

ГЕНЕАЛОГИЯ НОРМАТИВНОСТИ ПРАВА: К ПРОБЛЕМАТИЗАЦИИ СТАНОВЛЕНИЯ КОНТИНЕНТАЛЬНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ДОГМАТИКИ

В. И. ПАВЛОВ*

В статье проблематизируется процесс рецепции римского права на Западе и пересматривается отношение к юридической догматике как аутентичной традиции восточнославянской части романо-германского правового мира. Обосновывая мощное влияние католической схоластики на формирование традиции глоссаторов в XI–XII вв., автор предлагает обратиться к исследованию процесса влияния византийской правовой традиции на восточнославянский регион через анализ древнерусского права.

Основные выводы исследования: 1) юридическая догматика как полноценное учение не вошла в современную классическую общую теорию права, окончательно сформировавшуюся в восточнославянском регионе в советский период, поскольку догматика трансформировалась в юридическую технику; 2) существенное влияние на формирование догматической юриспруденции оказали католическое учение и метод XI–XII вв. — схоластика. Схоластика как метод рационального доказательства веры содержала в себе метафизические априорные основания, используемые в процессе аргументации, — эти основания, равно как и сам схоластический метод, были восприняты глоссаторами; 3) римское право, таким образом, было реципировано в западноевропейскую континентальную правовую традицию не в чистом виде, а через католическую доктрину — в том виде, в каком его сформировали глоссаторы; 4) восточнославянский регион в правовом отношении формировался в тесных отношениях с Византией, и в период Киевской Руси право было напрямую реципировано из византийских правовых источников; 5) в связи с этим для восточнославянской цивилизации цивилизационно-культурное родство с Византией и кризисное состояние самой современной западноевропейской культуры, в том числе и по правовым вопросам, дают повод к переосмыслению этого огромного культурного правового наследия и его роли в формировании аутентичной правовой традиции.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: юридическая догматика, догма права, общая теория права, юриспруденция понятий, классическая теория права, постклассическая теория права, православие, Византия, византийское право, каноническое право, рецепция римского права, католицизм, схоластика, юридическая глосса.

* Павлов Вадим Иванович — кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры теории и истории государства и права Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь.

Pavlov Vadim Ivanovich — candidate of legal sciences, associate professor, head of the department of the theory and history of state and law of the Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Belarus.

© В. И. Павлов, 2013

E-mail: vadim_pavlov@tut.by

PAVLOV V. I. GENEALOGY OF THE LEGAL NORMATIVITY: TO THE PROBLEMS OF THE ESTABLISHMENT OF THE CONTINENTAL LEGAL DOGMATICS

The article researches the process of reception of the Roman law in the West and reviews the attitude towards legal dogmatics as an authentic tradition of the Eastern Slavic part of the Roman-German legal world. Proving the powerful influence of Catholic scholasticism on forming of the glossators' tradition in the 11th-12th centuries, the author suggests researching the influence of the Byzantian legal tradition on the East Slavic region through the analysis of the ancient Russian law.

The basic conclusions of research are as follows: 1) legal dogmatics as a comprehensive doctrine was not included into the modern classical general theory of law which has finally been formed in the East Slavic region during the Soviet period because the dogmatics was transformed into the legal technics; 2) the Catholic doctrine and method of the 11th-12th centuries — scholasticism — rendered essential influence on forming the dogmatic jurisprudence. Scholasticism as a method of the rational proof of faith contained metaphysical a priori grounds used in the course of the argument. These grounds, as well as the scholastic method, were accepted by the glossators; 3) thus, the reception of the Roman Law in the West European continental legal tradition occurred not in the pure form, but through the Catholic doctrine — in the form created by the glossators; 4) the East Slavic region, in terms of law, was formed in close relations with Byzantium, and during the period of Kievan Rus' reception of law took place directly from Byzantian legal sources; 5) in this connection, as regards the East Slavic civilization, civilization-cultural relations with Byzantium and a crisis state of the advanced West European culture, including legal issues, enable us to reconsider this huge cultural legal heritage and its role in the formation of an authentic legal tradition.

KEYWORDS: legal dogmatics, dogma of law, general theory of law, jurisprudence of concepts, classical theory of law, postclassical theory of law, Orthodoxy, Byzantium, Byzantian law, cannon law, reception of the Roman law, Catholicism, scholasticism, legal gloss.

Введение. Структуры нормы права и нормативности являются устоявшимися положениями классической правовой теории.¹ Общеизвестно, что в континентальной правовой семье строение нормативности было исторически обусловлено так называемым феноменом рецепции римского права, который окончательно приобрел свою каноническую форму в школе немецкого концептуализма (школа «юриспруденция понятий», *Begriffsjurisprudenz*) первой половины XIX столетия и выразился в сложившемся органоне юридической догматики.² Как справедливо отмечает

¹ Здесь мы будем говорить преимущественно о русскоязычной классической теории права, окончательно сформировавшейся в 50-х гг. XX столетия и в своем конструктивном аппарате оставшейся неизменной до наших дней. К классической теории права не относятся постклассические правовые теории, сформированные на основе постклассической методологии (см.: Поляков А. В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. Курс лекций. СПб., 2004; Честнов И. Л. Постклассическая теория права. Монография. СПб., 2012).

² Исследователь юридической догматики А. М. Михайлов так определяет ее предметное содержание: «Формируемые юридическим сообществом устойчивые интеллектуальные структуры (конструкции, понятия, концепции, принципы, классификации и др.), через которые в профессиональном правосознании представлено положительное право, и специальные инструменты осмысления правовых институтов, позволяющие

А. М. Михайлов, «именно догматическая юриспруденция, развивавшаяся на континенте в течение восьми веков, сформировала стиль мышления романо-германских юристов, восприятие норм исследовательской деятельности, критериев научности юридического знания в правовой доктрине, а сама юридическая догматика до сих пор остается одним из основных способов мыслимости права».³ Однако каковы идейно-смысловые содержания становления догматической традиции и действительно ли догма представляет собой универсальный правовой язык, нейтрально фиксирующий правовую реальность? Проблематизация начал и становления континентальной юридической догматики в связи с проблемой нормативности права будет составлять предмет нашего исследования.

1. Генеалогия нормативности: от юридической догматики — к общей теории права. Современная классическая общая теория права есть не что иное, как прямой плод догматической традиции в правоведении. Вместе с тем нельзя не указать на те трансформации, которые претерпела юридическая догматика на своем пути к воплощению в общей теории права. Остановимся на данном вопросе подробнее.

Аутентичная юридическая догматика, по крайней мере в рамках *Begriffsjurisprudenz*, предполагает возвышение, надстраивание догмы не над социальной практикой, жизненной фактичностью, а над законодательством, всегда конкретным и привязанным к месту (что в первой половине XIX в. было обусловлено отсутствием корпуса общей теории права и все еще продолжающейся переработкой и усвоением положений глоссированного римского права). Классическая же общая теория права уже не различает такую связку: с одной стороны — законодательство, а с другой — догматику, — как парадигмальный метод работы с законодательством. Сегодня догматика, как правило, рассматривается теорией исключительно в качестве частного технического средства обработки нормативного материала (юридическая техника), но не как системно-конструктивного общеправового (и даже философско-правового) метода обработки правовых положений (норм права), закрепленных в нормативных правовых актах, приводящего к созданию самостоятельного мира (этажа) понятий и юридических конструкций. «Ранний» Р. Иеринг в своей «Юридической технике» отмечал, что юридическая конструкция в отношении норм законодателя должна быть «совершенно свободна, собственные конструкции законодателя не обладают над ней обязательной силой. Законодатель не должен конструировать — он этим переходит в область науки, лишает себя авторитета и силы законодателя и становится с юристом по одну линию».⁴ Задача юридического конструирования, по Р. Иерингу, представляет специфическое «художественное творчество». В своей программной статье (1857 г.) он поясняет: «мы... сами создаем те объекты, природу и сущность которых определяем. Конечно, материал для нашего творчества дан (законодательство. — В. П.), но то, что мы делаем из него, составляет в действительности нашу собственную продукцию, так как мы

отдифференцированной правовой системе воспроизводиться и развиваться, формировать технико-юридическую общность правовых систем, устойчивость и единообразие юридических практик» (см.: Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики. Монография. М., 2012. С. 440).

³ Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики. Монография. С. 453.

⁴ Иеринг Р. Юридическая техника. СПб., 1905. С. 82.

не только сообщаем другой порядок этому материалу, но и специфицируем его — *конструируем* из него специфически *юридические* тела».⁵

Догматический аппарат юридической науки, который в концептуализме прозрачно брался в качестве метода обработки законодательства, правовых положений (при свободной артикуляции наряду с догматическим также таких методов правового познания, например, как исторический или естественно-правовой), в рамках классической общей теории права стал постепенно ассоциироваться с самим процессом обобщения правовых положений, с техникой правотворческой и правоприменительной деятельности. «Впитавшись в поры» самой этой деятельности, догматический аппарат, став своего рода подручным языком права, создал предпосылки для догматического правового представления как единственно возможного и аутентичного способа понимания правовой реальности и работы с ней. В особенности это касается отраслевого юридического мышления, ориентированного на практику. Согласно этому способу понимания правовой реальности правоположение всегда фиксируется в догме и возможно только как догма, и советская теория права (особенно послевоенного периода) окончательно приняла это положение — разумеется, на политико-правовой платформе марксистско-ленинской философии права, разместившейся в нормативизме диалектико-материалистического типа. Сам же Р. Иеринг, например, во второй период своего творчества (с 60-х гг. XIX в.) разочаровался в концептуализме и перешел на позиции социолого-правового метода обработки правовых положений, начав представлять правовую реальность не через догму как логическую систему конструкций, «юридических тел», а через факты жизни, в основе которых лежит личностная, субъективная воля лиц, субъектов права — интерес и борьба за него. Существенно то, что к этому положению, как подтверждает В. М. Нечаев, Р. Иеринг пришел не только через личное удостоверение в неадекватности концептуализма на практике, но и через историческое исследование генезиса классического римского права, в недрах которого в качестве смыслового источника права немецкий мыслитель не обнаружил ничего, кроме личной воли, корректная фиксация которой возможна только конкретно социологически, т. е. «при господстве определенного порядка отношений».⁶

Генеалогия догматической юриспруденции и влияние последней на становление общей теории права обращает внимание еще на одну существенную деталь, весьма значимую для нашего исследования. Трансформация догматического метода в классической общей теории права, с одной стороны, редуцировала этот метод и свела его лишь к частному техническому приему обработки законодательства, причем к приему, используемому в самом процессе правотворчества (на что концептуалистами, кстати, налагался запрет⁷). Политико-правовой и философский слои юридической догматики как полноценной правовой доктрины (а догматика представляет собой именно полноценную правовую доктрину⁸) остались

⁵ *Иеринг Р.* Задача современной юриспруденции // Юридический вестник. 1883. Т. XIII. № 8. С. 540.

⁶ *Нечаев В. М.* Иеринг Рудольф // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона (1890–1907). http://ru.wikisource.org/wiki/ЭСБЕ/Иеринг,_Рудольф (дата доступа: 25.01.2013).

⁷ *Иеринг Р.* Юридическая техника. С. 82.

⁸ В. М. Нечаев отмечает, что как во времена глоссаторов, так и в современном ему догматическом направлении немецкого правоведения «практические задачи догматика отождествлялись с философскими» (см.: *Нечаев В. М.* Конструкция юридическая //

за рамками общей теории права, — как мы уже сказали, в общей теории права место политики права занял общеюридический диалектико-материалистический метод, не отрицавший догму (учение К. Маркса об интересах имело точки соприкосновения с «буржуазным учением» «позднего» Иеринга, который после разочарования догматикой также признавал за догмой чисто технический характер), но признававший ее лишь в качестве технического инструмента конструирования позитивного права. Однако, с другой стороны, такая трансформация избавила советскую, а, главное, уже постсоветскую, современную теорию права от привязки к мощному политико-правовому слою догматического «юридического искусства», хотя после распада СССР в постсоветской теории права философия права в большинстве своем переориентировалась на либеральную правовую политику (наиболее яркий пример — правовая концепция В. С. Нерсисянца). Тем не менее современная юридическая наука сохраняет догматику в качестве инструментального каркаса и теоретического, и практического правоведения.

Поэтому положительное значение догматики, на наш взгляд, заключается в том, что в некотором смысле она, выступив только в качестве юридической техники, оставила место для философско-правового и политико-правового наполнения постсоветской теории, топологически сделав политико-правовой слой уже постсоветской юридической науки открытым (хотя он и был занят либеральной правовой политикой за отсутствием иных альтернативных моделей). Однако рискнем утверждать, что это, казалось бы, сугубо положительное значение догматики для современной теории права, согласно которому догма стала одной лишь только техникой, техническим слоем общей теории права, тем не менее, содержит в себе и препятствие для преодоления догматического (здесь — просоветского) способа правового представления и, следовательно, преодоления несоответствия современной правовой теории уже качественно иной, [пост]современной социальной практике, которая не может быть полностью, точно и эффективно отражена через догму. Парадоксально, но, несмотря на то что догматика в общей теории права «есть только как техника», тем не менее, она неявным образом транслирует структуры политики и философии права юридического концептуализма, что обусловлено жесткой сцепкой техники и политики права. Ведь следует помнить, что «сущность техники вовсе не есть что-то техническое».⁹ Как бы ни менялись политика и философия права, какие бы философско-правовые концепции ни предлагали правоведа, аппарат теории права обеспечивает стабильное воспроизводство догматического стиля правового мышления — по крайней мере, юридическая практика полностью полагается именно на него.

В такой методологической ситуации единственно возможным способом ревизии догматизма является деконструкция¹⁰ его аппарата, что означает не отказ от него, а расшатывание, смещение его границ, замыкающих догматическое поле, на базе языке самой догматической традиции с последующим реконфигурированием аппарата юридической науки.

Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона (1890–1907). http://ru.wikisource.org/wiki/ЭСБЕ/Конструкция_юридическая (дата доступа: 25.01.2013).

⁹ Хайдеггер М. Вопрос о технике // *Время и бытие: Статьи и выступления* / пер. с нем. М., 1993. С. 221.

¹⁰ О деконструкции как способе понимания метафизической традиции см.: Керимов Т. К. Социальная гетерология: методология и теория исследования. Автореф. дис. ... д. филос. н. Екатеринбург, 1999.

2. Догма как скрытая правовая политика классической общей теории права. В чем заключается это скрытое, неявное, однако действительное влияние политики и философии юридической догматики, якобы нейтральной юридической доктрины, восходящей через глоссаторов к классическому римскому праву? Ответ на этот вопрос следует искать в самих началах становления догматического метода.

Дореволюционный правовед В. М. Нечаев так оценивал значение юридического концептуализма: «На самом деле, — писал он, — юридическая конструкция — прием условный, имеющий значение только по отношению к тому праву, к анализу которого она применяется. Изменения в юридических нормах, зависящие от законодательной политики данного времени и изменения условий общественной жизни, а также усовершенствования средств защиты (развитие, напр., способов «укрепления прав») принципиально видоизменяют как состав отдельных сочетаний, так и соотношение групп юридических понятий... Изолирование юридических норм от жизненных отношений, их вызвавших, полезное, как технический прием, не должно идти до забвения исходных моментов каждого права: потребностей жизни и необходимой, в данный период развития, комбинации частных и общественных интересов».¹¹

Забвение жизни и ее потребностей, приоритет системно-логического над жизненно-практическим является тем невидимым на первый взгляд догматическим остатком, который рассеян в аппарате современной юриспруденции, в ее догме. Именно сам аппарат (органика принципов, институтов, норм, их конструктивные особенности, классификации, иерархии и т. п.) своим «юридическим телом» воплощает приоритет отвлеченного «юридического художества» над жизнью и создает препятствие в виде канонизированного компендиума догматических положений как на уровне общей теории права, так и в отраслевых теориях (теории уголовного права, процесса, гражданского права и т. д.). Своей органикой, которая, на первый взгляд, представляется в качестве естественной и единственно возможной формы схватывания реальности права, аппарат догмы блокирует, ставит запрет на выход за пределы догматического представления правовой реальности. Вопросы об абсолютном и относительном правоотношении, моменте начала и окончания того или иного правового явления (ответственности, правоотношения и т. д.), конструкции фактических составов, фикции, презумпции, дефиниции, целые модели процессов и логика их построения, а также иные теоретические фигуры незримо, под прикрытием аксиоматичности базовых конструкций общей теории права нередко препятствуют становлению новых юридических форм фиксации динамичной правовой жизни. Можно признать обоснованными те претензии к общей теории права со стороны специалистов отраслевых дисциплин, которые основаны на констатации явного несоответствия динамично развивающихся отраслевых отношений, современных юридических практик существующей канонической форме их фиксации и прочтения. И в то же время само отраслевое юридическое мышление нередко не способно фиксировать и понимать правовую реальность не-догматически, отождествляя ее с реальностью догмы.¹²

¹¹ Нечаев В. М. Конструкция юридическая.

¹² См., напр.: Данько И. В. Нужны ли УПК такие реформы? // Юстиция Беларуси. 2012. № 11. С. 28–30.

Для того чтобы выяснить столь притягательное и мощное фундирование догмой классического правового предствления, необходимо обратиться к генеалогическому рассмотрению континентальной юридической догматики, начала которой закладываются в западноевропейском Средневековье в недрах схоластического мышления католицизма.

3. Схоластика — юридическая глосса — догматический метод. Несмотря на то что восточнославянский регион в плане построения права системы права и его источников оказался под влиянием романо-германской правовой традиции и сегодня мы считаем эту традицию аутентичной нашему цивилизационно-культурному организму, тем не менее анализ начал становления догматики права в недрах школы глоссаторов заставляет нас если не отказаться, то, по крайней мере, серьезно пересмотреть отношение к континентальной правовой традиции (в ее догматическом изводе) как к аутентичной.

Приведем два пассажа исследователя догматики, наглядно характеризующих истоки догматического мышления и, собственно, мышления самих глоссаторов: «Исследовательский инструментарий, используемый для изучения *Corpus Iuris Civilis* школой глоссаторов, соответствовал культурным нормам схоластики... «Картина мира», в рамках которой формировалась континентальная догматическая традиция, была сформирована религиозной схоластической культурой XII–XIII столетий. Для сознания средневековой интеллектуальной элиты характерно восприятие авторитетных текстов как *ratio scripto* неизменных и универсальных канонов, содержащих истину, законченную систему знания. Для юристов-схоластов действительность права конституируется его письменной текстуальной формой и рациональностью содержания: мир подлинного права — это не социальная действительность, а действительность познаваемой и познающей мысли, приближающая человека к Богу».¹³

Уже из этой характеристики следует, насколько важно уметь различать не только правовые школы и направления, но и религиозные традиции, в лоне которых эти школы и направления формировались, особенно когда мы говорим о Средних веках. Законное место схоластики в стиле мышления континентальной правовой традиции обязывает понимать, что начало становления континентальной традиции фундировано римо-католицизмом. Схоластика, по замечанию Г. Ф. Шершеневича, имеет целью «доказать посредством логических рассуждений истинность догматов христианской религии, иначе обязана объяснить разумом то, что предполагает вера».¹⁴ Схоластика — это пружина западного Средневековья. Основная опора схоластов (особенно с XIII в.) — это Аристотель (в основном в арабской и еврейской интерпретациях¹⁵). Метод, которым пользовались схоласты, — это силлогизм, заключающийся в дедуктивном выведении следствия из основного положения (большей посылки). Основное, или исходное, положение не подвергалось критике и не добывалось опытным путем — оно было дано как аксиома. «Все остроумие схоластика, — отмечает историк права, — было направлено на то, чтобы выводы были логичны и в то же время не стояли в противоречии с христианским вероучением... благодаря

¹³ Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики. Монография. С. 444.

¹⁴ Шершеневич Г. Ф. История философии права. М., 1906. С. 152.

¹⁵ Подробнее см.: Жильсон Э. Философия в средние века: от истоков патристики до конца XIV века / пер с фр.; общ. ред., послесл. и примеч. С. С. Неретиной. 2-е изд. М., 2010. С. 265–296.

такому методу, система схоластической философии представляла собою ряд бесконечных и бесполезных делений, подразделений, сопоставлений, соподчинений, противоположений». ¹⁶ Главная роль схоластики для средневекового Запада, таким образом, заключалась не в добывании нового знания, а в изоляции мысли независимо от ее содержания.

Как справедливо утверждал Г. Ф. Шершеневич в отношении глоссаторов, «дух времени не мог не отразиться на юристах... пандекты для юристов были тем же, чем для церкви Откровение. Их знания были потому ценны, что за ними стоял авторитет великого Рима. Их взгляды были настолько убедительны, насколько опирались на *ratio scripta*, каковым представлялось молодому западноевропейскому обществу римское право». ¹⁷ С. А. Муромцев также указывал на серьезную методологическую ошибку глоссаторов, связанную с пониманием римского права: «Совершенно искренно, — писал дореволюционный правовед, — глоссатор признавал идеалом своего времени право... столь же искренно он верил в полную внутреннюю гармонию этого (римского. — В. П.) права, не подозревая возможности противоречий в нем, и каждое видимое противоречие старался устранить путем толкования... он (глоссатор. — В. П.) преклонялся перед римским правом как перед высшим авторитетом и не помышлял о какой бы то ни было критике его. Из сказанного проистекло двоякое искажение римского права: во-первых, казуальные решения римских юристов... истолковывались как согласные... во-вторых, общие правила римских юристов (*regulae iuris*), как известно, очень часто содержавшие односторонние и недостаточно продуманные обобщения и потому и противоречившие и между собою, и с отдельными казуальными решениями, истолковывались так, как будто они были бы непогрешимыми истинами и получали значение, которое не соответствовало их истинному смыслу». ¹⁸ Высокое Средневековье, в рамках которого впервые серьезно обозначилось противоборство римских пап и королей, дало начало тематизации величия античного мира, ведь не стоит забывать, что юристы-глоссаторы (равно как и комментаторы), прежде всего, представляли интересы государей и были выгодны последним в их использовании против католической церкви (как верно заметил Г. Ф. Шершеневич, в Средние века «одни легисты представляли светскую науку»¹⁹). Если пока еще не Аристотель, переведенный с аутентичного греческого источника и адаптированный в каноне схоластики через томизм только в XIII столетии, то, по крайней мере, греко-римское право, Юстинианов Свод, в эпоху глоссаторов должен поддерживать смутно зарождающуюся тягу к величию античности, а на самом деле — под ее покровительством стремление к независимости, прежде всего от католической церкви.

Работа глоссаторов по аналогии уподоблялась работе католических схоластов. Она заключалась в построении силлогизмов: большей посылкой было правило из текста римского источника (однако очень скоро им стало мнение авторитетного глоссатора — известная средневековая юридическая поговорка об авторитетности комментариев глоссатора Аццо гласит: «*Chi non ha Azo, non vado a palazzo*», меньшей — подлежащая разрешению фактическая ситуация. Главное — логичность вывода и его непротиворечие авторитету римского текста как правовой аксиоме. Вследствие

¹⁶ Шершеневич Г. Ф. История философии права. С. 153.

¹⁷ Там же. С. 181.

¹⁸ Муромцев С. А. Рецепция римского права на Западе. М., 1886. С. 28–29.

¹⁹ Шершеневич Г. Ф. История философии права. С. 187.

множились, разделялись, противопоставлялись, классифицировались понятия по различным признакам, придумывались искусственные и нелепые казусы, для преподавателей вырабатывались схемы изложения, канонизировались авторитеты и умножались цитаты. Как неоднократно отмечалось в российской дореволюционной правовой науке, средневековые юристы, «преклоняясь перед глубоким смыслом римского права, относясь с благоговением к каждой строчке его, не задавались вопросом, соответствует ли существующий порядок идее правды. Такой вопрос был неуместен».²⁰ Немецкий романист XIX в. Ю. Барон (который, кстати, отстаивал позиции римского права в борьбе со сторонниками германского национального права) также указывает, что «глоссаторам не доставало исторических познаний и исторического смысла: они не подозревают, что римские нормы развивались у римлян лишь постепенно и что современные им жизненные отношения существенно отличны от римских; они не воспользовались для толкования юстинианова права ни до-юстиниановыми источниками права, ни после-юстиниановыми, ни прочею древнею литературой».²¹

Комментаторы, продолжая дело глоссаторов, уже работали не с римскими источниками, а только с глоссами (комментировали их в основном *Glossa magna* Аккурсия), равно как и западноевропейские суды в качестве источника права признавали не римские источники, а глоссы на них. Оторвавшись от римского текста, комментаторы еще более усилили использование схоластических методов в работе с глоссой и одновременно попытались вывести из многочисленных глосс дедуктивные «общие положения, которые мыслились как универсальные, как позабытое в эпоху глоссаторов естественное право (*ius naturale*)»,²² что, в свою очередь, было обусловлено потребностями развивающегося торгового оборота. Однако проблематичность метода комментаторов заключалась в том, что отыскиваемое ими для потребностей практики *ius naturale* не должно подрывать авторитет глосс, что привело к росту судейского произвола, изошрению словесной эквилибристики, крючкотворству интерпретаторов — в общем, к еще большей путанице такого рода «рецепции». Вместе с тем, как отмечает С. А. Муромцев, в этой работе комментаторы во многом осуществили сообразование глоссированного права с каноническим правом и местным законодательством.²³

И. А. Покровский говорит, что господство комментаторов в XIV столетии привело к негативной социальной оценке работы юристов: «общество возненавидело юристов как крючкотворов, софистов и обманщиков».²⁴ Нередко на юристов смотрели как на плохих христиан («Die Juristen sind böse Christen»). П. Г. Виноградов приводит отношение к комментаторам немецкого гуманиста XV в. Ульриха фон Гуттена, которое выражалось в презрительных нападках на «жадную, невежественную, педантичную толпу юристов, которые затемняют самые простые вопросы и пользуются своим претенциозным образованием, чтобы выжимать соки из бедного человека».²⁵

²⁰ Там же. С. 185.

²¹ Барон Ю. Система римского гражданского права. В 6 кн. / предисл. В. В. Байбака. СПб., 2005. С. 46.

²² Дождев Д. В. Римское частное право. Учебник / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. 3-е изд., испр. и доп. М., 2011. С. 17.

²³ Муромцев С. А. Рецепция римского права на Западе. М., 1886. С. 40.

²⁴ Покровский И. А. История римского права / вступ. ст., пер. с лат., науч. ред. и коммент. А. Д. Рудокваса. СПб., 1998. С. 263.

²⁵ Виноградов П. Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе. М., 2010. С. 260–261.

По оценкам С. А. Муромцева, «юристы Древнего Рима представили тип юриспруденции, отличающейся наибольшим самобытным творчеством... Иной тип образовался из юриспруденции немецкой... под влиянием рецепции Германия приобрела юриспруденцию, деятельность которой непосредственно направлялась не на творчество новых норм, но на теоретическое и практическое усвоение чуждых юридических понятий и постановлений, на проведение их в жизнь, по строю своему к ним не всегда близкую — на перевоспитание жизни, с одной стороны, и на приспособление чуждого права к условиям жизни — с другой».²⁶

В XVI в. на смену догматике на Западе пришло гуманистическое направление, представленное филологическим и историческим методами, делавшими акцент на отказе от глосс и комментариев. Гуманизм ориентировался на живую и конкретно-историческую природу права, тем самым предвосхитив идеи исторической школы XIX в., однако, как и историческая школа права, не сумел развить рабочий аппарат юриспруденции. В то же время на Западе (преимущественно в Германии) ввиду активно складывающихся новых буржуазных отношений требовались их практическое обеспечение и правовая защита. Уже к XVI в. в Германии римское право было рецептировано окончательно,²⁷ но, в чем согласны все знатоки истории средневекового западноевропейского права, *рецептировано в том виде, в котором оно преподавалось с кафедр глоссаторами и комментаторами (!)*. Таким образом, вместе с рецептированными глоссами в западноевропейскую (т. е. романо-германскую) правовую традицию вошла не только техника, но и правовая политика юридической догматики.

По сути, только в 60-х гг. XX столетия, как отмечает Д. В. Дождев, ученые-романисты пришли к заключению, что аутентичное римское право, в отличие от его рецепции, представляло собой не формально-логический, силлогистический, а казуально-ситуативный тип регулирования.²⁸ Не *ius civile*, а *ius controversum* — «(право, по которому возможны и существуют разногласия среди знатоков) вело не только к признанию подлинности большинства текстов римских юристов, но и к адекватному методу исторического изучения римского права».²⁹ Отражение в классических текстах римских юристов (в основном в Дигестах) правовых положений, различных по смыслу, подчеркивает значительную автономию суждения и есть не что иное, как отражение живых споров по правовым вопросам, которые пронизывают всю историю римской юриспруденции. Именно поэтому «контroversы среди юристов-классиков подчас говорят больше о римских правовых институтах, чем свободные от сомнений, абстрактные правила и определения, которые в основном были выработаны в Средние века».³⁰

4. Рецепция римского права и византийский правовой вопрос.

Итог предложенного анализа, который напрашивается сам собой, заключается в том, что догматика современной классической теории права является не просто языком и нейтральным аппаратом права — она воспроизводит идейно-смысловые содержания общетеоретической догмы, которые выражаются, по сути, во все тех же схоластическо-метафизических способах правового представления и работы с правовым материалом,

²⁶ Муромцев С. А. Рецепция римского права на Западе. С. 95–96.

²⁷ Виноградов П. Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе. С. 260–261.

²⁸ Дождев Д. В. Римское частное право. С. 18.

²⁹ Там же.

³⁰ Там же.

которые конституировались глоссаторами и комментаторами в Средние века. Прав в своих оценках В. А. Томсинов, полагая, что так называемая рецепция римского права является на самом деле «процессом включения античных правовых текстов в духовное поле средневековой европейской культуры».³¹ «Университетская» традиция римского права с ее опорой на авторитетный текст, — утверждает ученый, — не просто зародилась в рамках средневекового западноевропейского общества, она — эта традиция — была неотъемлемым элементом данной общественной системы и ее духовной культуры. Отсюда очевидно, что говорить применительно к ней о «рецепции римского права» — значит говорить бессмыслицу».³²

Надежды современных правоведов на возрождение в восточнославянском регионе профессиональной культурной юридической традиции на основе почтительного отношения к юридической догматике как аутентичной правовой доктрине³³ как минимум вызывают сомнение. На наш взгляд, наряду с необходимым изучением генезиса континентальной юридической догматики для восточнославянского региона более значимой является еще предстоящая работа по внимательному изучению тысячелетнего византийского правового наследия, в котором схоластика как явление сугубо латино-христианское не нашла значительного употребления по историческим, религиозным и цивилизационно-культурным причинам.³⁴ Ведь не западноевропейская, а именно византийская традиция стала первичной цивилизационно-культурной и правовой скрепой восточнославянского региона, главным фундаментом которого выступило восточное христианство. Поэтому очевидно, что генетически тип правового представления на христианском Западе и на христианском Востоке отличается настолько, насколько католическая онто[тео]логия отличается от энергийной онтологии православия,³⁵ о которой еще предстоит говорить не одному поколению мыслителей.

Связь цивилизационно-культурного организма с религиозной традицией, особенно если говорить о Средних веках, накладывает гораздо более серьезные ограничения и очерчивает более глубокие внутренние силовые линии притяжения и сцепления, чем это обычно принято считать. Влияние религиозной традиции на формируемые дискурсы задает последним некоторую установку, калькированную из самой религиозной традиции, особенно, если мы говорим о Средневековье. Это в полной мере относится и к средневековому юридическому дискурсу. Как, например, отмечают исследователи византийского права, влияние на правовой быт

³¹ Томсинов В. А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права» // Виноградов П. Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе / под ред. и с биографическим очерком У. Э. Батлера и В. А. Томсинова. М., 2010. С. 262–279.

³² Там же.

³³ См., напр.: Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики. Монография. С. 458–460.

³⁴ О ключевом цивилизационно-культурном и церковном событии столкновения онтологических парадигм христианского Запада и Востока см.: Мейендорф И. Жизнь и труды св. Григория Паламы: Введение в изучение. 2-е изд., испр. и доп. для русск. перевода / пер. Г. Н. Начинкина; под ред. И. П. Медведева и В. М. Лурье. СПб., 1997 (в особенности комментарии к главам. С. 373–460).

³⁵ По данному вопросу подробно см.: Хоружий С. С. О старом и новом. СПб., 2000. С. 17–34; Гиренок Ф. И. Патология русского ума. Картография дословности. М., 1998; Рожковский В. Б. Безмолвие русской религиозной философии: онтологический и культурный горизонты восточно-христианского опыта // Философия права. 2009. № 1 (32). С. 9–13.

древнерусских княжеств византийского церковного и светского права является несомненным, дискуссионным остается только вопрос относительно форм и глубины такого влияния (от пассивного влияния до полноценной рецепции).³⁶ Исследователь рецепции византийского права О. В. Вербова отмечает, что помимо такого источника византийского права, как Номоканон (в пятьдесят и четырнадцать титулов — первый, кстати, переведен на славянский язык еще до Крещения Руси), на Русь из Византии, помимо различных создаваемых юридических компиляций на основании византийского права (например, «Книги законные» XII в., «Мерила праведные» XIII в.), уже в XI–XIII вв. также «были привезены Эклога, Кодекс Константина (Закон судный людем), Прохирон (Закон градский), которые вместе с Номоканоном входили в состав древних сборников, известных под названием Кормчей Книги».³⁷ И если сравнивать ту работу по комментированию Юстинианова Свода (в версии латинской вульгаты), которая проводилась на Западе глоссаторами в XI–XIII вв., то она, несомненно, меркнет перед мощным прямым влиянием византийской правовой традиции на Русь, причем не только и не столько по линии светского, сколько по линии церковного, канонического права, которое, впрочем, содержало в себе земельные, уголовные, судебные, брачные правовые нормы. В отличие от католического Запада, который начиная со второй половины XI в. уже формально не мог адаптировать византийское каноническое право по причине схизмы (1054 г.) и окончательного расстройства отношений с византийским государством (1204 г.), на Руси «рецепция византийского права... осуществлялась на высоком уровне творческой переработки через княжеское законодательство и церковную деятельность» одновременно.³⁸

Нельзя в связи с вышесказанным не обратить внимание и на забвение в современном русскоязычном правоведении византийского правового вопроса, а ведь без его исследования понимание становления правовой традиции в Беларуси, России, Украине на основе одного лишь уяснения феномена рецепции римского права всегда будет неполным. Как небезосновательно отмечает А. М. Величко, «в западной науке (это же, как правило, относится и к русскоязычной науке. — В. П.) давно уже стало правилом хорошего тона говорить о римском праве только в контексте его рецепции германскими народами и забывать о том, что оно жило своей жизнью и развивалось в течение тысячелетия, с IV по XV век на Востоке».³⁹ И действительно, в работах по рецепции римского права весьма редко можно встретить сравнительный анализ развития классической римской правовой традиции в средневековой Западной Европе и Византии. Но ведь правовая традиция последней, помимо собственно Свода Юстиниана, дала и многие другие памятники права, особенно уже в тот период, когда многие классические римские правовые разработки были переосмыслены в духе христианства («Эклога», «Прохирон», «Эпанагога», «Базилики», «Номоканоны», «Шестикнижие» Гарменула). Для восточнославянской цивилизации

³⁶ Обзор позиций см.: Вербова О. В. История византийского права и его рецепция в русском государстве // Веснік Гродненскага дзяржаўнага ўніверсітэта. Сер. 4. Правазнаўства. 2011. № 4 (121). С. 13–23.

³⁷ Там же. С. 17. — Также о влиянии и значении византийского церковного права (Кормчей Книги) на Русь в Средние века см.: Цапов Я. Н. Византийское и южнославянское правовое наследие на Руси в XI–XIII веках. М., 1978. С. 234–254.

³⁸ Там же. С. 22.

³⁹ Величко А. М. Идея права в Византии // Священная империя и святой император (из истории византийских политических идей). Сб. статей. М., 2012. С. 61–81.

цивилизационно-культурное родство с Византией и кризисное состояние самой современной западноевропейской культуры, на которую мы сегодня порой слепо ориентируемся, в том числе и по правовым вопросам, дает нам повод к освоению этого огромного культурного правового наследия.

Заключение. Завершая наше исследование, еще раз вернемся к вопросу, поставленному в начале статьи. Проблематизация начал и всей истории континентальной юридической догматики в связи с современным пониманием нормативности права и нормативного правового представления служит предварительным шагом к работе по переосмыслению современного догматического аппарата общей теории права. Деконструкция догматики как способ ревизии аппарата общей теории права, о котором мы уже упоминали выше, заключается в высвобождении жизненного факта из-под власти догмы и в попытке по-новому зафиксировать ее — но уже не догматически (что, однако, в большей степени относится не к языку, а к политике права). Деконструкция не означает отказа от самого языка догмы, но предполагает взламывание догматических структур мыслимости права, имеющей следствием смещение и реконфигурацию границ догматического правового представления. Это можно осуществить только на базе иного — недогматического эпистемического образования правового анализа, которое мы усматриваем в субъекте права — в новом образе человека в праве, развивающегося в рамках постклассической правовой антропологии.⁴⁰ Рассмотрению использования такой возможности применительно к проблеме нормативности права и будет посвящено наше следующее исследование, продолжающее тему проблематизации континентальной юридической догматики.

⁴⁰ Павлов В. И. Энергично-правовой дискурс как постклассическая антропология права. К началам деконструкции классической модели юридической ответственности // Правоведение. 2012. № 2. С. 14–39.