепризнано новаторство правовой теории, созданной в его научных трудах. Л.И. Петражицкий ставил перед собой задачу отыскать прочный фундамент для науки права, существо права, которое вовсе не находится в области трансцендентного. Внутренние психические акты, по его мнению, должны стать источником познания права, поскольку они есть психологическая реальность, явление духовного мира⁸⁰. Таким образом в механизме действия права была выявлена новая грань, поскольку ученый исходил из субъективного, «внутреннего» фактора, т.е. особенностей самого адресата права⁸¹.

В школах права, основанных на традиции философского позитивизма, которая была связана с естествознанием, обосновывалось проникновение естественно-научных методов в социально-гуманитарные науки, в том числе и в юридические науки. Предпринимались попытки определить «законы в научном смысле слова», которые работают в юридической науке. В этой связи, например, Н.М. Коркунов ставил и решал проблему познания «юридического закона» в контексте и в соотношении с «законами в научном смысле»⁸².

Научный характер правоведения в юридическом позитивизме основан на законах юридической догматики, которые имеют необходимый характер и неоспоримы в применении их на практике. Существование в юридической науке неизменных принципов – законов, которые в отличие от положительного законодательства, не могут произвольно устанавливаться, – ставит ее на один уровень с естественными науками. Вместе с тем, догма права на основе сущего выводила нормы права, правила человеческого поведения нормативные по своей природе императивы. Поэтому над идеей необходимости превалировала идея долженствования.

⁸⁰ *Петражицкий Л.И.* Теория и политика права. Избранные труды / Науч. ред. Е.В. Тимошина. СПб.: «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2010. С. 251.

⁸¹ См.: *Гойман В.И.* Действие права (Методологический анализ). М.: Академия МВД РФ, 1992. С. 12.

⁸² См.: *Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах / Отв.ред. М.Н. Марченко.* – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2013. Том 2: Право. С. 292.

В социологическом позитивизме понимание закона основывалось на идее необходимости, обусловленной тем, что социальные процессы общества происходят в соответствии с принципами естественных наук. Это, в свою очередь, ограничивало социологический позитивизм в праве решать вопрос, каким должно быть право.

Ряд блистательных открытий в естественных науках с использованием экспериментальной методы, пояснял Ю.С. Гамбаров, свидетельствует о том, что в этом отношении и право не может быть предметом научного знания до тех пор, пока оно будет обрабатываться *a priori*, т.е. путем логических заключений из произвольно принимаемых посылок. Поэтому необходимым условием изучения права являлась «обработка его *a posteriori*, т.е. теми же методами опыта и наблюдения, которым человечество обязано всеми своими завоеваниями в области знания»⁸³.

К одним из требований отнесения к научности ученые выделяют неизменность законов при определенном наборе фактов. Так, для представителей юридического позитивизма это были законы юридической статики, для социологического позитивизма – законы юридической динамики. В школе естественного права также были законы – «вечные», однако существующие и без помощи опыта.

На рубеже XIX — XX веков уделялось значительное внимание разграничению естественных и гуманитарных наук⁸⁴ в том контексте, что к ним не может быть одинаковых требований в исследованиях. Относительно рассматриваемого в диссертации предмета очевидно, что процесс правоприменения проходит не только и не столько в зависимости от явлений естественно-научного свойства. Такой вывод как минимум обуславливается

⁸³ Гамбаров Ю.С. Задачи современного правоведения (из журнала Министерства юстиции, январь 1907 г.) С.-Петербург, Сенатская типография, 1907. С. 30.

⁸⁴ См., например: Риккерт Г. Науки о природе и науки о культуре. М.: Республика. 1998.

наличием нравственного как производного от свободно-разумного человека, в том числе правоприменителя.

Отличительной чертой именно естественно-правовой концепции являлось то, что ее представители источник права искали в природе человека. Они соотносили правовые явления с нравственными императивами. И.А. Ильин писал, что правовые законы относятся к законам долженствования, которые необходимо отличать от законов бытия. Законы долженствования указывают постоянный и необходимый порядок, который людям надлежит осуществлять в их деятельности. Смысл необходимости состоит в том, что тот, кто поступает согласно закону долженствования, тот не может быть неправ⁸⁵.

Представители идеалистического течения в основу права включали неизменные начала, которые вне зависимости от конкретной действительной жизни задают правовые императивы. Предметом познания выступали идеальные правовые сущности. Так, в этот период была актуален вопрос о замене позитивной науки на идеалистическую философию права, а также может ли последняя вообще удовлетворять требованиям научности. Выявляя значимость «новой науки права» – позитивной, С.В. Пахман считал, что только в ней возможна прочная мерка и для разграничения жизненных истин от бесчисленных научных предрассудков, выросших на почве чисто идеалистического направления»⁸⁶.

Обновленная школа естественного права во второй половине XIX века в первую очередь была направлена против методологических позиций позитивизма. Так, по мнению Ф.В. Тарановского, противники позитивизма в русской науке, выступившие с его критикой как прямолинейного и одностороннего подхода, ищут новые пути в духе гносеологического и нравственного идеализма⁸⁷. Они указывали на такие недостатки

⁸⁵ См.: *Ильин И.А.* Теория права и государства. Изд. 2-е, доп. / Под ред. и с библиографическим очерком В.А. Томсинова. - М.: Зерцало, 2008. С. 220.

⁸⁶ *Пахман С.В.* О современном движении в науке права. С.-Петербург, Типография Правительствующего Сената, 1882. С. 13.

⁸⁷ См.: *Тарановский Ф. В.* Учебник энциклопедии права. Юрьев, типография К. Маттисена, 1917. С. 56.

позитивистских теорий права, как «формализм, догматизм, релятивизм и этатистская направленность»⁸⁸. Методологическую основу доктрины «возрожденного естественного права» в России составляла философия неокантианства и неогегельянства, базирующаяся на представлении о диалектике должного и сущего.

Согласно критическому направлению, в основе построения правовых теорий должна быть философия права. И сегодня подчеркивается, что понятие права принадлежит к разряду философских категорий, т.е. метанаучных⁸⁹. Сторонники этого направления «сочли необходимым выйти за рамки исключительно исторического и догматического исследования правовых проблем, покончить с отрицательным отношением ко всякому философскому элементу в юриспруденции и поднять науку права на философский уровень»⁹⁰. Естественно-правовое направление в юридической науке апеллировало к идеалистической методологии познания права. «В русском дореволюционном правоведении философия права занималась изучением идеальных первооснов права. Эти идеальные начала философии права противопоставлялись действующей системе правовых норм»⁹¹.

Появление естественно-правовой доктрины во второй половине XIX века вызвано взаимопроникновением идей школы классического естественного права и исторической юриспруденции. Основоположник школы «возрожденного естественного права» в Германии Р. Штаммлер определил, что «не существует ни одного положения права, которое по своему положительному содержанию оставалось бы безусловно неизменным»⁹². Новое течение в юриспруденции позволило устранить крайности двух направлений и

⁸⁸ Поляков А.В., Тимошина Е.В. Общая теория права: Учебник. - СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. С. 66.

⁸⁹ Гребеньков Г.В. Право как предмет философского и научного познания: принципы и методология демаркации // Философия права. 2010. № 1. С. 29.

⁹⁰ Куницын А.С. Вопросы методологии научных исследований в российской юридической классике // Журнал российского права. 2011. № 12. С. 94.

⁹¹ Философия права: Курс лекций / Э.В. Кузнецов, В.П. Федоров, А.В. Кузнецова, О.Э. Старовойтова. - СПб.: ГУАП, 2013. С. 309.

⁹² Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоведения. Москва: тип.т-ва И.Д. Сытина. 1908. С. 12.

признало, как умозрительную роль, так и значение конкретно-исторического развития в образовании, развитии и определении права. Одним из сторонников естественного права с меняющимся содержанием в России был Вл. Соловьев, который писал, что сущность естественного права сводится к понятиям личности, свободы и равенства и является алгебраической формулой, под которую история подставляет различные действительные величины положительного права⁹³.

Продолжателем этих идей был П.И. Новгородцев, который считал, что право никогда не сможет стать совершенным и справедливым. Он определял право как результат борьбы различных общественных сил – сложный продукт их взаимодействия. Соответственно, отражая на себе следы этой борьбы и этого взаимодействия на протяжении всего общественного развития, право никогда не сможет быть ни строго логическим, как учила историческая школа права, ни вполне совершенным, во что верили представители рационалистической доктрины школы естественного права. «Отсюда вечное искание новой правды, которое не может прекратиться, как не могут исчезнуть общественные различия и разногласия»⁹⁴, – делал вывод П.И. Новгородцев.

Приверженцы естественного права Нового времени, полагаясь на рационалистические теории, пренебрегали историческим процессом, ход которого, по их мнению, может менять человеческая воля путем создания законов, даже вопреки объективным реалиям. Неотъемлемой заслугой историзма явилось корректирование революционных идей естественно-правовой концепции, что позволило последней возродиться в новом качестве. Историческая школа права происхождения права усматривала в органических процессах развития народного духа. В.М. Гессен отмечал, что с победой исторической школы права окончилась пора «рационалистического

⁹³ См.: Соловьев В. Право и нравственность (очерки из прикладной этики). С.-Петербург, издание Я. Канторовича, «Центральная» типо-литография М. Я. Минкова. С. 12.

⁹⁴ Новгородцев П.И. Право и нравственность. Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1 (под ред. Ю.С. Гамбарова). С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О.Н. Поповой, 1899. С. 129.

естественного права»⁹⁵, т.е. права, выведенного на разумных началах новоевропейского человека. Вместе с тем, традиции рационалистической методологии являлись познавательной альтернативой иррационалистическим идеям философии жизни, которые, как представляется, присутствовали в социологическом позитивизме.

В естественно-правовом направлении рассматриваемого периода была признана зависимость правовых явлений от поступательного развития человечества. Тем не менее, в нем определялся и формулировался абсолютный принцип, единое, высшее начало всего правового, стоящее над вечно изменчивым и противоречивым позитивным правом. Ф.В. Тарановский полагал, что «если содержание естественного права и изменчиво, то все же неизменной остается самая идея естественной справедливости»⁹⁶. Конечно, признавал В.С. Соловьев, понятие справедливости изменчиво, но неизменным остается принцип, согласно которому нравственность составляет внутреннюю обусловленность права⁹⁷.

Немецкий ученый Р. Штаммлер разрабатывал особый формальный метод, который был бы применим во всех конкретно-исторических условиях. Отдельная правовая норма будет справедливой в том случае, если ее «условное содержание соответствует общей идее человеческого общения – «социальному идеалу»⁹⁸. В теории справедливого права этого правоведа обосновывалось положение, в соответствии с которым долженствующее нельзя выводить из существующего. Так, Н.М. Коркунов полагал, что представители идеалистического направления, «признавая относительность права, думают тем вернее отстаивать абсолютный характер справедливости»⁹⁹. При помощи методов познания представителей естественно-правового направления, утверждались

⁹⁵ Гессен В.М. Возрождение естественного права. Право. СПб. 1902. С. 476.

⁹⁶ Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, типография К. Маттисена, 1917. С. 219, 220.

⁹⁷ См.: Корнев А.В. К вопросу о правопонимании в дореволюционной России // Государство и право. 1998. № 5. С. 95.

⁹⁸ Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правопонимания. Москва: тип.т-ва И.Д. Сытина. С. 85.

⁹⁹ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. С. 100.

абсолютные критерии в праве, что в контексте его применения поколебало авторитет позитивированных норм права.

В плане развития отечественных политико-правовых идей «возрожденное естественное право» выполнило историческую роль критика, противопоставив свои идеи правовому позитивизму. Однако, в целом, как представляется, объект настоящего исследования в социокультурном дискурсе отечественного генезиса политико-правовых учений – это не набор концепций с разрозненными идеями, а целостность правовых представлений, восполняющих и дополняющих друг друга. Причины многообразия правовых представлений коренились в том, что одни из них вызывали к жизни другие, способствуя интеграционному процессу в праве. Как уже отмечалось, юридическая наука была отражением напряженного социально-политического развития предреволюционной России. В связи с этим интересно высказывание М.И. Пантыкиной о том, что появление интегративного подхода к праву на рубеже веков обусловлено скорее «предчувствием» грядущих социальных изменений, чем объективными социально-политическими причинами¹⁰⁰. В среде ученых стремились найти компромисс и выйти как из кризиса идейных подходов к праву, так и из кризиса социально-экономического.

В контексте закономерных процессов развития юридической науки и особенностей юридической практики различные подходы к исследованию правовых явлений давали возможность глубоко выявить потенциал каждой концепции, что приводило к сближению гносеологических и онтологических идей в них. Комплекс учений, затрагивающих проблемы понимания права с позиций одностороннего подхода, позволил создать интеллектуальный задел для формирования синтетической теории права и выявить сущность права как многогранного явления.

Вместе с тем, необходимо подчеркнуть, что даже в отдельных правовых концепциях появлялись попытки синтезировать правовые идеи. Поскольку, в

¹⁰⁰ Пантыкина М.И. Интегративное правопонимание как неклассическая концепция права // Юрист-Правоведь. 2009. № 4. С. 17.

первую очередь, серьезной критике в правовой науке был подвергнут юридический позитивизм, его представителям приходилось давать отпор идеям либеральных правоведов и искать пути решения научно-практических проблем. С.А. Пяткина отмечает, что кризис этого направления выразался в том, что под натиском новых направлений он шел им на уступки, отказываясь от своих прежних принципов¹⁰¹. Как известно, выдающийся юрист-позитивист Г.Ф. Шершеневич обращался не только к формально-догматическим приемам. В этой связи Т.А. Желдыбина отмечает, что, оставаясь позитивистом, он становился на точку зрения методологического плюрализма¹⁰².

Интересным, но не вполне обоснованным представляется вывод В.Г. Баева и О.А. Зайцева на основе исследования трудов дореволюционных правоведов о том, что их стремление определить свое отношение к теории интереса свидетельствует об интегративной роли категории «интерес» в разработке основных теорий правопонимания в России конца XIX – начала XX века¹⁰³. Роль интереса при регулировании правоотношений была одной из причин конкурирования правовых концепций, однако в большей мере она была поводом для критики сторонников социологического позитивизма.

Идеи об интегративном подходе в праве в рассматриваемый период в большей степени развивали именно представители либеральной политико-правовой мысли. Теоретико-методологический курс развития юридической науки рассматриваемого периода, безусловно, направляла отечественная либеральная мысль, которая выгодно отличалась глубиной теоретического исследования, стремлением к объективному научному анализу политических явлений, высокими культурными, этическими и правовыми идеалами¹⁰⁴. Более того, А.В. Попова полагает, что теории (школы) права, которые

¹⁰¹ Пяткина С.А. Русская буржуазная правовая идеология: Учеб. пособие. – М.: ВЮЗИ, 1980. С. 76.

¹⁰² Желдыбина Т.А. Доктрина Г.Ф. Шершеневича о праве и государстве: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2011. С. 28.

¹⁰³ Баев В.Г., Зайцев О.А. Интерес как философско-правовая категория в учениях русских правоведов XIX – начала XX века // История государства и права. 2012. № 23. С. 14.

¹⁰⁴ См.: Азаркин Н.М. История юридической мысли России: Курс лекций. – М.: Юрид. лит., 1999. С. 315.

«сосуществовали в рамках общественной мысли России во второй половине XIX века, и стали гносеологическими основаниями для интегральной нелиберальной политико-правовой доктрины»¹⁰⁵. В.Н. Корнев отмечает, что либеральные государствоведы России поставили ряд вопросов, имеющих важное значение для общей теории права: разграничение права и закона, выяснение характера принуждения в праве; *синтез* социологического, психологического, нормативистского и аксиологического подходов к праву; соотношение объективного и субъективного права; ценностное обоснование права¹⁰⁶.

Приверженцы естественно-правового направления тоже стремились к методологическому компромиссу, но, прежде всего, на основе нравственного оправдания права. Ими был отвергнут методологический монизм в связи с необходимостью философского, исторического и социологического исследований проблем государства и права¹⁰⁷. Так, выдающийся правовед Б.А. Кистяковский оказал влияние на становление интегративного понимания права и должен быть отнесен к сторонникам «широкого понимания права»¹⁰⁸.

С.И. Максимов характеризует подход к праву Вл. Соловьева как синтетический, суть которого заключалась в сочетании абсолютных естественно-правовых принципов с культурно-исторически изменяющейся правовой действительностью¹⁰⁹. Таким образом, украинский исследователь «возрожденное» естественное право, сторонником которой был дореволюционный философ, трактует как синтетический подход к праву. В другой статье русского ученого В.Г. Графского отмечается, что Вл. Соловьеву

¹⁰⁵ Попова А.В. Теоретико-правовое исследование нелиберальной политико-правовой доктрины в России (конец XIX - начало XX вв.): Автореф. дис. ... д-ра юрид.наук: 12.00.01 / Попова Анна Владиславовна. - М., 2014. С. 20.

¹⁰⁶ См.: Корнев В.Н. Либеральные концепции государства и права в России начала XX века (1905-1917 годы). - Белгород: Изд-во БелГУ. 2001. С. 80.

¹⁰⁷ См.: Куницын А.С. Вопросы методологии научных исследований в российской юридической классике // Журнал российского права. 2011. № 12. С. 97.

¹⁰⁸ См.: Львов С.А. Критика «философии ценностей» в русской буржуазной политико-правовой мысли (Б.А. Кистяковский): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Львов Сергей Александрович. Л., 1983. С. 12.

¹⁰⁹ Максимов С.И. Дуальность права в контексте методологии правопонимания // Власть и управление на Востоке России. 2011. № 3. С. 162.

принадлежит уникальный замысел синтетической философии, которая послужила благодатной почвой для выдвижения концепции особым образом синтезированной теории права и государства А.С. Яценко...»¹¹⁰.

А.С. Яценко, один из первых дореволюционных правоведов, заявил о разработке синтетической теории права¹¹¹, преодолев подход узкого правопонимания. Учение о праве И.В. Михайловского, который был продолжателем идеалистической традиции русского правоведения, также носило синтетический характер¹¹².

Таким образом, плюралистические идеи о праве весьма интенсивно развивались в отечественной истории учений о праве. Безусловно, эти идеи развивались и в среде зарубежных ученых. Так, Г. Дж. Берман писал о нужде в юриспруденции, которая интегрирует традиционные школы права и выходит за их пределы¹¹³.

Идея теоретико-правового «синтеза» в русской философии права начала XX века несомненно связана с современными поисками интегрального подхода к праву¹¹⁴. В современной науке концепция, основанная на интеграции подходов к пониманию права, которая «должна предоставить возможность для более концентрированного определения права»¹¹⁵, поддерживается весьма значительным количеством ученых. Наиболее последовательно идеи об интегративном правопонимании в России проводятся профессором В.В. Ершовым¹¹⁶ и профессором В.Н. Корневым¹¹⁷. Сегодня в меньшинстве

¹¹⁰ См.: *Графский В.Г.* Право как результат применения правила законной справедливости (интегральный подход) // *Государство и право.* 2010. № 12. С. 6 -7.

¹¹¹ См.: *Макаров Р.Н.* Идея этико-правового синтеза в философии права А.С. Яценко: Дисс. ... канд. юрид. наук: 09.00.05 / Макаров Роман Николаевич: Тула, 2003. С. 82.

¹¹² *Михайловский Г. В.* Очерки философии права. Том I. Томск, издание книжного магазина В. М. Посохина, 1914.

¹¹³ *Берман Г.* Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. - 2-е изд. - М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА М-НОРМА, 1998. С. 17.

¹¹⁴ См.: *Наука теории и истории государства и права в поисках новых методологических решений: Коллективная монография / Отв. ред. А.А. Дорская.* - СПб.: Астерион, 2012. С. 346.

¹¹⁵ *Скоробогатов А.В.* Методология исследования права в современном российском правоведении // *Юридическая наука.* 2012. № 4. С. 21.

¹¹⁶ *Ершов В.В.* Правопонимание, правотворчество и правоприменение // *Российское правосудие.* 2008. № 5.

находятся ученые, критически отзывающиеся о сближении подходов к определению и пониманию права. В.В. Сорокин считает, что плюрализм, в который впала методология российской юриспруденции, смешивая истину с ложью, «пагубен в области духовно-религиозной, морально-этической, мировоззренческой, к каковой относится проблема правопонимания»¹¹⁸. Для других ученых очевидно, что в основе любого логически выверенного правового учения (правовой теории, научной школы), в том числе позитивной теории права (или общей теории позитивного права), должны находиться единые философско-методологические положения и принципы¹¹⁹.

Плюралистический подход к пониманию права допускает методологическое сосуществование его определений и широкой оценки деятельности правоприменителя, что не может не влечь в процессе применения права принятие ряда порой взаимоисключающих правовых решений, тогда как наличие единого методологического подхода ведет к принятию единственно верного судебного решения. Другими словами, от того, к какому роду явлений принадлежит право, зависят и особенности его применения.

Несмотря на родство позитивистских концепций с философским позитивизмом во второй половине XIX века, они порождали разногласия как в отношении понимания права, так и его применения. Обновленная школа естественного права вступила в правовой дискурс с целью разрешить правовые проблемы с точки зрения ценностного подхода и стала близка юридическому позитивизму, признавая авторитет закона; с другой стороны она способствовала развитию идеи о руководстве в правоприменении «естественной справедливостью» в противовес закону.

¹¹⁷ Корнев В.Н. Философские и правовые основания понимания применения международного и внутригосударственного права // Российское правосудие. 2011. № 4.

¹¹⁸ Сорокин В.В. О плюралистическом подходе к правопониманию: субъективные заметки // Правовая культура. 2008. № 1(4). С. 55.

¹¹⁹ Радько Т.Н., Медведева Н.Т. Позитивизм как научное наследие и перспектива развития права России // Государство и право. 2005. № 3. С. 6.

Поиску научной истины и зарождению интегративных правовых идей не только в правопонимании, но и в правоприменении способствовало решение совокупности таких фундаментальных и прикладных проблем, которые связаны с пониманием естественной справедливости, формами (источниками) права, нравственным обоснованием права и ценностью права, судебным усмотрением, толкованием права, распознаванием и индивидуализацией права и др. Особое методологическое значение для нашего исследования имеет здесь то, что правопонимание подразумевало диалектическое единение объективной и субъективной трактовки сущности права. Эта классическая философская проблема противопоставления объективного и субъективного имеет значение и в плане формирования учений о применении права.

Надо сказать, что объективное право выражается в существовании правовых норм, субъективное в правоотношениях, правах и обязанностях, устанавливаемых для субъектов права. Это два смысла, которые вбирает в себя понятие права. В юридической науке всегда существовали попытки выявить взаимообусловленность объективного и субъективного элементов права: субъективное право определяет объективное или наоборот, и что из них первично, объективное право находит реализацию в субъективном или субъективное конкретизирует объективное и т.п. Право в объективном смысле носит отвлеченный, абстрактный характер и не зависит от воли конкретного субъекта. Это понимание права принимают представители юридического позитивизма и естественно-правового направления.

С позиций юридического позитивизма в России субъективное право рассматривалось как производное от норм объективного права, как рефлекс объективного порядка права¹²⁰. Его сторонники полагали, что объективное право может существовать и без субъективного, а субъективные права имеют происхождение исключительно от объективного права.

¹²⁰ См.: *Корнев В.Н.* Проблемы теории государства в либеральной правовой мысли России второй половины XIX - начала XX века: Дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. М., 2006. С. 220.

Представители социологического позитивизма в России рассматриваемого периода видели взаимообусловленность субъективного и объективного права с производным положением второго. «Субъективный метод, став определяющим в научном творчестве Н.М. Коркунова, и обусловил особенности использования им исторического, сравнительного и других приемов исследования»¹²¹.

Правовые притязания конкретного субъекта как его субъективное право, его защита и разграничение интересов имеют более существенное значение в социологическом позитивизме. Это связано с тем, что объективированное в законе право не исключает погрешностей, противоречий и других своих отрицательных признаков. Поэтому, воля отдельных лиц имела значение при правообразовании и в связи с этим защищалась правотворческая роль судьи. В правоприменении это выразилось в защите не позитивного права, установленного законом, а производных от субъекта интересов.

В формально-догматическом направлении право понималось на основе его объективных свойств и такого источника права как закон, которым устанавливаются наиболее абстрактные нормы. Социологическое направление расширяло круг источников права судебной практикой, которая придает праву субъективный характер, поскольку в ней выражается усмотрение судьи. Естественно-правовое направление стремится к объективному идеализму или безусловным критериям, в связи с чем абсолютизирует значение закона.

Как известно, в марксистско-ленинской философии разделение на субъективное и объективное в праве было преодолено посредством диалектического метода. «Диалектические методы существовали в системе средств и способов познания теории государства и права конца XIX - начала XX века»¹²². Соответствующим образом была решена проблема применения

¹²¹ Экимов А.И. Коркунов М.: Юрид.лит., 1983. С. 26.

¹²² Торчилин К.Е. Материалистическая диалектика в системе методов общей теории государства и права конца XIX - начала XX в. // История государства и права. 2012. № 17. С. 8.

права в этой традиции философии, которая, признавая первичность материального мира и способность человеческого сознания правильно отражать окружающую действительность, имеет непосредственное значение для правильного понимания правоприменительной деятельности, процесса исследования фактических обстоятельств¹²³. В связи с этим положения марксистской теории познания в правовой науке позволяли постигать объективную истину, основываясь на фактах реальной действительности, в процессе применения права.

Гносеологическая связь правоприменения и правопонимания в теории и философии права обуславливалась теми главенствующими признаками, которые берутся за основу определения права и необходимо ему присущи в рамках определенной парадигмы. Поэтому, например, было принято основываться на объективистских или субъективистских представлениях о праве, отдавать приоритет определению права через форму или содержание, выстраивать иерархию источников права, выявлять определяющую связь права и государства. Эти проблемы теории права, как непосредственно связанные с предметом исследования, в работе будут рассмотрены в следующих параграфах.

Следует подчеркнуть, что взаимосвязь между пониманием и применением является предметом осмысления философских традиций, в особенности герменевтикой, которая имеет непосредственное отношение к юридической науке. Применение является одним из интегрирующих моментов всякого понимания вообще и основным моментом герменевтической проблемы, которая определяет понимание с самого начала и во всем его объеме. Так, представитель философской герменевтики XX века Х.Г. Гадамер заключал, что «в понимании всегда имеет место нечто вроде применения подлежащего пониманию текста к той современной ситуации, в которой находится

¹²³ Дюрягин И.Я. Применение норм советского права: Теоретические вопросы. Свердловск, Средне-Уральское книжное издательство, 1973. С. 54.

интерпретатор»¹²⁴. Применение вовлечено в единый герменевтический процесс, является такой же его интегральной составной частью наряду с пониманием и истолкованием. Философ писал о том, что закон должен быть путем истолкования конкретизирован в своей правовой значимости (вынесено решение), равно как и религиозный текст нуждается в таком понимании, которое позволило бы ему оказать свое спасительное воздействие (теологическая проповедь).

В рассматриваемый период истории политико-правовой мысли и общественной практики в России правопонимание и учения о правоприменении выступали как зависимые друг от друга категории, осмысление связи между которыми позволяет выявить, что в первой подразумевались теоретико-методологические истоки второй. Примечательно, что в советское время предпринимались интересные попытки связать трактовку понятия права с его применением как единство, в котором применение должно быть признано конститутивным моментом в существовании, бытии права¹²⁵. В современной России научные дискуссии продолжают развиваться в этом направлении. Главным водоразделом теоретических взглядов на проблемы правоприменения, безусловно, является вопрос о правопонимании¹²⁶. Ю.А. Тихомиров вместо концепций понимания права рассуждает о правовых циклах, в которых особо выделяет цикл правоприменения как фазу обратной связи – от общества к правосознанию¹²⁷.

Здесь важно, что методы, используемые исследователями, обуславливают не только юридическую теорию, но и практику. В определенном смысле метод имеет значение перехода теоретических положений о праве в область их практического преобразования. Вследствие

¹²⁴ Гадамер Х.-Г. Истина и метод: Основы филос. герменевтики: Пер. с нем. / Общ. ред. и вступ. ст. Б.Н. Бессонова. – М.: Прогресс, 1988. С. 364.

¹²⁵ Алексеев С.С., Дюрягин И.Я. Функции применения права // Правоведение. 1972. № 2. С. 33.

¹²⁶ Аверин А.В. К вопросу о связи правопонимания и судебного применения права // Ученые труды Российской Академии адвокатуры и нотариата. 2012. №2 (25). С. 19.

¹²⁷ Тихомиров Ю.А. Правоприменение: от стихийности к системе // Журнал российского права. 2007. № 12. С. 28.

этого методология применения права может совпадать с методологией его познания, поскольку в процессе реализации права также происходит выявление необходимых средств и способов.

Вместе с тем, следует учитывать, что цели и принципы применения права формируют его понимание. Когда мы говорим о понимании, то имеем в виду завершённую фазу развития воззрений на право, сложившихся в единый концепт. Таким образом особенности применения права в этом процессе задают основополагающие ориентиры для создания определённого типа правопонимания.

Интересно, что творческая деятельность по исследованию такого явления как право носит безусловный характер и ученым необходимо в некоторой степени абстрагироваться от конкретной действительности. Как полагает Л.С. Явич, познанию, осуществляемому в ходе правоприменительной деятельности, особую значимость придаёт непосредственная связь с человеческой жизнедеятельностью¹²⁸. Поскольку каждый случай уникален по своим фактологическим данным, правоприменителю необходимы такие средства понимания, которые будут способствовать правильной квалификации.

В научном мире ученые сталкиваются с трудностью обнаружения правил, наборов средств, которыми следует руководствоваться при проведении исследований в рамках научной традиции. Т. Кун в труде, посвященном структуре научных революций, обозначал эту проблему. Единство в признании интеллектуальных средств познания позволяет обнаружить такие средства в процессе их применения. Отсюда он заключает, что «новую теорию всегда объявляют вместе с ее применениями к некоторому конкретному разряду природных явлений»¹²⁹.

Всякая деятельность опосредована определённой методологией, отмечает В.В. Лазарев. В этой связи методологию правоприменения

¹²⁸ См.: Явич Л.С. Сущность права. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1985. С. 132.

¹²⁹ Кун Т. Структура научных революций. – М.: ООО «Издательство АСТ», 2003. С. 77.

необходимо исследовать ввиду практического значения учения о методах и приемах для освоения правовой действительности правоприменительными органами и должностными лицами¹³⁰. Поэтому не стоит проводить строгую демаркационную границу между методологией правопонимания как теоретического знания и методологией правоприменения, значимой только для практики. Необходимо больше уделять внимания общим проблемам в методологии понимания права и его применения.

В литературе признается, что не является достаточно изученной проблема методов правовой практической деятельности, в том числе методологии применения права¹³¹. Вместе с тем, современные исследователи затрагивают методологические проблемы реализации права¹³², правовых средств правоприменительной деятельности¹³³, методов правоприменения¹³⁴. Интересно привести классификацию Л.Н. Берг, которая среди методов, используемых при имплицировании правоприменительной деятельности, называет чувственно-рациональные (наблюдение, описание, сравнение, моделирование), формально-логические (анализ и синтез, индукция и дедукция, аналогия, систематизация), специальные (например, психологические) и специально-юридические¹³⁵. Научное исследование по методологии правоприменения проведено В.Я. Колдиным, который обращался и к опыту дореволюционных юристов¹³⁶.

¹³⁰ Лазарев В.В. Применение советского права. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1972. С. 148.

¹³¹ См.: Петрушев В. А. Проблемы методологии общей теории права // Академический юридический журнал. 2001. № 3; Подгорная Ю.А., Кузьмина Е.М. Применение права: современные подходы и актуальные проблемы методологии // Правовая культура. 2011. № 2 (11).

¹³² Погодин А.В. Содержание и методология теории реализации норм права // Ученые записки Казанского университета. Том 135. Кн. 4. 2011. С. 9.

¹³³ Сапун В.А. Правоприменительная деятельность: особенность и структура // Ленинградский юридический журнал. 2005. № 3. С. 185-191.

¹³⁴ Палеха Р.Р. Природа правоприменения как особой формы реализации права: Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Палеха Роман Робертович. Елец, 2006. С. 113; Чванов О.А. Механизм правоприменения: Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Чванов Олег Анатольевич: Саратов, 1995. С. 151 и др.

¹³⁵ Берг Л.Н. Правоприменительная деятельность в аспекте системного исследования // Российский юридический журнал. 2011. № 1. С. 57.

¹³⁶ Колдин В.Я. Проблемы методологии правоприменения // Государство и право. 2011. № 1. С. 12.

Р. Лукич в широком смысле слова под методами применения права понимает все действия, которые совершаются в процессе правоприменительной деятельности, как физического, так и интеллектуального характера¹³⁷. С идеей Р. Лукича об изучении научных и практических методов в единой методологии права не соглашался Д.А. Керимов, который видел в этом риск смешать методологию с методикой и утратить научно-познавательное значение методологии права¹³⁸.

В диссертационном исследовании мы исходим из того, что методологические предпосылки применения права коренятся в концептуальном правовом дискурсе юридической науки. Это допущение сделано для того, чтобы показать обусловленность применения права парадигмальным подходом исследователя к пониманию права.

Методы применения права выбираются в соответствии с задачами, которые они призваны выполнять¹³⁹. Применительно к нашему исследованию в социологическом позитивизме судья в процессе принятия правового решения должен быть вооружен набором способов и средств, которые способствуют в пространственно-временном контексте индивидуализации и конкретизации права как социального явления, а не только установленных законом нормы.

Таким образом, проблема правопонимания имеет исключительное значение в общей теории права и философии права. Вместе с тем, господствующий тип правовой парадигмы предопределяет воплощение теоретико-правовых основ в практической жизни. Процесс применения права обусловлен историческим контекстом и формами права, признанными быть учредителями правового порядка в конкретном пространстве и времени. Методологический инструментариум правоприменителя основывался на типе правопонимания той или иной конкретно-исторической государственно-правовой традиции. Правопонимание тесным образом связано с проблемой

¹³⁷ Лукич Р. Методология права. – М.: Прогресс, 1981. С. 287.

¹³⁸ См.: Керимов Д.А. Философские основания политико-правовых исследований. - М.: Мысль, 1986. С. 29.

¹³⁹ Лукич Р. Методология права. – М.: Прогресс, 1981. С. 288.

методологии права. Вместе с тем, практическая направленность юридической науки своим конечным результатом предполагает наиболее качественную реализацию в жизни теоретических разработок в области права. Более того, эффективность используемого метода проверяется на практике после того как практика порождает необходимость в методологии.

В общем виде в России второй половины XIX — начала XX вв. правопонимание и методологический подход к определению права представляли собой интеллектуальную предпосылку для идей о правоприменении¹⁴⁰. Теория применения права в юридическом позитивизме основывалась на формально-догматических приемах и силлогистических операциях. Социологическая юриспруденция допускала судебное правотворчество и рекомендовала практикам расширить правовой дискурс достижениями социологии. Естественно-правовые идеи ориентировали правоприменителя на высшие требования метаюридических категорий, морально-нравственного порядка, природу разума.

1.3. Правоприменение в учениях о формах и источниках права

Проблемы правопонимания, правоприменения и учения о формах и источниках права тесно взаимосвязаны, а их решение имеет познавательное и практическое значение как в современной юриспруденции, так и в контексте истории политико-правовых идей в России второй половины XIX - начала XX вв. Ученые в рамках концепций понимания права, затрагивая вопросы форм и источников права, подтверждали их дискуссионный характер. Вместе с тем, в

¹⁴⁰ См.: *Лиска О.М.* Философско-правовые и методологические основания правоприменения в правовых парадигмах России второй половины XIX –начала XX веков // *Философия права.* 2014 № 5. С. 119.

юридической практике правоприменителю необходимо правильно понимать и соответствующе применять те или иные формы или источники права.

Учение об источниках права в рассматриваемый период зависело от понимания природы права. Вместе с тем, потребности правоприменительной практики влияли на правовые воззрения. Так, диалектичен вопрос, которым задавался в то время В. Катков: «Закон ли, вместе с судебными решениями и другими признанными им факторами, создают права, или, наоборот – закон, судебные решения, некоторые обычаи и другие факты суть порождение «права»?»¹⁴¹

Правовые школы в отечественной юридической мысли ставили вопрос о том, какую форму порождения правовых норм считать подлинным правом. В устоявшийся ряд источников права, выработанный в правоведении, входили закон, правовой обычай и судебная практика. Единство взглядов современников выразилось в том, что закон – наиболее совершенная форма проявления права.

В то время предпринимались попытки к разведению понятий «формы права» и «источники права». Обращаясь к дореволюционному опыту, В.В. Ершов отмечает, что целый ряд известных юристов считали необходимым вместо оценочного понятия «источники права» применять другое оценочное понятие – «формы права»¹⁴². Представляется, что терминологическая проблема форм-источников права изначально коренится в типе правопонимания. Представители правовых концепций избирали тот или иной вариант обозначения в зависимости как от специфики понимания и определения права, так и от познавательного инструментария ученых.

В концепции юридического позитивизма в России, формально-догматический характер которого способствовал определению права как

¹⁴¹ Катков В. «Философия права» или политическая философия? // Журнал юридического общества при Императорском С.-Петербургском Университете. Книга шестая. С.-Петербург, Типография Правительствующего Сената, июнь 1898. С. 78.

¹⁴² Ершов В.В. Источники и формы российского права // Российское правосудие. 2009. № 6. С. 4.

статичного, установленного явления, было принято употреблять понятие «формы права». Согласно этому учению, формы права – это одна из разновидностей его источников, высшим выражением которых признавался закон. Сторонники социального обоснования права, выступавшие за его непрерывное преобразование и развитие, оперировали понятием «источники права», отражающим динамичный характер права. Некоторые ученые полагали определенное отождествление этих понятий. Например, под источниками права В.М. Хвостов понимал формы, в которых возникают и получают обязательную силу юридические нормы¹⁴³.

В самом общем виде под источниками права подразумевались образующие право силы. Многообразие концепций в истории правовой мысли обуславливало и множество подходов к определению источников права. Например, в естественном праве XVIII века – это человеческий разум, способный преобразовать на новых началах действующее законодательство; в исторической школе права – народный дух, в юридическом позитивизме – воля суверена. Кроме того, под источниками права понимались источники познания права – тексты законов, записи обычаев, судебные решения и др. Существовало воззрение об источниках права в формальном смысле или как фактах, вызывающих позитивацию права.

Характеризуя исследуемый период, О.Э. Лейст подчеркивал, что «источником права называли самые разные явления и обстоятельства: материальные или иные условия жизни общества, определяющие «дух законов» или волю господствующего класса (либо всего народа, государственную волю и т.п.), нормативные акты и факты, на которые ссылается сторона в юридическом споре, доказывая обоснованность своего субъективного права, и т.п.»¹⁴⁴. Юрист-позитивист Г.Ф. Шершеневич считал выражение «источники права» негодным по причине своей многозначности и выражал необходимость

¹⁴³ Хвостов В. М. Общая теория права. Элементарный очерк (изд. 6-е, испр. и доп.). Москва, типография Вильде, 1914. С. 85.

¹⁴⁴ Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 26.

заменить его на «формы права», которые суть различные виды права, отличающиеся по способу выработки содержания норм¹⁴⁵. Также Ф.Ф. Кокошкин считал не вполне удачным термин «источники права»: то, что под ними обычно понимают, он называл удобораспознаваемые формы общественного признания, в которых вовне выразилось право из общественного правосознания¹⁴⁶.

В контексте настоящего исследования важно, что исходя из принятого источника права в правовых концепциях не только выводилось определение права, но и обосновывались особенности его применения. Признавая за источником права народный дух, государственную власть, общественные отношения, природу вещей, природу свободно-разумного человека и другое, ими задаются ориентиры воплощения правовых начал в жизни. В этом отношении, например, заслуга исторической школы права состоит в том, что она поставила в один ряд право, образуемое народным духом, с той общественной, национальной средой, в которой оно применяется.

В определении права по его источнику ставилась цель указать на формы, производящие право. Определять право по его источнику значило подходить с формальной точки зрения к праву. Поэтому широкое распространение такого понимания наблюдается в этатистском правопонимании. Наоборот, понимать право на основании такого главного признака, как его юридическая защита значит не выделять источник права в качестве основного признака, как это было в социологическом позитивизме.

Представители юридического позитивизма выделяли техническое значение источников права и понимали под ними формы права: источники права представляют собой формы объективирования юридических норм «в данном обществе и в данное время». Несмотря на предвзятое отношение к субъективному правосознанию, которое неизбежно не соответствует

¹⁴⁵ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Том II. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 369.

¹⁴⁶ См.: Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву (изд. 2-е). Москва, издание Бр. Башмаковых, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К^о, 1912. С. 121.

положительному праву, Н.М. Коркунов отдает приоритет последнему ввиду его определенности, внешней распознаваемости, а также признака общеобязательности выражающейся в нем нормы. В правоведении под источниками права в техническом смысле, по выражению Н.К. Ренненкампа, подразумеваются формы, в которых образуется и действует право; от их определенности и полноты зависит твердость и бесспорность действия права¹⁴⁷.

В этот период развивалась и точка зрения, в соответствии с которой резко разделять понятия формы и источники не следует, поскольку праву свойственно перманентное развитие. Ф. Регельсбергер считал, что в области права нет нигде резких границ: «норма обычного права стремится к тому, чтобы закрепиться в законе, закон – к тому, чтобы перейти в право, испытанное обычаем»¹⁴⁸.

Особая позиция по вопросу форм и источников права принадлежит представителям школы естественного права, которые констатировали два вида выражения права: положительное право как санкционированное внешним авторитетом и право естественное, обусловленное высшими требованиями справедливости. Вл. Соловьев считал, что действительное право органического процесса истории есть первый образ существования права, и какие бы формы ни принимали правовые отношения этим нисколько не решается вопрос о сущности самого права¹⁴⁹. Более того, в этом направлении отправным пунктом в определении права и его источников служила идея о свободно-разумной природе человека.

Теоретико-правовая мысль рассматриваемого периода выдвигала весьма оригинальные воззрения в отношении форм и источников права, в связи с чем трудно согласиться с современным исследователем К.В. Петровым, который,

¹⁴⁷ Ренненкампф Н.К. Юридическая энциклопедия. Киев, товарищество печатного дела и торговли «И. Н. Кушнеров и К», 1889. С. 56.

¹⁴⁸ Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. Москва, типография т-ва И. Д. Сытина, 1897. С. 54.

¹⁴⁹ Соловьев В. Право и нравственность (очерки из прикладной этики). С.-Петербург, издание Я. Канторовича, «Центральная» типо-литография М. Я. Минкова. С. 10.

рассмотрев взгляды правоведов XIX – начала XX века, пришел к выводу о том, что в целом в дореволюционной юриспруденции вопрос об источниках права находился на периферии научных дискуссий¹⁵⁰.

Право, представленное в определенных его формах или источниках, определяет алгоритм к пониманию его доминирующей составляющей. Правовым парадигмам свойственно признание вертикальной иерархичности форм или источников права, в которой выражена структурная связь норм права. Признаваемая система форм или источников права формирует правовую традицию конкретного общества. Так, например, правовые воззрения сторонников юридического позитивизма венчали систему форм права законом, который главенствует над иными формами права. В связи с этим в работе второй половины XIX века, посвященной источникам и формам права, Н. Чижов отметил, что «на пути отыскания источника права человек подходил к более или менее ясному пониманию права»¹⁵¹.

Современный правовед М.Н. Марченко подчеркивает, что «от того, на каких методологических позициях находится исследователь, придерживается ли он, скажем, позитивистских воззрений или же разрешает проблемы правопонимания с позиций естественного права, в полной мере зависят и его представления о формах и источниках права»¹⁵². Так, Н.А. Тузов констатирует, что признание источников права «является едва ли не основным критерием типизации правопонимания»¹⁵³. Обстоятельный анализ зависимости между типом правопонимания и подходом к исследованию форм и источников права дан в статье В.П. Реутова¹⁵⁴.

¹⁵⁰ *Петров К.В.* Источники и формы права в отечественном правоведении XIX – начала XX вв. // Ленинградский юридический журнал. 2009. № 3. С. 172.

¹⁵¹ *Чижов Н.* Источник и формы права. I. Движение разрешения вопроса об источнике права в связи с историческим развитием самосознания личности. 1878. С. 5.

¹⁵² *Марченко М.Н.* Источники права: Учеб. пособие. - М: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. С. 29.

¹⁵³ *Тузов Н.А.* Детерминация правопонимания и связь источников права // *Философия права.* 2009. № 1. С. 16.

¹⁵⁴ *Реутов В.П.* Типы правопонимания и проблема источников и форм права // *Вестник Пермского университета. Юридические науки.* Выпуск 2. Апрель-июнь 2010.

Для позитивиста-догматика в теории форм права определяющим являлось создание и санкционирование их государственной властью. Обычное право и законодательство для сторонников юридического позитивизма представляло собой те нормы права, которые отвечают признаку положительно образовавшихся норм в общественной среде, обладающих общеобязательностью в своем применении.

Важнейшим признаком источников и форм права является придаваемая им общеобязательность. Споры в науке велись на предмет того, кем придается общеобязательность их содержания. В этом отношении Ф. Регельсбергер писал, что не существует единого первоисточника, «обязательная сила положений права имеет различные основания: законодательство, образование обычного права, юриспруденция...»¹⁵⁵. Поэтому соответствующие положения права имеют степень действия – полную и меньшую.

Не обязательными для применения Н.И. Палиенко считал положения науки права и судебные решения, которые не являются правом, а только выражают собой мнения суда о нормах права, касающихся того или другого случая. Следовательно, только законодательство и обычное право содержит в себе нормы права¹⁵⁶. Напротив, представители социологической юриспруденции придавали авторитет судебной практике, которая в своей сути формирует право.

В основе концепции представителей социологического позитивизма «лежало представление, что право создается не (только) из Москвы и Петербурга; оно складывается из повсеместно развивающихся общественных отношений, воплощающих различные правовые интересы, которым (отношениям и интересам) государство должно придать надлежащую и цивилизованную юридическую защиту»¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. Москва, типография т-ва И. Д. Сытина, 1897. С. 54.

¹⁵⁶ Палиенко Н.И. Предмет и задачи энциклопедии права и идея права. Ярославль. 1900. С. 13.

¹⁵⁷ Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 30.

Соответствие форм или источников права правовым концепциям определяет их субординацию в правоприменении. Соподчиненность форм (источников) права выражена в их неравной юридической силе. Например, Г.Ф. Шершеневич полагал, что равносиле форм права приведет к тому, «что каждая из форм может отменить противоречащее ей положение другой формы»¹⁵⁸. Общим и постоянным условием, писал Г.В. Демченко, является то, что «каждый источник права в своих действиях укрепляется, контролируется и ограничивается действиями других источников»¹⁵⁹.

При исследовании юридического позитивизма в связи с применением права современные ученые отмечают, что «понимание права как эманации государственной власти предполагает особую роль государства в формировании и применении права, что и было сделано при помощи учения об источниках права»¹⁶⁰. Позитивистское учение об источниках права способствовало аксиоматизации юридической аргументации, производные государственным авторитетом формы права, достаточные для обоснования юридического предписания, понимались как аксиомы¹⁶¹.

Закон – основная форма права для представителей юридического позитивизма, под которым понималось право, созданное органами государственной власти в установленном заранее порядке, гарантированное принуждением. К признакам закона относилось то, что он устанавливает правила поведения для неограниченного количества частных случаев и исходит от государственных органов власти, выражая волю законодателя.

В рассматриваемый период закон как форма права занимал господствующее положение в Российском государстве в соответствии со статьей 47 Основных Законов, которая устанавливала, что Империя Российская

¹⁵⁸ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Том II. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 374.

¹⁵⁹ Демченко Г.В. Судебный прецедент. Варшава: Типография Варшавского Учебного Округа. 1903. С. 178.

¹⁶⁰ Правоприменение: теория и практика / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. — М.: Формула права, 2008. С. 35.

¹⁶¹ См.: Там же. С. 38.

управляется на твердом основании положительных законов, учреждений и уставов, от Самодержавной Власти исходящих. Законодательная власть до первой русской революции принадлежала самодержавному и неограниченному монарху Российской империи, который утверждал законы, и без его утверждения никакой закон не мог иметь своего совершения, а, как отметил Л.С. Явич, «самодержавие вплоть до конца своего существования оставалось над законом»¹⁶². Это было связано с возникновением дуалистической монархии, при которой император, разделяя законодательные полномочия с Государственной думой и Государственным советом по редакции Основных Законов 1906 года, фактически сохранил законодательную власть за собой.

Представления о законе в практике российского правотворчества во многом предопределялись развитием формы правления¹⁶³. В рассматриваемый период соотношение между «указным правом» и законом решилось в пользу последнего в результате принятия Манифеста 17 октября 1905 года и создания законодательной Государственной думы. Правоведами проводились теоретические исследования в целях разделить форму правотворчества в виде указа и закона¹⁶⁴.

Только закон, по мнению Г.Ф. Шершеневича, способен служить средством для сознательного устройства жизни на началах разумности и справедливости, «с точки зрения применения норм права все формы права, в частности, правовые обычаи, уступают перед законом и не способны отменить содержание его положений, тогда как, напротив, закон вполне обладает такой способностью»¹⁶⁵.

В качестве источников права Д.И. Мейер признавал обычай и закон, которые закрепляют за собой право быть единственными руководителями при

¹⁶² Явич Л.С. Сущность права. Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1985. С. 50.

¹⁶³ См.: Юртаева Е.А. К пониманию закона в дореволюционной России // Журнал российского права. 2010. № 9. С. 83-98.

¹⁶⁴ См., напр.: Ивановский В.В. Новые учения о законе // Юридическая летопись. С.-Петербург, типография М. Стасюлевича, октябрь 1892; Коркунов Н.М. Указ и закон. С.-Петербург, типография М.М. Стасюлевича, 1894.

¹⁶⁵ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Том II. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 376.

применении права. Закон является таковым в силу происхождения от уполномоченной власти, а обычай – в силу сложившегося юридического воззрения народа. Правовед обозначал пределы деятельности юристов логическими конструкциями и умозаключениями, основанными на законе или на правовом обычае, или на комбинации одного с другим. Таким образом, «вся деятельность юриста состоит в логическом процессе, от себя же он не может прибавить ни йоты»¹⁶⁶.

Закон есть высшая форма права, о справедливости которого никто не вправе судить, «даже судья не может судить о справедливости закона»¹⁶⁷. Закон выше права в юридическом позитивизме. Так, Н.И. Лазаревский отмечал, что «законодательная власть стоит над правом»¹⁶⁸.

В период Нового времени разделение властей на законодательную, исполнительную и судебную стало главным принципом правильной политической организации государственной власти. Эти идеи были усилены и трудами отечественных правоведов рассматриваемого периода¹⁶⁹. Теория разделения властей представляла собой могущественную политическую силу, определяющую развитие и современных государств. Примат в ней законодательной власти обеспечивал верховенство закона. И.А. Покровский писал, что как бы ни была организована законодательная власть страны, она, во всяком случае, мыслится как тот центр, в котором сосредоточивается общественное сознание и общественная воля народа, призванные вести его по пути социального развития¹⁷⁰. Вместе с тем, степень обеспечения законности,

¹⁶⁶ Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд. 1902. Изд. 3-е, испр. М.: «Статут», 2003. – 831 с. (Классика российской цивилистики). С. 98.

¹⁶⁷ Ренненкампф Н.К. Юридическая энциклопедия. Киев, товарищество печатного дела и торговли «И. Н. Кушнеров и К», 1889. С. 73.

¹⁶⁸ Лазаревский Н. И. Русское государственное право. Том I. Конституционное право (издание 3-е). С.-Петербург, типография акционерного общества «Слово», 1913. С. 110.

¹⁶⁹ См. об этом: Зорина Е.Ю. Идеи разделения властей в российской политико-правовой мысли конца XIX - начала XX в.: Автореф. дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.01 / Зорина Елена Юрьевна. - М., 2000.

¹⁷⁰ Покровский И.А. Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения // Вестник права. 1905. XXXV. Книга первая. С. 41.

по мнению Н.И. Лазаревского, зависит от совершенства административного и судебного строя государства¹⁷¹.

Однако в юридическом позитивизме в отношении принципов организации государственной власти не принималась теория разделения властей в ее классическом варианте. Среди признаков государственной власти наряду с независимостью и верховностью Г.Ф. Шершеневич выделял также ее неделимость. В этой связи ошибочными представлялись ему взгляды Ш. Монтескье о необходимости разделения властей. В силу того, что одна из властей всегда окажется наиболее сильной, три равные власти не могут существовать практически. Г.Ф. Шершеневич считал законодательство, исполнение (управление) и суд не видами власти, а формами проявления единой, неделимой государственной власти¹⁷².

Противовесом концепции этатистского позитивизма являлась точка зрения, в соответствии с которой в государствах с конституционным строем господствующим источником права является закон, который нередко не отражает состояние общественного правосознания. Поэтому общество ищет себе новые формы реализации своих прав и создает новое право.

Закон как форма выражения права не приобрел безусловного значения в социологической юриспруденции, это связано с тем, что право они определяли через правовые отношения, которое уже не есть произвольно устанавливаемый законодательной властью императив правового поведения.

Положительному законодательству и нормативности права при правоприменении в этой парадигме отводилась вторичная роль. Однако они не отрицали нормативную природу закона, хотя и утверждалось, что право – не просто долженствование, но ещё и существующий правопорядок в обществе. Вместе с тем, по мнению Н.А. Гредескула, основная тенденция всех теоретических построений в праве заключалась в том, чтобы «понять право не

¹⁷¹ Лазаревский Н. И. Русское государственное право. Том I. Конституционное право (издание 3-е). С.-Петербург, типография акционерного общества «Слово», 1913. С. 103.

¹⁷² Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. Москва: Типография Т-ва И.Д. Сытина, 1908. С. 34.

как мертвый текст определенного логического содержания, существующий, а затем сменяющийся другим, а как живое общественное явление, т.е. в стремлении поставить и обработать теорию права социологически»¹⁷³.

Перманентное развитие общества и отношений внутри него подводило сторонников социологического позитивизма к позиции, в соответствии с которой закон не способен урегулировать многообразие частных случаев, возникающих после его издания. Один из главных вопросов его приверженцев звучал так: насколько дальновиден законодатель, какова степень распространимости законодательства на отношения, возникающие после его создания? Так, Б.А. Кистяковский подчеркивал, что «при наших современных социальных знаниях никогда нельзя знать вперед, что станет с законом в его действии, т.е. какой он примет вид при своем применении»¹⁷⁴. Юрист-позитивист, по мнению Б.А. Кистяковского, считает, что закон преобразует и формирует жизнь согласно со своими требованиями. Вместе с тем, не допускается исключать, что жизненные отношения могут развиваться в противоположном направлении тому, которое предписывается законом. Тогда не жизнь приспособляется к закону, а наоборот, закон приспособляется к жизни¹⁷⁵.

Для XIX столетия было характерно масштабное кодификационное движение в правотворчестве. В этом отношении Г.В. Демченко задавался актуальным на его взгляд вопросом: в каком отношении стоит право, застывшее и окаменелое в кодексе, к праву, живому и живущему в народе, как закон охватывает и направляет деятельность судьи, в чем заключается «подзаконность» судебной власти и какое значение должно принадлежать творческой деятельности и свободному усмотрению суда?¹⁷⁶

¹⁷³ Гредескул Н.А. Социологическое изучение права // Современные вопросы права. 1906. С.10.

¹⁷⁴ Кистяковский Б. А. Право, как социальное явление (отдельный оттиск из журнала научной юриспруденции «Вопросы права», 1911, книга VIII(4)). Типо-литография товарищества «Владимир Чичерин». С. 12.

¹⁷⁵ Там же.

¹⁷⁶ Демченко Г.В. Судебный прецедент. Варшава: Типография Варшавского Учебного Округа. 1903. С. I.

Как полагалось, авторитет закона как формы права непоколебим, но ему приходится приспособливаться к жизни и претерпевать изменения на стадии применения, в том числе путем судебного правотворчества. С.А. Муромцев считал, что восполнять закон – значит созидать новое право. Практико-политическое следствие понимания права С.А. Муромцева, по мнению В.Д. Зорькина, состоит в том, что «закон фактически превращается в эскиз, более или менее вероятное предсказание того, что на практике решат суд и другие правоприменительные органы»¹⁷⁷.

И.А. Покровский признавал безусловную значимость закона при применении права, что является неизбежным ходом развития человечества. «Отказаться от законодательства для каких-либо иных форм правотворения так же невозможно, как невозможен возврат от сознательной жизни к бессознательной, инстинктивной»¹⁷⁸. Неизбежность развития общественных отношений и несовершенство законов предполагает правовое творчество вне рамок законодательной власти. Обращаясь к многочисленным примерам зарубежной судебной практики, П.Г. Виноградов заключал, что «законодательство как источник права неотделимо от процесса интерпретации, осуществляемого судами, и что, следовательно, сам по себе процесс этот является подчиненным источником права»¹⁷⁹.

Значение закона как источника права в концепции, обуславливавшей право социологически, ставилось в зависимость от развития общественных отношений. В силу существенной разработки субъективного в праве представители этого направления считали формы объективированного права второстепенными. Объективизму свойственны метаморфозы, происходящие в

¹⁷⁷ Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М. Изд-во Московского ун-та. 1978. С. 167.

¹⁷⁸ Покровский И.А. Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения // Вестник права. Январь 1905. С. 43.

¹⁷⁹ Виноградов П.Г. Очерки по теории права. Поставщик двора Его Величества - товарищество «Скоропечатни А. А. Левенсон», 1915. С. 91.

один из тех периодов его развития, когда в силу требований прогресса изменяется предмет объективирования¹⁸⁰.

Признавая закономерность в развитии общества, – писал Н.М. Коркунов, – мы не можем признавать закон силой, творящей право, это только форма, в которой право, вырабатываемое всеми элементами общественного сознания, находит себе внешнее выражение¹⁸¹. Правовед примыкал к социологическому направлению в юриспруденции с примесью психологических установок. В этом контексте М.Э. Казмер, характеризуя его взгляды, пишет, что нельзя видеть в законе только приказ, который навязывается отдельным индивидами как пассивным существам, ибо основа закона – сознание индивида, а именно в нем и коренятся возможности ликвидации конфликта интересов¹⁸².

По вполне понятным причинам социологическая школа права не смогла совершить переворот в правопонимании дореволюционной России, но многие ученые не избежали искушения освободить «жизнь от гипноза положительного права»¹⁸³. Ю.С. Гамбаров утверждал, что тезис господствующего учения, закрепощающий юриспруденцию в пределах действующего законодательства, не находит себе подтверждения в истории права, указывающей, с одной стороны, на судебную практику, постоянно выходящую за эти пределы, и с другой – на юридическую теорию, весьма долго не соглашавшуюся совершить над собой то самоубийство, которое рекомендуется ей господствующей теперь доктриной. По его мнению, судебная практика не чуждалась никогда широкого понимания источников права и поныне не перестает под импульсов запросов жизни идти гораздо далее писаного закона, постоянно изменяя, дополняя и даже отменяя этот закон – там, где он оказывается в противоречии с наличными

¹⁸⁰ См.: *Муромцев С.А.* Право и справедливость. Публичная лекция. - режим доступа: <http://www.garant.ru>.

¹⁸¹ *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. С. 360.

¹⁸² *Казмер М.Э.* Социологическое направление в русской дореволюционной правовой мысли. Рига: Зинатне, 1983. С. 62.

¹⁸³ *Корнев А.В., Борисов А.В.* Правовая мысль и юридическое образование в дореволюционной России: Учебное пособие. М.: Изд-во Эксмо, 2005. С. 96.

потребностями или данными отношениями общественных классов друг к другу, и также постоянно создавая, под влиянием тех же импульсов, новое право – задолго до того, как это последнее получает законодательное освещение¹⁸⁴.

Представляется, что критическое отношение к закону сторонников социологической юриспруденции было связано с тем, что он – рациональная форма установления права, а разум - не более как продукт жизни, от которой зависят все его проявления. Так, против произвольности установления правовых норм в форме закона также выступил известный государственный деятель К.П. Победоносцев, полагавший, что «когда нужно, буква эта карает и подавляет; когда не нужно, масса законов, с торжеством проведенных, оставляется без действия, и посреди всяких беззаконий провозглашается имя закона как верховной силы, управляющей жизнью и водворяющей будто бы правду!»¹⁸⁵. Правовед констатировал, что при сложившемся значении закона как правила для внешней деятельности, как механического уравнителя всех разнообразных отправлений человеческой деятельности в юридическом отношении, ослабляется и утрачивается нравственное значение закона.

Вместе с тем нравственному обоснованию закона в правоприменении придавалась значительная роль в школе естественного права. Согласно с ней, установление закона состояло не в личной воле законодателя, а в согласии, в общей воле всех граждан государства. «Народная воля представляет собой чистую справедливость, которую легко найти и воплотить в законах – таков был одушевляющий мотив всей доктрины Руссо», – писал П.И. Новгородцев¹⁸⁶. Демократическая организация государственной власти в конституционных государствах принесла с собой и новый процесс установления законов с участием народного представительства.

¹⁸⁴ Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. С.-Петербург, 1911. С. 11.

¹⁸⁵ Победоносцев К.П. Юридические произведения / Под ред. и с биографическим очерком В.А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2012. С. 416.

¹⁸⁶ Новгородцев П.И. Кризис современного правосознания. Москва, типо-литография товарищества И.Н. Кушнеров и Ко, 1909. С. 61.

Сказанное указывает на то, что в выработке норм права общественный элемент здесь теоретически признавался превалирующим над государственным. Закон должен образовываться в соответствии с требованиями общего блага и приводить к ограничению личной свободы, естественных прав человека. «Закон по существу своему есть общепризнанное и безличное (т.е. не зависящее от личных мнений и желаний) определение права, или понятие о должном (в данных условиях и в данном отношении) равновесии между частною свободою и благом целого, – определение, или общее понятие, осуществляемое через *особые* суждения в *единичных* случаях или делах»¹⁸⁷.

В естественно-правовом направлении из представления о произвольности права следовала симпатия его сторонников к закону как наилучшей форме права, как к наиболее приспособленному орудию разума. Школа естественного права «как набат, будила умы от долгой спячки и призывала волю к творчеству»¹⁸⁸.

Метафизические начала, согласно этому направлению, должны быть основанием и вечным, неизменчивым ориентиром для положительного права. В идеалистической концепции второй половины XIX века возобладала позиция, в соответствии с которой положительный закон берет свое начало в разумно-свободной природе человека, природе вещей или естественном праве и соотносится с условиями, на которые проецируются эти основополагающие начала. Школа «возрожденного естественного права» признала человеческие потребности зависимыми от конкретно-исторических условий. В связи с этим естественный закон будет реализован в той мере, в которой его воспримет государство. «Положительный закон составляет частное приложение закона естественного; следовательно, он должен быть сообразен с идеей государства»¹⁸⁹, – полагал Б.Н. Чичерин. «Абсолютные начала естественного

¹⁸⁷ Соловьев Вл.С. Оправдание добра / Отв. ред. О.А. Платонов. – М.: Институт русской цивилизации, Алгоритм, 2012. С. 536.

¹⁸⁸ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Тома I-II. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 478.

¹⁸⁹ Чичерин Б.Н. Общее государственное право / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. [Электронный ресурс] – «Зерцало». 2006. // "Система ГАРАНТ".

права реализуется в виде законов положительного права согласно с природой вещей данной социальной среды»¹⁹⁰.

Согласно философии права Вл. Соловьева, начала общинности и индивидуализма сосуществуют в исторической действительности, где второе сменяет первое. Механистическое образование права приходит с обособлением и выделением личного элемента. Это, продолжал философ, позволяет перейти к более развитой форме выражения права – закону. «Исторический принцип развития права, как непосредственно выражающего общую основу народного духа в его нераздельном единстве, прямо соответствует началу общинности, а противоположный механический принцип, выводящий право из внешнего соглашения между всеми отдельными атомами общества, есть очевидно прямое выражение начала индивидуалистического»¹⁹¹. Философ признавал два источника права – стихийное творчество народного духа и свободная воля отдельных лиц, которые обусловлены местом и временем. Творчество народного духа имманентно органическому развитию родовых отношений, где превалирует правовой обычай.

Образование права Вл. Соловьев трактовал в духе концепции исторической юриспруденции, которая впервые поставила вопрос об обычном праве на научную почву и признала за правовым обычаем самостоятельную форму права. Воззрения этой школы права обусловлены реакцией на идеи Французской революции о всеилии человеческого разума и игнорировании исторического развития. Так, Г.Ф. Пухта писал, что «это только одна иллюзия, если думали и утверждали, что право можно сделать более определенным, бесспорным и более доступным познанию каждого, приводя его только в форму закона»¹⁹². Соответственно закону отводилась функция фиксировать то, что диктует ему народный дух. Историческое направление в правоведении

¹⁹⁰ Михайловский Г. В. Очерки философии права. Том I. Томск, издание книжного магазина В. М. Посохина, 1914. С. 303.

¹⁹¹ Соловьев В. Право и нравственность (очерки из прикладной этики). С.-Петербург, издание Я. Канторовича, «Центральная» типо-литография М. Я. Минкова. С. 9.

¹⁹² Энциклопедия права Г.Ф. Пухты. Переведено с 6-го издания под ред. Карасевича. Ярославль, 1872. С. 37.

развивалось в эпоху господства романтизма и возвращения к национальным традициям. В этой связи Г.Ф. Шершеневич писал, что «историческая школа относилась отрицательно к законодательному творчеству из опасения за национальную чистоту народного духа»¹⁹³.

Сторонники исторического направления в юриспруденции признавали формами выражения права непосредственное убеждение членов народа, проявляющееся в их действиях, закон, научную дедукцию, которые творятся в невидимой мастерской народного духа. И.В. Михайловский отмечал, что в учении этой школы права обычай и законы - только способы, при помощи которых можно распознавать право, лежащее в готовом виде в глубине народного духа¹⁹⁴.

В рассматриваемый период обычное право было предметом научных исследований, в которых повышалась роль обычая как действующего в стране права¹⁹⁵, как источника права, способствовавшего созданию вполне цельного и последовательного и в то же время национального права¹⁹⁶. Учитывая этнографическое многообразие России, М.М. Ковалевский констатировал необходимость изучения действующего обычая именно в нашей стране¹⁹⁷.

Тем не менее в господствовавшем направлении юридического позитивизма роль правового обычая не признавалась такой значительной. Его последователи отстаивали убеждения о том, что применение правового обычая следует ограничивать законом, которой и придает обязательную силу обычаю. Таких же воззрений придерживались представители идеалистического

¹⁹³ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Тома I-II. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 378.

¹⁹⁴ Михайловский Г. В. Очерки философии права. Том I. Томск, издание книжного магазина В. М. Посохина, 1914. С. 228.

¹⁹⁵ Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. М.: Зерцало. 2003.

¹⁹⁶ См.: Ефименко А.Я. Исследования народной жизни: Обычное право. Изд. 2-е. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011. С. 181.

¹⁹⁷ Ковалевский М.М. Социология. Теоретико-методологические и историко-социологические работы / Отв., ред., предисл. и сост. А.О. Бороноев. - Спб.: Издательство Русской христианской гуманитарной академии, 2011. С. 167.

направления в праве. «Закон может убить какой угодно обычай, но все обычаи бессильны перед законом... Закон может быть отменен только законом»¹⁹⁸.

Н.К. Ренненкампф, определявший обычное право наряду с законом главной формой права, заключал, что обычай может иметь силу только в границах, указанных самим законом¹⁹⁹. Ф. Регельсбергер считал эту точку зрения неверной, равно как и противоположную ей, по которой обычай может отменить закон. Вместе с тем, он полагал, что «есть много каналов, по которым живое правовое убеждение проходит в жизнь и получает силу вопреки закону»²⁰⁰. А Ф.Ф. Кокошкин писал, что обычай играет сравнительно с законом второстепенную роль, хотя иногда парализует и изменяет его²⁰¹.

В решении этой проблемы Н.М. Коркунов стоял на стороне обычая и признавал его дерогирующую силу. Правовед обуславливал это тем, что «никакая норма, будет ли это закон или что-либо другое, не может притязать на вечное существование и не может обессилить будущих норм»²⁰². Принималась точка зрения, в соответствии с которой сложившемуся обычаю нельзя отказать в общеобязательной силе, поскольку он может действовать вопреки несправедливому закону.

Позиция сторонников юридического позитивизма соответствовала законодательству Российской империи, которое не признавало обычного права самостоятельной формой права наравне с законом. Применение правового обычая допускалось как исключение из общего правила. Обычное право являлось источником права в правоприменительном процессе для некоторых инородцев окраин и для сельского населения империи. В статье 130 Устава

¹⁹⁸ Михайловский Г. В. Указ. соч. С. 281.

¹⁹⁹ Ренненкампф Н. К. Юридическая энциклопедия. Киев, товарищество печатного дела и торговли «И. Н. Кушнеров и К», 1889. С. 60.

²⁰⁰ Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. Москва, типография т-ва И. Д. Сытина, 1897. С. 79.

²⁰¹ Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву (изд. 2-е). Москва, издание Бр. Башмаковых, типо-литография товарищества И. Н. Кушнеров и К^о, 1912. С. 123, 124.

²⁰² Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. С. 386.

гражданского судопроизводства дозволялось только мировым судьям, по ссылке одной или обеих сторон, руководствоваться общеизвестными местными обычаями, но лишь в том случае, когда применение местных обычаев дозволяется именно законом, или в случаях, положительно неразрешимых законами. Во второй половине XIX – начале XX вв. применение местных обычаев было связано с образованием в результате Великих реформ в России волостных судов для разрешения мелких крестьянских тяжб.

Представители юридического позитивизма в целом ставили обычное право на второе место по значимости после закона. С изменением экономических условий отношения настолько усложняются, что правовые обычаи обнаруживают особую неустойчивость, стремление к вариациям, страдают неопределенностью отраженного в них веления, что в соответствующих условиях ведет к тому, что нормы обычного права оказываются мало пригодными для разрешения возникающих затруднений, а созданию новых препятствует сложность отношений и быстрота их зарождения²⁰³.

Формообразование права в обычаях имело место на ранней стадии правового развития. В развитых обществах позитивация права находит свое выражение в законодательных установлениях. Закон господствует при наиболее прочном установлении государственной власти и свидетельствует о беспрекословном ее авторитете; правовой обычай, напротив, опирается на народное правовое творчество при недостаточном развитии законодательной власти. В этом отношении обычное право необходимо в те эпохи культуры, полагал Л.И. Петражицкий, когда сознательный практический разум не достиг достаточного уровня разумно устраивать правовой быт людей. Он определял обычное право бессознательно образующимся продуктом коллективного народного опыта, в котором заключается инстинктивная народная «мудрость»

²⁰³ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Том II. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 376, 377.

эмпирического происхождения²⁰⁴. Отсюда появляется два процесса развития права: бессознательное - путем обычая и сознательное - путем законодательства, которому ученый и отдает приоритет.

В социологической юриспруденции правовой обычай не ставится в зависимость от закона. Однако Б.А. Кистяковский замечает, что «обычное право в современной правовой теории занимает положение какого-то пасынка; ему уделяется лишь чисто декоративное значение»²⁰⁵. Признавая преимущество закона как формы права, сторонники этой теории полагали, что обычай является неотъемлемым инструментом правового регулирования в развивающихся общественных отношениях, особенно гражданско-правовых. В этот период обращалось внимание на правообразующую роль обычая и в уголовном праве²⁰⁶.

В этой связи Ю.С. Гамбаров полагал, что обычное право имеет ряд преимуществ перед законом, охватывая многообразие общественных отношений, что не всегда под силу закону. Обычное право способствует индивидуализации решений, обладая большей эластичностью, чем закон, «допускает различные оттенки в своем применении сообразно с особенностями конкретных случаев, и это прекрасно дополняет, в интересах справедливости, действие законов, выступающих по большей части в форме твердых и неподвижных норм с характером шаблона»²⁰⁷.

В естественно-правовом направлении обычное право являлось самостоятельной формой права, однако, уступающей по своему значению закону, как наиболее совершенной форме человеческого правового творчества. Г.Ф. Шершеневич, рассматривая взгляды школы естественного права, указывал

²⁰⁴ *Петражицкий Л.И.* По поводу вопроса о ценности обычного права и его изучения // Теория и политика права. Избранные труды / науч. ред. Е.В. Тимошина. СПб.: «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга»», 2010. С. 188.

²⁰⁵ *Кистяковский Б. А.* Право, как социальное явление (отдельный оттиск из журнала научной юриспруденции «Вопросы права», 1911, книга VIII(4)). Типо-литография товарищества «Владимир Чичерин»). С. 13.

²⁰⁶ См.: *Белогриц-Котляревский Л.С.* Творческая сила обычая в уголовном праве // Временник Демидовского юридического лица. Книга 55. Ярославль, типо-литография М. Х. Фальк, 1892.

²⁰⁷ *Гамбаров Ю.С.* Гражданское право. Общая часть. С.-Петербург, 1911. С. 221.

на такую ее основную идею, как содержание права таково, каким делает его человеческое усмотрение, откуда следовало, что «закон выдвигался на первый план, а обычное право было в презрении»²⁰⁸.

Юридический характер обычая получает только от признания государства. Являясь хотя и самостоятельной, но субсидиарной формой права, обычай регулирует те отношения, которых не коснулся закон²⁰⁹. Поэтому, обычное право признается продуктом догосударственного периода. В период государственно-правового развития правовой обычай наделяется регулятивным значением с санкции государственной власти.

Е.Н. Трубецкой отмечал, что в большинстве современных культурных государств на долю обычая выпадает лишь скромная роль – пополнения пробелов законодательства²¹⁰. Представляется, что подобное значение обычного права в идеалистической концепции обусловлено ее методологическими приемами. Идеи естественного права как наиболее критического направления ориентированы на должное в праве. Правовой обычай всего лишь констатирует существующее в действительности регулирование отношений. Таким образом правовой обычай становится в ряд консервативных источников или форм права, что не соответствовало стремлениям сторонников правовых преобразований.

Кроме того, по мере усиления личного индивидуального начала в истории общественные инстинкты высвобождаются рациональными отношениями. Разум свободного человека в своей эволюции становится выразителем правовых основ. Рациональное назначение правотворческой деятельности противоречило иррациональному утверждению правового обычая в народном духе.

²⁰⁸ Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. Москва. 1911. С. 85.

²⁰⁹ Михайловский Г. В. Очерки философии права. Том I. Томск, издание книжного магазина В. М. Посохина, 1914. С. 277

²¹⁰ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. Москва, типография Императорского Московского Университета, 1909. С. 110.

Учение о формах и источниках права тесно связано с выделением правовых систем мира. Формы или источники права теоретизируются правовой мыслью и находят своё воплощение на практике. Вместе с тем, важен не только исторический контекст, но и действие форм (источников) в географическом плане. Так, М.Н. Марченко пишет о том, что «формы (источники) права варьируются не только в зависимости от этапов развития общества, государства и права, но и в зависимости от особенностей развития самих правовых систем»²¹¹. Как известно, правовая традиция в российском государстве развивается в русле континентальной правовой системы, что обусловило сложившийся ряд источников права²¹². Судебная практика, которая не признается формой или источником права в нашей юриспруденции, определенным образом связана типом правовой парадигмы²¹³.

В рассматриваемый период концепция юридического позитивизма в России не выделяла судебный прецедент в качестве источника или формы права. На законодательном уровне проводилась идея о том, что прецедент являлся не самостоятельной формой права и возможен в российском праве только как производное от закона. Редакция Основных законов 1832 – 1892 годов в статье 69 гласила: «Судебные решения дел частных, хотя и могут быть приводимы в пояснении в докладах, но не могут быть признаваемы законом общим, для всех обязательным, ниже служить основанием окончательных решений по делам подобным». Соответственно решение суда имело юридическое значение только по делу, по которому оно было принято, и не могло служить основанием для принятия других решений по однородным делам. Однако прецедент может приниматься во внимание и обосновывать решение суда, поясняя юридическую сторону дела.

²¹¹ Марченко М.Н. Источники права: Учеб. пособие. - М: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. С. 4.

²¹² Давид. Р. Основные правовые системы современности / Рене Давид, Камилла Жоффре-Спинози; [Пер. с фр. В.А. Туманова]. М.: Междунар. отношения, 1999.

²¹³ См.: Железнова Н.Д. Правопонимание и судебная практика: Теоретические проблемы взаимодействия: Дисс. ... кандидата юридических наук: 12.00.01 / Железнова Надежда Дмитриевна: Нижний Новгород, 2001.

В Судебных уставах 1864 года впервые предписывалось суду не останавливать решение под предлогом неполноты или противоречия существующих законов, а разрешать непредвиденные законом случаи на основании общего разума всего законодательства. В этом смысле составлены статья 10 Устава гражданского судопроизводства и статья 13 Устава уголовного судопроизводства. Анализ этих положений, внесенных законодателем в Уставы, дает возможность с определенностью отметить, что судьям было предоставлено законное право создавать прецеденты и вырабатывать судебную практику²¹⁴. Пореформенные законодательные положения, как отмечает М.Н. Марченко, «несомненно свидетельствуют о придании судам отнюдь не механической роли простого, заурядного правоприменителя...»²¹⁵.

О значении прецедентов высших судебных инстанций как формы права в юридической науке и практике не существовало единогласия. Сенат своим разъяснениям был склонен приписывать общеобязательное значение формы права. Кассационные департаменты Сената ссылались на статью 815 Устава гражданского судопроизводства и статью 933 Устава уголовного судопроизводства, согласно которым кассационные решения «публикуются во всеобщее сведение для руководства к единообразному истолкованию и применению».

Сторонники формально-догматической юриспруденции не признавали за судебной практикой Сената значение источника права и давали критическую оценку его правотворческой деятельности²¹⁶. Однако правовед Г.В. Демченко относил решения Сената к источнику права, хотя и констатировал ее подчиненное, второстепенное место. Он опирался на позицию, требующую, чтобы суды знали прецеденты, внимательно оценивали их основания и только с

²¹⁴ См.: Гук П.А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ: Дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Гук Павел Александрович. – М., 2012. С. 85.

²¹⁵ Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект. 2007. С. 375.

²¹⁶ Васильковский Е.В. Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права гражданского // Судебные уставы 20 ноября 1864 г. за пятьдесят лет. Том второй. Петроград. 2014. С. 407.

трудом отступали от установившейся практики, что применимо благодаря высокому авторитету Сената, производящего судебную практику, и тому значению, которое придавало ей законодательство²¹⁷.

Поскольку в непрерывно развивающейся жизни остаются вопросы без законодательной нормировки, Н.И. Лазаревский признавал не только практическую целесообразность, но и юридическую обязанность следования прецедентам, в особенности к обязанности низшего места следовать прецедентам, установленным высшею инстанцией²¹⁸.

В юридическом позитивизме отстаивалась позиция, в соответствии с которой обязательная сила судебного решения заканчивается на том случае, по поводу которого оно было вынесено. Н.К. Ренненкампф придерживался здесь крайней точки зрения, отрицая судебную практику как форму права, функция которой заключается только в применении действующего в государстве права²¹⁹. Ввиду того, что один из главных признаков форм права заключается в их обязательности, судебный прецедент за отсутствием таковой не может иметь равнозначное положение с законом и обычаем. Так же как и обычаи, в данном учении судебная практика может быть поставлена на уровень форм права только по воле законодателя. Отсюда, общеобязательность судебной практики заключается не в ней самой, а в ее установленности законом.

Признавалось, что деятельность судов не связана предшествующими судебными решениями, которые обязательны только в конкретном случае. Судебный прецедент, не обладая общеобязательностью, юридически не связывает ни суд, ни граждан. Вместе с тем, однородная судебная практика вносит устойчивость в правовой порядок. Г.Ф. Шершеневич признавал, что многое, высказанное судом в решении, послужит указанием на будущее время

²¹⁷ Демченко Г.В. Судебный прецедент. Варшава: Типография Варшавского Учебного Округа. 1903. С. 234.

²¹⁸ См.: Лазаревский Н.И. Судебная и административная практика как источник права // «Вестник гражданского права», издаваемый М. М. Винавером. Петроград, январь 1916. № 1. С. 22, 23.

²¹⁹ Ренненкампф Н.К. Юридическая энциклопедия. Киев, товарищество печатного дела и торговли «И. Н. Кушнеров и К», 1889. С. 131.

и заставит приспособливаться к вероятному решению²²⁰. Он констатировал, что для суда прецедент - то же, что для законодателя закон, он изменяет его, когда это необходимо.

Очевидно, что судебная практика являлась важнейшим подспорьем для создания позитивного права. По поводу отношения судебной практики к движению законодательства С.В. Пахман полагал, что практика и без искусственных с ее стороны усилий всегда имела и будет иметь влияние в деле усовершенствования положительных норм, вызываемого требованиями жизни, ибо недостатки закона ни в чем не сказываются столь убедительно и ясно, как при разрешении отдельных случаев на практике²²¹.

Определение права через общественные отношения побуждала сторонников социологической юриспруденции к завышению роли судебных прецедентов. Сторонники социологического позитивизма относили к праву то, что действует и осуществляется в жизни. Судебная практика непосредственно «схватывает» все изменения, выражающие правовое развитие. Понятие источник права предполагает абстрактную норму, рассчитанную на неопределенное число случаев применения. В связи с этим, Ю.С. Гамбаров признавал за судебной практикой источник права, который принимает участие в правообразовании не только в конкретных случаях и имеет своё действие на будущие отношения. Это особый источник права, не обладающий формально-обязательной силой, который вместе с тем связывает судью.

Г.В. Демченко вместе с А.Д. Градовским повторяли, что «de facto приговоры судов (в особенности высших) конкурируют с законом и сдерживают произвол судей едва ли не больше, чем законодательные меры против него»²²². Правовед оправдывал силу прецедентов в области права тем,

²²⁰ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Том II. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 466.

²²¹ Пахман С.В. О современном движении в науке права. С.-Петербург, Типография Правительствующего Сената, 1882. С. 33.

²²² Демченко Г.В. Судебный прецедент. Варшава: Типография Варшавского Учебного Округа. 1903. С. 130.

что сама жизнь стремится к установлению возможного единства и однообразия в явлениях²²³.

Ф.Ф. Кокошкин считал судебную практику экстраординарной формой образования права. Она, прежде всего, по его мнению, преобладает на стадии догосударственного развития общества, в период отсутствия законодательной власти. Судебная власть берет на себя функцию урегулирования споров, и «лицо или лица, творящие правосудие, обращаются к своему внутреннему правосознанию и, руководясь им, провозглашают известное правило»²²⁴. Эта форма, как и закон, является формой сознательного образования права, в отличие от которого только при общественном одобрении становится нормой положительного права.

В естественно-правовой школе судебный прецедент тоже рассматривался как источник права. Однако в ней лишь констатировалось, что закон, не охвативший всех возможных ситуаций, становился бессильным в развивающемся обществе. «Судебная практика представляет собой важнейшую из всех субсидиарных форм права», – считал И.В. Михайловский, поэтому творчество права судом заключается в пределах положительного законодательства. Ввиду возможной противоречивости норм, установленных законом, пробелов в законе и других негативных проявлений правотворчества законодательной власти на суд ложится функция по восполнению и реализации прав. Поэтому судебная практика «создает новые нормы в дополнение к закону и потому должна рассматриваться как самостоятельный источник права»²²⁵.

В качестве формы или источника права в юридической мысли России второй половины XIX – начала XX вв. не выделялась доктрина права. Это было связано с тем, что наука права не носит признака общеобязательности. Господствующий взгляд состоял в том, что для того, чтобы перейти в разряд

²²³ Там же С. 146.

²²⁴ *Кокошкин Ф.Ф.* Лекции по общему государственному праву (изд. 2-е). Москва, издание Бр. Башмаковых, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К^о, 1912. С. 124.

²²⁵ *Трубецкой Е.Н.* Лекции по энциклопедии права. Москва, типография Императорского Московского Университета, 1909. С. 135.

источников права, достижения ученых юридической науки должны как минимум объективироваться в законе или приобрести характер правового обычая. Однако в исторической школе права наука права признавалась как источник права, к которой должен прибегать судья в случаях пробелов в законодательстве и отсутствия обычая.

Значение русской правовой доктрины сводилось к подготовке юристов для практической работы. Ю.С. Гамбаров в этой связи писал, что «значительная часть нашего сокровища юридических норм имеет своим источником деятельность юриспруденции»²²⁶. Он обосновывал это вновь возникающими в жизни отношениями, которые не сделались предметом законодательной регламентации и не вызвали соответствующей практики обычного права.

Таким образом, учение о формах и источниках права находится в неразрывном единстве с проблемой связи правопонимания и применения права. Формы или источники права, обусловленные теоретическими воззрениями правовых школ, оспаривают свое научное и научно-практическое существование в определенной подчиненности друг другу. Правовая концепция признает сосуществование источников или форм права в порядке, соответствующем ее основополагающим началам и методологическим установкам²²⁷. Господствующий тип понимания права обязывает руководствоваться в правоприменительной деятельности признанными им формами или источниками права. Вместе с тем, в правовой практике формируются новые общественные отношения, которые оказывают опосредованное влияние на правообразование в виде конкретных форм и источников.

²²⁶ Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. С.-Петербург, 1911. С. 188.

²²⁷ См.: Лиска О.М. Правопонимание в контексте идей о законе и правовом обычае в отечественной юридической мысли второй половины XIX – начала XX в. // История государства и права. 2014. № 15. С. 26.

1.4. «Справедливость» и «законность» как цели применения права

С древних времен усилия мыслителей были сосредоточены на выявлении природы соотношения принципов законности и справедливости, которая влияла и на развитие учений о применении права. В этой связи в истории политико-правовой мысли накопился целый ряд комбинаций взаимообусловленности этих фундаментальных принципов права. В философии права Г. Радбруха отмечается, что справедливость может быть двоякого рода, поскольку справедливым можно назвать применение закона или следование ему, или же сам закон²²⁸. Эта проблема в современной России исследуется учеными и востребована на практике, поскольку от этого зависит эффективность государственно-властной реализации права применительно к конкретному случаю²²⁹. «Антиномия справедливости и законности»²³⁰ приводит к тому, что на практике эти принципы конкурируют в механизме применения права. Отношения законности и справедливости могут иметь разное по роли значение в зависимости от отрасли права, к которой относится рассматриваемый вопрос. Так, например, считается, что «справедливость детерминируется законностью в сфере уголовного судопроизводства»²³¹.

Сегодня ученые констатируют необходимость переломить тенденцию терпимости общества к несправедливости и фактам расхождения между законом (правом) и справедливостью²³². И в различных правовых концепциях не обходилось без попытки решить проблему несправедливости, в том числе в

²²⁸ Радбрух Г. Философия права. / Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2004. С. 43.

²²⁹ См., напр.: Сауляк О.П. Законность в правоприменительной деятельности: Дисс. ... канд. юрид. наук; 12.00.01 / Сауляк Олег Петрович: М., 2001. С. 53.

²³⁰ См.: Колесник И.В. Правотворческая и правоприменительная конкретизация // Философия права. 2011. № 3. С. 26.

²³¹ Гладышева О.В. Справедливость и законность в уголовном судопроизводстве Российской Федерации: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09 / Гладышева Ольга Владимировна. - Краснодар, 2009. С. 20.

²³² См.: Корнев В.Н. Правотворчество, правоприменение и содержание права // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Серия: Философия. Социология. Право. 2008. Т. 8. № 4. С. 41.

контексте применения права. В связи с этим полагаем необходимым изучение применения права как процесса, функциональная цель которого заключается в принятии справедливого и законного правоприменительного акта с различных позиций правовых концепций России во второй половине XIX – начале XX вв. Здесь, как отмечается в литературе, в русской традиции правоведения XIX века понятия нравственности, законности, правды и справедливости были тесно переплетены²³³.

Следует отметить, что при употреблении категории «справедливость», российские правоведы стремились обосновывать ее юридическое значение. Это имеет место и в современной теории, в том числе теории правоприменения²³⁴. В рассматриваемый период сторонники формально-догматического направления, отрицавшие естественно-правовые идеи как бездоказательные, вовсе выносили понятие справедливости за скобки правового дискурса, вместе с тем в порядке критики уделяли ей значительное внимание в своих работах. С.В. Пахман полагал, что понятие «справедливость» само по себе есть лишь логическая категория, лишенная всякого определенного содержания: можно говорить о справедливости и с точки зрения экономической²³⁵. Догматики занимали позицию, в соответствии с которой критерий справедливости не может быть общим, поэтому в правоприменительном процессе следовало руководствоваться исключительно позитивированным правом, выраженным в национальных формах права. Вместе с тем, имелось ввиду, что закон под влиянием времени необходимо изменять в связи с тем, что его нормы в новых условиях могли быть несправедливыми.

Как представляется, несправедливость в праве также нуждается в критериях своей идентификации, поэтому вполне закономерно, что в

²³³ Хайруллин В.И. Категория справедливости в истории политико-правовой мысли. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2009. С. 84.

²³⁴ См.: Беланова Г.О. Понятие юридической справедливости как основания правоприменительного акта: Автореф.Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Беланова Галина Олеговна: Ставрополь, 2003.

²³⁵ См.: Пахман С.В. О современном движении в науке права. СПб, Типография Правительствующего сената. 1882. С. 22.

этатистском понимании права возникало противоречие, связанное с отсутствием инстанции, которая признает закон как справедливым, так и несправедливым. В истории позитивистской философской мысли сохранялась тенденция, состоявшая в том, чтобы не углубляться в сущность вещей, в нашем случае в сущность права. Один из выдающихся представителей позитивистской (аналитической) философии Л. Витгенштейн посвятил трактат границам выразимости явлений и завершил его словами: «О чем нельзя говорить, о том должно умолкнуть»²³⁶, в которых выражается общая позиция по отношению к вопросам метафизики, как в философии, так и в теории права.

В контексте методологии правового позитивизма Н.К. Ренненкампф утверждал, что юридической силой и действием не обладают самые справедливые и возвышенные указания человеческого разума и нравственности до тех пор, пока не получили установленного признания и утверждения в обществе. Критически рассматривая метаюридические понятия и их значение в правоприменительной практике, ученый занимал позицию, в соответствии с которой «на основании справедливости судья не может ни пополнять пропуски закона, ни исключать приложение известного закона к известному случаю»²³⁷.

И.А. Покровский отмечал, что применение одних норм не противоречит чувству справедливости. В то же время другие нормы подвергаются осуждению как несправедливые. Отсюда правовед заключал, что «норме действующей, но несправедливой мысленно противопоставляется другая норма – недействующая, но справедливая - та, которая должна бы действовать вместо настоящей»²³⁸.

Сторонники юридического позитивизма в России во второй половине XIX века были едины в том, чтобы не разделять принципы законности и справедливости, а отождествлять их в соответствии с тем, что законность, по их

²³⁶ Витгенштейн Л. Избранные работы / Пер. с нем. и англ. В.Руднева. М.: Издательский дом «Территория будущего», 2005. С. 219.

²³⁷ См.: Ренненкампф Н.К. Юридическая энциклопедия. Киев, товарищество печатного дела и торговли «И. Н. Кушнеров и К», 1889. С. 26.

²³⁸ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Петроград, юридический книжный склад «Право», 1917. С. 33.

мнению, уже включает в себя справедливость. Справедливость изначально присуща закону, полагали они, поэтому те, кто его применяет, не должны соотносить положительные нормы с критериями субъективного характера или иными критериями справедливости, но уже объективного свойства.

Как отмечается в литературе, одним из ключевых концептуальных понятий нового типа политической культуры чиновничества в рассматриваемый период стала законность, противопоставляемая произволу²³⁹. Поэтому закономерно, что в XIX веке на этапе искоренения дореформенных принципов отправления правосудия и недоверия судьям именно принцип законности выделялся представителями господствующей концепции как стержневой принцип юридической практики и теоретико-правовых идей. Согласно теории Г.Ф. Шершеневича, «твердость правового порядка требует, чтобы гражданин зависел от законов, а не от лиц, их применяющих ... от бездушной нормы, чем от душевного человека»²⁴⁰. Он не допускал, «чтобы норма не применялась во все или применялась с извращением ее смысла ради того только, чтобы избежать несправедливых результатов»²⁴¹. Субъект права должен зависеть от безличных и беспристрастных норм, а не субъективных судей. Именно в безличном законодательстве зреет зерно справедливости.

Допускается, что абстрактное формулирование норм права на практике отражается высокой степенью искажения их смысла в процессе правоприменения. Вместе с тем, применение норм права по точному их смыслу, не взирая на результаты применения в тех или иных конкретных случаях, есть тот принцип законности, который составляет необходимое условие правового порядка²⁴². И.А. Покровский считал, что «как в области

²³⁹ См.: Ефремова Н.Н. Справедливость как фактор развития правосознания и правовой культуры России пореформенного периода // Право. Журнал высшей школы экономики. 2013. № 3. С. 7.

²⁴⁰ См. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Том IV. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 710.

²⁴¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Применение норм права // Журнал Министерства юстиции. С.-Петербург, Сенатская типография. Январь 1903. № 1. С. 34.

²⁴² Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Том IV. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 705.

публичного, так и в области гражданского права залогом истинного праворазвития может быть только одно – законность и правовой порядок!»²⁴³.

Г.Ф. Шершеневич посвятил научное исследование чувству законности. В его концепции принцип законности может быть реализован в обществе в зависимости от уровня чувства законности, под которым он понимает «побуждение соблюдать установленные законы, т.е. общие правила поведения, не сообразуясь с конкретными условиями их применения»²⁴⁴. Для правоведа было важно, что человек поступает согласно с законом не потому, что опасается невыгодных последствий, которыми угрожает ему закон за уклонение от него, а в силу усвоенной им привычки следовать законным предписаниям, т.е. как что-то бессознательное. Законность непосредственно зависит от сложившейся общественной среды, соответственно, где чувство законности развито, там трудны нарушения принципа законности управления. Но, согласно Г.Ф. Шершеневичу, этот процесс не односторонен, поэтому он сделал вывод, что законность управления развивает чувство законности в гражданах, а чувство законности укрепляет законность управления. В этой связи он отмечает немалое воспитательное значение в призвании граждан к исполнению обязанностей присяжного заседателя, что дает возможность стать лицом к лицу с законом в его применении²⁴⁵.

Законность требует от всех и каждого безусловного применения установленных законов, когда исключается критика их годности в каждом частном случае. Г.Ф. Шершеневич критиковал мнение, существующее в обществе, по которому каждое дело должно решаться по справедливости, а не по букве закона. «Мы не говорим, что судебное решение несправедливо, когда оно основано на точном смысле закона; но называя закон несправедливым, мы

²⁴³ Покровский И.А. Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения // «Вестник права». Журнал юридического общества при Императорском С.-Петербургском Университете. Книга первая. С.-Петербург, Сенатская типография, январь 1905. С.51.

²⁴⁴ Шершеневич Г. Ф. О чувстве законности. Казань, типо-литография университета, 1898. С. 60.

²⁴⁵ Там же. С. 64.

выражаем ту мысль, что не это, а иное правило должно бы определять поведение людей»²⁴⁶. К тому же справедливость, которой свойственны субъективные представления, с легкой подачи судейского усмотрения в каждом конкретном случае всего-навсего обратит правовой порядок в беззаконие и хаос. Вместе с тем, тенденция, направленная на стремление судов стать на точку зрения справедливости и целесообразности, вместо строгого применения закона замечается в практике как низших, так и высших судов. По мнению Г.Ф. Шершеневича, слова «правда и милость», которыми были напутствованы новые суды, были поняты именно в смысле справедливости, сменяющей формализм, тогда как в действительности они означали законность и неподкупность, идущие на смену произволу и взяточничеству»²⁴⁷.

Отступление от истинного значения принципа законности приводило к тому, что сглаживались недостатки действующего права, которые не переставали существовать и в тиши могли причинять несправедливые страдания. Также в обществе теряется всякая уверенность, какое же право действует: то ли, которое написано в законодательстве, или же то, которое применяют суды. Последствия приведут к тому, что в одном суде будет устанавливаться одна практика, а в другом - другая. И самое главное - такая практика подорвет законный порядок²⁴⁸.

В работе ярого сторонника принципа законности, правоведа С.В. Пахмана, суд обязан защищать интересы тяжущихся и подсудимых, но не свыше меры и смысла положительного права: «Если то учреждение, которое, прежде всего, должно давать собою пример, само станет действовать в обход или в отмену закона, то от кого же, после этого, в праве мы будем требовать законности действий?» Беда проявляется более в том, что и хорошие законы плохо исполняются или попираются произволом и невежеством, поэтому

²⁴⁶ Там же. С. 70.

²⁴⁷ Шершеневич Г. Ф. Там же. С. 75.

²⁴⁸ Там же.

задача суда сводится к миссии укоренения законности, «потому что законность есть не только условие охранения частных прав, но и коренное условие правомерности целого общественного строя»²⁴⁹.

Что касается рассмотрения этого вопроса в современной правовой литературе, то следует отметить, что в ней приводятся такие цели правоприменения, как: «обеспечение последовательной реализации положений законов, не только отдельно взятых, но и в их системном измерении; устранение нарушений законности и принятие мер ответственности; содействие формированию законопослушания и повышению правовой культуры граждан, а значит, престижу права в обществе; подтверждение устойчивого правового порядка и формирование новых правовых состояний (в отраслях, сферах, регионах и т.п.); коррекция законодательных и иных регуляторов в случае их неэффективности или пробельности»²⁵⁰. Как представляется, при установлении этих целей авторы не уделили должное внимание аспекту справедливого применения права.

Понимание принципов законности и справедливости в среде сторонников социологического позитивизма в России было связано с тем, что право — это динамично развивающееся явление, детерминированное общественной средой, а процесс его применения затрагивает целый комплекс социальных отношений. Следовательно, приоритетное значение отводилось именно принципу справедливости в правоприменительной деятельности, который способен поддерживать правопорядок в быстро меняющихся условиях.

В этой парадигме категории нравственности были обусловлены состоянием общественного развития. Поэтому разрешать дело в соответствии с меняющимися условиями общежития означало предавать забвению мета-

²⁴⁹ Пахман С.В. О современном движении в науке права. СПб, Типография Правительствующего сената. 1882. С. 33.

²⁵⁰ Правосудие в современном мире: Монография / Под ред. В.М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой М.: «Норма», «Инфра-М», 2012 // СПС КонсультантПлюс.

правовые идеалы и обуславливать нравственные императивы конкретно-историческим контекстом.

Юридическое творчество сводилось к поиску ответов на вопросы, не разрешенные действующим законодательством, и выражалось либо в форме казуального решения, либо в форме юридической нормы. Полагалось, что процессы индукции и дедукции при правообразовании происходят путем целесообразного совмещения всей совокупности познаний о человеке и обществе. В этом отношении С.А. Муромцев ставил в один ряд с фактами права факты экономики, нравственности, религии и т.д., которые чем больше преобладают, тем больше творчество юриста «оригинально и плодотворно»²⁵¹.

В социологическом позитивизме, соответственно, справедливость не являлась абсолютным критерием в правоприменении, а должна была находиться в каждом конкретном случае. Поиск конкретной справедливости судья осуществлял при индивидуализации нормы права в принятии судебного решения. Критика этого положения строилась на том, что при учете неопределенных требований справедливости и целесообразности в процессе применения права, терялся смысл общих норм. «Норма сама по себе есть отрицание конкретности», – писал Г.Ф. Шершеневич²⁵².

В процессе принятия решения судьей с точки зрения социологической юриспруденции должна была происходить операция индивидуализации (С.А. Муромцев) или конкретизации права (Н.А. Гредескул) с учетом всех факторов, обуславливающих жизнь в обществе. «Существенная задача судьи состоит в индивидуализировании права»²⁵³, – полагал С.А. Муромцев. Справедливо будет только то судебное решение, в котором отражалась особенность конкретного дела. В понимании С.А. Муромцева «мерило справедливости» состоит в том, что судья «должен применить норму именно в той степени, в которой случай характеризуется типичными свойствами,

²⁵¹ Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М., Типография А.И. Мамонтова и К^о, 1879.

²⁵² Там же. С. 712.

²⁵³ Муромцев С.А. Право и справедливость. Публичная лекция. - режим доступа: <http://www.garant.ru>.

служащими основанием нормы (индивидуализация решений)»²⁵⁴. Таким образом, здесь справедливость рассматривалась как конкретная пространственно-временная категория, а не метафизическое явление, что было характерно для идеалистических (естественно-правовых) учений о праве.

В итоге можно сказать, что в концепции социологического обоснования права правосудие детерминировано конкретно-исторической справедливостью, которой свойственен релятивизм. Так, М.М. Ковалевский выступал против того, чтобы «найти критерий для оценки действующего законодательства в каком-то метафизическом представлении об абсолютной справедливости или в прирожденных человеку правах, слывущих под названием «прав естественных»²⁵⁵. Напротив, согласно воззрениям школы естественного права, в основу правовых стремлений должны быть положены моральные требования, которые выводятся априорным путем и существуют вне времени и пространства.

Вместе с тем в идеях сторонников социологического позитивизма о применении права оправдывалось судебное усмотрение как необходимое условие воплощения справедливости. В работе Ю.С. Гамбарова судебное усмотрение предоставляется судье в интересах справедливости, поскольку это «не перенесение на судью законодательных функций и не простое толкование законов, а исполнение судьей данного ему законодателем поручения и возвращение обществу, через его влияние на судью, того участия в конкретном правосоздании, которое находит свое выражение в судебном решении»²⁵⁶. Под справедливостью С.А. Муромцев понимал присущую в данное время данной общественной среде совокупность субъективных представлений о наиболее совершенном правовом порядке²⁵⁷. Согласно воззрениям его последователей

²⁵⁴ Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М., Типография А.И. Мамонтова и К^о, 1879. С. 156.

²⁵⁵ Ковалевский М.М. Социология. Теоретико-методологические и историко-социологические работы / Отв., ред., предисл. и сост. А.О. Бороноев. - Спб.: Издательство Русской христианской гуманитарной академии, 2011. С. 149.

²⁵⁶ Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. С.-Петербург, 1911. С. 263.

²⁵⁷ См.: Там же. С. 154.

воплощать справедливость в спорных правоотношениях призваны именно правоприменительные органы, которые способны соизмерять все факторы, обусловившие возникшие правоотношения в конкретной среде. Стоя на реформаторских позициях, С.А. Муромцев возлагал на суд задачу воплощать справедливость и противостоять авторитету угодных монархическому государству законов. Русская буржуазия, пишет М.Э. Казмер, уже была в состоянии доверять судьям²⁵⁸.

С.А. Муромцев отдавал знамя справедливости в руки судебной власти. Он обосновывал это тем, что суд непосредственно сталкивается с отдельными случаями и способен «шаг за шагом» реализовывать справедливые начала. Право и справедливость в определенные периоды развития общества переходят в фазу гармоничного сосуществования, затем следует период дуализма действительного порядка и идеальных представлений. Поэтому «противоположение справедливости и права есть форма, в которую изменяется борьба юридических идей»²⁵⁹.

В процессе исследования выявлено, что идей о справедливости в связи с правоприменением в юридическом этатизме основаны на строгом соблюдении норм положительного права. При выполнении силлогистической операции было недопустимо отступать от воли законодателя, в чем выражалось и единство применения права. В теории же социологического обоснования права принцип справедливости воплощался на практике в факте индивидуализации закона, который в силу своей абстракции не учитывал специфики конкретных правоотношений, в том числе тех, которые могли возникнуть в будущем.

Позитивистская теория права очертила круг оснований применения права действующим правом и данными, полученными опытным путем. Оценочные категории, как правило, относились к категориям, которые не имеют научно-практического значения.

²⁵⁸ См.: Казмер М.Э. Социологическое направление в русской дореволюционной правовой мысли. Рига: Зинатне, 1983. С. 53.

²⁵⁹ Муромцев С.А. Право и справедливость. Публичная лекция. - режим доступа: <http://www.garant.ru>.

В этот исторический период реакцией на позитивизм в юриспруденции стала обновленная теория естественного права, которой было свойственно измерять правовые явления идеалистической категорией справедливости. Проблема справедливости была связана с философской парной категорией «сущее – должное». Философы права неокантианского направления, отмечает Е.А. Фролова, утверждали идею справедливости как необходимого и существенного элемента понятия права²⁶⁰.

В то время критический дух школы естественного права противопоставлялся эмпирике правового позитивизма. В качестве верховного принципа права, к которому необходимо было восходить при разрешении споров, признавалась идея нравственного долга, способствовавшего преодолению субъективизма в отправлении правосудия. В естественно-правовом направлении существовала тенденция обосновывать полномочия судьи мета-правовыми началами, связывая судью надпозитивными критериями, которые могли быть и не отражены в действующем законодательстве.

Идея права являлась единственным путем, способствующим принятию справедливого правового решения. Это связывалось с тем, что в целях эволюции и прогресса нам необходимо критически оценивать действительность. Нельзя не согласиться с позицией Г.Д. Гурвича, который полагал, что справедливость в силу своей природы предполагает существование конфликтов, а именно между несводимыми друг к другу позитивными и вневременными ценностями²⁶¹.

Позитивистское понимание справедливости как цели судебного правоприменения было не способно дать адекватное представление о справедливости, поэтому по мере развития правовых воззрений формировался синтетический подход не только к пониманию права, но и к интеграции идей

²⁶⁰ Фролова Е.А. Неокантианство в русской философии права во второй половине XIX — первой половине XX века: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Фролова Елизавета Александровна. - М., 2013. С. 13.

²⁶¹ Гурвич Г.Д. Философия и социология права: Избранные сочинения / Пер. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. - СПб.: Издательский дом С.-Петербур. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. С. 291, 292.

правового позитивизма с идеями школы возрожденного естественного права в отношении понимания правоприменительного процесса.

По выражению Ф.В. Тарановского, созданные системы естественного права его современников второй половины XIX – начала XX вв. имели не рационально-абсолютное, а эмпирически-относительное значение, обусловленное временем и местом их происхождения. Правовед настаивал на том, что процесс применения права определяется реальными потребностями жизни и полагал, что правоприменитель, исчерпав все догматические приемы юриспруденции, неизбежно должен обратиться к «абстрактной идее справедливости, т.е. к естественному праву, и из него выводить решение по данному случаю»²⁶².

Принцип законности в естественно-правовой школе, так же как в юридическом позитивизме, имел главенствующее значение в правовой теории и в правоприменении. Руководящим принципом отправления правосудия Б.Н. Чичерин считал законность, с которой он связывал не только юридическое, но и нравственное значение. В соответствии с учением правоведа закон является выражением правды, а суд – высшим органом, который ее воплощает²⁶³. В идеалистическом направлении принцип законности оправдан стремлением к созданию законодательства, основанного на естественном праве как разумном, едином, вечном и неизменном.

В этой концепции понимание справедливости не было связано с прагматическим подходом, который связан с именем Р. Иеринга. В своей известной работе он писал о том, что всякое право есть понятие силы и должно быть добыто борьбой, «поэтому справедливость изображают в одной руке с весами, которыми она весит право, а в другой с мечом, которым она его ограждает»²⁶⁴.

²⁶² Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, типография К. Маттисена, 1917. С. 218.

²⁶³ См.: Чичерин Б.Н. Там же.

²⁶⁴ Иеринг Р. Борьба за право. Москва, 1874. С. 12.

Сторонники нравственного обоснования права утверждали идею справедливости на вере в ее объективность либо на метафизических предпосылках, поскольку ресурсы позитивистской методологии не в силах разрешать конкретные дела сообразно требованиям справедливости. Необходимо также подчеркнуть и особенность рассмотрения данной проблемы с точки зрения религиозных философов права. Так, Е.В. Спекторский отмечал, что право осталось без духа христианского идеализма и поэтому страдает глубоким внутренним пороком. Он называл настоящим новозаветным юристом ап. Павла, философия права которого «построена на признании необходимости преодолеть как иудейскую юстицию, построенную на Моисеевом законе, так и юстицию языческую, вдвойне внешнюю — и по составу судей и по характеру применяемой справедливости»²⁶⁵. Таким образом обосновывалась и христианская интерпретация особенностей правоприменения.

В заключение отметим, что во второй половине XIX – начале XX вв. в России позитивистский подход к праву (юридического и социологического типов), основанный на эмпирической методологии, был не способен разрешать ценностные философско-правовые проблемы справедливости в контексте применения права²⁶⁶. Однако это было свойственно естественно-правовому подходу к пониманию права и его реализации субъектами правоприменительной деятельности, в котором справедливость носила нравственно-императивный характер.

Поскольку естественно-правовая школа была тесным образом связана с идеями о справедливости, исследование в этом направлении будет продолжено во второй главе. Здесь интересно привести положение, в соответствии с которым «справедливость – прежде всего, нравственно-ценностное явление

²⁶⁵ Спекторский Е.В. Христианство и культура / Сост., вступ. статья и примеч. П.Е. Бойко, Л.А. Бойко. М.: Центр стратегической конъюнктуры, 2013. С. 242, 243.

²⁶⁶ См. об этом: Лиска О.М. Справедливость как цель судебного правоприменения в теории права России второй половины XIX – начала XX в. // Российское правосудие. 2014. № 8 (100). С. 71-72.

общественной жизни, а законность – политико-правовое»²⁶⁷. Возможно, поэтому философы права в естественно-правовом течении занимались аксиологическими проблемами справедливости в отношении применения права, а догматики права стремились выявить природу законности как необходимую политико-правовую реалию.

²⁶⁷ Катомина В. А., Санисалова Н. А. Законность и справедливость: единство, различия и взаимодействие // Вестник Пензенского государственного университета. 2013. № 2. С. 42.

ГЛАВА 2. УЧЕНИЯ О ПРАВОПРИМЕНЕНИИ В КОНТЕКСТЕ ОСНОВНЫХ ПРАВОВЫХ ШКОЛ В РОССИИ ВО ВТОРОЙ ПОЛОВИНЕ XIX – НАЧАЛЕ XX ВВ.

2.1. Формально-логический подход к правоприменению в юридическом позитивизме

Утверждение юридического позитивизма в 60-х годах XIX столетия в России во многом связано с проведением Судебной реформы Александра II, которая выдвинула в науке и практике новые проблемы. Принципы судоустройства и судопроизводства, введенные Судебными уставами 1864 года, обязали практику основываться на юридической доктрине. Так, Г.Ф. Шершеневич указывал, что «когда в новых судебных учреждениях, которым воспрещено было останавливать решение дел под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия законов, проявилась потребность в систематизированном знании права, в понимании сущности правовых институтов, когда простое заучивание буквы закона оказалось уже недостаточным при новых условиях»²⁶⁸. Вместе с тем, в литературе отмечается, что фактически деятельность представителей юридического позитивизма свелась к приспособлению старой юриспруденции к новым условиям²⁶⁹.

Позитивизм в юриспруденции, особенно в формально-догматической концепции, был ориентирован на правоприменителя и тесную связь науки и практики. Так, А.Х. Гольмстен утверждал, что в интересы науки входит содействие отправлению правосудия, которое, в свою очередь, прямо не достижимо без помощи и содействия науки права. «Великая судебная реформа

²⁶⁸ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. – Тула: Автограф, 2001. С. 21.

²⁶⁹ См.: Куприц Н.Я. Из истории государственно-правовой мысли дореволюционной России. М.: Изд-во МГУ, 1980. С. 130.

1864 г., снявшая с суда и тяжущихся оковы бесцельного формализма, предоставившая каждому из них, в пределах лежащей на нем задачи, свободу действий, приоткрыла двери суда и заключениям ученых-юристов»²⁷⁰. В своей известной речи, посвященной современному движению в науке права, профессор С.П. Пахман уделял внимание вопросам взаимодействия науки и судебной практики, которая «требует твердых руководящих начал ... ищет ответа в принципах, имеющих положительную научную основу»²⁷¹. Правовед констатировал слабую разработанность общих начал науки и необходимость отыскать новые пути и источники научного знания.

Сторонники юридического позитивизма, признавая ближайшим и чрезвычайным назначением юридической науки учет интересов судебной практики, не ограничивали этим ее функций. С.В. Пахман указывал, что задача юридической науки заключается «не в непосредственной интерпретации положительных норм, а в создании общей системы юридических понятий, и если значение науки оценивается по годности общей теории в применении к исследованию конкретных явлений, то теоретическое значение юридической науки должно быть, кажется, оценено несколько выше, чем это делают»²⁷².

Е.В. Васьковский полагал, что, применяя закон, судья может в известной степени проявлять творческую деятельность, именно когда ему приходится пополнять пробелы в законах при разрешении случаев, прямо ими не предусмотренных, или толковать двусмысленные постановления, допускающие различное понимание. Здесь судья получает возможность проводить свои юридические воззрения, свои идеалы. Выработать же такие воззрения и идеалы можно только теоретическим изучением права²⁷³.

²⁷⁰ Гольмстен А.Х. Юридические исследования и статьи. Том II. С.-Петербург, типография М.М. Стасюлевича, 1913. С. 251, 252.

²⁷¹ Пахман С.В. О современном движении в науке права. С.-Петербург, Типография Правительствующего Сената, 1882.

²⁷² Там же. С. 63.

²⁷³ См.: Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса (воспроизводится по изданию Москва, 1917). Москва, Зерцало, 2003. С. 18, 19.

Позитивистские правовые концепции конкурировали с исторической школой права, идеи которой критиковались за неспособность решать практические проблемы. Вместе с тем полагалось, что наука позитивистского исследования права должна основываться на исторической почве, поскольку первая, в сущности, есть не более как обобщение истории права, как общая ее теория с исследованием законов развития человеческих обществ. Д.Д. Гримм указывал на историческое и догматическое изучение юриспруденции, где при историческом изучении мы исследуем последовательную смену правовых институтов во времени в зависимости от изменяющихся условий жизни данной общественной среды, а при догматическом изучении мы анализируем эти правовые институты в том виде, в каком они представляются в данных условиях места и времени. Предметом догматического изучения являлось живое действующее право, изучение которого «имеет прямое практическое значение, облегчая задачу судебной практики, призванной применять нормы права к отдельным конкретным случаям»²⁷⁴.

Правоведами дореволюционной России было определено, что юридические явления или отношения могут рассматриваться с двух позиций – динамической и статической. В этой связи юридическая наука распадалась на юридическую динамику, исследовавшую законы преемственности юридических явлений, и юридическую статику или юридическую теорию права, изучающую законы сосуществования этих явлений. И здесь юридическая статика соответствовала догматике права, которая, как правило, включала в себя описание, обобщение, определение и классификацию правовых явлений.

В рассматриваемый исторический период юридический позитивизм, в котором разрабатывались законы юридической статики, во многом стал восприниматься как направление, обеспечивающее правосудие. Сущность

²⁷⁴ Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. М.: Издательство "Зерцало", 2003. С. 44.

формально-догматического метода всецело заключалась в том, чтобы применить на практике, выработанные догматикой права положения, и нормы права, закрепленные законом. Совершенство закона как основного источника позитивного права исходило от проработанной догматики. Как отмечал Ф.В. Тарановский, теоретическая разработка догматической юриспруденции возникла и упрочилась только в той стадии истории права, когда закон занял крупное, а затем и господствующее место среди видов положительного права²⁷⁵.

Формально-догматический метод был основан не только на потребностях практики правоприменения, но стал теоретико-познавательной основой правового этатизма, о чем уже говорилось в первой главе настоящей работы. По выражению Н.Н. Алексеева, юридическая догматика стала своеобразной философией положительного права²⁷⁶.

В обществе, полагал Г.Ф. Шершеневич, презрительно относятся к формализму, который появляется в судебных решениях, основанных на строгом соблюдении закона, также, недолголюбивают и гражданский суд, основанный на формальной правде. А между тем формализм поддерживает чувство законности и обеспечивает правовой порядок. Правовед, ссылаясь на У. Шекспира, писал, что «осуждая судебный формализм и негодуя на решение суда, который, основываясь на буквальном смысле договора, допускает Шейлока вырезать фунт мяса у своего должника, мы забываем, что тот же формализм спасает жизнь Антонио»²⁷⁷.

С.В. Пахман считал совершенно справедливым, что юридическая наука не объясняет жизненных основ права; ее задача «заключается в исследовании внутренней природы права, как права и следовательно лишь в логической конструкции юридических понятий; она не выходит за пределы этих понятий,

²⁷⁵ Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, типография К. Маттисена, 1917. С. 245.

²⁷⁶ Алексеев Н.Н. Общее учение о праве (курс лекций, прочитанных в Таврическом университете в 1918-1919). Симферополь, типография Е. К. Брешко-Брешковской, 1919. С. 8.

²⁷⁷ Шершеневич Г. Ф. О чувстве законности. Казань, типо-литография университета, 1898. С. 73.

имея в виду лишь выяснение внутреннего, логического между ними соотношения»²⁷⁸. Неизбежная связь факта с правом заключается, по мнению правоведа, только в том, что без первого нельзя конструировать и последнее, а жизненные отношения, в области юридической науки, имеют значение не сами по себе, а лишь для анализа права с точки зрения меры, величины. Однако «естественная почва сближения» имеет существенное значение в практике, т.к. «на ней основана теория применения права к отдельным случаям или, вернее, подведения случаев под норму (subsumtio)»²⁷⁹.

Юристы-позитивисты полагали, что любую конкретную ситуацию возможно разрешить на основании общих принципов и духа положительного законодательства. Эта идея логической законченности положительного права строилась на авторитете римского права. Большинство представителей данного направления среди цивилистов являлись исследователями римского права. Они считали, что юридическая логика, раскрывшаяся впервые в римском праве, останется еще надолго образцом и неисчерпаемым источником правильного развития юридического мышления.

Описывая прием обобщения в догматике, Г.Ф. Шершеневич рассматривал вопрос о юридических принципах, под которыми он понимал мысль законодателя, лежащую в основании отдельных норм²⁸⁰. Поэтому наука не творит содержание веления, а извлекает его из материала положительного права. Такое заключение важно при правоприменительном процессе, когда, исходя дедуктивным путем из юридического принципа, мы предугадываем частные правила, не предусмотренные законодателем случаи. По мнению правоведа, такой процесс возможен при том условии, если мы предположим, что и сам законодатель сделал бы соответствующий логический вывод. В целом успешное осуществление практической деятельности у исследователя

²⁷⁸ Пахман С.В. О современном движении в науке права. С.-Петербург, Типография Правительствующего сената. 1882. С. 49.

²⁷⁹ Пахман С.В. Указ. соч. С. 52.

²⁸⁰ Шершеневич Г.Ф. Задачи и методы гражданского правоправедения. Казань, типо-литография Императорского университета, 1898. С. 12.

немыслимо без приемов догматической юриспруденции. Например, при систематическом изучении права отмена или изменение закона, введение нового не производят в уме практика никакого замешательства, в противном случае всякая законодательная новость обязывала бы пересмотреть все остальные нормы, чтобы убедиться, не произвело ли на них нововведение какого-либо действия. Классификация норм с точки зрения применения права дает нам возможность легко и быстро находить все относящееся к данному случаю, а сама «система для практика - то же, что касса для наборщика»²⁸¹.

Прагматический и формально-догматический подход к праву в концепции юридического позитивизма периода его становления в России предопределили обусловленность процесса применения права силлогистическими операциями. Заключение, выводимое в результате юридического силлогизма, не выходило за установленные законом рамки. При этатистском подходе к праву в правоприменении складывалась цепь из умозаключений.

Как известно, в логике под силлогизмом понимают умозаключение, в котором на основании нескольких суждений выводится новое суждение, называемое заключением. Это рассуждение мысли состоит из трех простых атрибутивных высказываний: двух посылок и одного заключения. Одна из посылок – большая – содержит предикат заключения, вторая – меньшая – содержит субъект заключения. В фундаментальном труде XIX века Дж. Ст. Милля было указано, что «для правильного силлогизма необходимо три (и не более трех) предложения: а именно «заключение» или доказываемое предложение, и два других, которые, взятые вместе, доказывают заключение и называются «посылками»²⁸².

²⁸¹ *Шершеневич Г.Ф.* Задачи и методы гражданского правоведения. Казань, типо-литография Императорского университета, 1898. С. 18.

²⁸² *Милль Дж. Ст.* Система логики силлогистической и индуктивной: Изложение принципов доказательства в связи с методами научного исследования. Пер. с англ. / Предисл. и прил. В.К. Финна. Изд. 5-е, испр. и доп. – М.: ЛЕНАНД, 2011. С. 168.

Таким образом, в рассматриваемой доктрине полагали, что в процессе правоприменения при решении конкретного случая следовало найти подходящую общую норму, закрепленную положительным правом. Эта абстрактная норма права носила свойство большой посылки. Малая посылка дана в фактическом составе дела. В суде и других органах, разрешающих конкретные правовые ситуации, представлялось регулировать их посредством формально-логической операции, где заключение силлогизма имеет значение решения правоприменителя. Процесс применения права становился близок к математически точным вычислениям.

Г.Ф. Шершеневич указывал, что в процессе применения права необходимо произвести примерку фактического состава в данном или предполагаемом случае к норме права, а также считал, что «логическое строение судебного решения представляет собой ничто иное, как силлогизм, в котором роль большой посылки играет норма права, малой посылки – конкретное бытовое отношение»²⁸³. Вместе с тем, отмечалось, что весьма редко судебное решение, особенно в гражданских делах, строится на одном силлогизме. Чаще всего приходится иметь дело с цепью силлогизмов (полисиллогизм). Другие юристы также утверждали, что применение на практике законов и других юридических норм осуществляется посредством силлогизма²⁸⁴. Эта конструкция логического умозаключения стала предметом критики в среде противников юридического позитивизма, поскольку «не отражает всей глубины и многогранности реальной творческой работы правоприменителей (прежде всего судей) в процессе принятия правособлюдающих решений»²⁸⁵.

²⁸³ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Том IV. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 699.

²⁸⁴ См.: Васьяковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов (для начинающих юристов). Москва, издание Бр. Башмаковых, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К^о, 1913. С. 1.; Рождественский А. А. Общая теория права. Курс лекций, читанных на высших женских юридических курсах. Москва, типо-литография Ю Венер преемн. О. Фальк, 1909. С. 82.

²⁸⁵ Ершов В. В. Судебная власть в правовом государстве: Дисс. ... д-ра юрид. наук; 12.00.01 / Ершов Валентин Валентинович: М., 1992. С. 175.

Фактически во всей дореволюционной правовой доктрине (и длительное время в советском правоведении) категория правоприменения рассматривалась с формально-юридических позиций – в виде определенного силлогизма. В этой связи В.И. Гойман отмечал, что при таком подходе мы рискуем оставить за пределами оценки собственную природу правоприменения, его место и роль в механизме действия права²⁸⁶. Закономерно, что учение о правоприменении в современной литературе значительно превосходит узкий формально-логический подход, что во многом связано с влиянием международного права на внутригосударственное, с реализацией принципа независимости судей и многими другими факторами. Роль применителя права стала более весомой в условиях динамично развивающихся отношений в государстве и политической демократизации в России.

В теории применения права в рассматриваемый период, юристами-догматиками обосновывалось то, что установление малой посылки сводится к очищению казуса от неюридических элементов. Это связывалось с тем, что в расчете силлогизма должна быть только формальная конструкция. Экономические, нравственные, религиозные, психологические и другие факторы исключались из процесса установления юридического отношения, которые, по мнению догматиков, мешают отысканию большой посылки. В конечном счете, «выполнив задачу очистки и разложив оставшееся на ряд юридических представлений, судья отыскивает тот же ряд представлений, соединенных в какой-либо абстрактной норме»²⁸⁷.

Такой подход, при котором юридические отношения воспринимаются без влияния, по мнению догматиков, неюридических факторов, существенно отделяет концепцию юридического позитивизма от других правовых концепций. Рассматривая воззрения С.В. Пахмана, который понимал под

²⁸⁶ Гойман В.И. Действие права (Методологический анализ). М.: Академия МВД РФ, 1992. С. 27.

²⁸⁷ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Том IV. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 704.

правом систему юридических понятий, П.С. Шкуринов отметил, что русский позитивист впадал в объективизм, оказывался сциентистски преданным «идее беспартийности правовой науки»²⁸⁸. С.В. Пахман уподоблял юридическую науку математике, которая «суха, безжизненна, бесстрашна; вся она исчерпывается строгими логическими формулами»²⁸⁹.

С этой точки зрения при установлении малой посылки нравственные и социологические ориентиры не должны играть какую-либо роль в установлении юридического отношения. Е.В. Васьковский, опираясь на силлогистические правила умозаключения, считал, что поиск малой посылки состоит в юридическом анализе фактических обстоятельств, при котором «бытовые» элементы не имеют никакого значения в глазах юриста при выделении «юридического зерна»²⁹⁰.

Последователи юридического позитивизма полагали, что правоприменителю для установления малой посылки достаточно быть знакомым с юридическими понятиями. Это есть проявление догматического метода в правоприменении, при котором, как представляется, судью ограничивают понятиями, следовательно, формальным подходом. В этом контексте В.В. Лазарев считал недостаточным умение формального оперирования установленными фактами и доказательствами в применении права. Способность к диалектическому мышлению относится к неотъемлемому качеству правоприменителя²⁹¹.

В целях уточнения особенностей построения юридического силлогизма следует отметить значение среднего термина. В заключении категорического силлогизма связь между терминами устанавливается на основании их

²⁸⁸ Шкуринов П.С. Позитивизм в России XIX века. М., Изд-во Моск. ун-та, 1980. С. 333.

²⁸⁹ Пахман С.В. О современном движении в науке права. С.-Петербург, Типография Правительствующего сената. 1882. С. 67.

²⁹⁰ См.: Васьковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов (для начинающих юристов) Москва, издание Бр. Башмаковых, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К^о, 1913. С. 2, 3.

²⁹¹ См.: Лазарев В.В. Применение советского права. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1972. С. 57.

отношения к некоторому «третьему» термину в посылках²⁹². В силлогизме средний термин является связующим звеном между посылками и отсутствует в заключении. Он занимает ключевое положение в силлогизме, поэтому в «процессе осуществления генеральной квалификации правоприменителю крайне важно найти те признаки объекта квалификации, которые полностью совпадают с признаками, предусмотренными содержанием нормы права»²⁹³. По правилам логики средний термин находится в обеих посылках, его нельзя выдумать и, соответственно, привести в силлогизм что-либо, отсутствующее в посылках. Связь большой и малой посылки в этом смысле должна установиться как безусловная и непосредственная. Вместе с тем, средний термин не может быть дан в чистом виде. При применении права рассматриваемая логическая операция требует условия, при котором средний термин будет найден в малой посылке только в том случае, если будет произведена очистка фактического состава от неюридических элементов. Только юридические элементы должны быть оставлены, поскольку закон связывает именно с ними определенные последствия. Поэтому, в силу законов логики, прямая, тесная зависимость от установленных в нормах предписаний не позволит правоприменителю учесть неюридические факторы.

Логическое допущение о том, что силлогизм неправилен, если в заключении есть что-либо, кроме того, что было допущено в посылках, подкрепляет тезис юридического позитивизма об ограничении правоприменителя положительным правом. Однако Дж. Ст. Милль полагал, что при постулировании такого логического порядка спорный характер приобретает отнесение силлогизма к умозаключению, при котором возможно получение нового знания. Как представляется, это имеет определенное значение в юриспруденции, поскольку правовые отношения изменяются постоянно. Вместе с тем, закон рассчитан на уже сложившиеся отношения и тот

²⁹² *Ивлев Ю.В.* Логика для юристов: Учеб. для вузов. - 2-е изд., испр. - М.: Дело, 2001. С. 100.

²⁹³ *Власенко В.Н.* Логические основания юридической квалификации: Дисс. ... канд. юрид. наук; 12.00.01 / Власенко Валерий Николаевич: М., 2011. С. 91.

фактический состав, который без особого труда должен быть распознан в качестве малой посылки. В этом контексте использование силлогистических операций в процессе применения права не выдержало критики представителей либеральных направлений в праве, поскольку те отношения, которые не смогут найти абстрактной нормы, будут урегулированы посредством искажения логического силлогизма.

Следует обратить внимание на то, что процесс правоприменения начинается с поиска малой посылки, после определения которой наступает возможность подобрать к ней большую посылку. Однако нет смысла выделять стадии поиска посылок, поскольку это взаимозависимые этапы принятия решения, сложная операция, при которой «интерпретация фактов и интерпретация нормы взаимно друг друга обуславливают»²⁹⁴.

Как уже отмечалось, большая посылка силлогизма находилась строго в рамках установленных норм позитивного права. В этом отношении Е.В. Васьковский полагал, что «ареной для поисков должно служить то положительное законодательство, постановления которого необходимо применить к данному случаю»²⁹⁵. Господствующая школа права призывала правоприменителя в своей деятельности руководствоваться только положительным законодательством, которое носит абстрактный характер и раскрывается в каждом юридическом случае.

Однако очевидно, что в процессе применения права, результат которого состоит в истинном и единственно возможном принятии решения по конкретному делу, недостаточно знания законов логики. С одной стороны, нормы закона как большой посылки не могут быть признаны истинными или ложными, поскольку это высказывание законодателя нельзя оценить, оно по своей природе прескриптивно. Суть силлогизма состоит в том, чтобы вне зависимости от истинности посылок, т.е. их содержания, правильно построить

²⁹⁴ Рикёр П. Справедливое / Пер с фр. Б. Скуратова, П. Хицкого. Послесловие Э. Шлоссер. М.: Издательство «Гнозис», Издательство «Логос», 2005. С. 141.

²⁹⁵ Васьковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов (для начинающих юристов). Москва, издание Бр. Башмаковых, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и КО, 1913. С. 3.

силлогизм, который в правоприменении гарантирует принятие логически неизбежного решения. С другой стороны, необходимо учитывать оценочный характер правоприменительной деятельности. Природе судебного решения посвятил научную статью В.Н. Корнев, в которой обоснован вывод о том, что этот акт суждения может быть либо истинным, либо ложным²⁹⁶.

Рассматривая применение судом гражданских законов, М.А. Гурвич с критикой относится к силлогистическим приемам, отмечая, что познавательный процесс судебного мышления не означает механического отражения, как бы фотографирования правоотношения. Умозаключение судей хотя и образует главное содержание решения, его посылки определяются под большим или меньшим влиянием судебных оценок²⁹⁷.

В контексте достижения логической истины в применении права представляется интересным рассуждение, в соответствии с которым истинность любого утверждения зависит от фактов внешнего мира и частично от языка, и по доктрине логическая истина есть крайний случай, при котором истинность предложения не зависит от фактов внешнего мира, от свойств материи²⁹⁸. Таким образом, достижение правильного решения в правоприменении с точки зрения логики представляется достаточно проблемным вопросом ввиду разнообразия фактического материала, который не всегда поддается законам логики.

В рассматриваемый период правоприменительные проблемы были связаны с проблемами правотворческими. В этатистском позитивизме существовали убеждения в том, что при достижении высокого уровня законодательной техники закон предусмотрит необходимые способы урегулирования любых правоотношений. Юристы-догматики признавали, что

²⁹⁶ Корнев В.Н. О природе судебного решения. // Российское правосудие. 2014. № 4. С. 16.

²⁹⁷ Гурвич М.А. Судебное решение: Теоретические проблемы. М.: «Юрид. лит.», 1976. С. 95.

²⁹⁸ Целищев В.В. Логическая истина и эмпиризм / Отв.ред. М.В. Попович. Изд.2-е, испр. - М.: Красанд, 2010. С. 50.

законодательная техника нуждается в усовершенствовании. Считалось, что процесс применения права в условиях развивающихся отношений будет облегчен в обществе за счет наибольшего абстрагирования норм. В таком случае появится возможность для каждой конкретной ситуации найти решение, основываясь на действующем законодательстве. Совершенство юридической техники составления абстрактных норм исключало необходимость судебного усмотрения. И. Оршанский полагал, что закон достигает своей цели при помощи общих принципов, правовых идей, содержащих возможность разрешения всех новых правоотношений. Совершенные нормы значительно сократят сомнения «относительно разнообразных фактических комбинаций, подлежащих рассмотрению судебной власти»²⁹⁹.

Вместе с тем, эффективность деятельности правоприменительных органов зависит от деятельности органов законодательной власти. В этой связи необходимо остановиться на соотношении государства и права, поскольку проблема применения права в правовых концепциях была обусловлена представлениями о связанности права государством.

Согласно доктрине юридического позитивизма, государство первично по отношению к праву, предшествует праву и определяет его. Между тем, право всегда являет себя в виде норм, соблюдение которых требуется государством. Без государства право не может быть, поскольку его главный признак состоит во властном принуждении. Критики этой концепции утверждали, что наличие организованной власти опосредовано сложной системой юридических норм, развивая при этом идеи конституционного или правового государства. Общая тенденция либерального направления «сводилась в тому, чтобы в поисках реальных предпосылок для ограничения государства правом выйти за пределы юридической догматики и не пытаться их найти в самом государстве, а обра-

²⁹⁹ Оршанский И. Частный закон и общее правило. (Материалы для русской юридической герменевтики). //Журнал гражданского и уголовного права. Книга 3. С.-Петербург, типография А. М. Котомина, май 1873. С. 23.

таться к реальным потребностям общества»³⁰⁰. Теории, которые право определяли через государство не ставили высоко роль общественного фактора, отрицали существование естественного права, дуализма в праве и признавали только положительное право. Теории, в которых право связывается государством, ограничивают правоприменителя установленными государственной властью нормами права.

В этатистском позитивизме сложилось определение права как исходящего от законодательной власти. Источником всякого права является государственная власть, деятельность которой находится только под нравственной санкцией³⁰¹. Соответственно, здесь не учитывались правовые обязательства государства, и не было места реализации принципа разделения властей в его классическом варианте.

Как известно, наиболее совершенная политическая организация государственной власти в либеральных концепциях была связана именно с теорией разделения властей. На наш взгляд, обусловленность принципов организации государственной власти целесообразно рассматривать через призму парадигмального подхода.

Сущностные различия между судебной и законодательной функциями государственной власти правоведы чаще всего сводили к следующим пунктам. Судебная власть распространяет свою волю на конкретные существующие отношения, в то время как законодатель предписывает нормы для будущего употребления. Судья не вправе, вне случаев, предусмотренных законом, пересматривать ранее разрешенное дело, а законодательная власть, будучи опосредована развитием общественных отношений, призвана в соответствии с ними изменять нормы права. Судья не должен вмешиваться в разрешение дел по собственной инициативе, законодатель, призванный стоять на страже интересов общества, должен проявлять творчество и инициативу.

³⁰⁰ См.: *Корнев В.Н.* Проблемы теории государства в либеральной правовой мысли России конца XIX — начала XX века: Монография. - М.: Издательство «Юрлитинформ», 2005. С. 204.

³⁰¹ *Шершеневич Г. Ф.* Определение понятия о праве. Казань, 1896. С. 129.

Однако в тех спорных моментах, когда в конкретном правоотношении не удавалось подобрать большую посылку законодатель обязывал правоприменителя руководствоваться «общим смыслом» закона. Эти пробелы в законодательстве существуют, как правило, ввиду быстрого развития общественных отношений, а нормы права не успели охватить своим регулированием то или иное явление. В данном случае возложение на суд обязанности разрешать дела приближают его к деятельности законодательной. «Судья обязан продолжать работу законодателя, уточнять, конкретизировать, наполнять ее жизненным содержанием, т.е. доводить до конца ту творческую юридическую задачу, которую ставит себе законодатель»³⁰². Грань между законодательной и судебной властью может стать неустойчивой, особенно в условиях плохо разработанной и осуществленной юридической техники. В формально-догматической юриспруденции выдвигалось при этом главное требование правоприменения: не нарушить действующий закон.

Сторонники юридического позитивизма, утверждая верховенство законодательной власти, не связанной правовыми нормами, признавали подчиненный характер судебной власти. «В судебных и административных решениях выражается новое право в тех размерах, в каких это дозволено законодательной властью»³⁰³, – отмечал М. Капустин в своей работе, проникнутой формально-догматическим духом. Н.И. Палиенко отстаивал позицию, в соответствии с которой законодательная власть в государстве не может быть связана установленными ею законами. Законодательная власть получает главенствующую роль наряду с судебной и исполнительной властями. Однако последние как бы окутаны, связаны правом в лице законодателя. Ученый считал, что юристы, расчлняя логически государство в его функциях и органах не могут отрицать, «что в административной и затем судебной функции современное государство в лице своих соответствующих органов

³⁰² Розин Н.Н. Судебная власть / Вопросы права. Журнал научной юриспруденции. Книга IX(1). М., 1912. С. 72.

³⁰³ Капустин М. Теория права (юридическая догматика). М., 1868. С. 188.

находится в подзаконном положении, и, следовательно, в этих двух функциях связано правом»³⁰⁴. Поэтому общей характерной чертой рассматриваемой концепции было то, что признавалось не разделение властей, а разделение функций государственной власти.

Практическая направленность юристов-догматиков, а также правовая сущность законодательной власти способствовали тому, что в обоснование процесса применения права разработчиками юридического позитивизма в России второй половины XIX века была использована конструкция логического силлогизма, соответствующая формально-догматическому подходу к исследованию правовых явлений. Проблема правоприменения не рассматривалась в контексте применяемого право субъекта, т.е. человека, который опосредован социальной средой либо нравственными императивами. Из концепции исключались данные факторы, а правоприменителю вменялось механически считывать нормы права при определенном наборе фактов.

Характер формально-догматического правоприменения состоял в том, что, используя силлогистическую логику и вне зависимости от истинности посылок, т.е. их содержания, следовало сделать правильно формальный вывод. Большая посылка содержалась в нормах права и не подлежала доказыванию. В нахождении малой посылки была работа с юридическими понятиями и очищение казуса от неюридических элементов, которые мешали соединению с большой посылкой. Средний термин силлогизма должен был способствовать логической точности умозаключения. Формальная замкнутость силлогизма и принципы отыскания его посылок исключали возможность учесть метаюридические идеи и привнести в силлогизм усмотрение судьи.

³⁰⁴ Палиенко Н. И. Учение о существе права и правовой связанности государства. Харьков, типография и литография М. Зильберберг и С-вья, 1908. С. 293.

2.2. Природа применения права в школе социологического позитивизма

Представители социологического позитивизма второй половины XIX века в России были едины в понимании того, что право всецело имманентно общественным процессам и не имеет безусловной ценности в самом себе. Обосновывая социальный контекст правовой сущности, они считали, что первичны фактические общественные отношения, в которых право продуцируется обществом, а государственные установления имеют производную природу. В этом контексте в либеральной правовой мысли этого периода «стремились подчеркнуть самостоятельный статус общества»³⁰⁵.

Право должно изучаться в связи с осуществлением в жизни, поэтому оно находилось в конкретных случаях, а не в логических конструкциях позитивного законодательства, которые в силу непрерывного развития общества не исчерпывают собой всю полноту жизни. Исследование становления правовых систем показало, отмечает В.Д. Зорькин по поводу этой теории, что юридические нормы, прежде чем достигнуть высокой степени устойчивости и абстрактности, проходят через стадии казуистического права, т. е. генетически правовые отношения предшествуют норме, как она формулируется в развитом правосознании законодательства³⁰⁶.

Подтверждение данному тезису является высказывание С.А. Муромцева о том, что «потребность, которая дает толчок к исканию нормы, - содержание нормы и сила, с которой она выражается, - настроение и способность правообразующих органов, отношение к искомой норме различных классов общества и высшей государственной власти, характер комбинаций, которые

³⁰⁵ Ватиль В.Н. Государство как гарант человеческой свободы (интерпретация русской формы раннего политического либерализма. Гродно: ГрГУ, 2001. С. 87.

³⁰⁶ Зорькин В.Д. Муромцев. М.: Юрид. лит., 1980. С.42.

направляют развитие нормы после ее рождения, – все эти существенные моменты каждой гражданской нормы и каждого гражданского института составляют продукт предшествовавшей и сопровождающей их культуры»³⁰⁷.

Правоведы этого направления, опираясь на материалы исторических и социологических исследований, выявляли законы образования правовых явлений, закономерности их развития. В этой связи им свойственно было исследовать юридическую динамику, в отличие от сторонников правового этатизма, как уже упоминалось, делающих акцент на правовой статике. М.М. Ковалевский развивал т.н. генетическую социологию права, которая изучает происхождение таких социальных институтов, как семья, собственность, государство, право и др. Как следовало из его полевых наблюдений, он был убежден, что государственные законы будут иметь силу только в том случае, если не вступят в противоречие с правовой культурой народа³⁰⁸.

С.А. Муромцев определял право через правоотношения³⁰⁹. В соответствии с его концепцией существующие фактические отношения в общественной среде, которые опосредованы совокупностью различных факторов и их свойств являются выражением определенного порядка, возникшего в силу объективных причин. Отношения, которые являются защищаемыми в обществе, есть правовые отношения, но это не меняет их сути как фактических отношений, сложившихся под воздействием социального контекста³¹⁰.

Ю.С. Гамбаров призывал тех, кто хочет знать право, знакомиться, прежде всего, с социальной жизнью во всех ее многообразных проявлениях, а изучение юриспруденции, по его мнению, должно начинаться с изучения

³⁰⁷ Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М., Типография А.И. Мамонтова и К^о, 1879. С. 37.

³⁰⁸ Бочаров В.В. Максим Ковалевский: антропология права и правовой плюрализм в России // Журнал социологии и социальной антропологии. – 2001. – Т. IV - № 3. С. 71.

³⁰⁹ См. об этом: Ющенко Н.В. Государственно-правовые взгляды А.С. Муромцева: Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ющенко Наталья Валерьевна: СПб, 2002. С. 97.

³¹⁰ Муромцев С.А. Указ. соч.

отдельных социальных отношений. Он делал вывод, что «социальная жизнь и право суть не раздельные величины, а две нераздельные стороны – содержание и форма – одного и того же явления»³¹¹.

Н.М. Коркунов писал, что юридическая конструкция отображает правовые отношения, содержанием которых являются права и обязанности. Равно как и конструкция кристаллографических систем, конструкция юридических отношений имеет функцию идеального построения. Выявляемая связь правовых исследований с физическими и геометрическими свойствами предопределяет использование методов индукции позитивистской философии. Научность изучения правовых явлений, таким образом, освобождается от оценочных суждений. По мнению правоведа, пригодность использования методов юридической конструкции подтверждается успешным их применением на практике³¹².

Вместе с тем правоотношения, через которые определялось право в социологической юриспруденции, предполагали различное содержание фактических отношений, в которых люди состоят друг к другу. Общественные отношения регулируются не только правовыми нормами, но и нравами, религией, нравственностью, которые взаимовлияют и обуславливают друг друга. По содержанию нет возможности отграничить этот комплекс регуляторов в их различных комбинациях.

Юридические отношения были положены в основу изучения права, поскольку положительное законодательство рассматривалось как неустойчивое образование, зависимое от особенностей национальной правовой системы.

Право, понимаемое как динамичный продукт общественной жизни и опосредованный законами ее развития, вытесняло представление о праве как об абстрактных нормах. В рамках концепции социологического позитивизма Ю.С. Гамбаров выделял два взаимосвязанных способа обнаружения

³¹¹ Гамбаров Ю.С. Задачи современного правоведения (из журнала Министерства юстиции, январь 1907). С.-Петербург, Сенатская типография, 1907. С. 31.

³¹² Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. С. 404.

правообразующей воли. В первом случае установление и применение права находятся в руках одной и той же власти - это творческое судебное решение, не только применяющее, но и создающее право. Во втором - установление права отделено от его применения, которое есть только конкретное утверждение существующего уже в силу общих норм права³¹³.

Вышеуказанное позволяет сделать вывод о том, что в концепции социологического позитивизма применению установленного статичного права в определенной мере противопоставлялось образование права в процессе принятия правового решения. Именно здесь возникала проблема, связанная с правотворческой ролью правоприменителя. В контексте социологической юриспруденции интерпретация этих двух фундаментальных процессов – образования права и его применения – приводит нас к выводу о том, что природа правоприменительной деятельности дихотомична, или имеет две стороны.

Как известно, социологическая юриспруденция основывалась на воззрениях видного немецкого ученого Р. Иеринга, который делал акцент на активной стороне права, встроив в теорию такие величины, как интерес, цель, борьба за право. Так, утверждалось, что «Иеринг показал нам, как надо работать над правом, чтобы перейти от бесплодной юриспруденции понятий к настоящей реалистической юриспруденции, обещающей возможность научно овладеть явлениями права»³¹⁴. Отмечая заслуги юриспруденции интересов, профессор В.Н. Корнев пришел к выводу, что она смогла за статьями законов и логико-правовыми конструкциями увидеть лежащие в их основе цели и интересы, а также связанные с ними ценностные представления³¹⁵.

³¹³ Гамбаров Ю.С. Право в его основных моментах. Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1 (под ред. Ю. С. Гамбарова). С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О. Н. Поповой, 1899. С. 44.

³¹⁴ Гредескул Н.А. Современные вопросы права Москва, издание книжного магазина П. А. Брейтигама в Харькове, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К^о, 1906. С. 13.

³¹⁵ См.: Корнев В.Н. Философские и правовые основания понимания и применения международного и внутригосударственного права // Российское правосудие. 2011. № 4(60). С. 35.

Целью борьбы людей являются интересы, обеспечиваемые и гарантированные государственной властью, которые и есть, по Иерингу, субъективные права или, иначе, юридически защищенные интересы³¹⁶. С.А. Муромцев считал, что право есть правоотношение, которое определяется постольку, поскольку оно защищено юридическим образом³¹⁷. Правовед развивал идеи своего немецкого учителя, заостряя внимание на организованной защите общественных отношений, подлежащих правовой охране, которая направлена против возможных посягательств на них в социальной среде. Основное и существенное свойство права, по его мнению, состояло в возможности иска и юридической защите, обуславливающей собой другие отличительные свойства права. Г.В. Мальцев отмечает здесь логику рассуждений, в соответствии с которой «право не существует и не обладает сущностью до актов нарушения и защиты», с чем, на его взгляд, не может согласиться большинство юристов³¹⁸. Такой акцент социологической юриспруденции связан с динамичной стороной права, правом в практике его реализации и применения.

Государство в рамках рассматриваемой концепции выступало источником правообразования, но право образуется и без участия государства, которое рассматривается как форма юридической защиты отношений общества, но не источник права. С.А. Муромцев разделял правовые и юридические отношения, первые – защищаемые, вторые – защищающие. Нормы, предписанные государством, носят название юридических норм. Они либо передают часть правового порядка в обществе или вовсе не имеют такого значения³¹⁹.

В трактовке С.А. Муромцева возможность защищенных действий, обеспеченных защитой, составляет содержание права. Юридическая защита

³¹⁶ См.: История политических и правовых учений: Учебник для вузов / Под общ. ред. проф. О.В. Матышина. - М.: Норма, 2004. С. 495.

³¹⁷ См.: Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М., Типография А.И. Мамонтова и К°, 1879. С. 93-94.

³¹⁸ См.: Мальцев Г.В. Социальные основания права. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 310.

³¹⁹ См.: Муромцев С.А. Указ. соч.

содействует расширению содержания правового отношения. Вместе с тем, по мнению правоведа, выдающиеся характеристические черты для установления признака права представляет его формальный момент. Порядок установления, прекращения и защиты прав является более или менее определенным. Организованное установление и организованная защита составляют отличительное свойство права.³²⁰

Иными словами, в рассматриваемом направлении вместо выраженного в праве интереса надлежало защищать сам интерес. Поэтому происходило смешение понятия права как предмета защиты с самой защитой. Теория, обуславливающая право интересом, своеобразно и представляла роль правоприменительной деятельности. Так, если суд защищает интересы сторон, а не выраженные в законе нормы, то роль положительного законодательства в отправлении правосудия смещается на второй план. Деятельность судьи, таким образом, заключалась в обосновании интересов сторон судебного процесса вместо применения норм положительного права.

Право, определяемое через понятие «интерес» в его социологической интерпретации, предполагает «относительность в праве». Соответственно предметом их критики были воззрения школы естественного права, которой была свойственна абсолютизация правовой сущности. Так, Н.М. Коркунов считал, что, поскольку право является совокупностью правовых явлений, возникавших в разное время и в разном месте, не может быть одного критерия для его определения, равно как «физик, исследуя явления тепла и холода, ставит задачей не определение «абсолютного» различия между теплом и холодом, а выяснение особенностей этой группы явлений в сравнении с другими, напр., с явлениями света, электричества»³²¹. В связи с этим ученый делал вывод, что для науки права нет вовсе надобности искать определение абсолютного различения правого и неправого напротив, изучать следует оба

³²⁰ См.: Муромцев С.А. Указ. соч. С. 122.

³²¹ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. С. 100.

явления, поскольку на практике правоприменитель сталкивается и с неправыми явлениями, которые должен с помощью различных критериев отграничивать от права.

В теории правовых интересов, синтеза права и интереса Н.М. Коркунова³²² полная относительность права предопределяла понимание права как разграничение интересов. В относительности права, как полагал правовед, заложена его практическая значимость, поскольку нет смысла в разведении правого и неправого по полюсам. Вместе с тем, он, развивая науку права, исходя из понятия интереса, отвергал теорию С.А. Муромцева и считал неприемлемой концепцию Иеринга³²³. Н.М. Коркунов оперировал разграничением сталкивающихся интересов, из чего следовало, что применение юридических норм обусловлено противоположением моих и чужих интересов. Это воззрение обосновывалось тем, что в положительном праве всегда многое представляется устарелым, не отвечающим современным потребностям, современным понятиям о справедливости, о взаимном соотношении сталкивающихся интересов³²⁴.

Однако приверженцы этатистского позитивизма в России отрицали понимание права через категорию «интерес». Так, С.В. Пахман, анализируя работы С.А. Муромцева, выражал сомнение в том, что правовые интересы должны быть защищаемы судом, хотя бы они были мало или вовсе не защищены законом. Сторонники социологического позитивизма, по его мнению, неверно трактуют указание законодателя суду при решении дел не останавливаться на одной букве законов и восполнять в них пробелы, где то и другое должно быть лишь в пределах общего смысла законодательства, а «заменять же правила, выраженные в законе, другими, хотя бы по мнению суда

³²² См.: Кузьмина А.В. Категория «интерес» в философии и праве. М.: Юрид. лит., 2009. С. 101.

³²³ См.: Экимов А.И. Коркунов М.: Юрид.лит., 1983. С. 35.

³²⁴ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. С. 360.

и более справедливыми, не предоставлено»³²⁵. Ученый определял задачу «юридической» теории изучением права не с точки зрения интереса, а с точки зрения меры, грани, величины сферы свободы отношений, определяемых правом... Поэтому не отождествление интереса с правом, а строгое между ними разграничение – вот к чему должна стремиться юридическая наука, если имеет притязание на основательность³²⁶.

Согласно учению сторонников социологической юриспруденции, в задачу суда не входит защита права, т.к. такая же задача ставится перед административной властью, результатом чего является смешение функций судебной и исполнительной властей. Поэтому, чтобы судебная власть признавалась функционально обособленной, необходимо было закрепить за ней функцию «распознавания права». Н.А. Гредескул по этому поводу писал, что «истинной, реальной целью, а, следовательно, и функцией суда, как особого учреждения, надо считать не защиту, а распознавание права, - распознавание *in concreto*, в тех отдельных случаях, в которых оно должно было найти свое осуществление»³²⁷. Правовед считал, что необходима духовная деятельность, направленная на распознавание права в его отдельных проявлениях, которая осуществляется судом. На этой стадии наличия нормы недостаточно для осуществления права, поэтому степень ответственности за это ложится на правильное распознавание и истолкование права независимым судом.

Ключевая позиция социологической юриспруденции в контексте правоприменения состояла в том, что его представители являлись адептами судебного усмотрения. Умеренные сторонники этой концепции принимали позицию, в соответствии с которой судья законодательствует только в случае наличия пробела в законе. Уже отмечалось, что тенденция к увеличению

³²⁵ Пахман С.В. О современном движении в науке права. СПб, Типография Правительствующего сената. 1882. С. 32.

³²⁶ Пахман С.В. О современном движении в науке права. С.-Петербург, Типография Правительствующего Сената, 1882. С. 24, 27.

³²⁷ Гредескул Н.А. Современные вопросы права. Москва, издание книжного магазина П. А. Брейтигама в Харькове, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К^о, 1906.С. 15.

пределов судебных полномочий в законодательстве Российской империи содержалась в Судебных уставах 1864 года.

В качестве основания судебного усмотрения одни выделяли взвешивание интересов, другие – естественную справедливость, третьи – судейскую совесть. Соответственно пределы усмотрения должны ограничиваться либо интересами сторон судебного процесса, либо понятиями о справедливости, либо совестью судьи.

Относительно судейской совести характерно, что она возводилась в идеал, как уголовного, так и гражданского суда. Следует подчеркнуть, что, как правило, ученые, принимавшие сторону судебного правотворчества, проводили исследования в гражданско-правовой области. Вместе с тем, идеи судейского усмотрения нашли сторонников среди исследователей уголовно-правового направления. Г.В. Демченко считал, что уголовные решения имеют равнозначное формальное значение с гражданскими как в теории, так и практике судебного процесса. По его мнению, уголовно-правовые отношения подвержены частым колебаниям и требуют постоянного адаптирования меняющихся жизненных обстоятельств к действующим нормам. Судья, разбирающий уголовные дела, «непрерывно должен развивать, примирять и согласовывать постановления уголовного кодекса с развивающимися запросами жизни и права»³²⁸. Конфликт между законом и жизнью, писал М.П. Чубинский в работе, посвященной пределам власти уголовного суда, возможно смягчить с помощью увеличения свободы судейской совести, которая стоит перед альтернативой: «или нарушить закон, или, применяя формальную правду, уродовать правду жизни»³²⁹.

Заметим, что и в психологической концепции права Л.И. Петражицкого проявлялись схожие воззрения на применение права. Согласно его взглядам, интуитивное право влияет на правоприменителя, например, на судью, который

³²⁸ Демченко Г. В. Суд и закон в уголовном праве. Варшава, типография Варшавского учебного округа, 1903. С. 5.

³²⁹ Чубинский М. П. Пределы судейского усмотрения в законе и требования жизни. // Статьи и речи по вопросам уголовного права и процесса. Том 2. С.-Петербург, типография «Общественная польза», 1912. С. 314.

на основе своего правового чувства, т.е. своего интуитивного права, решает, например, можно ли применять в том или ином случае аналогию закона, и т.п.

Критический взгляд на проблему судебского усмотрения обосновывал в своих научных изысканиях И.А. Покровский, который «является наиболее последовательным сторонником законности, критиком идей «свободного нахождения права», защитником взглядов юридического позитивизма на правоприменительную деятельность»³³⁰. Требование определенности правовых норм возводилось в ранг самых неотъемлемых прав человеческой личности, проводником которого в жизнь является судья. Сам факт наличия закона и суда искони формулировал проблему об отношении их друг к другу, степени их взаимодействия. Принималась точка зрения, в соответствии с которой судебное правотворчество приведет к судебному произволу и анархии. И.А. Покровский утверждал, что задача будущего заключается «в оживлении и одухотворении законодательства, в усовершенствовании его аппарата, дабы оно могло лучше улавливать голос жизни и живее реагировать на него»³³¹.

Однако в этот период развитие реальной жизни и деятельность судебных органов выступали против неподвижности установленных в законе норм. Поэтому, на наш взгляд, не применение права, а искание права в процессе принятия решений рефлектирующим методом было характерно для сторонников социологической юриспруденции. Также волевая творческая деятельность определенным образом противопоставлялась разуму, что разделяло социологический позитивизм и естественно-правовое направление, методологическим орудием которого были идеи рационализма.

На практике суд имеет дело со сложной совокупностью юридических моментов, разрешая конкретное дело, поэтому «поставлен в необходимость

³³⁰ *Липень С.В.* Иосиф Алексеевич Покровский — один из представителей юридического позитивизма в отечественной юридической науке начала XX в. // История государства и права. 2012. № 22. // СПС КонсультантПлюс.

³³¹ *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. Петроград, юридический книжный склад «Право», 1917. С. 82.

применять действующее законодательство как одно логическое целое»³³². Однако законодательство, а порой и единый законодательный акт по ряду причин могут не отвечать требованиям логики, поскольку законодательство является постепенным образованием различных политических стремлений в органах правотворчества. В этом отношении творческая роль судьи заключается в том, чтобы самостоятельно выискивать это логическое единство.

Критикуя доктрину юридического позитивизма, в которой проводилась идея о подчиненности судебной функции законодательной, С.А. Муромцев не признавал ограничение работы судьи логическими силлогизмами, а признавал в ней творческий момент. Это убеждение юриста основывалось на том, что в гражданском правосудии «судья не только является органом пассивного законодательства, но наравне с ним творит право, вводит в жизнь новые, до того неизвестные юридические нормы, подчиняет жизнь тому порядку, который сочла наилучшим его судейская совесть, в отличие от закона или обычая»³³³. Судейское правотворчество составляет необходимое дополнение к догме права, что обусловлено противоречивостью юридических принципов в конкретном деле, которая и вынуждает судью искать компромисс. В литературе отмечается, что теория правоведа, связанная с судебным правотворчеством, сложилась раньше близких ей по духу зарубежных направлений и выросла из «чисто русских потребностей»³³⁴. Несмотря на то, что судьи в дореволюционной России в большинстве своем выражали интересы господствующих классов, сторонники социологической юриспруденции были убеждены в том, что в пореформенный период XIX века следует довериться новым судебным учреждениям.

³³² Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. С. 386.

³³³ Муромцев С.А. Творческая роль юриспруденции // Юрид. вести. 1887. № 9. С. 112.

³³⁴ См.: Верецагин А.Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. М.: Междунар. отношения, 2004. С. 17, 18.

С именем С.А. Муромцева связана заметная попытка внести в теорию правоприменения так называемые незаконные критерии – судебную практику, мнение судьи, общественное правосознание, справедливость и т. д.³³⁵ Полагалось, что судья, опираясь на знание законов, позиции юридической науки, общественных воззрений на справедливость, нравственность и т.д., способен принимать решения в соответствии с требованиями правового порядка. Это обуславливало необходимость переосмыслить социальную роль суда в истории развития человечества и судебные решения как могучий фактор в образовании социального порядка. В связи с таким пониманием судебной деятельности в социологической юриспруденции была дана весьма оригинальная трактовка понимания принципа разделения властей.

В своей статье Н.Н. Розин отмечал, что теория разделения властей является бесплодной в разрешении вопроса о судебной власти и организации судебной функции государства, поскольку из теоретической плоскости она переходит на почву практических доводов. Речь идет о том, что принцип разделения властей нельзя брать за основу гарантии независимости, несменяемости судей; «это создает для процессуалиста новую обязанность, обязанность установить для правосудия такие гарантии, которые, не завися от начала соединения или разделения властей государства, покоились бы на отчетливом понимании задач правосудия и той роли, которую оно играет в организованном обществе»³³⁶. П.И. Беляев признавал законотворческую деятельность судьи, однако ограничивал ее узкой сферой регулирования. По его мнению, «судья призван законодательствовать в деталях»³³⁷.

Подход к судебной деятельности критиковался сторонниками юридического позитивизма на том основании, что суд должен принимать участие в разрешении конкретных дел только с целью охранения прав,

³³⁵ Корнев А.В., Борисов А.В. Правовая мысль и юридическое образование в дореволюционной России: Учебное пособие. М.: Изд-во Эксмо, 2005. С. 97.

³³⁶ Розин Н.Н. Судебная власть // Вопросы права. Журнал научной юриспруденции. Книга IX(1). 1912. С. 82.

³³⁷ Беляев П.И. Судья и закон // Вопросы права. Журнал научной юриспруденции. 1911. Книга VI (2). С. 9.

установленных законодательством, в связи с этим ему должны быть отведены довольно узкие границы усмотрения в процессе, поскольку правотворческая деятельность судьи ведет к разрушению принципа законности и устоев государственного строя.

В юриспруденции интересов и социологической юриспруденции судебная власть рассматривалась как основанная на началах целесообразности. Однако целесообразность так же свойственна и законодательной власти на этапе установления норм права. Принципы целесообразности есть политические принципы, которыми могут руководствоваться законодательная и исполнительная власти. Поэтому представители догматической юриспруденции полагали, что таким образом происходит подмена судебной функции законодательной. Задача суда, по их мнению, имеет по преимуществу консервативный характер, она сводится лишь к охранению и поддержанию уже существующего в обществе юридического порядка.

В оценке судебных функций В.М. Гессен был солидарен с Н.М. Коркуновом и считал, что споры, разрешаемые судебной властью, основаны не на принципах целесообразности, а на защите существующего права – «констатировании права для защиты прав»³³⁸. Судебная власть проявляет активность только в случаях заинтересованности сторон в разрешении дела, только когда есть спор о праве. Законодательная и правительственные власти ориентированы на будущее, а судебная – на урегулирование существующих отношений и поэтому не абстрактна, ее решение всегда конкретно. Законодательная и правительственная власти существуют в сфере политики, а судебная – в сфере права, где судебное решение может быть правосудным или несправедливым, но она не может руководствоваться соображениями нравственности, полезности, разумности и т.п.

В.М. Гессен считал, что в классическом разделении властей значится смешение явлений различного порядка, поскольку судебная власть является

³³⁸ Гессен В. М. Основы конституционного права (издание 2-е). Петроград, издание юридического книжного склада «Право», типо-литография товарищества А. Ф. Маркс, 1918. С. 23.

функцией государственной власти, а законодательная и исполнительная – органами государственной власти, которые по своему материальному содержанию однородны³³⁹.

Возражения против социологической школы права связаны с тем, что судебные дела разрешаются на основании законов, в противном случае это приведет к разрешениям дел по соображениям политическим. Однако государство намеренно изымало из компетенции судов споры о праве, которые затрагивали политические интересы и могли помешать решению правительственных задач. Вместе с тем, старательно подчеркивалось беспристрастное отношение суда в делах, по которым затрагивались частные интересы.

Идеи разделения властей были отчасти реализованы в ходе Судебной реформы 1864 года, что дало основания исследовать либеральные начала государственного устройства на примере отечественной практике. Как известно, одним из результатов реформы стало введение института суда присяжных, который в правовом государстве является важной гарантией независимости судебной власти в уголовных делах, особенно касающихся государственных интересов. Наиболее непосредственным образом в области суда самоопределение нации осуществляется через суд присяжных, компетенция которого не должна исключать дел политической важности, что является «великой гарантией сохранения правомерных отношений между правительством и народом»³⁴⁰. Из компетенции суда с участием присяжных заседателей были изъяты государственные преступления и преступления против законов о печати. Однако Б.А. Кистяковский отмечает, что необходимым условием в такого рода делах является участие народного представительства. Суд будет «не только по закону, но и по совести» – это обеспечит полное доверие народа к суду. С введением суда присяжных в

³³⁹ Гессен В. М. Основы конституционного права (издание 2-е). Петроград, издание юридического книжного склада «Право», типо-литография товарищества А. Ф. Маркс, 1918. С. 22.

³⁴⁰ Котляревский С.А. Конституционное государство. Юридические предпосылки русских Основных Законов / Под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. - [Электронный ресурс] – М.: Зерцало, 2004. // "Система ГАРАНТ".

уголовных делах государство обрело суд, который, в отличие от формализованного процесса, способен соизмерять наказание со степенью действительной вины.

В социологической юриспруденции институту присяжных заседателей придавалось огромное значение, которое происходит от теоретико-методологических убеждений представителей этого направления. Приговор, вынесенный с участием народного представительства, представлялся выражением субъективного убеждения судей и присяжных, который продиктован совестью, а не формальными уликами.

Понимание необходимости суда присяжных основывалось на том, что знание закона и владение формами судопроизводства недостаточно для отправления правосудия. Общество постоянно развивается, поэтому судья должен внимательно наблюдать движение жизни народа, чтобы не толковать человеческие поступки только с формальной точки зрения. В процессе судебного разбирательства для присяжных заседателей важны все стороны личности подсудимого, социальная среда в которой он формировался.

По мнению С.А. Муромцева, огромное значение суда присяжных, в том, что в нем кроется суд по совести как идеал. Он утверждал, что «судья – проводник в жизнь тех начал, которые сознание общества объявляет справедливым и естественным»³⁴¹ (отметим, что здесь в значении слова «естественное» правовед не выражал естественно-правовые идеи).

Важное значение влиянию общественного мнения на осуществление правосудия придавал Б.А. Кистяковский. Он считал, что независимость и несменяемость судей возможны только в развитом обществе, имеющем свободу слова и мысли, которое способно зорко следить за деятельностью своих судей, обсуждать их приговоры и произносить строгую и справедливую критику над их ошибками и злоупотреблениями, если таковые существуют. Сложно представить, как обеспечить самостоятельность суда без гласности. Обретая

³⁴¹ Муромцев С.А. Право и справедливость. Публичная лекция. - режим доступа: <http://www.garant.ru>.

независимость от административной власти, судебная власть становится зависимой от общества.

С онтологической точки зрения важно еще раз отметить, что социологическому позитивизму был свойственен релятивизм. Сторонники естественно-правового направления также допускали расширение полномочий судьи мета-правовыми началами, связывая его некими объективными критериями, которые могли быть не отражены в положительном законе. Социологическое направление в правоведении было опосредованно субъективизмом, полагающимся на правовую совесть судьи. Однако в российской социологической школе права судебное правотворчество не развивалось в русле принятия решений на иррационалистических началах. В субъективистских тенденциях школы «свободного права» на Западе в процессе правоприменения не представлялось возможным достигнуть абсолютной истины. Однако полная относительность не представляла опасности судебного произвола и анархии для сторонников «судебного релятивизма». Отечественный правовед, перелагая учение представителя «свободного права» В. Эггеншвилера, писал, что «поскольку в большинстве случаев образования решений человека играют роль чувства, желания, верования и предрассудки, т.е. в бессознательном, то «судья почти перестает быть «применителем» закона: он судит на основании бессознательно действующих мотивов, на основании всевозможных оппортунистических соображений...»³⁴².

А.В. Завадский проанализировал взгляды немецких юристов на возможность творческой роли судьи в связи с пониманием ими права. В разбираемом им течении школы «свободного права» (Завадский отмечал, что Р. Штаммлер стоит особняком), с одной стороны, распространилось воззрение на право как на психологическое переживание, отсюда преувеличение роли правового чувства и ослабление строгой подчиненности закону. С другой

³⁴² Покровский И.А. «Прагматизм» и «релятивизм» в правосудии // Вестник гражданского права. 1916. №5. С. 28.

стороны право рассматривалось как продукт борьбы интересов, вечно изменяющихся, а закон - их временная расценка, легко отстающая от жизни³⁴³.

Представляется, что в рассматриваемой концепции реализации принципа разделения властей препятствовала иррациональная природа человека, которая делала неосуществимым резкое отграничение законодательной власти от судебной. Социологические идеи в праве, берущие основу в философии жизни, наделяли судью правом разрешать дело вне зависимости от закрепленных в законе норм, которые бессильны в регулировании «потока жизни». Логическое и рациональное отодвигались творческим и иррациональным, поскольку индивидуальный случай не поддается правилам формальной логики. В социологическом позитивизме сильно выраженная общественная принадлежность человека отодвигала на второй план его свободно-разумную природу как индивидуума. Крайние индивидуалистические теории XVIII века исходили из представления о человеческой природе как нравственно автономной, а с развитием идей позитивизма стали исходить из факта общественной зависимости людей. Следовательно, отграничение права от нравственности сменилось их взаимопроникновением.

Изучив правовые идеи С.А. Муромцева, А.В. Корнев и А.В. Борисов пришли к выводу, что правовед, при всем своем вкладе в отечественную юридическую науку не столько разрешил, сколько поставил проблему переориентации правоприменительного процесса³⁴⁴. Нам представляется, что этот вывод можно распространить на всех представителей социологического позитивизма. В социологическом позитивизме судебная деятельность носила правообразующий характер. Судья не применяет право, как в юридической позитивизме, а образует его. Поэтому в социологической юриспруденции не могло быть места проблеме применения права в постановке учений

³⁴³ *Завадский А. В.* К учению о толковании гражданских законов. Казань, типо-литография Императорского университета, 1916. С. 132.

³⁴⁴ *Корнев А.В., Борисов А.В.* Правовая мысль и юридическое образование в дореволюционной России: Учебное пособие. М.: Изд-во Эксмо, 2005. - С. 100.

законнического толка. «Созидать новое право» в процессе правосудия являлось лейтмотивом социально обусловленного знания о праве. Поскольку процессы применения права и его образования взаимоисключают друг друга, социологическому позитивизму была присуща двойственность интерпретации этих юридических явлений.

Право определялось посредством правоотношений, субъектов общежития и социальной среды, поэтому субъективный момент доминировал над объективными правовыми нормами, воплощенными в законе. Юридический силлогизм как процесс принятия правоприменительного решения подвергался жесткой критике в социологической юриспруденции.

Понимание права посредством категории «интерес» также способствовало трактовке процесса применения права, в котором обосновывалась не защита позитивного права, а разграничение интересов (Н.М. Коркунов), распознавание права *in concreto* (Н.А. Гредескул). Таким образом происходило смешение понятия права как предмета защиты и сама защита.

В правовой школе, в которой право обуславливалось интересом, роль судебной деятельности усматривалась во взвешивании интересов сторон судебного процесса вместо применения норм положительного права. Согласно идеям сторонников социологической юриспруденции, в задачу суда не входит защита права, поэтому за ней следовало закрепить функцию распознавания права. Здесь принципу разделения властей препятствовала иррациональная природа человека и правовое творчество судьи, которые делали невозможным четкое отделение законодательной власти от судебной. А индивидуальный случай не поддавался правилам силлогистической логики.

В концепции социологического позитивизма судебная власть была основана на принципе целесообразности. Вместе с тем, как полагали ее критики, целесообразность, в которой есть политические мотивы, свойственна законодательной власти, в связи с чем делался вывод о том, что происходит

подмена судебной функции законодательной. Поэтому сторонники либерального направления социологического позитивизма выступали за суд присяжных, в том числе по политическим делам.

2.3. Идеи естественно-правовой школы как нравственное обоснование правоприменения

Вступление России в новый исторический период, связанный с появлением ростков буржуазной цивилизации, углубление кризиса всей общественной системы потребовали поиска духовно-философской основы для разрешения назревших социальных проблем³⁴⁵. Развитие естественно-правовой концепции во второй половине XIX – начале XX вв. стало отражением критических настроений отечественной политико-правовой реальности. Благодаря ее сторонникам, которые пытались проникнуть в сущность правовых явлений, во многом было преодолено господство позитивистского подхода, как к пониманию права, так и к его применению, что позволило обосновать духовно-нравственную составляющую в праве, усилить ее значение. Выявление нравственной обусловленности процесса применения права на основании естественно-правового правопонимания представляется необходимым как в контексте истории политико-правовой мысли, так и в контексте теории и практики современной юриспруденции.

Естественно-правовые идеи в истории развития тех или иных периодов то усиливали свое влияние на политическую жизнь общества, то теряли свою значимость. Появившись в новоевропейское время как следствие общественного кризиса, эти идеи пытались определять, что есть право и как

³⁴⁵ См.: Куницын А.С. Возрождение естественного права в России на рубеже XIX - XX вв. // История государства и права. 2008. № 17. // СПС КонсультантПлюс.

оно должно соответственно этому применяться. Н.М. Коркунов отмечал, что в период господства метафизических доктрин «требовали новых кодексов, которые бы своей полнотой сообщили делу правосудия механическую определенность»³⁴⁶.

Преобразовательная сила естественно-правовых идей была связана с необходимостью пересмотра существующих правовых ценностей, что воспринималось их сторонниками в качестве главной задачи правоведения. По мнению догматика юриспруденции С.В. Пахмана, мысль о естественном праве, получившая самостоятельное развитие под влиянием общественной нестабильности, в рассматриваемый период «выросла из сознания, что наука, посвященная изучению права, не может ограничиваться интересами суда, но должна быть и служительницей общественной жизни, что она не может довольствоваться интерпретацией юридического материала, но должна стать выше его, взять на себя роль судьи и критика»³⁴⁷.

Особенность концепции «возрожденного естественного права» состояла в том, что в ней учитывался пространственно-временной контекст должного в праве. Это позволяло правовой практике адаптировать нравственные требования к положительному и действительному в праве. По мнению ее сторонников, правовые явления нуждаются в оценке, критерии которой следует искать не в действующем праве, а в праве, которое должно действовать. Это последнее есть идеальное право по отношению к позитивному праву. По мере становления такого понимания естественного права, отмечает В.В. Лапаева, оно утрачивало свой трансцендентальный характер и представало как социальное явление, которое может быть объектом научного осмысления³⁴⁸.

³⁴⁶ Коркунов Н. М. История философии права. С.-Петербург, типография М. М. Стасюлевича, 1915. С. 355.

³⁴⁷ Пахман С.В. О современном движении в науке права. С.-Петербург, Типография Правительствующего Сената, 1882. С. 3.

³⁴⁸ Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. – М.: Российская академия правосудия, 2012. С. 106.

В монографии В.Н. Жукова был сделан вывод о том, что русские представители философии естественного права, особенно активно разрабатывая онтологическую, аксиологическую и телеологическую проблематику, невольно выносили на первый план моральный и религиозный аспекты права, часто оставляя за скобками юридико-прикладную сторону правовой жизни³⁴⁹. В связи с этой характерной чертой данной концепции польский исследователь русского либерализма А. Валицкий писал, что непрактичность мышления, на самом деле была характерна для всех русских либеральных западников³⁵⁰.

Следует заметить, что сторонники этого критического направления безусловно стремились к практическому приложению своих идей, поскольку нравственный закон, по их мнению, должен быть не только идеальной формой, но и найти свое воплощение в конкретных жизненных отношениях. Сущность нравственности раскрывается в потребности действия: «нравственный закон должен осуществиться во внешнем мире»³⁵¹. В этой связи П.И. Новгородцев связывал достижения позитивистской школы права с естественно-правовыми идеями, целью чего являлось «восполнить принцип этического индивидуализма понятием общественного развития»³⁵². Поскольку развитие личности опосредовано общественной средой, в рассмотрении условий осуществления нравственного закона личности в обществе, и возникает, по его мнению, проблема естественного права в ее практической постановке.

Не отрицая значения положительного права, последователи естественно-правовой школы безусловный авторитет оставляли за высшими началами справедливости, свободы, равенства в разрешении конкретной ситуации. Практическое значение этих идей усматривалось в восполнении идеалами естественного права пробелов действующего законодательства. В

³⁴⁹ Жуков В.Н. Русская философия права: Естественно-правовая школа первой половины XX века / Библиотека журнала «Здравый смысл». - М.: Российское гуманистическое общество, 2001. С. 61.

³⁵⁰ См.: Валицкий А. Философия права русского либерализма. М.: Мысль, 2012. С. 138.

³⁵¹ Фролова Е.А. Теоретико-методологические вопросы доктрины «возрожденного» естественного права // Право и государство: теория и практика. 2013. № 2 (98). С. 15.

³⁵² Новгородцев П.И. Из лекций по общей теории права. Часть методологическая (издание студенческое). Москва, типография Вильде, 1904. С. 105.

нередких случаях, по их мнению, естественное право было призвано служить арбитром при столкновении норм права. Таким образом, оно приобретало статус действующего, которым с необходимостью должен был руководствоваться правоприменитель. В этой связи отмечается, что П.И. Новгородцев «решал проблему субординации регулятивных предписаний»³⁵³.

Согласно с воззрениями Н.М. Коркунова те, кто пытались найти высшее мерило для права, как например, равенство, свободу, стремление к благу, шли по ложному пути, занимались «алхимией права», и их идеи не выдержали «практической пробы»³⁵⁴. В то время как сторонники социологического позитивизма заимствовали воззрения юриспруденции интересов, в рассматриваемом направлении, наоборот, искореняли идеи практической пользы в праве. В естественно-правовом направлении право определялось через метафизические понятия, поэтому взгляды тех, кто их подменял практической пользой, подвергались критике философами права.

Определение права по содержанию предполагало воплощение данного содержания в юридической практике. Содержание права отвечает на вопрос, какие нормы предписываются, а вопрос о том как возникают правовые нормы имеет производное значение. Содержание же права в своей основе не может пересматриваться и остается неизменным.

Свобода как метафизическое начало служила основанием определения права. Право всегда содержит в себе свободу и без нее не существует. Однако Б.Н. Чичерин на основании того, что обладателем прав является свободно разумный человек, заключал, что право есть начало формальное, содержание дается ему свободным движением жизни³⁵⁵. Вместе с тем, существо права состоит вовсе не в защите его жизненного содержания, как понимают это позитивисты. Защита существует лишь во имя того, что она призвана защищать. Однако ин-

³⁵³ *Ивонин Ю.П.* Соотношение формального и материального источников права в философско-правовой концепции П.И. Новгородцева // *Философия права.* 2009. № 3. С. 13.

³⁵⁴ *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. С. 104.

³⁵⁵ *Чичерин Б.Н.* Философия права. - Москва, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К^о, 1900. С. 88.

интересно подчеркнуть, что в гегелевской школе юриспруденции так же придавалось большое значение содержанию права, смысл которого, отмечал Н.А. Гредескул, «всецело зависит от того, что норма права есть только социальное средство для достижения социальных целей»³⁵⁶.

Право должно заключать в себе высшие начала естественной справедливости, в чем и усматривался принцип содержания права. Школа естественного права наполняла высшими метафизическими идеями правовое содержание, которое сводилось к совершенствованию общества, к человеческому достоинству, к осуществлению справедливости и другим идеалистическим целям. В контексте такого понимания правовые нормы и нравственные императивы опосредуют друг друга в своей материальной сущности. Нормы естественного права отображали нравственные императивы, поэтому нравственность выступала как ценностный критерий всего правового. Отсюда у правоприменителя была возможность соотносить позитивное право с естественным с тем, чтобы первое не противоречило второму.

Точка зрения, в соответствии с которой право необходимо определять через содержание его норм, подвергалась критике в связи с тем, что все многообразие правовых порядков, существовавших на противоположных началах, не слагается в обобщенную суть права. Следует учитывать тот факт, что право в действительности представлено разнородным образованием, поэтому, исходя из материального понимания права, нет возможности определить его сущность. В связи с этим П.Г. Виноградов отмечал, что теория, рассматривающая право с формальной стороны, определяла, что жестокая, несправедливая норма является столь же правомерной, как и наиболее справедливый закон³⁵⁷.

Вместе с тем, при определении права с содержательной стороны сложно отличить право от неюридических правил поведения, а следовательно существует опасность, состоящая в том, что правовые отношения будут урегулирова-

³⁵⁶ Гредескул Н.А. Современные вопросы права. Москва, издание книжного магазина П. А. Брейтигама в Харькове, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и Ко, 1906. С. 13.

³⁵⁷ Виноградов П. Г. Очерки по теории права. Поставщик двора Его Величества - товарищество «Скоропечатник А. А. Левенсон», 1915. С. 20.

ны за рамками правового поля. С одной стороны, содержание права лело над его формой, а с другой – содержание должно было оправдывать форму права.

Следующим существенным моментом в рассматриваемом направлении было разделение на «должное» и «сущее» в праве, которое неизбежно вело исследователей к дуализму не только в определении понятия права, но и в понимании процесса реализации права в юридической практике. Такая двойственность в существовании взаимоисключающих понятий, претендующих на определение предмета, безусловно, приведет к возникновению двух возможных действительностей. Так, Г. Зиммель отметил, что «каждое из двух противостоящих понятий беспрепятственно находит себе применение»³⁵⁸. У философа речь идет об объективном решении. В отношении правовых парадигм представляется важным понимать общее для них: как в юридическом позитивизме, так и естественно-правовой концепции основывались на объективном подходе в исследовании права.

Под естественным правом Б.Н. Чичерин понимал систему общих юридических норм, вытекающих из человеческого разума и долженствующих служить мерилom и руководством для положительного законодательства³⁵⁹. Поскольку важнейшая задача правоведения состоит в разграничении области свободы отдельных лиц, необходимо существование общего разумного начала, и таким началом правовед называл правду или справедливость. Однако, полемизируя с социалистами и их взглядами на безусловное равенство, правовед стоял за равенство прав как юридическую возможность действовать, когда «равенство остается отвлеченным или формальным началом, во имя которого общий закон одинаково распространяется на всех»³⁶⁰. В доказательство правовед приводил традиционное старинное требование, согласно которому правосудие выносило свои приговоры, не взирая на лица. Во

³⁵⁸ Зиммель Г. Избранное. Т. 1. Философия культуры. – М.: Юрист, 1996. 671 с. – (Лики культуры). С. 486.

³⁵⁹ Чичерин Б. Философия права. - Москва, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К^о, 1900. С. 94.

³⁶⁰ Там же. С. 100.

взглядах на государство и право он исходил из идеи приоритета интересов человеческой личности перед интересами государства и считал человека абсолютной ценностью.

На философско-правовом уровне стоит рассмотреть проблему соотношения государства и права, поскольку «естественно-правовая доктрина, в любом случае приводит к признанию дуализма государства и права»³⁶¹. Следует отметить, что дуализм естественного и позитивного права в некоторой степени возникает от связанности государства правом. Этому вопросу уделялось пристальное внимание в либеральных течениях. Так, Е.Н. Трубецкой опровергал существующие теории права тем, что они содержат логический круг и определяют право через понятия, опосредованные правом и обусловленные им в своих проявлениях. Например, государство уже предполагает право. Теории, считающие принуждение признаком права, с самого начала имеют в виду принуждение правомерное. Эти заблуждения присутствуют всегда, когда право отождествляют с правом позитивным, т.е. установленным каким-либо авторитетом. Поэтому содержание права следует выводить из внешней свободы лица³⁶².

С позиции естественно-правовой школы государственная организация предполагала право, которое имеет самостоятельное значение. Государство обусловлено правом; в его задачи входит распознавание содержания правовых норм и облечения их в ту или иную форму. Поэтому, нормы естественного права проецируются государством в конкретно-историческом пространстве позитивным правом. Авторитет таких государственных норм состоит не в приказе суверена, а в непосредственной ценности априорных правовых установлений.

Сторонники дуализма права естественного и положительного признавали действительность и того и другого. Эти разновидности понимания права сосуществуют друг с другом и создают право, основанное как на

³⁶¹ Корнев А.В. Консервативная и либеральная теория государства и права в России (XIX – начала XX вв.): Дисс... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Корнев Аркадий Владимирович. – М., 2004. С. 267.

³⁶² См.: Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. Москва, типография Императорского Московского Университета, 1909.

материальных, так и на духовных запросах общества. Б.Н. Чичерин, разделяя право на философское, или естественное, и положительное, был убежден, что они необходимо сосуществуют друг с другом. Однако норма естественного права может получить обязательную силу в обществе единственно через волю тех лиц, которые обладают законной властью создавать обязательные постановления. Согласно такой точке зрения философское право сможет применяться в рассмотрении конкретных случаев только при условии конвертации его в положительное: «для того, чтобы действовать в государстве, идеальный закон должен сделаться законом положительным, то есть изданным верховной властью с обязательной силой для граждан»³⁶³.

Реакционные противники дуализма естественного и позитивного права считали, что их невозможно отождествлять, противопоставлять или сравнивать, поскольку они - логически несопоставимые явления. Естественное право относится к области этики, позитивное - носит объективный характер. В.М. Гессен подчеркивал, что в правовом государстве как государстве, в котором положительное право является единственной объективной основой правопорядка, нет места соображениям естественного права; «оно не должно служить идеальной заплатой на дырявом материальном плаще положительного права»³⁶⁴.

Г.Ф. Шершеневич отмечал многоголосие естественно-правовых концепций, в одной из которых «естественное право выступает в качестве действующего права: это то право, которое должно применяться там, где молчат законы, а иногда и там, где они явно противоречат разуму»³⁶⁵. Следствием дуализма естественного и положительного права должны были бы стать два правопорядка, две действительности. Естественное право уводит философию права в область

³⁶³ Чичерин Б.Н. *Собственность и государство* / Подготовка текста, вступ. ст. и коммент. д. фил. н. И.И. Евлампиева. - СПб.: Издательство РХГА, 2005. С. 118.

³⁶⁴ Гессен В.М. *Возрождение естественного права*. Право. СПб. 1902. С. 480.

³⁶⁵ Шершеневич Г. Ф. *Общая теория права*. Том I. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. С. 28.

этики, где каждый отыскивает себе общий принцип, основанный для одних на нравственном сознании, для других - на идее добра, для третьих - на вечной справедливости. Такое положение не имеет значения для юриспруденции. Правовед полагал, что нравственное сознание, к которому должно ровать естественное право как идеальный критерий, само по себе является изменчивым³⁶⁶.

Исследуя идеи естественно-правовой школы, И.А. Покровский критикует рассматриваемый дуализм. При различных трактовках естественного права оно не может быть признано ни корректорным, ни даже субсидиарным источником положительного права. В теоретических кругах этого направления ищут объективные критерии и начала, которыми мог бы руководствоваться судья при непосредственном применении «естественного права»³⁶⁷.

В.М. Гессен считал, что противоречие в праве разрешается не отрицанием позитивной нормы, а «требованием изменения, реформы положительного права, требованием позитивации естественно-правовой нормы»³⁶⁸. Нормы естественного права, таким образом, обращены к законодателю, а не к правоприменителю, а назначение школы естественного права сводится к выявлению несоответствия положительного законодательства естественному праву.

В случае отрицания дуализма естественное право обращается не к судье, а к законодателю, т.е. устремлено на дальнейшее совершенствование законодательства. Согласно такой позиции, для правоприменителя основанием разрешения спора может быть только положительное право.

Дуализм в праве, согласно с творчеством И.В. Михайловского, преодолевается с помощью понимания естественного права, исходя из функций, которые оно выполняет³⁶⁹. Он выделял конститутивную функцию

³⁶⁶ Указ соч.

³⁶⁷ Покровский И.А. Естественно-правовые течения в истории гражданского права. СПб., 1909. С. 49.

³⁶⁸ Гессен В.М. Возрождение естественного права. Право. СПб. 1902. С. 480.

³⁶⁹ См. об этом: Бернацкий Г.Г. Развитие представлений о природе естественного права в истории правовой мысли: Дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Бернацкий Георгий Генрихович: СПб, 2001. С. 329.

естественного права, в которой вечные, неизменные и рационально-этические начала реализуются в конкретном обществе путем положительного права, являются его основой. Другая функция естественного права – нормативная – служит оценкой положительного права теми же началами для его более совершенной реализации³⁷⁰.

А.С. Яценко некоторым образом отождествлял нравственность и естественное право. Он полагал, что конфликт, возникающий между нормой положительного права и нормой «нравственного права» (естественным правом), не имеет под собой юридического значения и выходит за рамки права. А.С. Яценко ставил в упрек сторонникам дуализма в праве неопределенность мыслимой ими нравственности как предпосылки естественного права. Он выделял положительную нравственность, под которой понимался минимум нравственности права, поэтому при столкновении норм положительной нравственности и положительного права спор остается на юридической почве. А.С. Яценко не исключал, что нравственная норма может получить обязательную силу; «но надо ясно осознавать, что в данном случае происходит нарушение права, а не облекать этого правонарушения в мнимо-юридические (естественно-правовые формы)...»³⁷¹. Для права не может существовать объективная обязательность нравственных (естественно-правовых) норм, поскольку невозможно определить их содержание при применении к конкретному случаю. В противном случае разрешение дел будет предоставлено произвольному субъективному толкованию и усмотрению.

Естественное право отчасти понималось как синоним нравственного в праве – нравственный закон, принадлежащий области права. Поэтому особенностью естественно-правового направления являлось то, что его представители разрабатывали механизмы связи права и нравственности, их

³⁷⁰ Михайловский Г. В. Очерки философии права. Том I. Томск, издание книжного магазина В. М. Посохина, 1914. С. 186.

³⁷¹ Яценко А. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. Юрьев, типография К. Маттисена, 1914. С. 101.

соотношение, необходимость обособления друг от друга, разграничение прерогатив их воздействия на общество.

Вместе с тем Б.Н. Чичерин выступал против смешения права и нравственности³⁷². К непосредственным признакам первого он относил принудительное начало, что отличает право от нравственности. Представляется, что в область нравственности, внутренней свободы не может быть внешних вторжений юридического закона, иначе человек вправе не нести ответственность за свои действия.

Проблема взаимосвязи права и нравственности была и остается под пристальным вниманием отечественных исследователей права³⁷³. В контексте политико-правовой мысли представляется необходимым выявить практическую значимость соотношения права и нравственности, а именно в контексте понимания процесса отправления правосудия. В настоящем диссертационном исследовании считаем целесообразным рассмотреть вопрос о влиянии на правоприменительную деятельность связанности права нравственностью.

Явление нравственности само по себе производно от человеческой личности, которую сторонники естественного права считали источником права. Этико-философская идея личности лежит в основе правотворческого процесса. Позитивистские теории связывали возникновение права с государственной властью, обществом, психическими процессами, поэтому нравственности отводилось второстепенное место в учениях правоведов. «Если в нравственности срединная фигура человек, то в праве все обращается вокруг

³⁷² См.: История политических и правовых учений: Учебник для вузов / Под общ. ред. Нерсесянца. - 4-е изд., перераб. и доп. - М.: Норма, 2004. С. 617; Катенина Н.В. Философско-правовое учение Б.Н. Чичерина как явление русской мысли: Дисс. ... канд. филос. наук: 09.00.03 / Катенина Наталья Викторовна: М., 2012. С. 63.

³⁷³ См. об этом, напр.: Гараева Г.Ф. Нравственное оправдание права в истории философско-правовой мысли в России (на примере естественного правопонимания): – Краснодар: Издательский Дом – Юг, 2011; Ковлакас Н.В. Нравственные критерии правоприменительной деятельности: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ковлакас Николай Викторович: Ростов-н/Д, 2009; Костин Ю.В. Идеи соотношения государства, права и нравственности в истории политической и правовой мысли дореволюционной России второй половины XIX – начала XX века: Дисс. ... д-ра юрид. наук; 12.00.01 / Костин Юрий Викторович: М., 2008; Щеглов В.Г. Нравственность и право в их взаимных отношениях. – Ярославль. Типо-литография Г. Фальк. 1888 и др.

общества, т. е. обыкновенно – государства»³⁷⁴, – писал П.Е. Казанский. Однако поскольку как нравственный, так и юридический закон коренятся в свободной природе человеческой личности, постольку можно сделать вывод о том, что нормы нравственности могут и должны дополнять правовые нормы. Отсюда тесная связь между правом и нравственностью предполагает возможность их взаимозаменяемости в правоприменительной деятельности.

Определяя соотношение права и нравственности, Вл. Соловьев пришел к выводу о том, что «право есть принудительное требование реализации определенного минимума добра, или такого порядка, который не допускает известных крайних проявлений зла»³⁷⁵. В отличие от воззрений Вл. Соловьева, на разграничении права и нравственности настаивал Б.Н. Чичерин, полагая, что разница между нравственностью и правом является не количественной («минимум» или «максимум»), но качественной³⁷⁶.

Требование принудительности в праве, по Вл. Соловьеву, составляет признак права и позволяет его отличать от нравственности, оно коренится на идее общего блага и вытекает из индивидуальных прав. Это столкновение индивидуальной свободы и общественного благосостояния рождает право в конкретных исторических условиях. Поэтому возможно прийти к выводу о том, что разделительную черту между нравственностью и правом философ проводит именно в области применения права. Закон по своему существу нравственно ограничен в правоприменении, вместо совершенства он требует низшей, минимальной степени нравственного состояния. Между тем нравственное требование предполагает неограниченное стремление к совершенству. Закон не

³⁷⁴ Казанский П.Е. Право и нравственность как явления всемирной культуры. Изд. 2-е. СПб.: Типо-Литография «Евг. Тиле преемн.», 1905. С. 36.

³⁷⁵ Соловьев В. Право и нравственность (очерки из прикладной этики). С.-Петербург, издание Я. Канторовича, «Центральная» типо-литография М. Я. Минкова. С. 28.

³⁷⁶ Костин Ю.В. Проблема соотношения права и нравственности в трудах русских мыслителей второй половины XIX – начала XX вв. // Научный вестник Омской академии МВД России. 2006. № 1(23). С. 5.

отрицает высшее совершенство, но у него нет стремления к нему³⁷⁷. Поскольку под правом понимался определенный минимум нравственности, постольку в применении закона необходимо учитывать стремление к высшему нравственному совершенству. В оценке творчества Вл. Соловьева Е.А. Фролова пишет, что «требование принудительной справедливости возникает из идеи реализации добра, для чего необходимо, чтобы справедливость была воплощена в общественных отношениях»³⁷⁸. В этих идеях выразилось естественно-правовые идеи обновленного варианта, в которых без позитивного права не возможно рассматривать естественное право, поскольку они выступают как условия существования друг друга.

Вл. Соловьев считал, что вне зависимости от уголовного действия преступника его нельзя лишить безусловных человеческих прав, иначе это будет являться не правосудием, а фактическим насилием, как и само преступление. Он выступал против господствующей цели уголовного правосудия – устрашения. Наказание должно носить характер всеобщей справедливости, а его задачей должно быть нравственное исцеление или исправление преступника. Философ выводил определенные правила уголовного судопроизводства и пенитенциарной системы, следуя «общей идее истинного, бесстрастного и беспристрастного правосудия, чуждого мстительности и злобы»³⁷⁹.

Решающим при осуществлении «нормального уголовного правосудия» Вл. Соловьев определял не фактическую правовую часть дела, а душевное состояние самого преступника, т.е. субъективную сторону и изменения, возможные в последующем. Задача применения права всецело принадлежит судебной власти, но состояние уголовного судопроизводства еще далеко от той

³⁷⁷ См.: *Соловьев Вл.С.* Оправдание добра / Отв.ред. О.А. Платонов. – М.: Институт русской цивилизации, Алгоритм, 2012.

³⁷⁸ *Фролова Е.Е.* Неокантианская философия права в России в конце XIX – начале XX века. М.: ЮРКОМПАНИ, 2013. С. 261.

³⁷⁹ *Соловьев В.С.* Право и нравственность (очерки из прикладной этики). С.-Петербург, издание Я. Канторовича, «Центральная» типо-литография М. Я. Минкова. С. 125.

истины, что справедливое и целесообразное наказание должно реагировать на конкретное живое существо, а не на случайный образчик того или другого рода, вида или подвида преступности. В этом отношении Вл. Соловьев был сторонником гуманизации уголовного судопроизводства и пенитенциарной системы, в котором на первое место ставился человек с его индивидуальными особенностями и естественными правами, а рамки действующего положительного законодательства становились неустойчивыми и второстепенными. Доказательством истинной связи между правом и нравственностью, или истинного понятия о праве как равновесии двух нравственных интересов – общественного блага и личной свободы – служит «действительная правда и милость к преступникам без ущерба для невинных»³⁸⁰. В частности, Судебные уставы 1864 года сопровождалась словами «да правда и милость царствуют в судах», в которых заключался определенный нравственный смысл и к которым обращались не только представители естественно-правового направления³⁸¹.

В рассматриваемый период XIX – начала XX вв. в России идеалистическая школа в праве соединила в себе неизменный нравственный закон с идеей нравственности как продукта исторического развития. Позитивное право консервативно по своей сущности в концепциях естественного права и юридического позитивизма. Такая позиция защищает утвердившееся право в действительности. Нравственность не ограничена установленными предписаниями, поскольку в соответствии с поступательным развитием идеи добра расширяет свои границы посредством творческого поиска высшего нравственного требования. В этом отношении в судебных решениях как непосредственно сталкивающихся с развивающейся жизнью есть возможность выразиться идее добра в эволюции нравственного закона. Это и может выразиться в идее о необходимости проявления милости в процессе

³⁸⁰ Там же. С. 134.

³⁸¹ См., напр.: *Гольмстен А.Х.* «Правда и милость» в гражданском суде // Юридическая летопись. Ежемесячный журнал. Том I (под ред. Н.Д. Сергеевского) С.-Петербург, типография М. Стасюлевича. Январь 1890. С. 6-21.

отправления правосудия. Так, П.И. Новгородцев полагал, что не только в требованиях отдельных лиц, но и в судебных решениях отвлеченная правда закона должна смягчаться действием милости по отношению к конкретным случаям. Правда и милость должны царствовать совместно³⁸².

Связь между нравственностью и правом П.И. Новгородцев предполагал а priori ввиду неразрывного единства всей общественной жизни. Однако право никогда не может всецело проникнуться началами справедливости. Более того, у П.И. Новгородцева по мере культурного развития общества право и нравственность должны быть обособлены друг от друга. Нравственность не ставит каких-либо границ для своих предписаний, она предлагает «нам самим в каждом отдельном случае соответствующий способ выполнения нравственных заветов»³⁸³. Следуя И. Канту, П.И. Новгородцев считал, что нравственность – это область постоянного стремления к добру, поэтому и не может быть никаких заранее установленных рамок. Напротив, право, призванное к устранению споров, возникающих в обществе, должно выработать точные и подробные правила, определяющие устои общественной жизни. Оно должно установить определенные нормы, наделенные авторитетной непререкаемостью и с неизменной последовательностью применяющиеся ко всем случаям, которые под них подходят. В качествах твердости и определенности, по П.И. Новгородцеву, заключается главный залог успешного действия права в жизни.

Значительное внимание П.И. Новгородцев уделял взаимодействию права и нравственности, которое, по его мнению, с течением времени скорее крепнет, чем слабеет. Он предполагал, что может «отдаленное будущее готовит нам новое единение обеих областей, при котором юридические нормы будут

³⁸² См.: *Новгородцев П.И. Право и нравственность //Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1. (под ред. Ю. С. Гамбарова). С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О. Н. Поповой, 1899. С. 134.*

³⁸³ Там же. С. 118.

отражать требования нравственного сознания, а внутренне чувство чаще и полнее будет одухотворять собою внешнее исполнение закона»³⁸⁴.

В этой связи П.И. Новгородцев останавливался на вопросе воздействия нравственности на право в процессе применения его на практике: «По самому характеру своему, требуя исполнения однообразного и неукоснительного, право в своих общих требованиях не может принимать во внимание индивидуальных особенностей отдельных случаев, а между тем индивидуальная сторона отношения часто препятствует применению закона во всей его силе и строгости»³⁸⁵.

Другой представитель юридического идеализма Е.Н. Трубецкой спор о соотношении права и нравственности не решал в пользу их взаимоисключения; по его мнению, нормы права включают нравственные требования, которые имеют правовое значение. Нравственность служит исключительно целям добра, к чему должно стремиться и право. В противном случае на практике возникает «категорическое требование, чтобы мы стремились к устранению такого несоответствия; так или иначе право должно стать правдою, в этом заключается его главная жизненная задача»³⁸⁶.

Из концепции Е.Н. Трубецкого следовало, что понятия человека о добре и зле, справедливом и т.п. во все времена и у разных народностей были различными. Тем не менее, он не отрицает существование вечного закона добра, который коррелирует с идеями естественного права. В основе естественного права лежит безусловная ценность человеческой личности. Естественное право – это внешняя свобода человека, обусловленная требованиями добра. Так или иначе, практическое воплощение естественно-правовых идей в праве будет зависеть от исторического контекста. Он противопоставлял свою позицию идеям представителей классической школы

³⁸⁴ *Новгородцев П.И.* Право и нравственность //Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1. (под ред. Ю. С. Гамбарова). С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О. Н. Поповой, 1899. С. 136.

³⁸⁵ Там же. С. 134.

³⁸⁶ *Трубецкой Е. Н.* Лекции по энциклопедии права. Москва, типография Императорского Московского Университета, 1909. С. 37.

естественного права которым было чуждо «сознание великого закона всемирной эволюции».

Известный государственный деятель рассматриваемого периода А.Ф. Кони считал, что в деятельности судьи должны сливаться правовые и нравственные требования. Этому во многом способствовала Судебная реформа 1864 года. Гласность и устность внесли в судебное производство начало непосредственного восприятия материала для суждения. В задачу положительного закона не входит разрешение всего многообразия случаев, что является не достижимым. Помочь в оправлении правосудия призван нравственный императив И. Канта. «Чтобы не быть простым орудием внешних правил, действующим с безучастною регулярностью часового механизма, судья должен вносить в творимое им дело свою душу и, наряду с предписаниями положительного закона, руководиться безусловными и вечными требованиями человеческого духа»³⁸⁷.

Острую полемику среди исследователей в вопросах нравственности и права вызвало учение другого немецкого мыслителя – Р. Иеринга, в «юриспруденции интересов» которого творческая сила в праве была порождением эгоизма. Те, кто полагал «основным двигателем и жизненным нервом в праве» интерес, были подвергнуты широкой нравственной критике со стороны идеалистического направления в праве. Вл. Соловьев выступал против определения права через понятие интереса, т.к. свобода лица ограничивается не частными или субъективными интересами других лиц, а объективными нормами общего блага. Важно подчеркнуть, что сам Р. Иеринг нравственными мотивами личности и ее правового чувства обуславливает борьбу за право – «не низкий денежный интерес побуждает оскорбленного начинать процесс, но нравственная боль испытанной им неправды»³⁸⁸. Поэтому долгом

³⁸⁷ Кони А. Ф. Избранные труды и речи. Тула, издательство «Автограф», 2000. С. 91.

³⁸⁸ Иеринг Р. Борьба за право. Москва, 1874. С. 23.

правообладателя по отношению к самому себе является сопротивление против неправды, в чем утверждаются нравственные начала существования человека.

Б.Н. Чичерин, рассматривая взгляды правоведов, которые считают основным началом права интерес, обращал внимание на то, что на практике он не имеет значения для судьи, поскольку, «когда ему приходится разрешать столкновение двух прав, не спрашивает, чей интерес больше, а чье право лучше»³⁸⁹. По его мнению, юридической защите могут подлежать только права, а не интерес.

Согласно воззрениям школы естественного права, в основу правовых стремлений должны быть положены моральные требования, которые выводятся априорным путем. На основе позитивных методов индукции результаты выявления моральных принципов будут зависеть от конкретного времени и места. Представления о так называемой логической замкнутости права или законченности права игнорируют не только эмпирическое многообразие реальной жизни, но и идеалистические требования к вечному совершенству.

Ф.В. Тарановский усматривал в применении права логический процесс осуществления права, который складывается из интеллектуального логического усвоения права и морального процесса соотнесения воли с нормативными предписаниями в каждом случае. Правовед считал, что процесс перехода юридической нормы в процесс регулирования общественных отношений завершается усилием воли, «поэтому волевой, или моральный процесс этого перехода и будет в собственном смысле слова осуществлением права»³⁹⁰. Вместе с тем при применении права есть некий «критерий естественной справедливости», который Ф.В. Тарановский противопоставлял общим

³⁸⁹ Чичерин Б. Философия права. - Москва, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К^о, 1900. С. 85, 86.

³⁹⁰ Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, типография К. Маттисена, 1917. С. 240.

принципам законодательства, способный «учитывать социальную обстановку подлежащего разрешению жизненного казуса»³⁹¹.

Б.Н. Чичерин признавал, что в законе как творении человеческом могут быть недостатки и пробелы, также как им не может быть охвачено все разнообразие частных случаев. Поэтому в спорных делах необходимо руководствоваться «естественной справедливостью (aequitas)». Она состоит в примирении противоборствующих притязаний и в стремлении оказать уважение обеим волям, добросовестно проявляющим свою деятельность во внешнем мире. В таких случаях чаще всего сам суд принимает во внимание характер столкновения и «смягчает строгие требования права естественной справедливостью»³⁹².

Однако, признавая «естественную справедливость» как некий надзаконный объективный критерий в правоприменении, представители идеалистического направления не выступали за судебное усмотрение. Здесь важно подчеркнуть, что в качестве верховного принципа права, к которому необходимо апеллировать при разрешении споров, выделялась идея нравственного долга, которая могла способствовать преодолению субъективизма. Именно субъективизм в праве основывался на возможности судебного усмотрения, которую защищали сторонники социологической школы права.

Последователь же идей естественного права П.И. Новгородцев опровергал возможность судебного усмотрения. Он заключал, что в случае существования свободного судебного усмотрения приговоры судей находятся в полной зависимости от всех колебаний их нравственного чувства. Развитый юридический оборот не может допускать такого существования дел, когда «не связанные в своих решениях ничем, кроме своей совести и своих нравственных воззрений, судьи могут постановлять различные приговоры в сходных случаях

³⁹¹ Указ.соч. С. 260.

³⁹² Чичерин Б.Н. Указ соч.

в зависимости от своего настроения и чувства»³⁹³. Целью права, по его мнению, является охрана отдельных лиц от произвола, а ее реализация не может зависеть от субъективного усмотрения судей.

Большое значение имело направление в праве, идеи которого носили философско-религиозный характер. Это связано с тем, что «история национального менталитета России во многих аспектах предстает историей православия»³⁹⁴. Религиозные ценности нашли свое отражение в естественно-правовых воззрениях. Положительное право, как полагал представитель этого направления Б.П. Вышеславцев, есть сфера несовершенства в праве, поскольку установлено несовершенной человеческой природой, «которая всегда погрешает»; оно «склонно подменять заповедь Божию «заповедями человеческими»³⁹⁵. Он констатирует потребность в высшей инстанции, стоящей над законом. По мнению другого мыслителя Е.В. Спекторского, попытка возрождения естественного права во второй половине XIX века как четвертой редакции идеалистического направления не будет успешной до тех пор, пока не будет основана на христианском учении³⁹⁶.

Исследуя взгляды на правопонимание отечественных неолиберальных мыслителей, А.В. Попова отметила их общую характерную черту, которая заключалась в том, что «объективный характер нравственных ценностей, который следует из существования абсолютного нравственного идеала, воплощенного в Боге, обуславливает собой необходимость их признания и организованной правовой защиты»³⁹⁷.

³⁹³ *Новгородцев П.И.* Право и нравственность //Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1. (под ред. Ю. С. Гамбарова). С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О. Н. Поповой, 1899. С. 123.

³⁹⁴ *Назаренко Т.Н.* Идеи правопонимания в русской религиозно-философской традиции конца XIX – начала XX века (к дискуссии о типе правопонимания) / Теоретические и практические проблемы правопонимания. Материалы III Международной научной конференции, состоявшейся 22-24 апреля 2008 года в Российской академии правосудия / По ред. В.М. Сырых и М.А. Заниной. (2-е изд.) – М.: РАП, 2010. С. 429.

³⁹⁵ *Вышеславцев Б.П.* Кризис индустриальной культуры. Избранные сочинения / Б.П. Вышеславцев. – М.: Астрель, 2006. С. 30.

³⁹⁶ *Спекторский Е.В.* Христианство и культура / Сост., вступ. статья и примеч. П.Е. Бойко, Л.А. Бойко. М.: Центр стратегической конъюнктуры, 2013. С. 251.

³⁹⁷ *Попова А.В.* Неолиберальный тип правопонимания в России (вторая половина XIX - начало XX в.) // Журнал российского права. 2013. № 1. С. 107.

Е.В. Спекторский отмечал, что теория суда вступила на скользкий путь той «свободной» юрисдикции, которую по своему личному или партийному усмотрению вершит судья, взвешивающий на весах не правосудие, а интересы, и могущий, буде пожелает, судить не только без закона, самостоятельно затыкая дыры законодательства, но даже и против закона³⁹⁸. В целом, по мнению представителей естественно-правового направления, которые выступали против субъективного судебного усмотрения, в спорных моментах именно на суд ложится бремя правоустановителя в рамках метафизической идеи естественного права. Б.П. Вышеславцев, опираясь на учение Фихте, считал, что гарантии осуществления справедливости состоят в том, «что свободный индивидуум отдаст свою силу и свое право судить о нарушениях свободы в руки закона, на который он сам дал согласие, а никак не в руки изменчивой воли человека»³⁹⁹.

В естественно-правовой доктрине идеи о судебной власти как независимой и самостоятельной были основаны на идеалистических представлениях и развивались в контексте теории разделения властей классического варианта. Закон посредством своей всеобщности получает высшее нравственное значение, а судебная власть, касаясь отдельных лиц и частных случаев, должна быть совершенно независима, но только в этом отношении. Так, Б.Н. Чичерин писал, что суд имеет целью отправление правосудия, то есть воздаяние каждому должного на основании закона. Судебные приговоры, которые у него имеют силу закона, считаются «изречением правды, которой толкователем является судья»⁴⁰⁰, а существенное значение суда у правоведа состоит в том, что он является высшим органом правды. Устанавливая необходимость подчинения судьи закону,

³⁹⁸ См.: Спекторский Е.В. Указ. соч. С. 244.

³⁹⁹ Вышеславцев Б.П. Этика Фихте. Основы права и нравственности в системе трансцендентальной философии. Москва, печатня А. И. Снегиревой, 1914. С. 406.

⁴⁰⁰ Чичерин Б. Н. Курс государственной науки. Тома I-III. Москва, типография товарищества И. Н. Кушнерев и К^о, 1894. С. 320.

основоположник естественного права в России все же выступает за независимость судебной власти, по существу своему, от законодательной.

Так, Е.Н. Трубецкой заключал, что «суд должен искать логического единства законодательства как целого и на этом основании разрешать казусы, встречающиеся в его практике». Однако суду самому нередко приходится вносить логическое единство в законодательство, т.к. последнее создается в процессе противоборства различных политических сил.

По мнению Е.Н. Трубецкого, суд должен разрешить казус, «основываясь на общем разуме законов, – так как бы решил его сам законодатель»⁴⁰¹. Таким образом законодателю отводились разумные начала. А суд, руководствуясь намерениями и целями законодателя, которые нашли выражение в законодательстве, должен решить дело по духу действующего законодательства. Вместе с тем, суд призван играть творческую роль, поскольку в жизни общества встречаются случаи, законом не предусмотренные.

П.И. Новгородцев утверждал необходимость существования судебной власти как разновидности государственной власти, «господствующей над всеми членами общества и вносящей мир и порядок в их отношения»⁴⁰² и обладающей силой организованного принуждения, которая и является основной чертой отличия от нравственности.

Правосудие так или иначе должно совершаться, поэтому во всех законодательствах современности принято правило, что суд не может отказываться от решения спорного дела под предлогом неполноты или неясности закона. В противном случае отказ в разрешении дела ввиду отсутствия необходимой нормы будет отказом в правосудии.

Так, Ф.В. Тарановский полагал, что «управомоченный будет тогда иметь возможность путем отречения и некоторого самопожертвования

⁴⁰¹ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. Москва, типография Императорского Московского Университета, 1909. С. 133.

⁴⁰² Новгородцев П.И. Указ соч.

исправлять в конкретном случае недостатки права, вызываемые при осуществлении юридической нормы в жизни неизбежным формализмом права и нередко в практике насилованием жизненных отношений при подведении их под абстрактные нормы права»⁴⁰³.

В позитивистской теории права круг оснований применения права был ограничен данными опыта. Оценочные категории в позитивистский правовых концепциях, как правило, относили к метафизическим и, соответственно, не имеющими научного значения. Сторонники естественно-правового направления, разрабатывая правовые идеи, выстраивали умозрительные конструкции без эмпирической основы. Идеи должного правового бытия существовали вне связи с правовой действительностью.

Наряду с социологическим позитивизмом в естественно-правовой школе разрабатывались идеи о том, каким должно быть право по содержанию, а его формальным признакам отводилось второстепенное значение. Поэтому в правоприменительной практике судье предоставлялось право расширять границы права, установленные законом, требованиями естественного права и судебным усмотрением. Содержание права, по мнению представителей социологической юриспруденции устанавливается опытным путем, а в естественно-правовой школе – разумными априорными началами.

В результате смещения идейно-правовых предпочтений в сторону идеалистической правовой традиции формировалась парадигма, способная в правоприменительном процессе учитывать нравственную предпосылку разрешения конкретных юридических дел. При применении права, определяемого исходя из нравственных критериев, должны быть реализованы и представления о нравственном совершенстве в конкретно-исторический период политико-правового развития.

Полновесный дискурс о возможности употреблении нравственных императивов при применении права развивала естественно-правовая

⁴⁰³ *Тарановский Ф.В.* Интерес и нравственный долг в праве. Варшава. Типография варшавского учебного округа. Краковское предместье. 1899. № 3. С. 15.

концепция, в соответствии с которой за нравственный порядок отвечает естественное право. «Естественное право есть синоним нравственно должного в праве»⁴⁰⁴, – полагал Е.Н. Трубецкой. Ее сторонники учитывали дуализм естественного и положительного права, где первое призвано осуществлять нравственную критику второго.

⁴⁰⁴ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. Москва, типография Императорского Московского Университета, 1909. С. 60.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Осмысление наследия дореволюционной юридической мысли России второй половины XIX – начала XX вв. способствует реализации его позитивного потенциала в настоящее время. Современному правоприменителю необходимо углубленное понимание права, основанное на правовых традициях. При рассмотрении Судебной реформы 1864 года и ее значения справедливо отмечено, что «всем служителям юстиции полезно знать исторические корни, происхождение и смысл основных правовых ценностей, без которых их просто невозможно ни понимать, ни, тем более, правильно применять»⁴⁰⁵. В связи с этим проблематика работы настоящего исследования получает свое научное оправдание и перспективу дальнейшего выяснения.

В исследуемый исторический период развитие учений о применении права в связи с его пониманием определялось проведением Великих реформ Александра II. Вместе с тем, господствующая позитивистская система взглядов на право породила отношение к применению права прежде всего как к применению властно установленных норм, основной процесс которого сводился к толкованию писанного закона. Результатом такого развития стало то, что теория правоприменения во многом осталась достоянием юридического позитивизма. Вместе с тем либеральные правовые концепции противопоставили этому подходу воззрения, согласно которым право и его применение обосновывалось социологически и с позиций философско-правовых идей. Были предприняты попытки пересмотреть чисто логическую природу правоприменения, обогатить ее как новейшими разработками естествознания, так и духовными ценностными ориентирами.

Во второй половине XIX – начале XX вв. в отечественной юридической науке учения о применении права развивались в парадигмальном ключе. В позитивистских концепциях и естественно-правовом направлении проблемы

⁴⁰⁵ Судебная власть и правосудие в Российской Федерации: Курс лекций / Под ред. В.В. Ершова. – М.: РАП, 2011. С. 82.

применения права разрешали, исходя из того или иного понимания права и в рамках соответствующих методологических подходов. В связи с этим в настоящем исследовании сделан вывод о теоретико-методологической обусловленности понимания права учением о применении права.

Развитие правовых концепций в то время способствовало зарождению интегративного правопонимания. Эти идеи правового синтеза наблюдались в научных работах либерально настроенных правоведов, заострявших внимание на решении правовых проблем, связанных с разграничением права и закона, соотношением объективного и субъективного права, аксиологическими проблемами в праве и др. В современной юридической науке интеграция подходов к пониманию права аккумулирует знание о праве с тем, чтобы выработать в конечном итоге теорию правоприменения, отражающую плюралистический подход к пониманию права. Поэтому историческое объяснение проблем понимания и учений о применении права в российской политико-правовой мысли может обогатить современную теорию и практику правопонимания и правоприменения.

Правопонимание и методологический плюрализм подходов к определению права в исследуемый период представляли собой интеллектуальную предпосылку теории правоприменения. Теория применения права в юридическом позитивизме основывалась на формально-догматических приемах и силлогистических операциях. Сторонники социологической юриспруденции развивали идеи судебного правотворчества, в котором создание правоприменительного акта было обусловлено широким социальным контекстом. Естественно-правовые идеи ориентировали правоприменителя на неизменные метаюридические требования. В связи с этим необходимо подчеркнуть, что учения о применении права и правопонимание связаны общими методологическими приемами.

В правопонимании заключаются предпосылки идей о реализации права, равно как в общественной жизни развивается подход к пониманию и

определению права, исходя из конкретно-исторического контекста. Ввиду практической значимости исследуемой проблемы предлагается изучать теорию правоприменения в контексте правовых концепций, чтобы представления о применении права формировались с учетом правового творчества, как российских ученых, так и зарубежных.

Учения о понимании и применении права следует рассматривать в единстве, поскольку вместе они выражают ряд взаимосвязанных проблем теории права и юридической практики. В этой связи в правовых воззрениях особое значение имеет учение о формах и источниках права, которое повлияло на понимание сущности права и учений о применении права и в целом выполняло детерминирующую роль в юридической науке. Правовая практика, с одной стороны, влияет на образование форм или источников права, с другой – эти формы и источники служат руководством в правоприменительном процессе как нечто конвенционально принятое в юридическом сообществе. И здесь в правовых воззрениях отразилась идея о соподчиненности форм (источников) права, их неравной юридической силе в правоприменении. Представителями конкурирующих правовых концепций давалась различная интерпретация таких форм права, как закон, правовой обычай и судебная практика.

Надо сказать, что учения о применении права в контексте теории форм и источников права определялись формой правления в России, а также идеологическими предпочтениями ученых, и в известной мере принадлежностью нашей правовой системы к континентальной правовой семье.

Проведенное исследование послужило научному пониманию цели правоприменительного процесса в России второй половины XIX – начала XX вв., которой являлось вынесение справедливого и законного акта правоприменения. В правовых концепциях были предложены различные трактовки принципов справедливости и законности. В этатистском позитивизме справедливым считался тот акт правоприменения, который создан в соответствии с законом. В социологической школе права, напротив, принципом

справедливости должен руководствоваться в своей деятельности правоприменитель, что было связано с методологическими основами этой школы. В ней справедливость относительна в конкретном случае, релевантна по отношению ко всей эмпирической среде, поэтому судье должно быть предоставлено усмотрение в целях принятия справедливого решения. Сторонниками естественно-правового течения интерпретация этих фундаментальных принципов была дана в духе компромиссного варианта по отношению к позитивистским направлениям. Они устраняли проблему противопоставления принципов справедливости и законности и видели в них диалектическую связь в применении права.

Анализ концепций правопонимания указывает на идею практической связанности правопонимания. Дело правоприменителя – это общественная практика, которая может быть нацелена на перспективу и содержательную переориентацию в конкретном случае или на формальный подход. В правовые концепциях исходили из противопоставления «должного» и «сущего» в праве, а также их соотношения. На этом основана идея о возможности критики действующего права и стремление к преобразованиям правовых предписаний, в том числе на стадии правоприменения. Однако такой подход не разделялся юристами-догматиками, которые придерживались строгого подчинения догме права и нормам, установленным в законе. Теория правоприменения, соответственно, должна была служить этим прагматическим целям.

Проведенное исследование позволило выявить наличие основных связующих факторов определяющих связь между правопониманием и учениями о правоприменении в России второй половины XIX – начала XX вв. Это в особенности следует из детального анализа во второй главе основных правовых школ, в соответствии с которым выявлена природа взаимозависимости правопонимания и правоприменения в доктрине юридического позитивизма, социологической юриспруденции и естественно-правовой концепции.

В концепции юридического позитивизма формально-логический метод способствовал пониманию правоприменительного процесса с помощью правил логики. Это отвечало запросам пореформенного суда и духу времени, при котором большой посылкой выступала норма, закрепленная в законе. Способы построения логических силлогизмов и нахождения малой посылки утверждали авторитет закона и способствовали реализации воли господствующих слоев населения дореволюционной России.

В рамках закономерного генезиса юридической наукой были разработаны и альтернативные учения о применении права, основанные на либеральном подходе. В концепции, обусловливаемой право социологически, была предпринята попытка преодолеть формально-догматическую сущность правоприменения. Процесс принятия правового решения рассматривался как процесс образования права, конкретизации права, индивидуализации права. Определение права через правовые отношения приводило к тому, что предписывалось защищать не установленные в законе права, а интересы сторон, даже если они прямо не нашли отражение в законе. Помимо этого, сторонники социологической юриспруденции являлись адептами судебного усмотрения, трактовали правоприменительную деятельность, опираясь на особенности иррациональных свойств правосознания судьи. Признавая значительную роль особенностей общественных процессов в контексте отправления правосудия, приверженцы этой теории защищали институт присяжных заседателей.

В учениях о правоприменении в части отправления правосудия конкурировали представления о целесообразности, законности и справедливости, что связывалось с идеей разделения властей, в частности, с прерогативами законодательной и судебной власти. В этатистском позитивизме была ограничена самостоятельность суда, который выступал лишь в роли проводника государственной воли, выраженной в законе. Представители этой концепции полагали, что в законе уже заложена справедливость и учтена

целесообразность принятия норм того или иного правотворческого акта. Напротив, сторонники социологической юриспруденции видели задачу судебной власти в воплощении справедливости посредством распознавания и индивидуализации права, позволяя судебной практике подстраиваться под быстро меняющиеся общественные отношения. В естественно-правовом направлении обосновывали независимость судебной власти, которая, однако, была связана нравственным долгом и объективными требованиями «естественной справедливости».

Благодаря возрождению естественного права в России проблемы применения права, в первую очередь проблемы судебного правоприменения, рассматривались с точки зрения правового дуализма, ценностных и религиозных представлений. В правовой мысли была дана самобытная интерпретация соотношения права и государства, естественного и позитивного права, права и нравственности, в связи с чем ориентиры в правоприменении основывались на идеалистических критериях, стремлении к нравственному совершенству, воплощению правды и милости. Естественно-правовое направление в России было связано с попыткой в дооктябрьский период переосмыслить организацию правоприменительного процесса с точки зрения стремления к нравственному совершенству.

Дореволюционные правовые идеи были преданы забвению марксистско-ленинской мировоззренческой и правовой доктриной, поэтому задача современной науки состоит в восстановлении, изучении, интерпретации и распространении воззрений правоведов исследуемого периода не только в познавательных целях, но и в целях, имеющих прагматический характер. Этому способствует стремление ученых актуализировать наследие как науки царской России, так и науки советского периода, основываясь на плюралистической методологии и объективных критериях. Этому служило и настоящее исследование.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

Литература до 1920-х гг.

1. *Алексеев Н.Н.* Общее учение о праве (курс лекций, прочитанных в Таврическом университете в 1918-1919 г.). Симферополь, типография Е. К. Брешко-Брешковской, 1919. – 161 с.

2. *Белогриц-Котляревский Л.С.* Творческая сила обычая в уголовном праве // Временник Демидовского юридического лицея. Книга 55. Ярославль, типо-литография М. Х. Фальк. 1892. С. 1-33.

3. *Беляев П.И.* Судья и закон // Вопросы права. Журнал научной юриспруденции. 1911. Книга VI (2). С. 5-44.

4. *Васьковский Е. В.* Руководство к толкованию и применению законов (для начинающих юристов). Москва, издание Бр. Башмаковых, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К. 1913. – 152 с.

5. *Васьковский Е.В.* Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права гражданского // Судебные уставы 20 ноября 1864 г. за пятьдесят лет. Том второй. Петроград. 2014. С. 374-414.

6. *Васьковский Е.В.* Учебник гражданского процесса. М.: Зерцало, 2003. – 441 с.

7. *Васьковский Е.В.* Цивилистическая методология. Часть 1. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса: «Экономическая» типография. 1901. – 376 с.

8. *Виноградов П.Г.* Очерки по теории права. Поставщик двора Его Величества - товарищество «Скоропечатник А.А. Левенсон», 1915. – 153 с.

9. *Вышеславцев Б.П.* Кризис индустриальной культуры. Избранные сочинения. – М.: Астрель, 2006. – 1037, [3] с. – (Социальная мысль России).

10. *Вышеславцев Б.П.* Этика Фихте. Основы права и нравственности в системе трансцендентальной философии. Москва, печатня А. И. Снегиревой,

1914. – 437 с.

11. Гамбаров Ю. С. Задачи современного правоведения (из журнала Министерства юстиции, январь 1907). С.-Петербург, Сенатская типография, 1907. – 34 с.

12. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. С.-Петербург, 1911. – 780 с.

13. Гамбаров Ю.С. Право в его основных моментах // Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1 (Под ред. Ю. С. Гамбарова). С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О. Н. Поповой, 1899. С. 30-112.

14. Гессен В. М. Основы конституционного права (изд. 2-е). Петроград, издание юридического книжного склада «Право», типо-литография товарищества А. Ф. Маркс, 1918. – 437 с.

15. Гессен В.М. Возрождение естественного права. Право. С. 476-484.

16. Гессен И. В. Судебная реформа. С.-Петербург, книгоиздательство П. П. Гершунина, типо-литография Ф. Вайсберга и П. Гершунина, 1905. – 267 с.

17. Гольмстен А.Х. «Правда и милость» в гражданском суде // Юридическая летопись. Ежемесячный журнал. Том I (Под ред. Н.Д. Сергеевского). С.-Петербург, типография М. Стасюлевича, январь 1890. С. 6-21.

18. Гольмстен А. Х. Юридические исследования и статьи. Том II. С.-Петербург, типография М. М. Стасюлевича, 1913. – 467 с.

19. Гордон В.М. Логический способ толкования законов и ст. 1068 Т. X. Ч. 1 // Журнал гражданского и уголовного права. – 1881. – № 5.

20. Градовский А. Д. Начала русского государственного права. Тома I-III. - С.-Петербург, типография М. Стасюлевича, 1875. (том I), 1876. (том II), 1883. (том III).

21. Градовский А. О судебном толковании законов по русскому праву // Журнал гражданского и уголовного права. Издание С.-Петербургского

юридического общества. Книга 1. С.- Петербург, типография А.М. Котомина, январь-февраль 1874. С. 1-62.

22. *Гредескул Н.А.* К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. Харьков: Типография Адольфа Дарре, 1900. – 235 с.

23. *Гредескул Н.А.* Современные вопросы права. Москва, издание книжного магазина П.А. Брейтигама в Харькове, типо-литография товарищества И.Н. Кушнерев и К^о, 1906. – 53 с.

24. *Гримм Д.Д.* Соотношение между юридическими институтами и конкретными отношениями. Москва, типография товарищества И.Н. Кушнерев и К^о, 1914. – 18 с.

25. *Гримм Д. Д.* Лекции по догме римского права / Под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2003. – 496 с. (Серия «Русское юридическое наследие»).

26. *Гурвич Г.Д.* Философия и социология права: Избранные сочинения / Пер. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. – СПб.: Издательский дом С.-Петербур. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. – 848 с.

27. *Демченко Г.В.* Судебный прецедент. Варшава: Типография Варшавского учебного округа, 1903. – 244 с.

28. *Демченко Г. В.* Суд и закон в уголовном праве. Варшава, типография Варшавского учебного округа, 1903. – 15 с.

29. *Джанишев Г.А.* Эпоха великих реформ. Исторические справки. Москва, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К. 1900. – 820, IX с.

30. *Есипович Я.Г.* О толковании законов // Журнал Министерства юстиции. С.-Петербург, Типография Правительствующего Сената, декабрь 1894. № 2. – С. 84-112.

31. *Ефименко А.Я.* Исследования народной жизни: Обычное право. Изд. 2-е. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011. – 400 с. (Академия

фундаментальных исследований: этнология.)

32. *Завадский А. В.* К учению о толковании гражданских законов Казань, типо-литография Императорского университета, 1916. – 221 с.

33. *Зиммель Г.* Избранное. Т. 1. Философия культуры. – М.: Юрист, 1996. 671 с. – (Лики культуры).

34. *Ивановский В.В.* Новые учения о законе // Юридическая летопись. С.-Петербург, типография М. Стасюлевича, октябрь 1892. С. 198-213.

35. *Иеринг Р.* Борьба за право. Москва, тип. Грачева, 1874. – 77 с.

36. *Ильин И.А.* Теория права и государства. Изд. 2-е, доп. / Под ред. и с библиографическим очерком В.А. Томсинова. - М.: Зерцало, 2008. – 550 [2] с. - (Серия «Русское юридическое наследие»).

37. *Казанский П.Е.* Право и нравственность как явления всемирной культуры. Изд. 2-е. СПб.: Типо-литография «Евг. Тиле преемн.», 1905. – 48 с.

38. *Капустин М.Н.* Теория права: (Юрид. догматика). Москва: Унив. тип. (Катков и К°). 1868-1869. – 392 с.

39. *Катков В.* «Философия права» или политическая философия? // Журнал юридического общества при Императорском С.-Петербургском Университете. Книга шестая. С.-Петербург, Типография Правительствующего Сената, июнь 1898. С. 75-109.

40. *Кистяковский Б. А.* Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. Москва, издание М. и С. Сабашниковых, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К. 1916. – 60 с.

41. *Кистяковский Б. А.* Право как социальное явление (отдельный оттиск из журнала научной юриспруденции «Вопросы права», 1911, книга VIII(4). Типо-литография товарищества «Владимир Чичерин». – 17 с.

42. *Ковалевский М.М.* Социология. Теоретико-методологические и историко-социологические работы / Отв., ред., предисл. и сост. А.О. Бороноев. - Спб.: Издательство Русской христианской гуманитарной академии, 2011. – 688

с.

43. *Кокошкин Ф.Ф.* Лекции по общему государственному праву (изд. 2-е). Москва, издание Бр. Башмаковых, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К. 1912. – 306 с.

44. *Кони А. Ф.* Избранные труды и речи. Тула, Автограф. 2000. – 637 с.

45. *Кони А.Ф.* Судебные уставы 1864 год - 20 ноября - 1914 год // Журнал Министерства юстиции. Петроград, Сенатская типография, ноябрь 1914. № 9. С. 1-31.

46. *Коркунов Н. М.* История философии права. С.-Петербург, типография М. М. Стасюлевича, 1915. – 502 с.

47. *Коркунов Н.М.* Наука права и естествознание // Журнал гражданского и уголовного права. СПб. 1879. Книга вторая. С. 27-47.

48. *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов; [сост., автор вступ. ст., коммент. А. Н. Медушевский]. М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. – 520 с.

49. *Коркунов Н.М.* Указ и закон. С.-Петербург, типография М.М. Стасюлевича, 1894. – 408 с.

50. *Котляревский С.А.* Конституционное государство. Юридические предпосылки русских Основных Законов (Под ред и с предисл. В.А. Томсинова). [Электронный ресурс] – М.: Зерцало, 2004. // "Система ГАРАНТ".

51. *Лазаревский Н.И.* Судебная и административная практика как источник права. // Вестник гражданского права, издаваемый М. М. Винавером. Петроград, январь 1916. № 1. С. 12-38.

52. *Лазаревский Н. И.* Русское государственное право. Том I. Конституционное право (изд. 3-е) С.-Петербург, типография акционерного общества «Слово», 1913. – 672 с.

53. *Ленин В.И.* Материализм и эмпириокритицизм. М.: Прогресс, 1984. – 405 с.

- 54.** *Лопатин Л.М.* Положительные задачи философии: Область умозрительных вопросов. Изд. 3-е. – М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011. – 464 с. (Из наследия мировой философской мысли: история философии.)
- 55.** Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика Уголовного кодекса. Петроград, типо-литография Романова. 1917. – с. 268.
- 56.** *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 3-е, испр. М.: Статут, 2003. – 831 с. (Классика российской цивилистики). – 830 с.
- 57.** *Милль Дж. Ст.* Система логики силлогистической и индуктивной: Изложение принципов доказательства в связи с методами научного исследования. Пер. с англ. / Предисл. и прил. В.К. Финна. Изд. 5-е, испр. и доп. – М.: ЛЕНАНД, 2011. – С. 828.
- 58.** *Михайловский Г. В.* Очерки философии права. Том I. Томск, издание книжного магазина В. М. Посохина, 1914. – 604 с.
- 59.** *Муромцев С.А.* Еще по вопросу о догме // Юридический вестник. 1884. №8. С. 683-691.
- 60.** *Муромцев С.А.* Определение и основное разделение права. М., Типография А.И. Мамонтова и Ко, 1879. – 240 с.
- 61.** *Муромцев С.А.* Право и справедливость. Публичная лекция. - режим доступа: <http://www.garant.ru>.
- 62.** *Муромцев С.А.* Творческая сила юриспруденции // Юридический вестник. 1887. Том XXVI. Книга первая (сентябрь). С. 112-117.
- 63.** *Муромцев С.А.* Что такое догма права? М., Типография А.И. Мамонтова и К. 1885. – 35 с.
- 64.** *Новгородцев П.И.* Из лекций по общей теории права. Часть методологическая (издание студенческое). Москва, типография Вильде. 1904. – 109 с.
- 65.** *Новгородцев П.И.* Историческая школа юристов, ее происхождение

и судьба. Опыт характеристики основ школы Савиньи в их последовательном развитии. М.: Унив. тип., 1896. – 226 с.

66. *Новгородцев П.И.* Кризис современного правосознания. Москва, типо-литография товарищества И.Н. Кушнеров и Ко, 1909. – с. 393

67. *Новгородцев П.И.* Право и нравственность // Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1. (Под ред. Ю. С. Гамбарова). С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О. Н. Поповой. 1899. С. 113-136.

68. *Новгородцев П.И.* Об общественном идеале (Введение в философию права. III). Выпуск I. Москва, типо-литография товарищества И. Н. Кушнеров и К°, 1917. – 509 с.

69. *Оршанский И.* Частный закон и общее правило. (Материалы для русской юридической герменевтики). // Журнал гражданского и уголовного права. Книга 3. С.-Петербург, типография А. М. Котомина, май 1873. С. 1-37.

70. *Палиенко Н.И.* Нормативный характер права и его отличительные признаки. К вопросу о позитивизме в праве. // Временник Демидовского юридического лица. Книга 86. Ярославль, типография Губернского правления, 1903. С. 1-48.

71. *Палиенко Н.И.* Правовое государство и конституционализм // Вестник права. Журнал юридического общества при С.-Петербургском Императорском Университете. Книга первая. С.-Петербург, Сенатская типография, 1906. С. 127-163.

72. *Палиенко Н.И.* Предмет и задачи энциклопедии права и идея права. // Временник Демидовского юридического лица. Книга 82. Ярославль, типо-литография Э. Г. Фальк. 1901. С. 1-20.

73. *Палиенко Н.И.* Учение о существе права и правовой связанности государства. Харьков, типография и литография М. Зильберберг и С-вья. 1908. – 343 с.

74. *Пахман С.В.* О современном движении в науке права. СПб,

Типография Правительствующего сената. 1882. – 68 с.

75. *Пахман С.В.* Обычное гражданское право в России./ Под ред. и с предисл. В.А. Томсинова). М.: Зерцало. 2003. – 700 с. (Серия «Русское юридическое наследие»).

76. *Петражицкий Л.И.* Теория и политика права. Избранные труды / Науч. ред. Е.В. Тимошина. СПб.: «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга»», 2010. – 1104 (LXXII+1032) с.

77. *Петражицкий Л.И.* Теория права в связи с теорией нравственности / Сост., авт. вступ. ст. и коммент. А.Н. Медушевский. М.: РОССПЭН, 2010. – 798 с.

78. *Победоносцев К.П.* Юридические произведения / Под ред. и с биограф. очерком В.А. Томсинова). – М.: Зерцало, 2012. – 416 с. (Серия «Русское юридическое наследие»).

79. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. Петроград, юридический книжный склад «Право», 1917. – 328 с.

80. *Покровский И.А.* «Прагматизм» и «релятивизм» в правосудии // Вестник гражданского права. 1916. № 5. С. 18-39.

81. *Покровский И.А.* Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения // Вестник права. Журнал юридического общества при Императорском С.-Петербургском Университете. Книга первая. С.-Петербург, Сенатская типография, январь 1905. С. 1-51.

82. *Покровский И.А.* Естественно-правовые течения в истории гражданского права. СПб., 1909. – 53 с.

83. *Покровский И.А.* Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека. Киев, Киевское юридическое общество, 1899. – 26 с.

84. *Регельсбергер Ф.* Общее учение о праве. Москва, типография т-ва И. Д. Сытина, 1897. – 295 с.

85. *Ренненкампф Н.К.* Юридическая энциклопедия. Киев, товарищество печатного дела и торговли «И. Н. Кушнеров и К^о». 1889. – 291 с.

86. *Рождественский А.А.* Общая теория права. Курс лекций, читанных на высших женских юридических курсах. Москва, типо-литография Ю Венер преемн. О. Фальк, 1909. – 191 с.

87. *Соловьев В.* Право и нравственность (очерки из прикладной этики). С.-Петербург, издание Я. Канторовича, «Центральная» типо-литография М. Я. Минкова. – 177 с.

88. *Соловьев Вл. С.* Оправдание добра / Отв. ред. О.А. Платонов. – М.: Институт русской цивилизации, Алгоритм, 2012. – 656 с.

89. *Спекторский Е.В.* Христианство и культура / Сост., вступ. статья и примеч. П.Е. Бойко, Л.А. Бойко. М.: Центр стратегической конъюнктуры, 2013. – 360 с.

90. *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права. Юрьев, типография К. Маттисена, 1917. – 584 с.

91. *Тарановский Ф.В.* Интерес и нравственный долг в праве. Варшава. Типография варшавского учебного округа. Краковское предместье, № 3. 1899. – 20 с.

92. *Тарановский Ф.В.* Новый опыт построения философии права в русской литературе (И.В. Михайловский. Очерки философии права, том I, Томск, 1914). Юрьев. Типография К. Маттисена. 1915. – 66 с.

93. *Трубецкой Е. Н.* Лекции по энциклопедии права. Москва, типография Императорского Московского Университета, 1909. – 226 с.

94. *Хвостов В.М.* Общая теория права. Элементарный очерк (изд. 6-е, испр. и доп.). Москва, типография Вильде, 1914. – 147 с.

95. *Чижов Н.* Источник и формы права. I. Движение разрешения вопроса об источнике права в связи с историческим развитием самосознания личности. 1878. – 255 с.

96. *Чичерин Б.* Философия права. - Москва, типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К^о, 1900. – 336 с.

97. *Чичерин Б. Н.* Курс государственной науки. Тома I-III. Москва,

типография товарищества И. Н. Кушнерев и К. 1894.

98. *Чичерин Б.Н.* Общее государственное право / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. [Электронный ресурс] – «Зерцало». 2006. // "Система ГАРАНТ".

99. *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Тома I-II. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. 512 с.

100. *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Тома III-IV. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1910. – 805 с.

101. *Шершеневич Г. Ф.* Определение понятия о праве. Казань, 1896. – 138 с.

102. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. Москва, издание Бр. Башмаковых, 1911. – 851 с.

103. *Шершеневич Г.Ф.* Задачи и методы гражданского правоведения. Казань, типо-литография Императорского университета, 1898. – 46 с.

104. *Шершеневич Г.Ф.* Наука гражданского права в России. – М.: Статут, 2003. – 250 с. (Классика российской цивилистики).

105. *Шершеневич Г.Ф.* Общее учение о праве и государстве. Москва: Типография Т-ва И.Д. Сытина, 1908. – 851 с.

106. *Шершеневич Г. Ф.* О чувстве законности. Казань, типо-литография университета, 1898. – 26 с.

107. *Шершеневич Г.Ф.* Применение норм права // Журнал Министерства юстиции. 1903. № 1. С. 34-82.

108. *Шлейермахер Ф.* Герменевтика. – Пер. с нем. А.Л.Вольского. Научный редактор Н.О. Гучинская. – СПб.: Европейский Дом. 2004. – 242 с.

109. *Шпенглер О.* Закат Европы: Очерки морфологии мировой истории. Т. 2. Всемирно-исторические перспективы / Пер. с нем. С.Э. Борич. – Минск: Попурри, 2009. – 704 с.

110. *Штаммлер Р.* Сущность и задачи права и правоведения. Москва: тип.т-ва И.Д. Сытина. 1908. – 144 с.

111. Щеглов В.Г. Нравственность и право в их взаимных отношениях. – Ярославль, типо – литография Г. Фальк. 1888. – 129 с.

112. Энциклопедия права Г.Ф. Пухты. Переведено с шестого издания под ред. Карасевича. Ярославль, 1872. – 99 с.

113. Яценко А. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. Юрьев, типография К. Маттисена. 1914. – 841 с.

***Монографии, сборники научных статей,
материалы конференций, учебники и учебные пособия***

1. Аверин А.В. Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей: Проблемы теории и практики / Под ред. М.И. Байтина. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2003. – 308 с.

2. Азаркин Н.М. История юридической мысли России: Курс лекций. - М.: Юрид. лит., 1999. – 528 с.

3. Акчурина Н.В. Историческое правоведение: становление, развитие в России в 30-70-х годах XIX века. Саратов: СГАП, 2000. – 178 с.

4. Антология мировой политической мысли. В 5 т. Т. IV. Политическая мысль в России: Вторая половина XIX-XX в. / Нац. обществ.-науч. фонд. Акад. полит. науки; Руководитель проекта Г.Ю. Семигин и др.; Ред.-науч. совет: пред. совета Г.Ю. Семигин и др. – М.: Мысль, 1997. – 829, [1]с.

5. Бадью А. Этика: Очерк о сознании Зла / Пер. с фр. В.Е. Лапицкого. – СПб., Машина, 2006. – 126 с. (Критическая библиотека)

6. Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). - Саратов: СГАП, 2001. – 416 с.

7. Бергсон А. Творческая эволюция. Москва Жуковский: Кучково поле, 2006. – 380 с.

8. Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. - 2-е изд. - М.: Изд-во МГУ: ИНФРА М-НОРМА, 1998. – 624 с.

9. *Берченко А.Я.* Применение советского социалистического права. – М.: изд-во ВПШ и АОН при ЦК КПСС, 1960. – 31 с.
10. *Боннер А.Т.* Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. – М.: Российское право, 1992. – 320 с.
11. *Ватыль В.Н.* Государство как гарант человеческой свободы (интерпретация русской формы раннего политического либерализма). Гродно: ГрГУ, 2001. – 302 с.
12. *Верещагин А.Н.* Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. М.: Междунар. отношения, 2004. – 344 с.
13. *Витгенштейн Л.* Избранные работы / Пер. с нем. и англ. В. Руднева. М.: Издательский дом «Территория будущего», 2005. 440 с.
14. *Вопленко Н.Н.* Социалистическая законность и применение права / Под ред. М.И. Байтина. – Издательство Саратовского ун-та, 1983. – 184 с.
15. *Гадамер Х.-Г.* Истина и метод: Основы филос. герменевтики: Пер. с нем. / Общ. ред. и вступ. ст. Б.Н. Бессонова. – М.: Прогресс, 1988. – 704 с.
16. *Гараева Г.Ф.* Нравственное оправдание права в истории философско-правовой мысли в России (на примере естественного правопонимания). – Краснодар: Издательский Дом – Юг. 2011. – 214 с.
17. *Гойман В.И.* Действие права (Методологический анализ). М.: Академия МВД РФ, 1992. – 182 с.
18. *Гурвич М.А.* Судебное решение: Теоретические проблемы М.: Юрид. лит., 1976. – 175 с.
19. *Давид Р.* Основные правовые системы современности / Рене Давид, Камилла Жоффре-Спинози; [Пер. с фр. В.А. Туманова]. М.: Междунар. отношения, 1999. – 398 [1] с.
20. *Деникин А.В.* Консерватизм и либерализм в социально-философской мысли России XIX века: становление методологии. – М.: Народный учитель, 2000. – 192 с.
21. *Добрянов В.С.* Методологические проблемы теоретического и

исторического познания / Под общ. ред. М.М. Розенталя. М., «Мысль», 1968. – 318 с.

22. *Дюрягин И.Я.* Применение норм советского права: Теоретические вопросы. Свердловск, Средне-Уральское книжное издательство, 1973. – 248 с.

23. *Ершов В.В.* Судебное правоприменение (теоретические и практические проблемы). – М.: МЮ СССР. Правовая академия, 1991. – 97 с.

24. *Желдыбина Т.А.* Доктрина Г.Ф. Шершеневича о праве и государстве: Монография. - М.: Юрлитинформ, 2011. – 224 с.

25. *Жуков В.Н.* Русская философия права: Естественно-правовая школа первой половины XX века / Библиотека журнала «Здравый смысл». - М.: Российское гуманистическое общество, 2001 – 237 с.

26. *Забигаило В.К.* Проблема «пробелов в праве». (К критике буржуазной теории). – Киев: Наукова думка. 1974. – 135 с.

27. *Зайончковский П.А.* Кризис самодержавия на рубеже 1870-1880-х годов. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1964. – 511 с.

28. *Зивс С.Л.* Источники права. М.: Наука, 1981. – 239 с.

29. *Зорькин В.Д.* Муромцев. М.: Юрид. лит., 1980. – 128 с. – (Из истории политической и правовой мысли).

30. *Зорькин В.Д.* Позитивистская теория права в России. М. Изд-во Московского ун-та. 1978. – 269 с.

31. *Зорькин В.Д.* Современный мир, право и Конституция. - М.: Норма, 2010. – 544 с.

32. *Ивлев Ю.В.* Логика для юристов: Учеб. для вузов. - 2-е изд., испр. - М.: Дело, 2001. - 264 с. – (Сер. «Российское право: теория и практика»).

33. *Исаев И.А.* Политико-правовая утопия в России (конец XIX – начало XX в.). – М.: Наука, 1991. – 272 с.

34. История политических и правовых учений России XI-XX вв. / И.А. Исаев, Н.М. Золотухина. – М.: Юрист, 1905. – 378 с.

35. История политических и правовых учений. Учебник для вузов /

Под ред. О. Э. Лейста. М.: Зерцало, 2006. – 568 с. – (Серия «Классический университетский учебник»).

36. История политических и правовых учений: Учебник для вузов // Под общ. ред. В.С. Нерсисянца. - 4-е изд., перераб и доп. – М.: Норма, 2004. – 944 с.

37. История политических и правовых учений: Учебник для вузов / Под общ. ред. О.В. Матышина. – М.: Норма, 2004. – 912 с.

38. История русской правовой мысли: Биогр., док., публ. / Сост. Д.В. Жуков и др. М.: Остожье. 1998. – 603 с.

39. История юридических наук в России: Сб. ст. / Редколл.: О.Е. Кутафин [гл. ред.] и др.; Московская государственная юридическая академия имени О.Е. Кутафина, – М., 2009. – 503 с.

40. *Казимирчук В.П.* Право и методы его изучения. М., Юрид. лит., 1965. – 204 с.

41. *Казмер М.Э.* Социологическое направление в русской дореволюционной правовой мысли. Рига: Зинатне, 1983. – 130 с.

42. *Карбонье Ж.* Юридическая социология. – Б.: БГК им. И.А. Бодуэна дэ Куртенэ, 1998. – 352 с.

43. *Карташов В.Н.* Правоприменительная практика в социалистическом обществе: Учебное пособие. – Ярославль: Изд-во Яросл. ун-та, 1986. – 87 с.

44. *Карташов В.Н.* Применение права: Учеб. пособие. Ярославль: Ярославск. гос. ун-т, 1980. – 74 с.

45. *Керимов Д.А.* Философские основания политико-правовых исследований. - М.: Мысль, 1986. – 332 с.

46. *Кленнер Г.* От права природы к природе права: Пер.с нем. / Под ред. Б.А. Куркина; Вступ.ст. Л.С. Мамута. - М.: Прогресс, 1988. – 320 с.

47. *Корнев А.В., Борисов А.В.* Правовая мысль и юридическое образование в дореволюционной России: Учебное пособие. М.: Эксмо, 2005. –

288 с.

48. *Корнев В.Н.* Либеральные концепции государства и права в России начала XX века (1905-1917 годы). - Белгород: Изд-во Бел ГУ. 2001. – 160 с.

49. *Корнев В.Н.* Проблемы теории государства в либеральной правовой мысли России конца XIX – начала XX века. М.: Юрлитинформ, 2005. – 340 с.

50. *Корнев В.Н.* Проблемы теории государства в либеральной правовой мысли России конца XIX — начала XX века: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2005. – 340 с.

51. *Корнев Г.П.* Идеонормативная концепция истины. Философия и правоприменение: Монография. М.: Академический проект, 2006. – 352 с. (Философские технологии и технологии права).

52. *Кузьмина А.В.* Категория «интерес» в философии и праве. М.: Юрид. лит., 2009. – 192 с.

53. *Кун Т.* Структура научных революций. – М.: ООО «Издательство АСТ». 2003. – 605, [3] с.

54. *Куприц Н.Я.* Из истории государственно-правовой мысли дореволюционной России. М.: Изд-во МГУ, 1980. – 168 с.

55. *Лазарев В.В.* Применение советского права. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1972. – 200 с.

56. *Лазарев В.В., Липень С.В.* Теория государства и права: Учебник для вузов. – М.: Спарк, 1998. – 448 с.

57. *Лапаева В.В.* Российская социология права. Курс лекций. М.: Российская академия правосудия. 2005. – 251 с.

58. *Лапаева В.В.* Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. – М.: Российская академия правосудия, 2012. – 579 с.

59. *Лейст О.Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. – М.: Зерцало-М, 2002. – 288 с.

60. *Лукич Р.* Методология права. – М.: Прогресс, 1981. – 304 с.

61. *Луковская Д.И.* Политические и правовые учения: историко-теоретический аспект. Л.: изд-во Ленинградского ун-та, 1985. – 161 с.
62. *Маликов М.К.* Гносеологические основы реализации права. Учебное пособие. Изд-е Башкирск. ун-та. – Уфа, 1998. – 304 с.
63. *Маликов М.К.* Проблема усмотрения правоприменителя: природа, признаки, пределы. Баш. ун-т. Уфа. 1990. – 68 с.
64. *Маликов М.К.* Проблемы реализации права. – Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1988. – 144 с.
65. *Мальцев Г.В.* Социальные основания права. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. – 800 с.
66. *Марченко М.Н.* Источники права: Учеб. пособие. - М: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 760 с.
67. *Марченко М.Н.* Судебное правотворчество и судебское право. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект. 2007. – 512 с.
68. *Масловская Е.В., Масловский М.В.* Социология права: классические и современные теории: Учебное пособие. Н.Новгород: Изд-во ННГУ, 2008. – 94 с.
69. *Микешина Л.А.* Философия познания. Полемические главы. М.: Прогресс-Традиция, 2002. – 624 с.
70. Наука теории и истории государства и права в поисках новых методологических решений: Коллективная монография / Отв. ред. А.А. Дорская. СПб.: Астерион, 2012. – 483 с.
71. Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсисянца / Сост. В.Г. Графский. – М.: Норма, 2006. – 416 с.
72. *Недбайло П.Е.* Применение советских правовых норм – М.: Гос. изд-во юрид. литературы, 1960. – 511 с.
73. *Немытина М.В.* Суд в России: вторая половина XIX - начало XX в. Саратов: СЮИ МВД РФ, 1999. – 256 с.

74. Нерсисянц В.С. Право и закон. Из истории правовых учений. М.: Наука, 1983. – 367 с.
75. Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах / Отв. ред. М.Н. Марченко. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2013. Том 2: Право. – 816 с.
76. Поляков А.В., Тимошина Е.В. Общая теория права: Учебник. - СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005. – 572 с.
77. Правоприменение: теория и практика / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. – М.: Формула права, 2008. – 432 с.
78. Правосудие в современном мире: Монография / Под ред. В.М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. М.: Норма, Инфра-М, 2012. – 719 с.
79. Пристенский В.Н. Проблема правопонимания в русской социальной философии. - Воронеж: ВИ МВД РФ, 2004. – 113 с.
80. Пяткина С.А. Русская буржуазная правовая идеология: Учеб. пособие. – М.: ВЮЗИ, 1980. – 86 с.
81. Радбрух Г. Философия права. - Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2004. – 240 с.
82. Рикёр П. Герменевтика. Этика. Политика. М.: АО «Камі» - Изд.центр Academia, 1995. - 159 [1] с.
83. Рикёр П. Справедливое. Пер с фр. Б. Скуратова, П. Хицкого. Послесловие - Э. Шлоссер. М.: Гнозис, Логос, 2005. – 304 с.
84. Риккерт Г. Науки о природе и науки о культуре. М.: Республика. 1998. – 410 с.
85. Русская философия права (антология). Сост.: А.П. Альбов, Д.В. Масленников, М.В. Сальников. СПб.: Алетейя. 1999. – 437 с.
86. Русский позитивизм [Избр. ст.] / Сост., авт. предисл., обзор. ст. [с. 287-350] и указ. С.С. Гусев; Отв. ред. А.Ф. Замалеев, А.И. Новиков. СПб.: Наука, 1995. – 361 с.

87. Сапун В.А. Социалистическое правосознание и реализация советского права. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1984. – 112 с.
88. Секиринский С.С., Шелохаев В.В. Либерализм в России: Очерки истории (середина XIX – начало XX в.). М.: Памятники исторической мысли, 1995. – 286 с.
89. Современная буржуазная политико-правовая идеология (критический анализ) / Ред колл. В.А. Туманов и др. Киев: Наукова думка, 1985. – 272 с.
90. Судебная власть и правосудие в Российской Федерации: Курс лекций / Под ред. В. В. Ершова. – М.: РАП, 2011. – 901 с.
91. Сырых В.М. История и методология юридической науки: учебник. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. – 464 с.
92. Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Т. 3. Современное правопонимание. М.: РАП, 2007. – 512 с.
93. Теоретические и практические проблемы правопонимания. Материалы III Международной научной конференции, состоявшейся 22-24 апреля 2008 года в Российской академии правосудия / По ред. В.М. Сырых и М.А. Заниной. (2-е изд.) – М.: РАП, 2010. – 491 с.
94. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов / Под общей ред. А.С. Пиголкина. М.: Издательский Дом «Городец», 2003. – 544 с.
95. Теория государства и права: Учебник / Н.И. Матузов, А.В. Малько. М.: Дело, 2014. – 525. [1] с.
96. Троицкий Н.А. Россия в XIX веке. Курс лекций: Учеб. пособие по спец. «История». – М.: Высш. шк., 1999. – 431 с.
97. Туманова А.С., Киселев Р.В. Права человека в правовой мысли и законотворчестве Российской империи второй половины XIX – начала XX века. М.: Изд.дом Высшей школы экономики, 2011. – 279, [1] с.

98. Уткина Н.Ф. Позитивизм, антропологический материализм и наука в России (вторая половина XIX века). М.: Наука, 1975. – 316 с.

99. Философия права: Курс лекций / Э.В. Кузнецов, В.П. Федоров, А.В. Кузнецова, О.Э. Старовойтова. – СПб.: ГУАП, 2013. – 374 с.

100. Фролова Е.Е. Неокантианская философия права в России в конце XIX – начале XX века. М.: ЮРКОМПАНИ, 2013. – 600 с.

101. Хабибулина Н.И. Толкование права: новые подходы к методологии исследования. СПб.: С.-Петербург. ун-т МВД России, 2001. – 92 с.

102. Хайруллин В.И. Категория справедливости в истории политико-правовой мысли. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2009. – 192 с.

103. Целищев В.В. Логическая истина и эмпиризм / Отв. ред. М.В. Попович. Изд. 2-е, испр. – М.: Красанд, 2010. – 112 с.

104. Четвернин В.А. Современные концепции естественного права. – М.: Наука, 1988. – 144 с.

105. Шкуринов П.С. Позитивизм в России XIX века. М., Изд-во Моск. ун-та, 1980. – 416 с.

106. Экимов А.И. Коркунов. М.: Юрид. лит., 1983. – 96 с. (Из истории политической и правовой мысли).

107. Явич Л.С. Сущность права. Л.: Изд-во Ленигр.ун-та., 1985. – 207 с.

Научные статьи

1. Аверин А.В. К вопросу о связи правопонимания и судебного применения права // Ученые труды Российской Академии адвокатуры и нотариата. 2012. №2 (25). С. 19-26.

2. Алексеев С.С., Дюрягин И.Я. Функции применения права // Правоведение. 1972. № 2. С. 25-33.

3. Баев В.Г., Зайцев О.А. Интерес как философско-правовая категория в учениях русских правоведов XIX - начала XX века // История государства и

права. 2012. № 23. С. 10-14.

4. *Белых В.С.* К вопросу о сущности права: теоретические проблемы правопонимания // Российский юридический журнал. 2012. № 3. С. 25-36.

5. *Берг Л.Н.* Правоприменительная деятельность в аспекте системного исследования // Российский юридический журнал. 2011. № 1. С. 54-61.

6. *Бочаров В.В.* Максим Ковалевский: антропология права и правовой плюрализм в России // Журнал социологии и социальной антропологии. – 2001. – Т. IV – № 3. С.50-72.

7. *Вильнянский С.И.* Значение логики в применении правовых норм // Ученые записки Харьковского Юридического института. Вып. 3. Харьков, 1948. С. 77-110.

8. *Галанза П.Н.* О применении советских правовых норм // Советское государство и право. 1954. № 6. С. 94-97.

9. *Графский В.Г.* Право как результат применения правила законной справедливости (интегральный подход) // Государство и право. 2010. № 12. С. 5-13.

10. *Гребеньков Г.В.* Право как предмет философского и научного познания: принципы и методология демаркации // Философия права. 2010. № 1. С. 22-29.

11. *Еременко А.С.* Организационно-методологические основания российской доктрины гражданского правоприменения // Гражданское право. 2010. № 4. С. 3-8.

12. *Ершов В.В.* Источники и формы российского права // Российское правосудие. 2009. № 6. С. 4-15.

13. *Ершов В.В.* Правопонимание, правотворчество и правоприменение // Российское правосудие. 2008. № 5. С. 7-17.

14. *Ефремова Н.Н.* Справедливость как фактор развития правосознания и правовой культуры России пореформенного периода // Право. Журнал высшей школы экономики. 2013. № 3. С. 3-11.

15. Захаров А.А. Современные проблемы правоприменения: опыт структурно-функционального анализа // История государства и права. 2009. № 5. С. 39-43.

16. Ивонин Ю.П. Соотношение формального и материального источников права в философско-правовой концепции П.И. Новгородцева // Философия права. 2009. № 3. С. 12-16.

17. Исаев И.А. Непроявленный язык закона // Lex Russica. 2006. Т. LXV. № 1. С. 7-25.

18. Катомина В. А., Санисалова Н. А. Законность и справедливость: единство, различия и взаимодействие // Вестник Пензенского государственного университета. 2013. № 2. С. 40-45.

19. Керимов Д.А. О применении советских правовых норм // Советское государство и право. 1954. № 5. С. 98-101.

20. Колдин В.Я. Проблемы методологии правоприменения // Государство и право. 2011. № 1. С. 11-20.

21. Колесник И.В. Правотворческая и правоприменительная конкретизация // Философия права. 2011. № 3. С. 23-27.

22. Корнев А.В. К вопросу о правопонимании в дореволюционной России // Государство и право. 1998. № 5. С. 93-98.

23. Корнев В.Н. Достоинство личности как условие принятия справедливых решений в процессе правотворчества и правоприменения // Российское правосудие. 2011. № 12-68. С. 17-25.

24. Корнев В.Н. О природе судебного решения // Российское правосудие. 2014. № 4. С. 16-24.

25. Корнев В.Н. Правотворчество, правоприменение и содержание права // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Серия: Философия. Социология. Право. 2008. Т. 8. № 4. С. 35-42.

26. Корнев В.Н. Философские и правовые основания понимания применения международного и внутригосударственного права // Российское

правосудие. 2011. № 4. С. 29-38.

27. Костин Ю.В. Идеи естественного права в истории государственно-правовой мысли дореволюционной России конца XIX - начала XX века // История государства и права. 2007. № 7. С. 22-24.

28. Костин Ю.В. Проблема соотношения права и нравственности в трудах русских мыслителей второй половины XIX – начала XX вв. // Научный вестник Омской академии МВД России. 2006. № 1(23). С. 5-9.

29. Кузьмина А.В. Теоретико-методологические предпосылки исследования современных правоприменительных интересов // Государство и право. 2011. № 2. С. 5-13.

30. Куницын А.С. Возрождение естественного права в России на рубеже XIX - XX вв. // История государства и права. 2008. № 17. // СПС КонсультантПлюс.

31. Куницын А.С. Вопросы методологии научных исследований в российской юридической классике // Журнал российского права. 2011. № 12. С. 92-101.

32. Липень С.В. Доводы «за» и «против» расширения свободы судебного усмотрения в юриспруденции дореволюционной России: две системы научной аргументации // Юридическая техника. 2013. № 7-1. С. 177-180.

33. Липень С.В. Идеи установления и преодоления пробелов в праве в отечественной юридической науке второй половины XIX — начала XX вв. // Актуальные проблемы экономики и права. 2012. № 3. С. 190-197.

34. Липень С.В. Иосиф Алексеевич Покровский — один из представителей юридического позитивизма в отечественной юридической науке начала XX в. // История государства и права. 2012. № 22. С. 24-27.

35. Липень С.В. История учений о праве и государстве: актуальные проблемы определения направлений развития научного знания // Актуальные проблемы российского права. 2012. № 3 (24). С. 28-36.

36. Лиска *О.М.* Правопонимание в контексте идей о законе и правовом обычае в отечественной юридической мысли второй половины XIX – начала XX в. // История государства и права. 2014. № 15. С. 26-30.

37. Лиска *О.М.* Справедливость как цель судебного правоприменения в теории права России второй половины XIX – начала XX в. // Российское правосудие. 2014. № 8 (100). С. 67-72.

38. Лиска *О.М.* Философско-правовые и методологические основания правоприменения в правовых парадигмах России второй половины XIX – начала XX веков // Философия права. 2014 № 5. С. 116-120.

39. Максимов *С.И.* Дуальность права в контексте методологии правопонимания // Власть и управление на Востоке России. 2011. № 3. С. 163-167.

40. Мартышин *О.В.* Национальная политическая и правовая культура в контексте глобализации // Государство и право. 2005. № 4. С. 9-17.

41. Пантыкина *М.И.* Интегративное правопонимание как неклассическая концепция права // Юрист-правоведь. 2009. № 4. С. 16-20.

42. Петров *К.В.* Источники и формы права в отечественном правоведении XIX – начала XX вв. // Ленинградский юридический журнал. 2009. № 3. С. 163-172.

43. Петрушев *В.А.* Проблемы методологии общей теории права // Академический юридический журнал. . 2001. № 3. С. 22-30.

44. Погодин *А.В.* Содержание и методология теории реализации норм права // Ученые записки Казанского университета. Том 135. Кн. 4. 2011. С. 7-14.

45. Подгорная *Ю.А., Кузьмина Е.М.* Применение права: современные подходы и актуальные проблемы методологии // Правовая культура. 2011. № 2 (11). С. 41-48.

46. Попова *А.В.* Неолиберальный тип правопонимания в России (вторая половина XIX - начало XX В.) // Журнал российского права. 2013. № 1.

С. 103-108.

47. Пяткина С.А. О правовой теории русского юридического позитивизма // Правоведение. 1964. № 4. С. 116-120.

48. Радько Т.Н., Медведева Н.Т. Позитивизм как научное наследие и перспектива развития права России // Государство и право. 2005. № 3. С. 5-12.

49. Реутов В.П. Типы правопонимания и проблема источников и форм права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. Выпуск 2. Апрель-июнь 2010. С. 54-70.

50. Сапун В.А. Правоприменительная деятельность: особенность и структура // Ленинградский юридический журнал. 2005. № 3. С. 185-191.

51. Скоробогатов А.В. Методология исследования права в современном российском правоведении // Юридическая наука. 2012. № 4. С. 19-22.

52. Тихомиров Ю.А. Правоприменение: от стихийности к системе // Журнал российского права. 2007. № 12. С. 27-36.

53. Торчилин К.Е. Материалистическая диалектика в системе методов общей теории государства и права конца XIX - начала XX в. // История государства и права. 2012. № 17. С. 5-8.

54. Трофимов В.В. Социально-психологическая природа правовых норм // Вестник ТГУ. 2001. Выпуск 1 (21). С. 50-53.

55. Тузов Н.А. Детерминация правопонимания и связь источников права // Философия права. 2009. № 1. С. 14-18.

56. Туманов В.А. Что скрывается за «возрождением» естественного права в современной буржуазной юриспруденции // Советское государство и право». 1954. № 5. С.88-97.

57. Фарбер И.Е. О применении норм советского социалистического права // Советское государство и право. 1954. № 4. С. 15-26.

58. Фролова Е.А. Методологические основы разграничения концепций правопонимания // Государство и право. 2009. № 4. С. 63-73.

59. Фролова Е.А. Теоретико- методологические вопросы доктрины «возрожденного» естественного права // Право и государство: теория и практика. 2013. № 2 (98). С. 13-23.

60. Юртаева Е.А. К пониманию закона в дореволюционной России. // Журнал российского права. 2010. № 9. С. 83-98.

Диссертации, авторефераты диссертаций

1. Аносова М.М. Современный системный нормативный подход к правопониманию и правоприменению: проблемы теории и практики: Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Аносова Марина Митрофановна: Владимир, 2007. – 212 с.

2. Беланова Г.О. Понятие юридической справедливости как основания правоприменительного акта: Автореф. Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Беланова Галина Олеговна: Ставрополь, 2003. – 21 с.

3. Бернацкий Г.Г. Развитие представлений о природе естественного права в истории правовой мысли: Дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Бернацкий Георгий Генрихович: СПб., 2001. – 504 с.

4. Власенко В.Н. Логические основания юридической квалификации: Дисс. ... канд. юрид. наук; 12.00.01 / Власенко Валерий Николаевич: М., 2011. – 183 с.

5. Гладышева О.В. Справедливость и законность в уголовном судопроизводстве Российской Федерации: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09 / Гладышева Ольга Владимировна. - Краснодар, 2009. – 46 с.

6. Гук П.А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ: Дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Гук Павел Александрович. – М., 2012. – 409 с.

7. Ершов В.В. Судебная власть в правовом государстве: Дисс. ... д-ра юрид. наук; 12.00.01 / Ершов Валентин Валентинович: М., 1992. – 319 с.

8. Железнова Н.Д. Правопонимание и судебная практика: Теоретические

проблемы взаимодействия: Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Железнова Надежда Дмитриевна: Н.Новгород, 2001. – 176 с.

9. *Зорина Е.Ю.* Идеи разделения властей в российской политико-правовой мысли конца XIX - начала XX в.: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Зорина Елена Юрьевна. – М., 2000. – 21 с.

10. *Категов А.С.* Механизм применения права и правовая система современной России (теоретико-методологический анализ): Дисс.... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Категория Александр Сергеевич: СПб., 2002. – 455 с.

11. *Катенина Н.В.* Философско-правовое учение Б.Н. Чичерина как явление русской мысли: Дисс. ... канд. филос. наук: 09.00.03 / Катенина Наталья Викторовна: М., 2012. – 145 с.

12. *Ковлакас Н.В.* Нравственные критерии правоприменительной деятельности: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ковлакас Николай Викторович: Ростов-н/Д, 2009. – 26 с.

13. *Комнатная Ю.А.* Политико-правовые воззрения М.М. Ковалевского: Дисс. ... канд. юрид. наук; 12.00.01 / Комнатная Юлия Александровна: Саратов, 2002. – 175 с.

14. *Корнев А.В.* Консервативная и либеральная теория государства и права в России (XIX – начала XX вв.): Дисс...д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Корнев Аркадий Владимирович. – М., 2004. – 428 с.

15. *Корнев В.Н.* Проблемы теории государства в либеральной правовой мысли России второй половины XIX - начала XX века: Дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. М., 2006. – 437 с.

16. *Корнев В.Н.* Проблемы теории государства в либеральной правовой мысли России второй половины XIX - начала XX века: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Корнев Виктор Николаевич. М., 2006. – 56 с.

17. *Костин Ю.В.* Идеи соотношения государства, права и нравственности в истории политической и правовой мысли дореволюционной России второй половины XIX – начала XX века: Дисс. ... д-ра юрид. наук;

12.00.01 / Костин Юрий Викторович: М., 2008. – 441 с.

18. *Липень С.В.* Идеи «Свободного права» в юридической науке дореволюционной России: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Липень Сергей Васильевич. М., 1994. – 22 с.

19. *Липень С.В.* Идеи правотворчества и правореализации в политико-правовой мысли России XIX - начала XX в. : Дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Липень Сергей Васильевич: СПб., 2013. – 456 с.

20. *Львов С.А.* Критика «философии ценностей» в русской буржуазной политико-правовой мысли (Б.А. Кистяковский): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Львов Сергей Александрович. Л., 1983. – 20 с.

21. *Макаров Р.Н.* Идея этико-правового синтеза в философии права А.С. Яценко: Дисс. ... канд. филос. наук: 09.00.05 / Макаров Роман Николаевич: Тула, 2003. – 127 с.

22. *Паламарчук В.М.* Правоприменение в правовом государстве: Дисс. ... канд. юрид. наук; 12.00.01 / Паламарчук Валерий Михайлович: М., 2011. – 172 с.

23. *Палеха Р.Р.* Природа правоприменения как особой формы реализации права: Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Палеха Роман Робертович. Елец, 2006. – 171 с.

24. *Попова А.В.* Теоретико-правовое исследование неолиберальной политико-правовой доктрины в России (конец XIX - начало XX вв.): Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Попова Анна Владиславовна: М., 2014. – 48 с.

25. *Рябченко Е.В.* «Возрождение» естественного права и его значение для позитивного права России в конце XIX и начале XX века: Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Рябченко Елена Владимировна: Краснодар, 2002. – 200 с.

26. *Сауляк О.П.* Законность в правоприменительной деятельности: Дисс. ... канд. юрид. наук; 12.00.01 / Сауляк Олег Петрович: М., 2001. – 179 с.

27. *Фролова Е.А.* Неокантианство в русской философии права во

второй половине XIX — первой половине XX века: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Фролова Елизавета Александровна. - М., 2013. – 55 с.

28. *Чванов О.А.* Механизм правоприменения: Дисс. ... канд. юрид. наук; 12.00.01 / Чванов Олег Анатольевич: Саратов, 1995. – 238 с.

29. *Ющенко Н.В.* Государственно-правовые взгляды А.С. Муромцева: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ющенко Наталья Валерьевна: СПб., 2002. – 204 с.