

ВОПРОСЫ МЕТОДОЛОГИИ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ ДОКТРИНЫ

© Д.И. Степанов 2001 г.

Все права защищены.

Опубликовано в сборнике: «Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 6 / под ред. О.Ю. Шилохвоста. - М.: Издательство «НОРМА», 2003, с.1-32.

Бурное развитие отечественного гражданского права во всех его проявлениях и на различных уровнях правовой действительности, наблюдаемое в последнее время, являет собой одну из наиболее удивительных и уникальных особенностей новейшей российской истории. Пройдет, вероятно, не одно десятилетие, прежде чем мировым сообществом будет оценен по достоинству тот культурный пассионарный взрыв, который произошел в России в девяностых годах двадцатого столетия. Необычайный интерес к частному праву, который пробудился в последнее время в нашей стране, представляет собой не просто достижение в области российской юриспруденции, а является значительным феноменом в мировой культуре.

Одним из наиболее заметных сдвигов, произошедших в гражданском правопорядке России, очевидно, является смена парадигмы, направленности исследовательской сферы отечественного гражданского права. Всепроникающим духом, неким довлеющим императивом для большей части исследователей в рассматриваемой сфере является стремление к решению отдельных (в большей или меньшей степени частных) *практических* проблем, установка на отыскание и освещение решений конкретных, казуистических ситуаций либо раскрытие смысла и содержания норм действующего позитивного права.

Вместе с тем, все настойчивее ощущается потребность в развитии высокой теории,¹ выявлении подлинно философской базы, несомненно, имеющейся у современного гражданского права России. Ценность практической ориентированности исследования или применимости его результатов не должна заслонять собой значимость философских изысканий в праве. Осмысление и формулирование философских основ гражданского права отнюдь не является бессмысленным времяпрепровождением, а теоретические изыскания подобного рода — чем-то производным и ненужным, «не имеющим практического выхода». Блестящие строки, написанные И.А. Покровским почти столетие назад, как нельзя лучше определяют это положение: «Установление ... общих пер-

¹ Алексеев С.С. Право: азбука - теория — философия: Опыт комплексного исследования. — М.: «Статут», 1999, с.701.

спективных линий сделало неизбежным соприкосновение с большими общеправовыми проблемами. Многолетняя работа над самыми жгучими вопросами гражданского права привела автора уже давно к тому убеждению, что все эти вопросы теснейшим образом связаны с основными вопросами философии права вообще. Больно чувствовалось, насколько мы, юристы-цивилисты, не сознаем этого и насколько при решении наших крупнейших вопросов мы идем беспринципно и наугад. Воспитанные на позитивистской боязни перед всяким подобием «метафизических естественно-правовых фантазий», погруженные в повседневную и кропотливую догматическую работу, мы окончательно отвыкли от широкой теоретической трактовки наших проблем и потеряли всякую связь с глубокими идейными течениями нашего времени».²

Очевидно, культивирование теории гражданского права представляет, кроме прочего, большую практическую пользу, ибо это позволяет только улучшить и рационализировать практику, сделать ее более эффективной. Однако известное отторжение практики от теории права не исчерпывает существа проблемы. Более сложная и тонкая грань проблемы заключается в отсутствии выдержанной, осмысленной методологии в теории гражданского права, того, что принято именовать метатеорией.

Методологии гражданского права традиционно отводилась участь нелюбимой падчерицы отечественной цивилистики: не говоря о современном состоянии методологии частного права, достаточно отметить, что даже советские времена, когда доктрина уделяла большое внимание философским проблемам права, характеризовались отсутствием фундаментальных исследований, посвященных не общим проблемам методологии теории права, а особенностям методологии гражданского права. Юридическая теория тогда была ориентирована на построение методологии общей теории права, при том, что зачастую общее вырастало из частного, из отраслевых наук (в немалой степени из науки гражданского права), при этом наблюдалась парадоксальная ситуация, при которой, отдавая немало ценного и прогрессивного абстрактной общей теории права, отраслевые науки серьезно отставали в развитии собственной глубокой методологии. Во многом именно поэтому сейчас пришло время развивать частноправовую методологию теории права, то есть не восходить от конкретного к абстрактному, а замкнуться, пусть на время, в рамках методологии строго предметной, методологии гражданского права. При этом в ближайшее время следует всячески приветствовать обратный описанному выше процесс, то есть начать культивировать трансформацию общетеоретических по-

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998, с.34-35.

строений в цивилистические доктринальные конструкции. Здесь же следует указать на распространенное заблуждение, особенно характерное для крайних проявлений как позитивизма, так и рационализма, согласно которому не существует как таковой проблемы раскрытия предметного знания.

Так, нередко можно встретить убеждение, что при нахождении соответствующего метода, устраняющего помехи к раскрытию или схватыванию смысла, смысловое содержание тотчас же станет доступным. Методология доктрины функциональна, но степень реализации функции не беспредельна, а потому процесс конструирования методологии цивилистической доктрины следует воспринимать как движение к идеалу. Однако опять-таки лишь для крайних, по-юношески максималистских, проявлений того же рационализма или позитивизма характерно отношение к методологии, стремящейся к отысканию идеала, как к инструменту, который этот идеал обязательно найдет. При этом кажется, что такое нахождение, обретение идеала произойдет вот-вот. Однако этому не бывать, а потому методология движется к идеалу, кажется, уже приближается, но никогда не сольется с ним. Именно поэтому в основе своей, даже субстанциональной, методология не существенна, а функциональна.

Методология науки, будучи философской основой и квинтэссенцией теории права, в том числе теории гражданского права, требует от любого исследователя неустанного поиска ответов на многие «вечные вопросы», предполагает наличие самостоятельной мировоззренческой, ценностной и философской позиции. Отношение к методологии права чрезвычайно схоже с тем, как подходят философы к определению философии. По меткому выражению Жюль Делеза и Феликса Гваттари «... это такой вопрос, который задают, скрывая беспокойство, ближе к полуночи, когда больше спрашивать уже не о чем. Его ставили и раньше, все время, но слишком уж косвенно или уклончиво, слишком искусственно, слишком абстрактно, излагая этот вопрос походя и свысока, не давая ему слишком глубоко себя зацепить. Недоставало трезвости. Слишком хотелось заниматься философией, а о том, что же это такое, спрашивали себя разве что упражняясь в изящном слоге; не доходили до той изящности слога, когда наконец можно спросить – так что же это за штука, которой я занимался всю жизнь?».³

По сложившейся традиции термином *методологический* в правовой доктрине обозначают как феномены, имеющие отношение к методологии права, так и мало изученные или проблемные вопросы, требующие своего решения. Несмотря на то, что обе

³ Делез Ж., Гваттари Ф. Что такое философия? / Пер с фр. и послесл. С.Н. Зенкина. - М.: Институт экспериментальной социологии; СПб.: «Алетейя», 1998 (серия "Gallicinium"), с.9.

составляющие понятия *методологический* тесно взаимосвязаны, из содержания понятия методологии права, гражданского права, следует исключить проблемные темы, непосредственно связанные с тем или иным конкретным вопросом. Таким образом, методология гражданского права, являющаяся метатеорией этой отрасли права, представляет собой философское учение о путях, способах и принципах познания, построения и реализации гражданского права как особого правового образования в рамках отечественной правовой системы.

Инструментальный подход к определению природы методологии цивилистики, вместе с тем, требует проведения дополнительного ограничения понятия методологии в рассматриваемой отрасли познания. В юридической литературе в содержание методологии права, кроме прочего, принято включать юридико-технические методы, в том числе проблемные вопросы техники создания и применения права,⁴ механизм реализации норм права. Учитывая, что предмет настоящего исследования ограничивается рассмотрением актуальных проблем гражданско-правовой доктрины, анализ понятия методологии права будет связан преимущественно с вопросами познания права, и лишь там, где они имеют выход на практику, - с реализацией права.

В российской и советской монографической литературе, посвященной методологии права, изложение материала традиционно располагается по принципу, схожему со свойственным континентальной правовой традиции пандектным началом построения кодификаций, при котором в начале исследования приводится некая «общая часть», а затем – рассмотрение отдельных методов, методик, подходов или приемов. В этой связи требуется определиться с основополагающими для юридической методологии понятиями, а именно с тем, что же представляет собой *подход, метод, приемы и способы* познания правовой действительности.

Поскольку основным назначением методологии выступает познание, проявление во вне свернутого идейного содержания, то рассмотрение того или иного методологического феномена с позиций отдельного подхода, метода или с использованием частных приемов, способов преследует аналогичную цель, а само разграничение методологии по указанным направлениям есть не что иное, как разграничение методологии по ее *уровням*.⁵ Определяя структуру уровней методологии гражданского права, следует признать, что наиболее простейший, элементарный уровень составляют приемы, способы,

⁴ Лукич Р. Методология права М., Прогресс, 1981, с.204.

⁵ Козюбра Н.И. Понятие и структура методологии юридической науки. В сб.: Методологические проблемы юридической науки. Киев: «Наукова думка», 1990, с.7.

с помощью которых происходит восприятие правовой действительности. Однако приемы и способы, будучи элементарной составляющей методологии цивилистики, не в состоянии самостоятельно выступать в качестве научного инструментария в деле познания права, поскольку их простота и фрагментарность не дают возможности получить интегрированного знания.

Более высокий уровень методологии права составляет собственно юридический метод, в данном случае понимаемый как гносеологический метод. Метод юридической науки представляет собой подсистему (блок, раздельное единство приемов, способов) методологии права, характеризующуюся общей практической и идейной направленностью, ориентированной на познание известного юридического явления, процесса. Кроме того, что в методе соединяются определенные способы, приемы изучения права, в метод привносится нечто новое, идея *целого*, а поскольку целое не сводимо к простой сумме частей, его составляющих, метод характеризуется особыми, уникальными свойствами, которые могут отсутствовать у входящих в него приемов и способов, взятых отдельно. Таким образом, всякий метод в праве, отвечающий признаку научности, кроме прочего, является одновременно *методикой* исследования и дидактикой результатов такого исследования.

Наконец, наивысшим уровнем методологии выступает подход. Если в методе происходит синтез отдельных приемов и способов в единое целое, то в подходе осуществляется не только интеграция различных методов, приемов и способов, но также их единение с личностью исследователя, идеи и духа, объективного и субъективного. На уровне подхода методология обретает свой человеческий облик, становится действительно живой, наполняется прогрессивным и рациональным, а также впадает в заблуждения и предается слабостям. Парадоксально, но именно на этом высшем уровне методологии человеческий дух воспаряет к вневременным вершинам истины, приобщается к высшему, вместе с тем, здесь же проявляется все приходящее, временное, характерное лишь определенным эпохам,⁶ а потому в методологическом подходе диалектически соединяется глубина мысли и поверхностность заблуждения. В содержание методологического подхода, наряду с приемами и способами, отдельными методами, включаются принципы, цели и задачи познавательного процесса. Таким образом, в подходе заключается не только исследовательский инструментарий, но также и некоторый вектор движения в области познания. Кроме того, подход характеризуется особым

⁶ Манхейм К. Диагноз нашего времени. Пер. с нем. и англ. – М.: Юрист, 1994, с.575 сл.

стилем,⁷ свойственным определенному исследователю, а потому, учитывая, что стиль – это человек,⁸ можно говорить, что любой подход в известной мере уникален.

Методологический уровень подхода в наибольшей мере из трех рассмотренных уровней подразумевает наличие четкой философской позиции у исследователя, а само исследование – крепкую философскую базу. Несмотря на то, что методологический подход всегда в известной степени индивидуален, наиболее типичные для данной исторической эпохи или известной группы исследователей методологические подходы могут быть описаны через указание на превалирующие в них элементы определенных методов и философских течений. Так, среди наиболее заметных можно выделить естественно-правовой и позитивистский подходы, социологический, экономический, психологический подходы. При более пристальном рассмотрении в рамках каждого из названных подходов могут выделяться более специфические течения, подходы, школы, существование которых обуславливается дифференциацией знания по отдельным направлениям. Двигаясь по нисходящей, от высшего уровня юридической методологии к низшему, обедняя содержание понятия подхода при помощи обращения ко все более частным методам, исключая из его содержания принципы и установки исследования, постепенно можно перейти от уровня подхода к методу, а затем – к отдельным приемам и способам. Из этого следует, что над юридической методологией, как любой иной смысловой конструкцией, могут совершаться диалектические операции.⁹

Методология права может полагаться как нечто *одно*, в противопоставлении *иному*, неразделенному и бесформенному, то есть отсутствию исследовательского инструментария, непониманию системности и оформленности любого предмета исследования. Методология права, далее, сама есть *иное*, поскольку она призвана служить инструментом раскрытия смысла в непознанном, то есть методология всегда присутствует

⁷ Интересно, что профессора К. Цвайгерт и Х. Кетц в своем фундаментальном труде по сравнительному правоведению выделяют стиль в качестве классификационного признака для обособления правовых систем, что лишь подтверждает проводимую здесь точку зрения на право как на разумное, живое образование – см.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т.т. – т. I. Основы: Пер. с нем. – М.: Международные отношения, 1998, с.107.

⁸ А.Ф. Лосев определяет стиль как принцип конструирования всего потенциала произведения на основе его тех или иных *надструктурных и внехудожественных заданностей* (*курсив мой – Д.С.*) (Лосев А.Ф. Проблема художественного стиля. – Киев: “Collegium”, Киевская Академия Евробизнеса, 1996, с.226) или более кратко как художественную форму, которая несет в своей организации следы соотношения с тем или иным инобытием. (Лосев А.Ф. Форма – Стиль – Выражение / Сост. А.А. Тахо-Годи; Общ. ред. А.А. Тахо-Годи и И.И. Маханькова. М.: «Мысль», 1995, с.151.). Однако эта заданность внешне положенными моментами предопределяется автором, человеком, что позволяет здесь использовать это старое определение стиля.

⁹ Оригинальная попытка диалектического построения категориального аппарата советской общей теории права была предпринята А.М. Васильевым – см.: Васильев А.М. Правовые категории М.: Юридическая литература, 1976.

implicite в качестве принципа раскрытия смысла, его оформления в непознанном постольку, поскольку непознанное противостоит смыслу. Наконец, в результате диалектического синтеза происходит снятие указанной антиномии, и методология права предстает перед нами в качестве нераздельного единства, самотождественного различия смысла и пустоты, *идеи и меона*.

Методология права не есть раз и навсегда застывшая данность, из приведенного выше изложения видно, что методология юриспруденции, будучи идеальным образованием, подвержена *движению*.¹⁰ Кроме того, что движение осуществляется в ходе синтеза при переходе от одного к иному, а через него – в единое, движение есть один из основополагающих атрибутов наличной методологии юриспруденции.

Методология предстает перед нами как нечто определенное (в большей или меньшей степени), заданное, однако методология не есть раз и навсегда застывшая данность, в ходе ее использования, практического применения происходит ее усовершенствование, приспособление к реальной действительности. Таким образом, методология выступает в единстве противоположностей: *покоя* и *движения*. Как покоящаяся юридическая методология предстает при первоначальном обращении к ней, однако, стоит только любому исследователю затронуть ее, как она тотчас обращается в становление, то есть из покоя переходит в движение.

Однако методология, отвечающая свойству практической применимости, не может постоянно находиться в движении, иначе она пропадет в водовороте бесконечного становления, каждый момент она будет становиться, меняться, при этом ухватиться за нее будет невозможно. Методология права в таком случае будет текуча до бесконечности, она пытается в каждый момент породить, дать что-то новое, внешне крайне привлекательное средство познания, которое, на первый взгляд, должно открыть новые горизонты познания в праве, но это впечатление обманчиво. Именно поэтому методология, пресытившись безостановочным стремлением открывать все новые исследовательские инструменты, а через это и новые предметные сферы познания, приходит к осознанию того, что настала пора остановиться. Таким образом, в результате снятия противоречия движения и покоя методология является в виде *ставшего*, содержащего в себе баланс движения и неподвижности, равной устремленности вверх и потенциальной способности к падению вниз. Не стоит, однако, упрощать этот процесс и представ-

¹⁰ Применительно к изучению культуры Э. Кассирер указывает на равную значимость анализа становления, с одной стороны, и анализа произведения, и анализа формы, - с другой. Кассирер Э. Избранное. Опыт о человеке. М.: «Гардарика», 1998, с. 106.

лать, что возможно четкое разграничение становящегося и ставшего в методологии: в каждый момент она покоится, становится и предстает ставшей.

Указанные свойства методологии цивилистики проявляются замечательным образом применительно к праву тогда, когда само право полагается не как нечто неподвижное, а, кроме прочего, как становящееся. Именно поэтому одним из главных направлений любого гражданско-правового исследования выступает изучение *правовой политики* в отношении определенного правового явления. Проходя становление в праве, мы не только оттачиваем, проявляем фигурную правовую конструкцию, но также приходим к ставшему. Однако и здесь антиномия движение-покой дает о себе знать не только применительно к юридической методологии, но и в самом праве: цивилистическая методология обращается к ставшему в праве, вычерчивая смысловые составляющие. По отношению к ставшему методология дает инструментарий, ориентированный адекватной установкой – в ставшем следует изучать не правовую политику, а юридическую технику, то, что позволило оформить идеальное содержание таким, а не иным образом. Следовательно, методология должна иметь дело также с юридико-техническими приемами, которые суть идеальные построения, нормы оформления и про-явления права в жизнь. Из этого следует, что диалектическое отношение к методологии права с необходимостью предполагает диалектичность самой методологии цивилистики, а через это – понимание частного права как рационального смыслового построения, которое может быть понято как внешне, так и внутренне только диалектически.

Категории движения и покоя применимы к методологии не только внешне, но также проявляют себя внутри ее. Описанное выше восхождение по уровням методологии от приемов и способов через метод к подходу и обратно есть не что иное, как единство движения и покоя внутри методологии: отправляясь от одного уровня (покой), мы, переходя (движение) к другому (ставшее), обособляем отдельные понятия внутри самой методологии, при этом производим операции диалектического синтеза с помощью указанных категорий, при которых каждая отправная точка является конечным пунктом предыдущего движения, а каждая конечная – началом нового пути, то есть в становлении мы ведем *счет*. Движение и покой внутри методологии в приложении к частным проблемам цивилистики дает метод восхождения от абстрактного к конкретному,¹¹ а также обратный ему – восхождение от конкретного к абстрактному.¹²

¹¹ Казимирчук В.П. Право и методы его изучения. М.: Юридическая литература, 1965, с.76.

¹² Сырых В.М. Метод правовой науки (основные элементы, структура). М.: Юридическая литература, 1980, с.102.

Ведение *счета*, которое всегда сопутствует оперированию категориями движение – покой, ставит проблему противопоставления единого и множественного. Обращаясь к методологии права, обычно ее воспринимают не только как единое и ставшее, но также и как нечто однородное, целостное, нераздельное и непротиворечивое. Вместе с тем, даже указанные выше операции по восхождению внутри методологии от одного уровня к другому показывают, что методология не только едина, но также и раздельна. Здесь обнаруживается единство и противоречие двух других диалектических категорий, тождества и различия. Методология права, раз она позволяет себя использовать для получения в процессе исследования новых знаний, с необходимостью должна быть тождественной самой себе, иначе она исчезает в дурной бесконечности различий, аналогично тому, как это происходит при непрерывном становлении. Между тем, методология гражданского права требует различия: не говоря о том, что при отсутствии различия ее нельзя было бы ограничить как одно и отграничить от иного, методология с необходимостью требует различия в самой себе, разграничения по уровням, а внутри каждого уровня – по отдельным подходам, методам, приемам и способам. В отсутствие различия методология становится безликой, неразвитой, в конечном счете, она лишается своей методологической функции. Однако раздельность методологии не приводит к распаду ее на дискретные составляющие, иначе в множестве частных методов нельзя было бы различить общую методологию юриспруденции, в том числе цивилистическую методологию. Таким образом, через снятие противопоставления тождества и различия мы приходим к *целому* в методологии права. Категории тождества, различия, целого для целей практического применения находят свое выражение в системном методе, а на философском уровне - в общей теории систем.

Как уже указывалось выше, уровень подхода в юридической методологии предполагает наличие у любого исследования крепкой философской базы. В этом смысле современная методология отечественного частного права, как, впрочем, и общей теории права, обнажает одну из острейших проблем российской правовой системы.

Время рассвета советской юридической науки, среди прочего, характеризовалось наличием мощной методологической и философской основы. В соответствии со сложившейся тогда традицией, любое серьезное правовое исследование в пору советской действительности предваряло философское обоснование постановки определенной проблемы, сопровождавшееся доводами из марксистско-ленинской философии. С развенчанием прежних идеологических идеалов в общей теории государства и права, а затем и в отраслевых науках произошел отказ от основополагающих положений марк-

систско-ленинской философии, в том числе философии права. Попытки использовать в усеченном виде отдельные идеи философского учения, именовавшегося ранее диалектическим материализмом, привели к плачевным результатам, а стремление вести исследовательскую деятельность вне рамок определенной философской парадигмы, кроме очевидного самообмана, не дало ощутимого эффекта и лишь указывает на удручающие для истинного научного поиска последствия. Радость и вдохновение от открывшегося идеологического и мировоззренческого многообразия,¹³ наблюдавшегося не более десяти лет назад, сменились идейным нищенством и философской скудостью. Потеряв одно, мы истинно не приобрели другого.

Настало, наконец, время для отечественной юридической науки определиться с тем, какому философскому течению отдать предпочтение в качестве базисного в построении методологии российской юриспруденции. При этом частноправовая наука, как это не раз бывало, могла бы выступить инициатором и главной ведущей силой в подобном движении. Именно цивилистам наиболее близко идейно-рационалистическое понимание правовой действительности, что наряду с заметным развитием частного позитивного права и наличием сильной академической школы создает благоприятные предпосылки для культивирования в нашей стране проидеалистической концепции методологии частного права, а в более широком смысле – права вообще.

Описанные выше логические операции, совершаемые над методологией частноправовой доктрины, не есть упражнения в диалектической логике. Диалектическая стройность методологии цивилистики венчает собой проводимое здесь понимание права как образования идеального, смыслового. Поскольку право суть сфера идеального, а наиболее адекватным инструментом для обращения с идеей является диалектика, то и методология права должна быть методологией диалектической. Кроме того, в целях поддержания преимущества именно диалектике следует отдать приоритет в качестве базового начала цивилистической методологии. Таким образом, следует признать в качестве основополагающей философской системы юридической методологии философию диалектики.

¹³ Отказом от философского и методологического монизма, постулировавшегося в советское время, наша наука возвращается в лоно европейской гуманитарной традиции. Методологический плюрализм является одним из основополагающих принципов современной методологии частного права, отличающим ее от советской юридической науки, в которой «Методологическому плюрализму (догматическому, правнополитическому и историческому освещению правового материала), столь широко распространенному среди различных течений буржуазной цивилистики, противопоставляется строгое единство метода, до конца и монистически разрешающего все те вопросы, которые до того разрозненно и обособленно друг от друга тщетно пытались осветить различные течения буржуазной цивилистики.» – Аскназий С.А.

Несмотря на то, что прежняя материалистическая диалектика во многом дискредитировала себя, как в собственно философской составляющей (поскольку диалектика имеет дело с идеальными построениями, со смысловыми конструкциями, а не с «высшими проявлениями материи»), так и в практически ориентированном приложении к правовой действительности подобных философских установок с сопровождавшимся иногда недопониманием и догматизмом в мышлении, это не порочит собственно диалектическое миропонимание. Сегодня настало время для подлинной диалектики, диалектики идей, в терминах диалектического материализма – идеалистической диалектики.

Право, а тем более право цивилизное, есть *идеальное* образование, право суть область *идеи*. Право налично как смысловое содержание, все правовое предстает перед нами как смысл. Право в любом из его проявлений всегда выступает в виде определенной рациональной конструкции, в связи с чем определение римского права как *ratio scripta* представляется не столь метафоричным, как принято считать. Гипостазирование идеалистической основы методологии права, признание в качестве основополагающего [мета-подход] идеалистического подхода к праву предполагает рассмотрение права как идеального, смыслового образования в целом, не ограничиваясь выявлением отдельных, глубинных идей, конструирующих и лишь определяющих содержание правовой системы, как это нередко делается в литературе.¹⁴

Диалектика подразумевает взаимообусловленность статики и динамики идей, а потому в диалектическом синтезе возможно единение взаимоисключающих признаков того или иного понятия. Цивилистическая доктрина, по сути, всегда использовала элементарные диалектические приемы, зачастую не подозревая об этом: прояснение сущности того или иного правового феномена, определение понятия, обособление его от смежных понятий, поиск единства и дифференциации, а также многие другие традиционные методологические приемы цивилистического исследования есть не что иное, как диалектическое определение одного (единого, нечто, - постановка тезиса) с последующим противопоставлением иному (многому, ничто, - введение антитезиса). На этом зачастую диамат, точнее догматический советский диалектический материализм в юридической науке, останавливался, хотя далее с необходимостью следует синтез, постро-

Общие вопросы методологии гражданского права. В сб.: Ученые записки ЛГУ, серия юридических наук, вып. 1, Л., 1948, с.17

¹⁴ Так, С.С. Алексеев, несмотря на то, что постулирует тезис, в соответствии с которым право есть бытие разума, ограничивается выявлением лишь правовых идей, понимаемых как основополагающие, фундаментальные начала в праве. – Ср.: Алексеев С.С. Указ. соч., с.564-570 и с.289-290.

ение целого. Дальнейшее движение диалектической мысли выводит на рассмотрение правового явления в целом и по частям, общего и особенного (с проведением классификации), рассмотрение в статике и динамике (как равновесная, слабо устойчивая или неустойчивая система) и проч.

Признание в качестве принципиального методологического момента идеальности гражданского права задает исследователю вектор: любой правовой феномен, выступающий предметом исследования, содержит в *свернутом* виде его идею, осмысление которой, поиск предметного знания (знания по существу) суть само исследование. Соответственно, цивилистическая доктрина в динамике есть установление идеального содержания частного права, доктрина в статике *ad hoc* суть само это содержание *hoc et nunc*.

Закрепление на уровне доктринального подхода права как идеального содержания, как сферы *идеи*, наряду с прочим, приводит к определению права также как разумного, *рационального* образования (*ratio scripta*¹⁵). Из этого для уровня *метода* вытекает немаловажная практическая установка: исследование права должно проистекать из одной из главных методологических посылок: проведение анализа и правоприменение гражданско-правовых норм возможно лишь как рациональный процесс, что подразумевает поиск и нахождение баланса интересов индивида и общества.¹⁶ Иными словами, недопустимы правовые конструкции, которые нерациональны. Так, недопустима верификация гражданско-правовых построений, нерационально, неразумно ограничивающих возможности участников оборота. Более того, следует признать запрет на какое-либо ограничение в реализации гражданских прав, за исключением лишь случаев, если такое ограничение в качестве политико-правового обоснования имеет в виду защиту прав и интересов других лиц, субъектов частного права, но не государства.¹⁷

С позиций подобного подхода к определению сущности права можно прийти к заключению, что эволюция права, совершающаяся в процессе его исторического развития, есть проявление *разума* в мир, при этом право есть форма, объемлющая разум в

¹⁵ Покровский И.А. История римского права. – Вступит. статья, переводы с лат., научн. ред. и коммент. А.Д Рудокваса. – СПб.: Издательско-торговый дом «Летний Сад», Журнал «Нева», 1999, с.16-17.

¹⁶ Хвостов В.М. Система римского права. Учебник. – М.: Издательство «Спарк», 1996, с.30.

¹⁷ Проблема определения сущности государства как участника гражданско-правовых отношений имеет острейшую практическую ценность и ждет своего скорейшего решения в доктрине гражданского права. Этот вопрос наилучшим образом иллюстрирует неоднозначность понятия *методологической проблемы*: определение гражданско-правовой природы государства представляет собой методологическую сложность, как с точки зрения отсутствия подходящего, разработанного исследовательского инструментария, так и с точки зрения уникальности, известной новизны и неразработанности вопроса.

нашем хаотичном и зачастую неразумном обществе.¹⁸ Таким образом, познание, применение права, а также позитивное правотворчество всегда должно преследовать цели проявления, фиксации и развития рационального. Применение юридической методологии должно давать не умозрительное, а позитивное знание о *рациональном*.

Чтобы проявить рациональное в правовом материале (позитивном праве, правоприменительной деятельности, доктрине) юридическая методология должна развивать такие инструменты, которые позволяют отделить нерациональное от чистой идеи права. В этом смысле компаративистика, как с использованием синхронического, так и диахронического методов,¹⁹ составляет один из ведущих методов современной цивилистической доктрины.²⁰ Очевидно, что сравнительное правоведение, если оно придерживается функционального подхода,²¹ позволяет не только произвести постановку правовой проблемы и обозначить подходы к ее решению, но также создать рациональную правовую конструкцию, поскольку компаративное исследование дает ряд, набор правовых конструкций, допускающих выбор наиболее адекватной и эффективной формулы. Таким образом, критерием эффективности юридического исследования, а применительно к юридической методологии – эффективности исследовательской методики, выступает очевидное последствие, проявление рациональной юридической конструкции. В этом смысле пресловутая практическая ценность юридического исследования есть всего лишь одно из проявлений подобного критерия, который может находить свое выражение также в предложениях по совершенствованию позитивного права, даче толкования, построения четкого категориального аппарата и т.п.

Не стоит, однако, думать, что развиваемое здесь понимание методологии гражданского права есть переименованная на современный манер естественно-правовая кон-

¹⁸ Один из оригинальнейших представителей позднейшего иудейского неоплатонизма, Филон, выразил это наиболее удивительным образом в своем трактате «О свободе каждого добродетельного»: «Непогрешимый закон есть здравый разум, бессмертный, не исходящий ни от того, ни от иного смертного, начертанный не на бездушной бумаге или бездушных колоннах, но нетленной, бессмертной природой начертанный в бессмертном разуме» – Цит. по: Гуго Гроций О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. Перевод с латинского А.Л. Саккетти. М.: Научно-издательский центр «Ладомир», 1994, с.80.

¹⁹ Проблемы методологии и методики правоведения. М.: Мысль, 1974, с.115; Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т.т. – т.I. Основы: Пер. с нем. – М.: Международные отношения, 1998, с.8-98.

²⁰ MARY A. GLENDON, MICHAEL W. GORDON, CHRISTOPHER OSAKWE. COMPARATIVE LEGAL TRADITIONS. TEXTS, MATERIALS AND CASES ON THE CIVIL AND COMMON LAW TRADITIONS, WITH SPECIAL REFERENCE TO FRENCH, GERMAN, ENGLISH AND EUROPEAN LAW. 2nd ed. West Publishing Co., St.Paul., Minn., 1994 [American Casebook Series], p.9 *et seq.*

²¹ Рабель Э. Задачи и необходимость сравнительного правоведения. Перевод с немецкого под научной редакцией д.ю.н., проф. Б.М. Гонгало. – Екатеринбург: Российская школа частного права (Уральское отделение), 2000, с.16; Mary A. Glendon et. al., *supra* note 20 at 12.

цепция. При всем внешнем сходстве, которое, кажется, очевидно проявляется между развиваемым здесь пониманием цивилистической методологии и естественно-правовой концепцией, с ее стремлением к поиску истинно справедливых и рациональных норм, по существу здесь не так много общего. В отличие от естественно-правовой концепции, которая не более чем постулировала стремление к отысканию рациональных и логически завершенных правовых построений, проводимое здесь понимание цивилистической методологии выставляет в качестве одной из своих главнейших задач поиск и нахождение критериев, позволяющих измерять эффективность тех или иных правовых построений. Соответственно, в отличие от естественно-правовой концепции, во многом лишь созерцательно смотревшей на этот процесс и, словно, повторяющей, как заклинания, призывы к поиску рациональных правовых норм, современная методология права не просто взывает к этому, но и предлагает критерии, при помощи которых оценивалась бы эффективность, а через нее и рациональность тех или иных построений. В этом моменте развиваемое здесь содержание частноправовой исследовательской методологии сближает ее скорее с течением «право и экономика» [*Law & Economics*], которое, в известном смысле, является антиподом естественно-правовой концепции. Именно поэтому проблема эффективности²² правовых норм, а через нее и их рациональности, в методологии гражданского права приобретает первостепенное значение, как и в экономическом подходе.

В настоящее время назрела необходимость в новой постановке проблемы связи теории и практики. Необходимая связь теории и практики в методологии должна быть не завершающим пунктом добротного исследования, а, в первую очередь, основополагающим отправным моментом исследования. Доктрина должна существовать постольку, поскольку она отталкивается от проблем, поставленных практикой либо выявленных доктриной в практике. Существование доктрины оправдано, поскольку существует ее практическая значимость. Доктрина, отталкивающаяся от проблем, поставленных практикой, либо выявленных в практике, должна приводить к построению рациональных правовых конструкций. Доктринальное построение, далее, будет покрывать практическую проблему всего лишь как одно из проявлений смысла, излучаемого такой конструкцией. При этом доктрина, игнорирующая практику реализации права, ориен-

²² Проблема эффективности правовых норм (правовых построений) имеет богатую историю в зарубежной литературе, относящейся к «праву и экономике». See, e.g., Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960); Mark J. Roe, *Chaos and Evolution in Law and Economics*, 109 HARV. L. REV. 641 (1996); Eric A. Posner, *Law, Economics and Inefficient Norms*, 144 U. PA. L. REV. 1697 (1996); Simon Johnson

тирующаяся, к примеру, на анализ лишь позитивного права, безжизненна, поскольку она не учитывает связи разумного с действительным, не позволяет идеальному эффективно являться в действительном. Более тонкое и глубокое понимание проблемы предполагает также и другое ограничение: любое изучение определенного правового феномена должно быть не рассудочным анализом доктринальных построений, а *действительным исследованием* практических проблем, рассматриваемых в плоскости разумное – иррациональное.

Здесь же открывается еще один пункт, в котором происходит соприкосновение, но в то же время и некоторое размежевание идеалистической методологии гражданского права и бурно развивающегося в настоящее время течения, именуемого право и экономика,²³ которое получило распространение главным образом в американской юриспруденции.²⁴ Как и экономический анализ [*law & economics*], современная цивилистическая доктрина ориентирована на анализ практически значимых проблем, а не жонглирование отвлеченными понятиями, при этом критерием научной верификации и там, и здесь выступает антиномия «рационально - нерационально». В обоих случаях познание права осуществляется из самого себя, хотя оба направления приходят к этому с разных позиций. Несмотря на то, что при экономическом анализе материал для правового исследования берется в сфере, не только внешней по отношению к праву, но к правовому исследовательскому инструментарию, результат, к которому приводит такой подход, аналогичен тому, что достигается при познании права из самого себя. В обоих случаях происходит раскрытие права как идейного и, что самое важное, рационального содержания, происходит выявление логичных и эффективных правовых построений. Таким

and Andrei Shleifer, *Coase v. the Coasians*, MIT and Harvard University, NBER Working Paper No. W7447 (1999), also available on web-site: <http://papers.nber.org/papers/W7447> [03.09.01].

²³ Наиболее заметными представителями этого направления среди юридических школ выступают Чикаго, Колумбия, Йель и Гарвард. Для предварительного ознакомления можно указать хотя бы на следующую литературу вопроса: RONALD H. COASE, *THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW*, University of Chicago Press (1990); WILLIAM M. LANDES AND RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW*, Harvard Univ. Press, (1987); ROBERT COOTER AND THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS*, 3rd ed., Addison-Wesley Publishing (1999); RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, 5th ed., Aspen Publishers, Inc., (1998); Robert D. Cooter and Daniel L. Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, 27 J. ECON. LIT. 1067 (1989); William M. Landes and Richard A. Posner, *The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study*, 36 J. L. & ECON. 385 (1993); Alan Schwartz and Robert E. Scott, *The Political Economy of Private Legislatures*, 143 U. PA. L. REV. 595 (1995); Louis Kaplow and Steven Shavell, *Economic Analysis of Law*, NBER Working Paper no. W6960 (1999), available on web-site: <http://papers.nber.org/papers/W6960> [15.10.01]. See also: SYMPOSIUM "LAW, ECONOMICS AND NORMS", 144 U. PA. L. REV. 1643 (1996).

²⁴ При этом то обстоятельство, что указанное течение зарождалось и получило развитие в рамках системы Общего права, вовсе не лишает его значения и ценности для стран, традиционно относящихся к гражданским правовым порядкам – Cf., SYMPOSIUM "ECONOMIC ANALYSIS IN CIVIL LAW COUNTRIES: PAST, PRESENT, FUTURE", 11 INT'L REV. L. & ECON. 261 (1991); Ugo Mattei and Robert Padoleski, *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, 11 INT'L REV. L. & ECON. 265 (1991).

образом, различия между современной цивилистической методологией и экономическим анализом в праве сводится к различиям в средствах и исходному используемому материалу, но такие различия суть не субстанциональные, а скорее акциденционные.

Указанные соображения выводят на другую, не менее значимую установку современной методологии, а именно: право, будучи идеальным разумным образованием, должно быть познаваемо из самого себя, а не из чего-либо иного, внешнего по отношению к собственно праву. Подобная постановка вопроса является совершенно противоположной по отношению к марксистско - ленинской теории права, постулировавшей абсолютно обратный тезис, предполагавший познание права из материальных жизненных отношений.²⁵

Вместе с тем, не стоит впадать в другую крайность, предполагающую познание права из *общего* развития человеческого духа. Превознесение роли внешних факторов, причинных связей, жизненных предпосылок не приводит к прояснению сущности собственно права, а лишь затемняет его природу. Сведение права к каким-либо внешне положенным по отношению к нему понятиям²⁶ не есть сфера высокой теории права, хотя в некоторых случаях это допустимо в решении каких-либо частных или прикладных вопросов, что и происходит в случае с «правом и экономикой». Так, осмысление внешних факторов, событий чрезвычайно эффективно в истории права, социологии права, юридической антропологии и этнологии. В цивилистической доктрине анализ развития определенного правового феномена позволяет увидеть многоликость права, обусловленность про-явления права в мире наличными жизненными обстоятельствами. Вместе с тем, при выявлении идеально-типической правовой конструкции любой исследователь отрешается от исходного фактологического материала и переходит в сферу идеального, где творит Разум. Те или иные фактические данности, с которыми имеет дело юридическая доктрина, есть всего лишь исходный момент в движении мысли, все его назначение сводится к тому, чтобы быть *функциональным*, но не *сущностным*. Сущностное

²⁵ Маркс К. К критике политической экономии. М.: Государственное издательство политической литературы, 1952, с.7; Аскназий С.А. Указ. соч., с.23, он же Некоторые вопросы методологии советского гражданского права // Советское государство и право 1940 № 8-9, с.81.

²⁶ Редукционизм правопонимания, осознания сущности права к каким-либо внешним моментам составляет отличительную черту советской доктрины права в целом и методологии юриспруденции в частности. Так, С.А. Аскназий указывал, что задачей правовых наук является понять все правовые институты определенного исторического периода, как необходимо связанные и вытекающие из материальных условий жизни данной социально-экономической формации и из тех задач и целей, которые господствующий класс на данном историческом этапе выдвигает. - Аскназий С.А. Общие вопросы методологии гражданского права с.14. В этом современная методология также кардинально отличается от советской юридической науки, поскольку допускает не только методологический плюрализм, но и понимание права из самого себя.

выводится из самого права, пройдя тернистый путь борьбы и множества компромиссов. Жизненные обстоятельства, в том числе экономическая составляющая, таким образом, есть *иное* по отношению к собственно праву, то, что всегда ограничивает и формирует наличное право, при этом история развития права представляет собой постоянную борьбу двух взаимоисключающих тенденций: с одной стороны, на снятие внешних, формальных ограничений, налагаемых фактическим порядком, и на все большее закабаление права жизненными ограничениями.

Очевидно, что даже беглый взгляд на эволюцию теории права позволяет прийти к заключению, что в результате борьбы правового, идеального и жизненного право все больше и больше приходит в мир. Иначе говоря, эволюция в праве есть постоянное отодвигание границы²⁷ потенциала права, вовлечение в его сферу жизненного, или наоборот: все большее вбирание в себя правового жизненным.

Пройдя отрицание жизненного, внешнего, по отношению к собственно праву, диалектический подход, составляющий основу юридической методологии, с необходимостью требует противопоставления, то есть принятия жизненного и выявления его в сущностном. Очевидно, что воспарив на уровень понимания права как идеального образования, недальновидно ожидать выявления жизненного, фактического в праве путем тривиального анализа жизненных обстоятельств, в том числе изучения уровня развития материального производства или средств производства.

Доктрина гражданского права уже давно овладела методикой выявления жизненного в идеальном праве при помощи установления *ratio legis* той или иной правовой конструкции. Доктрина права традиционно устремлена на поиск идеальных, вневременных юридических построений, что достигается, в том числе, при помощи определения *ratio legis*. В ходе осмысления *самое - само* в правовой конструкции мы мысленно пробегаем по истории появления, развития, становления такой конструкции, анализируя попутно фактические обстоятельства, сопутствовавшие указанному развитию, в том числе *occasio legis*, а также различные модификации и модальности рассматриваемого юридического построения, и тем самым производим логический синтез фактического и идеального. Кроме того, поиск и развертывание *ratio legis*²⁸ есть также перевод

²⁷ Ж.-Ф. Лиотар чрезвычайно оригинально, остроумно и тонко рассматривает аналогичный процесс на примере состояния современного языка как универсальное движение для любых семантических сфер. – см. подробнее: Лиотар Ж.-Ф. Состояние постмодерна / Пер. с фр. Н.А. Шматко. М.: Институт экспериментальной социологии; СПб.: «Алетейя», 1998 (серия “Gallicinium”), с. 50.

²⁸ Г.Ф. Пухта полагал, что даже толкование, интерпретация правовых текстов [*interpretatio*] составляет открытие и разъяснение разума закона: «... римляне же употребляют выражение "уяснять разум закона" для обозначения всей деятельности юриста, противопоставляемой существующему положительному праву,

смыслового содержания из области чистой, незамутненной внешними обстоятельствами, идеи на рассудочный язык, приближение к жизненному, выхватывание фрагмента из вневременного и внепространственного с приспособлением к наличному. Хотя поиск *ratio legis* есть также один из функциональных моментов методологии права, он приводит к определению *сущности*, понимание *ratio legis* приближает нас к разумному, вводит в сферу действительного права.

Культивирование идеалистического понимания права в рамках цивилистической доктрины не должно приводить к формированию нерасчлененного, слитого представления о праве и, соответственно, о его методологической основе. Право, будучи идеей, чем-то одним, единым, целым, должно быть противопоставлено иному, раздельному, а также своим частям. Подходы к синтезированию одного и иного были уже проиллюстрированы выше на примере становления права в истории. Однако право, кроме того, что оно есть снятие антиномии одного и иного, является единым и раздельным, целым, состоящим из частей.

Право в объективно-правовом смысле есть система правовых норм. В обычной, повседневной жизни право предстает перед нами в виде отдельных норм, предписаний, воздействующих на поведение,²⁹ не фрагментарно, но и не всем массивом позитивного права. Методология права не может ограничиться описанием элементарной составляющей права, нормы права, иначе между методологией права и собственно правом в различных его проявлениях исчезнут различия. Принимая во внимание, что право в методологическом смысле есть средоточие идеи, суть идеальный феномен, элементарной частью, с которой имеет дело доктрина, обращаясь к исследованию права, выступает правовая конструкция. При этом понятие правовой конструкции охватывает как отдельную норму права, так и правовые принципы, так называемые нормы – дефиниции и иные нетипичные для позитивного права юридические построения, дискуссия об определении природы которых не завершена до настоящего времени.³⁰ Правовая конструкция представляет собой базисное юридическое построение в праве вообще.³¹ Правовая конструкция составляет элементарную часть системы права. Правовая конструкция, как

- деятельности не только заимствующей [*receptio*], ведущей к разумению, и производительной, дополняющей и изменяющей действующее право.» - Пухта Г.Ф. Курс Римского Гражданского Права. Пер. проф. Рудорфа. М., 1874, том I, с.46.

²⁹ Кудрявцев В.Н. Право и поведение. М.: Юридическая литература, 1978, с.12 сл.; он же Правовое поведение: норма и патология. М.: Наука, 1982, с.17 сл.; Протасов В.Н. Что и как регулирует право. М.: «Юристъ», 1995, с.22 сл.

³⁰ См. например, Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Серия «Мир культуры, истории и философии». – СПб.: Издательство «Лань», 2000, с.262 сл.

любая иная идея, разумна и вневременна, идеальна и витальна. Примечательно, что как юристам - практикам, так и теоретикам от юриспруденции известно трепетное, душевное отношение к отдельным правовым конструкциям, воспринимаемым, словно живые существа, имеющим свой неповторимый характер и особую настроенность.³²

Одну из отличительных методологических особенностей теории гражданского права составляет то, что цивилистическая доктрина не есть поле аналитической юриспруденции в чистом виде. Конечно, отдельные определения, классификации важны для целей конструирования догмы права, но еще более важны «чистые конструкции», освобожденные от наслоений фактической неразумности. Проявление конструкции, идеального образования – высшая цель доктрины, а потому дефиниции, классификации и систематизации инструментальны. Доктрина гражданского права суть наука по каталогизации правовых конструкций, идеальных построений. Вместе с тем, мир не терпит пустоты, а потому доктрина призвана не только каталогизировать идеальные построения, но и закрывать лакуны, возникающие в фактическом правопорядке, следовательно, доктрина, если она обладает эффективной методологией, достраивает право, предлагая новые правовые конструкции. Как очевидно, право есть не только системное образование, раздельное целое, но также и самовоспроизводящее в наличных жизненных обстоятельствах образование.

Проблема «самовоспроизводства» идеального содержания права представляет один из удивительнейших вопросов юридической методологии. Диалектика отрицания отрицания, прослеживаемая в различных моментах методологии права, проявляется еще в большей мере в развитии собственно права, поскольку история права представляет собой непрерывную борьбу, бегство от наличных форм, становление, утверждение ставшего, его фиксацию и поиск нового. Право как идеи суть саморазвертывающиеся идеальности: из одного, на одном, в одно (при этом всегда в окружении иного). Учитывая, что эволюция права являет собой все большее развертывание Разума в мире, частное право может быть представлено в виде вертикального выворачивающегося из себя цилиндра, а в идеале – самовыворачивающегося шара. Символизм этого сравнения понятен: эволюция права в каждый отдельный момент есть все большее явление идеального в мир, прогрессирование рационального, базирующегося на уходящем в прошлое

³¹ В.М. Хвостов определял юридическую конструкцию совершенно отличным образом как одну из операций, производимых доктриной – см.: Хвостов В.М. Указ. соч., с.48.

³² Замечательным образом описывает это отношение Савиньи применительно к римскому праву: «Эти юридические понятия были для римских юристов настоящими существами; с природой и генеалогией

смысловом содержании, при этом каждый момент продвижения вперед увязан уходом в прошлое нерационального, бессмысленного.

Эволюция права, в том числе доктрины права, наряду с вопросами «воспроизводства» затрагивает также проблему временного фактора в методологии права. Феномен времени составляет одну из сложнейших проблем не только в юридической доктрине, но также и в общеправовой теории познания.³³ В доктрине гражданского права юридическая методология постоянно занята поиском адекватного инструментария, эффективного для целей проявления рационального смыслового содержания в праве, при этом однажды ухватившись за рациональную конструкцию, доктрина не только развивает идею (точнее, ее проявление), но также и *фиксирует* известное смысловое содержание, тем самым, сковывая развитие права. Таким образом, прогрессивное в праве сегодня - завтра превращается в тормоз развития, а потому юриспруденция не должна слишком упорно держаться за те или иные построения, ей следует постоянно пребывать в поиске и не отвергать новое.

Диалектика права суть диалектика идей, а потому развитие права есть развитие идей, проходящее в рамках традиционного диалектического категориального аппарата, использование которого составляет важнейшую черту современной цивилистической доктрины. Рассмотрение определенного гражданско-правового феномена с диалектических позиций не есть следование очередной методологической схеме, а позволяет понять и ограничить идею такого феномена,³⁴ и что, быть может, более важно, составить известный прогноз³⁵ в отношении его будущего.

этих существ юристы были хорошо знакомы, благодаря долговременному интимному общению с ними» - Savigny, Vom Beruf, 2-е изд., с.29 (Цит. по: Хвостов В.М. Указ. соч., с.50).

³³ Как указывается в литературе, «В гуманитарные науки время входит в единстве с историческим подходом. Проблема воссоздания прошлого (истории) преломляется в *проблеме презентизма – антикваризма*. (Курсив мой – Д.С.) В гуманитарном знании – вот где ярко выражено отличие прошлого, настоящего и будущего друг от друга. Метод актуализма (презентизма) мало что дает в гуманитарной сфере. Прошлое отлично от настоящего. С другой стороны, антикваризм тоже ведет к неточному знанию, ибо он разрывает прошлое и настоящее. Они разные, но, видимо, между ними нет пропасти, они едины.» – Казарян В.П., Люблинская Л.Н. Системное представление феномена времени. Анализ психологических и культурологических моделей. В кн.: Системные исследования. Методологические проблемы. Ежегодник 1992-1994. М.: «Эдиториал УРСС», 1996, с.347.

³⁴ Блестящим примером практического приложения диалектической методологии является недавно изданный фундаментальный труд, посвященный генезису и становлению института акционерного общества и юридического лица – см.: Функ Я.И., Михальченко В.А., Хвалей В.В. Акционерное общество: история и теория (Диалектика свободы) Минск: «Амалфея», 1999; В этом же направлении следует в нынешних работах С.С. Алексеев, со свойственным ему в последнее время мистическим идеализмом – см., например: Алексеев С.С. Указ. соч., с.146, 351-352, с.667сл.

³⁵ О прогностической функции права см.: Козюбра Н.И. Юридическая наука и перспективное прогнозирование. В сб.: Методологические проблемы юридической науки. Киев: «Наукова думка», 1990, с.55-69; Гаврилов О.А. Теоретические и методологические проблемы юридического прогнозирования. В сб.: Теория права: новые идеи. М.: ИГП РАН, 1993, с.23-36.

Прогнозирование в доктрине права представляет собой удивительный пример отражения на более высоком уровне отрицания *иного* и утверждения *сущностного*. Отходя от внешне положенных по отношению к идее права моментов, утверждая чистое бытие права, в прогнозировании эволюции известного правового феномена, правовой конструкции мы приходим к наполнению внешними элементами на будущее такой конструкции (любое рассмотрение на оси прошлое – настоящее – будущее уже суть внешне, поскольку идеи не живут в подобной системе координат, они вневременны, к ним понятие времени не применимо, поскольку они могут соотноситься лишь с категорией вечности). Таким образом, в поисках сущностного, отвергая функциональное, обнаруживается новое функциональное, хотя и на более высоком уровне.

Вместе с тем, прогнозирование в праве всегда оставляет впечатление чего-то робкого: на фоне утверждения чистых правовых конструкций, идеи права, любой прогноз выглядит очень неуверенно, функциональность здесь застенчива и немногословна. Иное дело метод функционального анализа (в узком смысле слова), так редко используемый в современной юриспруденции, тем более в частноправовой доктрине. Несмотря на то, что в советской литературе было немало написано о кибернетических методах изучения права, до сегодняшнего дня так и не появилось ни одного серьезного частноправового исследования, построенного на основе собственно функционального метода.³⁶

Частноправовая доктрина упорно не желает замечать того факта, что во многих институтах право выступает как некий алгоритм, механизм, требующий своего выделения, обособления и отладки. Отлаженный механизм становится самовоспроизводящим, самоисправляющимся и самоконструирующим (самоподдерживающим) образованием. Исходя из этого следует серьезно развивать метод функционального анализа, поскольку многие правовые построения (например, в области корпоративного, договорного права) могут быть описаны как функции (с аналогами независимой и зависимой переменной), а потому возможен правотворческий процесс в виде задания известной переменной и получение прогнозируемого результата – рациональной правовой нормы.

Как уже не раз указывалось выше, право в реальной действительности выступает в виде снятого противоречия идеального и иного, в противопоставлении *эйдоса* и

³⁶ Исключение составляют опять-таки труды зарубежных представителей течения «право и экономика», особенно его экономико-математической части, например, Бебчака, Ро, «могучей четверки». *See, e.g.,* Lucian Arye Bebchuk and Mark J. Roe, *A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance*, 52 STAN. L. REV. 127 (1999); Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert W.

меона, в виде *эйдол*. В этой связи, пожалуй, главнейшую проблему юридической методологии представляет вопрос о соотношении *эйдол* права на различных *предметных* уровнях юридической методологии. В литературе отмечалось, что предметом методологии права выступают методы права,³⁷ при этом различаются методы познания и методы практической реализации права.³⁸ Принимая во внимание рамки настоящей работы, в начале уже было проведено ограничение предмета рассмотрения лишь методологией познания права, при этом была проведена «вертикальная» градация уровней познания, различаемых в юридической методологии. Наряду с этим возможно также проведение «горизонтального», предметного разграничения методологии по сферам, к познанию которых преимущественно применимы те или иные составляющие методологии. В этом смысле возможно проведение предметного разграничения уровней методологии на сферы доктрины, позитивного права и фактического правопорядка. Несмотря на то, что границы между указанными сферами зачастую условны, юридической наукой традиционно поддерживается подобное деление, именно поэтому здесь отсутствует необходимость в его детальном обсуждении.

Главнейшую методологическую, философскую, мировоззренческую, наконец, проблему в доктрине права представляет вопрос о соотношении смысловых построений, полученных при применении методологического инструментария юриспруденции на разнопорядковых уровнях. Обычно основной вопрос, возникающий в подобных ситуациях, сводится к возможности верификации правовых построений, рассматриваемых применительно к одной предметной сфере методологии, смысловыми конструкциями, полученными в рамках других сфер. В упрощенном виде эта проблема может быть проиллюстрирована дискуссией о том, возможно ли опровержение правовых построений, производимых в рамках доктрины, конструкциями, полученными на практике, либо наоборот. То же самое относится и к правовым образованиям, анализируемым в рамках позитивного права.³⁹ Вопрос этот при кажущейся простоте и элементарности составляет глубинную философскую проблему, ждущую своего решения не только в доктрине права, но и в гносеологической теории вообще. Более того, указанная проблема имеет выход на сферу аксиологии.

Vishny, *Law and Finance*, NBER Working Paper no. 5661 (1996), also available on web-site: <http://papers.nber.org/papers/W5661> [10.06.01].

³⁷ Р. Лукич Указ. соч., с.25.

³⁸ Там же.

³⁹ Так, еще Л.И. Петражицкий указывал на то, что теория права страдает смешением теоретической точки зрения с практической–догматической – см.: Петражицкий Л.И. Указ. соч., с.369; см. также: Лукич Р. Указ. соч., с.25.

Вообще, постановка таких «простых», очевидных, на первый взгляд, вопросов, составляет одну из основных черт, характеризующих современное развитие методологии права. Как показывает жизнь, постановка либо постановка вновь простых, элементарных вопросов, анализ понятий, принимаемых *a priori*, не получает удовлетворительного ответа или приводит к совершенно непредсказуемым последствиям в решении прикладных задач, в зависимости от того, какой позиции будут отдано предпочтение. Поэтому доктрина, прежде чем уходить в хитросплетения частных, прикладных вопросов, должна ставить снова и снова основные, глубинные вопросы, сотрясающие догму права до ее основания, но при этом не выходя за рамки предметного поля юриспруденции, частного права, и не пускаясь в туманные метафизические дали.

Предлагаемое здесь методологическое понимание правовой действительности, рационально-диалектический подход, приводит к смещению акцентов в извечной проблеме соотношения сущего и должного в праве. Если традиционно в советской юридической науке эта антиномия рассматривалась как противостояние фактически наличного права с правом, как оно закреплено в нормативных правовых актах (иных источниках), либо на более высоком уровне как противостояние наличного позитивного права и представлений о лучшем правоустройстве и правопорядке, то в развиваемом подходе это противоречие приобретает вид двух диалектически связанных противоположностей. С одной стороны, наличное право выступает во всех его проявлениях, включая позитивное право, правоприменительную практику, правосознание и доктрину, а с другой – право как вневременная и трансграничная сущность, абсолютное бытие, то, что постепенно осуществляется в истории.⁴⁰ При этом первое немислимо без второго, а второе есть постольку, поскольку существует первое. Таким образом, познание, осмысление и развитие права есть про-явление мирового разума.

Право, а для целей практического гражданско-правового исследования отдельная правовая конструкция, может быть проявлено там, тогда и постольку, где, когда и поскольку есть соответствующие условия для объективирования, наполнения жизнью соответствующей части такого вселенского рационального образования. Процесс выявления «чистых» правовых построений есть в равной мере субъективная деятельность, поскольку он возможен при посредстве ученых, правотворцев и правоприменителей в конкретных исторических условиях, но он также объективен, так как в данном случае идет не отражение фактических обстоятельств на языке нормативного акта или иного

⁴⁰ Новгородцев П.И. Об общественном идеале. М.: Издательство «Пресса». Вопросы философии. 1991, с.91, 583-584.

источника права, а схватывание, кристаллизация *смысла*. Иначе говоря, *elegantia juris* достигается не только тем, что жизнь подсказывает то или иное решение вопроса, либо на правотворца, судью, ученого снизошло озарение, но в не меньшей, а, возможно, в наибольшей степени тем, что при наличии определенной настроенности и движения в сторону установления рациональных построений право само начинает открывать, подсказывать некоторые решения, являясь в мир.

С позиций развиваемого здесь подхода основная цель развития, усовершенствования наличного права юристами видится в высказывании права в жизни, причем такое высказывание совершается именно через наши уста.⁴¹ Право может быть увидено только духовно, и, будучи схвачено однажды, подвигает к тому, чтобы явить его в мир.⁴²

Противопоставление сущего и должного в доктрине гражданского права традиционно рассматривается применительно к отдельным конструкциям в виде соотношения *lex lata et lex ferenda*. Однако указанная антиномия предполагает проведение критики позитивного права, ограничиваясь лишь одним предметным уровнем, и только рассмотрение *de lege ferenda* может выходить на иные предметные сферы. Вместе с тем, антиномичность⁴³ различных пластов правовой действительности намного тоньше. Противоположности проявляются в многозначности, многоуровневости, многоаспектности анализа:⁴⁴ это противопоставление позитивного и идеального (нередко сводимого к *jus naturale*) в праве, сущего и должного. Кроме того, в дореволюционной отечественной литературе применительно к критике источников права выделялась критика высшего и низшего порядка.⁴⁵ При этом если первые два подразделения направлены на критику самих правовых конструкций, идеального содержания правовых норм, то по-

⁴¹ Не стоит, однако, увлекаясь постмодернистскими идеями, доходить до крайностей, признавая за сообществом интерпретаторов (в широком смысле слова, включая юристов) эксклюзивное право на производство смысла в современное время. – Cf., Susanne Last Stone, *The Emerge of Jewish Law in Postmodernist Legal Theory*. Available on web-site: <http://law.harvard.edu/> [11.06.98].

⁴² Право именно *высказывается* в мир, а не оговаривается в множестве словесных интерпретаций, хотя поиск «второго дна» традиционно свойственен юриспруденции, особенно ее доктринальной составляющей. О стремлении к комментированию см.: Фуко М. Рождение клиники. М.: «Смысл», 1998, с.17.

⁴³ О проблеме противопоставления и взаимной обусловленности, соотнесенности антиномий см. интересное исследование: Jack M. Balkin, *Deconstructive Practice and Legal Theory*. Available on web-site: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles> [07.09.2000].

⁴⁴ Столкновение смысловых институций не ограничивается лишь критикой, монологической «стрельбой по мишеням». Анализ в гражданско-правовой доктрине, еще уже - в методологической среде, суть смысловой спор, предполагающий выпадение из плана, референции. «Спорящие всегда оказываются в разных планах. Критиковать – значит просто констатировать, что старый концепт, погруженный в новую среду, исчезает, теряет свои составляющие или же приобретает другие, которые его преобразуют.» - Делез Ж., Гваттари Ф. Указ. соч., с.41.

⁴⁵ Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб.: Издательство «Лань», 1998, с.135; Хвостов В.М. Указ. соч. с.39; Васильковский Е.Н. Цивилистическая методология. Часть I. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, «Экономическая» типография, 1901, с.1-17, он же Руководство к толкованию и применению законов. По изданию 1913г. М.: Юридическое бюро «Городец», 1997, с.13.

следнее ориентировано на установление факта позитивного существования нормы, ее действительности, по большей части ее формы, нормативной статичности и определенности. Разграничение различных аспектов критики имеет огромное методологическое значение, поскольку позволяет вести научную дискуссию в рамках одного поля, а вместе с разграничением предметных уровней методологии позволяет также избегать или сократить число коммуникационных разрывов и смешения различных исследовательских парадигм.

Проблема выявления «чистых» правовых конструкций в доктрине гражданского права неразрывно связана также с двумя группами проблем, которые обычно принято обходить молчанием. Вопросы соотношения позитивного знания и оценки, с одной стороны, и соотношения знания и веры - с другой, ждут своего обсуждения и скорейшего решения. Здесь важно обозначить лишь некоторые моменты к постановке проблемы.

В пылу научных дискуссий, посвящаемых тем или иным прикладным вопросам, соотношение знания и веры не принято обсуждать, поскольку принцип научности, последовательно проводимый доктриной права, предполагает установление предметного знания, выявляемого, доказываемого и развиваемого логически. При этом принято считать, что знание, полученное в результате логических изысканий, а тем более прошедших апробацию в ходе длительных научных дискуссий, лишено каких-либо элементов веры, не содержит мифических включений. Подобное убеждение, по существу является ни чем иным, как мифологемой, в силу этого ни требующей доказательства, ни поддающейся опровержению.

Также ошибочно было бы полагать, что миф господствует лишь в тех областях доктрины, где не появлялся луч света пытливого ума.⁴⁶ Бóльшая напряженность мысли отнюдь не вытесняет мифологическое мышление,⁴⁷ а потому доктринальное правовое построение всегда наполнено в большей или меньшей мере мифом, при этом принятие или обоснование определенной идеи в юридической доктрине является ничем иным как принятием идеи на веру. Более того, мифами проникнута не только доктринальная со-

⁴⁶ Один из крупнейших исследователей философии мифа, Э. Кассирер писал: «Рациональность – черта действительно внутренне присущая всем видам человеческой деятельности. Даже мифология – не просто необработанная масса суеверий или нагромождение заблуждений; ее нельзя назвать просто хаотичной, ибо она обладает систематизированной и концептуальной формой.» - Кассирер Э. Указ. соч., с.472.

⁴⁷ В современной науке антиномия идеи и мифа рассматривается в более общем виде как особенность речи, выражающаяся, к примеру, по Барту, в противопоставлении языкового объекта [*language object*] и метаязыка [*metalanguage*] (Pierre Schlag, *The Empty Circles of Liberal Justification*, 96 MICH. L. REV. 1 (1997). Also available on web-site: <http://stripe.colorado.edu/~schlag/> [09.11.2000]) или противопоставлении присутствующего и отсутствующего у Дериды (See, Jack M. Balkin, Op. cit., part III).

ставляющая права, но в еще большей степени позитивное право и фактический правопорядок, причем с развитием цивилизации мифология не искореняется, а лишь модифицируется и трансформируется в новые формы, что вполне очевидно, поскольку «...мифы дают *фундаментальное (курсив мой – Д.С.)* объяснение создания вселенной, рождения жизни в обществе и определяют основные правила, регулирующие эту жизнь». ⁴⁸ Осознание мифологичности знания в юридической методологии преследует лишь цель искоренения или хотя бы ослабления консерватизма и догматизма в мышлении юристов, особенно научных деятелей. Любому исследователю прекрасно известна ситуация, когда по определенным, ключевым проблемам доктрины складывается в результате многолетней, нередко многовековой дискуссии ряд противоположных точек зрения, в равной степени доказуемых и опровержимых. При этом дальнейшее развитие одной точки зрения и опровержение другой не добавляет по существу ничего ни первой, ни отнимает у второй. Иными словами, научные дискуссии, особенно самые пылкие, есть не что иное, как борьба мифологических систем, а потому нередко утверждение одной позиции есть превалирование отдельного мифа над другими, не актуальными в настоящее время, поскольку миф есть чудо. ⁴⁹

Другая, не менее щепетильная область методологии, связана с вопросом соотношения позитивного знания и оценки. Обоснование допустимости оценки, или оценочного знания, не нуждается, вероятно, в отдельном обсуждении, поскольку во многом оно сходно с проблемой соотношения знания и веры, знания и мифа. Вместе с тем, методология права с необходимостью должна включать в себя оценочный элемент, поскольку знание без оценки, «бегство от оценки», ⁵⁰ отнюдь не равнозначно истинному знанию. Одно предметное знание приводит доктрину к схематизму, к набору безжизненных теорий и постулатов, напротив, преобладание оценки вызывает наполнение доктрины чем-то внешним, по отношению к идеи, к праву как идеальному содержанию. В частном праве, постоянно имеющем дело с определенными ценностями, где издревле право стремится реализовать несбыточную мечту о равновесии различных ценностей, индивидуальных и групповых, моральных и имущественно-экономических и проч., вопрос о ценностной составляющей не получил до настоящего времени серьезного осве-

⁴⁸ Рулан Н. Юридическая антропология. Учебник для вузов. Перевод с франц. Ответственный редактор – член. - корр. РАН, доктор юридических наук, профессор В.С. Нерсисянц. М.: Издательство НОРМА, 1999, с.56. Примеры мифологии приводятся Н. Руланом применительно к различным сферам правовой действительности – см.: Указ. соч., с.57-58, 202, 247, 285-286.

⁴⁹ Лосев А.Ф. Миф – Число – Сущность / Сост. А.А. Тахо-Годи; Общ. ред. А.А. Тахо-Годи и И.И. Маханькова. М.: «Мысль», с.1994, с.151.

щения. Предметное разграничение юридической методологии подталкивает исследователя к оценке значимости, ценности той или иной сферы юриспруденции, расставлению приоритетов. Словом, учет ценностного элемента в методологии права является не менее значимым, чем выбор собственно методики исследования, а потому учет ценностного, аксиологического элемента должен всегда отличать серьезное цивилистическое исследование, а миф и оценка являются необходимым атрибутом земного права, без которых право не может проявиться нам.

В завершение следует заметить, что многие соображения, приведенные выше, являются лишь промежуточным этапом, наблюдаемым в истории современной доктрины отечественного частного права, призванным вернуть российскую юриспруденцию в сферу референции европейской мысли. При этом главнейшая задача современной методологии права видится в осмыслении и преломлении в рамках юридической доктрины огромного запаса знаний, накопленных современной философской мыслью, работающей в эпоху, наступившую по окончании постмодернизма. Именно использование знаний, полученных философами – постмодернистами, является ближайшей и наиболее значимой задачей цивилистической доктрины и ее методологии, требующей своей актуализации.

⁵⁰ Вебер М. Избранное. Образ общества: Пер. с нем. – М.: Юрист, 1994, с.7-9; см. также: Виндельбанд В. Избранное: Дух и история. Пер. с нем. – М.: Юрист, 1995, с.43.