

А.А.Дорская, И.Л.Честнов

# ЭВОЛЮЦИЯ СИСТЕМЫ ПРАВА РОССИИ

теоретический и историко-правовой подходы



Санкт-Петербург  
2010

**ББК 67.3**  
**УДК 340 (082)**

Дорская А.А. – Введение, глава II и III, Заключение  
Честнов И.Л. – глава I

**Рецензенты:**

доктор юридических наук, профессор Д.А. Пашенцев  
(Московский городской педагогический университет);  
доктор юридических наук, профессор Л.И. Глухарева  
(Российский государственный гуманитарный университет).

Работа выполнена при финансовой поддержке Российского гуманитарного  
научного фонда (Основной конкурс РГНФ 2010 г. Грант № 10-03-00433а)

**Дорская А.А., Честнов И.Л.**

**Эволюция системы права России: теоретический и историко-правовой  
подходы: Монография.** – СПб. : Астерион, 2010. – 306 с.

ISBN 978-5-94856-755-6

Работа посвящена исследованию эволюции системы права России на основе методов теоретико-методологического анализа и исторической реконструкции. Предлагается периодизация развития системы российского права, основанная на эволюции видов и особенностей правовых норм. В монографии в качестве компонентов системы права России рассматриваются обычное право, государственное законодательство, каноническое (церковное право), а также международное право.

Для специалистов по теории и истории права и государства, а также студентов юридических факультетов.

**ISBN 978-5-94856-755-6**

© А.А. Дорская, 2010  
© И.Л. Честнов, 2010

## СОДЕРЖАНИЕ

<b>Введение .....</b>	<b>3</b>
<b>Глава I. Теоретико-методологические основания изучения системы права .....</b>	<b>7</b>
§ 1. Системный подход с позиций классической эпистемологии, его применение к праву .....	7
§ 2. Кризис классической эпистемологии, общей теории систем и рациональности права .....	20
§ 3. Постклассическая эпистемология и теория систем.....	45
§ 4. Постклассическое правопонимание.....	51
§ 5. Система права с точки зрения постклассической методологии .....	71
5.1. Субъект права как первичный элемент (аспект) системы права .....	72
5.2. Нормы права, структура права .....	92
5.3. Правопорядок как элемент (аспект) системы права.....	125
<b>Глава II. Особенности методологии исследования эволюции системы права России .....</b>	<b>136</b>
§ 1. Понятие системы права в контексте её эволюции: разнообразие подходов .....	136
§ 2. Источники исследования эволюции системы права России .....	143
§ 3. Элементы системы права России и их развитие.....	150
3.1. Обычное право .....	150
3.2. Государственное законодательство .....	166
3.3. Византийское право, каноническое право, церковное право.....	182
3.4. Международно-правовые нормы .....	205
<b>Глава III. Взаимодействие элементов системы права России и её функционирование .....</b>	<b>221</b>
§ 1. Соотношение правового обычая с законом и нормами канонического (церковного) права .....	221
§ 2. Взаимодействие государственного законодательства и канонического (церковного) права .....	233
§ 3. Государственное законодательство России и международное право .....	265
<b>Заключение .....</b>	<b>273</b>
<b>Список используемых источников и литературы .....</b>	<b>277</b>

# **Глава I.**

## **ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ СИСТЕМЫ ПРАВА**

Системный подход, связанный с формированием общей теории систем, становится господствующей парадигмой эпистемологии второй половины XX в. Основные идеи системной методологии, правда, преимущественно в статической, структуралистской версии, активно проникают в общественные науки, прежде всего, в политологию. В 70-е гг. XX в. системный подход превращается в методологическое основание юриспруденции. Именно с этого времени право и практически все юридические институты трактуются как системные явления, а также активно разрабатывается такая известная в юридической науке с XIX в. тема, как система права. Вместе с тем, уже в 80-е гг. XX в. классическая теория систем постепенно заменяется постклассической в связи с формированием постклассической эпистемологии. Все это не может не сказаться на правопонимании, а также на трактовке системы права, в том числе, критериях выделения ее структурных элементов. Именно этой проблематике – преимущественно формированию постклассической системы права – посвящен данный раздел монографии.

### ***§ 1. СИСТЕМНЫЙ ПОДХОД С ПОЗИЦИЙ КЛАССИЧЕСКОЙ ЭПИСТЕМОЛОГИИ, ЕГО ПРИМЕНЕНИЕ К ПРАВУ***

*Системный подход* как научная методология и принцип организации практической деятельности сложился в 60-е гг. XX в. и до сегодняшнего дня продолжает играть принципиально важную роль. Хотя первые представления о системе имеют весьма почтенную историю, начинающуюся в античности, именно во второй половине XX в. понятие «система» становится «одним из

ключевых философско-методологических и специально-научных понятий»<sup>3</sup>. Системный подход конкретизируется в общей теории систем, разработанной Л. фон Берталанфи «в русле защищаемого им «организмического» мировоззрения как обобщения разработанной им в 1930-х гг. «теории открытых систем», в рамках которой живые организмы рассматривались как системы, постоянно обменивающиеся со средой веществом и энергией. По замыслу Берталанфи, общая теория систем должна была отразить существенные изменения в понятийной картине мира, которые принес XX в. Для современной науки характерно: 1) ее предмет — организация; 2) для анализа этого предмета необходимо найти средства решения проблем со многими переменными (классическая наука знала проблемы лишь с двумя, в лучшем случае — с несколькими переменными); 3) место механицизма занимает понимание мира как множества разнородных и несводимых одна к другой сфер реальности, связь между которыми проявляется в изоморфизме действующих в них законов; 4) концепцию физикалистского редукционизма, сводящего всякое знание к физическому, сменяет идея перспективизма — возможность построения единой науки на базе изоморфизма законов в различных областях»<sup>4</sup>. Другое основание системного подхода можно обнаружить в кибернетике, в частности, в методе «черного ящика»<sup>5</sup>. Однако идеи Л. фон Берталанфи представляются предпочтительнее, так как акцентируют внимание на органических, в том числе, «целеустремленных» (термин Р. Акоффа) системах, которые более точно описывают социальные явления.

Под системой традиционно понимается упорядоченное множество элементов, взаимосвязанных между собой и образующих некоторое целостное

---

<sup>3</sup> Садовский В.Н. Система // Новая философская энциклопедия. В 4-х томах. М., 2010. Т. 3. С. 552.

<sup>4</sup> Садовский В.Н. Общая теория систем // Новая философская энциклопедия. В 4-х томах. М., 2010. Т. 3. С. 131.

<sup>5</sup> Такой подход, в частности, применительно к описанию политических систем, разрабатывает Д. Истон, опираясь на идеи Н. Винера. — См.: Easton D. A Systems Analysis of political Life. N.Y., 1965.

единство<sup>6</sup>. Общество, государство, право, отдельные социальные институты сегодня рассматриваются как социальные системы. Под социальной системой, с позиций классической теории, понимается структурный элемент социальной реальности, определенное целостное образование, основными элементами которого являются люди, их связи и взаимодействия. Система – это предмет, явление или процесс, состоящий из качественно определенной совокупности элементов, находящихся во взаимных связях и отношениях и образующих единое целое, способное во взаимодействии с внешними условиями своего существования изменять свою структуру. Существенными чертами любой системы являются целостность и интеграция. Целостность фиксирует объективную форму существования явлений, т.е. существования как целого, интеграция – процесс и механизм объединения частей. Целое всегда больше суммы входящих в него частей. Это означает, что каждое целое обладает новыми качествами, которые механически несводимы к сумме его элементов, обнаруживают некий «интегральный эффект».

Специфика *социальной системы* состоит в том, что она складывается на базе той или иной социальной общности (социальная группа, социальная организация и т.д.), а ее элементами являются люди, чье поведение детерминировано определенными социальными позициями (статусами), которые они занимают, и конкретными социальными функциями (ролями), которые они выполняют, социальными нормами и ценностями, принятыми в данной социальной системе, а также их различными индивидуальными качествами (социальные качества личности, мотивы, ценностные ориентации, интересы и т.д.)<sup>7</sup>.

Важную роль в становление и популяризацию системного подхода в общественных науках сыграл Т. Парсонс, один из крупнейших американских

---

<sup>6</sup> Система // Энциклопедический социологический словарь / Под ред. Г.В. Осипова. М., 1995. С. 668.

<sup>7</sup> Осипов Г.Д., Налетова А.Д. Система социальная // Энциклопедический социологический словарь / Под ред. Г.В. Осипова. М., 1995. С. 671 - 672.

социологов XX в., труды которого считаются классическими. Он по праву считается родоначальником структурно-функционального анализа, ставшего на долгие годы основой теории и практики социального управления. По мнению Парсонса, все многообразие человеческой деятельности может быть упорядочено в виде четырех основных систем – культурной, социальной, личностной и поведенческого организма. Одновременно он выделял так называемый инвариантный набор функциональных проблем, необходимых для самосохранения социальной системы: адаптации, целедостижения, интеграции, воспроизводства структуры и снятия напряжения, решение которых обеспечивается специализированными подсистемами. Так, внутри социальной системы функцию адаптации обеспечивает экономическая подсистема, функцию целедостижения – политическая подсистема, функцию интеграции – правовые институты и обычаи, функцию воспроизводства структуры – система верований, мораль и органы социализации (включая семью и институты образования)<sup>8</sup>.

Системный подход, как уже отмечалось, активно разрабатывался (и продолжает разрабатываться) в политологии. Теория политических систем была разработана американским политологом Д. Истоном в 1953 г.<sup>9</sup>, который ввел в научный оборот термин «политическая система», дал понятие политической системы как системы социальных взаимодействий (поведения социальных субъектов), упорядочивающей распределение ценностей в обществе<sup>10</sup>. Политическая система, по Д. Истону, есть процесс «ввода», «конверсии», «вывода» (или «выхода») различных импульсов, относящихся к системе и социальной среде.

«Входящие» факторы – это требования субъектов социальной среды, связанные с распределением властью благ и услуг; поддержка проводимой

---

<sup>8</sup> См. подробнее: Парсонс Т. О структуре социального действия. М., 2000; Он же. Система современных обществ. М., 1998.

<sup>9</sup> Easton D. The Political System: An Inquiry into the State of Political Science. N.Y., 1953.

<sup>10</sup> Easton D. A Framework for Political Analysis. Englewood Cliffs, New Jersey, 1965. P. 57.

политики; противодействия в отношении тех или иных политико-властных решений.

«Конверсия» (преобразование) связана с политическими процессами – артикуляцией и агрегацией социально-экономических, политических интересов, внутренне дифференцированных элементов (политические действия); обобщением, предъявлением социальных интересов в процессе выработки решений; коммуникацией, другими политическими процессами, обеспечивающими интеграцию общества.

«Выход» - это воздействие политической системы на общество, через который измеряется ее эффективность.

К «исходящим» факторам в «открытых» системах относятся властные решения и действия, программы развития сфер общества, нормотворчество, формирование механизмов правового регулирования социальных отношений, правоприменение и контроль за соблюдением норм и правил. Такие «исходящие» факторы, как, например, противодействие власти инакомыслию, характерно для «закрытых» политических систем.

Центральная идея концепции политической системы, предложенной видным американским политологом Г. Алмондом в 1956 г., – взаимодействие между единицами внутри «тотальности» (политическими партиями, группами интересов, органами законодательной власти, органами исполнительной власти, чиновничеством и судами), в результате чего формируется изменяющееся равновесие системы<sup>11</sup>. Основное внимание Г. Алмонд сосредоточил на функциях политической системы<sup>12</sup> и ввел в политическую систему «культурологическое» измерение, подчеркивая, что каждая политическая система функционирует в контексте определенных ценностных ориентаций на политические действия<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Almond G. Comparative Political Systems // Journal of Politics. 1956. № 18. P. 393.

<sup>12</sup> См.: Almond G., Powell B. Comparative Politics: A Developmental Approach. Boston, 1966. P. 16 – 41.

<sup>13</sup> Almond G. Op. Cit. P. 396. Эту идею развивает немецкий политолог М. Хеттих, утверждая, что политика существует лишь в виде мышления, говорения и поведения, не является заранее



При этом политическая система существует как во внутреннем, так и во внешнем окружении, формируя это окружение, и сама формируется под его влиянием. «Система получает из этого окружения сигналы входа и пытается воздействовать на него посредством своих сигналов выхода»<sup>14</sup>. К примеру, развитие экономики, основанной на высоких информационных технологиях, развитие торговли изменяют социальную структуру общества. Во второй половине XX в. в Америке доля сельскохозяйственных рабочих среди работающих по найму упала до 3%, сократилась занятость в добывающих отраслях тяжелой промышленности, а пропорция тех, чья деятельность связана с высокими технологиями, свободными профессиями и сферой услуг, в составе рабочей силы существенно возросла. Изменения в социальной структуре США привели к трансформации социальных основ партийной системы страны. Например, рабочие, принадлежавшие к традиционным, преимущественно европейским, этническим группам, перестали быть твердой опорой Демократической партии; их голоса делятся между двумя партиями примерно в равной пропорции. «Диапазон политических курсов, которым могут следовать политические лидеры и активисты, – как подчеркивает Алмонд, – ограничен системой и ее институтами. Однако в эпоху быстрых перемен, которую переживает современный мир, при изменении целей руководства и политических активистов на смену одному набору политических институтов может незамедлительно прийти другой»<sup>15</sup>.

Важным для политико-правовых наук является понятие «государственное управление». Государственное управление как система включает в себя

---

предопределенной, а представляет собой то, что именно таким образом характеризуется людьми в качестве политики. – Hattich V. Grundbegriffe der Politikwissenschaft. Darmstadt, 1980. S. 8.

<sup>14</sup> Алмонд, Г. Сравнительная политология сегодня: Мировой обзор. – Пер. с англ. / Г. Алмонд, Дж. Пауэлл, К. Стром, Р. Далтон / Науч. ред. перевода: М.В. Ильин, А.Ю. Мельвиль. М., 2002. С. 76.

<sup>15</sup> Алмонд, Г. Сравнительная политология сегодня: Мировой обзор. – Пер. с англ. / Г. Алмонд, Дж. Пауэлл, К. Стром, Р. Далтон / Науч. ред. перевода: М.В. Ильин, А.Ю. Мельвиль. М., 2002. С. 76–77.

социальные общности, социальную деятельность, социальные институты, социальные процессы, социальные технологии, социальные отношения и связи, социальную структуру. При этом содержанием государственного управления являются процессы реализации функций государственного управления в последовательности действий, воздействий и взаимодействий, других изменений, обладающих объективными параметрами<sup>16</sup>.

Устойчивое содержание данного процесса выступает как внешнее проявление свойств системы, как ее функционирование, и определяется составом функций (стабильных во времени видов управленческой деятельности) государственного управления<sup>17</sup>.

Элементами системы государственного управления являются: управленческая подсистема или субъект управления; управляемая подсистема или объект управления; цель, которую преследует субъект управления и которая конкретизируется в задачах; средства, которыми наделен субъект управления; само управленческое воздействие, осуществляемое в правовых и неправовых формах; результат такого управленческого воздействия; обратная связь, необходимая для корректировки процесса управления при сопоставлении результата с целью<sup>18</sup>. В соответствии с структурно-функциональным анализом предполагается, что первичной является цель, конкретизируемая в задачах-функциях, а вторичной – структура, т.е. совокупность государственных органов, которая «подстраивается» под выполнение соответствующих задач-функций.

---

<sup>16</sup> См.: Политическая власть и государственное управление // Государственная политика и управление. Учебник. В 2 ч. Часть 1. Концепции и проблемы государственной политики и управления / Под ред. Л.В. Сморгунова. М., 2006. С. 27.

<sup>17</sup> Политическая власть и государственное управление // Государственная политика и управление. Учебник. В 2 ч. Часть 1. Концепции и проблемы государственной политики и управления / Под ред. Л.В. Сморгунова. М., 2006. С. 27.

<sup>18</sup> В данном случае система трактуется с позиций кибернетического подхода, разработанного Н. Винером и конкретизированного, например, в политологии Д. Истоном и включает вход в систему, саму систему как «черный ящик», выход, обратную связь и среду. – См.: Easton D. Systems Analysis of Political Life. N.Y., 1965. P. 79.

Такой вид приобрела классическая теория государственного управления в 70-е гг. XX века.

В 70-е гг. XX века складывается современная концепция *системы права* и правовой системы, хотя теоретические предпосылки современных традиционных представлений о системе права сложились в XIX веке. Так, Г. Пухта в «Энциклопедии права» выводил систему права из специфики качеств человека: «Человек имеет своим назначением действовать частью как индивидуум и относиться к другим таким же индивидуумам, частью как член целого и относиться к другим членам того же целого как таковым. Ни одно из этих качеств не поглощает собой другого; напротив, одно без другого не могло бы существовать; вся жизнь заключается в соединении индивидуального бытия и общего, существования для себя и для других. Личность человека, а также его юридические отношения различны, смотря по тому, в каком из следующих качеств он берется во внимание: 1) как индивидуум; 2) как член органического целого: а) семейства, б) народа, с) церкви. По этим различиям юридические отношения делятся на имущественные, семейные, публичные и церковные, а само право — на частное право (имущественное и семейное), публичное и церковное право»<sup>19</sup>.

Вместе с тем, следует заметить, что вопрос о структурном делении права на институты и отрасли права подробно и обстоятельно начал разрабатываться во второй половине XX в. преимущественно в отечественной теории права. Так, Н.М. Коркунов подробно рассматривает вопрос о выделении частного и публичного права и косвенно о системе (не используя этого термина) источников «положительного права»<sup>20</sup>. Источники права подробно анализируются в «Энциклопедии права» Е.Н. Трубецким, хотя об их системе и, тем более, о системе права речь не идет<sup>21</sup>. Ф.В. Тарановский

---

<sup>19</sup> Пухта Г.-Ф. Энциклопедия права // Немецкая историческая школа права. Челябинск, 2010. С. 467.

<sup>20</sup> Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. Изд. 8. СПб., 1909. С. 165 – 183, 275 – 305.

<sup>21</sup> Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998.

подробно исследует вопрос о делении права на частное и публичное, но не о выделении отраслей права. Ж. Карбонье справедливо утверждает, что понятие «правовая система» юридическая социология заимствовала у сравнительного права и не является синонимом понятия «объективное право» или «позитивное право». Понятие «правовая система» выражает идею комплексности права, что составляющие его элементы соединены между собой не случайным образом, а необходимыми связями и отношениями. Тем самым понятие «правовая система» в юридической социологии охватывает весь комплекс юридических явлений, существующих в пространственной и временной сферах<sup>22</sup>. Близкую точку зрения отстаивает и Л. Фридмэн, отождествляя правовую систему с системой социального контроля, включающей юридические государственные органы (суды, legislatures, президента, полицию и т.д.), нормы права и правовую культуру<sup>23</sup>. Отсутствует соответствующий раздел об отраслях права и у Б. Рютерса, хотя он пишет о коммуникативной системе в праве<sup>24</sup>.

Несколько иначе подходили к данной проблеме Л.И. Петражицкий, Н.Н. Алексеев и Г. Гурвич. Их идеи, по справедливому замечанию А.В. Полякова, предвосхитили «коммуникативную стратегию в неклассической и постнеклассической гуманитаристике»<sup>25</sup>. Об этом подробнее речь пойдет ниже. Сейчас же заметим, что у Л.И. Петражицкого в его основном произведении «Теория права и государства и связи с теорией нравственности» в главе, посвященной видам и разновидностям права речь идет о делении права на интуитивное и позитивное, включающее законное, обычное право, право судебной практики, книжное и иные виды, официальное и неофициальное, естественное право, а в следующей главе – частное и публичное<sup>26</sup>. Н.Н. Алексеев

---

<sup>22</sup> Тарановский Ф.В. Энциклопедия права. СПб., 2001. С. 226 – 242.

<sup>23</sup> Фридмэн Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 10 – 13.

<sup>24</sup> Ruethers B. Rechtstheorie. Muenchen, 1999.

<sup>25</sup> Поляков А.В. От научного редактора // Гурвич Г.Д. Философия и социология права. Избранные сочинения. СПб., 2004. С. 9.

<sup>26</sup> Петражицкий Л.И. Теория права и государства. СПб., 2000. С. 377 – 588.

к «структуре права» относил субъекта – носителя обнаруживающихся в праве ценностей, сами ценности и «основные определения, которыми характеризуется особое, специфическое, правовое отношение ценностей, как между собой, так и к их носителю»<sup>27</sup>. Г.Д. Гурвич также не приводит критерии выделения отраслей или институтов права, однако много и интересно рассуждает о видах социального права (объективное и субъективное, неорганизованное и организованное, партикулярное и общее, чистое и отличающееся зависимостью), а также приводит правовую типологию комплексного общества (выделяя правовую систему обществ, основанных магически-религиозно, теократически-харизматично, внутренней политической группе, правовую систему феодального общества, городов и империй, территориального государства и современного общества)<sup>28</sup>.

Отсутствуют соответствующие разделы о структурном подразделении права на институты и отрасли в трудах таких корифеев теории права, как Г. Кельзен, Л. Фуллер и Г. Харт. Г. Кельзен в своей «чистой теории права» выстраивает иерархию норм права (а не институтов или отраслей) в соответствии с компетенцией государственного органа, их принявшего, то есть, по сути, речь идет об иерархии статей нормативно-правовых актов<sup>29</sup>. Л. Фуллер, разрабатывая критерии «внутренней моральности права», формулирует принципы, именуемые, как правило, в англо-американской традиции «верховенства права»<sup>30</sup>. Г. Харт приводит типологию норм права (первичные и вторичные), но не отраслей или институтов<sup>31</sup>. Более того, у многих современных зарубежных исследователей речь идет о правовой системе, но не о критериях выделения отраслей и институтов права<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1998. С. 72 – 73.

<sup>28</sup> Гурвич Г.Д. Философия и социология права. Избранные сочинения. СПб., 2004. С. 82 – 125, 745 – 765.

<sup>29</sup> См.: Kelsen H. Reine Rechtslehre. Wien, 1960.

<sup>30</sup> См.: Фуллер Л. Мораль права. М., 2007.

<sup>31</sup> См.: Харт Г. Л.А. Понятие права. СПб., 2007.

<sup>32</sup> Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 175 – 177.

Гораздо больше «повезло» теме «система права» в советской теории права. Так, уже в 1938 г. на первом совещании научных работников права СССР вопрос «о системе советского социалистического права» был отнесен «к числу важнейших вопросов теории советского права, подлежащих разработке в течение ближайшего времени»<sup>33</sup>. В 1938 – 1941, а затем в 1958 – 1959 гг. прошли две широкомасштабные дискуссии по данной проблеме, в результате которых были сформулированы два основных критерия выделения отраслей права – предмет правового регулирования (в качестве основного) и метод правового регулирования (как дополнительный), а также обособления в рамках системы права государственного права как основного звена системы, материальные отрасли права и процессуальные отрасли права<sup>34</sup>. В то же время было признано «ошибочным», «буржуазным» и неприменимым к социалистическому праву его деление на частное и публичное<sup>35</sup>.

Такое представление о системе права характерно для подавляющего большинства современных учебников по теории государства и права нашей страны. Так, в фундаментальном Академическом курсе «Общая теория государства и права» (автор главы И.Н. Сенякин) утверждается, что общепризнанным в юридической литературе является следующее определение системы права: **«...Это обусловленная экономическим и социальным строем структура права, выражающая внутреннюю согласованность и единство юридических норм и одновременно их разделение на соответствующие отрасли и институты.** При характеристике системы права необходимо помнить, что она представляет собой явление объективного характера, складывающееся не произвольно, а в связи с системой существующих общественных

---

<sup>33</sup> Основные задачи науки советского социалистического права // Материалы 1-го совещания научных работников права. 16 – 19 июля 1938 г. С. 183. Цит. по: Иоффе О.С., Шаргородский Д.М. Вопросы теории права. М., 1961. С. 347.

<sup>34</sup> Эти положения, по большому счету, сохраняют свое значение в качестве некоей аксиомы и по сей день: «Современная юридическая теория в вопросе об основаниях построения системы права осталась на прежних позициях». – Гойман-Калинский И.В., Иванец Г.И., Червонюк В.И. Элементарные начала общей теории права. Учебное пособие для вузов. М., 2003. С. 169.

<sup>35</sup> Иоффе О.С., Шаргородский Д.М. Вопросы теории права. М., 1961. С. 349 - 350.

отношений»<sup>36</sup>. Структурными элементами системы права, по мнению автора главы, являются норма права, отрасль права, подотрасль права, институт права, субинститут (именно в такой последовательности)<sup>37</sup>. Рассматривая вопрос о критериях деления права на отрасли институты, утверждается, что он «постоянно находится в центре внимания отечественных ученых-юристов и является предметом обсуждения ряда научных дискуссий»<sup>38</sup>. Со ссылками на приводимые выше две дискуссии (1938 – 1940 и 1955 – 1958 гг.) формулируются два критерия выделения отраслей права – предмет правового регулирования и метод правового регулирования. «Предмет является материальным критерием разграничения норм права по отраслям, а метод служит дополнительным юридическим критерием, так как он произведен от предмета. Именно предмет обуславливает необходимость выделения той или иной отрасли, а когда отрасль обозначается, появляется и соответствующий метод регулирования, который в значительной мере зависит от воли законодателя. Специфика общественных отношений, регулируемых нормами конкретной отрасли права, детерминирует необходимость использования при этом определенного метода, который в каждой отдельной отрасли будет неодинаков»<sup>39</sup>. Если вопрос о критериях выделения отраслей права и институтов права (при этом не видны четкие критерии различия первых от вторых) постоянно находится «в центре внимания отечественных ученых-юристов», то где научные прорывы в его решении? Что отличает приведенный пассаж от того, что обсуждалось в 1938 и 1958 гг.? Пожалуй, некоторый «прогресс» (хотя и спорный) обнаруживается в трактовке метода правового регулирования, который «имеет свои структурные компоненты: а) установление границ регулируемых отношений; б) издание

---

<sup>36</sup> Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах / Отв. ред. М.Н. Марченко. 3 изд., перераб. доп. и Т. 2. Право. М., 2007. С. 573.

<sup>37</sup> Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах / Отв. ред. М.Н. Марченко. 3 изд., перераб. доп. и Т. 2. Право. М., 2007. С. 574.

<sup>38</sup> Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах / Отв. ред. М.Н. Марченко. 3 изд., перераб. доп. и Т. 2. Право. М., 2007. С. 576.

<sup>39</sup> Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах / Отв. ред. М.Н. Марченко. 3 изд., перераб. доп. и Т. 2. Право. М., 2007. С. 577.

соответствующих нормативных актов, предусматривающих права и обязанности субъектов; в) наделение участников общественных отношений правоспособностью и дееспособностью, позволяющих им вступать в разнообразные правовые отношения; г) определение мер ответственности на случаи нарушения этих установлений.

Метод правового регулирования — это набор юридического инструментария, посредством которого государство оказывает необходимое воздействие на волевое поведение участников общественных отношений.

Наряду с общим методом правового регулирования существуют и конкретные методы, характерные для тех или иных отраслей права. К ним относятся: императивный, диспозитивный, поощрительный, метод автономии и равенства сторон, рекомендательный, убеждения и принуждения»<sup>40</sup>.

Думается, такая удручающая картина обусловлена сохраняющим господствующее положение в отечественной теории права узко-этатистского типа правопонимания (когда метод правового регулирования связывается исключительно с «государственным воздействием на волевое поведение участников общественных отношений») и нежеланием принимать во внимание изменения, происшедшие в социальных науках и науковедении в конце XX века, в том числе, и системном подходе.

Эти изменения связаны с тем, что в конце 70- начале 80-х гг. XX века в «классическом» системном подходе обнаружились серьезные проблемы, недостатки. Не будет, видимо, преувеличением утверждение, что теория систем и система государственного управления сегодня находятся в кризисном состоянии. Оно обусловлено, прежде всего, кризисом объекта и среды (которые взаимообуславливают друг друга) управления, а также с трансформацией «классической» теории управления в постклассическую.

---

<sup>40</sup> Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах / Отв. ред. М.Н. Марченко. 3 изд., перераб. и доп. Т. 2. Право. М., 2007. С. 577 – 578.



## **§ 2. КРИЗИС КЛАССИЧЕСКОЙ ЭПИСТЕМОЛОГИИ, ОБЩЕЙ ТЕОРИИ СИСТЕМ И РАЦИОНАЛЬНОСТИ ПРАВА**

Конец XX – начало XXI вв. совпал с кризисными явлениями как в социальной жизни, так и в науке, призванной осмыслить происходящие изменения и дать рекомендации по их нейтрализации. Л.И. Спиридонов, определяя современное состояние общества (человечества) как кризисное, писал: «Грабительское отношение к природе (экология); нежелание соразмерять реальные ресурсы с темпами и содержанием развития, в частности, с демографией (границы роста, определенные Римским клубом); распад нравственных основ на уровне государств (ограбление одних народов другими, двойной моральный стандарт, ложь, преступления правительств, включая глав государств); однополярность, приведшая к отсутствию выбора народами пути развития, отличного от того, который начертан мировой державой; получение возможности решать судьбы народов военной силой; распад культурных основ и их вытеснение массовой «культурой»; техническая возможность оперировать посредством СМИ общественным сознанием и манипулирование им; уменьшение роли науки, особенно гуманитарной; распадение демократических принципов политического управления; игнорирование права (клятвопреступник может быть официально оставлен президентом крупнейшей державы) и т.д. – вот реальные проявления кризиса мировой цивилизации»<sup>41</sup>. Важно заметить, что отмеченные кризисные явления, относящиеся к числу онтологических, теснейшим образом связаны с гносеологическими проблемами науковедческого, шире – мировоззренческого, плана. При этом онтология, как оказалось, непосредственно зависит от способа осмысления мира, его представления. Дело

---

<sup>41</sup> Спиридонов Л.И. Философия права // Избранные произведения: Философия и теория права. Социология уголовного права. Криминология. СПб., 2002. С. 20. О кризисном состоянии современного социума см. также: Giddens A. Runaway World. Now Globalisation is Reshaping our Lives. London, 1999; Wallerstein I. The End of the World as we know it. Social Science for the Twenty-First Century. Minneapolis, London, 2003.

в том, что социальный мир включает в себя представление о нем<sup>42</sup>. Это же касается и естественных наук, так как принцип дополнительности Н. Бора может быть интерпретирован в смысле влияния метода исследования на его результат. В любом случае глобальные проблемы современности становятся именно «глобальными», когда осознаются в качестве глобальных.

Ситуация в эпистемологии (науковедении) в конце XX – начале XXI вв. также может быть квалифицирована как кризисная. Классическая наука, ее гносеологические основания, оказались поставленными под сомнение, как и весь проект Просвещения в связи с доминированием в науковедении радикального релятивизма. Вера в силу человеческого разума, в его возможность аподиктично описать и объяснить мир, и на этой основе рационально его преобразовать сегодня представляется не только завышенным ожиданием, но и опасным предприятием, «пагубной самонадеянностью», по терминологии Ф. Хайека. Сегодня ни одна точка зрения не может быть содержательно обоснована и претендовать на абсолютную истину.

Во второй половине XX века в западной культуре произошло несколько важных событий, поставивших под вопрос существование рациональной традиции, по крайней мере, в том виде, в каком она сохранилась до этого времени. В этом ряду, прежде всего, следует отметить антропологическую «революцию», о которой уже упоминалось выше.

Приблизительно до середины XX века на Западе господствовало представление о том, что народы Африки, Азии и Океании являются отсталыми и качественно отличаются от европейцев. Это отличие видели в характеристике их мышления, которому чужды законы формальной логики. Их сравнивали с мышлением «современных» детей из-за «общего для них

---

<sup>42</sup> В подтверждение этих слов можно привести знаменитую «теорему» У. Томаса (один из его афоризмов, названный «теоремой» Р. Мертоном), с точки зрения которой ситуация *реальна* настолько, насколько она *воспринимается как реальная*. – Thomas W. Das Kind in Amerika // Person und Sozialverhalten / Hrsg. von E. Volkart. Neuwied, 1965. S. 114.

недостатка в сложном опыте»<sup>43</sup>. При этом предполагали (разрабатывая соответствующие программы под эгидой ЮНЕСКО), что такое невежество связано исключительно с низким уровнем экономического, социального и политического развития их стран. Однако, как показали многочисленные кросс-культурные исследования, характеристика мышления зависит не только от уровня развития экономики. С другой стороны, они выявили рациональность повседневной жизни «отсталых» народов, значительно превышающую навыки евро-американцев в таком, например, виде деятельности, как определение объема риса в мешках, счет специальными мерами и т.д.<sup>44</sup>. Таким образом, оказалось, что их мышление по-своему рационально и логично. Это, в частности, утверждали многие авторитетные антропологи еще в начале XX века, хотя их голос не был услышан в хоре противоположных мнений. Так, например, уже в 1910 году Л. Леви-Брюль полагал, что представления «примитивных» народов являются коллективными, они довлеют над индивидуальными и выступают для индивида предметом веры, а не продуктом его мысли. У них эмоции неотделимы от познания, а отношения между событиями носят скорее мистический, нежели причинно-следственный характер. Однако при этом Л. Леви-Брюль «не считал эту форму мышления неполноценным предшественником цивилизованного мышления, не приравнивал к мышлению европейских детей, скорее рассматривал как качественно иной вид мышления»<sup>45</sup>.

Все это нашло концептуальное воплощение в первой программе культурного релятивизма М. Герсковица. Ему, по-видимому, принадлежит историческое первенство в систематической и аргументированной критике существования единой закономерности в истории мировых культур, за образец которой взята западноевропейская модель развития. По его мнению, самобытные культуры не могут быть сведены к частым единого всемирно-

---

<sup>43</sup> Коул М. Культурно-историческая психология: наука будущего. М., 1997. С. 29.

<sup>44</sup> Коул М. Культурно-историческая психология: наука будущего. М., 1997. С. 89 – 120.

<sup>45</sup> Коул М. Культурно-историческая психология: наука будущего. М., 1997. С. 30.

исторического процесса. Поэтому культурно-исторический процесс – это сумма разнонаправленно развивающихся культур. Каждая культура уникальна и неповторима, поэтому отсутствуют единые критерии их развития и, более того, критерии для их сопоставления (сравнения)<sup>46</sup>.

Параллельно и в одном русле с антропологическими исследованиями складывалась концепция лингвистической относительности. Как показали ее родоначальники Э. Сэпир и Б. Уорф, структуры языка, организуя человеческое восприятие и опыт, в значительной мере влияют на структуры общественного сознания и, как следствие, - на мировоззрение и мироустройство<sup>47</sup>. Так, например, в китайском языке отсутствует предикат «есть», реализующий закон тождества ( $A=A$ ), имеющийся во всех индоевропейских языках, и широкое использование в китайской культуре прагматической категории «ценности» (или «полезности») взамен категории «истины», столь характерной для европейской традиции и для выражения которой требуется закон тождества<sup>48</sup>. Отсюда вытекает два принципиально важных вывода: разные языки (языковые группы) обуславливают различные картины мира и невозможность полного перевода (семантической тонкости, например, метафоры одного языка не могут быть точно переданы средствами другого). «Не достроив Вавилонской башни, разноязыкое человечество взамен идеологического всеединства реализовало творческое многообразие, создав Египетские пирамиды и Акрополь, Тадж-Махал и Руанский собор, Московский кремль и небоскребы Манхеттена, - пишет В.Ф. Петренко. Взамен целостности и простоты человечество обрело разнообразие, необходимую особенность любой сложной системы, обеспечивающую ей выживание и эволюцию. Многообразие же языков и, как следствие, множественность картин мира, присущих национальным культурам, - звено в этой цепи»<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Herskovits M. Cultural Anthropology. N.Y., 1955.

<sup>47</sup> См. подробнее: Петренко В.Ф. Основы психосемантики. М., 1997. С. 28 – 37.

<sup>48</sup> Петренко В.Ф. Основы психосемантики. М., 1997. С. 28.

<sup>49</sup> Петренко В.Ф. Основы психосемантики. М., 1997. С. 28.

Господство релятивизма во второй половине XX века отмечается также и в философии. В конце 60-х годов складывается и становится наиболее влиятельным направлением постпозитивистская философия науки, лидерами которой по праву являются Т. Кун и П. Фейерабенд. Их основные усилия были направлены, прежде всего, против традиционной «кумулятивной» картины истории науки. Согласно последней, история науки – это поступательное движение от незнания ко все более полному знанию, к абсолютной истине; каждое новое открытие дополняет старые, внося в копилку человеческой мудрости свой вклад. Такое представление полностью гармонирует с принципом прогрессизма, сложившимся в Новое время. Постпозитивисты, и, прежде всего, Т. Кун, на богатом материале из истории естествознания опровергли это представление и заменили его концепцией научных революций. По их мнению, каждое новое научное открытие не дополняет предыдущие, но опровергает их, новая парадигма полностью отбрасывает старую. Поэтому сама история науки – это история заблуждений.

Из идеи некумулятивности истории науки вытекает одна из наиболее радикальных версий релятивизма. Дело в том, что парадигмы у Т. Куна не сосуществуют (располагаясь «горизонтально»), а сменяют (в «вертикальном» срезе) одна другую. У них принципиально различное мировосприятие (например, геоцентричная и гелиоцентричная картины мира), а, следовательно, совершенно иной понятийный аппарат, делающий невозможным перевод с одного языка на другой. Представители различных парадигм живут как бы в разных мирах, они «подобны, вероятно, членам различных культурных и языковых сообществ. Осознавая это параллелизм, мы приходим к мысли, что в некотором смысле правы обе группы. Применительно к культуре и ее развитию эта позиция действительно является релятивистской»<sup>50</sup>.

Не менее радикальную позицию в этом вопросе занимает крупнейший представитель аналитической философии В. Куайн, выдвинувший теорию

---

<sup>50</sup> Кун Т. Структура научных революций. 2 изд. М., 1977. С. 267.

онтологической относительности. Онтология, с его точки зрения, относительна, во-первых, той теории, интерпретацией которой она является, и, во-вторых, некоторой предпосылочной теории, в роли которой обычно выступает «домашняя» система представлений. Поэтому при всякой попытке перевести какое-либо слово с одного языка на другой, возникает принципиально неустранимая неопределенность<sup>51</sup>. В. Куайн распространяет тезис неопределенности перевода даже на «родной» язык: каждый человек имеет свой язык, который не может быть однозначно переведен на язык другого человека.

Другое, не менее важное следствие постпозитивистских изысканий – размывание критериев научности. Прежде всего, был отброшен критерий научного метода вследствие его исторической изменчивости. Затем «полетели в мусорное ведро» факты. Постпозитивисты достаточно наглядно продемонстрировали, что факты всегда теоретически нагружены, поскольку научное исследование начинается не с их сбора, а с выдвижения гипотезы. Кроме того, отдельное эмпирическое знание становится научным фактом лишь вследствие его интерпретации какой-либо теорией. Одновременно кризис классической физики начала XX века показал, что одни и те же факты могут образовать эмпирический уровень различных теорий, а одна теория может быть подтверждена совершенно разными (отрицающими друг друга) фактами. Более того, ни одна теория никогда не верифицируется полностью и окончательно. Эта же участь постигла программу неопозитивистов, выдвинутую Д. Гилбертом, в которой роль фактов должна была играть логика. Невозможность формализовать более или менее сложную систему доказала ее невыполнимость.

Таким образом, по мнению постпозитивистов, собственно эпистемологических критериев научности не существует. Они, реабилитировав философию (которая по определению не является наукой), вынуждены были либо вообще отказаться от поисков демаркационной линии науки (этим, в частности, отличался П. Фейерабенд, заявивший, что нет не только

---

<sup>51</sup> Quine W. Word and Object. N.Y., London, 1960. P. 27.

принципиальной разницы между наукой, мифом, религией и т.д., но эти вненаучные знания должны обогащать ее), либо искать их вне науки. Где? В социальной сфере. Именно постпозитивистами и примкнувшими к ним исследователями социологии знания стала активно разрабатываться социальная сторона науки. Им принадлежит пальма первенства в разработке концепции науки как социального института. Поэтому критерии научности для них, как правило, конвенциональны, - это нормы и принципы, выработанные научным сообществом.

Критика классического рационализма шла и по другим линиям. Так, например, было опровергнуто резкое противопоставление научного разума здравому смыслу, характерное для эпохи Просвещения. Именно в ту эпоху сформировалось представление о науке как «законодательном» разуме (термин З. Баумана), претендующем не только на монопольную истину при описании и объяснении действительности с помощью научных методов, но и, опираясь на научный прогноз, - на предписание должного (истинного) поведения. Такая установка, понятно, ориентирована на критику здравого смысла и непрофессионального знания, которому нельзя «доверять представлять истину»<sup>52</sup>.

Во второй половине XX века складывается и завоевывает все больший авторитет иная эпистемология, ориентированная на «интерпретативный» разум. Если законодательный разум представлен монологом, и, как следствие, - отношением господства – подчинения, то интерпретативный – диалогом, процессом взаимного информирования (коммуникации) и отношениями партнерства. «Смыслом существования законодательного «проекта», - пишет З. Бауман, - была возможность метода, то есть процедуры, гарантирующей общезначимость результата просто тем, что ей шаг за шагом скрупулезно следовали; и опора на принцип, что результаты, полученные в конце

---

<sup>52</sup> Бауман З. Философские связи и влечения постмодернистской социологии // Вопросы социологии. 1992. Т. 1. № 2. С. 10.

методической процедуры, обладают высшей познавательной общезначимостью, на которую не могут претендовать никакие неметодические усилия»<sup>53</sup>. Интерпретативный же разум «исходит из момента примирения с сущностно плюралистической природой мира...»<sup>54</sup>.

Эту же тенденцию к обесцениванию повседневного отмечает Б. Вальденфельс: «Повседневное определяется как *смутное, дилетантское, импровизированное, окказиональное* в отличие от ... стандарта *точного, методичного, экспериментально проверяемого и повторно воспроизводимого*. Теперь невежде противостоит не универсальный философ, а *дилетантам* противопоставляет себя специалист в узкой предметной области – *эксперт*. /.../ Эксперт – это в первую очередь прямой наследник философа, ученый как эксперт знания. Сюда же относятся эксперты в области права и искусства. Они имеют свои почти сакральные места в форме академий, дворцов правосудия и музеев. Эксперты вторгаются и подчиняют себе сферу политики, систему воспитания и здравоохранения, они оплетают сетью формальных предписаний возможности повседневности. Бюрократия и технократия колонизируют «жизненный мир»»<sup>55</sup>.

Однако сегодня стало очевидным, что «формирование и организация человека и общества» происходит именно в процессе повседневности как процесса. «Оповседневнивание» означает воплощение и усвоение того, что входит в плоть и кровь человека; «здесь знания и навыки приобретают надежность, которая никогда невосполнима полностью посредством искусственных методов». Это воплощение и есть вид опыта. «В конечном счете, оповседневнивание затрагивает все сферы, включая науку, искусство, религию, так как они лишь в *институционализации* приобретают форму, способную

<sup>53</sup> Бауман З. Философские связи и влечения постмодернистской социологии // Вопросы социологии. 1992. Т. 1. № 2. С. 12 – 13.

<sup>54</sup> Бауман З. Философские связи и влечения постмодернистской социологии // Вопросы социологии. 1992. Т. 1. № 2. С. 14.

<sup>55</sup> Вальденфельс Б. Повседневность как плавильный тигль рациональности // Социологос. М., 1991. С. 44.



продолжительно существовать и сохранять традиции»<sup>56</sup>. Поэтому повседневность характеризуется Б. Вальденфельсом как «воплощенная и просачивающаяся рациональность», как «место образования смысла, открытия правил» и, в конечном итоге, как «сплавляющая рациональность».

Таким образом, можно констатировать, что «репрессивное» отношение к обыденности оборачивается во второй половине XX века ее реабилитацией, особенно в философской и социологической феноменологии.

Еще одно направление критики классического рационализма связано с пересмотром его краеугольного камня – принципа детерминизма. Классический рационализм, - пишет Н.Н. Моисеев, - «имел в своей основе представление о полном детерминизме. Полагалось (без обсуждения, как само собой разумеющееся), что законы естествознания - это только детерминированные утверждения, согласно которым запущенный однажды механизм делает затем все остальное, все то, что происходит или должно произойти вполне однозначным и предсказуемым»<sup>57</sup>.

Однако в XX веке представление о детерминизме было подвергнуто кардинальному изменению. Сегодня можно считать доказанным, что даже в химических процессах преобладают состояния нестабильности. По мнению нобелевского лауреата в области химии И.Р. Пригожина, это связано, во-первых, с открытием неравновесных структур, которые возникают как результат необратимых процессов и в которых системные связи устанавливаются сами собой и, во-вторых, с идеей конструктивной роли времени. Эти новые идеи относительно динамичных, нестабильных систем кардинально поменяли наши представления о детерминизме. В 1986 году сэр Д. Лайтхил, ставший позже президентом Международного союза чистой и прикладной математики, сделал удивительное заявление: он извинился от имени своих коллег за то, что в течение трех веков образованная публика вводилась в заблуждение апологией

---

<sup>56</sup> Вальденфельс Б. Повседневность как плавильный тигль рациональности // Социологос. М., 1991. С. 46.

<sup>57</sup> Моисеев Н.Н. Расставание с простотой. М., 1998. С. 56.