



# ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА, ЮРИДИЧЕСКАЯ ПСИХОЛОГИЯ, ПЕДАГОГИКА, ФИЛОСОФИЯ

УДК 34(37)091

*А.Ф. Вишнеvский, доктор исторических наук, профессор права, заслуженный работник образования Республики Беларусь, профессор кафедры теории и истории государства и права Академии МВД Республики Беларусь*

## ЮРИСПРУДЕНЦИЯ НОВОГО ВРЕМЕНИ: ОСОБЕННОСТИ СТАНОВЛЕНИЯ И РАЗВИТИЯ

*Анализируются основные черты юриспруденции Нового и новейшего времени. Показана сущность юридического мировоззрения, его отличие от теологических воззрений на право. Приведена характеристика концепции естественного права, исторической школы права, юридического позитивизма, нормативной теории права, социологической теории и теории возрожденного естественного права.*

*Ключевые слова: Возрождение, Реформация, буржуазные революции, юридическое мировоззрение, парадигма, теория и методология юриспруденции, естественное право, нормативизм.*

Переход от средневековья к Новому времени берет начало в XV–XVI вв., т. е. в эпоху Возрождения и Реформации. В этот период начинается переворот в экономике, ориентирующейся на капиталистическое предпринимательство, и в политико-правовом сознании. По мнению исследователей, применительно к общественной сфере, непосредственно связанной с политикой и государством, Новое время исчисляется обычно от английской и французской революций XVII–XVIII вв., от рубежа истории, когда идет процесс становления современного государства: утверждение свободного предпринимательства, демократии, законности, теории правовой государственности.

В результате научно-технической, информационной, демографической и т. п. революций Новейшее время (XX в.) ознаменовано крупными переменами в экономической и социальной жизни, в частности в политико-государственной сфере благодаря развитию демократических институтов.

Что касается истории права в Новое и Новейшее время, то она не содержит каких-либо четких внутренних хронологических рубежей, право развивалось более плавно и эволюционно, в меньшей степени испытывая на себе последствия политических катаклизмов. Поэтому присущая праву преемственность делает нецелесообразным рассмотрение его отдельно по двум самостоятельным периодам.

Анализ научной литературы позволяет выделить черты, характеризующие юриспруденцию Нового и Новейшего времени: рационализм (стремление превратить юриспруденцию в точную науку, оценивать ее явления на основе здравого смысла, выводя государство и право из разума и опыта, а не теологии); историзм (сравнительный подход к правовым явлениям, изучение их конкретных причин, тенденций развития); реализм (поиск естественных причин возникновения и функционирования государственности и права; выражение последним реальных интересов человека); гуманизм (ориентация на человека, его права и свободы; антропологические критерии для оценки сущности государства и права); прагматизм (включение в лозунги буржуазных революций пользы, выгоды, общего блага). Этот признак формировался в условиях складывающегося в мире конституционализма. В рамках исторических юридических актов «правовые идеи становятся правосознанием, правосудием, институтами власти различных борющихся сил» [1, с. 289–290].

Указанные черты юриспруденции, по сути, сфокусированы в ее новой парадигме – юридическом мировоззрении (базируется на идеях справедливости, свободы, равенства, братства,

представленных в тех или иных вариантах концепция естественного права). По выражению В.С. Нерсисянца, «юриспруденция Нового времени... ориентирована на принципы и ценности нового, антитеологического и антифеодального юридического мировоззрения» [2, с. 98]. С точки зрения просветителей, законы только тогда смогут быть двигателем общественного прогресса, когда они будут отражать требования и принципы естественного права, обусловленные природой человека. Закрепление, пишет В.А. Туманов, того, что понималось под принципами естественного права в революционных декларациях о независимости, правах и свободах, создание писаных конституций, кодификации законодательства – все это способствовало представлениям о праве как первооснове общества [3, с. 12].

Товарно-денежные отношения, пришедшие на смену феодальному натуральному хозяйству и ставшие господствующими, объективно отвергали прямое вмешательство государства в экономическую жизнь и требовали их четкой правовой регламентации. Благодаря развитию юридической техники в Средние века в Новое время право стало «гораздо более точным инструментом управления общественным развитием через законодательство и контроль юридической практики» [4, с. 208], т. е. право стало выступать основным институтом защиты собственности и развития предпринимательской деятельности. Теоретик права Е.Б. Пашуканис в 20-е гг. прошлого столетия писал: «В буржуазном обществе правовая форма приобретает универсальное значение, юридическая идеология становится идеологией по преимуществу» [5, с. 41]. В основе юридического мировоззрения лежали рационалистические концепции естественного права и общественного договора (договорного происхождения и сущности государства), идеи неотчуждаемых прав человека, формального равенства и свободы всех людей. XVII–XVIII вв. – время расцвета теории естественного права, которая заняла одно из центральных мест в буржуазной политико-правовой доктрине.

Становление и развитие юридического мировоззрения связано с именами Н. Макиавелли, Ж. Бодена, Г. Гроция, Ф. Бэкона, Т. Гоббса, Д. Локка, Ш.Л. Монтескье, Ж.Ж. Руссо, Т. Джефферсона, И. Канта и др., труды которых явились вехой в процессе обновления юридической мысли и дальнейшего развития юриспруденции как науки: подвергались критике феодально-сословные порядки, разрабатывались концептуальные принципы нового политико-правового устройства государственно-организованного общества.

На примере трудов Г. Гроция, Ш.Л. Монтескье и И. Канта остановимся на краткой характеристике взглядов названных мыслителей.

Г. Гроций (1583–1645) – голландский правовед и государственный деятель, выдающийся представитель формирующегося «юридического мировоззрения», основоположник раннебуржуазного учения о государстве и праве, рационалистической доктрины естественного права. Отмечая юридический профиль собственных исследований, Гроций подчеркивает отличие юриспруденции как «науки права» (право и справедливость) от науки о политике (целесообразность и польза): «право есть то, что не противоречит справедливости. Противоречит же справедливости то, что противно природе существ, обладающих разумом» [6, с. 46]. Источник естественного права – природа человека. Нормы естественного права, по мнению Гроция, «воздержание от чужого имущества, возвращение полученной чужой вещи и возмещение полученной из нее выгоды, обязанность соблюдения обещаний, возмещение ущерба, причиненного по нашей вине, также воздаяние людям заслуженного наказания» [6, с. 45].

Волеустановленное право Гроций подразделяет на божественное (воля Бога, не противоречит естественному праву) и человеческое (внутригосударственное и международное). Международному публичному праву посвящена большая часть исследований ученого [7, с. 193].

Пытаясь придать юриспруденции научную форму, исследователь оперирует вечными и неизменными категориями, поэтому необходимо найти некие общие признаки права, существующие независимо от изменчивой воли людей. Г. Гроций предлагает использовать рационально-логический (дедуктивный) и эмпирический (индуктивный) методы исследования и толкования права.

Большое влияние на развитие юридической мысли оказали идеи французского юриста Ш.Л. Монтескье (1689–1755). Его научный труд «О духе законов» представлял собой попытку постижения объективных закономерностей и логики исторически изменчивых позитивных законов, познания тех причин и факторов, которые порождают их (географических, климатических, национальных, нравственных, религиозных и т. д.). По мнению Ш.Л. Монтескье, право-

вой «дух законов» требует принятия разумных и справедливых законов. В данном случае понятие «дух законов» автор выводит из характерных для естественно-правовых учений представлений об объективной природе справедливости, которая предшествует позитивному закону, а не впервые создается им. «Законам, созданным людьми, должна предшествовать возможность справедливых отношений» [8, с. 164]. Ориентация юридического познания Ш.Л. Монтескье на выявление объективных закономерностей возникновения и развития права способствовала углублению научных изысканий в области юриспруденции, а следовательно, и повышению качества юридического знания.

И. Кант (1724–1804), автор философского учения о праве и государстве, оказал огромное влияние на углубление и развитие теории и методологии юриспруденции. Взгляды мыслителя изложены в работе «Метафизические начала учения о праве». Учение Канта содействовало укреплению рационалистического подхода к праву и государству, утверждению в юриспруденции принципов и ценностей либерализма: поступай так, чтобы твоя свобода совмещалась со свободой всех и каждого. Кант решительно выступает против институтов феодального международного права, развивая основные идеи буржуазно-демократического понимания сути международных отношений. По мнению философа, международное право должно основываться на федерализме свободных государств [7, с. 236–237].

Идеи и положения философского учения И. Канта о праве и государстве получили широкое распространение и соответствующее юридическое преломление и конкретизацию в юридической науке XIX–XX вв. В этот период проблема понимания права в политико-правовой мысли представлена целым рядом концепций, среди которых определяющими были историческая школа права, юридический позитивизм, социологическая теория, нормативизм, теория возрожденного естественного права и некоторые другие.

В первой половине XIX в. господствующее место в европейской юридической науке занимала историческая школа права (Г. Гуго, Ф.К. Савиньи, Г.Ф. Пухта), возникшая в Германии в конце XVIII в., официальным изданием которой стал «Журнал исторического правоведения». Представители школы обосновывали государственные и правовые институты историческими традициями (историческим опытом), критиковали основные положения естественного права и общественного договора, отрицали необходимость разделения властей и связанность государственной власти правом. Каждое государство и право привязаны к конкретным условиям, поэтому идеальное государство и право нельзя вывести при помощи разума, они формируются в ходе исторического развития и являются выражением «духа народа». Густав Гуго (1764–1844) в «Учебнике естественного права как философии положительного права» ставит вопрос о длительном историческом процессе формирования права. Обычное право, по мнению ученого, лежит в основе любой правовой системы, поскольку отражает фактически сложившийся порядок вещей, опирается на традиции народа. Позитивное право – акты законодательной власти, лишь дополняют обычное право. Профессор Фридрих Карл Савиньи (1779–1861) в работе «Система современного римского права» проводит идею, что право – не произвольное установление законодателя, а органический продукт народного духа, народного сознания. В формировании права исследователь выделяет две стадии: существование права в виде правовых обычаев в сознании народа; существование права в трудах ученых-юристов, которые выступают как представители общественного правосознания. Задача законодателя – признавать право, существующее независимо от него. Георг Фридрих Пухта (1789–1846) в работе «Обычное право» развивает идеи своих предшественников и коллег по исторической школе права. Критерием подлинности права, считает ученый, является его историческая обусловленность. В политическом плане историческая школа права рассматривается как одно из течений консервативного плана, являющегося идеологической реакцией на французскую революцию [9, с. 104].

Таким образом, историческая школа обратила внимание на историческую обусловленность и эволюцию политико-правовых институтов, на связь правовой системы с правосознанием народа.

Сущность правовой науки во второй половине XIX в. определял юридический позитивизм, сторонники которого понимали право исключительно как продукт государственной воли (в противоположность естественноправовым воззрениям и взглядам исторической школы права). Юридическая наука должна изучать именно положительное право, выраженное в законах и других нормативных актах. Это право необходимо применять судьям и должностным лицам государства. Юридический позитивизм утверждал активную правотворческую роль государства, его

будущее значение в правовой жизни народа. Основателем позитивной теории права считается английский философ, юрист И. Бентам (1748–1832), в многочисленных трудах которого, и прежде всего во «Введении в основания нравственности и законодательства», затронуты многие проблемы совершенствования законодательства и деятельности государственного аппарата. По мнению Бентама, право – нормы, установленные государством и направленные на удовлетворение интересов человека. Основатель школы аналитической юриспруденции англичанин Джон Остин (1790–1859) одним из первых концептуально выразил идеи юридического позитивизма в работе «Определение области юриспруденции» (1832). Развернутое обоснование позитивистских взглядов и широкая критика естественно-правовой доктрины содержится в работе «Юриспруденция и философия права» (1892) немецкого ученого Карла Бергбома, по мнению которого отличительными признаками права являются: нормативность, функциональность применения мер принуждения за противоправное поведение.

Нормативная теория права окончательно оформилась в XX в. в трудах таких известных юристов, как Г. Кельзен, Г. Харт и др. Теория основана на представлении права как совокупности норм, внешне выраженных в законе и иных нормативных актах. По мнению Г. Кельзена, право представляет собой стройную, с логически взаимосвязанными элементами иерархическую пирамиду во главе с «основной нормой». Юридическая сила и законность каждой нормы зависят от «вышестоящей», обладающей более высокой степенью юридической силы.

Современное понимание права в рамках нормативной теории можно выразить как систему взаимосвязанных и взаимодействующих норм, изложенных в нормативных актах (текстах); нормы права, в которых выражается государственная воля, возведенная в закон, и которые издаются государством; нормы права, регулирующие наиболее важные общественные отношения; само право и его реализация, обеспечиваемые в необходимых случаях принудительной силой государства; нормативная зависимость возникновения правоотношений, правового поведения, формирования правосознания.

Позитивное значение нормативизма заключается в том, что он, во-первых, позволяет создавать и совершенствовать систему законодательства; во-вторых, обеспечивает определенный режим законности, единообразное применение норм и индивидуально-властных велений; в третьих, обеспечивает формальную определенность права, что позволяет четко обозначать права и обязанности субъектов, фиксировать меры и средства государственного принуждения и т. д.

Слабость нормативного подхода усматривается в игнорировании естественных и нравственных начал в праве и роли правосознания в реализации юридических норм, абсолютизации государственного влияния на правовую систему. Представители данной теории недооценивают связь права с социально-экономическими, политическими и другими факторами, т. е. излишне «очищают» от них право.

Зародившись в середине XIX в., социологическая концепция права логически завершённую форму обрела в XX в. в трудах Е. Эрлиха, Ф. Жени, Р. Паунда и др. Правовые нормы, исходящие от государства, по мнению представителей социологической школы, являются лишь частью права. Наряду с ними существует «живое право» (нечто иное, чем сложившиеся фактические отношения). Следовательно, по утверждению сторонников названной школы, «главное – изучение реального порядка, т. е. не тех предписаний, которые зафиксированы в правовой норме, а самого процесса действия права в обществе, конкретных действий участников правоотношений». В связи с этим обосновывается идея «гибкости права», другими словами, возможность изменения правовой нормы в процессе ее применения (юридической практики). Отсюда отказ от непререкаемого авторитета закона, требование свободы судейского усмотрения. Данная теория ведет к фактическому расширению «правотворческих» функций судьи и принижению закона, поскольку судья жестко не связан юридическими нормами и может по своему усмотрению, основываясь лишь на собственной интуиции, решить то или иное дело, в особенности если предписания устарели или в них имеется пробел.

Для представителей социологической юриспруденции характерен приоритет реальной правовой действительности (правосознания, сделок, договоров, судебных и иных решений по конкретным делам) перед правовыми идеями и нормами.

Достоинства социологической теории заключаются в стремлении познать право в действии, в процессе его функционирования; в рассмотрении права как инструмента социальных преобразований, средства достижения согласия между интересами различных социальных

групп; в рассмотрении общества и права как целостных, взаимосвязанных явлений. При этом социологическая концепция права возвышает роль судебной власти.

Слабые стороны данной теории в отрицании нормативности как важнейшего свойства права; недооценка в праве нравственно-гуманистических начал, смешение одного из факторов образования права – интереса – с самим правом. Правоотношения первичны, а правовые нормы вторичны.

Согласно теории возрожденного естественного права (Р. Штаммлер, Г. Радбрух и др.), представляющей модификацию естественно-правовой теории, право, создаваемое государством производно по отношению к высшему, естественному праву, вытекающему из человеческой природы. Позитивное право, т. е. нормы, установленные государством, признается правом только в том случае, если оно не противоречит естественному праву, т. е. общечеловеческим принципам свободы, равенства, справедливости для всех людей. Поэтому краеугольным камнем возрожденного естественного права остается принципиальное различие между правом и законом: несправедливый закон не есть право.

Не стоит отрицать, что законодатель должен стремиться к непротиворечию законов нравственным ценностям (справедливости, свободе, равенству). При этом необходимо помнить, что акцентирование внимания в понимании права на абстрактных нравственных ценностях «уменьшает» его формально-юридические свойства, в результате чего теряется четкий критерий законного и противозаконного. Дело в том, что определить право с позиции справедливости, представление о которой может быть разным у различных людей, непросто.

Таким образом, следует помнить, что каждая теория создается не на пустом месте, не в отрыве от правового регулирования, но каждая из них ставит во главу угла один-два феномена, участвующих в этом регулировании. В зависимости от того, в чем усматривалась основа (базовый элемент) права – в норме права, правоотношениях или в естественных неотъемлемых правах человека – сформировались нормативная, социологическая и естественно-правовая теории.

Итак, становление современного права – длительный исторический процесс, который охватывал несколько столетий и протекал эволюционно и более плавно, чем соответствующие процессы в сфере политики и государства, где нередко принимали форму общественных катаклизмов. Буржуазные революции XVII–XVIII вв. стали серьезным испытанием на прочность оставшейся от средневековья правовой надстройки. Именно они явились главной причиной рождения новой парадигмы юриспруденции – юридического мировоззрения. Однако, как показал исторический опыт, создание нового права происходило не в годы революционных потрясений, сколько в период, характеризующийся политической стабилизацией и духом консерватизма.

Становление нового права означало большой прогресс в истории социума и создавало необходимый простор для роста товарно-денежных отношений, проявления личной инициативы, всестороннего удовлетворения потребностей быстро развивающегося общества, чем обнаружилось огромный созидательный потенциал. В той или иной мере эти процессы находили отражение в политико-правовой мысли, а следовательно, и в концепциях правопонимания.

Развитие капитализма способствовало ломке всевозможных сословных, региональных и иных барьеров, что привело к возникновению не только национальных государств, но, в отличие от правового партикуляризма, и национальных правовых систем, получивших новое качество, новый способ существования – систему права и систему законодательства.

1. Азаркин, Н.М. Всеобщая история юриспруденции : курс лекций / Н.М. Азаркин. М. : Юрид. лит, 2003. 608 с.

2. Нерсесянц, В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / В.С. Нерсесянц. М. : Норма-Инфра, 1998. 288 с.

3. Туманов, В.А. Учения о праве / В.А. Туманов // Общая теория права : курс лекций / под общ. ред. В.К. Бабаева. : Нижегород. ВШ МВД РФ. Н. Новгород, 1993. С. 11–34.

4. Аннерс, Э. История европейского права : пер. со швед. / Э. Аннерс М. : Наука, 1996. 395 с.

5. Пашуканис, Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства / Е.Б. Пашуканис. М. : Наука, 1980. 271 с.

6. Гроций, Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественные права и права народов, а также принципы публичного права / Г. Гроций. М. : Ладомир, 1994. 868 с.

7. История государственно-правовых учений : учебник / ред. В.В. Лазарев. М. : Спарк, 2006. 672 с.

8. Монтескье, Ш. Избранные произведения / Ш. Монтескье. М. : Госполитиздат, 1955. 799 с.

9. Липень, С.В. Теоретические проблемы государственности и права в политико-правовых учениях XVII – нач. XX в. / С.В. Липень. Минск : Акад. МВД Респ. Беларусь, 2011. 238 с.

Дата поступления в редакцию: 29.08.14

**A.F. Vishnevsky**, Doctor of Historical Sciences, Professor of Law, Honoured Worker of Education of the Republic of Belarus, Professor at the Department of Theory and History of State and Law of the Academy of the MIA of the Republic of Belarus

JURISPRUDENCE OF MODERN TIME: PECULIARITIES OF FORMATION AND DEVELOPMENT

*The author of the paper analyzes the main features of jurisprudence of the New and contemporary time, reveals the nature of juridical world outlook, it differs from the theological views on the law. There's the description of the concept of natural law, the historical school of law, legal positivism, a normative theory of law, sociological theory and the theory of the revived natural law.*

*Keywords: Renaissance, the Reformation, the bourgeois revolution, the juridical world outlook, paradigm, theory and methodology of law, natural law, normativism.*

УДК 340.132

**Д.А. Воронаев**, адъюнкт научно-педагогического факультета Академии МВД Республики Беларусь  
(e-mail: voronaevd@tut.by)

### СТАНОВЛЕНИЕ УЧЕНИЯ ОБ УСМОТРЕНИИ В ПРАВЕ В ДОРЕВОЛЮЦИОННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ

*Известные русские ученые-правоведы С.А. Муромцев, Г.Ф. Шершеневич, И.А. Покровский, Н.А. Гредескул заложили основы учения об усмотрении в праве в российской дореволюционной правовой науке, но не пришли к единому пониманию содержания усмотрения в правоприменительной деятельности. Также ученые не сошлись во мнении о возможности использования усмотрения в деятельности правоприменителя. Не были разрешены эти вопросы в советской и постсоветской юридической науке, поэтому проблемы усмотрения в праве остаются актуальными и на сегодняшний день.*

*Ключевые слова: усмотрение, правоприменительная деятельность, справедливость.*

В середине XIX в. в российскую юридическую науку из немецкой юриспруденции начали проникать идеи учения об усмотрении в правоприменительной деятельности, интерес к которому в конце столетия значительно усилился. Одной из причин этого стало распространение идей школы свободного права (Ф. Жени, Е. Эрлих, Э. Ламберт, Р. Салейль и др.), что сводилось к критике господствующей (позитивистской) теории толкования правовых норм в той части, что право как совокупность норм беспробельно, а ответ на любой вопрос, иногда скрытый, находится путем толкования правовой нормы. Вместо нее сторонники новой школы предлагали расширить границы усмотрения правоприменителя при разрешении юридических дел. Также причинами повышенного внимания к усмотрению в праве явились неуклонно растущий уровень российской правовой науки, с одной стороны, и отставание от нее нормотворческой и правоприменительной практики – с другой. Последнее обстоятельство поставило перед учеными ряд вопросов, разрешить которые в рамках существовавшей правовой доктрины оказалось затруднительным. Ответами на них стали взгляды С.А. Муромцева, Г.Ф. Шершеневича, Е.М. Коркунова, И.А. Покровского, Н.А. Гредескула, А.А. Васьковского, П.И. Люблинского, а также других ученых, стоявших у истоков разработки проблемы усмотрения в правоприменительной деятельности.

Целью работы является выявление понимания и сущности правоприменительного усмотрения во взглядах русских дореволюционных ученых-правоведов, а также определение актуальности этих идей для современной юридической науки и практики.

Анализ взглядов дореволюционных русских правоведов показывает, что отношение к использованию усмотрения в правоприменительной деятельности было неоднозначным. Так, Г.Ф. Шершеневича принято считать апологетом юридического позитивизма и противником усмотрения в правовой науке Российской империи. В своих работах он выстроил и обосновал ведущую роль законности в сфере правового регулирования общественных отношений. Автор