**История и методология юридической науки**

Томсинов Владимир Алексеевич, 2017 год

Лекция 1. 05.09

**Тема 1. Понятие юридической науки и основные этапы ее развития**

Вопросы:

1. Понятие юридической науки и ее роль в развитии права.
2. 2. Основные этапы развития юридической науки.
3. 3. Общая характеристика основных тем курса.

Термин «история», словосочетание «история государства и права» и «история юридической науки» имеет совершенно другое значение, не такое, как «история древнего мира, история средних веков». Историки изучают историю с целью конструкции того, что было в прошлом. Нас прошлое, конечно, интересует. Но для нас история – не прошлое, это настоящее или будущее.

История для нас – это пространство, на котором развертываются правовые формы, явления. Это пространство, на котором они проявляют разные свои свойства. Почти все ведущие правоведы мира были историками права. Возьмите В. Блэксоуна, Бентама, особенно, Савиньи. Его почему-то называют историком права. Да, действительно, он написал Историю римского права в Средние века в 8 томах, Систему современного римского права. Но он не был историком права, потому что он смотрел на историю не как на прошлое, а именно как на различные формы проявления тех или иных правовых институтов. Он, на самом деле, был систематиком. Его цель – разработка системы гражданского права. Смотрите, его лучше работы – «Обязательственное право», «Владение» – работы по гражданскому праву. Ведущий германский цивилист первой половины 19 века. Настолько ведущий, что собрали и издали его рукописи. Среди его произведений много произведений по истории права.

Но что он искал в истории права? ***Устойчивые свойства правовых явлений***. На самом деле, юриспруденция- ужасная наука, мы сталкиваемся с невообразимым объемом правового материала. Но это еще пол беды. Этот материал еще и изменчив. А еще наполовину материал состоит из обыкновенных глупостей. Как их вычленить и узнать? Как узнать, что нуждается в толковании, а что необходимо непосредственно применять; что мудрое, а что глупое.

Для этого надо изучать не действующий материал правовой, его невозможно изучить и не надо. Есть Гарант, Консультант, много сборников, интернет. Зачем это все запоминать? Очевидно, изучать надо совсем другое. Смысл юр. образования такой же, как и смысл юриспруденции. Поэтому это взаимосвязанные явления. ***Изучать надо устойчивые свойства правовых явлений, саму логику права***. Сущность правовых явлений. И, очевидно, что, ***если мы берем только право какой-то одной страны, мы ничего не узнаем о праве***.

«Тот, кто ничего не знает кроме химии, и в химии ничего не понимает». Тот, кто знает право одной страны, не является юристом. Потому что он не знает в сущности право***. Право каждой страны во многом носит случайный характер***. Мы знаем, как работает суд, как выносятся решения. Н., дарение недействительно, потому что дарение произведено не родственнику. Масса таких дел. Люди полуграмотные в суде работаю, вчерашние секретари. А законодательный процесс – лоббизм, столкновение различных интересов, мало заботы о логике закона, об определении понятий.

Даже для такой страны как Англия, с такой развитой правовой культурной…Почему в Англии с 19 века было принято давать определения понятий, который в этом акте встречаются? Ведь есть же юр-й язык, есть понятия. Казалось бы, они определены. Почему надо давать определение понятия для конкретного акта? ***Потому что нет устойчивого правового языка, терминологии***.

***Термин право – бессмысленный термин сам по себе***. Приобретает значение, когда соединяется с другими словами.

Например, гражданское право – уже смысл какой-то. Что такое гражданское право, владение, право собственности, обязательство, сделка? (вопросы для ГП специализации). Ответы на эти вопросы поразили, никто не задумывается над этими понятиями, как будто и право никто не учил.

***Если мы посмотрим на действующее право, главное в нем – не нормативный материал***, хотя кажется обратное. Юр. образование строится на изучении нормативного материала, но это ненастоящее образование. Изучать действующие законы – это все равно что идти на мусорную свалку и изучать все, что там лежит. Действительно, там будет все представлено – что есть, что производится в стране. Но, очевидно, надо идти на завод и смотреть как все производится.

Значит, для право надо изучать правоприменение. А что это? У нас говорят – действие прав. Вот попробуйте сопоставить правовую норму и жизненную ситуацию. И вы поймете, что они различаются. Столько жизненных ситуаций, ко всем нормы не подберешь. Одно время было назначение уголовного наказания по аналогии. Статья 10 УК РСФСР 1922 г.: если возникает случай, не предусмотренный действующим законом, суд может применить аналогию. Парень похитил девушку, по аналогии применили ст. 167 УК РФ похищение крупного рогатого скота =)

Потом аналогию права отменили: аналогия противоречит принципу: нет наказания, если это не предусмотрено в законе. А с этого принципа начинается УК. ***Поэтому правовая норма – модель, чтобы ее применить, надо приложить усилия.*** ***Понять сущность нормы, сущность жизненной ситуации, истолковать норму***.

Например, есть категория общего имущества дома. Неясно, где граница общего имущества пролегает. Батарея – общее имущество? А если без ведома УК жилец батарею заменил, будет ли это общее имущество? Сплошь и рядом батарею не относят к общему имуществу. Мы видим, что общее имущество – сложная категория, в каждом конкретном случае надо определять свойство общности.

***Юридическая деятельность называется деятельностью практической. Если мы посмотрим на деятельность судьи/адвоката, в ней много научно-исследовательского***.

* судебная практика оперирует понятиями (мышление понятиями – а это признак науки);
* оценка понятий, анализ, применяя все приемы научного мышления.

40-50 гг. – в отечественном правоведении самая общая проблема – соотношение теории и практики, самая острая проблема. Написали массу статей, никто никогда не додумался до простой вещи - в юриспруденции невозможно теорию и практику отделить. Когда проводится судебная реформа, критерий для занятия должности – юридическое образование, а юр. образование – изучение правовой теории.

Далее, если к примеру, вы рассматриваете какое-то дело, вы хотите в ней увидеть, что-то типичное, сущностное, чтобы под что-то подвести. Любую ситуацию мы подгоняем под абстрактную норму. Тоже научная деятельность.

1841-1935 – долго жил, учился в Гарварде, был судьей ВС Мичигана, ВС США, председателем ВС США, Холмс. ***Юр-я наука в сущности – деятельность судьи. Деятельность судьи и есть юр-я наука***. Подробности будут позднее=)

18 век – французская юр-я, 19 век – немецкая, 20 век – американцы, лет на 50 нас опережают в этом плане все.

Высказывания, что судебная деятельность носит научный хар-р, - высказывание, свойственное странам, где нет кодификации права (английским и американским правоведам). Наши юристы имеют перед собой нормативную модель. У нас есть юридическая модель, поэтому роль правоприменителя более примитивная. В Англии такого нет. Прецедент называется источником права, надо внимательно посмотреть, как определяли прецедент английские юристы? Они никогда не называли его источником права.

***Прецедент – свидетельство о праве***, а не право, не источник права. Сталкиваясь с жизненной ситуацией, которую надо разрешить, английский/американский правовед вынужден сталкиваться с поиском права. Чаще всего права не бывает. Он выводит право из конкретной ситуации. Решения англ. и америк. судов – трактаты, потому что главное в решении – не само судебное решение, а его обоснование.

У нас – средневековый, схоластический принцип мышления, когда необходимо доказать проблему, ссылаясь на Аристотеля/Библию. У нас этот типмышления сплошь и рядом применяются. Судьи стараются подвести под норму. Раньше подводили под библию и др.

***Любое судебное решение дб обосновано. Обоснование – система аргументации.*** Для этого надо мышление применить, это аналитика в чистом виде. Поэтому решение и напоминает трактат.

***У нас юр-ю науку определяют как совокупность идей, представлений о праве.*** На самом деле ничего подобного. Это нечто другое. Юр-я наука – часть права, право – не нечто внешнее по отношению к юр. науке. Право – это тело юр. науки, оно не может жить без юр-й науки – души.

***Юр-я наука – душа права: то, что одухотворяет право и приводит его в движение.*** Нельзя применить, истолковать право без навыков научного исследования. Юр-я наука – жизнь права. Наш курс играет значительную роль в понимании юриспруденции, права.

Есть много учебников, на них не надо смотреть. Уже в названии делают ошибку. Не бывает единой юр-й науки. Право каждый год имеет разную юр-ю науку. Права – душа у каждой юр-й науки своя душа.

Что главное в юр-й науке? Представление о праве? Тогда это ИППУ, это очень странный курс (надо пересказывать, что говорили другие о праве). На самом деле, лекции не должны сводиться к пересказу написанного. Лекции – выяснение сути, нельзя повторять все написанное уже.

**Первая глава история русской юриспруденции, 2 издание**

Если мы в целом посмотрим на наш курс, наш курс построен исходя из сути юр-й науки. Юр-я наука – форма юр-и. Не вся юр-я – юр. наука. Юриспруденция наука предполагает и совокупность навыков практических, обработки материала правового, формулирование прав норм, классификация прав норм, их определение.

Далее, ***юр-я существует даже в том обществе, где в языке отсутствует понятийный аппарат***. В таком обществе роль юриспруденции играют обряды, ритуалы. И когда я буду к примеру говорить о Древнерусской юриспруденции, это тоже большая лекция, то я расскажу как закреплялись правовые отношения с помощью обрядов, вот пожатие руки на самом деле – это тоже юр обряд.

***Юридическая наука появляется в рамках юриспруденции, когда в бытовом языке вырабатываются юридические понятия и термины***. Но юридические термины очень быстро начинают отличаться от бытовых терминов, хотя они вырабатываются на основе бытовых терминов.

Например, в языке используются термины «владение», «собственность». Но значения отличаются. В бытовом смысле – владеть, обладать – держать в руках. В юридическом смысле владение – власть. То есть можно не держать в руках и быть владельцем. Владеть – не обязательно держать вещь в руках, достаточно иметь владеть.

Юр. язык отличается от бытового языка. И так во всем.

Если посмотреть внимательно на юр-й язык разных стран, ***я бы выделил рус-й язык, он развитый и превосходит правовой язык разных стран***. Бытует мнение, что в России была слабая правовая культура. Но это мнение опровергается развитостью правового языка. Смотрите, мы делим предметы окружающего мира на вещи и имущество. В чем отличие? Отличие в самом слове «имущество». Имущество – вещи, которые можно иметь, которые являются предметом гражданского оборота (это более узко). В других языках такого нет. Приводит примеры с Французского. Термин «посессиум», например.

Сам понятийный аппарат развивается постепенно, но сама юридическая наука – это мышление юридическими понятиями. ***Юр. наука появляется там, где появляются юр. понятия, но зачатки юр. науки появляются раньше – там, где появляются идеи о праве***.

Вот если задаться вопросом, я всегда спрашиваю «Вот вы занимаетесь конституцией, а в чем ее идея, сущностные черты?»

Вы легко сможете отличить человека, ведь это самое ужасное из всех живых существ – без шерсти, без хвоста, две ноги всего, голый, одежда нужна. Собака в костюмчике выглядит безобразно. Поэтому вы очень легко определите, потому что хорошо знаете в че сущность человека. А как же вы определите сущность права или конституции, если вы не знаете что такое конституция вообще. **Вот К РФСР 1993 – это К? Я задаю вопрос, надеясь, что вы в процессе моего курса на него ответите, чего не хватает в этом документе, чтобы быть полноценной К?** Есть определенный набор свойств для каждого явления, отсутствие этих своей лишает его быть таким.

В чем идея К – связана с идей права вообще. А идея права в чем заключается? Вот если вы скажите, что идея права, это идея правовых норм, которые регулируют поведение людей, то тогда вы ничего не поняли в праве. Ведь действительно этих норм в человеческом обществе множество, но какие из них отражают идеи права? Ведь вы не ответите, не зная, что такое право. Есть еще религиозные нормы, моральные, чем они отличаются. ***Вы скажете, что правовые нормы обеспечены гос. принуждением. Какая интересная ситуация, ведь в ранние эпохи гос-во играло маленькую роль в бытовой жизни, а право работало***.

***Гос. принуждение – совершенно не основной признак права***. Поэтому необходимо искать в праве нечто другое. Вот эти первоначальные идеи права, они появились очень рано в человеческом обществе, более того, ***право в большей мере связанно не с гос-вом, а с человеком***. ***Гос-во в большой мере связанно не с разделением общества на классы, а с сущностью человека***. Гос-во это как костыль, который необходим хромому человеку для восполнения его хромоты.

***Вот гос-во – это то, что восполняет несовершенство человека, и право тоже восполняет несовершенство чел природы***. ***Гос-во и право – то, что позволяет людям соединяться в общество и жить в нем***. А жить без общ-ва они не могут, люди – это сущ-ва соц-общественные.

В каком смысле – огромное кол-во потребностей людских, предполагает существование других людей, они не могут быть удовлетворены по-другому. Не только физиологические. ***Человек обречен жить в обществе***. Одинокий человек – это не человек. Ребенок выросший среди зверей не становится человеком, он даже говорить не может, это маугли. Поэтому очевидно, что человек существо общественное. Но в тоже время, человек – это существо, одолеваемое какими-то потребностями, эгоистическими стремлениями, которое стремится сделать жизнь лучше в первую очередь для себя, добыть сред-ва существования на счет других людей.

***Человек – это существо, которое не имеет собственной внутренней регулятивной системы инстинктов***. Поведение животных регулируется инстинктами, поэтому мы видим, если рождается кошка, то она кошка с первых дней рождения. А человек нет. ***Чтобы родившееся сущ-во стало человеком, необходим процесс социализации***.

***На самом деле мы людьми становимся не в момент рождения, правовыми субъектами мы становимся в момент рождения, но не людьми***. А людские свойства мы постепенно приобретаем. Поэтому очень интересен вопрос, а когда мы окончательно становимся людьми? Поскольку, принято, что людьми мы становимся с момента рождения, но ведь мы только плакать умеем, а говорить не умеем, какие же мы люди. ***Самое любопытное, котенка в лесу бросьте, он выживет, а человек? Ребенок грудной не может один удовлетворять свои потребности***.

Человек существо ужасное, самое несовершенное, результат ужасной мутации. Существо очень неустойчивое, потому что если мы посмотрим на обезьяну – мы явно придем к мысли, что обезьяна произошла от человека, которые когда-то лишились общества и залезли на деревья.

То есть человек, еще спокойно может вернуться в первобытное состояние, причем в любом обществе, на любой стадии развития. А кошка не может, она всегда кошка. Посмотрите, поведение тигра – семья тигров лежит спокойно, вокруг косули пасутся, косули не боятся, но вот наступает время обеда у тигров, два тигра встают, высматривают косулю и загоняют ее, притаскивают, семья обедает и потом опять ложится и спит, а косули опять собираются вокруг них. Почему? Они знают, что они сыты, пообедали и больше никого не убьют.

А вот человек? В 1901 году норвежские моряки охотились на китов-белуг, загнали их в залив и стали всех убивать. Вот казалось, вам сколько требуется для пропитания, ну 10-20, а они убили почти 1000. И, самое любопытное, они почти всех их бросили на берегу и до сих пор кости остались. **Совершенно странное поведение, это что, выходит, в человеке заложена потребность убивать, значит, нет инстинкта жизни.** **У животных нет проблемы самоубийства**. Если киты выбрасываются на берег, значит, на это есть причины, в море жить не могут, что то произошло или сбой в магнитных полях. А человек пожалуйста – это самая страшная проблема, нет инстинкта жизни. У представителя высшего рода – нет инстинкта жизни.

В правоведении почти не обращается внимание на человеческую природу, и поэтому открываем любой учебник и видим совершенно странное понимание «гос-ва», «права». Даже додумались то того, в начале 20 века, что будет общ-во человеческое, в котором не будет гос-ва и права. Но ведь достаточно понять, что такое человек, чтобы понять право привязано к человеке, это то, что восполняет недостатки человеческой природы, как и гос-во.

***Гос-во и право – это явления, которые принуждают это существо двуногое оставаться всегда человеком***, ***на самом деле в этом главная функция гос-ва и права*** и мы хорошо видим, что бывает с чел общ-вом, когда гос-во рушится. Революция. Все революции сопровождаются гражданской войной – а это совершенно бессмысленная вакханалия убийства соотечественниками друг друга. Показывает сколько в чел. обществом людей с потребностью убивать, а их надо держать в узде.

***Очевидно, для того, что бы чел общ-во существовало, необходима развитая система обуздания***. Право один из самых совершенных механизмов этого обуздания. ***Если мы обратимся к юр науке – то мы должны начинать с того момента, когда в общ-ве возникла идея права, чтобы это определить нужно знать, что такое идея права***. Право – механизм обуздания человеческих пороков. Чтобы механизм работал – что необходимо?

Право - это правовые нормы. Кто их сочиняет, кто формирует – люди. Так как же там одни люди формулируют правовые нормы для других людей. Но ведь люди несовершенны, порочны, почему одни люди должны соблюдать нормы сформулированные другими людьми. Смешно просто, как же никто не додумался, что это несуразица полная. Человек не Бог, он не понимает, в каком мире живет, он пытается познать, но ему не удается. Мы до конца жизни своей жизни не понимаем и окружающих тоже не понимаем. ***Как же мы можем формулировать правила.***

***Значит, очевидно, идея права предполагает, что правовые нормы формулируются совсем не людьми***. Самое главное свойство право – это его ***нейтральность***, оно одинаково для всех людей. Если мы обратимся к судебной практике, мы везде увидим стремление к однообразию, к решению аналогичных дел по одинаковым правилам. Когда право называют прецедентным, не понимают простой вещи – любое право прецедентно. У нас официально не признается, но складывается практика. В праве всегда существует некая нейтральность, совокупность устойчивых свойств, которые не зависят от интересов отдельных людей.

***В советские времена нас учили – право – это возведенная в закон воля господствующего класса***. Я это бездумно повторял, потом стал задумываться, когда стал изучать революции. ***Стал понимать, какая группировка побеждает – та, которая является носительницей общего интереса, но не частного***. Большивики – см. на моем сайте. Право – форма общего интереса. Летом 1917 года гос-ва российского не существовало и население это ощутило, на улице не могли выйти, вакханалия, нет безопасности. Такое население готово поддержать любую силу, которое восстановит гос-во. Большевики были носителями гос-ва, порядка. Причины победы в их жестокости. Чтобы заставить сдать оружие в городе, бригады шли в квартиры, повальные обыски, расстрелы. Сами бегали и сдавали. Много расстреляли, но сколько спасли.

Якобинцы – Франция стояла перед опасностью вторжения иностранных войск и только Якобинцы были способны отразить, организовать армию. Потребность общая – защита отечества. В праве и гос-ве общий интерес всегда превалирует.

***Идея права, чтобы найти исток юр. науки, нужно обратить внимание на способ закрепления общего интереса***. Общий интерес отличается от интересов частных лиц, но как его возвысить, как придать ему значение. ***Идея права совсем не предполагает издание законов людьми, не предполагает нормативность.*** Идея права предполагает определенных образ жизни, но он не должен навязываться какой-то группой людей для других людей. Все установления, которые мы называем правовыми – это и есть правопорядок, должны исходить их потустороннего источника.

***Идея права – это идея Бога***. Смысл юридический – Бог это то, что возвышается над всеми. Первые правовые идеи на востоке выражаются в Маат, Дао, Дхарма, Тикэ и Право. Между этими понятиями – общее, Маат – богиня правосудия (перо и весы, взвешивала грехи человеческие, супруга Тота- бога письменности). Маат выражает все главные идеи права – это порядок, который навязывается людям космосом, природой. ***Первое свойство права – быть посторонним от людей, второе – порядок должен соответствовать людской природе*** (разрешение браков между мужчинами – это не право, богоизвращение, разрушает природу). Идея Маат – идея природного порядка, который не создается людьми. Законы Хамурапи – стела, верху стоит царь и принимает свиток от Бога солнца, не он создал, а Бог, так их будут соблюдать. Мало аппарата насилия, чиновника не поставишь за каждым, значительная часть нашей жизни проходит без участия гос-ва.

Посмотрите, сейчас интересные процессы наблюдаются. Мы привыкли, что армия атрибут гос-ва. Но кто воюет в Сирии, Ираке? -частные военные компании. Частные организации присваивают функции гос-ва. Выходит гос-ва на самом деле разрушается. Очевидно, что да. Появляется и денежная волюта – биткоины. Доллар США – валюта не гос-ва, а частной корпорации, а гос-во берет в долг, почти 40 трл. А транснациональные корпорации это что? Есть МП, право ЕС, а есть транснациональное - это что? История юр науки по позволяет посмотреть на сущность права с другой т.з, не связанным с нормативным составом права, мы будет изучать способы юр мышления. Большинство вопросов курса о юр мышлении - древний Рим, средние века, Англия, Франция, Германия, категория естественного права - кто же поддерживает этот порядок? А почему возникала теория естественного права? Совпадает с христинизацией Европы, с падением авторитета церкви и Бога. Бог как источник правовых норм уже не авторитет, нужно найти другой.

Идея права в Маат, постоянно видоизменяется, я делю вехи развития права по изменению этой идеи. ***Очевидно, что в 18 в новый способ придания авторитета – Бог не работает, естественное право тоже, появляется общая воля, вот почему нужно соблюдать***. Как создать общую волю – создать Парламент, который должен создавать законы. Парламент – это тоже группировки, тоже люди. Когда появляется идея Конституции ее стараются привязать в Парламенту – США, Франция, появляется Конгресс. 8 К создали в течении 19 века. Сама идея К связана с идей права, тоже должна быть нейтральна от всех группировок. Самое важное в К обуздание пороков всех, а главное пороков властвующих. А как эти пороки обуздать, если они властвующие, если они на вершине? Чем выше человек поднимается, тем больше ослабляется узда над его пороками и возникает проблема, как их пороки обуздать? Вот главная проблема К. Решается по-разному –посмотрим.

Но юр. наука в таком развитии общества принимает важную роль. К США – мы народ США, но еще нет народа и гос-ва. Тут наоборот, сначала появляется К, а потом гос-во. Посмотрите на суд систему, реформы 1860-х годов, на самом деле 20 ноября были утверждены 3 устава, а в действие была введена в 1866 году. Уникальная вещь в 1859 на юрфак приходит Победоносцев Константин Петрович, уезжает Никольский, который читал гражданское судоустройство, и возлагается курс на Победоносцева и он задумывается, что студентам читать, действующая система будет реформирована – он читает, на опыте западноевропейских систем, он выделяет принципы суд систем, которые обязательно будут введены в России, потому что они выражают закономерности. Когда принимаются уставы мы там видим новую систему, перед нами интереснейшее явление – многие законодательные акты берутся совсем не из жизни, а из ума. Из чего взялись эти суд уставы – видно если посмотреть подготовительные документы ( у меня есть статьи на сайте), жизнь в России была ужасной, от нее надо было отказываться, суд был связан с администрацией, волокита, письменно все, судья мог ссылаться на недействующие законы, взятки, суд зависим от губернаторов, Ответчик не имел настоящей защиты, процесс не был состязательным на деле. Нужно было разрабатывать зак. акты не на основе реальной жизни, а на основании того, каким должен быть суд. Было много работ западных правоведов, английская, немецкая. Так же готовилась реформа юр образования. Многие юр акты – это произведения науки. Сам законотворческий процесс – результат научных исследований. Роль юр науки еще окончательно не исследована. Если мы обращаемся к тому, как функционирует юр наука и какую роль она играет в развитии права, тем больше мы приходим к выводу, что юр наука – это часть права, его душа. Это особенно видно, когда создается что то новое – институты, кодексы. Их создание – это научная деятельность. Американский, английский, французский правовед, это преподаватель ВУЗа, но одновременно он практикующий юрист, трудно найти правоведа в чистом виде, обычно они консультанты где то.

***Юр наука – это не теория, это часть практики.***

Я построил курс по эпохам и по странам. Я не буду повторять, что уже написано, расскажу, как мыслили римские юристы.

Потом западноевропейская юр наука средневековая.

Юр. мышление в отдельных странах в средних века – Франция, Германия

Новое время по отдельным странам – США, Англия, Франция, Германия.

4-6 лекций – американская юриспруденция 20 века и может Англия

Пособия на сайте, материалы лекции, посещение - не заставляю, но иначе 2.

Грустные истории про прошлую магистратуру.

Лекция 2. 12.09

**Тема 2. Основные характеристики древнеримской правовой системы**

Вопросы:

1. Сущность римского права и роль юриспруденции в его функционировании и развитии.
2. Элементы юридической науки в юриспруденции Древнего Рима.
3. Систематизация римского права при императоре Юстиниане и её значение для развития юридической науки.

На 1 курсе мы изучали римское право, но не право Древнего Рима. Это искусственная дисциплина – заменяет теорию ГП в юр. образовании. Томсинов считает, что лучше преподавать «общую теорию гражданского права» - такая дисциплина была по Общему уставу императорских российских университетов 1863. Преподавание ГП начиналось с теории. Фундаментальные труды русских цивилистов начинались с теории гражданского права (Гамбаров). Это не совсем русское гражданское право. Русское ГП – это Анненков, Шершеневич. Не было необходимости изучать римское право вместо теории ГП. Этот предмет создаёт искусственное представление о Риме и юриспруденции вообще.

На прошлое человек смотрит через настоящее (через ту типологию мышления, которое у него есть). Поэтому смотрит на прошлое явление как на современное явление. Мы понимаем российское право как совокупность норм, римское право тоже было совокупностью норм, в нашем представлении. В любом учебнике римского права написано последовательное изложение римских норм и правил. Однако, на самом деле, **римское право – это особый стиль юридического мышления**. В лекциях будет попытка обнаружить этот стиль мышления.

На римское право смотрят как на совокупность правил и норм, поэтому говорят о рецепции римского права. Однако на самом деле это сказка. Терминология, правила могут переходить. Но стиль юридического мышления (суды, мышление простых людей) не переходит, а умирает вместе с Древним Римом. Сейчас остался только скелет римского права. В том римском праве, которое у нас на факультете изучается, почти нет ничего древнеримского (изучают только оставшуюся в гробе одежду от трупа римского права). Ирнерий, Аккурсий и др. жили спустя 7-8 веков после систематизации императора Юстиниана – то есть изучали тексты, которые появились гораздо раньше них. Как будто мы сейчас сели изучать книги 13 века. Римские тексты были изучены средневековыми юристами, но они тоже воспринимали искажённо, с позиции своего времени. **В праве Древнего Рима не было общих понятий (договор, право собственности).** Средневековые юристы развивали науку, а наука – это система общих понятий. Пытались найти общие понятия. Например, было 2 понятия – контракт и пакт. Средневековые юристы объединили их в общее понятие договора. **Поняли, что понятие контракта – это институт процессуального права (договор, обеспеченный иском).**

**У нас сейчас иск исходит из права; чтобы подать иск, нужно иметь право; а в Риме – право исходило из иска.** Право требовать исполнения договора было потому, что был иск. В Дигестах самые грандиозные это две главы 50 книги:

* 16 глава – о значении слов
* 17 глава – о праве древнего права.

В первом параграфе 17 главы Павел говорит: «Из правила проистекает право, а не право воплощается в правиле». Правило – это что-то мало значащее.

Все говорят, что прецедент – это право, источник права. Блэкстоун: прецедент это не право, это свидетельство о праве.

**Для нас правовая норма – это материальное содержание права. А для римлян нет: право существует помимо материальных норм**. 451 г. до н.э. – сборник из 12 таблиц – Закон 12 таблиц. Следующий сборник на гране 2-3 веков: кодекс Грегориана и кодекс Гермогениана. Более ранний сборник (80-е года 2 века) – институции Гая. В Дигестах – в списке литературы, в основном, комментарии, институции, исковые формулы. Институции писал не только Гай, но и Модестин. Юстиниан проводит систематизацию права – создаёт кодекс (сборник императорских конституций – но из них вырваны преамбулы, но те преамбулы, которые встречаются в Кодексе Феодосия, говорят о мотиве издания того или иного закона – конституции). Дигесты были составлены после кодекса – это сборник изречений римских юристов (Гай: responsa – ответов, на самом деле). Этому сборнику придаётся сила закона. Странно. В Риме было много законов (leges), но почему-то их не все систематизируют. Кодекс Грегориана-Гермогениана: собрание императорских конституций, к ним прилагается сокращённый Гай, сентенции Павла.

Законы 12 таблиц – ещё более странно. Были Помилиевы (Помпилий – второй царь, после Ромула) законы (видим из истории, которая описывается в начале Дигестов Юстиниана) до них. Но эти законы не доходят до нас. Однако после Законов 12 таблиц ничего не подобного не создаётся. Хотя были попытки систематизации в России (Русская Правда, Судебники, Соборное уложение, попытки Петра 1 создать новое уложение), в Месопотамии (законы Хаммурапи, кодекс Шульги и т.д.), в Индии, Китае, Западной Европе (кроме Англии). А от древнего Рима и Египта нам больше сборников-кодексов не дошло. Очень скудная законодательная деятельность в период рассвета римского государства. Когда римская держава клонилась к упадку, более активная деятельность по созданию сборников + они не в полной мере уже были сборники. 17 г. до н.э. – император Август наделяет ответы юристов (responsa) силой своего авторитета. Сам нормативный материал в рамках римской правовой культуры играл другую роль, чем у нас. У нас норма это модель, под которую судьи пытаются подвести ситуацию. В Риме же нормативный материал не играл такую роль.

50 книга, 17 титул, 202 пар. – «Всякая норма (definitio – это не только определение, но и норма права, которая оторвана от жизненной ситуации) опасна в цивильном праве» (Яволен). Это так потому что такую норму надо толковать, а толкование было ограниченным. Юстиниан запрещал толковать кодекс. Петр 1 тоже оставил за собой и Сенатом право толковать законы. Потому что в толковании часто бывают ошибки. В Дигестах могут быть сентенции о нормах, которые оторваны от жизненных ситуаций; но, в основном, правила, которые разрешают жизненную ситуацию.

**Что такое норма права в римском праве? Это часть судебного решения, потому что в ходе разбора жизненной ситуации надо вывести какое-то правило, которое будет разрешать жизненную ситуацию**. Но это правило будет годиться только для конкретной жизненной ситуации. Правовая норма в римском праве – похоже на те металлы, которые входят в таблицу Менделеева после 100, - металлы, которые можно получить, но они существуют доли секунды. Норма права в римском праве имеет подсобное значение. Она позволяет чётко сформулировать сущность конфликта + сформулировать решение. Это не совсем та норма права, с которой мы сейчас имеем дело. Нормы римского права были больше похоже на идеи. Действительно, нет правил на все случаи жизни, все ситуации индивидуальны, поэтому судьи имеют большую свободу усмотрения. Это римляне понимали.

**Римляне, формулируя нормы права, не особо заботятся о терминологии.** Например, в Законах 12 таблиц написано, что если кто-то использовал чужое бревно в срубе своего дома, он должен заплатить двойную цену. 50 книга, 16 титул, 62 параграф – Гай поясняет, что под названием бревна имелся в виду любой материал, из которого может быть построен дом. Почему не написали «материал», а написали про бревно? Потому что это не абстрактная норма права, а конкретная жизненная ситуация, которая была когда-то.

Удивительно, но на Законы 12 таблиц не ссылались в судебных решениях. Законы 12 таблиц не служат для обоснования судебных решений, а служат основой для исковых формул (legis actio). Эти исковые формулы предоставлялись претору, который как лицо, заведовавший общественным порядком, исследовал исковую формулу на стадии in iure. Для чего претор появился? сохранилось множество трудов римских юристов, из которых видно, что задача претора была узкой – был предназначен направить конфликт между сторонами в русло судебной процедуры (должен был предотвратить самоуправство – т.к. дб следить за общественным порядком). Многие конфликты решались сторонами без участия государства. Государство вмешивалось, когда конфликты превращались в поединки, чтобы предотвратить убийство. Судья кто? Третейский судья, арбитр, авторитет, который не всегда имел юридическое образование, слушал претензии одной стороны, возражения другой и выносил решение. Первоначально такую роль играли понтифики (не совсем религиозные деятели, а знатоки традиций, обычаев, то есть интеллектуалы древнеримские). Понтифики держали формулы на основе Законов 12 таблиц и т.д. Государство играло незначительную роль в разрешении конфликтов, поэтому законы, нормативный материал не имели большого значения.

А что имело значение? 1 книга 1 титул 10 параграф – «юстицио». **Юстицио – это не правосудие, а искосудие**. Правосудие – это судопроизводство, которое вытекает из права и имеет своей целью восстановления права. А здесь другая процедура: появляется вначале иск, а потом в процессе судопроизводства встаёт вопрос о праве; право действительно восстанавливается, но для этого надо сначала определить, какое право нарушено. Знатоки местных обычаев, традиций могли это делать лучше всего.

«Юриспруденция – это познание дел Божественных и человеческих, наука о справедливом и несправедливом» (Ульпиан). «Право – это наука о добром и справедливом» (Цельс).

Юриспруденция – это познание права, правовых явлений (как мы её понимаем). А здесь познание Божественных и человеческих дел, наука о справедливом и несправедливом – но это же этика?! **Но такое странное определение было, потому что нормативный материал не играл большое значение в римском праве, а большое значение играла методика разрешения конфликта и само разрешение конфликта**. Методика разрешения конфликта должна соответствовать правовым нормам (с нашей точки зрения): должны подвести жизненную ситуацию под правовую норму. В Риме считали, что конфликт разрешён, когда стороны признали судебное решение справедливым. Разрешение конфликта – это не поиск правовой нормы, это на самом деле поиск справедливого решения. Правовая норма – это формула справедливого решения.

*Пример: Сделка заключается по поводу продажи дома и дом сгорает. Справедливое решение: если сгорело больше половины дома, то сделка недействительна; если меньше половины – то действительна.*

*Прокулианская и сабинианская школы из этого спора вышли: Мастер получает заказ на изготовление статуэток. Мастеру приносят кусок серебра и просят изготовить статуэтку жены. Мастер изготавливает статуэтку, но не отдаёт её. В 6 веке пришли к выводу: если материал можно возвратить в первоначальное состояние (н, глина), то статуэтка принадлежит собственнику материала. А если нельзя, то мастеру. В средние века нашли ещё более справедливое решение, которое вошло в ФГК: надо сопоставить стоимость материала и стоимость продукта. Если стоимость материалов превосходит, то продукт должен принадлежать заказчику, а если стоимость продукта выше, то мастеру. Естественно, при этом предполагается справедливое возмещение стоимости материала / стоимости работ.*

Категория справедливости оказывается основной в римском праве. Римское право предполагает, что при разрешении конфликта нужно стремиться к справедливому решению. Поэтому судья третейский, простой гражданин, а не носитель государственной власти. Почему? Потому что если решение справедливое, то авторитет государственной власти не снижен. Это решение признаётся обеими сторонами. В этом случае юриспруденция – это наука о справедливом и несправедливом, т.е. это наука о том, как определить, что является справедливым, а что является несправедливым. Что же это тогда за наука? Можно посмотреть биографию Цицерона (как получать юр образование). Юноша был отправлен в Грецию изучать греческую философию. Основное внимание – изучение софистов (это методика мышления в чистом виде). Изучал на самом деле философский способ мышления. Для чего это надо? Юридическая деятельность в то время понималась как часть философии, юридическое мышление как разновидность философского мышления. Юрист анализировал конкретную ситуацию, должен был выявить сущность конкретных вещей – для этого требуются философские навыки, надо овладеть методом индуктивного мышления (от конкретного к абстрактному).

*Рой пчёл улетел от Гая и пристал к Марку, Марк пристроил их к себе. Возник спор между гаем и Марком. Как решить? Правовая норма не имела значение. Рекомендуется при разрешении спора определить сущность пчёл: они летают, но живут в улье. Поэтому пчёлы – это принадлежность улья, а значит, пчёлы являются собственностью того, из чьего улья они вылетели. Значит, собственность Гая. Но Марк говорит, что этот рой не известно откуда прилетел, а как Гай докажет, что это его рой? Тогда выдвигается правило, которое связано с данной ситуацией: если рой никогда не исчезал из виду Гая + гай следил за ним, то этот рой остался принадлежностью Гая; а если пчёлы исчезли из виду Гая, то он не может более являться их собственником.*

*Ранена лань на охоте, подобрана другим человеком, потом охотник предъявляет претензии к тому, кто подобрал (ведь он её подстрелил, поэтому считает своей ланью). То же правило: если лань убежала из виду охотника, она перестала быть его собственностью.*

Цель судопроизводства – не подведение жизненной ситуации под правовую норму, а вынесение справедливого решения.

Юриспруденция – это наука тогда вообще? Наука предполагает системное рациональное знание. Но юридическая наука это наука особая, она составляет часть практики. Вопрос: этот стиль юридического мышления, который позволял определить, что является справедливым, а что нет, - научный стиль мышления?

* **Система понятий есть** (action, leges, mancipatium, nexum[[1]](#footnote-1), контракт[[2]](#footnote-2)). Терминология классического римского права формируется к 1-2 веку н.э. (мы её видим в институциях Гая). В институциях Гая понимают различие между формами воплощения права (leges, сенатус-консульт, императорская конституция, преторский эдикт, мнения юристов); попытки теоретических обобщений (параграф 8 книги 1: все права, которые мы пользуемся, относятся либо к лицам, либо к вещам[[3]](#footnote-3), либо к искам). Попытка систематизации правового материала – скорее попытка систематизации процессуального правового материала. Всё это элементы юридической науки.
* **Юр наука предполагает мышление устойчивыми понятиями**. Есть уже устойчивые понятия: dominium, proprietas, dominium proprietare, possessio. В 1-2 в. Н.э. эти понятия устойчивые, имеют своё содержание. Но эта определённость исчезает в 3-4 веках. Это связано с тем, что в Риме появилось много представителей из варварских племён. Варвары ориентировались на обычаи, часто не прибегали к тем судебным процедурам разрешения конфликтов, которые были в Риме.
* Римская юриспруденция не столько связана с развитием законодательного материала, сколько с **развитием судебного процесса**.
	+ Для легисакционного процесса была характерна фигура религиозного служителя понтифика (авторитетного)
	+ Для формулярного процесса центральной фигурой является светский юрисконсульт. Переход от религиозной юриспруденции к светской (3-4 вв. до н.э.). Создаётся аристократическое сословие юристов во время этого перехода. Римское государство воплощалось не в серии институтов (как сейчас), а в правящей элите (долгое время был режим личной власти – период принципата). В самом юридическом сословии, как и в гос. аппарате возникла своя иерархия. Эту иерархию обнаруживает Закон 426 г. о цитировании (Lex allegatoria), который дошёл до нас в тексте Кодекса Феодосия 438 г. Этот закон показывает истинное состояние римского права: по закону, судья должен следовать определённым правилам. Есть несколько вариантов разрешения споров – надо полагаться на мнения юристов, причём, самых авторитетных юристов: Папиниана, Павла, Ульпиана, Модестина и Гая. Остальные юристы, которые ссылаются на этих юристов также считаются авторитетными. В Дигестах Юстиниана – подтверждение этому закону. В начале каждого параграфа – имя юристов, к которому относится изречение, - и более половины изречений принадлежат Папиниану, Павлу и Ульпиану.
* **Древнеримская юридическая наука не отделялась от практики**. Трактаты римских юристов (в основном, в жанре institutionеs) – не в чистом виде учебники, а ещё и пособия для судей.

Систематизация римского права при Юстиниане не осмыслена до конца. Почему Юстиниан фактически систематизирует тот правовой материал, который существовал за 3-4 столетия до него?

* Гай – 2-я пол. 2 века
* Папиниан – начало 3 века (казнён Каракалой за то, что отказался оправдать убийство брата императора)

Систематизировал разные идеи, явления, но совсем не законы. Юстиниан подробно объяснил **цели систематизации** и подробно изложил, в каком порядке она должна вестись.

1) Создание сборников (кодекса, дигест, институций) происходило не потому, что недоставало **правового материала** для решения споров, а потому что его **было очень много**. Систематизация заключалась в выборе материала для этого сборника (при составлении Дигестов было задание сократить в 20 раз библиотеки).

2) Вторая цель систематизации была связана с развитием юридической науки. **Эти книги нужны были для изучения в юридических школах**. При Юстиниане было две юридических школы (в Бейруте и Константинополе). Сам Юстиниан окончил константинопольскую школу. Он выстраивает систему обучения права:

1. начинать с изучения институций (институции Юстиниана были созданы под рук-вом Трибониана, Феофила, Дорофея из 4 книг по образцу институций Гая, Модестина),
2. далее переходить к изучению Дигест (начинаются с разъяснения общих правовых понятий – что такое право, чем отличаются от норм другого, говорится о праве публичном и частном[[4]](#footnote-4), определения основополагающих понятий: юстиция, контракт, брак; пути разрешения конфликтов; включали в себя ГП, АП, УП, теорию права, теорию суда; берётся классическое юридическое наследие, но оно перерабатывается с точки зрения юристов Византии 1 пол. 6 века – переработка носит теоретический характер[[5]](#footnote-5)).

После систематизации Юстиниана римская юриспруденция больше заботится о терминах, понятиях, толковании понятий и терминов. Особенно это толкование было актуально тем, что идёт смена одновременно языка. Конституция и некоторые решения уже пишутся на греческом. Выросшая из Дигест Эклога была написана на греческом (первая половина 8 века: 726, 741 год).

Эта попытка переосмыслить терминологию связана ещё и с изменением ситуации – феодальное общество развивается, прежнее рабовладельческое общество уже ушло. Меняется обстановка, в которой действует право.

В эпоху Византийской государственности римские приёмы обработки правового материала, толкования юридических терминов достигли совершенства. Очевидно, что **сама древнеримская юриспруденция не исчезла, не вымерла, а просто преобразовалась**. До какой-то эпохи существует древнеримская империя, потом заменяется Византийской (476 год – ликвидирована должность императора Западной римской империи, но Томсинов говорит, что катастрофы не было, Западная империя не рухнула, так как Зенон, византийский император, стал императором всей империи; население по-прежнему называло себя римлянами, арамеями, но государство уже другого типа – христианство господствует, государство имеет прямую преемственность Древнеримской империи; просто государственность переменилась, «просто поменялась столица»). Право и юр. наука изменились также. После Юстиниана право сближается с теологией. В теологии развиваются классические приёмы толкования текстов. Классическая наука Древнего Рима была устной по своей форме, тексту не придавалось большого значения. После систематизации Юстиниана юриспруденция стала письменной, основное значение – за текстом. Приближение к новому типу юр. мышления.

**Изменилось юридическое образование в 6 в. (в Византии). В классическую эпоху изучали не право, а обучали навыкам юридической деятельности.** Учили учебник, каждый поступал в дом к учителю, вместе с ним ходил на консультации, участвовал в судебных процессах. Его задача была увидеть и понять, как осуществляется та или иная деятельность. Не изучали тексты, учились писать исковые формулы. **В Конституции Юстиниана уже видно, что обучающиеся начинали изучать тексты.** Потом в средневековой Европе тоже читали и толковали текст.

Лекция 3. 19.09

Адекватно воспринимайте себя, окружающий мир и себя в окружающем мире!

* Сперанский был умнейшим человеком в России, по признанию Николя 1, наряду с Пушкиным. Они отличались адекватным восприятием себя.

Важно понимать такое явление, как римское право – это концентрированный здравый смысл.

Главное качество римских юристов – это прагматизм в высшей степени, реализм.

Сейчас одно из самых интересных течений западной юриспруденции (в частности, американской) – реалистическая юриспруденция, которая возникла благодаря усилиям супружеской пары: Карла Ллевеллина и его супруги, Русской по происхождению, которые с 30х годов стали разрабатывать совершенно новый взгляд на право, на правоотношения, на судебную деятельность и вообще (на последних лекциях).

**Систематизация Римского права при императоре Юстиниане.**

Для нас эта систематизация интересна вдвойне:

1. Она отражает лучше всего само состояние Римской юриспруденции и, главное, те элементы юридической науки, которые в этой юриспруденции присутствовали.
2. Второе достоинство одновременно является и недостатком (это характерно вообще для людского общества, где пороки являются обратной стороной человеческих достоинств, и наоборот): сложилась интересная ситуация.

Если открыть конституцию «Deo auctore» с указанием Требониану, как составлять Дигесты, увидим в ней уже элементы юридической науки и, одновременно, очень грустное явление.

В библиотеке Юстиниана 2000 книг классических римских юристов. Римская юриспруденция, которая пользуется славой, эта правовая мудрость, была создана за очень короткий период. Законы Эбуция – который ввёл вместо легисакционного процесса формулярный процесс, был принят в 143 г. до н.э. Очевидно, именно он создал для юристов свободу деятельности, когда юристы стали во многом определять исход судебного спора. Они составляли формулы – акционас, и были помощниками преторов. А судья был частным лицом, не имеющим юридического образования. Достаточно посмотреть эти формулы, приказы, которые претор направлял судье, и становится понятно, что судья только выяснял соответствие реальности фактов, указанных в исковой формуле. То есть он на самом деле решал вопрос факта, а не права. Вопрос права решал юрисконсульт.

Развернулись юристы только в 1 веке до н.э. Последний видный юрист, среди классических юристов, это юрист Помпоний (умер в 235 г. н.э.). Получает 3 столетия. За три столетия как раз и была создана эта грандиозная юриспруденция.

После Помпония уже утверждается экстраординарный бюрократический процесс. Юрисконсульт не играет никакой роли. Магистрат (судья) сам решает спор от начала до конца. Нет никаких двух стадий, претор уже не участвует в этом процессе. Магистр получает легитимность от императора, он как-бы представитель императора и единолично решает все, ориентируясь в большей степени на императорские конституции, что естественно. Хотя, конечно, учитывая и мнения юристов. Но видно по кодексам Гермогиниана, Григориана, кодексу Фиодосия, конституциям, которые издал Феодосий 2й, кто-то там 3й? 11:45, о разработке кодекса. Видно, что мнениям юристов тогда придавалось субсидиарный значение. Они использовались для понимания смысла императорских конституций.

Очевидно, что исчезла та почва, которая питала классическую римскую юриспруденцию. А с другой стороны, население же тоже изменилось. Произошла варваризация Римского общества. Достаточно привести один только факт: во 2 в. был случай, когда на Рейне три года стояли германские племена и просили разрешения поселиться в Римской Империи. И в конце концов им дали. И потом удивлялись римляне: 500 тыс. только мужчин пришло. И они почти все пошли в армию. Армия стала варварской. И естественно, что потом в 5 в. варварские вожди и активизировались. Собственно, уже Деоклетиан (который стал в 294 г. принцепсем, потом он принял титул доминуса), был славянином, то есть происходил из этих же варваров. Не было римлян. Максимах точно так же. Цезарь, Константин (вроде бы римлянин, но воспитан был Британкой матерью; поэтому так легко и воспринял крестьянство).

Поэтому систематизация Римского права Юстиниана нанесла огромный урон классической юриспруденции. Было 2000 книг, 3 млн строк (сам Юстиниан просматривал и подсчитал, возможно его помощники). И он даёт приказание Требониану «избрать из этих 3 млн. строк только 150 тыс.» В Дигесты Юстиниана вошло только 5 процентов сохранявшегося в то время классического Римского юридического наследия. Все остальное погибло. Массив существовавшей литературы мы знаем , потому что в начале Дегестов приводит индекс (перечень) тех книг, из которых были взяты изречения. И этот перечень впечатляет: огромное количество комментариев (самая ценная литература), в основной к Вечному Эдику, но есть и к Закону 12 Таблиц (далее – ЗДТ) (до нас дошли отрывки только одного Гая, а их было очень много), комментарии к конституциям, и конечно, акционас – литература, которая содержала казусы и методику их решения. Почти все утрачено, в Дегесты вошло только 5 процентов. Это явный порок, недостаток.

С другой стороны, нужно представить, что было бы без этой систематизации.Если бы не были созданы Дегесты: то и эти 5 процентов до нас бы явно не дошли. Порок человечества заключается в том, что оно постоянно утрачивает свои достижения.

[В.А. до сих пор занимается Египтом, выпустил две книги по государству и праву древнего Египта.] Величайшая потеря человечества – это утрата достижений высокоразвитой цивилизации. Древний Египет был остатком древней цивилизации которая существовала и погибла (иначе нельзя все это объяснить: они превосходили нас в технике живописи, в технике строительства, превосходили во многом, делали трепанацию черепа и операции на мозге, это все доказано, они небо знали лучше нас (была развита оптика, зафиксировали такие небесные тела, звезды и планеты, которые были обнаружены только во второй половине 20 века, когда появились мощные телескопы), удивительные достижения в математике. Сохранился очень интересный разговор Геродода с египетским жрецом, который его провёл в подвал своего храма и показал всех главных жрецов (а они занимали свою должность пожизненно, а это около 30-40 лет) - их было 343 – то есть 10 000 лет назад от жизни Геродота уже существовал развитый Египет. Геродот сам пишет, что были горы литературы и текстов в египетских храмах - куда это все исчезло? Сохранились только отрывки из описания истории Египта. Александрийская библиотека в 30м году сгорела ( там было до 1 млн рукописей, до сих пор не знают точное количество, потому что все свитки туда сносили). На самом деле её сожгли и зачем это сделали совершенно не понятно. И любопытно, что все эти библиотеки особенно часто горели в 4 -5 веке, когда утверждалось христианство (уничтожая языческую литературу, христианство расчищало себе почву). Такие религии как христианство и ислам, могли утвердиться только на почве бескультурия и варварства, которое как раз пришло на смену цивилизации. И ранее Средневековье – это искусственно созданное бескультурные, цивилизация сознательно уничтоженная прежними культурами.

Посмотрите в юриспруденции – то же самое. Постоянные утраты наиболее ценных идей. В английских учебниках по договорному праву, где есть историческое введение (а оно почти везде есть, поскольку английские правоведы считают себя, прежде всего, историками права. Только тот, кто знает историю английского права, может стать настоящим правоведом, что совершенно очевидно. Прецеденты можно применять те, которые возникли после 1189 года). И вот описывается становление волевой теории договора. И вот это волевая теория договора сформировалась к середине 19 века.

Приводится случай, который рассматривался в Палате Лордов как конечной инстанции:

В 1850 года в одном небольшом селении (около 100км от Лондона) мельник обнаружил, что у него треснул жёрнов. Принёс его к перевозчику, который возил продукты и заказы в город, и передал его. Договорились, что через две недели мельник придет обратно за жерновом, который уже заберут с починки. Через две недели мельник приходит и обнаруживает, что перевозчик в город не ездил, только сейчас собрался и поехал. Ещё через две недели мельник получил жёрнов. Получилось на две недели позднее, чем по договору. Мельник подал иск, чтобы возместить ущерб: за эти две недели он бы намолол муки на 50 фунтов. Попросил заплатить ему эти 50 фунтов. Перевозчик отказался оплатить. Но местный суд присудил ему деньги. Перевозчик не согласился. Направился в суде казначейства (exchequer). Потом дело попало в Палату Лордов (это высшая апелляционная инстанция). И в 1854 году она выносит следующее решение. Перевозчик не может платить за нанесение ущерба по одной простой причине: рассмотрение дела выявило, что у мельника жёрнов единственный и что мельница останавливается на время ремонта этого жернова, а мельник его об этом не предупредил. В решении было заявлено: ответственность за нанесение ущерба при неисполнении контракта наступает только в размере, который человек, нанёсший ущерб, мог предвидеть.

Почти дословно эта фраза была воспроизведена французским юристом Шарлем Муленом ещё в 16в. « ответственность предполагается в том размере, в котором лицо, нанёсшее ущерб, могло этот ущерб предвидеть».

Кстати, Шарль Мулен ввёл в оборот термин «гражданское право» в том смысле, в котором мы сейчас его используем. Более того, он впервые высказал идею, которая приписывается Роберту-Жосефу Потье (знаменитый французский юрист, жил в 1699 – 1773, выпустил незадолго до смерти «Трактат об обязательствах», в котором заявил, что договор надо трактовать не в качестве обмена материальными благами, а в качестве обмена обещаниями. Трактат сыграл огромную роль в развитие доктрины не только во Франции, но и в Англии. Тогда началась работка понятий «оферты, «акцепта», стали их сопоставлять. Начали говорить об основаниях действительности оферты, действительности акцепта. И так далее. Устанавливать момент, когда оферта может быть отозвана и не может быть отозвана.)

Но Шарль Мулен уже тогда (20е годы 16 века) заявил, что договор - это обмен обещаниями. Именно эта трактовка договора открывает путь к доктрине консенсуального договора.

Но ведь в Риме уже этой есть. В Риме выделили консенсуальный договоры. Более того, договор купли (именно договор купли, а не купли-продажи! (это два разных договора: договор купли и договор продажи, и в разных кодексах по-разному называются эти договоры. Но ясно, что договор купли в Римской трактовке консенсуальный. Но почему? Это исковерканная искусственная конструкция, чтобы была возможность заключить договор о купле вещи, которой ещё нет. Так как логично, что договор купли должен вступать в силу с момента передачи вещи, во многих феодальных правовых системах так и было (и в Англии вплоть до конца 18 века, до того времени, когда решения судьи Мейнсфилда стали иметь авторитет).

Очевидно, что систематизация императора Юстиниана, сохранив всего 5 процентов классического Римского наследия, все-таки уже этим самым сыграла огромную роль в развитии мировой юридической науки.

**Сейчас главное понять, что систематизация Римского права императора Юстиниана, сама история систематизации – показывает во многом особенности древнеримского стиля юридического мышления.**

С точки зрения современного юридического мышления, мы сразу сталкиваемся с целым рядом странностей:

(Мы волновом находимся в плену нашего современного мировоззрения, поэтому многого не замечаем в прошлом. Находимся в плену юридического воззрения в нашей стране, и поэтому также плохо понимаем правовые идеи, которые доминируют в других странах. Но если выйти из этого плена, то мы неизбежно столкнёмся с массой странностей)

* Юстиниан распорядился буквально на втором году своего правления создать кодекс императорских конституций, а затем в декабре 530 года издаёт конституцию, в которой обязывает целую комиссию во главе с Требонианом собрать изречения классических римских юристов.

Странность в том, что мы привыкли к том, что все-таки нормы, исходящие от государства, имеют обязательную силу, они обеспечены государственным принуждением, и они составляют основу правовых норм. А здесь получается, что большое значение придаётся и просто мнениям и изречениям. Причем любая кодификация, которая до этого проводилась в Риме, обязательно предполагала присоединение к нормативному материалу – императорским конституциям - ещё и мнений юристов: или те, которые высказаны Гаем, сентенции Павла, Ульпиана и Кодекс Фиодосия приводится и приводится Закон о цитировании юристов (lex citationis) 426 года [судьям предписывался порядок оценки мнений юристов]. Но все-таки во всех предшествующих кодификациях в Римской Империи мнениям юристов придавалось субсидиарное значение. Главная роль отводилась законодательному материалу, а мнения юристов были призваны помогать истолковать этот законодательный материал, понять смысл.

Здесь мы впервые сталкиваемся с совершенно уникальным явлением – *Юстиниан придаёт мнениям юристов равное значение с императорскими конституциями*. В конституции --- которая была издана по итогам работы над Дигестами, прямо придаётся Дигестам сила закона. Это очень интересно, потому что Дигесты это только мнения, изречения юристов, но оказывается, судьи обязаны выносить решения, следуя не только императорским конституциям, но и этим мнениям.

* Сила закона придавалась мнениям НЕ СОВРЕМЕННЫХ юристов. А тех, которые жили 300-500 лет назад (1,2,3 веках), а Дигесты созданы в 533 году.

Классическое юридическое наследие приобретает важное значение.

[В. А. в докторской разделил развитие Римской юриспруденции на периоды, но сейчас он понимает, что деление на периоды носит весьма условный характер. Можно говорить о *древнейшей юриспруденции*, *о классической*, *о постклассической*, но очевидно, что *сам стиль юридического мышления, который доминировал в Риме, не менялся с переходом от одного периода к другому*. Менялся довольно существенно судебный процесс, менялась роль юристов: сначала это религиозные служители - понтифики, потом светские юристы аристократы, причём среди них добрая половина была сенаторами (значит, выходцы из аристократических семей), потом этих юристов сменили магистраты (уже имеющие образование). Но стиль мышления остался тот же самый.

Они прежде всего исходили из стремления вынести *решение, которое соответствовало бы господствовавшему в обществе понятию справедливости*. Эта цель судебного процесса отражается и на понятии «юриспруденция»: тот абзац и параграф, в котором *Ульпиан даёт определение «юриспруденции» как «познание божественных и человеческих дел, науки о справедливом»*, на самом деле начинается с определением «юстиции» (помним, что это слово неправильно перевели, по сути это - «искосудие»). И определение юриспруденции носит здесь подчиненный характер.

Говорится о юриспруденции в судебном процессе. А юриспруденция – это стиль юридического мышления. Юридическое мышление в судебном процессе имеет главной задачей установление справедливости. Это характерно для всех этапов. То есть методика вынесения справедливого решения. *Вот суть Римской юриспруденции.* Теперь неудивительно, почему Юстиниан придаёт такое значение изречениям древних юристов: оказывается, что нормативный материал Римского права лучше всего отражался в конституциях, но методика вынесения справедливого решения лучше всего отражалась и фиксировалась в изречениях римских юристов.

Причём самое любопытное, само по себе из этого определения кажется, что римские юристы были настолько высоконравственными людьми, но! они никакими праведникам не являлись и не были высоконравственными личностями.

*Они понятиям нравственности, морали, совести не придавали вообще никакого значения*. На самом деле, они наибольше значение придавали только чисто юридически проблемам. Их совершенно не заботили качества лиц, достоинства спорящих сторон, их недостатки, человеческие качества, никакие соображения морали. *Их заботила сама юридическая суть спора.* И именно поэтому перед нами юриспруденция в чистом виде, *без примеси этики*. Хотя определение такое, что это якобы наука о справедливом и несправедливом. Но очевидно, что в данном случае имелась в виду, прежде всего, обоснованность решения теми соображениями, которые признавались бы справедливыми в обществе.

Римская юриспруденция предполагала грамотное, культурно развитое население. Поэтому она, конечно, погибла, когда изменился состав Римской Империи. Важно отметить, что с этим была связана ещё одна странность.

* Древня римская юриспруденция была полноценной юридической наукой или в ней можно найти только некоторые элементы научного мышления?

Под наукой прежде всего понимается «познание с целью познания». И если внимательно почитать Дигесты, то такое мы, конечно, увидим. Там приводятся очень интересные случаи.

Например: хозяин заключает с рабыней соглашение о том, что он даст ей свободу, после того как она родит ему трёх детей. Мать получает свободу, а дети, рождённые рабыней, остаются у хозяина. Рабыня рожает первого, а потом сразу тройню. *И возникает проблема:* соглашение было на троих детей, а тут получается четыре ребёнка. Кто из детей получит свободу вместе с мастерю? В. А. больше всего поразило, что римские юристы обладали искусством выделить в нашей сумасшедшей жизни типичные, часто повторяющиеся ситуации. Но в Дигестах много искусственных ситуаций, явно придуманных. И пример с рабыней – вообще не типичная ситуация, зачем её приводить в Дигестах. Тем не менее, эта ситуация приводится не для практических целей, а *чтобы продемонстрировать принцип решения подобных ситуаций*, как в данном случае решается вопрос о статусе детей, кто из них будет свободен: тот, кто родился последним освобождается вместе с матерью.

Следующая ситуация, которая была типичной, но в очень короткое время (только в 1 веке н э, когда гладиаторские бои получили распространение, восстание Спартака – 73 год): владелец рабов заключает с хозяином арены для боев и с владельцем гладиаторского клуба следующее соглашение. Он передаёт ему рабов для гладиаторских боев. При этом за каждого раба, который остался живым после боя, он получает 100 динариев, за каждого раба, который был убит – 1000 динариев. *Вопрос:* какой договор был заключён - купли рабов или договор найма? Это очередная придуманная для иллюстрации история.

Юристы не любили выражать идеи прямыми словами. Знаменитое высказывание Павла в 1 параграфе 17 титула 50 книги о том, что *«не из правила выводится право, а из права выводится правило»*; высказывание Еволена о том, что всякое определение «definicio» опасно. Все это выражает страх перед этими абстрактными конструкциями.

Юристы считали, что абстрактные юридические конструкции невозможно приложить к конкретной жизни, а *вся юриспруденция как раз представляла собой искусство разрешения конкретных конфликтов*. Это *методика разрешения конфликтов*. *Эта методика предполагала предложение накопленного опыта разрешения подобных конфликтов*. И римляне не любили идей, оторванных от реальных жизненных ситуаций.

Если они хотели выразить какую-либо идею и не находили в реальной жизни конкретной ситуации, то они эту ситуацию придумывали. Так и в данном случае, этим соглашением про рабов хотели проиллюстрировать очень важную идею: у нас сейчас при заключении договора сразу понятно должно быть, что это за договор (из названия, из содержания), а римляне уловили очень интересное являете в договорном праве - « договор получает свою юридическую сущность не при заключении, а при прекращении». Отсюда определение того, какой договор заключён: купли или найма, будет возможным при прекращении этого договора. В отношении оставшихся в живых рабов заключён договор найма, а в отношении работ, которые погибли, заключён договор купли. 1000 динариев – стоимость раба, 100 динариев- размер арендной платы.

Далее классификация обязательств в институциях Гая (это же учебник). Классификация явно искусственная и тоже является элементом науки. Договор купли, по логике, реальный договор, это же мена денег на товар, а у римлян консенсуальный То есть конструкция искусственная и не очень удачная. Далее договор займа и договор хранения – абсолютно разные по сущности, но оба относятся к реальным договорам.

Классификация обязательств убогая: реальные, консенсуальный, литеральные, вербальные. Но она придумана для того, чтобы показать момент вступления договора в силу. Консенсуальный договор- с момента соглашения, литеральный – с момента записи, вербальный – с момента произнесения формулы, реальный – с момента передачи вещи. И все, чисто для практических целей.

Юристы понимали, что этими категориями обязательства не исчерпываются и придумали затем ещё классификации: По содержанию действий сторон: 1) даю, чтобы ты дал; 2) даю, чтобы ты сделал; 3) делаю, чтобы ты дал; 4) делаю, чтобы ты сделал. И потом во времена Юстиниана эта классификация стала превалировать.

*То есть если мы говорим, что один из основных признаков научного мышления – познание ради познавания, то в Римской юриспруденции он присутствовал* [перед нами много искусственных конструкций; римляне очень любили *юридические фикции* (вроде об этом писал Ширвинд- очень удачная тема; в своё время Сергей Андреевич Муромцев об этом писал: «римляне никогда не отказывались от конкретного мышления, никогда не отказывались от конкретной терминологии, но если возникали новые ситуации, которые не укладываясь в существующие, то они не меняли терминологию, а начинали её толковать по-другому, придавали новый смысл».)

Классический пример: кража бревна из сруба дома. В ЗДТ устанавливался штраф, в размере двойной стоимости бревна. Гай в комментарии к этой статье закона пишет, что *под бревном надо понимать любой материал*, из которого можно изготовить дом. Это пример фикции.

Также фикцией являлась *бонитарная собственность* или *бонитарное владение* (когда вещь приобретена в обход правил по квиритскому праву, но претор на время исковой давности эту вещь задерживает у приобретателя, чтобы не отняли её с помощью excepcio).

*Юстиниан применил самую грандиозную фикцию из всех фикций, существовавших в римском праве. Он объявил мнения юристов законами.* Конечно, они не законы.

Также любопытно, что эта систематизация была сделана для учебных целей – поэтому Дигесты Юстиниан ещё объявил и учебниками. И описал порядок их изучения в юридических школах.

*Систематизация Юстиниана интересна тем, что показывает, что на протяжении тысячелетия стиль мышления у юристов в своих основах не изменился. И это интересный факт.*

Но почему цель судебного процесса в Риме заключалась в поиске справедливого решения, а не подведениях этого решения под существующие законы? Почему так странно понималась *легитимность, которая практически отождествлялась со справедливостью, а не с соблюдением законов*. Разгадка во многом в трудах римских историков, в частности, книге Тита Ливия «История города от основания Рима» (как формировалась civitas – Римская община).

В отличии от всех других общин, Римская община формировалась не из представителей одного племени, а из представителей многих племён. В civitas ещё при Ромуле возникло правило (он ведь и сам был разбойником и бандитов, и скорее всего римскую civitas создала обыкновенная «банда уголовников» (в нашем современном понимании), которая занималась разбоем, похищала скот, тем и жила. Их гнали ото всюду. И видно, что они перемещались, пока не нашли себе пристанище на семи холмах на берегу реки Тибр;) - Ромул принимал в свою общину всех беглецов из других общин, которые нарушали традиции и обычаи своих общин и были вынуждены бежать оттуда, спасаясь от смертной казни, например.

Таким образом, civitas формировалась из представителей различных регионов, верований. *Это значит, что обычаи и религиозные верования здесь не имели большого значения.* Юриспруденция очень рано должна была приобрести светский характер. Но самое главное: здесь изначально не имел большое значение нормативный материал. Если община устроена таким странным образом (из представителей самых различных племён), если она полиэтническая по своему составу, то сохранение стабильности в этой общине, поддержание в ней порядка – является неимоверно сложным делом. *И поэтому целью правосудия становится выработка именно справедливого решения.*

*Именно такой способ разрешения конфликтов поддерживает сплоченность в общине.* Ведь никто не обращает внимания на существенное обстоятельство: самый развитый судебный процесс в Риме это формулярный, именно он лежит в основе классического Римского права. Но в этом процессе только один юрисконсульт имеет познания в праве, юридическое образование. Претор часто не имеет юридического образования, как и судья. При этом роль претора в том, что он даёт указания судье, судья решает вопрос факта и принимает решение. *Но нет органов гос принуждения для исполнения решений. Таких институтов вообще нет.*

*Судебное решение исполняется самоуправством.* Одна из сторон в конфликте, которая получила судебное решение в её пользу, получает разрешение силой добиться его исполнения. Если сторона добилась в суде взыскания долга, то в случае несогласия должника, этот долг будет взыскан силой. А если силы нет, то и не быт взыскан, потому что некому взыскать его, только победившей стороной.

Получается любопытная ситуация: судебное решение, просто на просто, придавало легитимность самоуправству. И при этом видно высокоразвитое юридическое мышление. Почему? Секрет такого развитого юридического мышления как раз и заключается в том, что здесь *судебное решение, которое оправдывало самоуправство, давало основания для самоуправства, должно было быть очень хорошо обоснованным.* Самоуправство имело бы значение только в том случае, если бы действия победившей в процессе стороны поддерживались обществом. То есть, очевидно, что в данном случае *давление общины обеспечивало исполнение судебного решения*.

Неслучайно, что эти судебные решения публично объявлялись на форуме или в присутствие общины. Более того, некоторые судебные процессы вообще вершила сама община (в ранний период времени, когда она была ещё малочисленной, не более 100 тыс. человек, мужчин было около 20-30 тыс), все собирались на площади и голосование выносили решения. Как правило, в таком случае рассматривался важный спор, например, о принадлежности земли.

**Ответ на странную записку:** на самом деле, мысль о том, что сущность договора часто выявляется при его прекращении, совершенно справедлива. Римские юристы в данном случае просто продемонстрировали эту идею казусом. При этом не было приведено других мнений, а если посмотреть в Дигесты, то там очень часто приводятся прямо противоположные мнения (и указывается фамилия юристов, которые считают по‑другому). *Различие мнений было нормой для Римской юриспруденции.* Но в данном случае, видимо, ситуация не вызывала никаких споров.

Даже различия стоимости свидетельствуют о том, что были разные договоры. Ясно, что 1000 динариев – стоимость раба, 100 динариев – размер платы за его найм.

Но есть множество других примеров, когда римские юристы показывали, что грань между различными соглашениями очень зыбкая. Например, Гай дал на хранение Юлию 100 сестерциев на два месяца. Через два месяца приходит и говорит, что отбывает на год в другой город и хотел попросить тебя хранить деньги ещё год. Юлий отвечает: раз ты на год отбываешь, дай мне их в долг. Гай согласился и уехал. Юлий приходит к супруге и говорит, что взял в долг 100 сестерциев и она может завтра купить вазу. Ночью вор забрался в дом и украл деньги. Вазу так и не купили. Приезжает через год Гай и просит вернуть одолженные деньги. А Юлий начал утверждать, что в долг их не брал, потому что договор реальный, а он их даже с места не взял, в котором лежали на хранении, очень искусно забрался вор в дом, хотя все было закрыто. *Отсюда интересный спор*: договор хранения или займа? По договору хранения риск случайной гибели вещи несёт собственник, а по договору займа тоже собственник, но собственником уже является займополучатель. То есть при договоре хранения право собственности не переходит, а при договоре займа переходит. [Поэтому В. А. и считает, что неправильно относить эти договоры к реальным договорам, нужна другая классификация вообще.] Перешел ли договор хранения в договор займа, если деньги с места не сдвигались? Тут была целая дискуссия.

**Второй ответ** на вопрос о том, что существовал самостоятельный иск об исполнении решения (то есть когда оно уже было вынесено) и как он соотносился с дозволенным самоуправлством: в данном случае просто подтверждалось, что решения может быть исполнено. Но институтов для исполнения решений не было!

При изучении всех функций претора, это стало понятно В. А. Судьей было частное лицо, не государственный служащий. *Суд был третейский*. Приходили спорящие стороны к претору, и главной функцией претора было одобрение кандидатуры на роль судьи. *Претор фиксировал, что обе стороны согласились, что судьей будет тот-то*. Выносит решение негосударственное должностное лицо, не от имени государства. И вот решение третейского суда, если оно не исполняется добровольно, тоже может получить для этих целей государственное признание и будет исполнено.

Возвращаясь к иску об исполнении, ведь дело решал до этого такой же третейский судья. Судебное решение было обеспечено авторитетом самого этого судебного решения и признания его со стороны общины.

Когда при экстраординарном процессе судьей стало должностное лицо, тогда ситуация изменилась. Решение выносилось от имени императора. И тогда конечно, это фактическое неисполнение государственного решения. А сейчас речь о формулярном процессе. Формулярный процесс неслучайно возник именно в второй половине 2 века (в 143 году до н э) – потому что в это время идёт катастрофическое ослабление Республики, ослабление роли Народного Собрания (далее – НС) из-за того, что резко увеличивается население. И после войн, когда права римских граждан получило все население Италии, НС утратило своё значение. Старая республиканская форма рухнула.

НС – это почва для того, чтобы придать легитимность должностным лицам, которые избирались центуриарными и куриарными комициями (должностными лицами). В этом случае должностные лица Римского государства избирались не всеми гражданами Рима (государства), а только гражданами города Рима. Для всего государства это было бы нереально большое собрание из 100 тыс человек (максимум для нормального НС – 6 – 10 тыс.).

В этот переходный период на ведущую роль выдвигается Сенат, идёт поиск новых государственных форм. И это переходный период затянулся на целый век до нашей эры. 82 год- попытка диктатуры Суллы, 45 год – попытка диктатуры Цезаря установить новую форму правления, близкую к монархии. Потом Гражданская война после смерти Цезаря. И только в 30м году, когда победил Август, кончилась Гражданская война, и пришло успокоение. Но противоречия остались, ведь новая форма правления так и не устоялась.

Август понял, что монархию не установишь, надо восстанавливать республику. Возникла очень сложная конструкция. *Август в 17 году придаёт юрисконсультам , которые имеют use respondendi (право давать консультации), силу своего собственного авторитета.* Это очень странно. С падением республиканских институтов закон как источник права практически исчез. Исчезли институты, которые обеспечивают соблюдение закона. Преторы в 1 веке – чисто формальная фигура. И преторов уже много: от 8 до 12. В некоторых провинция их вообще уже не избирали (там фактически всё в свои руки взяли проконсулы или люди, назначаемые принципсем, так как провинции были разделены на две части). И вот нужно внимательно посмотреть, как исполнялись судебные решения.

Случаи с гладиаторами показывает вот ещё что. Римляне в судебном процессе исходили не из права, а из иска. Только то право пользовалось защитой, которое имело иск. *Иск в данном случае определял юридическую природу права*. Поэтому *правильно не «правосудие», а «искосудие».* Даже при таком характере судебного процесса, тем не менее, юрисконсульты стремились определить юридическую природу соглашения. Это было важно для того, чтобы определить иск. При договоре купли и договоре найма применялись различные иски. И для того чтобы определить форму иска, для начала надо было определить природу соглашения. Искосудие, таким образом, не препятствует развитию теоретической юриспруденции.

В Римской юриспруденции очень много искусственного, особенно видно в Дигестах. Простейшая ситуация: заключается договор продажи дома, и в этот момент он сгорает в пожаре.

Римские юристы мыслили не только понятиями или нормами, они мыслили казусами, их придумывали, чтобы выразить какую-нибудь идею. Этот стиль мышления очень похож на художественный. Это мышление образами – жизненными ситуациями. И это мышление оказывается удачнее, чем мышление понятиями.

**Ответ на третий вопрос**, «Почему римляне создавали систему, при которой защищалась бы слабая сторона, а допускались самоуправства?»: *римляне понимали справедливость как то, что признаётся большинством*. Такого рода справедливость обеспечивает сохранение стабильности. А если исходить из абстрактной справедливости, не взирая на соотношение сил в обществе, то попытка провести эту справедливость в жизнь взрывает общество. Например, большинство бедных и не имеет имущество. Тогда для обеспечения справедливости нужно конфисковать имущество у богатых и поделить поровну. Что будет? Общество будет взорвано.

Ленинизм и большевизм – это попытка провести вот такую справедливость, невзирая на интересы сохранения стабильности общества. Получили в итоге гражданскую войну, которая длилась практически всю историю Советского Союза.

Вся история Советского союза – это попытка какой-то группы людей навязать свой образ мышления большинству общества, при этом представить свои интересы в виде интересов всего общества. Отсюда мощная пропагандистская машина, которая искажает мировозрение людей.

Поэтому понятие справедливости нуждается ещё и в классификации, так как справедливость разная бывает.

*В. А. считает, что лучше выражение справедливости – это золотое правило нравственности*: не делай другому того, чего бы ты не хотел по отношению к себе; поступи с другими так, как ты делаешь, что поступали с тобой.

Золотое правило нравственности - высшее выражение справедливости ещё и по другой причине: именно такая форма справедливости способствует сохранению стабильности в обществе.

Рим находился в таком примерно положении, в котором находится сейчас Россия. Это самая перспективная и благоприятная территория. И соответсвенно – это постоянное давление извне, постоянные попытки сокрушить эту державу отовсюду. Попытка Карфагена поставила Рим на грань гибели: если бы ошибка Ганнибала (он отказался сразу идти на Рим, просто струсил), то Рим мог погубить. Римская армия была разбита, и римлянам пришлось вести партизанскую войну мелкими отрядами на выносливость. То же самое происходит и с Россией всю её историю: постоянные походы (войны за выживание, победа во 2МВ – это новое рождение). Римлян точно также пытались все время уничтожить.

Экспансия Рима была очень разумной, как и экспансия России. Почему римляне захватили Египет (он стал провинцией непосредственно принцепса в 30 году, это первая провинция принцпеса Августа, он занял место фараона): это житница Рима. В Риме все население самое здоровое – это войны. Рим был вынужден иметь большую армию, чтобы постоянно держать отряды на границе. Для земледелия не было людей. Почему захватили Испанию: Карфагена – противник, его надо сокрушить, включить в свой состав. Любая территория, которая включалась в Рим, включалась на разумных основаниях. Также и с Россией: экспансия Средней Азии в 19 веке (иначе оказалась бы под контролем врагов, прежде всего Британии, нужен был оттуда хлопок, так как развивалась текстильная промышленность); Россия непросто захватывала, а включала в свой состав и давала равные права населению. Рим поступал точно также. В мировой истории было только две настоящие империи: Римская и Русская, которые действительно оцивилизовывали народы, которые включали, давали им равные права.

Такое явление use civile и use gencium. Нужно было развить методику решения конфликтов законов. Не было в Риме конфликтного права.

Лекция 4. 26.09

**Тема 3. Формирование и развитие университетской юр науки средневековой западной Европы (СЗЕ)**

Вопросы:

1. Возникновение университетов в сзе и их роль в формировании и развитии университетской юр науки.
2. Сущность явления "рецепция Римского права". Роль древнеримского правового наследия в становлении развития средневековой юр науки.
3. Особенности юр мышления средневековых правоведов. Глоссаторы, комментаторы, гуманисты и их методы работы с правовыми текстами.
4. Формирование понятийного и терминологического аппарата средневековой юр науки западной Европы.
5. Правовые трактаты как основные жанры юридической литературы сзе.

Обращаясь к сзе, мы сталкиваемся с целым рядом загадок.

Первая, ключевая для понимания самой науки- в рамках СЗЕ университетов развивалась теоретическая юриспруденция, оторванная от реалий конкретной окружающей жизни. Чем объяснить, что эта наука пользовалась популярностью среди молодых людей. Чем объяснить рост университетов. Ведь никто их изначально не поддерживал. Они выросли в инкубаторы по выращиванию новых людей, которые определили во многом ход европейской истории.

Следующий вопрос: почему эта наука опиралась на правовые тексты погибшей цивилизации, которые были созданы лет за 700-800 до этого. Что увидели в этих текстах средневековые интеллектуалы? Профессоры опирались на тексты, не отходили от него, зачитывали названия того или иного титула, потом долго объясняли, что оно означает, потом зачитывали сам титул, начинали пояснять противоречия, которые они увидели в этом титуле, потом давали перечень терминологии, опять начинали ее пояснять, потом опять возвращались к содержанию титула, старались извлечь идеи общего характера. Казалось бы, юрист должен изучать то право, которое регулирует взаимоотношения в том обществе, в котором он живет, а вместо этого изучали абстрактные правовые истины. Причем диплом университета имел большой вес. Он фактически предопределял карьеру молодого человека, который его получил. Поэтому сами университеты пользовались огромным авторитетом. Города боролись за то, чтобы иметь у себя университет, переманивали университеты друг у друга, давали различные привилегии, чтобы университет был именно в этом городе.

Казалось бы, основу этой средневековой юр науки составляли правовые тексты древнего Рима. Стиль мышления юристов СЗЕ должен повторять стиль мышления юристов Древнего Рима. Где этот стиль мышления отразился? В текстах. Удивительное явление видим: стиль мышления сзе юристов отличался от правового мышления древне римских юристов.

Пример: древнеримские юристы хотя и заявляли о своем скептическом отношении к неким общим конструкциям, правилам общего характера (высказывание Паула в 10 книге 17 титул 202 параграф «всякое правило опасно, тк нет такого правила, которое не было бы опровергнуто каким-либо конкретным случаем»). Юристы древнего Рима могли подниматься на самый высокий уровень абстрактного мышления и говорить, к примеру, о таких понятиях как публичное право, частное, jus civile, jus gentium, право народов, давать классификации общего характера, которые характерны для современной юр науки. Не случайно заимствовали деление на публичной и частное право, хотя это чисто древнеримское, что невозможно перенести в другую ситуацию и только там, где существует civitas, эта государственным образом организованная община или общинным образом организованное государство, там имеет смысл выделять публичное и частное право. А в современном обществе как отделить интересы частного лица от интересов государства? Невозможно практически.

Самый распространенный способ ограничения произвола правящих лиц- носителей верховной гос власти, заключается не в том, чтобы ограничить их власть, а в том, чтобы создать для граждан некую автономную сферу, куда власти вмешаться не могут. То есть как-то отделить граждан от властителей, которые часто впадают в безумие. Сфера, где они могут свое безумное проявить, очень узкая, и те цели, для которых издается конституция, лучше всего достигаются гражданским кодексом или хорошо разработанным гражданским правом, которое создает правовую автономию для граждан и гарантии жизни для них.

А для Рима такое отделение гражданского общества от государства было немыслимо, поэтому они и говорили о публичном и частном праве. Они вполне могли бы и в jus civile выработать некие общие категории, типа права собственности, договора, владения. Они не стали этого делать.

Кому принадлежит рыба, выловленная в реке? Ульпиан: рыба никому не принадлежит, когда плавает в реке. Но тот, кто ее поймает- первый владелец, становится ее собственником. Тоже самое относится к зверям. Но казалось бы, сформулируйте общее правило, что право собственности на бесхозную вещь, на вещь, которая никому не принадлежит, приобретается тем, кто первый ее присвоил. Наш правовед именно этот вывод и сделал бы. Но римские юристы его не делают, и не объясняют почему. Но можно догадаться. Если сделали мы этот общий вывод. Свободный человек принадлежит кому-то? Нет, но выходит, что в соответствии с этим правилом если кто-то захватил этого свободного человека, значит он становится собственностью захватчика.

Вот почему всякое определение в гп чревато опасностью. Потому что не существует таких определений, которые не были бы опрокинуты конкретным случаем (с) Павел.

Древнеримские юристы восходили от конкретного к общему, но у подножья горы останавливались, а мы идем дальше. Они считали, что нельзя отрываться от конкретной жизни. Поэтому Дигесты Юстиниана носят совершенно казуистичный характер. Но средневековые юристы пошли выше, создали ту юриспруденцию, которая стала основой нашей современной науки.

Вообще западноевропейская цивилизация берет свое начало не в античности, а в средневековье. Это хорошо видно, если обратиться к развитию юриспруденции. Римское право, которое западноевропейские правоведы объявили своим, германцы назвали пандектным (как бы свое, но включали туда и каноническое и jus feodale), тот понятийно- терминологический аппарат, который считается римским, на самом деле средневековый римский, а не древний римский.

Древнеримский понятийный аппарат невозможно выразить в каких-то общих понятиях. Впервые о понятиях заговорили только средневековые юристы. Поэтому удивительно, ведь когда юристы понимают юриспруденцию как познание жизни, поведения людей, не возникает вопросов почему такая юриспруденция пользуется популярностью в обществе и является прерогативой высших слоев общества. Если юриспруденция поднимается на высоты, недоступные человеку, создает искусственный мир свой и в нем живут сотни тысяч людей (столько было выпускников университетов в Западной Европе), естественно возникает вопрос, чем же они так привлекли, что города боролись за то, чтобы университет находился в их пределах.

Университеты возникали явочным порядком, частным. Они даже зданий первоначально не имели. Лекции читались в арендованных помещениях (площадях, дворцах). Здания университетские начали строить только в 14 веке. Когда университеты перестали кочевать, тогда понятие университета слилось с понятием studia или shola (оба термина обозначают учебное заведение). Но universitas совсем не обозначало поначалу учебное заведение. Это корпорация, причем сами по себе учебные заведения назывались термином studia. В рамках нее было несколько университетов: университет преподавателей, студентов, студентов из какой-то страны. Universitas не обозначал учебное заведение и нет ничего удивительного, что такие корпорации возникли, потому что средневековое общество, особенно раннее, корпоративное. Отдельный индивид не мог получить защиту, он должен был обязательно войти в какую-то корпорацию.

В рамках корпорации выстраивалась и страховая система, она давала работу, защищала, наделяла правами. За пределами корпорации человек не становился бесправным, потому что за ним корпорация.

200 лет эти корпорации universitas бились с руководством городов за то, чтобы члены корпораций, если совершают правонарушение, подлежали суду самой корпорации. И добились в конце концов к 14 веку.

Бились даже за то, чтобы если чужеземец входит в корпорацию, он получал защиту городского права.

История университетов европейских многолика. Если брать социальную историю, увидим группу людей, которые в чужой стране или городе борются за свое существование. Если брать университет как учебное заведение, то видим группу людей, которые стремятся изучать науки, получить специальность и подняться в соц иерархии.

Вопрос о том, когда возникли первые университеты, неразрешим. Если обратимся к концу 11 века (когда датируется возникновение первых университетов), университетов не увидим. Увидим, что существует юр школа в Равенне, Пизе, Болонье. Болонская юридическая школа пользуется особым авторитетом. С 1112 года в ней постоянно читает лекции Эрнериус (знаток правовых текстов Древнего Рима, прежде всего Дигест).

Возвышение Болонской юр школы, превращение ее в мощную корпорацию:

1080 г. документ повествует о том, что маркграфиня Тосканская Матильда призвала Эрнерия преподавать Дигесты Юстиниана в Болонской юр школе. Она была сторонницей папского престола и вела борьбу против светских властей. Она стремилась, используя древнеримские юр тексты, отстоять права папского престола на Тосканские земли. В том числе земли Болоньи.

Поэтому она привлекла Эрнерия, который был консультантом при ней, для того, чтобы он развернул преподавание этих текстов. Тк ей понадобились образованные юристы, которых она хотела послать в различные уголки северной Италии, где возникали проблемы по поводу имущества, возникали споры между городскими властями и представителями папского престола. В конце своей жизни маркграфиня изменит свои взгляды, перейдет на службу к императору Священной Римской империи. Но тем не менее эта юр школа возникла.

Момент показывает ту логику, которая лежала в процессе становления юр науки в западной Европе. К этой науке первоначально обратились для того, чтобы иметь возможность разрешить какие-то споры между церковными и светскими властями.

На протяжении всего средневековья университеты играли огромную роль по разрешению споров между корпорациями.

30-40 годы 13 века возвышается Сорбонна, тоже называется universitas. Пока это корпорация преподавателей и студентов очень влиятельная. Тоже участвует в разрешении споров между светскими и церковными властями.

11-12 век развитие городов и торговли. Города как чуждый элемент для феодального общества сталкиваются с необеспеченностью своих прав на имущество. Города возникали на территории, которая принадлежит какому-нибудь герцогу, который очень часто испытывает нехватку денежных средств. Он с войском наведывается в город, грабит его и говорит, что «вы на моей земле живете, это мое имущество». Очевидно, что возникает потребность у городов юридически оформить свой статус, статус своего имущества, органов управления. Как обеспечить безопасность городского населения от вмешательства крупных магнатов?

С точки зрения норм действующего права магнаты правы. Здесь приоткрывается загадка той роли, которую играли университеты в сзе. Университеты- удивительное изобретение. Сам строй европейской жизни не позволял появиться росткам чего-то нового. Города- это что-то новое. В городах развивается предпринимательство, которое требует свободы, гарантии собственности, предполагает вложение средств в процесс производства. Как можно деньги вкладывать в производство, если они не обеспечены. Города порождают потребность в юр оформлении новых отношений.

А университеты тоже чуждый элемент СЗЕ. То есть возникают как бы оранжереи, где по другим законам выращиваются растения и жизнь строится искусственно и те, кто там существуют, как бы обособляются от окружающего мира. Но именно там появляется что-то новое. И если необходимо решить какие-то юр проблемы, не решаемые существующей правовой системой или существующей системами права (jus feodale, обычное право, торговое право, королевское законодательство), что делать? Города стали мощной финансовой силой. Где-то в 14-15 веке проблема обеспечения своих прав отпадет, потому что они будут покупать правителей. Особенно преуспеют в этом банкиры, ростовщики.

Города с помощью денег покупают защиту у могущественных правителей. Особенно их не беспокоит проблема юр оформления. Тк право- прерогатива слабого, поэтому слабые право развивают. Когда города были слабые, но росли, они нуждались в нем, потом проблема была решена, но государство стало слабеть. Это период сословно- представительной монархии, королевская власть попадает в зависимость от сословий, соц групп. Возникают противоречия между королевской властью и различными магнатами, церковной властью. Тогда уже королевская власть нуждается в юридическом оформлении своих прав.

А когда система королевской власти усложняется, в ее рамках появляются сословно-представительные органы, суды, королевские советы при короле, королевская власть становится институциализированной, то возникают противоречия внутри государства, которое тоже состоит из различных корпораций. Английский взгляд на государство предполагает деление государства на estates- на некие корпорации. Королевская власть рассматривается как корпорация, и парламент тоже. В парламенте тоже есть корпорации: лорды духовные, светские, общины.

Корпорацию составляют местный власти, церковная власть, торговцы, банкиры. Очевидно, что королевская власть нуждается в обеспечении своих интересов, тогда университеты начинают служить в большей мере государству. Причем это совпадает с эпохой возрождения, периодом, когда авторитет древнеримских правовых текстов подвергается большим сомнениям, этот период совпадает с появлением термина «государство».

Вообще термин stato создали именно юристы (университетские профессора). Они осмыслили государство в виде публично- правовой корпорации впервые. Это как раз усилило мощь государство, фактически подвело к абсолютной монархии.

Университеты на самом деле играли очень важную роль в сзе- они представляли собой явление, без которого невозможно понять, как развивалась Европа. Ростовщичество осуждалось, например, в Библии, противоречило основным парадигмам феодального устройства + аристократия всегда борется против денежных мешков, тк состоятельные люди угрожают аристократии, они добиваются высокого статуса с помощью денег. Поэтому капитализм не мог родиться в Западной Европе без поддержки университетов- таких корпораций, которые представляли собой островки нового мира в сзе. Причем развитие университетов происходило параллельно с развитием городов, королевской власти и церкви.

Поначалу в университетах чаще всего был один факультет- юридический, потом добавляется теологический (с 13 века в Сорбонне, Болонье) и церковь обращает особое внимание на университеты. Церковь и королевская власть вели борьбу за университеты.

Если обратиться к внутренней жизни университетов, в первую очередь надо отметить, что формирование университетов заняло 2,5- 3 столетия. Потому что первые зачатки университетов в конце 11 века, а по- настоящему они сформировались в полном виде к 14 веку. Сначала эти корпорации имели чисто персональный характер, не были институционализированы, просто началось преподавание текстов Дигест Эрнерием, потом его учениками. Университетами фактически являлось собрание студентов, но постепенно корпорация численно разрасталась, особенно после того, как слушатели этих лекций получали хорошие места в церковном аппарате или на государственной службе, стало понятно, что в западной Европе с помощью образования можно достичь того, что достигается только путем рождения.

В 14 веке города и герцоги, чтобы привлечь на свою сторону преподавателей университетов, дают им графские звания.

Преподаватели делятся на 2 категории:

1. Магистры
2. Доктора

Чтобы получить степень, надо защитить диссертацию.

Университет- это автономная корпорация, обладающая целым рядом привилегий.

1. Привилегия присваивать ученые степени.

Она позволяла самим университетам формировать свой состав. Тк сначала, когда маркграфиня Тосканская стала поддерживать Эрнерия, она платила жалование, а кто платит жалование, тот и определяет состав преподавателей. Со стороны церковной власти была попытка присвоить себе эти корпорации. Но эти universitas поняли, что если отказаться от права формировать свой состав, то они просто исчезнут. Хотя такая возможность была. К 14 веку сомнений ни у кого не возникало, что университеты имеют право присваивать степени.

Чем университет изначально отличался от любой корпорации- он сам себя формировал. Преподаватели сами себя избирали. В этом процессе участвовали и студенты. Тк финансовое обеспечение процесса обучения зависело от студентов.

Потом, когда университеты превратятся в авторитетные корпорации ученых- правоведов и одновременно престижные учебные заведения, они начнут получать субсидии от королевской власти. Но преподаватели настаивали на том, чтобы деньги шли в общий университетский фонд, а не лично им в качестве жалования.

1. Правовая культура имела персональный характер. Университетский суд.

То есть каждая группа населения регулировалась своим правом. Была проблема конфликта прав.

Судьи не могли сами по себе решить вопросы конфликтов между представителями разных корпораций. А университеты представляли собой корпорации юристов, которые были способны решать очень сложные проблемы для любого средневекового общества, которые невозможно было решить на основе судебных институтов, которые сложились в этом обществе.

Поэтому очевидно, что университеты позаботились о том, чтобы каждый член университетской корпорации был наделен правами и привилегиями. И в случае возникновения конфликтов за пределами этой корпорации университетская корпорация принимала участие в разрешении конфликтов.

+ Университеты добивались от руководства городов и королей, чтобы мелкие правонарушения рассматривались университетскими судами. Университет как бы создавался в виде государства в государстве.

Такое явление и в России. В России была введена должность синдика- как прокурор (преподаватель юр факультета как правило). Был обязан наблюдать за исполнением университетских регламентов, он заседал в университетском суде. Там заседали авторитетные профессора, которые часто не имели юр образования, а он был как бы консультантом их, играл основную роль в университетском суде. Но это явление- университетский суд, было заимствовано из сзе университетов.

1. в СЗЕ статус человека был во многом предопределен его рождением. А в университеты могли поступать люди любого звания.

Единственное условие- минимум знаний должен был быть. Сдавали экзамены вступительные, показывая свою способность слушать лк.

Обычно на местах у церковного священника изучали латинский язык, иногда древнегреческий, получали первоначальное образование, заранее узнавали, что представляет из себя экзамен, потом шли сдавать экзамены в университет.

Удивительный пример: 13 век- в Болонье не нашли дворца, который бы вместил всех студентов. Лк приходилось читать на площади святой Софии в центре Болоньи. Собиралось до 10 000 студентов.

Столько не могло собраться, если бы звание выпускника университета не давало возможности продвинуться по службе.

Эта привилегия создавала особый мир в университете.

14 вв. понятие universitas слилось с понятием studia, universitas стали считать учебным заведением корпоративного типа, в рамках которого складывался особый мир, где все были равны. Не было ни дворян, ни крестьян. У всех одно звание- студент Это люди, которые смотрят на людей не как на представителей сословий, а просто как на людей.

Понятие «прав человека» в отличие от «прав дворянина», «прав горожанина», возникло в рамках университетов, потому что сам строй жизни в этой корпорации благоприятствовал такому мышлению.

Но юристы, которые выпускались из университетов, на всех людей смотрели как на субъектов права, а не как на представителей каких-то групп. Получалось что эти люди, если они становились судьями, очень успешно рассматривали различные споры, которые предполагали конфликт различных прав, привилегий, споры, вынесение решения не на основе конкретной нормы, а на основе аргументации, вынесение авторитетного решения, которое признается всеми.

Этот стиль мышления получил звание универсалистского мышления. Оно фактически предполагало наличие некой общих для всех людей системы правовых ценностей. Это во много объясняет, почему именно правовые тексты древнего Рима стали изучаться в университетах.

Потому что главная проблема СЗЕ жизни в условиях, когда общество было разделено на корпорации, заключалась в разрешении споров между представителями различных корпораций. А эти споры были очень острые, иногда они выливались в битвы.

Например столетняя война. Это на самом деле конкретный период с 1330 до 1453 года. Видно, что столетняя война вспыхнула из юридического конфликта по поводу прав на престол французский. Имел эти права в большем объеме внук Филиппа 4, нежели его племянник Филипп или внук Эдуард 3 (англ король)?

Что происходило? Явление «национальное государство» возникло не сразу с появлением государства. Уже нации конституировались, а национального государства еще не было. Было государство чисто феодальное, а оно не мб национальным.

Наблюдаем интересное явление: Генрих 2- король Англии и одновременно французский граф Анжу. Или до 1204 г. любой английский король, начиная с Вильгельма 1, был одновременно герцогом Нормандии. Как так?

Какая ситуация получалась? Генрих 2- если меняется французский король, английский должен ехать ко двору французского короля, становиться на колени и приносить клятву верности, тк он вассал его. Естественно для феодального государства это было нормой, никто не видел в этом ничего оскорбительного.

Но почему в 14 веке это стало считаться оскорбительным? Возникло «национальное самосознание». Следы его видны еще в конфликте между Симоном де Монфором и Генрихом 3. Генрих 3 был женат на француженке и с француженкой к английскому двору пришло много французов, которые заняли довольно высокие должности. Они оттеснили местных англичан, те обиделись. Началось движение, которое привело потом к возникновению Парламента. Движение было под лозунгом «Англия для англичан». А лозунг этот выдвинул француз Симон де Монфор (их предки пришли с Вильгельмом Нормандским. Эти французы стали англичанами во 2-3 поколении, и они выступили против французов, которые только что пришли). Это середина 13 века- зарождение национального самосознания. Почва определяет национальность, а не кровь. По крови и по фамилии они французы+ язык правовых актов французский и латынь. Вестминстерские статуты написаны на старофранцузском, последний на латыни только.

Когда столетняя война разгорелась, стали отказываться от старофранцузского в польщу латыни или английского.

Процесс выбивался из строя средневековой феодальной жизни. Чем определяется национальное сознание? Принадлежностью к территории, а не кровью. Территория получает другое значение. Раньше территория- земельный участок (типичное феодальное мировоззрение. Король умирает, у него трое сыновей, территорию делят поровну).

А в 14 веке меняется ситуация во многом благодаря университетам. Университеты стали смотреть на гос территорию как на публично правовую категорию впервые!

Как появляются новые идеи в праве? Как появился взгляд на государство как на публично правовую корпорацию, а не как на принадлежность короля?

Если государство- принадлежность короля, если престол- частное имущество, то оно подлежит наследованию в обычном порядке по частному праву. Значит французский престол- частное имущество, и Эдуард 3, несмотря на то что он английский король, имеет преимущественное право наследования французского престола, тк он внук Филиппа 4.

1328 год французские преподаватели думают, как не допустить Эдуарда 3 на французский престол, потому что здесь своя группировка, во главе которой стоит племянник Филиппа 4. Как не допустить Эдуарда, который имеет преимущественное право по частному праву.

Надо объявить, что престол не может наследоваться по частному праву. Как это сделать? Надо объявить, что государство не частное дело кого-то, а res publika. Утверждение нового взгляда на государство всегда происходит в результате конфликтов. В разрешении конфликтов обязательно принимают участие цивилисты, которые воспитаны на изучении дигестов Юстиниана. И они внедряют понимание государства как общего дела, государство не мб частным делом.

Они создают основы гос права, мп, совершенно новое гп, уголовное (которое считалось частью гп. Тк преступление считалось частной обидой. Не считалось государство и общество объектом преступлений, только конкретный человек. Но новое понимание преступления внедряется именно в университетах) при рассмотрении конфликтов.

Новое понимание королевской власти в Англии тоже утвердилось в судебном процессе.

Эдуард 6, став королем, передал в аренду герцогство Ланкастерское. Умирает 1553 в 16 лет. Мария обнаруживает, что денег в казне не хватает. Она не может отобрать герцогство. Обращается в суд. Пока решается вопрос, кого привлекать, Мария умирает. Елизавета становится королевой, сидя в Тауэре. Она обращается к казне, которая пустая. В 1558 создается коллегия из председателей королевских судов, которые привлекают цивилистов. И в 1562 вынесли решение. Имел ли Эдуард малолетний право передать в аренду? Цивилисты разработали еще в 15 веке доктрину государство как публично правовая корпорация и доктрину королевской власти не как владельца частного имущества, сюзерена, а как главы публично правовой корпорации. Цивилисты заявили, что Эдуард 6, будучи частным гражданином, не имел права заключить договор аренды, тк не обладал дееспособностью. Но он король, а значит, что наряду с физическим телом, у него есть политическое тело. В отличие от частного гражданина, король дееспособен с момента рождения. А потому он вполне мог передать герцогство Ланкастерское.

Это представление о короле как политическом теле позволило изменить представление о статусе королевского имущества. Везде повсеместно возникает категория «коронная собственность» - принадлежит королю как должностному лицу, а не частному лицу. Собственность передается вместе с должностью. А личность не имеет права ее отдать. Это антифеодальная концепция.

Получается, что университеты как чуждое феодальному обществу явление, вкрапляются в ткань средневековой феодальной жизни и создают правовую культуру чуждую. Но почему создают? Потому что невозможно было все конфликты разрешить на основе феодальной правовой культуры. Необходим был другой взгляд на государство, право, церковь, имущество, владение, договоры и тд.

То есть в рамках средневековой правовой культуры создается ареал чуждой правовой культуры. Возникает мир, где на короля смотрят не как на сеньора, а как на главу государства, на людей смотрят не как на вассалов, а как на подданных, когда церковь считается тоже публично- правовой корпорацией, когда на каждую корпорацию смотрят как публично- правовую организацию, которая обладает не только правами, но и обязанностями. Это уникальное явление, которое возникло в связи с университетом во многом разрушало феодальную правовую культуру.

Все новые правовые категории уживались со старыми категориями долгое время:

Король как был сеньором, так и остался, но его стали одновременно трактовать в качестве сюзерена.

Сословия остались те же самые и привилегии их, но одновременно утвердилось представление, что представители всех сословий в качестве подданных равны между собой.

Такой взгляд на государство не мог возникнуть вне университетов.

Все конфликты, которые разрешали университеты, вырабатывали идеи противоречивший средневековому взгляду. Почему удавалось университетам вырабатывать авторитетные решения? Потому что они не опирались на какую-то часть средневековой культуры, или нормы, выработанные каким-то одним этносом или корпорацией.

Они ищут опору не в каких-то частных интересах, правовых нормах, а в текстах, созданных очень давно (не средневековым обществом). Эти тексты древние, казалось бы, это плохо. Дело в том, что согласно средневековому стилю мышления, древность авторитетна.

Главное явление средневековой правовой культуры- обычай. Особенно давний обычай авторитетен, тк он проверен опытом.

Древние правовые тексты авторитетны именно потому, что они древние + они не созданы какой-то одной корпорацией. Они чужие для общества.

То есть они одновременно авторитетные и чужие, значит они могут стать основой для выработки общей системы правовых ценностей для СЗЕ.

Если общество состоит из множества корпораций, должна быть система общих правовых ценностей, чтобы такое общество существовало. Невозможно разрешить спор между корпорациями, если нет авторитетных ценностей для обеих корпораций.

Университеты стали создавать новую правовую культуру. Но за этим процессом (который был одновременно юридическим, политическим и социальным) скрывался новый подход к праву, правовым категориям и понятиям, совершенно новый стиль юр мышления.

Лекция 5. 03.10

К сожалению, в нашей юридической литературе существует мнение, что современная юр. наука берет начало в Древнем Риме. Посмотрим на материальные атрибуты, на терминологию, на понятийный аппарат и увидим много римского, но **наука – это определенный стиль мышления.** А стиль юридического мышления, характерный для современной науки, берет начало **не** в Др. Риме.

Был характерен для римских юристов особый стиль – мышление казусами или даже понятиями. Они, конечно, пытались различать правовые институты, но с одной целью: определить, **какой иск применяется** в данном случае при рассмотрении спора по поводу того или иного института.

А вот по-настоящему мышление юридическими понятиями берет свое начало в средневековой западной культуре.

Прошлый раз говорили, что университеты нельзя рассматривать только в качестве учебных заведений. В первую очередь, университеты формировались как корпорации. ***Studium generale*** (университет) – общее учение, общая школа. Корпорация университет отличалась от всех иных корпораций: она включала в себя представителей разных этносов, стран, сословий. В рамках уни формировалось общество особого типа – космополитическое. Это было сообщество, прежде всего, людей, а не дворян/французов и т.п. Университеты абстрагировались от всех других качеств человека, которые характеризовали его в средневековом обществе. Каждый человек представал членом социальной группы: на него смотрели как на дворянина или представителя какого-то этноса, но в университетах формировался совершенно другое мировоззрение. Именно из такого сообщества возникали новые представления о государстве, о государстве не как о частноправовой корпорации, а как о публично-правовой корпорации.

В рамках университета сформировалась ***доктрина национального государства.*** Она сейчас доминирует. Вспомните 1328 год: кто должен занять престол во Франции? Высказали мнение, что иностранный король не должен занимать престол. Термин **«национальная республика».** Государственные органы формируются из **«титульной нации».** Государство – явление, которое противоречит каким-то особенностям, государство – выражение общего интереса. Государство не может быть государством какой-то нации/этнической группы, не потому что это государство стоит над всеми (нациями и т.п.), не потому что это высшая общность, а потому что это новый тип организации, которые индифферентно ко всем особенностям. Люди – граждане. Вот единственный взгляд на человека. Такой взгляд возник именно в университетах.

Средневековая Западная Европа – ужасный мир. Разделение на корпорации, этносы, сословия. Конфликты возникали как внутри корпораций/сословий, так и между ними. В каждой корпорации своя система ценностей. Чтобы такое ужасное общество могло жить, нужна была ***система общих ценностей.*** *Дерево состоит из ветвей. Но почему оно дерево? Потому что у него ствол.* И такой ствол нужен был обществу в Западное Европе.

Университеты как раз создали такую систему ценностей. Результат их деятельности воплотился в явлении ***ius commune*** – общее право. **Не верно думать, что оно сформировалось ТОЛЬКО на базе римской правовой культуры, нет еще и на основе канонического права.**

Конечно, ius commune часто превратно понимают. В западной литературе делается упор на то, что это право общее для всех, для всей Европы. Почему идея популярна с образование ЕС? Увидели в ius commune исток нового права ЕС. Поэтому последние двадцать лет эта тема активно изучается в публикациях.

Главная суть – не право общее для всех. Термин вводит в заблуждение. Это система общих ценностей, да, но считать, что ius commune оватывало все общество нельзя, так как формировалась еще одновременно и система права справедливости. А право справедливости - общее ли для всех? Ведь тут субъект тоже человек, а не дворянин/крестьянин и т.д. Идея ius commune выражала не право общее для всех. Это воплотилось **в новом стиле юридического мышления.**

Древнеримские юристы пытались подняться до общих категорий, но останавливались у подножия горы и выше не поднимались. Посмотрим, что они делали. Ульпиан утверждает, что право собственности на бесхозную вещь приобретается тем, кто первый ею завладел, но не формулирует общее правило, выражает мысль по-другому: *право собственности на рыбу в реке/море приобретается тем, кто ее поймал первым, право собственности на тигра приобретается тем, кто первый подстрелил тигра*. **Он не формулирует общее правило.** Всякое правило в гражданском праве чревато в опасности. Грех такого правила в том, что оно опровергается конкретной ситуацией. Человек – это бесхозная вещи, но не значит, что кто первый его схватит, тот получит право собственности на человека.

Просто римские юристы были процессуалистами. **Iustitia – искосудие, а не правосудие.** Для римлян **главное понятие – иск.** Всё подчиняли искам. Ульпиан и Гай проводят различие между правом собственности и владением легко следующим образом: нет ничего общего между понятиями (казалось бы, много общего, даже из изречений римских юристов найдем, владение - corpus possessionis (владение фактическое) и animus possidendi (отношение к вещи как к своей), а собственник разве не относится к вещи как к своей? Не случайно термин «possessio» использовался для обозначения права собственности), потому что они процессуалисты. Если как материальое право, то много общего. Однако, действительно, если оцениваем как институт процессуального права, то тогда нет ничего общего: владение защищается интердиктом, а право собственности – виндикация или негаторный иск.

Римские юристы оперировали категория общими, но у них была главная категория – иск, а иск не был общей категорией, исков было много. Главная проблема: какой иск для разрешения спора надо рекомендовать? Какой иск применить? Дигесты Юстиниана наполнены исками. Дигесты Юстиана – изложение конфликтов и методика их разрешения, то есть это процесс.

В средневековых университетах начинают **обращать внимание не только на процессуальные институты, но и на институты материального** права. Посмотрим в Древнем Риме контракт – институт процессуального права, а пакт – материального. Пакт используется для обозначения договоров вообще. Договорное право было в Риме, только процессуальное. Контракт – соглашение, обеспеченное иском. Система изложения материала в Институциях Гая: лица, вещи, иски. **Римское право – это методика разрешения споров, а не правовая модель.**

Средневековые европейски юристы усовершенствовали методику разрешения споров, они ее базируют не на процессуальном праве, а - на материальном. Сама действительность заставила так мыслить. Рим был государством полиэтническим, но они переварились в римской цивилизации и становились все римлянами. Конституция Каракаллы[[6]](#footnote-6) дала почти всем жителям Римской Империи статус граждан и ius gentium стал для всех работать. В средневековой Европе такого общего котла не было : настолько общество разнообразное по принадлежностям к этносу, культуре; это конгломерат культур, сословий, корпораций, этносов.

*Magna Charta Libertatum – Великая Хартия Вольностей - это договор. Могущественный король, глава корпорации, обладатель верховной власти, вынужден со всеми договариваться и признавать существование иных корпораций.*

Средневековые юристы имели задачу разрешать огромное количество конфликтов. **Общество – очень конфликтное. Следовательно, договор – основной источник права.**

*Золотая булла – не законодательный акт об избрании императора, а договор между императором и крупнейшими корпорациями.*

Средневековые университеты разрослись, потому что были нужны обществу. Зачем? В них нашли идеи и **методики, которые позволяли разрешить конфликты**, неразрешимые посредством того права, которое существовало, в рамках той правовой культуры, которая сформировалась в средневековом обществе. *Университеты – оранжерея, которая вырастила новые растения для леса (средневековое общество). Растение приобрели особую ценность.*

Преподаватели – престижная профессия, высокое звание у них. Университеты предложили свой способ разрешения конфликтов, которые не могли быть разрешены иначе.

*Пример. Река. На реке 2 мельницы. Река течет. Мельница пониже испытывает недостаток воды. Сосед повыше отвел дополнительную воду. Спор. Как решить спор, если река общая? О чем спор? Явного вреда нет. Если есть, то применяем законодательств – обычное королевское или торговое. Вместо детской площадки сейчас строят дом, собираются жители на митинги, занимают площадку, чтобы не снесли площадку, так как их квартиры станут дешевле и света меньше станет. Вернемся к нехватке воды. По обычному праву не разрешить. Еще усложним проблему: один мельник – купец, а другой – горожанин или ремесленник. В рамках каждой социальной группы свои правила. Университеты выработали методику. На основе чего? на основе неких общих понятий.* **ius commune – не право общее для всех, а право, материальное содержание которого составляют общие понятия.***В Древнем Риме не было понятия собственности или договора вообще .В ius commune вопрос решится так: когда были построены мельницы? Если мельник повыше построил мельницу раньше, а мельник, который жалуется, построил позднее, то у него нет оснований для жалоб, так как должен был предвидеть ситуацию. А если наоборот, то основание для жалобы есть. Какой принцип действует? Древнеримские юристы остановились у подножия горы: они не обобщали правило. В ius commune сформировали общее правило, со всеми исключениями.* ***Бесхозная вещь принадлежит тому, кто первый завладеет – вот поэтому кто первый построил мельницу, тот имеет преимущество.*** *Да, вода не его собственность, но он имеет преимущество в собственности. Ius commune, в отличие от права Древнего Рима, предлагало взгляд на право собственности как на совокупность отдельных правомочий, так как для них это институт материального права, они расщепляют институт на элемент. Университетские юристы занимаются институтами материального права. Методику основывают на толковании институтов материального права - получается, что методика больше подходит к условиям средневекового общества. Что создали средневековые юристы? Они хотят охватить все конкретные случаи.*

Вот Гай в комментарии к Законам Двенадцати Таблиц разбирает случай, когда *кто-то обнаружил свое бревно в срубе чужого дома – двойное возмещение. Гай задает вопрос: если это не бревно, а камень? Он пишет надо понимать любой материал, из которого можно построить дом.* Тут **нет** общего термина. В древнеримском праве юридическая фикция лчень распространена. Освобождение сына от отцовской власти = обряд освобождения раба. Существовала фикция, что сын – раб отца. Средневековым юристам же надо было хватить все ситуации, они прибегли к другому стилю мышлению: тоже использовали юридические финкции (вернемся позже к этому), но так как мыслили институтами материального права, они использовали другой прием, характерный именно для науки. Чем наука отличается от других форм культуры? Это не просто знание, это методика получения новых знаний. Наука начинается там, где из существующих знаний выводятся новые знания.

**Ius commune – не общее для всех, это методика получения новых ценностей, это саморазвивающееся явление.** Какая идея, глобальная и очень современная, заложена в ius commune, созданном в средневековых университетах? Идея о том, что право современного общества **не** ограничивается только тем правовым материалом, который записан в законах и выражен в обычаях, судебных решениях и т.д. Есть некие нормы и правила поведения, которые присущи **любому обществу,** даже если прямо не выражены.

*Пример. Прошел референдум в Каталонии. У В.А. Томсинова двойственное отношение: получили свой Крым, но, с другой стороны, как юрист, не поддерживает выделений из большого государства, так как если мир раздробится над маленькими государства, то господство будет за транснациональными корпорациями. Государство сохраняет человечность и человечество. Корпорации же хотят получать прибыль. Маленькие государства не обеспечивают нормальные условия жизни для человека. население бежит из такого маленького государства.*

Крым. В 1999 году вышло некое постановление: референдум о сецессии чуждо внутригосударственного праву, это институт МП. Референдум вытекает из неких общих принципов устройства современного государства. Референдум выражает народовластие.

ius commune – это признание существования таких правовых ценностей в человеческом обществе, которые **не выражены** в законах, обычаях, судебных решениях (хотя могут быть и выражены), которые могут не признаваться властями конкретных государств, но они все равно существуют.

Что сделали университетское правоведы? Они не принадлежат какому-то государству, даже если университет находится в Англии, Франции, Италии, он не английский, французский или итальянский. Они не подчеркивали зависимость от властей. Они считали себя общеевропейским сообществом, они вбирали в себя представителей самых разных стран. Университет был социальным лифтом, позволял возвыситься низкородным людям. Получив образование, люди легко находили место на службе у короля. Университеты хорошо понимали свое значение.

Много было спора между церковными и светскими властями. Консилиумы по разрешению споров обязательно имели университетских профессоров, которые мыслили не конкретными категориями/сословиями, а мыслили категориями общими.

В университетах берет свое начало ***идея прав человека.*** Каждый человек был, прежде всего, представителем какой-то корпорации, его членство превалировало над человечностью. В ius commune невероятное достижение: **качество человека, индивида важнее его сословной принадлежности, этнической принадлежности, государственной принадлежности.** Он, прежде всего, человек. Когда эта идея появилась, то появилась она в Средние века, в актах канонического права, потому что перед Богом все равны, каждый человек – раб божий. Перед богом не имеет значение сословная принадлежность. ius commune восприняло эту идею. Эта идея будет развиваться в теории естественного права, а затем в позитивном конституционном законодательстве.

Почему только о правах человека говорили? Почему не говорили об обязанностях? Права ЧЕЛОВЕКА – это то и есть обязанность со стороны других людей уважать права другого человека. Доктрина прав человека, которая потом оформится, предлагает особое понимание свободы: делать то, что не приносит вреда другому человеку. Опора на золотое правило нравственности: не делай другим того, чего не хочешь, чтобы делали тебе. Эта истина станет постулатом основным в ius commune, а далее уже в естественном праве. Это истина общего характера. Она традиционная. Она выражает один из главных устоев человеческой цивилизации. Когда мы приступаем к университетской юридической науке в том виде, в каком формировалось в Западной Европе в средние века, то мы сталкиваемся со странностью. Наука имела большое практическое значение, потому что именно в рамках науки формировалась система общих ценностей. ius commune – система общих ценностей. Но не общая для всех. Здесь есть тонкость. **Общая для всего человеческого в каждом.** Это совершенно разные явления!

Ius commune выделяло общее в каждом человека, поэтому нельзя понимать как право общее для всех, иначе это уравнительное для всех, нечто тираническое, деспотическое, то, что налагается на всех, всех подчиняет общему чему-то. Это идея государства.

Ius commune исходит их того, что в каждому существе есть что-то общее. ВНУТРИ нас есть что-то объединяющее, а не НАД нами. Ius commune – общее ВНУТРИ нас, а не НАД нами. Это возникает в западноевропейских университетах. Поэтому формируется иное представление о праве.

Главная проблема права – проблема соблюдения правовых норм. Как заставить людей соблюдать правовые нормы? Очевидно, что это проблема решалась по-разному в разные эпохи.

В Древнем Египте право представлялось в качестве части природного (космического) порядка. Маат – правопорядок, изначально существующий. Право соблюдается, так как оно – часть природы, оно существует изначально, а не создано людьми. При таком мировоззрении не нужны юристы, нужны мудрецы, так как право открывается, а не создается, право обнарудивается, а обнаружить может право мудрец, который проницательный. Их называли богами. Им приписывали сверхестественные способности обнаруживать правила поведения. Закон Ману – Законы обнаруженные Ману. Ману – мудрец, безусловно.

В Древнем Риме мы видим, что найдено другое основание для соблюдения правовых норм. Правовые нормы выражают справедливость. Юриспруденция – наука о справедливом и несправедливом. Юриспруденция – наука о поведении человека. Суд должен найти справедливое решение. Почему судебное решение будет соблюдаться? Так как оно признается справедливым в обществе. Такой способ поддержания авторитета правовых норм и правопорядка мог иметь место только в древнеримской цивилизации, так как она была однородной по своему мировоззрению, она была организованной государством. Рим – Империя, единое государство, единая власть, единая организация общества, единое мировоззрение.

Средневековая Западная Европа. Каждая отдельная страна. Такое многообразие, что невозможно найти нечто справедливое для всех. Принцип справедливости оказывается совершенно неприменимым. Юриспруденция перестает быть наукой о справедливом. Вырабатывается другой механизм обеспечения соблюдения правовых норм в университетах. Университет тоже развивались. Первые университет – 12 век. Вплоть до начала 14 века – время становления университета как корпорации. Постепенно сливаются Universitas и studium generale воедино: Universitas – учебное заведение, а не только корпорация.

Далее 15-16 века. Развитие университетской юридической науки – развитие способов обеспечения правопорядков. Это главное для любой юриспруденции: как сделать общие ценности авторитетными? как вообще сделать общими? как в этом конгломерате различных правовых ценностей появляются общие для всех ценности? Общие для всех могут быть только тогда, когда все их соблюдают, уважают.

Ценности были выведены из древних ценностей, так как старинное пользуется авторитетом в Средние века. Старинное = проверенное временем.

Почему привязали к текстам погибшей цивилизации - римской? так как тексты нейтральные. Ни французские тексты, ни немецкие тексты, ни какие-либо другие – они общие для всех. Италию не рассматривали как продолжение Древнего Рима. Византия была продолжением Древнего Рима. Поэтому древнеримские тексты стали общими для всех.

И еще одна операция университетов. Объявили тексты исходящими из конкретного текста – текста Дигест Юстиниана, обнаруженным в 1775 года в Италии. Процесс **текстуализации** юриспруденции. Мы такое же наблюдали в теологии, философии.

Толкование выливалось в **глоссы**. Юстиниан запретил толковать Дигесты, изменять термины в Дигестах, поэтому юристы стали прибегать к другому: сохраняли текст Дигест, они искали дополнительный смысл в терминах. Поиски привели к возникновению особого вида юр литературы – глоссы. Глоссы – жанр юридической литературы, бесспорно. Они напоминают трактаты. глоссы привязаны к тексты, а трактаты – к идеям. Каждый глоссатор создавал глоссы. Тогда появилось авторское право. Глоссаторы ставили свой значок. Значки потом соберет все Аккурзий, создатель великой глоссы.[[7]](#footnote-7) Он сохранит значки, и собственные глоссы со своим значком поместит в свое произведение. К концу XVIII века глосс накопилось столько, что текст оказался не нужен. На любой фрагмент текст Дигест, были глоссы. Впоследствии профессора стали ориентироваться на глоссы.

Во второй половине XIII века, в XIV-XV вв. особенно это видим. Профессора комментировали глоссы и упорядочивали их, поясняя понятия. **Это были глоссы на глоссы – постглоссаторы или комментаторы.** В чем они видели источник авторитета правовых норм? Они оторвали его от текста. Очевидно, что источник правовых норм видели в **идеях,** которые вытекали из текста. Видим это хорошо при разработке конституционного права. Берется фрагмент или изречения Ульпиана, отбрасывается вторая часть его изречения и утверждается, что воля монархия есть источник закона. Они начинают работать с идеями. Они вдят в идеях источник авторитета. А идеи они выводя из римских правовых текстов, но очевидно. что авторитет комментаторов резко пошатнулся, они стали оторваны от реальной действительности. Но они довершили начатое глоссаторами дело: превратили римское право из процессуального в материальное окончательно, расставили институты в определенную систему, применили диалектический метод различий, четко установили, чем отличается право собственности от владения, четко установили чем владение в юридическом смысле отличается от владения в бытовом смысле. Описывается, что с точки зрения обывателя, владение - это когда держишь вещь в руках; а для юриста –обладание властью над вещью. Владение как юридическая категория сформулирована была комментаторами. Они отделили чисто юридическое от бытового. Они четко различали право и мораль. Сформировали юридическую науку в чистом виде. Оказались неспособными разрешить проблему обеспечения поддержания правопорядка. Они создавались этим вопросом. Не найдя ответа, приходили к выводу, что это страх наказания или тот факт, что нормы проистекают от сильного.

Эту проблему авторитета норм фактически на новом уровне разрешили **гуманисты.** Гуманисты также работали с текстами, как и глоссаторы. Они вернулись к текстам. Гуманизм формируется в 14 веке в университетах, это первые попытки сказать о том, что снова надо вернуться к текстам. Как научная школа гуманизм разворачивается в 15-16 вв. Если глоссаторы обращали внимание только на терминологию и идею, то гуманисты обратили внимание, что текст Дигест принадлежит к разным историческим эпохам, что текст очень несовершенен. Глоссаторы объявили текст письменным разумом. гуманисты заявили, что текст несовершенен, не может быть писанным разумом. Они обнаружили терминологию разных эпох. Увидели множество искажений, ошибок. Переписчики просто ошибались, допуская описки. Часто стремились подогнать тексты к современным ситуациям. Гуманисты ставили своей целью восстановить авторитет текст. очистив его от наслоений, однако результат был другой: они уронили авторитет текста. Ссылка на древнеримский текст не считалась доказательством правомерности, правильности решения. Очевидно, что нужно было искать другой источник правовых норм. Они нашли его: подвели к мысли о том, что источник правовых норм надо искать совсем не в тексте, а в природе. Эту идею выразил один из гуманистов, которых почему-то у нас считают родоначальником науки естественного права – Гуго Гроций. Он интересная фигура. Вундеркинд. В 11 лет закончил университет. Но это написано в его средневековых биографиях. Как он это сделал?! Он получал еще одно образование в Орлеанском университете, в школе французских гуманистов. Там он узнал, что не в тексте надо искать источник, а в природе. Там ему привили эту идею, он ее в дальнейшем разработает.

Эта идея очень важная. Из нее возникнет наука естественного права. Она кажется нам абстрактной, сказочкой, фантазией, но на самом деле главная проблема, которую решала эта наука – проблема обеспечения соблюдения правовых норм. Правовые нормы должны соблюдаться, потому что они от природы проистекают. Человек – природное существо, должен жить в соответствии с законами природы, значит открыть надо законы природы. Это возвращение к древнему мировоззрению, но на новом уровне. Когда начался процесс поиска правовых норм в природе, фактически закончилась история изучения римского права. Юридическая наука университетов стала опираться на другие основания. Она перестала быть средневековой – это эпоха Возрождения. Хотя школу гуманистов мы считаем третьим этапом изучения римского права в университетах, но это этап переходный от средневековой науки к науке юридической Нового времени (отдельная лекция будет).

**Тема 4. Становление и развитие национальной юридической науки в Англии**

Вопросы:

1. Своеобразие правовой культуры Средневековой Англии. Юридическое образование в английский университетах и судейских общинах.
2. Common law[[8]](#footnote-8) как воплощение английского традиционного правосознания. Методика мышления английских правоведов.
3. Формирование юриспруденции в Англии. Произведения Вильяма Блекстоуна. Комментарии к законам Англии, его значение в становление национальной юридической науки в Англии.

В чем своеобразие английской правовой культуры? В.А. показывает на примерах.

Пример 1. Откроем любой современный учебник по КП Великобритании, то увидим странную мысль, что частью современно Конституции до сих пор является ВХВ. 1215 год! 2 года назад праздновали ее 800-летие. Через 800 лет ВХВ все равно действует? Открываем и не видим там ни одной статьи, которую можно применить в современных условиях. Почему же тогда она часть Конституции Великобритании? Современно конституции?

Странность № 2. Читаем учебник по КП далее. Основу конституции Великобритании составляет common law. Но КП – это право публичное, а common law – в основном право частное, хотя и есть там УП и КП- нормы. Это право, регулирующее отношение между частными лицами. Почему конституция считается неписанной? мы видим, что очень много написано. Петиция о праве 1628 года – текст, Билль о правах – текст ,ВХВ – текст. Акт о парламенте 1711, 1749 года – текст (надо в единственном числе говорить, несмотря на то, что два года указано!). Конституция Великобритании состоит их текстов, судебные решения, кстати, тоже текст.

Странность № 3. В 1607 году король Яков 1 (правильнее Джеймс 1) спрашивает у председателя суда:

- Послушайте, ведь суды у нас королевские?

- Да.

- Значит я могу быть судьей сам? Могу председательствовать в любом королевском суде? Я же король.

- Да, король, но не можете быть судьей.

- Почему?

- Common law опирается на разум.

- Я что настолько глуп, что не могу быть судьей?

- Нет. вы разумный, действительно мудрый, но, видите ли, common law опирается на искусственный человеческий разум.

- А что такой искусственный разум?

- Это юридическое образование. У вас его нет, поэтому судьей не можете быть.

Но есть еще одна причина, почему он не может быть судьей. Суды были королевскими, потому что они продолжением не его персоны, а должности.

Еще странность. Мы обращаемся к началу гражданской войны. В июле Карлу 1 становится известно, что парламент собрал армию, готовится силой принудить короля удовлетворить требования. Король должен собрать свою армию чтобы противостоять мятежников. Собрал. 22 августа 1642 года близ Ноттингема на холме выгружает штандарт высшего сеньора, а не короля. Призывает не подданных, а вассалов в армию. Он что забыл, что он глава государства? Далее еще интереснее. Он соберет армию вассалов, поставит своего племянника. Биться под лозунгом «За королевскую власть». И парламентская армия тоже будет биться - «За королевскую власть». Почему одинаковые лозунги?

Еще странность. Конфликты между королем и парламентом начнутся с Якова 1. Яков заявит в парламенте, что парламенты обязаны своим существованиям королям. Парламент возмутится и потребует сатисфакции, якобы парламент существует изначально. Король своим выступлением нарушил парламентские привилегии. Возник спор между королем и парламентом. Король попросил перечислить и записать все парламентские привилегии, чтобы их не нарушать. Парламент ответил, что мы сами не знаем. Король: вы постоянно говорите, что нарушаете наши привилегии. Они ответили, что когда вы нарушаете, мы о них и узнаем.

1925 год. Впервые вводится регистрация прав на землю (вещных прав). Сложнейшая конструкция. Не написано, что право собственности. А как же до этого, когда не было регистрации? откуда подданные узнавали, какое право на землю и имеют ли вообще право на землю? Тогда, когда возникал спор. Когда право оспаривалось, или они оспаривали. Судебное решение четко устанавливало, какие права имеют. Они живут без документов, удостоверяющих право на земельный участок. Узнают только, когда возникает спор. Как так можно жить?

Судью обвинили в том, что он не соблюдает прецеденты и нарушает английское право. Судья: прецедент не право, не источник права. Прецедент – всего лишь свидетельство о праве. так что такое английское право, если прецедент – свидетельство о праве? Статут – тоже не право?

Еще случай. 1725 год. Королевский суд принимает иск от одного подданного, в котором заявлено, что заключил договор товарищества со своим знакомым, по которому они объединили свои средства: один – коня, другой – деньги (2 000 фунтов). Они разъезжали по территории Англии и просили у подданных драгоценностей (часы, бриллианты, все, что угодно). Они собрали капитал. Партнер взял из совместного класса вычел свои 2 000 фунтов, а остальное предложил поделить пополам. Спор. В окружном суде выиграл ответчик. Истец подал апелляцию в суд общих тяжб. Судьи думали долго. По сути два грабителя соединили свои усилия и грабили прохожих, затем между ними возник спор. Два бандита пошли спорить в королевский суд. Какое было решение? В следующей лекции.

Лекция 6. 10.10

В продолжение темы об английском стиле идеологического мышления. В предыдущей лекции приводились факты его необычности.

Разговор между Яковом 1 и Палатой общин в 1604 г. Палата общин возмутилась тем, что король заявил, что парламент должен своим существованием королям Англии. Они заявили, что Парламент существует с незапамятных времен и начал свою деятельность одновременно с королевской властью, которая в свою очередь никогда не оставалась одна. Данные слова нарушают привилегии парламента. Король указал, что готов соблюдать привилегии, но они должны получить письменную форму и быть представлены ему в качестве меморандума. Оказалось, что парламент не знает всех своих привилегий, и готов сообщить об их фактическом нарушении. С точки зрения юриспруденции данное положение является неопределенным. Это лучше всего отражает стиль юридического мышления, характерный для англичан.

Объяснение данной ситуации: особенность правовой культуры Англии в том, что здесь очень сложно выделить какой-либо этап становления мышления, очень многое перешло из прошлого в настоящее, в том числе технология, нет перехода в новое качественное состояние. Это не случайно. В континентальной Европе характерное усиление королевской власти происходило через повышение общей роли королевского законодательства. В Англии тоже со второй половины 19 века наблюдается усиление королевской власти, но королевское законодательство не развивается и имеет странный характер, законы не похожи на себя, больше напоминают договоры. Потому что если открыть текст законодательного акта и посмотреть на преамбулу, законодатели перечисляются через короля с магнатами, с 14 века вместе с лордами. Выходит, что король сам по себе не воплощал законодательную власть, что сохранилось до сегодняшнего дня. Рассмотрим Билль о правах 1689 г. – закреплен принцип верховенства парламента в законодательной власти. Что за бред? Законодательную власть воплощал совсем не король и даже не парламент, а именно король в парламенте – коллективный орган, сочетание властей и создавало законодательную власть.

С марта 1629 г. и до апреля 1640 г. Карл 1 вообще не собирал парламент, как жили без законов? А они просто не принимались, и потом это назовут тираническим правлением, казнят за нарушение традиции. Он хотел создать суверенное государство, он был как революционер, те, кто хотели соблюдения традиций – консерваторы, что весьма странно выглядит с европейской точки зрения. Традиция принижает роль законодательства, даже видим это в толковании законодательства. Для континентальной Европы при толковании положений статей юристы обращались и сейчас обращаются к смыслу, который в закон вкладывал законодатель. Сперанский разделял именно такой подход с точки зрения замысла законодателя, - посмотреть первоначальное законодательство, в связи с чем такое закон принимался, что в него законодатель вкладывал. В Англии при толковании не обращают на это внимание, это имеет весьма небольшое значение, обращаются к конкретной ситуации, к которой применяется закон, и толкуют закон с точки зрения конкретной ситуации. Это означает, что на самом деле, закон имеет вторичное значение, к нему обращаются как к резервуару каких-то идей.

Это особенность английского стиля мышления очень хорошо проявилась в политике Генриха 2. Он, граф анжуйский, становится королем Англии, ему в 1154 г. было 23 года, это уже сформировавшийся государственный деятель, с врожденным государственным мышлением. Действует очень любопытно, он быстро понял, что английское общество, само устройство государства имеет компромиссный характер – это баланс сил, который необходимо соблюдать. Поэтому первые назначения соответствовали этому мышлению, он берет лидеров каждой из группировки и далее формирует представителей. Признает Хартию Генриха 1, потому что она как раз имела компромиссный характер, из нее потом собственно получилась Великая хартия вольности (1215). Далее он не идет по французскому пути, хотя и является французом, - не усиливает свою законодательную роль, он провел реформу судов, то есть он усилил королевскую власть путем расширения ее контроля за правосудием. Он направлял своих представителей, но не для того, чтобы они сами выносили решения, а через издание специальных ассизов, где устанавливает, что все споры по земле должны разрешаться с участием представителей короля, но на основе местных обычаев. А как представитель узнает о местных обычаях? – Будет создаваться «Суд присяжных». На сам деле это франское учреждение, но ничего общего с нашим судом присяжным, они решали вопрос факта, а не права и виновности, были просто знатоками обычаев. Авторитеты местных баронов вместе с представителем королем вершили суд, и постепенно такой суд институализировался, сначала это персоны, затем с конца 12 века это был суд coram regie при короле, это суд который потом назовут Суд королевской скамьи, потому что король в нем заседал, потом суд общих тяжб и суд казначейства. И мы видим, что влияние короля на общественные процессы обеспечиваются не законами, а королевскими приказами, которые содержат методику разрешения спора. Какая в нем заложена методика? Тоже отличающаяся от континента: английские юристы хорошо понимали в то время, что чаще всего в реальной жизни в земельных отношениях очень трудно доказать какие-то абсолютных права собственности или право владения на недвижимости. И возникает спор, и по идее недвижимость должна быть присуждена той стороне, которая имеет абсолютные права собственности, но в реальности все права, как правило, спорные. До восшествия Генриха 2 на престол предшествовал период анархии и феодализма процветающего, когда господствовало право сильного, захвата земель. Никто не имел в действительности этих прав, многие вообще получили землю путем захвата, король был вынужден их признать, все титулы на недвижимость спорные. Методика: надо вынести решение в пользу того, кто имеет лучшие права, более обоснованные на владение той или иной недвижимостью, не надо думать о том, имеет ли лицо действительно юридическое право на владение невидимостью. Ассиза о новом захвате – это методика разрешения спора, почему захват признается юр. институтом, потому что ассиза запрещает силой возвращать утраченное. Тот, кто потерял владение, оказывается, должен идти в королевский суд и доказать, что оно ему принадлежало, что чаще всего было просто невозможно сделать. Методика еще одна задана приказом о мертвом предке: заставляла искать основание владения в наследовании от отца, любой мог доказать, что он имеет основание владеть той или иной землей, представив факты, свидетельствующие о том, что он получил ее от своего предка.

Что выстраивает королевская власть: не создает правовую систему и законодательство, на самом деле не создается и суд как система институтов. Система суд. институтов возникнет стихийно и спонтанно, королевская власть предлагает собственную методику разрешения споров. Где это встречали – в Риме. Бесполезно искать в дигестах и римских правовых текстах – ее нет там, потому что изложение материла не в нормах, а в казусах. Это особенный стиль только потому, что он превалировал над всеми другими стилями.

Если обратиться к правовой культуре Российской империи, то мы увидим элементы точно такого же мышления. Очень интересны случай обнаружил, когда читал решения гражданского кассационного департамента правительственного сената: именно из этих кассационных решений и брали материал для проекта гражданского уложения (20 с лишним томов, настоящий детектив) – случай: 1872 г на заседания гражданского кассационного департамента правительств сената 24 мая рассматривалось дело по законности издания бывшим студентом проф. Мейера лекций. Проф. умер в январе 1856 г в Петербурге, а 10 октября 1856 г. бывший его студент заключил соглашение с его матерью и его женой о том, что они позволяют ему собрать лекции и издать отдельной книгой, взял конспекты и издал книгу 1861-62 гг. 2 тома. Затем, оказалось, есть еще более подробные лекции, нашел таких 3 варианта и сделал новые издания, добавив очерк о вексельном праве. И женщины вдруг решили, что он нарушил их права. Петербургский окружной суд вынес решение в пользу студента, сославшись на ст. 285 Устава цензурного в 14 томе свода законов РИ. Присяжный поверенный, представлявший интересы женщин, подал жалобу, в кассационном суде начали рассматривать это дело. Вначале описывается все решение окружного суда и приводит текст жалобы, которая опровергает это решение, для России характерно превалирование законодательства в правовой культуре и суд. деятельность сводится к подведению ситуации под законодательную модель, а здесь все по-другому. Цензурный устав, который регулировал авторские права, совершенно не предусмотрел такой ситуации, когда лекции какого-то профессора издаются по конспектам студентов, ведь защищаются права на текст, а здесь текста не было, лекции читались устно, на что авторские права? И записывают их студенты, издатель, конечно, устраняет противоречия соединяет обрывки и создает новый текст. Устная речь сильно отличается от письменной. Вицин (студент) провел существенную работу по подготовке лекций в текстуальном виде. И окружной суд, применил данную статью, хотя она относилась к фольклору, уст произведениям народного творчества, права на книгу включающую записи уст нар творчества принадлежат лицу, первому издавшее ее. Присяжный поверенный говорит об этом, это устное творчество, но не народное, у этого человека есть наследники.

Методика решения конфликта: нормы нет, но департамент сослался на эту статью и пояснил, что он нашел в этой статье – поддерживая решение пет окр суда мы также ссылаемся на 285 ст., но мы ссылаемся не на норму об уст нар творчестве, а на идею, которая в ней заложена. Запись устного народного творчества это безусловно творческая деятельность, а значит, она должна охраняться. И поэтому в данном случае надо говорить о праве не на текст, потому что текст записан издателем, а говорить о праве на книгу, а кто книгу сделал – издатель! Издателем лекций проф. Мейера являлся Вицин, причем он заключил договор об издании книги этих лекций, а значит, Вицин получил право на книгу, да содержание лекций – это охраняемое право наследников. Наследники предъявляют претензию о создании новых изданий –но сами говорят, что это все та же книга, которую они предусмотрели в своем договоре. То есть нарушения их прав нет, они не простирались дальше книги. Присяжный поверенный говорит, что было записано, что Вицин получает право издать лекции по русским гражданским законом (так назывался предмет, который читал проф.), а его книга называется лекции по гражданскому праву, значит ,нарушил договор. Далее суд рассуждает, в чем разница между данными категориями. Это попытка разрешить спор на основе аргументации, но не закона. Ссылка на закон еще не дает основания считать правильным, именно аргументация придает силу. Если посмотреть на историю преподавания гражданского права, кафедра в 1863 г. была преобразована в кафедру гражданского права и судопроизводства, значит, подразумевается, что и прежде в университетах была кафедра гражданского права, а это название просто один из вариантов, преподавание шло именно гражданского права. Далее Вицина обвинили в том, что он добавил лекции по вексельному праву. И присяжные поверенные заявили, вексельное право не входит в состав гражданского права, а значит разрешение не получено. Суд аргументирует, что это тоже часть гражданского права, и они подлежат регулированию гражданскими законами. Только, начиная с Дельтея, это преподавалось как отдельный предмет, но на самом деле это часть гражданского права. Не случайно этот курс преподавался цивилистами. Это именно стиль английского мышления. Еще в древнем Риме юристы поняли одну вещь: невозможно создать законодательный материал, охватывающий все случаи жизни, а значит, главное содержание юр деятельности составляет способность разрешить конфликт при отсутствии этого законодательного материала. Причем эти конфликты разрешаются не произвольно, а по определенной методике – именно это и важно.

Мы знаем, что часто английское право называют прецедентным. Но судебные решения это тоже источники для права любой евр. страны и тоже есть ссылки на суд решения. Прецедент это не правовая норма. Что упускают из вида, якобы прецедент - это «кирпичики», из которых составляется содержание common law и equity law, да и статутного права, потому что применение статутного права к конкретной ситуации требует толкования, толкование в свою очередь тоже является прецедентом. Голый статут – это статут без толкование, а толкование данное ему при первом применении и является прецедентом. Но позвольте, а прецеденты это что, разве кирпичики содержания права? Можно ли сказать что англ. право является совокупностью прецедентов? Это самая большая ложь.

По большей части это ложь создана самими англичанами, они прекрасно понимали, что такое прецедент, но не давали его определения, более того, 80 г 19 века они пишут о принципе обязательности прецедентов, оказывается, ничего подобного, прецедентность англ. права трактуется таким обр., что англ. право состоит из прецедентов. Прецедент – это суд решение, причем его часть – обоснование суд. решения и выделялось само описание ситуации. Если право прецедентное, то подразумевается, что все записывается, но как опр., какой из них должен применяться. Надо опр. иерархию судов, тогда прецеденты вышестоящих судов обязывают нижестоящие. В средние века не существовало этих двух условий. Суды на самом деле специализированы и не было соподчиненности (было 5 специализированных судов: + суд адмиралтейства и канцлеровский), и какая связь между ними – никакой. Первые записи появляются в конце 12 века – свитки тяжб – это отрывочные заметки о рассмотрении тех или иных дел, которые фактически потом нельзя использовать, ситуация конкретная не описывалась. Затем появляются ежегодники, в которых уже более подробно описывается ситуации. Например, случай: 1438 г. владелец скота заключил соглашение с перевозчиком, кот. имел в своем распоряжении большие лодки о перевозке скота на др. пастбище через реку, и во время этой перевозки две лодки опрокинулись, и коровы утонули. Далее иск владельца скота – стоимость коров и упущенную выгоду. Суд отказался рассматривать это дело как нарушение контракта, а рассмотрел это как нанесение ущерба, и поэтому взыскал ущерб в размере стоимости погубленных коров. Нарушение контракта не было, потому что он не был скреплен печатью. Фиксация была не всех решений.

15 век появление reports – отчеты судьи о рассмотренных делах, но это частные отчеты – это чисто обобщение опыта. Появились они потому, что многие судьи одновременно преподавали в судебных общинах, а преподавание опиралось на суд. практику. И создавались, таким образом, некие пособия. Самое авторитетное – отчеты Эварда Кука. Видно, что это учебная литература, описывается ситуация, суть конфликта, дается решение и обоснование, но опять же это частный характер, они не распространяются на др. судей, непонятно, почему др. судьи на них должны опираться. Апр. 1682 г Кука просят привести пример из суд. практики о неприменении habeas corpus, - по разному 4 случая приводят, когда задержание незаконное, а когда законное. Термин прецедент уже звучал на заседаниях парламента и исп. в юридической литературе. Часто употреблял как не как синоним суд. решению, но как мнение судьи по аналогичному делу, можно было следовать, а можно и нет. В 18 веке появляются reports канцелярии судов, именно судов, каждого специализированного суда. В 1865 г. была создана спец. комиссия гос. чиновников и барристеров и судей, и тогда была введена всеобъемлющая запись и тогда утв. принцип обязательности суд. решений.

Что означает этот принцип? Кажется, что судья обязан применять прецедент. Почему обязан? Кто ищет прецедент? - Сам судья, а может и не найти, а может найти, но др. прецедент, на который никто из сторон не рассчитывает. Он совершенно бессмысленный, заранее не существует такого прецедента. Кто его накажет, несет ли он ответственность, если не применит или применит др.? Это погубило бы англ. систему праву, судебные ошибки встречаются, и они всегда были и будут, значит, это придаст консервацию им и юридическое основание. Но очевидно, что они должны быть отвергнуты. Вот судья сам выбирает, какой применить и применять его вообще, разве можно сказать об обязательности прецедента? Прецедент – э то не норма права, это хорошо понимали юристы Хэйл, Мэйнсфильд (на упреки за извлечение идеи говорил, что это не право, а всего лишь свидетельство о праве). Право находится глубже прецедента.

Почему отказались парламентарии записывать свои привилегии? Конечно, они не хотели, чтобы создавалась возможность для их обхождения, то, что записано на бумаге, путем толкования можно обойти. Мэдисон хорошо пояснил эту мысль, когда его обвинили в том, что он не включил в свой проект конституции перечень прав и свобод граждан: права и свободы граждан не даруются государством, они существуют сами по себе, если я их запишу, возникнет впечатление, что они дарованы государством, а самое главное возникнет впечатление, что других прав нет. Почему только после нарушения можно констатировать их: привилегии существуют не в нормативной форме, а как идеи, они эти идеи в принципе могли привести. Сами эти идеи в применении к конкретной ситуации менялись. Пример: налогообложение: подлежат только те граждане, которые представлены в палате общин. Далее король может обложить налогом население только при согласии парламента. Кажется, что это норма, но почему тогда размещение войск на постой – это нарушение, а потому, что они посчитали это скрытой формой налогообложения. А потому такое размещение должно осуществляться только с согласия парламента. Происходит нарушение идеи: любые траты со стороны населения в пользу королевской власти должны производиться с согласия парламента, а население как раз кормило солдат.

Нельзя в частности назвать конституцией то, что можно принять и отменить в любой момент. Право как инструмент в руках правящей группировке. Разве можно говорить о господстве права? Закрепление собственных интересов не есть право. Господство права предполагает, что оно стоит над государством. Это имеет место только тогда, когда право состоит не столько из правовых норм, а из субстанции, которая государством не создается, это явление, которое помогает разрешать споры. Право это, прежде всего, методика разрешения конфликтов, выраженные в форме идей. Нормативный материал это нечто непостоянное и содержащее ошибки. Правовые идеи, очевидно, что появляются постепенно в результате возникновения конфликтных ситуаций.

Как утвердилось в Англии идея согласно, кот. король может обложить население, которое представлено в парламенте и с его согласия? Очень просто: в 1295 г. Эдуарду 1 пришлось вести сразу три войны (Уэльс, Шотландия и Франция), казна была пуста, собрать у населения – не было аппарата, да и кто бы платил, потому что уже все было выплачено, он должен спросить согласие население. Он собрал представителей населения, которые потом и образуют парламент. Они вырабатывают решение: требование о том, чтобы сделать Великую хартию вольностей в качестве статута, как часть конституции. Текст сам по себе устарел, но не устарели идеи: конституции это не свод норм, закрепляющих чьи-то интересы, а закрепляющий баланс интересов, компромисс. Этот документ позволяет разным силам в обществе сосуществовать, не подавляя одну политическую силу другой. Когда поддерживается баланс сил, то это создает гарантию политической независимости.

еще момент про Англию: в англии существовало правило, по которому все договоры д иметь печать. но в 15-16 веках развивается оборот, некоторые контракты устные и не всегда ставится печать. суды стали трактовать эту норму так: в основе этой нормы идея, что юридической силой обладают контракты, признанные сторонами (печать как доказательство признания). и стали говорить, что доказательством принятия на себя обязательств может являться не только печать, но и поведение сторон, например. При возникновении спора из договора, кот-й был без такой печати, можно было подать иск об assumpsit - иск о принятом на себя обязательстве и доказать факты и обстоятельства принятия сторонами на себя обязательств

Лекция 7. 17.10

8 изданий комментариев Блэкстона вышли при его жизни, после смерти – гораздо больше. Были очень популярны в США. На основе этих комментариев в США возник целый отдельный жанр юридической литературы. Большой плюс – на Западе все письменное наследие отсканировано, удобно получать доступ и читать. Хотя для нас большинство этих сайтов закрыто, кроме, разве что, Гарвардского.

Юридическая наука заложена в сущности коммон ло, в самом его содержании. Почему говорят, что Бдэкстоун родоначальник английской юридической науки? Ведь комон ло уже существовал тогда. С англо-саксонской точки зрения наша норма права является чем-то вроде общего принципа, который имеет довольно небольшое значение на практике. А у англо-саксов правовая норма – правило, которое выводится из судебного опыта и из конкретной ситуации, рассматриваемой в суде. Томсинов называет такую правовую нормы нормой ад хок. Она формулируется для выявления самого главного основания для судебного решения. Решение опирается на аргументацию. А правовая норма – формула, выражающая суть этой аргументации, это ее главный смысл. Она появляется, а потом исчезает, для конкретного случая.

Для нас эта ситуация непривычна. У нас существует некий застывший правовой материал, его и изучают. Поэтому очень «понятийное» мышление и образование. Поэтому у нас истинно юридическое образование мало кто получает. Пример про вопрос на зачете – почему Сперанский определял ПС как ВЛАСТЬ владеть, пользоваться и распоряжаться, а не как сейчас (вместо власти – право). На самом деле ПС определить невозможно, поэтому определяется на ПС, а признаки, которые позволяют суду установить, кто из спорящий сторон является собственником.

Определение в юриспруденции имеют иное значение, чем в формальной логике или философии. В юриспруденции определения служат судебной практике. Та же классификация контрактов в Древнем Риме не соответствует реальности, на практике сложнее все было. Эта классификация была нужна для практики, как и искусственное распределение контрактов по ним. Как результат – точно определяли, когда контракт вступает в силу.

Другой пример – ИНКОТЕРМС. Это искусственная схема, она нужна для того, чтобы определить момент, когда ПС переходит от продавца к покупателю. Признана во всем мире.

Так что определения в юриспруденции могут и не раскрываться суть явления, давай объективную картину (как они должны были бы), а служить конкретным практическим целям, отрываясь от действительности. Определения играют в юриспруденции служебную роль. И неприменимы в реальности в том виде, в котором они сформулированы. Но у нас это не афишируется.

А англо-саксы это признали официально. Чтобы закон стал настоящим статутом, мало того, чтобы его принял парламент. Его должен применить и истолковать суд.

Коммон ло предполагает очень интенсивную умственную деятельность. Тут не как у нас, фактическую ситуацию не подводят под абстрактную, существующую в отрыве от практики норму. Для английских юристов это дикость, право не может быть застывшим в некоем авторитетном тексте. Нужно постоянно создавать нормы права, иными словами - системы аргументации. Например, в международных контрактах подчас не указывается цена, а указывается порядок ее определения в той или иной стране в конкретное время.

Правовую норму можно формулировать по-разному. Можно давать застывшую формулировку, как у нас, а можно разрабатывать методику создания этой правовой нормы, ее определения (методику определения цены), как в коммон ло. Коммон ло –мыслительная деятельность по обнаружению правовой нормы. Наиболее распространенный тип юриста в Англии и США – это правовед, ученый и одновременно практик.

Абрамович и Березовский столько тайн раскрыли по происхождению состояний в России в 1990-ые, что их все можно конфисковывать на Западе. Все эти состояния приобретены незаконным путем, это банда уголовников. Барристер на стороне Абрамовича выиграл дело. Он и правовед, и историк при этом. Писал про столетнюю войну. Обращал внимание на юридические аспекты этого конфликта, интересные книги.

Коммон ло – это рассуждение, там научные методы используются в обязательном порядке, это сложная умственная деятельность.

И почему же Блэкстон считается родоначальником английской юриспруденции, если она уже заложена в коммон ло? В рамках коммон ло даже система подготовки юристов собсвтенная, уникальная. Эта система предполагает опору на разбор судебной практики. А учебники – настоящие научные трактаты, с рассуждениями о юридической сущности явлений, по поводу которых идет спор.

Блэкстон родился 1723 году. Отец – торговец тканями, умер до его рождения. Мать умерла, когда Блэкстону было 11, воспитывал его дядя. Определил его в хорошую школу, с гимназическим уровнем образования. В 15 лет поступил в оксфордский колледж. Окончил его 1741 году, был творческой личностью, писал стихи. Изучал цивильное право (римское право), но там в основном изучались тексты, поэтому стал в большей мере специалистом по античной литературе, чем в области римского права. Это образование не давало ему возможности заняться юридической практикой. Продолжил обучение до 1744 года. 1 год – составление юридических документов. 2 год – помощник солиситера. 3 год – помощник барристера. Это основная фигура. Блэкстон хотел стать барристером, но у него эта практическая деятельность шла не очень. Оплачиваются услуги, оказанные конкретному клиенту, никаких фиксированных окладов. А клиентов у Блэкстона было мало. И он стал одновременно преподавать в Оксфорде, с 1750-го. С 1753 года стал читать лекции по коммон ло в университете. Это необычно, раньше по нему лекции читали только барристеры, так как считалось, что коммон ло нельзя оторвать от судебной практики. А тут 30-летний человек решил читать лекции по коммон ло, практики у него широкой не было.

Его лекции быстро приобрели популярность. Через 2 года выяснил, что конспекты его лекций продаются в Лондоне. «Анализ английского права» - название конспекта, который он сам составил по своим лекциям. Там была некая схема изложения материала по коммон ло. Основная проблема была – по какой системе излагать коммон ло. Была система институций Гая (лица – вещи – иски). Есть система дигест (Общая и особенная части). А как тут быть? Тут классические правовые нормы все носят процессуальный характер, а материальные нормы все ад хок, привязаны к конкретным ситуациям, делам.

Блэкстон был знаком с произведениями средневековых правоведов, которые изучали древнеримские тексты. Трактат Дионисия Катафеда. Он выпустил печатное издание Корпус Юрис Цивилис. При этом он ориентировался на порядок изучения книг, а не на время их создания при императоре Юстиниане. Это искусственный порядок, предназначенный для образовательных целей. Но Дионисий эту систему усовершенствовал, на 1 место поставил лица, потом вещи, затем частные правонарушения, ну и потом уже публичные правонарушения.

Эту систему заимствовал Блэкстон, в его комментариях к законам Англии тоже 4 книги, которые посвящены тем же предметам, которые выделял Дионисий.

А вот идея анализа права, попытки вычленить теоретическое содержание из субстанции коммон ло он заимствовал у Мэттью Хэйла, юриста 2 половины 17 века, известного своими трактатами по искам и по королевским приказам. Хэйл не довел свою работу по теоретизации коммон ло до логического конца, а Блэкстон понял, что раз Хэйл, авторитетный юрист, брался за эту работу, значит создание теории коммон ло возможно. Блэкстон как раз и предпринимает попытку создания теории коммон ло.

Но тут есть сложность. Эту теорию нельзя создать на основе норм процессуального права, которые процедурны по своей сути. А у нас нет системы деликтов, преступлений – как тут процедуры помогут? Есть только система исков, используемых для защиты нарушенных прав и для возмещения ущерба.

Что же сделал Блэкстон? Он стал эту систему исков (как частных, так и публичных) излагать как систему правонарушений (деликтов или преступлений). Но в коммон ло эти системы не выделялись. Тут не было принципа – нет преступления без указания на то в законе. Сущность преступления определялась иначе, мы это рассмотрим позже.

В результате Блэкстон стал трактовать коммон ло не как процессуальное, а как материальное право. Это во многом искусственная операция и вела к теоретизации коммон ло. Блэкстон по факту не создавал национальную юридическую науку, он предлагал новый ее вариант. Раньше наука была неразрывно связана с коммон ло и судебным процессом, обслуживала процесс, представляла собой мыслительную деятельность, которая составляла существо судебной деятельности. Ее и преподавать было трудно, почти невозможно.

Преподавать удобно систему понятий, а не вот такой способ мышления судей, но понятийный подход к праву примитивен. Самый бессмысленный термин – право. Никто не скажет, что это. Никто не даст нормального определения. А если скажем гражданское право – термин право сразу приобретает смысл. Термин право приобретает смысл не из самого себя, а из других слов, его окружающих.

Блэкстон это все понимал, но он получил образование по римскому праву, где право есть система понятий (по крайней мере в средневековом изложении римского права). И он переносит этот свой студенческий опыт на свое преподавание коммон ло, выражая его в понятиях. А это не так просто. Какие тут проблемы? Древность, старинность понятий в коммон ло. Например, сколько в одном вещном праве разных схожих понятий, как их понимать и соотносить? Все эти термины имеют различные смыслы в различные эпохи, используются в различных словосочетаниях.

Коммон ло невозможно излагать как застывшее право. Его можно излагать в теоретическом виде только как историю права. Это видно уже в первом конспекте его лекция, там уже есть исторический подход. Это видно уже в первом конспекте его лекция, там уже есть исторический подход. Хотя он использует и не хронологический принцип.

Неволин - история российских гражданских законов. Автор применительно к разным эпохам дает классификацию лица – вещи – обязательства, одинаковую. Но ведь правовой материал каждой эпохи имел свою структуру, отличную от других. Автор на самом деле предлагает нам не историко-правовой труд, а исторический метод познания ГП. Это разные вещи. Почему исторический метод у нас был столь эффективен? Потому что исторический метод позволяет избежать главной иллюзии, с которой сталкиваются юристы. Это иллюзия, свойственная человеку, - ему хочется, чтобы мир вокруг него был устойчивым и никак не менялся. Девушка выходит замуж и хочет, чтобы муж был всегда одинаковым. А такого не бывает. Отсюда страдания и разводы, скандалы. «Ты почему изменился?! Как же ты разросся за десять лет в объеме. Я замуж шла не за такой объем!» Это свойственно человеку, его тянет к постоянству, одинаковости на всю жизнь, и чтобы все шло по плану. И самому хочется быть всю жизнь одинаковым, как сейчас – так и до конца. Но такого не бывает, все постоянно меняется. Человек относится и к правовой материи так же, ему хочется видеть ее устойчивой, постоянной.

А исторический метод ломает эту иллюзию, внушает мысль – ничего нет постоянного в праве, терминология постоянно меняется. Нет вообще абстрактной, общей терминологии в праве. Любая общая теория права – глупость, ее вообще не может быть. Это не соответствует сущности права. Сущность права – в движении, в процессе развития, в юридической деятельности, а не в застывшем нормативном материале. Нормативка – пена на поверхности бурной реки. Она на берегах застывает, но река-то бурлит, настоящее право под этой пеной нормативности. А мы наивно полагаем, что эта пена и есть право. Поэтому наше юридическое образование – это копание в мусоре, на мусорной свалке.

Именно исторический метод позволяет увидеть, что все определения в праве совершенно бессмысленны. Но в ФГК все еще множество определений правовых институтов. А ГГУ? Там нет ни одного определения. За 19 век воззрения правоведов кардинально изменились. А что способствовало этому изменению? Исторический метод. Он появился как раз на вершине популярности естественного права, уже после ФГК. 2 и 3 трети 19 века – повсеместное господство исторического метода. И на Западе, и в России.

А потом социологический метод, углубление в жизнь, рассмотрения права с ТХ жизни. Тут вообще поразились, какое никчемное явление – право. Искусственное, придуманное. ГГУ возникло из этого разочарования в праве – оно предельно прагматично и написано с ненавистью к юриспруденции. О ГГУ мы еще поговорим. Будем рассматривать кодексы в точки зрения того, какое мировоззрение в них выражено. Право каждой страны выражает какое-то мировоззрение. Древний Рим – не верь человеку, он по природе своей зол, обманет. Верь закону. Суров закон, но закон. Мир хрупок, а закон крепок, он спасет разваливающийся мир. Ненависть к человеку так и веет из Дигест. Странно, почему этого зачастую не замечают.

Блэкстон проникся духом римского права, но не того, древнего, а средневекового, университетского. А это дух схимы. Средневековые правоведы как раз и переделали процессуальное право Древнего Рима (имею иск – имею право) в материальное право. Его-то и усвоил Блэкстон. И он решил это понимание соединить с коммон ло.

В 1765 году Блэкстон издал первую книгу полного текста своих лекций. Назвал их Комментарии к законам Англии. Термин законы в названии не очень понятен, он там коммон ло излагает, комментирует. 2 книга – в 1767 году, 3 – 1768, 4 – 1769. Все сразу раскупили. Тиражи идут 1 за другим. В 1772 году продает все права на издания своего труда за 14.300 фунтов стерлингов. Эта сумма равнозначна нынешнему 1,3 млн. фунтов стерлингов. Это самой большой гонорара в истории литературы 18 века, и его получил правовед. Комментарий оказался очень популярен и привлек внимание к личности его автора, к Блэкстону. Он получил предложение занять место в Судье Королевской Скамьи. Потом стал председателем Суда общих тяжб. Этот комментарий помог Блэкстону сделать блестящую карьеру.

Умер Блэкстон в 1780 году, в возрасте 57 лет, рано. Сохранилось множество портретов. Но тогда судьи носили парики, так что портреты дают лишь отдаленное представление о внешности. Статуя его стоит рядом с Королевским судом, его ценят и почитают. Но в 19 веке коммон ло получит такое развитие, что его комментарии во многом устареют, коммон ло будет текстуализироваться. Но, тем не менее, Комментарии Блэкстона оставались основным пособием для подготовки юристов до начала 20 века. Понимание коммон ло, данное Блэкстоном, будет стихийно развиваться в США и пользоваться там огромной популярностью.

Комментарии состоят из 4 книг. 1 – о праве лиц. 2 – о праве вещей. 3 – частные правонарушения. 4 – публичные правонарушения (уголовное право). Он излагает коммон ло как материально право, это видно даже из названий. В право вещей Брэкстоун вкладывает достаточно широкое содержание.

Вопрос из зала про историческое толкование. Толкование закона исходя из реалий времени, когда он был принят, - глупость. При этом мы абстрагируемся от конкретной ситуации, которая разбирается в суде – это бессмыслица. Про методику толкования еще поговорим. Юридическая герменевтика или понятийная юриспруденция. Васьковский – цивилистическая методология, 1913 год. Белов восхищается этой работой. Васьковский там описывает разные методики. Говорит, что нужно учитывать и замысел законодателя, и конкретную ситуацию. Нельзя отрываться от конкретной ситуации. Кодекс пишется на будущее, зачем постоянно возвращаться в прошлое? Методика толкования законов Сперанского – историческая. Она была хороша, когда общественные отношения изменялись медленно. Но сейчас все меняется очень быстро, неимоверно возросло юридическое неравенство – эта методика уже не очень актуальна. Сейчас пропаганда и реклама достигли таких высот, что могут спокойно прививать населению такие потребности, какие будут сочтены необходимыми теми, кто заказывает рекламу. Реклама подавляет волю людей. Согласие на совершение сделки уже не играет особой роли, подчас они совершаются под влиянием случайных мотивов. Современное право это должно учитывать. А в 19 веке все было проще, государство и иные институты не давили так на индивида, не подавляли его волю в экономическом плане. А се6йчас на Западе говорят о «смерти» классического договора. Юриспруденция 21 века не имеет почти ничего общего с юриспруденцией 19 века. Какое же тут может быть толкование исходя из целей законодателя 19 века? Это абсурд. А у нас образование опирается на юриспруденцию 19 века. Так что вы все – историки права. А изучать нужно юриспруденцию 21 века, которая продвигает совсем иные взгляды, основывается на ином мировоззрении.

Блэкстон совершил революцию, но не в коммон ло, а в его трактовке. Представил коммон ло как совокупность понятий материального права, системно изложил все это, но система была придумана не им, он заимствовал ее из средневековой цивилистики. Видно, что он был вынужден приспосабливаться к особенностям коммон ло.

Например. Тут категория лица имеет совсем иной смысл, чем в цивильном праве. Классификация лиц на физические и юридические для коммон ло не подходит.

Перед комментариями – большое введение, в нем Блэкстон пишет о приемах изучения права. Потом показывает природу права. Далее – естественное право, описывал его влияние на коммон ло, в 18 веке без естественного права цивилисты даже срать не садились в поле чистом. Идея Кука – коммон ло во многом и есть естественное право. Оно не имеет творца, оно спонтанно возникло и опирается на разум, имеет свойство обычая, развивается вместе с обществом, как бы само собой. Кук видел естественность коммон ло именно в этом. А Блэкстон считал науку естественного права побочной наукой по отношению к коммон ло и пытался провести связь между ними.

Но коммон ло – система мировоззрения, в рамках которой уже заложены естественно-правовые принципы и принципы справедливости. Эквити было заложено в коммон ло. Эквити – то, что позволяет судье решить дело по своему усмотрению, если нет правового материала для решения. Мировоззрение, усмотрение судьи имеет юридическое значение в коммон ло, это и есть эквити. А право справедливости в английском праве – это просто методика разрешения споров в канцлерском суде, формальная, а не сущностная категория. Если по коммон ло спор разрешить нельзя (он не укладывается в систему королевских приказов, исков, систему мировоззрения, которая характерна для коммон ло), то нужно решать по другой методике. Игнорируем принципы коммон ло и решаем исходя из того, что судебное решение должно быть справедливым. Это не право справедливости в строгом смысле слово, а методика получения справедливого решения.

Вопрос из зала – что сейчас доминирует в Англии – юриспруденция интересов или экономический анализ права? Ни то, ни другое. Юриспруденция интересов – 19 века, Иеринг, поговорим об этом потом. Экономический анализ права – тоже потом обсудим. Коммон ло это нечто другое. Хотя применительно к нему и говорят о совокупности доктрин (в рамках коммон ло), нужно понимать, что это не совсем доктрины, это идеи. Доктринальность чужда коммон ло, оно не предлагает нам некую статическую, застывшую систему ценностей. Оно предлагает нам методику выработки того или иного правила. Пример о том, почему парламентарии отказались перечислить свои привилегии, закрепить их. Они их не знают и узнают о них только тогда, когда они нарушаются. Они не привилегии свои знают, а порядок их определения. Они знают свой статус, а привилегии есть проявление этого статуса. Парламент Симона де Монфора был создан баронами. И далее короли ориентировались на этот пример 1265 года. Так создан ли парламент королем? Но не уйти же от факта, что в 1285 году Эдуард 1 созвал парламент. Почему нельзя использовать этот факт для обоснования идеи о том, что парламент создается королем? Потому что парламент и король это элементы верховной государственной власти, равные. Они друг без друга не могут обойтись. Верховная власть едина и в них выражена. Это как в коммон ло мыслительная деятельность есть неотъемлемая часть судебной деятельности. Так же король не может сам издать статут, принять решение о сборе налогов, предать суду высших должностных лиц. Только вместе с парламентом. Так что королевская власть входит в парламент. Ричард Хукер – перечислил эстейтс, которые входят в парламент – коммонс, лорды светские лорды духовные и король. Король – часть парламента. Карл 1 как-то отказался утвердить ордонанс о милиции. Карл 1 как-то отказался утвердить ордонанс о милиции. Ему ответили, что он – неотъемлемая часть парламента и всегда находится с ним. Если парламент голосует за акт, то король его автоматически утверждает. А то, что называется королевским утверждением – это просто формальная акция. Поэтому до сих пор не было ни одного акта, принятого парламентом, который король бы не утвердил. Потом еще на клятву сослались, Карл 1 клялся уважать все законы, принятые парламентом. Так что король не может выступить против законодательства.

На основании чего парламент утверждает, что король нарушил привилегии, полномочия парламента? Тут нет ссылки на норму, это выводится из самого статуса парламента. Это как пример со способами определения цены. Коммон ло – методика определения правовой нормы во многом, но не сама правовая норма. Так что применительно к такой системе бесполезно говорить о каких-то континентальных доктринах и их применимости. Определения понятий в английских статутах вы вообще не встретите. Исходят из того, что используемые в статуте термины имеют смысл только применительно к этому статуту, не обладая общим значением для всех случаев. Юристов готовят так, чтобы они были способы владеть этой методикой обнаружения правовой нормы. Мэнсфилд прямо об этом говорил. Прецедент – это не право, но свидетельство о праве. Каждый судья занимается тем, что ищет право для конкретного случая. Нельзя нарушить право при вынесении судебного решения, если право само по себе не существует в отрыве от конкретного случая.

Первая идея кодификации коммон ло – Фрэнсис Бэкон, конец 16 века. Сперанский использовал именно его принципы кодификации. Они есть в пособии, в главе про создание Свода законов РИ. Эти принципы Бэкон сформулировал на латыни, их около 10. Сперанский их процитировал и объяснил, а потом применил. А Ьэкон-то, выработав принципы, коммон ло атк и не смог кодифицировать.

Вторая попытка – при Кромвеле, 1654 год, комиссия. «Я помню хорошо это время, там поначалу участвовал Джон Сэлбот, но быстро умер.» Если бы он продолжил свое участие в этой комиссии, может они чего и добились бы. Он был автором «Орудия управления», первой писанной конституции. Англии. Ламберт ему заказал этот текст. Это попытка выразить государсвтенный строй в писаном документе, первая в Англии. Так что в сфере теоретизации комон ло Сэлбот работал. Но он умер, ничего не удалось.

Третья попытка – Бентам. Даже проект кодекса написал.

В 1990-ые годы широко обсуждался вопрос создания писаной конституции для Великобритании. Мол, нельзя пребывая в ЕС не иметь писаной конституции, это создает проблемы, противоречия между актами ЕС и коммон ло, неписаной конституции. Как решить проблему? Написать конституцию. Великобритания вышла из ЕС, но конституцию писаную не создала. И не будет ее там никогда. Они много веков назад нашли наиболее оптимальный способ юридической деятельности. Отказаться от этого было бы безумием.

Нужно в принципе говорить не об англо-саксонской, а об английской традиции юриспруденции, ангнло-саксонская традиция умерла еще в 11 веке. Нет никакого англо-саксонского права, есть английское право. Американцы тоже не хотели писать всеобъемлющую писаную конституцию, поэтому она у них очень лаконичная, около 5 тысяч слов. Права человека туда не нужно включать, они и так есть, без конституции, они привязаны к гражданину. Права английского поданного привязаны не к королю, государству или еще чему-то, а к самому английскому поданному. Поэтому конституция США развивалась Верховным судом США и юридической наукой. Быстро обнаружился подразумеваемый текст конституции, «неписаная конституция». А есть еще та конституция, которая выражена в судебных решениях.

Английское право – удивительное явление, и тем поразительнее работа, которую провел Блэкстон. Он создал некий теоретизированный вариант коммон ло, специально предназначенный для преподавания в университетах. После него коммон ло и правда стало преподавать в университетах, раньше там преподавалось только цивильное право. Хотя университеты дают в основном общегуманитарное образование, но тем не менее, есть специальные колледжи, в которых преподается коммон ло. Есть мощный колледж при Лондонском университете, там Бентам в свое время преподавал (он там как у нас Ленин в мавзолее, свою комнату-музей имеет). Он там сидит на стуле, его периодически выкатывают, студенты смотрят на мумию. А есть еще букинистический магазин 1832, Если от него перейти широкий проспект – пройти к зданию королевских судов дворами, то там в одном из дворов церковь Святой Маргариты, там лежит Сэлбом. На полу стекло, а под ним он лежит, мумия. Юристов так ценили, что даже не хоронили. К сожалению, Блэкстона похоронили.

В 1 книге Блэкстон по сути применил методику цивильного права, но на ее основе изложил понятие о лицах в смысле коммон ло. Это очень широкое понятие, это шире ФЛ и ЮЛ. В Коммон ло лицо = корпорация, это эстейт. Какие они бывают? Парламент, королевская власть, Тайный совет, физическое лицо (описывает его права), семья и компании (в чистом виде юридические лица). Блэкстон не использует термин юридическое лицо, просто пишет о правах компаний. Трактует королевскую власть как исполнительную, парламент – как законодательную, используя цивилистическую методологию и игнорируя тот факт, что в Англии не было разделения властей, имело место смешение властей. Король и парламент – 2 элемента 1 верховной государственной власти.

1 книга в сущности есть изложение Британской конституции, ее основ. Наша конституция стремится ограничить произвол власти (в нашем ее понимании), а Британская конституция стремится создать для индивида такую сферу его автономии, в которую власть вмешиваться не может. Абсолютно разные принципиальные основания конституций. Мэдисон говорил, что народ не в силах контролировать власть, и если мы хотим избежать произвола с ее стороны – мы должны государственный строй так поделить на самостоятельные части, чтобы они друг с другом конкурировали и взаимно друг друга уравновешивали, сдерживали. Отсюда и система сдержек и противовесов, это изначально английская идея. Индивид получает гарантии свободы не от государственной власти (поэтому они особо прочны), он их получает на основе коммон ло. А коммон ло это основа конституции Британии.

Частное право играет роль конституции – почему? Потому что оно закрепляет автономию частной жизни и тем самым гарантирует индивида от произвола власти. О Блэкстоне еще поговорим, его вклад в науку широко обсуждался, анализировался Бентамом. Бентам, выстраивая свою концепцию права, опирался на Блэкстона, отталкивался от его концепции, как от противоположности.

**Тема 5. Формирование и развитие национальной юридической науки в средневековой Франции**

Вопросы:

1. Основные черты правовой культуры средневековой Франции. Юридическое образование в университетах Франции
2. Кодификаций королевского законодательства 2 половины 17 века, ее значение для формирования юридической науки во Франции
3. Формирование научной юриспруденции во Франции в 17-18 веках. Произведение Жана Дома (1625-1696) И Роберта-Жозефа Потье (1699-1772) и их значение в становлении национальной юридической науки во Франции

Про французскую средневековую юриспруденцию буду рассказывать не так подробно, как про аналогичную английскую. Французская правовая культура нас интересует с ТЗ дальнейшего развития юридической науки. Она стала неким пространством, на котором произошло постепенное превращение общеевропейской юридической науки в науку национальную. Этот процесс очень сложен и его трудно выводить в трудах ученых. Каждый занимается только отдельной проблемой в отдельной стране, общая картина развития отсутствует. Пришлось сводить воедино все факты и выявлять логику этого грандиозного перехода. Это была настоящая революция правовой культуры в Европе – от общеевропейской юридической науки к национальным юридическим наукам.

Почему этот переход был особенно сложен? Любая юридическая наука решает вопрос о том, что заставляет людей соблюдать правовые нормы, на чем покоится авторитет правовых норм. Как решала этот вопрос общеевропейская юридическая наука? Авторитет правовых норм покоится на текстах древних юристов. Они собрали весь драгоценный опыт регулирования общественных отношений и воплотили его в этих текстах. Если эти тексты показывают какие-либо способы разрешения споров, то их нужно применять непосредственно. А если не показывают – из текстов нужно выводить принципы, которые позволят разрешить те или иные споры. Очевидно, что разрушение общеевропейской юридической науки означало в первую очередь разрушение источника ее авторитета, т.е. этих древних текстов.

Следовательно, что есть формирование национальной юридической науки? Внешне это выглядит как изменение языка юриспруденции. В Средние века – на латыни, а потом постепенно во Франции языком преподавания права становится французский, в Германии – немецкий. В Англии сначала латынь и старофранцузский, а потом, с середины 16 века статуты начали писать на английском, А в 1735 году был даже издан специальный статут, который предписал издавать все юридические акты только на английском языке, завершилась национализация английского права. В Германии преподавать на немецком начали еще в 1660-ые годы, примерно тогда же - во Франции. В 17-18 веках во Франции научные трактаты начинают писать на французском, примеры – трактаты Дома и Потье. До этого – на латыни.

Почему нас интересует именно французская правовая культура с точки зрения перехода от общеевропейской правовой науке к национальной? Потому что именно во Франции получила развитие школа гуманистов, это последняя школа средневековых юристов, опиравшихся на древнеримские правовые тексты. Эта школа состояла в основном из французов, об этом говорят даже их фамилии. Именно французы-гуманисты подвергли римские правовые тексты такой критике, что разрушили их авторитет окончательно. Именно в рамках этой школы раньше всего стала решаться проблема – а что теперь, после падения авторитета римских правовых текстов? Оказалось, что там много ошибок, там нет никакого рацио скрипта, это творение обычных людей, с обычными недостатками. Эти тексты не могу быть авторитетны сами по себе.

Но что, если не они? Что поставить на их место, из чего выводить правовые ценности? Очевидно, что эти ценности не должны быть творением людей, почему люди должны подчиняться нормам, которые созданы другими людьми? Но тогда чьим же творением должны быть правовые ценности? Этот вопрос французская юриспруденция решала уже в 15 (!) веке и потом в 16 веке, как раз в рамках школы гуманистов.

С другой стороны, французские правоведы сыграли огромную роль в утверждении прочного, бюрократического государства, практически создали его идеологию. Они, на самом деле, идеологически и юридически разрушили «корпоративное» средневековье с его нагромождением разных корпораций. Французы способствовали созданию не только идеологии национального государства, но и идеологии национальной юриспруденции. Но что они конкретно сделали для этого, мы рассмотрим в следующий раз.

Лекция 8. 24.10

Существование школы также совпало с формированием уже не общеевропейских, но *национальных* юридических наук. Формировались нации, формировались и государства современного типа взамен феодальных.

**Об изменении понятия власти**

В то время передача политической власти опиралась на передачу крови. *Пример – капетинги, старались находить себе женщин из числа потомков Карла Великого*.

С развитием городов, с появлением бюрократии (когда право властвовать вытекает не из права собственности на территорию, а из иных – *публично-правовых* – категорий – см. вторая половина XVI в., Жан Боден – 1576 г. - *суверенитет*), с момента, когда начали мыслить полномочия короля не из его права на территорию, а из его *статуса главы государства, публично-правового* статуса– и пришлась кстати естественно-правовая теория. Когда территория государства мыслится публично-правовой категорией, уже не остается места магнатам-феодалам, вольным творить произвол на своей земле. *Ты можешь иметь право собственности на землю; но территория – не только земельных участок, но еще и государство, а на территорию распространяется власть короля, так что, уж извини, должен подчиняться*.

Интересно, что во **Франции** объединение политическое произошло ранее объединения правового. В Германии же картина иная. Единого государства, как во Франции, не возникло.

Когда национальное государство формируется естественным путем, доминируют не идеи, а практические потребности. Именно практические потребности потребовали от французских монархов жесткости в утверждении своей власти и формирования единого государства. Это же заставило обратиться к науке естественного права, которая отлично обосновывала полномочие короля издавать законы для всей страны. Для средневековой действительности это немыслимо. Король мог, скорее, заключать «договоры» с магнатами/парламентом нежели издавать законы в современном смысле этого слова. В той модели у каждого был свой статус, который происходил из принадлежности к сословию, и источником этих статусов был далеко не король – будь то права горожан, знати, отношения по типу «сеньор-вассал», и т.д.

Наука естественного права же показывала, что статус индивида определяется не сословной принадлежностью, а из его статуса человека. А, значит, они должны быть равными. Как ни странно, это было на тот момент выгодно именно для монархов – все равны, и лишь король возвышается над ними.

Жан Дома доказывает, что право страны должно покоиться на системно изложенных принципах. Наука естественного права давала эти принципы. Но раз требуется упорядоченность, кто-то должен ее привносить. Значит, нужна воля. Правителя.

**Тема 6. Формирование и развитие национальной юридической науки в Германии в XIII – XVIII вв.**

Вопросы

1. Основные черты правовой культуры средневековой Германии. Элементы юридической науки в немецких средневековых правовых памятниках и юридических трактатах
2. Юридическое образование в университетах Германии. Роль римского права в формировании научной юриспруденции в Германии.
3. Наука естественного права в Германии в XVII – XVIII вв. Творчество в области юриспруденции Самуила Пуфендорфа (1632 - 1694), Готфрида Лейбница (1646 - 1716), Христиана Томазия (1655 - 1728).

Заметка от В.А.: важно данных мыслителей воспринимать в совокупности. Объединяет их как раз стиль мышления, методология, хотя содержание различно.

Вообще, наблюдается смена не столько мыслителей, сколько парадигм мышления. XVI – нач. XIX в. в юриспруденции – господствующая парадигма – парадигма естественного права. В рамках юриспруденции наибольшей ее разработанностью отличилась **Германия**. В политической науке – Франция*.*

В **Германии** складывалась иная ситуация, чем во Франции. Священная Римская Империя – скорее, идея, чем реальное государство (хотя органы были, напр., 1495 – Имперский суд).

В каждой земле формировалось свое право. *Напр., Саксонское зерцало. Это именно саксонское право, а не какое-то германское. 1532 – Каролина, общегерманский памятник, казалось бы. Но в основе – баденское (?не расслышал точно?) уложение.*

Интересно, что формирование принципов шло из практики. Собственно, та же Каролина формировалась именно на основе сложившихся практик.

Но это право процессуальное. Материальное право было отдано, как указано выше, на откуп конкретным землям, римский император не мог издавать общегерманские акты. Издавали «конституции» - опять же, что-то типа договоров с подданными.

Одновременно повсеместно распространяются университеты, где изучают римское право. Готовят юристов для имперских органов, готовых разрешать конфликты на основе принципов справедливости. Тем самым поддерживали главную функцию императорской власти – разрешение конфликтов между главами земель.

Потребность в общем порядке возникала стихийно – в связи с развитием экономики. При этом если во Франции наука естественного права в XVII в. уже ставится на службу королевской власти, то в Германии естественное право приобретает более научный, а не идеологический характер, не столько используется для поддержки позиции монарха.

Главное было – разрешать конфликты. В связи с большим количеством правовых режимов часты были коллизионные вопросы, которые необходимо было разрешать. Если в средние века вопросы пытались решать через правовые тексты, то в указанный период авторитет старого текста значительно упал (в т.ч. римские тесты). Были целые трактаты с критикой римского права.

Изначально главным центром естественного права был Орлеанский университет. Затем происходит распространение – в т.ч., на Германию. К 1660ым (а если точнее – 1671 – трактат Лейбница «О методах изучения права», где тот впервые предлагает идею кодификации на основе принципов науки естественного права).

В Германии реформация (в отличии от Франции) привела к становлению нового формата христианства (лютеранство), которое дозволяло верующим фактически напрямую общаться с Богом, священники больше были не нужны в качестве посредников, даже Библию перевели на немецкий язык. В связи с этим каноническое право приобрело более светский характер, и, соответственно, более подверженным изучению и преподаванию. Его также начинают преподавать в университетах (vs Россия – преподавать каноническое право светские профессора стали лишь с 1870ых). Таким образом, во второй половине, даже ближе к концу XVI века наука, которая соединила каноническое право с римским стали именовать *пандектистикой*. Такой коктейль из римского, канонического и обычного права, изложенного правоведами. К началу XVII в., таким образом, появилась новая дисциплина – пандектное право, которое будет развиваться весь век, придя к расцвету к XIX веку. **Пандектистика – это особенность германской юридической науки.**

Если посмотреть на творчество ученых, указанных в теме лк, то можно увидеть общую идею – стремление создать некую универсальную юриспруденцию. *Одно из произведений Пуфендорфа – «Основания универсальной юриспруденции» - 1661. Кстати, считается, что его главный трактат – «О долге человека и гражданина», но это куда более позднее произведение, и более повлияло уже на науку XVIII века.*

В отличие от ius commune, которое опиралось на римские правовые тексты, универсальная юриспруденция должна была быть создана с опорой на разум, принципы, выводимые из разума. Под разумом, скорее, понимался здравый смысл, прагматизм. Универсальная юриспруденция – это набор свойств, институтов. При их разработки и Пуфендорф, и Лейбниц, и Тамазий указывали, что система новой науки должна служить инструментом создания нового права; новое право должно иметь своим источником исключительно воля суверена. Но эта воля не должна быть произвольной – она должна выражать природные закономерности правовой материи.

С точки зрения политической идеологии это – **обоснование (1) абсолютизма, (2) необходимости придать всему праву форму закона, и (3) эта идея наиболее соответствует национальному государству, в котором стерты грани между провинциями, землями, которое живет, подчиняясь единому порядку**

Лучше всего это выразил Лейбниц. Прямо заявил: *в современных условиях правом является, в сущности, юридическая наука, поскольку право – это искусственное творение разума. Разум открывает законы природы и воплощает их в законодательстве*.

По сути, был идеологом унификации, создания gezetzbuch. Любопытный кейс: 1794 – «Всеобщее земское право для прусского государства». Изначально хотели назвать «Всеобщим gezetzbuch». Название было вдохновлено именно Лейбницем, но представители аристократии пролоббировали иное – поскольку не понравилось то, что кодекс как будто бы проистекает из верховной власти короля, а, с их позиции, кодекс должен проистекать «из земли».

Критика: как можно обосновать повиновение населения командам одного человека? Эти команды исходят от него, а не от бога. Ссылки на природу, конечно, хороши, но ведь источник – он, а не она? Как можно порочное существо – человека – сделать источником норм? На это в то время Пуфендорф говорил, что законы проистекают не из тела, а из души, а она чиста. При этом человек – часть природы. *Ответ сомнительной убедительности, более серьезный ответ появится уже в XVIII веке.*

Так почему правительство получает полномочия издавать законы? XVIII – идея того, что правительство появляется не само собой, а происходит из договора подданных. Надо, кстати, иметь в виду, что в центре дискуссии – права правителя, еще не человека.

*\*Любопытный тезис Лютера: «если воля Бога требует толкования, то это уже не воля Бога»*

Изначально говорилось, что правитель заключает договор с подданными. Обе стороны берут на себя определенные обязанности, правитель защищает мир и порядок, подданные обязуются подчиняться.

Любопытно, что наука естественного права, которая представляла собой систему правовых ценностей, вроде бы не созданных государством, одновременно обосновывала создание законов именно государственной властью.

В правовой культуре возникало два уровня. С одной стороны – позитивное право, издаваемое светскими правителями, с другой – естественное право.

Не случайно в XVI веке появляется и международное право. Вестфальский мир – утверждение принципа суверенитета, признание суверенитета правителя. Государства обладают суверенитетом, и в этом они равны, и никакие различия материальные не дают права не уважать суверенитет. В сущности, идея суверенитета создала субъект международных отношений, свою роль потеряло ius gentium. *Строго говоря, право-то не международное, а межгосударственное.*

Наука естественного права утверждала идею существования общих для всех народов ценностей, существующих независимо от государств, и обязывающих одновременно все государства.

Дальнейшее переосмысление естественно-правовых принципов привело к мысли о том, что единственным основанием для соблюдения всеми подданными законов является то, что законы, издаваемые правителем, представляют некий общий интерес. Право должно выражать общий интерес. В наиболее ясной форме – у Ж.-Ж. Руссо в «Трактате об общественном договоре».

Из этой же идеи вытекает и идея общественного представителя. Раз законы должны выражать общую волю, встает вопрос – как правитель узнает общую волю? Значит, должен быть представительский орган. Тут и английский опыт кстати – юснатуралисты смотрели на Англию и находили там образец. Монтескьё видел там идеал – и вывел, собственно, идею разделения («распределения») властей.

К XVIII веку в государства уже сформировалась бюрократия. Поэтому на этом этапе уже встал вопрос не о правах этой бюрократии, а о том, как подданным защититься от бюрократии. Ответ: раз подданные также, как и глава государства, имеют свою права, они также вытекают из природы, должны защищаться, и, собственно, предназначение государства – именно защита этих прав.

Собственно, категория прав человека заложена еще в христианстве. В христианстве человек – это просто человек, независимо от положения и сословия. Наука естественного права поставила это на «природную» почву. Права человека даруются природой, не государством.

Таким образом, наука естественного права значительно переменилась, став, фактически, антигосударственной идеологией. Стала идеалом, которому должны следовать государственные законы, правители. Но на самом деле нигде ни те, ни другие этим идеалам не соответствуют. Наука естественного права становится опорой для критики существующего государственного строя. Именно на нее опираются революционные движения. Во Франции они даже, как известно, победили.

В Германии, как указали выше, более развивался юридический аспект, потому к таким же результатам это не привело. Там - существуют лишь права члена общества, но не социальные права.

Расхождение между этими вариантами естественного права обусловлено некоторыми факторами. В том числе – Франция шла тогда впереди и уже показала пример кровавой революции, что, во многом, остановило позднейшие опыты.

Критика В.А. идей Французской революции. «Мы не видим модели будущего общества». Что там в декларации:

* Равенство людей. Но оно только формальное, как оно обеспечивается?. «А как может быть равенство только в юридическом отношении, если во всех остальных отношениях не равны?»
* Доктрина прав человека призвана обеспечить защиту его от произвола государства. «Благое пожелание, но из-за разрушения существующего строя и насильственного утверждения равенства возникает государство, ничем не ограниченное. Общество мыслиться в качестве совокупности отдельных независимых индивидов, связанных лишь индивидуальным интересом, и он превозносится. Но как разрозненные индивиды могут сопротивляться подавлению, когда объединения (по сословиям) запрещены?»
* Доктрина общественного договора на практике не работает. «Разве это договор? предполагает соглашение между субъектами, но ведь они же меняются? Почему договор обязывает потомков?». Доктрина не выдерживает критики позитивистов.

**Эта дискредитация предвосхитила господство идеологии позитивизма в начале XIX века**. Конечно, позитивизм был характерен для науки, но не для судов – на чистом позитивизме невозможно разрешать споры в силу пробельности законодательства. В этом плане наука естественного права сохранилась.

Небольшое summary – что нам дал юснатурализм:

* Идея законодательства
* Идея выражения общей воли
* Идея представительства
* Идея конституции

Последнее для В.А., понятное дело, самое важное – **идея конституции в том, что есть какие-то принципы, которые государство не в силах изменить, что-то над ним. Какие-то законы должны же обязывать главу государства..!**

Лекция 9. 31.10

**Тема 7. Становление юридической науки в США в второй половине 18 – первой половине 19 века**

Вопросы:

1. Развитие юридической науки юриспруденции в североамериканских колониях.
2. Особенности английского коммон ло в правой культуре североамериканских народов
3. Доктрина науки естественного права в документах североамериканской революции
4. Правовые идеи конституции США 1787 г и Билля о правах 1791 г.
5. Произведения Джеймса Кэнта (1763 – 1847) и Джезефа Стори (1771-1845) и их значение для формирования национальной юридической науки США.

Североамериканские колонисты долгое время считали себя английскими подданными, просто переселившимися на другую территорию. Соответственно, они считали коммон ло своим правом. Это воззрение во многом было обусловлено характером коммон ло. Коммон ло не было правом государства, а было правом общества. Коммон ло не имело творца. Поэтому еще в Англии у английских подданных, очень рано еще в средние века, сложилось представление о праве как своей привилегии. Это уникальное представление, потому что право обычно воспринимается как способ принуждения воли государственной власти. А тут право воспринимается как юридическая форма пространства свободы. Коммон ло как способ защиты свободы индивиды. Коммон ло воспринималось очень рано в качестве конституционного права.

Если посмотреть трактаты самих английских правоведов, то будет понятно, в частности комментарии Уильяма Блэкстоуна, то мы увидим, что они отрицали персональный характер коммон ло. Они считали, что коммон ло невозможно перенести на подошву башмаков своих каким-нибудь другим землям. Коммон ло это территориальное право англии, это не право английских подданных за пределами Англии. Любопытно, что по этому поводу как раз и произойдет первый конфликт межу парламентов Великобритании и группой интеллектуалов среди колонистов, имевших в основном юр образование.

Колонисты во многом воспроизведут те порядки, которые существовали в Англии. На самом деле, король, Парламент, королевский суд, джюри (суд присяжных). Роль монарха будет играть губернатор (вместе с легислатурой).

Система юр образования тоже будет похожа на английскую. В колониях, как и в Англли тоже возникнут судебные общины, которые будут как раз готовить проф юристов. Названия профессий те же самые: барристеры, солиситоры, атторнеи. Любопытно, что когда возникли учебные учреждения университетского типа, они тоже напоминали английские университеты, образование носило общегуманитарный характер. Но обучение в этих учреждениях было обязательным условием для получения юр профессии. Для этого надо было поступить либо в судебную общину, либо под опеку опытного правоведа, барристера, получив у него подготовку. Эта подготовка предполагала, как показывает биография ведущих американских правоведов, обязательное изучение судебной практики. Для этого люди, обучавшиеся в юр профессии, прикреплялись к судам (апелляционным или судам колонии) и мы видим, что даже по содержанию такое обучение копировало английское. В США среди всех учебных пособий пользовались наибольшей популярностью комментарии Уильяма Блэкстоуна. Кроме того, трактат Мэтью Хейла (особенно тракт о королевских исках).

Количество юристов было невелико изначально. Во всяком случае в начале 18 века не превышало 4 сотен, но взрыв в области подготовки юристов (улучшения качества) произошел в период, который называется в исторической литературе Борьбой североамериканских колоний за независимость или североамериканской революцией.

Нужно отметить, что коммон ло признавался в североамериканских колониях имеющим юридическую силу, на решения английских судов вполне могли сослаться суды колонии. Надо понимать, что в 18 в коммон ло там принял особый характер: поскольку для коммон ло не существовало институционной основы (естественного парламента и судов не было) принял характер имеющей характер науки естеств права. К нему и относились как к этой науке. До сих пор в случае пробелов в законодательстве судья может выносить решения на основе общих принципов права. Эти общие принципы и воплощались в коммон ло или в науке общего права. Коммон ло фактически воспринимался в виде методики разрешения споров или вынесения обоснованного решения или аргументации судебного решения. Конечно, такой характер коммон ло представлял собой новое явление.

Американцы держались за это название. Оно непереводимо. У нас постоянно пытаются назвать общим правом, но это не совсем точно. Главное свойство коммон ло не в его универсальности. Универсальности здесь нет, а именно в том, что там нет творца. Неписанность связана именно с этим. Коммон ло, право, которое коренится больше в правосознании, в стиле юридического мышления, а не в нормативном материале. Вот сущность коммон ло.

В североамериканских колониях мы видим, что коммон ло приобретает характер некой юридической мыслительной деятельности. Даже в таком своем варианте коммон ло пользуется авторитетом. Североамериканские юристы связывают себя именно с коммон ло и конституция (неписаная) там коренится. Они пришли к мысли, что конституцию надо записать уже довольно поздно, где-то в 80е годы. Можно примерно назвать, что это 81 год, когда вступили в силу статьи конфедерации. Они поняли, что статьи конфедерации не выполняют своей функции и необходим новый документ. Тогда заговорили о том, какими должны быть новые статьи и тогда стала появляться основа конституции и они пришли к конституции как к писанному документу. Но все равно если мы посмотрим даже в современную литру, то мы увидим, что многие стать посвящены явлению для нас необычном – анриттен конститьюшн (неписанная конституция). Сам документ (Конституция США 1787 г), состоящий из 5 тыс слов, он не составляет всей конституции. Это просто верхушка айсберга, а настоящая конституция, конечно, намного богаче по своему материалу.

Это наследие от Англии сыграло очень большую роль на их конституционном мышлении. Существенным образом оно на нем базировалось.

Если мы посмотрим на развитие правовой культуры североамериканских колоний, то мы должны, конечно, еще признать, что здесь изначально, особенно после Английской Славной революции, большую популярность приобрела категория прав человека, прав и свобод граждан.

Билль о правах, который воплотит, вырос в первые 10 поправок конституции, это идея, которая сформировалась еще в начале 18 века. Они долго шли к этой идее. В течение 18 в эта идея разрабатывалась, и в рамках традиции коммон ло, и в рамках науки естественного права. То, что мы видим в билле о правах 1791 г, представляет соединение этих двух. Это особенность североамериканской правовой культуры: традиция науки естественного права соединилась с традицией коммон ло. Коммон ло стало мыслится в качестве некого варианта естественного права. Наука естеств права приобрела в большей мере текстуальный характер (серия документов, которая выражает естественно-правовую доктрину). Мы видим, что духом естественного права проникнута и писанная конституция, и билль о правах, и сама судебная практика.

Так и у знамениты првоведов, у Джзефа Стори и Джеймса Кэнта. Джеймс Кэнт прямо называл коммон ло нашим естественным правом. Смотрел как на естественное право. Понимал под этим свойством коммон ло независимость от гос права. Наука естественного права несла в себе много идей, идей разного характера, разной степени воздействия на государство, были идеи, которые упрочивало государство, а были идеи, которые его разрушали. Столкновение этих идей определило историю 2 половину 18 в и в Европе, и в Сев Америке.

Коммон ло, наука естественного пава, это первым делом наука порядка, наука порядка, которая первым делом создает все искусственно на основе разума. Основы этого правопорядка выводятся из разума. Разум — это инструмент для познания опыта человеческой жизни, и разум из этого опыта исторического выводит принципы устойчивого характера, которые можно назвать вечными, на которых покоится совершенное государство. Мы видим уникальный случай, когда группа интеллектуалов сформировала искусственно созданное государство. США – это искусственно созданное государство.

Перечитал произведения все произведения отцов-основателей, убедился, что они очень хорошо осознавали, что они делают. Они осознавали достоинства и недостатки своего государства. Более того, это уникальный случай, когда они спрогнозировали траекторию его развития.

Особенно хорошим прогнозистом оказался Томас Джефферсон. Он еще в 1801 г. заявил, что главная опасность, которая может обрушиться на наше государство, - это банковский капитал. Если мы не примем меры для преодоления, то США окажутся в плену банковского капитала. Уникальный прогноз. 1913 г. – протаскивается идея федерального резерва (частной корпорации, которая больше чем на половину состоит из иностранцев). Эта частная корпорация при поддержке Вильсона и с разрешения конгресса берет в себя печатную валюту. Недавно были рассекречены документы об убийстве Джона Кеннеди, но он уверен, что главное не было рассекречено. А главное – Кеннеди летом уже приказал министерству финансов напечатать собственные доллары. Доллары, которые не связаны были с федеральным резервом. Его не убили, его казнили. Кеннеди почему- то в открытой машине едет по Даллосу, рассекретили документ, где сказано было, что с 3 сторон стреляли. Какой здесь самый, что его застрелили, не то, что он ехал в открытой машине, а то что это много раз показали всему населению США. Понятно, что убило ЦРУ, которое является организацией федерального резерва, а совсем не американского государства.

Американцы понимают, что подвержены влиянию банковского капитала. Были попытки опрокинуть Уолл Стрит.

Поразительно, что США — это произведение юридической науки. Причем об этом никто из Американцев никогда не скажет. Никто не скажет, что государство было создано масонами, которые были объединены в масонскую ложу. Проработали механизмы осуществления власти, предусмотрев даже те опасности, которые могут обрушиться на это государство. Они настолько оказались уникальными, что разработали искусственно механизм осуществления власти на века, предусмотрели механизм саморазвитие конституции. У нас как: разработали конституцию, предполагается, что конституция устареет, что будем принимать новую. Вы обратите внимание, что у них Конституция до сих пор действующая с 1787 г. Если мы заглянем в эту конституцию, то перед нами только фрагмент той конструкции, которая регулирует властные отношения. Еще уникальность: всего 27 поправок, 2 из них введение и отмена сухого закона – не считается, а первые 10 из них вообще были в 1791 г. С 1793 г. всего 15 поправок всего. Это уникально, что значительных изменений (поправок) довольно мало.

Это уникальное явление, которое показывает, что отцы-основатели посмотрели на государство не как на машину, которую надо сконструировать, а они посмотрели на государство, как на сад, который надо выращивать. Посадить корень такой, чтобы действительно выросло здоровое дерево. И мы это видим. Впервые видим моделирование государственного и правового рода особого рода (органическое). На государство смотрели в ту эпоху как на машину бездушную, они посмотрели на государство, как на некое растение, которое надо посадить в хорошую почву, заботливо вырастить и обеспечить, чтобы оно само росло.

Посмотрите – очень интересный механизм развития этого государства через судебную систему. Если мы откроем конституцию, то на первом месте мы увидим конгресс, потом президентскую власть, потом верховный суд. На самом деле ВС – на первом месте. Посмотрите, кто пожизненно занимает должности, именно члены верховного суда. Посмотрите, как делятся эпохи в развитии права, в развитии государства – это эпохи председателя Верховного суда. Более того, если мы посмотрим на председателя ВС, то это все выдающиеся правоведы. Оливер уайндел (??) Холмс (1841-1935) с 1902 до 1932 был председателем Верховного суда. Он автор небольших трудов, но очень емких по содержанию. Он фактически творец одного из важнейших направлений в американской юриспруденции. Но он всего лишь судья. Он конечно читал лекции, но большую часть жизни –судья. Мы видим уникальную ситуацию, когда выдающиеся правоведы в США это совсем не профессора, а судьи. Для США характерна именно судейская юриспруденция. И основы этой юриспруденции закладывались в колониальный период.

Джеймс Кэнт и Джезеф Стори – тоже судьи. Авторы знаменитых трактатов и комментариев.

Очевидно, что коренным поворотом в развитии Американской правовой культуры были события, которые называются Войной североамериканских колоний за независимость. Называется еще Американской революцией. Все-таки революция предполагает свержение существующего государственного порядка и создание нового. Что представляла собой борьба за независимость? Она как раз представляла собой борьбу за независимость существующего правопорядка и государства в колониях. Государство вырвалось на поверхность, освободилось от оков (не революция тогда). Сами американские интеллектуалы осознавали это. И Джон Адамс скажет в 1815 г (смерть Джефферсона), амер революция была только в умах (точнее только в юриспруденции). Еще точнее – в правовой идеологии. Но в то время юриспруденция и была правовой идеологией. Вот что же произошло. Действительно, освобождение произвело рефолюцию в правовой идеологии. Тайны освобождения нужно искать в идеологии.

Борьба за освобождение – самая большая странность. Зачем понадобилось освобождение? Они прекрасно жили далеко от метрополий. Были другие (Испания, Франция и тд), но могли быть защищены флотом. Не нужна независимость, пому что Англия была покровителем (крышей). Развивала промышленность, принимали законы, кодексы и начали печатать деньги. В 1863 г Бенжамин Франклин приезжает в Англию в салон и рассказал, что они прекрасно живут (особенно по сравнению с нищетой в лондоне). Там был Ротшильд, он услышал, что Американцы в колониях сами печатают деньги (сами печатают английские деньги хоть и в колонии), сказал, что надо запретить. Это был первый шаг к мысли о независимости, потому что был принят специальный акт О запрете печатания денег. Восстановили хождение фунтов стерлингов в колонии. Проблема: печатались в Англии, значит, чтобы их получить необходимо что-нибудь продать в Англии. Еще с 50 х годов Парламент Английский принял ряд актов, которые запрещали колонистам производить готовые изделия – только железные болванки, только ткани (не одежду). Получилось, что им нужны деньги, но они готовые изделия привезти не могут (они запрещены). Значит, нужно менять производство на сощздание полуфабрикатов, потому что только сырье принимается. Эту же операцию запад проделает с СССР (почему коллективизация была такая жестовая, потому что нужна была массавая закупка станков, но только в обмен на зерно – пришлось взять под оборот зерно – пожертвовать крестьянским населением). То же самое англичане проделают с американцами – амереканцев фактически заставили уничтожат свою развитую промышленность, которая была конкурентна. Это был не единственный шаг к независимости.

Очевидно, что в колониях появилась масса безработных. В 1765 г. англичане принимать документ, который сыграл огромную роль в становлении американской правовой идеологии (стэн пэкт). Этот акт – о налогах на печатную продукцию. Вся издавалась в колониях в больших количествах. Памфлет Томаса Пэйна «Здравый смысл» был издан в колониях в 1775 тиражом 1500 экз, огромное количество журналов, галет, книг. Вся эта продукция облагалась налогом. Тут интеллектуалы американские возмутились. Они обратились в Парламент Англии, которые приняли закон – на каком основании вы приняли закон о налоге, если наши представители не включены в ваш парламент. По коммон ло только те подданные, которые в Парламенте, подлежат налогообложению. На это парламент им ответил, что они просто зависимые колонии. Значит мы не подданные, не должны подчиняться Парламенту и Королю.

Начинает зреть доктрина, которая взорвет старую и создаст новую – **доктрина народного суверенитета**. 10 мая 1775 г после безуспешных попыток договориться с парламентом, Американский конгресс принимает резолюцию, в которой объявит, что отныне источник всех органов власти на территории Северной Америки – народ североамериканских колоний. Первый акт о независимости. Они отделили свои органы власти – это теперь народ. Каким образом эта идея взорвет прежнюю правовую культуру?

Прежняя правовая культура была традиционной. Она длействительно покоилась на коммон ло. Она представляла правовые ценности в качестве наследия прошлого, а теперь выявлялось, что наследие не принадлежит североамериканским колониям, а принадлежит только Англии. Англия не хочет с ними делиться. Раз так, то они должны найти новый источник для правовых ценностей. Правовые ценности нужно к чему-то привязать, чтобы они были эффективными. Если их нельзя привязать к прошлому, то надо к чему то , имеющему такой же авторитет – народ. Это та сила, которая и сообщает авторитет правовой ценности. Но правовые ценности, которые вытекают из этого источника – они принимают совершенно другой вид. Правовые ценности, имееют форму обычного права, поэтому трактовалось коммон ло как обычное право. Они не толковались в письме- он традиция – записывать не надо. Если источник – народ – надо записать. Текстуализация коммон ло. Коммон не из англ традиции, а из амер народа. Окончательный вариант коммон ло сформируется к 70м 19 века. Об этом говрит Холмс. На основе этого этоко коммон ло американского он постороиит свою доктрину.

Мы видим уже, что североамериканские правоведы начинают понимать, что настоящее право недолжно быть устным – оно должно быть письменным. Они пока не отказались от идеи конституции построенной на традиции, обычае. В **Декларации независимости, принятой в 1776 г.**, мы еще видим идею конституции, которая выражается на письме, в письменном документе. Но мы видим уже и идею народа. Очевидно, что то, что исходит от народа – должно получить письменную форму, чтобы не было превратного толкования. Народная воля должна быть закреплена на письме.

Одновременно наблюдаем еще очень интересный процесс – появление новой идеи конституции. Очевидно, что для устойчивого правопорядка необходима устойчивая система правовых норм. Что может им придать устойчивости? Правовая форма. Появляется **идея письменной конституции**. Ее прообраз мы видим в Декларации независимости. Здесь же мы видим уникальное явление – соединение идеи науки естественного права и идеи коммон ло. Посмотрите за что порицается король (Георг), как обосновывается Декларация за независимость – ссылками на доктрины естеств права (люди равны от рождения, равенство воплощается в неотъемлемых неотчуждаемых правах –жизнь, свобода, стремление к счастью –, правительство учреждается путем общественного договора, и оно обязывается соблюдать эти неотъемлемые неотчуждаемые естественные права. Если оно их не соблюдает, то народ имеет право на восстание, свержение Правительства и создание нового). Незамысловатая доктрина, собрание истин, которые создатели Декларации о независимости (в первую очередь Томас Джефферсон, автор основного его проекта), называли самыми очевидными.

Эти истины одновременно составляют содержание науки естественного права, но они одновременно входят в содержание формирующейся американской науки коммон ло. Уже тогда видим, что идея старинных перерожденных прав английских подданных преобразуется в идею прав и свобод граждан, которые не даруются государством, а которые существуют всегда. И мы видим уникальное явление – идея о том, что правовые ценности на самом деле никем не создаются, что правоведы их всего лишь открывают, обнаруживают, провозглашают с идеей о том, что правой ценности должны иметь писанную форму.

Казалось бы, что противоречащие идеи, но американские правоведы находят соответствующую формулировку – соединяют – видим уже в 1 статье Билля о правах. Еще Джек Мэддисон утверждал, что права и свободы граждан нельзя записать. Если их запишешь – записанными правами и свободами – все права и своды исчерпываются – легче будет их нарушить, обойти. Они придумывают, как провозгласить права и свободы граждан, если государство их не дает не дарует, они существуют изначально. Как соотнести письменную форму и идею о том, что никто ре создает их? Пожалуйста, как была закреплена свобода слова, собраний, шествий, свобода вероисповедания? Очень просто. Они заявили, Конгресс США не должен принимать законы, нарушающие свободу слова, печати, манифестаций, шествий, вероисповедания. Ст 9 для надежности – изложенными здесь правами и свободами права американских граждан не исчерпываются. Т е есть еще и другие

Идея естественного права придала коммон ло совершенно неопределенное содержание: идея еств права предполагает не только четко выраженные правоые ценности и правовые нормы, но и подразумеваемые, Идея естественного права представляла собой еще одну важную ценность для американской правовой культуры. Уже сложилась традиция, по которой закон, а потом и конституция – выражение интересов. Конституция это выражение баланса сил в обществе. Конституция как выражение баланса сил представлена к примеру, в работе Фердинанда Лассаля «О сущности конституции» 1862.

И у нас так принято: закон выражает чьи-то интересы, та или иная группировка хочет воплотить свои интересы, существуют лоббисты ( в США официально признаны). Наука естественного права содержала иную методику правотворчества. Законы выражают не чьи-то интересы, они выражают, на самом деле, общий интерес. Общий интерес не может получиться из столкновения частных, он существует сам по себе. Еств право – юридическая форма этого общего интереса. Значит, при законотворчестве ни приведение интересов к компромиссу, балансу, а надо заботится об обнаружении таких правовых норм, которые выражают общий интерес. Иной стиль правотворчества.

Очевидно, что эта идея науки естественного права приходила в противоречие с практикой. На практике мы видим различные группировки среди политиков. Мы видим, что те или иные документы создаются в результате столкновения мнений, дискуссий. Удивительно, что все основные документы подписаны юристами. Под Декларацией независимости 56 фамилий, из них 25 – правоведы. Если обратимся к составу конвента, который принял конституцию США 1787 г, то среди 55 – 31 правоведы. Если обратимся к содержанию конвента, то увидим исключительно юридические споры. Они показывают, как формировалась новая правовая идеология в США. В этих спорах в первую очередь было признано, что США должны быть республикой. В 18 в предполагалось, что республикой должно быть не демократическое государство. А государство, выражающее общую волю (common wealth на англ языке – общее благо, общая воля).

Англ госво считалось республикой в форме монархии. Колонисты тоже хотели такое, но юридическая конструкция отличалась. В Англии юр конструкция государственного строя предполагала неограниченную власть парламента. Парламент может делать все, что пожелает (превратить мужчину в женщину). Колонисты эту конструкцию не примут. **Они считают, что законодательная власть нуждается в таком же обуздании, как и любая другая власть (исполнительная)**. Будут исходить из того, что республика будет воплощать общий интерес, если она воплощает народовластие. Запишут в самом начале своей Конституции: мы народ соединенных штатов, создатель конституции. Народа в то время не существовало – просто идея. Была разработана конституция для государства, которого еще не было. Государство появляется на основе конституции, а не конституция на основе государства. Была издана конституция, но органов власти, которые она предусматривала еще не существовало. Только после этого был През, Конгресс, назначен Верх суд. Перед нами процесс создания государства в виде правотворчества. Уникальный случай. Причем мы увидим еще очень важное нововведение – Джеймс Мэддисон в 10 статье, опубликованной в журнале Федералист (статьи которые будут отстаивать федеративное устройство). Народ источник власти, но они не способен эту власть контролировать. Если хотим государство без произвола – нам ничего не остается кроме того как организовать ее таким образом, чтобы различные ее части сдерживали одна другую. Система сдержек и противовесов выражала идею компромиссов, которая была заложена в магна карте еще. Мы видим, как постепенно, амер правоведы формируют новую правовую культуры частью из английской правой культуры, частью из осмысления опыта осущ-я гос власти, частью на историческом опыта (история возникновения римской империи республики).

Видим еще интересную идею: **Конституция** не является документом незыблемым – она **развивается посредством толкования**. Любопытный метод толкования был применен в 1819 г. : власти штата мэрилэнд обнаружили филиал центр банка на территории своего штата (не того, который был создан конгрессом в 1794 г., а нового – создан на основании закона конгресса в 1816). Попросили уплатить налоги – власти подали иск в суд о признание закона о создании Центробанка противоречащим Конституции, поскольку в Конституции полномочия Конгресса исчерпывающий характер и среди них нет полномочия на создание Центробанка. **Мэрилэнд против Ворлока** (директор этого филиала) **1818** г. – решением было признано, что среди полномочий конгресса не записано полномочия создавать центральный банк, но было сказано, что среди полномочий (чеканка монеты, сбор налогов и другие финансовые полномочия), которые подразумевают создание центрального банка. Конгресс имеет не только полномочия, прямо выраженные на бумаге, но и полномочия подразумеваемые. Соединилась в решении идея естественного права и коммон ло. В данном случае, когда было **признано существование таких правовых норм, которые вытекаю из существующих**.

Получается, что юриспруденция – это на самом деле и методика выведения из существующих правовых норм новых правовых норм – совершенно особый способ правотворчества. Правовые нормы не сочиняются, а выводятся (методика в деятельности Верх суда). В данном случае **ВС взял на себя не только толкование конституции, но и ее развитие**. В дальнейшем увидим, займет особое положение. ВС может признать закон, изданный конгрессом, неконституционным. Все станет намного сложнее. Идея верховенства Конституции над всеми законами заложена в Конституции. Казалось бы из этой идеи должна вытекать обязанность ~~конгресса~~ ВС (ошибся кажется) любой закон, противоречащий Конституции, признавать неконституционным. Верх суд выразил свое полномочие не в законе, а в решении (дело против Мэддисона 1803 г). Было сделано неслучайно. ВС имеет право признавать законы неконституционными, но не имеет такой обязанности. Еще больше придает ВС самостоятельности в развитии Конституции. ВС по своему усмотрению может сделать много с Конституцией.

Любопытно, что Конституция, как и Билль о правах, содержала множество норм, которые невозможно было применить без толкования. Пример: право носить оружие (2 поправка). На самом деле звучит по-другому – Вооруженная милиция – гарантия сохранности граждан, в связи с этим, право носить оружие – неотъемлемое право народа. Там не написано, что это право индивида. Удивительно, что связано право с милицией (исчезает в 19 в), а появляется полиция. Право, казалось бы, должно было исчезнуть, но оно не исчезает. ВС дает ему новое толкование. Говорит, что хоть и приписывается народу, но принадлежит индивиду.

Здесь видим, что явление правотворчества не ограничивается только законодательством, но распространяется и на судебную деятельность. Понятно, почему основной фигурой в национальной юридической науке становится именно судья. Судья приобретает характер деятельности научной. Достаточно посмотреть американские судебные решения. В начале 19 в эти суды оказались в особом положении: законодательного нормативного материала оказалось мало. Появлялись хоть и уголовные кодексы (штат Джорджия 1816 ), хотя шли первые разработки гражданских кодексов (1838 г появится проект гк Нью –Йорка). Но тем не менее, при вынесении решении судьи вынуждены полагаться на их общие принципы. Именно по линии судебной деятельности идет развитие амер юриспруденции.

Из самых выдающихся правоведов этой эпохи (среди судей) он бы выделил **Джеймса Кэнта (1763 -1847)**. Он получил обыкновенное образование для того времени, окончил общегуманитарн колледж, прошел подготовку при апелляционном суде и начал преподавать в колумбийском колледже. Сохранилась его вступительная лекция 1894 г, которая раскрывает все понимание права, он прямо говорит, что коммон ло – разновидность естественного права. Потом был назначен председателем ВС штата Нью-Йорк. Потом он станет председателем канцлерского суда. В 1823 г он вернется в колумбийский колледж читать лекции и с 1824 г он начнет выпускать тома своего самого главного произведению – **Комментарии к Американскому праву**. Выйдет 4 тома: 1826, 1827, 1828, 1829. Эти комментарии будут очень похожи на комментарии к Английским законам Уильяма Блэкстоуна. И судя по всему перед нами воспроизведение идей комментов Блэкстоуна. В этих комментариях Джеймс Кэнт опишет амер право (коммон ло), **переведет в систему терминологию коммон ло, на все категории американского права будет смотреть с точки зрения естественного права**. Напишет, что право собственности даруется не государством, а вытекает из самого гражданского состояния. Каждый гражданин имеет право собственности. Все остальные права так же не даруются государством. Будет утверждать, что **американское право это не право государства, а право общества**. Очевидно, что он затронет вопрос о законе, как о главном источнике права, и он обрушится на доминирующий в Европе в то время взгляды на право, как совокупность команд, издаваемых гос властью. Оказывается, что естественно-правовые воззрения американские будут прочнее в американской юриспруденции, чем в Европе. Это не случайно.

Надо признать, что первая половина 19 в. – время формирования американского государства. Можно найти статью Аведжелян (на википедии ??). Виджилянс (?) – движение народных мстителей в США (40-50е годы) – время сращивания государства и уголовной мафии. Время, когда все должности даже в городках небольших захватили уголовники. Любопытно, что население объединится, возникнет среди жителей группа активных граждан, которые сами возьмут в свои руки осуществление государственной власти. На википедии в этих статьях нет подоплеки, почему это произошло. А это произошло потому что сформировалась особая правовая культура, которая предполагала, что право существует без всякого государства. И если государство не выполняет свои функции, народ имеет право самому взять на себя осуществление гос функции. Участь уголовников – их перевешали по всей стране (мэров и судей, погрязших в коррупции). Это движение показало, что существовало мощное гражданское общество. Оно и было опорой той правовой культуры, которая существовала в США. Мы видим, что в России, к примеру, правовая культура, правовая наука, юридическое образование в значительной степени являлись результатом государственной деятельности (государство принимало участие по развитию). Госудаство главный если не единственный творец права. А в США сложилось совершенно другое воззрение. Оно проходит через все работы Кэнта.

**Джозеф Стори** – его младший товарищ, в какой-то степени – его ученик – хотя Джозеф Стори вырос в совершенно другом месте (Массачусетсе). Он окончил Гарвард. ДЖ Стори будет **заниматься американской конституцией и он даст первый всеобъемлющий комментарий к этой конституции**. Одновременно даст комментарий к праву справедливости. Он напишет целую серию комментариев. Как ни странно, это правовед, который проживет значительно меньше Кэнта, окажется значительно более дальновидным, но любопытно, что основные произведения амер правоведов в то время появляются в жанре комментов. А почему не трактаты? Правоведы предполагают, что правовые ценности на тот момент уже существуют в обществе, они вживленные, они вкрапленные в общественную ткань. Они выражают идеи, которые забыли давно в Европе. С одной стороны, Американская юриспруденция воспринимала Европейскую доктрину, а с другой – подавала в совершенно другом виде. Идея естественного права никогда не исчезнет в США. Мы потом увидим в произведениях Оливера вэнда Холмса, как он препарирует эти идеи, как приспосабливает к коммон ло, но уже на новом уровне. Вот, Джозеф Стори и на конституцию смотрел не как конституцию писанную, в виде модели госва, а посмотрел, как на правовую идеологию амер общества. Его коммент к конституции показывает, что в амер обществе считали к не документом имеющ высшую юридическую силу, а считалась основой правопорядка. Поэтому конституция может не выражаться в писанных нормах. Стори читал, что конституция настоящая – правосознания (близок был к пониманию Конституции английскими правоведами, близок был Дайси, показывал Бэджвут в 19 в –конституция не документ высшей юр силы, а государственная традиция). Стори как раз и соединил конституционные традиции английские с конституционными традициями, которые уже появятся на амер почве. Поэтому его комментарии будут переиздаваться в течение всего 19 века, вплоть до начала 20 века. Точно так же, как и комментарии Дж Кэнта к амер законам. Самые популярные книги юридические в 19 в, будут использоваться в качестве учебников. Так возникнет серия юридических школ. Здесь юридическая школа пример совершенно особый характер – они возникнут в стенах университетов и станут основными центрами подготовки проф юристов. Мы видим, что главное значение школ – соединение юр науки и практики.

Лекция 10. 07.11

**Тема 8. Развитие правовой системы Франции в эпоху Великой французской революции**

Вопросы:

1. Идеи, доктрины Великой французской революции 1789-1795 и их влияние на развитие национальной юридической науки во Франции
2. Естественно-правовые доктрины и принципы государственного, гражданского, уголовного и уголовно-процессуального права, Декларация прав человека и гр-на 1789-1793
3. Идея гос-ва и конституции в революционных документах Франции 1789-1795
4. Идея кодификации права во французском правоведении конца 18 начала 19 века
5. Гражданский кодекс Франции 1804 года как произведение юридической науки

Я уже говорил о том, что наука естеств. права сыграла огромную роль в становлении современной юр науки. Во всяком случае она несла в себе идею правопорядка созданного на основе неких рациональных принципов. То есть это наука как бы завершала средневековую историю правовой культуры западной Европы и открывала новую. Вот из этой идеи правопорядка, которой согласно канонам западноевропейского права, устанавливался сознательно, на основе разума, вытекала превалирующая роль закона среди источников права. При этом закон, он понимался как выражение общей воли. И вот эта идея позволила примирить представление о порочности человеческой личности и идею о том что право является произведением законодателей, то есть людей. Верховная гос власть творит право, право совокупность команд исходящих из верховной гос власти, но эти команды что бы быть правом должны выражать общую волю и интерес. Вот это компромисс, который примирил, казалось бы взаимоисключающие воззрения на порочность человека и на человека как законодателя. Порочный человек конечно не может быть законодателем, но если он сам не придумывает законы, а открывает их. Эти законы выражают не его интересы, а общую волю, то почему бы и не быть такому человеку законодателем. Его роль очень ограничена в праве. Кроме того доктрина естеств. Права внесла важную идею – правовые ценности существуют не потому что их кто то создает из людей, они существуют вообще независимо от гос власти. Они как бы вкраплены в общественную ткань. Есть прав ценности которые должны определять правопорядок, даже если они не выражены в законах. Эта идея как бы надгосударственного права – сыграла огромную роль в формировании международного права. Потому что без этой идеи тяжело бы было вообразить существование права, которые регулирует межгосударственные отношения. Кто ж тогда будет принуждать к соблюдению норм этого права. Вот эти идеи естеств. Права сыграли созидательную роль в развитии общества и правовой культуры. Но вместе с тем в этих идеях было и нечто разрушительное. Что было разрушительного – наука естественного права выдвигала некий идеал правопорядка, которому конечно же, тот правопорядок, который сложился в каком то государстве не соответствовал. То есть наука еств права становилась фундаментом для критики существующего гос строя и правопорядка. А если понять, что наука еств права выражала еще некий взгляд на устройство общества, потому что приводило принцип равенства людей и все титулы и звания – это просто шелуха, не играет большую роль. Эта идея, укоренившеюся в христьянстве (равенство людей перед Богом), играла разрушительную роль. Откуда могло взяться представление в середине 17 века о порочности существующего гос строя и правопорядка, ведь это повсеместно, традиционно – его создала жизнь, множество поколений. Почему порочный? Тогда когда на него смотрели с т.з естественного права. И вот любопытно, вот эти свойства еств права созидательные и разрушительные по разному проявили себя во Франции и Германии. В Германии на первый план вышли созидательные, а во Франции- разрушительные. И конечно самым ярким проявлением стала Французская революция – называют Великая, но она Великая потому что это был великий погром, который устроили люди над своим прошлым, гос-вом.

**Декларация прав и свобод человека и гражданина 1789** считается в литературе образцовым документом. Более того, она составила первую часть Конституции 1791, потом ее не включали в состав К, но она предполагалась. Когда творцов К 1875, спросили почему вы не включили норма о правах и свободах граждан в закон – нет смысла, потому что действует Декларация 1789. При принятии К 1996 это было прямо заявлено при ее принятии, идея о том, что право не сводится только к тем ценностям, которые записаны на бумаги, есть которые существуют просто и любое общество должно их уважать, эта идея заложенная в науки еств права проявилась отчётливо в истории Французского права. Декларация выразившая основные идеи еств права сыграла роль и идеологии.

Разрушительный хар-р Декларации очевиден – в преамбулу идея о том, что все неурядицы в общ жизни связаны с тем, что люди просто не знаю как создать совершенное устройство. Это знаменитая идея просвещения, она вошла и в проект создания Московского университета, люди не знают что такое добро – цель образования показать что добро и распространить идею добра. Декларация придается конституционное значение. Люди равны между собой от рождения, они обладают неотчуждаемыми правами: свобода, собственность, сопротивление угнетению. Эти права –права человека. Сталкиваемся с первой несуразицей – свобода определяется как свобода делать все что не приносит вреда другому. Свобода предполагает других людей, общество. Можно ли сказать, что Робинзон на необитаемом острове не свободен? Нет. Он один, он волен. Воля – это не свобода. Свобода предполагает несвободу, предполагает ее границы и ограничения. Свобода – это не воля, а всего лишь некое пространство которое отводится для индивида, в рамках которого он может жить, что бы не приносить вреда другим. Понятие свобода – на самом деле идея компромисса между интересами различных людей. Каждый должен жить так, чтобы не нарушать ущерб другому, и это пространство и есть свобода. Мне очень тяжело было понимая все это, слушать наших экономистов в 90х – «мы снимает все ограничения чтобы создать свободный рынок. А зачем вам свободный рынок? Свободный рынок все урегулирует без гос-ва». Мне его хотелось послать на обычный рынок в городе, посмотреть как там цены регулируются и спросить, может ли кто то из торговцев продавать дешевле, да его тут же растерзают. Если гос-во не устанавливает цены, их устанавливают бандиты. Но есть же опыт создания свободного рынка в западных странах – создание несвободы, издавали законы с ограничениями на производителей и торговцев. Меры контроля за качеством, ценами – сейчас в восточных странах заметили, что товары из Германии более низкого качества – так у них госты, а в восточных странах и у нас нет, нет ответственности производителя. Экономисты не могли разобраться что такое свобода. Пространство, которое остается от несвободы, оно и есть свобода. Нужно создать несвободы, систему обуздания эгоизма торговцев, производителей. Свобода право не человека, а общества. Свобода объявляется правом человека, как и собственность – что не может быть правом человека. Робинзон не имеет права собственности на весь остров.

Чтобы право собственности возникло, должно быть признание со стороны общества этого права. Если не признания, нет и права. Робинзон волен делать все с островом, но не на основе права собственности. Это социальное права.

Безопасность – как право человека тоже бессмысленно. Безопасность – это от чего то, от опасностей. Человеку угрожает другой человек. Безопасность предполагает общество, потому что у Робинзона этой безопасности нет, прятаться от попугаев нет смысла. Право на сопротивление угнетению – глупость. Один человек способен сопротивляться? Предполагает объединение многих людей. Права, которые объявили правами человека на самом деле являются правами социальными.

Человек – существо социальное, без общ-ва немыслимое. Человек, который живет без общества не мыслим. Котенок с рождения кот, человек –нет. Внутренняя регуляция поведения на основе инстинктов у человека отсутствует почти, котенок умеет мяукать, человек говорить учиться. Все основные свойства человека появляются из общения с другими людьми. Они социальны. Человек как биологическое существо вообще не человек. Общ-во играет роль система обуздания пороков, система регуляции. Здесь общества нет, есть индивидуально обособленные индивиды, которые обладают правами общества. С какой целью соц. правами объявляются правами человека? Это видно из документов революционеров, которые сознательно объявили соц. права – правами человека, что бы оторвать их от гос-ва, чтобы создать юр конструкцию, в которой права проистекают не от гос-ва, так как это гарантирует их соблюдение, если гос-ва дает, оно может и отобрать, не дает и отобрать не может, должно только признавать. Вот главная идея доктрины прав человека.

В отрыве от этой доктрины – это полная глупость. Цель гарантировать людям пространство, в которое гос-во не властно вмешиваться. Нужно понимать, что Франция 19 века это очень развитое гос-во, супердержава. Гос-во подавляло личность, не давало писать то, что думают, дозировало свободу. Подавление и породило стремление избавиться от гнета. Каким образом – чтобы избавиться от гнета бюрократии, нужно издать такие законы, которые ограничивают бюрократию, а кто будет издавать – сама бюрократия. Поэтому произвол гос власти не может быть ограничен законами издаваемыми этой самой властью, значит нужна другая юр конструкция гарантий личности. Если невозможно ограничить законами произвол властвующих, значит необходимо создать такое пространство, куда они вмешиваться не будут. Идея очень благодатная, части реализована по средствам команлоу в Англии. Потому комонлоу считается конституцией Англии, т к создает это пространство. Во Франции предприняли попытку создать такое пространство на основе естеств. права – это уже видно в идеях Монтескье «О духе законов», где он пишет о разделении властей, где он восхищался английской конституцией, создает пространство для личной жизни, разделение властей - распределение властных функций, баланс интересов и сил, сдержек и противовесов. Во Франции пытались осуществить искусственно, то что в Англии развилось естественно. Масса трудов – сравнивают команлоу и естест право, много общего – система ценностей не созданная гос. властью.

Намерения были благими. Атмосфера революции создавалась постепенно, написанное в декларации 1789 года уже ранее было в Наказах депутатов 3го сословия, витало в воздухе. Все принимали с восторгом. Один человек предсказал во что это выльется, но его посчитали сумасшедшим.

Франция была странной развитой духовно, интеллектуально, салоны аристократические с писателями, философами, читали и обсуждали.

Такой салон собрался в доме госпожи Мармарасье, она пригласила Казота, веселились гости, а он сидел грустный. Казот смотришь на всех как обреченных на смерть – я вижу мостовую, а по ней едут телеги с грохотом, к площади, где висит нож, который опускается и головы падают в корзину, меня это ужасает. А кто эти люди? Это вы все. Я на телеге не поеду, можно я поеду на карете. Привилегия ехать на свой карете будет предоставлена только королю Людовику. Он так сказал, что она поверила. Но забыли.

Об этом разговоре вспомнят только тогда, когда окажутся на Эшафоте и расскажут палачу, он сыну, а внук опишет.

Почему Казон предсказал? Что было в той атмосфере заложено кровавого? Все эти идеи несли в себе такие ужасы, потому что разрушали существующий слой. Идея равенства объявляла все деление общества ничтожным, с отмены сословий начнется революция и мы видим что вслед конфискация церковного им-ва, удар по церкви, дальше удар по монархии, Людовика казнят. Мнения, что его нужно казнить за то, что он король. Мы видим, как люди, которые имели юр образование, занимались юр профессией восприняли все эти ценности и превратились в монстров, не ценили жизнь, считали возможным убить пол страны, чтобы победили их идеи.

Разрушительность декларации проявилась на практике, поэтому не подлежит сомнению само свойство разрушать порядок. Но почему эти идеи оказались настолько разрушительными – они разрушали порядок, который сложился естеств путем, они не создавали никакого нового объединения людей, объявляли, что человек имеет права на сопротивление, но не прибавили никаких механизмов для того чтобы это право стало реальным. Все эти идеи прав человека оказались просто идеями, они не обеспечили соблюдение прав человека.

Самой разрушительной оказалась **идея национального суверенитета**, потом народного суверенитета по декларации 93 г. Почему эта идея**? Источник власти привязывается ни к какой-то реальной общности, реальному народу, а к какой-то абстрактной общности – нация**. Что такое нация? Это население страны –нет, население состоит из конкретных людей. Чтобы понять, в чем состоит всеобщий интерес населения, нужно устроить всеобщее голосование, но если идея проистекает от нации – как понять общий интерес нации? Нация сама об этом интересе заявить не может, соответственно будут те, кто его истолковывает и выражает – **тот, кто на вершине власти**.

Получилась очень интересная юр-я конструкция. **Когда властвующие оказались не связаны какой-либо системы обуздания своих пороков**.

Раньше – власть – божественная, верховная, властвующие должны соблюдать заповеди (их много, не убей, не укради, Библия для таких властвующих – закон). Властвующие имели перед собой не изолированных индивидов, не беспомощных индивидов, а целые корпорации. Они вынуждены были считаться с их интересами. А с интересами индивидов считаться не было никакой необходимости. Опасность для властвующих проистекала от сословий, объединений. Но когда эти объединения распались, были ликвидированы, они стали незаконным, властвующим теперь противостояли отдельные неорганизованные индивиды. И **властвующие присвоили себе функцию выражения воли народа, нации.**

Поэтому, посмотрите, как рано, уже 10 августа появляется термин «врач народа». Значит, в народе есть враги народа. **А кто определяет, кто из народа является врагом народ. Естественно, властвующие**. Кто враг народа в первую очередь? Тот, кто выступает против властвующих. Создавалась совершенно новая власть, ничем не обузданная власть

Даже внутренняя организация властвующих лишена системы сдержек и противовесов, как только возникли малейшие противоречия в их среде, они стали выяснять между собой отношения с помощью гильотины. Они избавили Наполеона от необходимость их уничтожать**. Это кажется, что Франция избежала такие является как сталинские репрессии**. Франция их не избежала, просто эти репрессии обрушились на Францию раньше. А у нас – через 20 лет после революции.

Революция создает тот тип людей, которые не способны к мирной жизни, которые мыслят свою жизнь как вечную борьбу, смотрят на общество враждебно, все рассматривают через призму борьбы. Во всех видит своих врагов.

Как построить гос-во, не изъяв из общества таких людей? Невозможно, особенно если эти люди занимают высокие должности.

Томсинов не очень хорошо относится к Сталину, но видит драму. Сталин во многом был вынужден проводить политику репрессий. Достаточно посмотреть, на кого эти репрессии обрушились. Много невиновных были репрессированы. Кто этих невиновных включал в эти списки? Секретари райкомов, обкомов, на самом-то деле бывшие революционеры, большевики, они и были главной силой, которая решила решить свои проблемы с помощью репрессий. Они подняли волну репрессий. Достаточно посмотреть на записи х выступлений на съездах, пленумах, понять, откуда исходила идея поиска врагов народа и уничижения врагов народа…Видимо, это характерно для любой революции

Полный диссонанс. **Чем плоха идея равенства, идея прав человека, идея подчинения всех закону, что закон – выражение общей воли, что источник власти коренится в народе?**

Вот парадокс: эти идеи в условиях Франции сыграли разрушительную роль. Если эти идеи не направлялись разрушение сущ-го гос-ва, гос-во принимало их как инструмент гос-й политики, они играли созидательную роль.

Эта тема – историческая, историко-правовая, она интересует Томсинова только с одной точки зрения. Эти идеи, юр-е идеи, разрушили существующее гос-во. Потом эти же идеи, воспринятые в новом гос-ве, которое возродилось с конца 18 века благодаря приходу к власти Наполеона, были использованы благотворно для создания нового правопорядка. Из этих идей возникла идея верховенства закона и идея кодификации.

Порядок был восстановлен во многом благодаря кодификации. 1804 г. – ФГК, 1806 г. – ГПК, 1807 г. – коммерческий кодекс (действовал до 2002), 1810 г. – УК, 1811 г. – УПК. Кодексы, которые действовали очень долго. ФГК до сих пор.

Видим удивительное. Идеи естественного права послужили созданию нового гос-ва, нового правопорядка взамен того гос-ва и правопорядка, которые были разрушены путем применения идеологии, построенной на основе науки естественного права. Сама метаморфоза очень любопытная, они так и не была осознана по-настоящему. Идеи естественного права, конечно, использовались и раньше.

Мы видим, что с 30х годов начинает преобладать теория, что все законы должны быть записаны. Единственный источник права – закон. Обычаи для того, чтобы быть источником права, должны быть записаны. Издаются многотомные энциклопедии, начинают разрабатываться идеи создания всеобъемлющих сборников законов, издаются консолидированные акты по предмету регулирования (н., акт о завещании). Разрабатываются идеи создания ГК.

Эти идеи уже воплощается в Декларации прав и свобод человека и гражданина: там проводится мысль, что общество не может жить без конституции и без гражданского кодекса. В конституции говорится, должен быть ГК понятный для всего населения.

Посмотрите, Французская революция, потоки крови, война всех против всех, но регулярно создаются проекты ГК с 1793 г., в августе или сентябре, причем трижды:

Жан-Жак Режи де Камбасере́с, возглавляющий законодательную комиссию, предлагает конвенту свой проект ГК. Обсуждается, отклоняется. На базе науки естественного права постепенно вырабатывается идея ГК.

**ГК – политическая конституция гражданского общества. Конституция – конституция гос-ва.**

Очевидно, эта идея назрела не в ходе революции, а еще раньше. Революционеры слишком решительно взялись за ее осуществление и поспешили.

После многочисленных проектов ГК обнаружится, что **кодекс – произведение, основанное на научных принципах**, потому что кодекс – системное изложение правового материала. Для познания системы необходимо изложить сущность правовых институтов, расположить их в порядке, каждому своем место отвести. **Кодекс берется из разума, но не должен представлять собой искусственное создание**. Кодекс должен регулировать частные отношения и учитывать характер общества.

Революционеры получили урок, когда приняли Закон о разводе: брак мог быть расторгнут на основании волеизъявления одного из супругов без объяснения причин. Итого в первый же год 60 000 браков распалось. Быстро спохватились. Потом проект кодекса Камбасереса, который включал в себя текст данного закона о разводе, был раскритикован. Но так и не поняли, что надо делать. Это поймет только Наполеон.

Создаст комиссию из 4 человек в августе 1880 г., туда войдут только практикующие юристы – председатель Кассационного суда, заместители председателя кассационного суда. Знаменитые французские адвокаты бывшие: Троншэ, Биго-де-Преаменэ, Порталис, Маллевиль. 4 месяца на разработку кодекса. Создадут кодекс на основе идеи естественного права и на основе судебной практики. Мы увидим удивительное произведение, напоминающее трактат. Можно представить, какое впечатление оно произвело на правоведов.

**Не принято было в законах определять сущность правовых институтов, это характерно было только для трактатов**. Определение договора ст. 1101 (соглашение между двумя или несколькими лиц, по которому они обязуются передать что-либо, сделать что-либо или воздержаться от чего-либо), условия действительности договора четко перечисляются, дается определение договора продажи ст. 1582 (заключен с момента соглашения о предмете, цене, даже если предмет не был передан, а цена не была уплачена). Тогда никто не задумывался, что перед ними искусственное произведение из работ Потье. Только когда будут писать комментарии и искать истоки поймут, что это все идеи Потье в неизменном виде. Потье смотрел на договор, как на соглашение, порождающее консенсуальное обязательство. Мы это и видим. Поэтому, большое значение имеет мотив, кауза, соответствие добрым нравам, обычаям. Очевидно, жизнь, конечно, приходила в противоречие с такими конструкциями. Но они легко выходили из этих противоречий. Всем было очевидно, что договор продажи чаще всего исполняется при его совершении, определение было введено для искусственного воззрения – продажи вещей, не существующих еще; которые не отмеряны, не отвешены. Они продаются с момента обособления этих вещей от других.

И, конечно, **больше всего искусственности мы видим в трактовке права собственности**: **ПС – право пользоваться и распоряжаться вещами наиболее абсолютным образом**, **если осуществление такого права не запрещено законом, регламентами**.

В чем искусственность? ПС понимается как совокупность правомочий собственника, если не хватает одного полномочия, то не собственник. Но это не так на самом деле, собственник может лишиться владения и остаться собственником, отдать другим правомочия. Это не право пользоваться, распоряжаться, владеть, а **возможность отстранять всех от воздействия на его вещь.**

Почему они утвердили эту мысль? Им важно было показать ограниченность права собственности. В заблуждение мог ввести термин «абсолютный». Это просто верховное вещное право, возможность отстранять всех от воздействия на свою вещь.

Зачем вводить определения? Облегчить использование на практике. Например, положение о действительности договора (ст. 1108).

Кодекс заранее предполагает, что он не охватывает всего ГП. Составители исходили из того, что самое сложное в судебной практике – не применение конкретных норм в спорной ситуации, а разрешение ситуации в отсутствии правовых норм. В этом случае надо ориентироваться на общие принципы права.

Эти идеи вытекают из науки естественного права. Идея науки естественного права – невозможно создать законодательную модель, которая охватывает все жизненные ситуации, все их аспекты и случаи. Всегда может возникнуть ситуация, которая ничем не урегулирована в полной мере. Как он должен решать?

Вывод – надо опираться на некое понимание права, логику правовых отношений, общие принципы. На самом деле судебная деятельность предполагает применение каких-то общеправовых истин в конкретной ситуации. Это сложнейший процесс. Кодекс и выражает общие истины.

Этот кодекс был введен в Бельгии, если мы посмотрим на гражданское право Бельгии даже в конце 19 века и Франции – это совершенно разные правовые системы. Разные правовые системы: их различали разная судебная практика и разные толкования. Во всех комментариях проводилась эта мысль: **кодекс кажется ясным и упрощенным произведением только для ученых правоведов, которые не имеют дело с конкретной жизненной ситуацией**. **А на самом деле все в нем нуждается в толковании, это руководство для разрешения правовых споров**.

**Перед нами – не кодекс правовых норм, а кодекс правового мировоззрения, стиля правового мышления.**

Посмотрите, из науки естественного права применяется идея равенства. Как это применяется к брачно-семейным отношениям? Ж и М неравны, невозможно применить равный масштаб к регулированию брачно-семейных отношений. Признается неравенство М и Ж и оно компенсируется взаимно. В имущественной сфере муж имеет больше прав, чем замужняя женщина. Он заключает сделки. Но именно на нем лежит обязанность содержать супругу.

Потом приняли идею равенства в 20 веке в кодексе и вынуждены были признать, что обязанность такая лежит на всех, на обеих супругах. Простая ситуация. Прелюбодеяние для женщин – вступление в связь с другим мужчиной. Для мужчины прелюбодеяние – связь с женщиной, если он привел ее в дом. Почему? Наполеон на заседание государственного совета объяснил. Ребенок, рожденный в браке, всегда ребенок мужчины. Обратное сложно доказать (2 месяца + сложна процедура + посмешище в глазах общества). Поэтому такое странное регулирование. Раз все дети, рожденные женой – дети мужа, супруг имеет право не пустить жену на какой-нибудь вечер или бал.

**Компенсационный стиль регулирования. Равенство – не грубое применение одинакового масштаба.**

У нас равенство воспринимают как одинаковость. Впервые нашел магазины с унисекс одеждой на Кипре, то есть у нас одинаковая одежда – равенство. Так, конечно, можно понимать идею равенства, заложенную в науке естественного права. Во время революции так идея и была понята. Это особенно видно при обсуждении гильотины. Зачем ее ввели? Потому что иные способы противоречат идее равенства, выраженному в Декларации прав и свобод человека и гражданина (одних – топором, других – мечом). Поэтому доктору Жозе́фу Игн́асу Гильоте́ну поручили этот инструмент создать. Равенство восторжествовало.

Применение равного масштаба к неравным людям – гильотина, идеяально. Очевидно, подлинного равенства невозможно достигнуть применением равного масштаба к разным людям. Это будет **высшая несправедливость.** Равный масштаб к неравным людям – неравенство. ГК исправил эту несуразицу науки естественного права.

Как воплотить идею равенства в обществе, где все люди различны? Или провозгласить равенство всех перед законом? Это воплощение неравенства. Есть больные, здоровые, женщины, дети, властвующие, не властвующие. С этой точки зрения как можно один закон ко всем применять?

Люди, занимающиеся практической деятельностью, которые были ближе к жизни, это понимали. Поэтому идея равенство так была воспринята в ГК. ГК оставил только правовое содержание, освободил от морали, религии, от других форм общественного сознания освободил. Кодекс придал повышенное значение имущественному фактору, праву собственности. Неслучайно ГК называли **Кодексом права собственности**.

Важно: **ГК очертил объем гражданского права, окончательно решил вопрос, что семейное право – часть гражданского права**.

Любопытно, в кодексе видим взгляд на то, что сделки, договоры – способ приобретения ПС и вещных прав; не нечто самостоятельное. Это потом в конце 19 века будет развиваться. Они не составляют нечто самостоятельное. Мы не видим главу об обязательственном праве. Третья книга – способы приобретения ПС, сюда входит и наследование (закон, завещание), и различные договоры, позволяющие приобрести блага.

В**идим моменты в кодексе, определяющие функцию права по-другому**. **До этого право мыслилось как совокупность команд власти; законы мыслились как идея обуздания насилия**. А здесь мы видим другое. **ГК устанавливает правила, способствующие социализации общества; обмену благами** (материальная ценность на действие и наоборот). ГК исходит из того, что люди зависимы от других людей при приобретении материальных благ, в брачных отношениях, при удовлетворении иных потребностей. То есть перед нами модель общества, а не только правопорядка. **Перед нами особая функция гражданского права. То есть гражданское право создает новое гражданское общество.**

ГК был принят в 1804 г. Франция представляла разорванное общество, в котором было опасно передвигаться в одном городе, не говоря уже о передвижениях между городами. Бандитские шайки контролируют всю территорию страны, бандитские шайки контролируют всю страну. Огромное кол-во сделок, которые не исполнялись. Как ни могли работать до 1804 г., законы революционного времени не годились. Не было законов, на которые можно было бы опираться. Законы старые никому в голову не приходило применять. **Именно ГК создал новую Францию**, как ни странно. Именно поэтому он имел такой необычный вид. Кодексы считались новинкой в то время, сейчас мы привыкли к кодексам. **Впервые столкнулись с тем, что кодекс не соединял нормы, а создавал их заново, этих норм не было. Фактически было создано гражданское право.**

35 законов, 36-й закон соединил всех в единый кодекс. На обсуждениях никто не говорил о законах, все говорили о гражданском праве. Законы воспринимались как гражданское право. Почему именно гражданское право, а не закон? Гражданское право – право общества, законы исходя от власти. **ГК создавался как кодекс общества**. Сколько гос-в сменилось во Франции, а кодекс остался одним.

Наполеон говорил, что блеск 60-ти побед потускнеет со временем, а кодекс будет вечно. Он хорошо понимал эту вечность. **На него не влияет смена режима гос-ва, смена власти. Это очень важное обстоятельство.**

**Кодекс не может быть создан законами, кодекс создается юр-й наукой**, юр-я наука приобретает особый характер, проявляется себя как творческая сила, которая создает право и гос-во и право общества. Кодекс воплощает не только дух времени, но и дух юриспруденции естественно того времени, дух юр.науки.

Комментаторы кодекса заметят эти обстоятельства: **кодекс вобрал в себя достижения юр. науки, не только узкие интересы гос. власти** **выражал**. Наполеон не скрывал, что в его интересах наделить гос-во максимальными правами, например, правом конфискации любого имущества в интересах войны. Кодекс гарантировал право собственности за индивидами, сужал эту возможность.

Когда интересы ведения войны этого потребуют, надо принимать отдельные законы в обход кодекса. **Кодекс создал для общества тот правопорядок, который и гос-во не могло нарушить**. Очевидно, Наполеон в полной мере осознавал это обстоятельство, кодекс выразил его мудрость и как законодателя, и как гос-го деятелья.

Он создал кодекс, выражающий не узкий интерес власти, а интерес общества, поэтому он и существует долго так.

Лекция 11. 14.11

**Тема 9. Развитие юридической науки в Германии в 19 - нач. 20 века**

Вопросы:

1. Основные тенденции в развитии юр образования и научной юриспруденции в Германии в 19 веке. Упадок науки естественного права. Идеи кодификации гражданского права;
2. Методология немецкой «исторической школы права». Антон Фридрих Юстус Тибо (1772-1840), Фридрих Карл фон САвиньи (1779-1861), Георг Фридрих ПУхта (1798-1846);
3. «Юриспруденция понятий» (Begriffsjurisprudenz) и «юриспруденция интересов» в немецкой юридической науке 19 - нач. 20 в. Методология социологического позитивизма Рудольфа Иеринга (1818-1892);
4. Наука пандектного права в Германии в 19-нач. 20 в. Ее состав, система, основные методы. Гражданский Кодекс Германии как произведение пандектистики. Бернхард Виндшейд (Bernhard Windscheid) (1817-1892).

Мы, по сути, начинаем говорить о современной юр. науке. Потому что «юриспруденция понятий» возродится позднее в начале 20 в. в американской юриспруденции. «Юриспруденция интересов» возродится в «реалистической школе права» уже американской.

Как я уже говорил, 18 - век французской юриспруденции, а 19 - век германской юриспруденции. В этом легко убедиться.

Есть очень интересный сайт - «Институты истории права Макса Планка». ‘Max Planck Rechtsgeschichte’ набрать, и Вы увидите там несколько библиотек. Среди которых Вы увидите, журналы выложены, сотни журналов выложены юридических… Уникальный случай, чтобы в одной стране столько юр. журналов издавалось. И огромное количество книг, брошюр.

Есть еще сайт, посвященный Фридриху Карлу фон Савиньи. Выложены даже его рукописи. Лет 10 назад я получил доступ ко всем его произведениям и понял, что это был не историк права. Есть раздел его трудов - Kleine Schriften - тома его небольших эссе. В них ученый рассуждает о юр. науке, о ее методологии…

Из этих рассуждений я понял, что на самом деле он пытался сделать с помощью истории. История - инструмент, а не объект исследования права.

Очень сильное впечатление на меня произвел его 6-томный труд «История римского права в средние века». Интересен он тем, что к каждому труду он прикреплял документы, на латыни. Это уникальная энциклопедия по римскому праву в средние века.

Примечательно, что ученый вообще не использовал слова «рецепция». А у нас, сколько ни доказывай, что Европа входила в состав Римской империи, а потому воспринимала римское право как свое, и страны Европы лишь перерабатывали римские тексты в угоду собственным интересам. Это вся суть «рецепции» и всего того, что ложно понимают у нас.

Материал Савиньи это доказывает. К сожалению, его труды до сих пор не переведены на русский язык. К тому же, они написаны готическим шрифтом, что делает сложным их изучение.

В целом, если говорить о немецкой юридической науке, то начать нужно с темы - Rechtswissenschaft (рехтвисеншафт). Это термин, который дословно переводится как правовая наука.

Я говорил ранее, что юр. терминология неустойчива, она постоянно меняет свои значения. То же применимо к термину Rechtswissenschaft.

Если смотреть трактаты по юриспруденции, которые выходили во 2-й половине 17 в., даже и в 18 веке, мы увидим, что этот термин часто употребляется, но для обозначения «способности к познанию правовых явлений». То есть употребляется для обозначения некой субъективной реальности, именно способности правоведа к познанию явлений. Фактически этот термин обозначает метод познания прав. явлений, но не саму по себе науку. Наука сводилась просто к методу.

В начале 19 в. мы видим, как кардинально меняется значение этого термина. Уже Савиньи, и Пухта потом, особенно Иеринг, употребляют этот термин для обозначения некоего набора правовых истин, принципов, идей. Особенно это характерно для Савиньи. Он понимал даже римское право в качестве совокупности идей, а не прав. норм. Поэтому для него термин «римское право» фактически равнозначен термину «правовая наука». Поэтому он часто называет римское право наукой.

Таким образом, Rechtswissenschaft стало обозначать не субъективную способность, не метод познания, а некую объективную реальность, объективно существующую независимо от исследователя систему прав. идей, принципов. Естественно, методология входит в это понятие, но она выражается в объективно существующих идеях.

Эта перемена в значении Rechtswissenschaft отражает ту революцию, которая произошла в немецкой юр. науке на рубеже 18-19 веков.

Эту революцию ознаменовало самое раннее произведение Ф.К. фон Савиньи (ему было тогда 24 года) - «Трактат о владении». В этом произведении он употребляет термин «учение о владении», т.е. уже Rechtswissenschaft приобретает характер некоего учения, которое существует независимо от исследователя. И он пытается обнаружить элементы этого учения в римских правовых текстах и систематизировать их. Его работа о владении - попытка по-новому взглянуть на правовой материал. А в то время единственной наукой считалась наука естественного права, поэтому здесь Савиньи отходит от этой науки. И вот то, что называют «исторической школой права», фактически представляло собой новую методологию в изучении правовых явлений, которая противопоставлялась методологии науки естественного права.

Если в целом посмотреть на развитие юр. образования в юриспруденции в 19 в. в германских университетах, мы увидим несколько отличий.

Здесь доминирует в 18 в. наука естественного права, в начале 19 в. она теряет свое значение, а центральное место в системе преподавания занимает изучение пандектного права.

Пандектистика или пандектное право - это университетская дисциплина, которая сформировалась еще в 17 веке из элементов римского права, канонического права и германского феодального права.

Но в начале 19 века мы видим новый этап в развитии этой пандектистики. Поскольку ее стремятся приспособить для университетского преподавания и ею заменить науку естественного права, то пандектистике придают систематизированный характер.

В рамках пандектистики начинается разработка системы правовых институтов. Надо иметь в виду, что пандектистика в сущности сводилась к гражданскому праву - «королеве наук». Часто термин Rechtswissenschaft сводился к пониманию цивилистики. А наука уголовного права - скорее идеология, или наука гос. права - тем более. Это сфера публичной власти. Поэтому существовало мнение, что юристы, правоведы настоящие, должны изучать сферу частноправовых отношений.

Право - это не инструмент гос. власти, не орудие управления, а то, что составляет основу частной жизни. Право - это вообще не инструмент, это сама жизнь.

Это представление стало преобладать во 2-й половине 18 века, но утверждению его мешало господство науки естественного права. Потому что наука естественного права по своему характеру вообще очень легко идеологизировалась. Яркий пример - Франция, где она превратилась в настоящую политическую идеологию разрушительного характера.

С позиции естественно-правовой методологии очень трудно было трактовать право как некую ткань частно-правовой жизни, ткань, наполняющую эту частно-правовую жизнь, связывающую индивидов между собой.

Сначала нужно было избавиться от такого понимания права, чтобы понять, что право связано с человеческой жизнью, причем с конкретной, и что право представляет собой национальное явление. Можно говорить о французском праве, немецком, английском. Никто ведь никогда не называл естественное право французским или немецким, оно мыслилось как совокупность неких общих для всех ценностей. Другое дело, что в каждой стране естественному праву придавалось некое свое значение. Оно приобретало свое действие, или разрушительное, или созидательное. Естественно, право использовалось больше в качестве инструмента.

Этот переход от науки естественного права к доминированию пандектного права и был своего рода революцией университетского образования и германской юридической науки в целом.

Любопытно, что именно в рамках пандектистики уже в нач. 19 века заговорили о некоем едином кодексе для всей Германии.

Если мы посмотрим на Брошюру Тибо (выпустил ее в июне 1814 г., когда Германия освободилась от наполеоновских войск благодаря России и должна была решить вопрос, как развиваться дальше), то узнаем, что ученый выдвигает лозунг о создании некоего всеобщего гражданского права для Германии. Любопытно то, что высказанная им идея не вызвала всеобщего удивления: критиковавшие Тибо ученые не сказали ни слова о том, что создание такого права невозможно по причине раздробленности Германии. Казалось бы, очевидный контраргумент, но его нет. Что же ему противопоставляли?

Оппоненты, в особенности Савиньи, обосновывали критику его идей следующим: разумеется, гражданское право должно быть единым для страны. Необходимость его создания, безусловно, есть. Как и создания единого экономического пространства, обусловленного растущими масштабами производства. Но «пока преждевременно его создавать, поскольку в Германии еще не сложилось единой юр. науки, единой системы юр. понятий». Пока что это хаос, в котором не чувствуется взаимосвязи существующих терминов. Необходимо сначала создать некий системный понятийный аппарат, необходимо правовой материал упорядочить.

В октябре Савиньи выпустил работу, как бы отголосок того, что пишет Тибо, и так и назвал свою брошюру - «О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции».

Тибо писал о том, что настало время юриспруденции, что юристы должны взять на себя труд объединения Германии, создания единого гражданского права.

Савиньи соглашается, но утверждает, что пока это преждевременно, а юристы должны заняться своей наукой. Они должны в этом хаотичном правовом материале найти некие устойчивые элементы и их упорядочить, создать некую правовую систему. Каким образом? Сначала обнаружить истоки правового материала, которое берется не из разума, вопреки науке естественного права.

Савиньи прямо дает ответ: право берется из народного духа. В основе всех правовых ценностей лежит обычное право, что законодательство - отражение этого духа, который лучше всего выражает обычное право. А юр. наука - это отражение и обычая, и законодательства. Не самостоятельное явление. А раз юридическая наука - не самостоятельное явление, значит, развитие юр. науки необходимо увязать с познанием этого народного духа.

Как же познать сам народный дух? Савиньи пока этого вопроса не ставит. Он фактически выступил против науки естественного права, которое выводило правовые ценности из разума. Он стал первым, по сути, немецким правоведом. Поскольку он стал выводить правовые ценности из немецкой жизни.

Он не задается пока вопросом, как формируется этот народный дух, как формируется обычай. Видно, что в этой брошюре он не ставит своей целью изучение истории с целью реконструкции прошлого правовой жизни Германии. Он знает правовую историю Германии, но не так глубоко. Больше его знания сводятся к знаниям о том, как изучалось и использовалось римское право на территории Германии.

Он считает, что римское право стало частью немецкого духа в средние века. Поэтому Савиньи выступает в качестве романиста.

Георг Пухта впоследствии также не выступил против идеи создания единого гражданского кодекса.

Но почему эта идея не вызвала отторжения в раздробленной Германии? Почему правоведы, жившие в разных землях и преподававшие в разных университетах, не считали, что невозможно в таких условиях создать единый кодекс?

Дело в том, что в течение 17-18 вв. в германских университетах, расположенных в разных землях, сложилась единая система преподавания юридических наук, единый язык - сначала латынь, потом немецкий, несмотря на различие в диалектах. Вторая половина 17-го - 18 век - это период доминирования науки естественного права, во всех университетах обучались по одним и тем же учебникам. Это формирование единой науки пандектного права. Она сформируется в начале 19 в. Можно даже назвать примерно год и конкретное произведение, которое показывает, что наука пандектного права сложилась.

Это произведение Адольфа Хассе (Johann Adolph Hasse) «План всеобщего гражданского права для Германии» 1907 г. Это произведение состоит целиком из названий книг, глав и параграфов будущего гражданского кодекса. Здесь мы уже видим систему деления на общую и особенную часть. Особенная часть делится на книги, причем на первое место пока ставится книга вещного права. Потом обязательственное право. Потом наследственное право, потом семейное.

В Гражданском кодексе эта система будет воспроизведена, только на первое место поставят обязательственное. Но Хассе фактически дал систему основных юридических категорий. И эта система целиком была извлечена из пандектистики. Именно поэтому система германского гражданского права получила название «пандектная». Не потому что она воспроизводила систему дигест - у дигест нет своей системы, там система постоянного эдикта. А потому что эта система сформировалась в пандектистике.

Но Хассе одновременно дал систему и для преподавания. Если мы заглянем в учебники пандектного права, мы увидим эту же систему. Обычно трехтомное издание учебников: 1 - общая часть, 2 - вещное право, 3 - обязательственное и все остальные.

В этих условиях, когда в университетах преподаются одни и те же науки по одним и тем же учебникам, идея создания единого гражданского кодекса для всей страны, раздробленной на отдельные государства, не казалась безумной.

Была еще одна причина, почему идея казалась возможной. В отличие от конституции, гражданский кодекс рассматривался в качестве права не государства, а общества. Правоведы понимали прекрасно, что государства в Германии различны по политическому режиму, по организации верховной власти, но общество единое. Нет больших различий между дворянством в Баварии и таковым в Саксонии. Это общество разделяет единые правовые ценности.

Поэтому в этих условиях гражданский кодекс считался одним из способов политического объединения Германии. Правоведы пришли к выводу, что единое общество может создаться мирным путем, для которого надо лишь создать предпосылки. Единое правовое пространство, прежде всего. Создать единое экономическое пространство. Тогда отдельные государства как бы сами собой и соединятся в новую империю.

В том, что это будет именно империя, ученые не сомневались. Савиньи предсказывал объединение Германии и возникновение нового государства единого в форме империи.

Так и произошло. Он не дожил до этого момента, умерев в 1861 году. Идея создания империи в Германии была провозглашена впервые на заседании Прусского …(чиво??) Рейхстага Бисмарком в 1862 г. У нас обычно говорят, что в этой речи Бисмарк сказал, что объединил Германию железом и кровью, на самом деле достаточно ознакомиться с текстом речи, чтобы понять: Бисмарк говорил о добровольном объединении Германии.

А образ «железом и кровью» ему понадобился для того чтобы заявить о том, что это объединение диктуется самим ходом вещей. Поэтому, если кто-то будет противиться ему, объединение свершится именно железом и кровью. Так и произошло.

Никто из историков почему-то не обращает внимание на то, что, когда Пруссия разгромила Францию и взяла в плен императора Наполеона III, а прусский ген. штаб занял Версаль, все «мелкие» государи - властители разрозненных германских государств - сами прибыли в Версаль и изъявили согласие объединиться в единое государство.

Единственная проблема, которую пришлось решать войной - это проблема с Австрией. Но там понятно: два крупных государства - Австрия и Пруссия, каждое из этих государств хотело стать центром новой империи. Поэтому это больше поединок претендентов, победу в котором одержала Пруссия. Благодаря своей экономической мощи, благодаря превосходству в системе гос. управления, благодаря более совершенной армии.

Объединение Германии в начале 19 века уже предугадывалось. Это удивительный феномен, потому что, если возьмем Российскую империю, то у нас почему-то в маленьких государствах, если и формировалась какая-то культурная элита благодаря университетам, то она почему-то проникалась сепаратистскими настроениями. Начинала думать, что теперь это небольшое государство, входившее и даже созданное в Рос. империи (как, например, Великое княжество Финляндское), теперь может существовать самостоятельно, и стремились отделиться.

На территории Германии мы совершенно другой процесс наблюдаем. В нач. 19 века слой германских интеллектуалов, достаточно влиятельных, был проникнут идеей политического объединения Германии. И наиболее жаждали такого объединения немецкие правоведы, которые разрабатывали единую науку.

Это хорошо видно уже в произведениях Фридриха Карла фон Савиньи. Он преподавал в Берлинском университете, но изначально выступал в качестве общегерманского правоведа, чьи произведения были широко известны. Он очень быстро стал идеологом нового движения в праве, которое и было воспринято в качестве исконно немецкой правовой науки.

Его выступление о том, что создание гражданского кодекса для Германии еще не стоит в повестке дня, еще необходимо развивать немецкую науку, сделало его знаменем немецких правоведов. Любопытно, что через 2 года после его выступления он выпускает труд «Римское право в средние века», он как бы заявляет, что его призыв искать истоки правовых ценностей в истории не является просто призывом, он сам занимается этим поиском.

В течение 14 лет он выпускает 6 томов истории римского права, он пишет целый ряд небольших произведений, посвященных методологии юр. науки. А в 1840 он выпускает 1-й том еще одного своего знаменитого труда «Система современного римского права» («по-моему, три тома изданы на русском языке в издательстве Статут, посмотрите» © ВАТ). Этот труд выпускался с 1840 по 1849 год, вышло 8 томов. Савиньи его почему-то не завершил, бросил. Стал заниматься юр. методологией.

Но этот труд во многом раскрывает замысел Савиньи, особенно начало 1-го тома. Он называется уже не «история римского права», хотя название напрашивается. Труд называется «Система…», причем именно «современного римского права»… Все это странно. Как будто римское право может быть современным. Как будто оно не осталось навсегда древним.

Слово «современное» нам и показывает, что труд не о римском праве. А о науке римского права. В самом названии видно отражение его метода. Савиньи подходит к истории римского права не как историк, а как систематик. Он не был историком права, он не пытался конструировать правовую историю, не пытался показать, как формировались те или иные правовые ценности, какой характер они имели в прошлом.

Он относился к истории не как к объекту исследования, а как к резервуару идей. Он искал в истории римского права правовые идеи. Почему «современного римского права»? Потому что он ищет в правовых текстах Древнего Рима идеи, ценные для современности. С какой целью? Не для того чтобы познать прошлое. А для того, чтобы познать настоящее. Он стремится выполнить свой призыв, с которым выступил в октябре 1814 года. «…Понятий юридический аппарат представляет собой хаос, и нам надо найти вот те первоначальные элементы правовой материи, упорядочить их и выстроить на их основе правовую систему. Только после этого можно будет говорить о каком-то едином гражданском кодексе».

Савиньи совершенно верно понял: гражданский кодекс предполагает определенную систему правового материала. Но она должна быть создана не из разума, не из доктрины естественного права. Гражданский кодекс мыслится ведь в качестве кодекса для Германии только, а не для всей Европы. Значит, он должен быть построен на основе материала германского права.

Но что такое германское право? Это нагромождение хаотичное разных норм и идей, разных форм иска. В нем трудно отделить процессуальные нормы от норм материального.

Очевидно, Савиньи не ставит целью изучить историю германского права. Он берет лишь материал, который достался от прошлого, хорошо известный, поскольку много было опубликовано. И он фактически заявляет: чтобы из этого материала извлечь какие-то устойчивые элементы, которые могут стать основой для гражданского кодекса, необходимо применить особую методологию изучения этого материала.

Но эту методологию мы не выработаем на основе немецкого материала - немецкий материал - хаотичный набор правовых ценностей… Нам необходимо отобрать из этого хаоса те нормы, принципы, идеи, которые составляют устойчивые свойства гражданского права, устойчивый материал гражданского права. Но как его выявить?

Савиньи отвечает: для этого надо применить историческую методологию, надо посмотреть, как развивалось это право, какие свойства переживали века, какие нормы сохранялись, а какие исчезали. Исторический взгляд на развитие вот этих германских ценностей позволит выявить среди них те, которые составляют основу гражданского права, и выявить те, которые имеют случайный характер, существуют в рамках конкретной эпохи, не переходя в следующие.

Его цель - выработка методологии изучения правовой материи германского права с тем, чтобы выявить некие устойчивые элементы, которые смогут составить узлы системы германского гражданского права. Но методологию он вырабатывает не на основе германского права, а на основе римского. Почему?

Как ни странно, потому что история римского права известна лучше. Лучше германского права. И он старается обнаружить закономерности в развитии правовых ценностей на примере истории римского права, которые характерны и для истории германского права. Поэтому он ищет в прошлом именно правовые идеи. Он считает, что эти идеи характерны и для прошлого Германии, потом легко их можно обнаружить в германском материале.

Савиньи свою работу не завершил. Может, поэтому он и бросил свой труд «Система современного римского права», потому что понял, что взялся за непосильный труд. Если мы посмотрим на оглавление томов «Системы…», то мы увидим, что он действительно искал идеи.

Первый том. Основным предметом его изучения… он стремится понять смысл римских правовых ценностей, поэтому пишет больше о толковании римских правовых норм, идей. Он не описывает материал древнего римского права, вообще не выделяет периоды, этапы. Он опирается на римские правовые тексты. Пытается извлечь те идеи, которые считает ценными.

Савиньи применил два метода к изучению правовой материи: метод исторический и метод систематический. Поэтому если говорить о той школе германской юриспруденции, которую он основал, то ее правильно называть школой «исторической систематики», а не просто «историческая школа права», которое лишь вводит в заблуждение, заставляя думать, что Савиньи был историком права. Он был цивилистом, прежде всего. Изучал современное гражданское право. Но изучал для того, чтобы обнаружить элементы, на основе которых можно составить систему. Эти элементы он пытался обнаружить с помощью исторического взгляда. Посмотреть на элементы в развивающемся состоянии. Какие ценности переходят из эпохи в следующую - именно это, в первую очередь, он и пытался сделать.

У Савиньи были продолжатели. Прежде всего, Георг Фридрих Пухта. Молодой правовед, который воспринял его идеи. Но Пухта пошел дальше. Он фактически отделил его систематический метод от метода исторического. Пухта обратил внимание прежде всего на понятийный аппарат и работал с понятиями. Он не обращался к истории, стремился придать понятийному аппарату системный вид.

Пухта - переходная фигура в немецкой юриспруденции. Его творчество знаменует переход от школы исторической систематики к юриспруденции понятий.

Пухта хорошо понял намерение Савиньи выделить некий устойчивый понятийный аппарат в гражданском праве. И он этим занялся. Савиньи создал предпосылки для этой работы. Он изучил огромный материал римских правовых текстов. Доподлинно установил, что средневековое римское право не было правом Древнего Рима, что это самостоятельное произведение средневековых европейских юристов. Поэтому ему и понадобился этот труд - «Система современного римского права» - Савиньи после этого хорошо понимал отличия средневекового римского права от права древнего.

В своей «Системе…» он обратился как раз к праву Древнего Рима, игнорируя доктрины средневековых правоведов, которые те создали на основе своих толкований римских правовых текстов. Мы видим в первой же его работе, посвященной институту владения: он старается, абстрагируясь от работ средневековых правоведов, старается выделить те черты владения, которые выделяли правоведы Древнего Рима. Он работает именно с тем учением владения, которое на самом деле создали правоведы Древнего Рима.

Пухта использовал работы Савиньи только для того, чтобы попытаться продолжить его труд и создать систему правовых понятий.

Любопытно, что у него нашелся последователь, более успешный и известный - Рудольф Иеринг. В 1852 г. он выпускает свой знаменитый труд - «Дух римского права на различных этапах его истории».

1-й том был переведен на русский язык и до сих пор воспринимается как труд, посвященный истории римского права. Не обращается внимание на название. Он пишет не об истории римского права - смотрите название - «Дух»! Достаточно открыть введение к этой книге Иеринга, чтобы понять, что он совсем не стремился изложить историю римского права.

Рудольф Иеринг уже в этом труде отходит от исторического подхода к праву по одной причине - он смотри на римское право не как на право Древнего Рима, а как на совокупность универсальных правовых ценностей. Главное значение юр. деятельности в Древнем Риме он видит в том, что правоведы Др. Рима выработали такие идеи, которые обязательно должно выработать любое развитое общество. Но такое общество приходит к таким ценностям в результате своего экономического развития.

Он прямо пишет, что все понятия обязательственного, вещного права, которые выработали правоведы Др. Рима, стихийно возникают и развиваются в любом обществе, где развивается институт частной собственности и товарно-денежное хозяйство. Потому что капиталистическое общество - это общество договорное. Здесь стихийно развивается та система договоров, которую когда-то отлили в некие четкие юр. формулы правоведы Др. Рима.

То есть Иеринг подчеркивает универсализм римского права, оправдывает то отношение к римскому праву, которое наблюдалось в средние века, когда на основе римского права создавалась некая совокупность общеевропейских правовых ценностей - jus commune.

Во введении к своему труду Иеринг патетически восклицает, что Рим трижды завоевывал мир и создавал единство: сначала единство империи для всей Европы, потом единство Церкви, а потом единство права.

Вот этот универсализм римской юриспруденции - разумеется, миф. Но он понадобился Иерингу для обоснования необходимости разработки некой универсальной системы юр. понятий.

Рудольф Иеринг предпринял в 50-е годы попытку создать то, что он сам назвал юриспруденцией понятий. Он решил, что существует некий общий для всех юр. аппарат, который выводится не из разума, а из прошлого, но этот универсальный юр. аппарат и составляет главный объект изучения правоведов.

Ему не удалось создать эту систему понятий. И не случайно свой труд «Дух римского права…» Иеринг так и не закончил. Вышла первая часть 2-го тома, и все (не переведена на русский язык). Иеринг пришел к тупику: он понял, что если ограничиться изучением только юр. понятий, неясным становится самый главный вопрос - «Эти понятия каким образом могут стать универсальными?» Они же должны будут быть восприняты разными государствами. А что заставит их это сделать? Что вообще обеспечивает соблюдение тех или иных прав. норм? Если понятия универсальные, общие, они оторваны от реальной жизни. Почему им должны следовать?

Иеринг начинает искать то основание для понятийного аппарата, которое придает реальный характер этим понятиям, то основание, которое заставляет законодателей воспринимать эти понятия.

Он находит это основание. Это видно по его труду «Цель в праве», которая вышла первым изданием в 1873 г. Он впервые заявляет о том, что право не имеет никакого смысла, юр. понятия не имеют никакого смысла, если они не выражают какие-то конкретные социальные интересы.

Категория интереса становится самым главным объектом изучения Р. Иеринга. Он меняет целиком свой подход. Начинает изучать не саму систему юр. понятий, а то основание, которое эти понятия создает.

Это основание - социальная жизнь. Он изучает законодательный процесс в развитых странах. Приходит к выводу, что в основе законотворческой деятельности лежит стремление тех или иных социальных групп придать своим узким групповым интересам общегосударственный характер, навязать их всем другим. Это возможно лишь путем выражения этих в законодательстве.

Иеринг делает правильный вывод. Этот процесс, который выражает стремление соц. группы или класса придать своим соц. интересам законодательную, а значит, всеобщую форму, это что за процесс?

Иеринг коротко называет его - это борьба за право. Так называется его главная работа ("Der Kampf um's Recht", 1872) во всем его творчестве.

Вообще, его книги «Цель в праве» и «Борьба за право» претерпели десятки изданий еще при его жизни, многократно переводились на русский язык, господствовали в русской юриспруденции в 70-е годы 19 в. и по первые годы 20-го в.

Очевидно, что Иеринг очень близко подошел к разгадке тайны законотворческого процесса. Последний представляет собой столкновение интересов. И законы выводятся не из разума, а отражают чьи-то интересы.

В каждом обществе действует множество социальных групп, и поэтому Иеринг был не так уж и не прав, когда представлял законотворческий процесс в качестве борьбы за право, вообще политическую борьбу в качестве борьбы за право.

Если мы обратимся к тому, как создаются конституции, мы обязательно увидим эту борьбы за интересы, за то, чтобы выразить их во всеобщей форме.

Иеринг в своем творчестве совершил поворот от юриспруденции понятий к юриспруденции интересов, и в этом заключается главное значение его творчества.

Но нужно понимать, что в Германии в то время развивалась наука пандектного права, и шел постепенно процесс разработки идеи кодификации гражданского права. Этот процесс был стимулирован объединением Германии в 1871 года и особенно поправкой в п. 4 ст. 13 Конституции, который наделил центральную власть правомочием издавать не только законы, касающиеся обязательственного права, но и законы, касающиеся гражданского права в целом.

В следующем году создается редакционная комиссия по разработке гражданского кодекса. Это пока предварительная комиссия, проработала год. Но она создала окончательную систему гражданского кодекса.

Через год была создана основная комиссия, разбитая на пять групп - по количеству книг кодекса, и началась работа над гражданским кодексом. Эта работа представляла собой огромный научно-исследовательский труд.

Из 11 членов комиссии 9 были правоведами-профессорами. Возглавлял комиссию Бернхард Виндшейд, знаменитый немецкий пандектист. В 1861-1869 гг. вышел его огромный 3-томный труд - учебник пандектного права. Система учебника будет воспроизведена в системе первого варианта Гражданского кодекса Германской империи.

Этот проект будет напечатан в 1887 г., начнется его обсуждение среди правоведов, которое стимулирует дальнейшее развитие немецкой юридической науки. Мы увидим, как в ней выделятся два основных направления. Правоведы как бы забудут об исторической школе права, о юриспруденции понятий, о социологическом позитивизме, они четко разделятся на два лагеря: романисты и германисты.

Романисты выступали в защиту первого проекта, этот первый проект покоился на пандектистике, был выражением науки пандектного права.

Германисты выступили против на том основании, что в нем было заимствовано слишком много терминов из римских правовых текстов. Выступят за то, чтобы эти термины были заменены на исконно немецкие термины, которые сформировались еще в средневековье, чтобы гражданский кодекс Германии был составлен на материале немецкого права.

Эта дискуссия будет продолжаться до 1892 года, когда будет создана новая комиссия, уже чисто из юристов, занимающихся практической деятельности. И они разработают новый проект гражданского кодекса Германии, который будет знаменовать победу германистов над романистами.

В 1896 году этот проект будет принят на заседании Рейхстага и Бундестага, и 18 августа он будет утвержден кайзером Вильгельмом II, и с 1 января 1900 г. будет введен в действие.

Если мы посмотрим на этот проект, то увидим, что перед нами в значительной степени произведение юридической науки, увидим новый поворот в развитии германской юридической науки.

Немецкая пандектистика покоилась во многом на материале римских правовых текстов, содержала много определений различных правовых институтов, причем давались различные формулировки, тем не менее, в итоговом Гражданском кодексе мы этих определений не увидим.

В дискуссиях, которые проходили по поводу первого проекта и были отражены в протоколах и германского Рейхстага, и в брошюрах правоведов («рекомендую книгу Отто фон Гирке “Проект германского гражданского кодекса” 1889 г. Она есть на сайте института правовой истории Макса Планка. Книга около 600 страниц, подробно разбирает первый проект, и что любопытно, впервые выражает серьезные сомнения в необходимости в кодексе давать определения тем или иным правовым институтам» © ВАТ).

Может, самый главный поворот в рамках немецкой юридической науки произошел именно в связи с обсуждением первого проекта гражданского кодекса Германии. Этот поворот очень интересен. Мы видим, что германские правоведы пришли к выводу, что в гражданском кодексе вообще не должно быть определений правовых институтов по одной простой причине - ни одно определение не может в достаточной степени выразить сущность этого института.

Но, если то или иное определение чисто научное, которое раньше присутствовало только в учебниках пандектного права, попадет в гражданский кодекс, ему будет придан законодательный характер - обязательный характер. Это обстоятельство станет тормозом на пути развития юр. науки. С другой стороны, поскольку невозможно дать надлежащее определение сущности юридического института, такое определение может мешать рассмотрению юридического спора.

И было признано необходимым указать в кодексе только те признаки, свойства правовых институтов, которые необходимы для рассмотрения гражданских споров в судах.

И мы это видим, к примеру, нет определения владения в ст. 854. Мы видим лишь указание на тот момент, когда тот или иной индивид становится владельцем («Владение приобретается достижением фактической власти над вещью.»). Мы видим здесь полный отход вообще от понимания владения в римских правовых текстах, потому что в последних владение понималось не только в качестве физического обладания, но и в качестве отношения к вещи как к своей, во владении выделяли еще намерение обладать вещью как своей. Далее, обращаемся к праву собственности и тоже не видим определения в ст. 903. Здесь вообще говорится только о том, кто является собственником. «Собственник может, если тому не препятствует закон или права третьих лиц, распоряжаться вещью по своему усмотрению и отстранять всех других от какого-либо воздействия на свою вещь». Больше ничего не говорится о праве собственности.

Еще одно достижение немецкой цивилистики, которое выражено в Германском гражданском кодексе, мы видим, что немецкие правоведы перестали проводить резкую грань между вещным и обязательственным правом.

Допустим, договор купли в Гражданском кодексе Германии трактуется и в качестве обязательственного, и в качестве вещно-правового договора. Звучит довольно странно - «вещно-правовой договор» - но мы вынуждены признать, что в Гражданском кодексе Германии договор купли является именно вещно-правовым договором. Достаточно посмотреть на статьи, которые зафиксировали признаки этого договора - ст. 433, которая говорит о том, что договор купли - это соглашение, на основании которого продавец должен передать вещь и право собственности на нее, а покупатель уплатить стоимость вещи. Но вместе с тем мы видим ст. 925 и 929, которые расположены в книге «Вещное право», и в этих статьях говорится, каким образом должна быть оформлена передача вещи от продавца к покупателю. То есть перед нами договор, который состоит из множества элементов, часть которых выражена в книге, посвященной обязательственному праву, часть - в книге, посвященной вещному.

Такой подход в большей мере отвечает потребностям именно практики. Любопытно, что когда Гражданский кодекс Германии вступит в силу, появится множество комментариев к нему.

Самый интересный - комментарий Отто ф. Гирке в 3-х томах 1905-1910 гг. (тоже есть на сайте института Макса Планка). Напечатан нормальным шрифтом, три толстых тома. По нему можно понять, какое значение имело издание Кодекса для немецкой юридической науки.

Немецкая юридическая наука, по сути, прекратила свое развитие после этого кодекса, свелась к комментированию его положений, обсуждению его идей.

Поэтому кодификация гражданского права в Германии имела, как ни странно, отрицательное влияние на развитие немецкой юр. науки. В течение первых десятилетий 20 в. происходит стремительная догматизация юр. науки. В ней начинает всецело преобладать именно догматическое направление в цивилистике. И это было последствием кодификации. Это догматическое направление загнало юр. науку в узкие рамки.

Оказало и свое катастрофическое влияние участие Германии в двух мировых войнах, ее разгром в обеих.

Гражданский кодекс сохранил свое действие, но в нач. 21 в. подвергнется серьезной реформе, 21 ноября 2001 года принят Закон о модернизации обязательственного права, он вступит в силу 1 января 2002 года. Но мы в течение 20 века будем наблюдать едва живую германскую юридическую науку. Это состояние будет разительно отличаться от состояния юр. науки в 19 веке, когда эта наука была самой живой из наук в развитых европейских государствах.

Лекция 12. 21.11

**Тема 10. Развитие юридической науки в Великобритании в XIX – XX веках**

1. Основные тенденции в развитие юридического образования и научной юриспруденции в Великобритании в 19 – 20 веках.
2. Творчество Иеремия Бентама (1748 - 1832), его вклад в развитие юридической науки.
3. Становление школы юридического позитивизма в английской юриспруденции.
4. Творчество Джона Остина (1790 – 1859), его произведение «Определение сферы юриспруденции».
5. Наука государственного права Великобритании 19 – 20 веках.
6. Критический позитивизм Герберта Харта (1907 - 1992). Основные идеи книги Герберта Харта «Понятие права».

Томсинов бы не переводил название книги Гербера Харта и оставил бы название «Концепция права», а не «Понятие права».

Герберт Харт сейчас считается крупнейшим правоведом 20 века.

«Мысль изречённая – есть ложь» - Тютчев.

Говоря о юридической науке Великобритании 19 века нужно сначала отметить, что она ещё находилась в стадии формирования, потому Уильям Блэкстон в своём произведении «Комментарии к законам Англии» предложил определённый теоретический подход к common law, причём предложил в системном виде, который он одновременно преподавал в Оксфордском Университете. Можно сказать, что именно с Уильяма Блэкстона началась эпоха научных доктрин в английской юриспруденции, потому что до этого с доктринами мы сталкивались только в судебной практике.

Например, доктрина «Двух тел короля», это доктрина именно судебной практики; доктрина «Господства права» также; «Смешанного правления»; «Фундаментальных законов» - это всё доктрины судебной практики. Они выражались в судебных решениях, или в каких-нибудь документах – в ответах Короля, декларациях Парламента.

Мы сталкиваемся с чисто научными доктринами английского происхождения только с конца 18 века. Одну из первых этих доктрин создаёт Иеремия Бентам, затем Джон Остин.

У Джона Остина удивительная доктрина, вообще юридический позитивизм применительно к английской юриспруденции звучит очень странно, потому что она настолько не позитивистская, казалось там вообще не могло закрепиться представление о том, что право представляет собой совокупность команд, издаваемых верховной государственной властью, совершенно примитивный взгляд на английское право. Но тем не менее, Джон Остин выдвинул целую доктрину, которая демонстрировала позитивистский подход к английскому праву. У Бентама есть уже зачатки этого подхода.

При этом надо понимать, что это формирование юридической науки в Англии и развитие её в 19 веке, оно совершалось на основе не сформировавшегося ещё юридического образования. Потому что произошло в Англии в течение 15 – 16 веков достигли своего расцвета судейские общины, они стали ведущими учебными заведениями в подготовки профессиональных юристов. Но в 17 веке, особенно в эпоху гражданских войн, в эпоху не стабильности, они пришли в упадок, тем более что во времена Кромвеля *(скорее всего Оливер Комвель)*, земельные угодья были конфискованы, потом правда эти земли были возвращены, но судейские общины никогда после этого разгрома, который устроили им во время революций не восстановились. Всё-таки судейские общины были приверженцами королей, поэтому на них и обрушались революционеры.

В 18 веке юридическое образование развивается по двум направлениям. Университетское юридическое образование, которое предполагает в основном изучение цивильного права, это правовой материал, который извлечён из римских правовых текстов, из текстов канонического права, из обычаев. Этот материал имеет малое отношение к реальной жизни английского общества. Поэтому по-прежнему подготовка юристов для практической работы, причём даже для королевских судов, сосредотачивается в рамках судейских общин.

Уильм Блэкстон прошёл обучение не только в Оксфорде, но и в Мидл-Темпл. Такая же ситуация с юридическим образованием Иеремия Бентама, он уже 12-летнем возрасте поступил в Оксфордский Университет и окончил его в 15 лет со степенью бакалавра, но получил образование общегуманитарного характера. В его записках хорошо показано, что в то время английские университеты, скорее давали общефилософское и общекультурное образование, а, чтобы стать юристом Иеремия Бентам вынужден был поступить в другой университет Лондона, в судейскую общину. Любопытно, он родился 1748 году, в 1763 году поступил в судейскую общину и узнаёт про лекции Уильяма Блэкстона в Оксфорде и начал их слушать. Учёба Иеремия Бентама показывает какая разруха существовала в системе юридического образования в Англии в то время. В 19 веке ситуация мало изменилась, университеты в основном дают общегуманитарное образование, правда уже в некоторых колледжах вводится преподавание английского права, на основе трактатов английских правоведов, «комментариев к законам Англии» Уильяма Блэкстона, но всё же чтобы получить практическую подготовку, чтобы стать, например, судьёй, нужно пройти обучение в судейской общине. То есть раздвоение юридического образования сохранялось на протяжении 19 века. Только в 20 веке английские университеты начнут готовить профессиональных правоведов.

Пойдут они скорее по американскому пути, в рамках университетов возникнет некая система правовых школ, которые соединят во многом теоретическое юридическое образование с практическим юридическим образованием. Это видно в американских правовых школах, когда подготовка правоведов осуществляется на основе судебной практики, при этом мы наблюдаем довольно сильную специализацию, не готовят юристов широкого профиля, как у нас, а готовят специалистов в узкой сфере (в сфере налогового права, недвижимости, энергетики, семейного права и т.д.).

Такое развитие юридического образования конечно создавало массу проблем в подготовки юристов, но тем не менее в 20 веке происходит унификация во многом университетского юридического образования в развитых странах, в западноевропейских странах, возникают юридические факультеты в подлинном смысле этого слова. Но юридическая наука вообще и в Англии, и в США в значительной степени всё-таки развивалась на основе судебной деятельности, поэтому среди американских юристов ведущими правоведами были именно судьи.

А в Англии поскольку всё-таки в университеты проникает юридическое обучение английскому праву, то ведущими правоведами становятся профессора, в лице Уильяма Блэкстона видно наиболее яркий тип этого правоведа. Он получил образование в судейской общине, имел некоторую юридическую практику, но проявил себя в большей мере именно как преподаватель. То же самое относится к Иеремию Бентаму, но он особый тип правоведа, потому что его доктрины позволили ему выступить одновременно в качестве проектировщика неких юридических моделей. Он пришёл к мысли о том, что право развитое в обществе должно быть кодифицировано, на каких-то общих началах, вот эти начала он и старался сформулировать. А когда сформулировал стал предлагать свои услуги по созданию кодексов правителям различных стран, в том числе и Императору Александру I России. Сохранилась их переписка о предложении Бентама создать серию кодексов для России. Он узнал, что в России была попытка создать такие кодексы, но закончилась неудачей. В 1814 как раз эти неудачи проявились, когда был отвергнут проект Гражданского Уложения и проект Уголовного Уложения. При Александре I, уже не было Сперанского, иначе конечно именно он был занялся Иеремией Бентамом.

Переговоры Александра I и Бентама окончились неудачей, очевидно Александр I понял, что приглашать иностранца для разработки кодексов для Российской Империи будет не целесообразно. Но среди произведений Иеремия Бентама мы видим несколько таких кодексов, он разработал модели Гражданского и Уголовного кодексов и даже модель Конституции.

Но всё же что представляло собой его творчество? Как в Англии возник тип правоведа – доктринёра? Казалось бы, не должно было возникнуть такой фигуры с доминированием common law и связанного с ним правового мировоззрения.

Бентам отталкивался от учения Уильяма Блэкстона о common law. Понятно, что «Комментарии к законам Англии» на самом деле комментарии к common law, только Блэкстон называл, почему-то, правовой материал законами. Бентам у Блэкстона увидел идею о том, что юридические категории постоянно развиваются и меняют свой смысл (например, теория сокажа. Сокаж изначально это обработка земли своим плугом в качестве арендной платы за земельный участок, затем постепенно эта работа заменяется некой суммой денег, вроде бы термин остаётся тот же, а смысл меняется, сокаж теперь просто арендная плата). Бентам улавливает основную идею Блэкстона, он понимает почему Блэкстон создал на самом деле историко-правовой труд, почему он обратился к прошлой правовой жизни Английского королевства. Бентам делает отсюда вывод, что юридические категории постоянно изменчивы, неустойчивы, поэтому очень трудно понять их смысл, трудно его выявить.

Первое произведение Бентама «Фрагменты о правлении», он здесь подверг критики первую книгу трактатов Блэкстона, подверг критики представление Блэкстона об организации верховной государственной власти в Англии. Бентам оказался, может быть, самым жёстким критиком для Блэкстона и в последующем, он почти в каждом своём произведении будет оценивать те или иные мысли Блэкстона, и если не упрекать, то не соглашаться.

Понятно, что Блэкстон показал common law в таком виде, который представлял собой не некую систему правовых ценностей, а просто хаос в хаотичном виде. Искусственность многих построений Блэкстона была очевидна, потому что Блэкстон настоящей системы всё-таки не дал и не мог дать, потому что материал common law состоял в основном из категорий процессуального права, и Блэкстон вынужден был описывать эти категории, как категории материального права, то есть он просто исказил содержание common law, и Бентам это увидел изначально. Тем не менее Бентам ухватился за одну очень важную идею. Он увидел у Блэкстона, что в Англии существует верховная государственная власть, она издаёт законы и самое главное то, что с этой государственной властью связаны королевские суды. Королевские суды Бентам мыслил в качестве части государства, и поэтому в разных своих произведениях он проводил равенство между судебными решениями и законами. Он считал, что судебные решения, являются такими же командами, исходящими от верховной государственной власти как и законы, следовательно материал common law в значительной мере состоит из команд государственной власти, не представляет собой материал обычаев. Бентам обрушился на представление, которое выражал Блэкстон о common law, что это обычное право, и право которое покоится на разуме, в неком естественном или искусственном разуме.

Бентам как раз увидел в common law организующее действие государственной власти, он выступил против понимания common law, как обычного права. Исходил он из мысли, что common law можно представить также в виде результата законодательной деятельности. Блэкстон дал ему повод для такого понимания common law в самом названии своего трактата «Комментарии к законам Англии», не к общему праву, не к обычаям, а именно к законам Англии.

Бентам понятие закон понял очень широко, он в это понятие включил одновременно и судебное решение, это позволило говорить ему о том, что common law во многом представляет собой результат сознательной деятельности государства, раз так, то государство вполне может common law реформировать.

Блэкстон, показывая, что common law происходит от обычая, тем самым показывал, что common law стоит над государственной властью. Вот Бентам выступил в первую очередь против этого. Показал, что common law не может стоять над государственной властью, поскольку представляет собой творение государственной власти, как и любой закон. Судебное решение - это творение государственной власти. Значит common law не ограничивает государственную власть, но государственная власть не может быть неограниченной, значит необходимы специальная Конституция. Поэтому ещё одна идея Иеремия Бентама, что необходимо начинать кодификацию права с кодификации государственного права – создать/разработать Конституцию. Он один из первых выразителей идеи писанной Конституции для Великобритании. Это идея потом всплывёт в 90е годы 20 века правоведы обсуждали вопрос о том, не принять ли в Англии писанную Конституцию, что поможет лучше вписаться в общее европейское правовое пространство, поскольку в Европе действуют Конституции и получается, что Великобритании даже трудно ввести принцип верховенства норм европейского права над британским правом (без этого Европейский Союз существовать не может, но сейчас эта проблема решилась, так как Великобритания вышла из ЕС, и идеи писанной Конституции Великобритании сами отпали), поскольку сама Конституция представляет собой творение столетий прошлых веков, творение поколений, она выражается скорее даже не в правовых нормах, а в некой методике разрешения политических конфликтов. Бентам рассматривал Конституцию именно как Конституционный кодекс, считал, что главное значение Конституции не просто в верховенстве её норм над другими правовыми нормами, а ещё в системности её норм. Очевидно, Бентам сделал вывод о том, что право представляет собой совокупность команд, исходящих от государственной власти, и судебные решения тоже относятся к категории этих команд.

Он тут же столкнулся с проблемой, хорошо, население принуждается выполнять эти команды государственными органами, а кто принудит выполнять эти команды, законы сами государственные органы, носителей верховной государственной власти? И что вообще лежит в основе правопорядка? Очевидно, что правопорядок предполагает соблюдение правовых норм, но что заставляет людей соблюдать правовые нормы? Бентам приходит к выводу, что принуждение, это только один их факторов, который заставляет соблюдать правовые нормы и фактор не главный, более того имеющий очень узкое значение. Он ищет это основание и находит его в полезности правовых норм.

Правовые нормы соблюдаются, потому что они полезны для кого-то, они выгодные, причём это понятие выгоды, которое он как бы изобретает или обнаруживает в правовой материи, оно не связано с чисто материальной выгодой, он смотрит на это понятие очень широко. Он считает, что общество устроено таким образом, что все люди зависят друг от друга, и поэтому правопорядок просто выгоден в силу того, что он создаёт некую устойчивую жизнь. Поэтому в данном случае очевидно есть основание соблюдать правовые нормы. Этот взгляд на право породил доктрину утилитаризма, эта доктрина в большей мере философская, она рассматривается в курсе Истории политических и правовых учений, Истории философии, но в применение к праву эта доктрина позволяла как раз найти некое основание правопорядка. Надо сказать, что Бентам фактически посмотрел на common law с позиции философии просвещения, потому что как раз в рамках философии просвещения утвердилось это представление о правопорядке как о творении государственной власти.

Бентам, выдвинув эту идею полезности правовых норм, он одновременно как бы привязал эти нормы к реальной жизни. Поэтому он одновременно родоначальник и позитивистского подхода к праву и социологического подхода к праву.

Бентам одновременно занимался юридическими категориями, потому что сама проблема кодификации как раз заставляла обратиться к понятийному аппарату, ведь кодекс очевидно предполагает сущности юридических категорий, иначе как можно расставить в определённом порядке. Бентам пришёл к выводу, что это самая сложная проблема при кодификации, потому что юридические категории имеют одну особенность, они не устойчивые, они изменчивые, более того эти категории не имеют собственного значения, они получают значение от других категорий или той обстановки, в которой они используются.

Самым бессмысленным юридическим терминов Бентам считал термин «право». Он считал, что термин право получает смысл только, если мы произносим какую-то фразу и используем этот термин (например, *такой-то имеет право на то-то*), тогда понятно, что речь идёт о субъективном праве. Вот термин Гражданское, Уголовное право понятно, что здесь право, как раз получает какой-то смысл. Таким образом, Бентам фактически стал родоначальником того, что в последствии будет названо *аналитической юриспруденцией*. Не случайно его творчеством заинтересовался Герберт Харт, который как раз аналитическую юриспруденцию и разрабатывал.

Бетам во многом поставил вопросы, которые напрашивались, но, если говорить о том – какая проблема определила его творчество, содержание его доктрин вообще. Бентам сам эту проблему никак не сформулировал, но её можно назвать – он заметил противоречия между двумя очень важными явлениями. Очевидно, всегда возникает проблема, является ли законом и надо ли соблюдать закон, который противоречит велениям морали? В каком соотношении вообще находится действующий закон, закон государства с нормами естественного права? Бентам заметил, что праве есть нечто идеальное (то есть должное), и нечто сущее. Между ними глобальное противоречие причём, судя по всему, оно имеет вечный характер. Это противоречие выражается в оценке действующих законов прежде всего. Если действующие законы противоречат требованиям морали, то есть они аморальные их надо соблюдать? Если действующие законы противоречат каким-то идеалам, правовым идеалам, каким-то доктринам естественного право, их надо соблюдать или нет? Очевидно, что перед нами две взаимоисключающие точки зрения, одни утверждают, что закон - есть закон, *(«пусть мир рухнет, но закон стоит»* - юристы древнего Рима), поэтому его надо соблюдать даже, если он противоречит морали. И вообще сфера права, это особая сфера, не связанная вообще с моралью, а другое воззрение, что закон, который противоречит неким идеалам, неким устоям человеческого общежития, он не может быть соблюдаемым. Это проблема особенно остро встанет в условиях фашистской Германии.

В 1944 году в Венгерском суде рассматривалось очень интересное дело – жена одного офицера, обвинила его, что он дурно отзывается о Фюрере (о нём уже много кто плохо отзывался, и особенно никто не доносил уже), суд не стал этого офицера приговаривать к смертной казни, хотя мог, отправил его на отсроченную смертную казнь – на Восточный фронт, потому что он был с Западного фронта (это как разница между курортом и тюрьмой два этих фронта), он вернулся, Германия была разгромлена. В 1949 году опять рассматривалось их дело, но теперь возбудили уголовное дело против супруги, возбудили по Уголовному кодексу Германской империи 1871 года по статье, которая предусматривала наказание за принудительное лишение свободы (хотя на самом деле супруг не был лишён свободы), но его действительно приговорили к лишению свободы и в качестве меры отправили на Восточный фронт, как бы помиловав; рассматривалось в Высшем суде, судьи стал думать – очевидно жена совершила аморальный поступок, но ведь по закону 1934 года, принятого в фашистской Германии, те кто дурно высказывался о рейхе, о Фюрере подлежали уголовной ответственности, то есть закон фашистской Германии был правильно применён, судьи стали думать, и тогда стал вопрос о том, что этот закон противоречит морали, что законы фашистской Германии не отменили действия УК 1871 года. Действительно не отменили даже действия Гражданского кодекса и Конституции. И супруга была осуждена к лишению свободы за то, что совершила поступок, в результате которого, муж был незаконно лишён свободы.

Это проблема потом рассматривалась в дискуссии Герберта Харта и Лона Фуллера. Герберт Харт пытался доказать, что в данном случае всё-таки закон выражал право, поскольку он исходил от верховной государственной власти, суверенной, признанной, поэтому очевидно, что супруга никакого преступления не совершила, а наоборот совершила действие для соблюдение этого закона, она заключила мужа, который этот закон нарушал. Но Лон Фуллер утверждал, что в данном случае просто нарушены семейные условия. То есть этот закон в этой ситуации нарушает семейные устои, действительно в китайском, даже в средневековом китайском законодательстве встречаем нормы, запрещающие доносительство на своих родственников, даже если родственники обвиняются в посягательстве на жизнь императора, вот само это доносительство является уголовным преступлением, осуждается. Здесь мы видим совпадение правовой нормы и морали.

Но в европейских государствах уже в 18 веке обнаружилось это несовпадение. Бентам наблюдал все эти ужасы Французской революции. Он хорошо знал законодательство якобинцев, и он хорошо понимал, что это законодательство противоречит морали. Но в тоже время, он понимал ещё одну вещь, он прямо об этом писал: ели смешать право с моралью, то это значит лишиться какого-либо права, право должно быть изъято из «трупа» под названием мораль, вот из какого постулата исходил Бентам. Он фактически предпринял попытку выделить право в особую сферу, именно с этим и связана его доктрина Кодификация. Обратите внимание, почему он предлагал услуги императорам других стран? Он для себя отделил всю правовую материю вообще от обычаев, от морали, от реалий общественной жизни. Он считал эту сферу, живущей по собственным законам, то есть по собственным закономерностям, по своей логике. Поэтому он рассматривал правовую материю в качестве замкнутого мира, где проблемы должны решаться только исходя из материала, который есть в этом мире. Не следует привлекать материал из других сфер. Стоит проблема кодификации, значит её можно решить, абстрагируясь от этой жизни, того или иного общества, а решить её, просто-напросто оперируя одними юридическими категориями. Главное при кодификации это определить смысл категорий и упорядочить их. Нет никакой необходимости обращаться к реальной жизни, и приспосабливать к ней правовые ценности. Право это некий самостоятельный мир, существующий в обществе. Бентам создавал некую доктрину юридического профессионализма. Юриспруденция представляет собой особую область знания.

Бентам сначала предлагать кодифицировать common law в самой Англии, написал несколько писем членам Парламента, и более того создал несколько моделей таких кодексов. Он предлагал свои услуги Томасу Джефферсону, который в 1800 году был избран президентом США (3й президент США).

В России хоть и не приняли идеи Бентама кодификации, но стали переводить его труды.

Переписка Бентама с Александром I вышла в «Вестнике Европы» в 1867 году. Видно, что Бентам очень интересовался Россией, высказывал мысли, что в России легче осуществить кодификацию, потому что здесь нераспаханное поле для деятельности законодателя, просто существовал накопленный правовой материал российский, он предлагал его заменить своими кодексами, которые он считал яркими, чёткими, способными действовать в любых условиях. Это собственно, как возрождение естественного права, правовой идеологии эпохи просвещения, но с другой стороны Бентам прекрасно понимал, что основу права любой страны составляет не доктрина естественного права, а законодательство, то есть здесь, своего рода преломление доктрин естественного права, через призму позитивистского подхода правовой материи.

Продолжателем Бентама в его трактовки закона был Джон Остин. Это тоже преподаватель, получил образование тоже в Оксфорде, но читал лекции о юриспруденции. Джон Остин прославился всего одним произведением, это собрание его лекций, которые после его смерти издаст его жена, он умер в 1851 году, а в 1863 году выйдут его лекции под названием «Определении сферы юриспруденции». Прежде всего Остин поставил в этих лекциях некой универсальной юриспруденции развитого общества. Он даже использует этот термин универсальная юриспруденция, он считает, что все развитые общества должны иметь правопорядок, который покоится на неких единых началах, и такому порядку должна соответствовать универсальная юриспруденция, общая для всех.

Джон Остин восприял идею Бентама о том, что право является совокупностью команд исходящих от государственной власти, пытался по своему эту идею развить. Остин трактовал право, как совокупность команд, исходящих от суверена, и он сразу же наткнулся на понятие суверена. Что такое суверен? Он всё-таки жил в Великобритании, поэтому он конечно, прежде всего сувереном объявил монарха, который издаёт законы, пусть с Парламентом, но всё же эти законы исходят от монарха.

Суверен – это тот, кто способен принудить к совершению правовых норм, тот кто пользуется авторитетом в обществе.

Остин не мог не видеть, что в то время уже утвердилась народная доктрина суверенитета, согласно которой сувереном, источником власти выступал не монарх, не вообще какой-либо человек, а народ в целом.

*Возникало противоречие. 1)* Если монарх – суверен, от него исходят правовые нормы, законы, то понятно, что они направляются к населению, а население эти законы соблюдает. А вот, если законы исходят из самого населения, выходит, что население соблюдает те законы, которые оно создаёт. Народная масса является источником власти, главным сувереном (допустим в США), что тогда обеспечивает соблюдение народом правопорядка, если законы исходят от него, не являются для него внешними командами, можно ли вообще такие законы считать командами? Если суверен издаёт законы для себя, это команды, которые суверен даёт самому себе, можно ли это считать законами?

*2)* Суверен, в понимании Остина, это человек, носитель верховной государственной власти, но носители верховной государственной власти постоянно меняются (допустим был король Георг II – умер, стал Георг III), возникает вопрос, на который Джон Остин тоже не смог ответить – должен ли Георг III соблюдать законы и принуждать к их соблюдению, законы, принятые Георгом II, предшественником, как быть? Если законы предшественника, суверена обязательны для него, тогда право невозможно в виде совокупности команд, исходящих от суверена, поскольку в данном случае эти законы, исходящие от Георга II, исходят от мёртвого суверена, бывшего суверена, он уже не суверен. То есть их надо соблюдать, а они не являются командами суверена, так что такое тогда право?

Остин наткнулся на это противоречие, на которое когда-то ещё наткнулся Уильям Блэкстон, и натыкались почти все английские правоведы. В каждую эпоху, правовой материал, который как бы формирует правопорядок, состоит из правовых ценностей самых различных эпох. То есть получается, что правовые нормы создаются не только сувереном, действующим в том или ином обществе, но и мёртвыми какими-то суверенами. То есть многие правовые ценности на самом деле произведения умерших суверенов, отживших. А почему они должны соблюдаться? То есть здесь нарушается вся доктрина Джона Остина. Уже с этой точки зрения право очень трудно рассматривать в виде совокупности команд, исходящих от государственной власти. С этой точки зрения очень трудно представлять, что в основе соблюдения законов лежит государственное принуждение. Очевидно, что самая важная проблема возникала на другом уровне.

Право – совокупность команд, исходящих от суверена, но разве суверен не должен соблюдать законы? А что его может заставить соблюдать законы? Эту проблему Остин осознал, но так и не успел решить. Очевидно, что в рамках позитивистской методологии, которую он проводил, решить эту проблему было невозможно. Очевидно, что вставала ещё проблема кого считать сувереном. Суверен это кто? Вот умер один король, на престол вступает другой король, но он же ещё не пользуется никаким авторитетом, его даже не знают, он может быть вообще мальчишка (как Генрих III – 9-летний мальчишка).

Так можно сказать, что он стал сувереном? Если суверен, эта та авторитетная инстанция, которая издаёт законы и принуждает к их соблюдению. То как же оценивать те ситуации, когда новый король ещё не пользуется никаким авторитетом, когда он только вступил на престол, ещё не издал никаких законов, то есть правопорядок существует, но он опирается никак не на команды того или иного суверена.

Казалось бы, доктрина Джона Остина сплошная глупость, потому что много несуразного в этой доктрине, то есть он не видел решения элементарных проблем, которые всегда стоят перед любым правоведом. Любопытно, почему тогда эта доктрина пользовалась такой популярностью? Джон Остин фактически показал, что невозможно создать прочный правопорядок в государстве, если не выделить право в особую систему социо-нормативной регуляции, отделить его от морали. Прочный правопорядок предполагает соблюдение законов без какой-либо их оценки, если каждый индивид будет оценивать законы и отказываться от их соблюдения, на том основании, что он не считает их законами, то никакого прочного правопорядка невозможно создать. То есть на самом деле, только внешне нам кажется, что на самом деле эти идеи, которые Джон Остин излагал глупостями. В действительности он наткнулся на туже самую проблему, на которую натолкнулся Бентам.

Как вообще сформировать правопорядок в обществе, состоящим из самых различных индивидов с различным мировоззрением. Нужно ли принимать во внимание, к примеру, что в этом обществе существует какая-то мораль, какая-то идеология, должно ли право соответствовать этой морали, этой идеологии? Должно ли оно принимать интересы, потребности конкретных людей? Или право должно быть нейтральным вообще к морали, к интересам отдельных людей, как быть в этом случае?

Весь этот позитивизм, который мы видим у Джона Остина, это способ решения этой проблемы. Значит надо просто отделить правовую сферу от всех других сфер. Невозможно создать прочный правопорядок, если не утвердить незыблемость законов, если предположить, что те или иные законы могут отвергаться на том основании, что они противоречат морали, мораль у всех разная. Мы оперируем такими названиями, как общее мнение, общая мораль, но очевидно, что нет общего мнения, общей морали.

Очевидно, что все те факторы, которые определяют человеческое поведение, очень разнообразны на самом деле. Очевидно, что есть такой правовой фактор, как правосознание. Правосознание разных людей несомненно различается между собой, они по-разному относятся к тем или другим правовым ценностям. Значит необходимо в обществе насильственным путём создать правопорядок, который на самом деле не колеблется никак мнениями людей, их моралями, их идеологическими представлениями. То есть необходимо создать правопорядок в чистом виде, только так можно сохранить общество. Этот правопорядок не предполагает оценки законодательной деятельности государственной власти. Если закон издан, значит его нужно соблюдать, вообще не оценивая, он может быть плохим, хорошим, мудрым, удачным и т.д., но это не должно влиять на его соблюдение, он должен соблюдаться. Иначе невозможно создать прочный правопорядок, прочное государство.

Можно догадаться почему именно в начале 19 века и Бентам, позднее Джон Остин, говорят почти об одном и том же, то есть они почти одинокого представляют каким должен быть правопорядок в обществе. Это же время после Французской революции. Французская революция показала какую опасность таит в себе связь закона с моральными ценностями, связь закона с общественным мнением. Очевидно, что история Французской революции, это история мировоззрения, которая вполне допускала суждение существующего правопорядка, существующего государства, на том основании, что он не соответствует неким идеалам. Надо ли стоить правопорядок в соответствии с какими-то идеалами? Ведь идеалы меняются. И надо ли вообще допускать это постоянное сравнение существующего с должным? В праве разрыв между существующим и должным существует всегда! И если придавать какое-то значение этому разрыву, если стремиться, чтобы свести существующее с должным, то не будет ли это разрушать существующее? Мы никогда не создадим нормального существующего, также как допустим женщина ищет мужа, соответствующего какому-то идеалу, то она никогда не выйдет замуж, правильно или нет? Есть другое мировоззрение женщин, они выходят замуж, лишь бы выйти замуж, но представление об идеальном муже никуда её не исчезает, и она существующего мужа начинает перевоспитывать. Воспринимайте друг – друга таким, какие вы есть! В праве столкнулись именно с этой проблемой.

Действительно существующий государственный строй, правопорядок, существующие законы всегда не совершенны. Достаточно этого основания, чтобы их не соблюдать, чтобы сокрушать это государство? Французы показали, что для них этого достаточно. Они выразили свой идеал в Декларации «прав человека и гражданина», и что они смогли на основе этого идеала создать какую-то действительность, существующую? Источник власти - в народе, они в соответствии с этим принципом формируют законодательный процесс в Конституции 1793 года, что получается? Законодательное Собрание не является законодательным органом, почему – источник власти же в народе, а не в его представителях, значит Законодательное Собрание просто изготавливает проект закона. Проект закона рассылается по коммунам, и если коммуны не станут его отвергать в течении 40 дней, он вступит в силу. Но если большая часть коммун – 50 % + 1 из них отвергнет закон, он не вступит в силу. Это буквальное соблюдение на практике принципа народного суверенитета. При этом оказалось, что невозможно принять какой-либо закон. Что сделали, Конституцию просто приостановили, её приняли 24 июня, через неделю приостановили, поняли, что вообще невозможно будет законодательствовать. Вот что такое на основе какого-то идеала создать правопорядок. Нам кажется, что позитивизм, это что-то оторванное от реальной жизни. Джон Остин понаписал разных глупостей, у Томсинова это было первое впечатление от его книги. Потом его натолкнул Бентам, что эти два «кабинетных» учёных, которые мало соприкасались с реальной жизнью, но они решали может быть самую главную проблему жизни. Проблему соотношения должного и сущего в праве. Они оба пришли к мнению, что нельзя оценивать существующий правопорядок с точки зрения идеала, он никогда не будет соответствовать идеалу, его надо издавать из материала, который есть, исходя из интересов, которые существуют. Поэтому задача правоведа, реформатора, государственного деятеля заключается в том, чтобы спасти существующий правопорядок от критики идеала, как спасти? И вот они придумали как спасти, надо выделить право в какую-то отдельную сферу, развивающуюся по своим собственным законам, живущую как бы своим собственным мирком, освободить таким образом право от морали, от интересов, от всего, создать чистую сферу права, право в чистом виде, свободное от всех примесей, особенно примесей идеального характера.

Что создаёт действующее право? Это законодательная власть, государственная власть. Значит это действующее право надо освободить от уничтожающей критику, конечно критика законов будет существовать всегда, но никогда нельзя эту критику доводить до объявления этих принятых законов, действующих уже, недействительными, никогда нельзя вызывать мысль о том, что эти законы можно не соблюдать, вот чем они собственно занимались. Что в человеческой жизни есть много несовершенного, более того, в сущности она сама по себе не совершенна. Это не значит, что хорошее надо ломать ради лучшего. Потому что лучшее окажется всего лишь хорошим, и будет что-то лучше хорошего. И что, опять ломать? Это будет бесконечный процесс. Таким образом будет невозможно создать какой-то устойчивый правопорядок. Бетам показывал, что если сами юридические категории имеют неустойчивый правопорядок, то как вообще можно создать устойчивый правопорядок без государственной власти? В чём смысл законодательной деятельности? Не в том, чтобы создать лучшие законы, а в том, чтобы создать условия для нормальной человеческой жизни, законы должны быть просто полезны людям, нести им какую-то выгоду. Очевидно, что государственная власть призвана быть на страже этих законов, и не допускать их критики на том основании, что они не соответствуют каким-то идеалам, вот отсюда такой жёсткий позитивизм, настойчивый, который отвергает вообще какое-либо влияние морали на законодательство. Джон Остин повторяет эту мысль, которая высказана Бентамом, что право необходимо изъять из «трупа» морали. То есть они прямо считают, что мораль это что-то мёртвое. Живёт на самом деле несовершенное, а совершенное только то, что мертво, живое не может быть совершенным. Они не были оторваны от жизни, они, как не странно, эти «кабинетные» учёные поняли самую глубину человеческой жизни, её драматизм, поэтому очевидно, что перед нами позитивизм как метод решения насущных жизненных проблем, а не оторванный от реальной жизни способ мышления. Томсинову кажется, что именно это привлекло Герберта Харта в творчестве Джона Остина и Иеремия Бентама, он конечно подвижник их критики, но он продолжит их труд.

Лекция 13. 28.11

Начну с Герберта Харта, потому что наука гос права развивалась по другим законам, закономерностям в Англии. Она просто оттеняет основную линию развития юр науки, Потому что наука гос права придерживалась более традиционной методологии, которая была связана с common law. Неслучайно Конституция Великобритании понималась как common law в своей основе.

Учение Г. Харта находилось в русле той тенденции, которую открыл в англ юриспруденции Иеремия Бентам, потом Джон Остин. Харт отталкивался во многом от учения Остина.

Но Харт - это 20 век, от родился в 1907, умер в 1992 году. Человек интересной судьбы, родился в еврейской семье простого портного. Но получил образование в Оксфорде. Получил философское образование, но вместе с тем постарался получить образование юридическое там де в Оксфорде. В 1932 году стал работать барристерем. В 1940 году (Великобритания была уже втянута во Вторую Мировую Войну) Харт был приглашен на работу в аналитический отдел британской разведки. В 1946 году вышел в отставку и занялся философией. Переход к юриспруденции произошел у него довольно поздно. В 1952 году он был приглашен занять кафедру юриспруденции в Оксфордском университете (кстати, эту кафедру занимали в свое время Мейтленд, Поллок, и наш Павел Гаврилович Виноградов — с 1906 по до 1925 года), несмотря на его [Харта] философское образование. Дело в том, что с 1948 года он стал публиковать статьи о юридической терминологии, скорее всего это и привлекло. В 1961 году выходит его основной труд «Понятие права» (The concept of law, я бы так и оставил «концепция права», не переводил бы; советую читать только тексты самого Харта; все, что пишут о Харте — непонятно, сами не понимают, о чем пишут). Это произведение будет издано в 1994 году вместе с постскриптумом (только первая часть), он как бы даст ответ на критику Рональду Дворкину. Это уникальный случай, когда правовед будет зачислен в ряд ведущих правоведов современности на основании только одного труда. Харт написал много статей. Можно говорить о том, что он разработал направление, своего рода философию юридического языка, я бы назвал это юридической герменевтикой.

Харт своим творчеством был нацелен на познание устройства правовой материи. Чтобы понять Харта, надо внимательно прочитать предисловие «Понятие права», где он раскрывает свой замысел. Надо понять, какое место Харт занимает в процессе эволюции британской юридической науки, и вообще мировой науки. Это место он сам показал. В своей книге «Понятие права» он большое внимание уделяет Остину, его творчеству, он его критикует. У меня возникло ощущение, что значение Остина заключалось в абсолютизации им только одной стороны правовой материи - её связи с государством, с суверенной властью. Абсолютизация этой связи возмутила многих, но она была настолько очевидно ложной, что с Остином стали спорить. Эти споры и способствовали повышению Остина, потому что его имя постоянно мелькало. Все статьи, книги об Остине носят критический характер, это уникальный случай, когда человек считается великим правоведом только потому что его все обругали. Все считали, что его доктрина очень примитивная, но это задело всех за живое. Действительно, это очень распространенный взгляд на право как совокупность правовых норм, исходящих от верховой государственной власти. Это то, что лежит на поверхности, а он объявил эту поверхность сущностью. Это и возмутило всех и Остин стал великим.

Харт тоже возмутился и старается Остина раскритиковать, но все таки он от него отталкивается. Что на самом деле сделал Остин? Он выделил юр науку в особую отрасль знания во второй половине 20-х годов, его произведение "Определение сферы юриспруденции" вышло в первом издании в 1832 году. Но это время, когда юриспруденция понималась ещё как часть нравственной философии, в качестве политической науки. В этом смысле достижение Остина очевидно - он выделил юриспруденцию в самостоятельную сферу знаний. Он провел четкое различие между моралью и правом. Причём, он обратил внимание на правовую терминологию. Действительно, мораль и право имеют много общего - термины, характер принуждения (мораль - принуждение обществом, а право - государством, но ведь государство тоже опирается на общественный авторитет, поэтому общество тоже давит, требует соблюдения правовых норм). Остин обратил внимание, что все таки в терминологии для морали характерно понятие долга, а для права- обязанности. Долг - ожидание возможного поведения, а обязанность - требование возможного поведения. Все таки вот здесь право и мораль отличаются не только тем что за правом стоит государство, а за моралью стоит общественное мнение, но и характером своей терминологии.

На Харта оказал влияние и Бентам. Его идея в том , что юридическая терминология отличается от любой другой терминологии, от терминологии любой другой науки. Действительно, Харт обратил внимание, например, что химик не задаётся вопросом что такое химия, и физик не задаётся вопросом что такое физика, и математик - что такое математика, это само собой разумеется. А вот приступая к изучению права надо сразу задавать вопрос, что такое право. Оказывается, юриспруденция оперирует очень специфическим языком, отличающимся от языка любой другой науки. Это заметил Бентам и он сказал: в сущности, если взять юридические термины - они бессмысленны. Я вам говорил уже, что термин право - самый бессмысленный термин. Эта идея тоже произвела сильное впечатление на Харта. Судя по всему, Бентам навел Харта на важные мысли, может быть даже главные мысли его творчества. Поэтому в 70е годы он издал полное собрание сочинений Бентама.

Харт, очевидно, выразил дальнейшую логику развития юридической науки в Великобритании и в заодно-еврейских обществах от Бентама и Остина от начала 19 века к началу 20 века. А в начале 20 века происходит настоящая революция в юридической науке. Она до сих пор нами не осознана, но Харт - плод этой революции, хотя революция произошла ещё до его рождения.

Я не включил в 11 тему об американской юриспруденции творчество Уэсли Хофельда (Wesley Hohfeld). Это американский правовед, родился 1879, умер в 1918 году. Он занялся изучением юридического языка. Он взял за основу своего анализа основополагающие юридические понятия: право, как субъективное право, долг, привилегия, обязанность и так далее. Но он увидел и в других странах переход к лингвистической юриспруденции (я это так называю) или к юридической герменевтике.

Франсуа Жени во Франции занялся юридической техникой, а юридическая техника как раз включает в себя толкование юридической терминологии (его основной объект исследования). Он написал 4х томной произведение, посвящение юридической технике, вышло в начале 20 века. Ну и у нас - Евгений Владимирович Васьковский: «Цивилистическая методология» как раз выражает направление, которое можно назвать лингвистической юриспруденцией или юр герменевтикой; Павел Исаакович Люблинский - тоже самое, занялся правда юр терминологией уголовного права. Мы видим во всех развитых странах почти во одно и тоже время, причём судя по всему стихийно, независимо друг от друга правоведы приходят к мысли, что главным объектом исследования должна быть юридическая терминология или юридический понятийный аппарат.

Если коротко вращать сущность революции в юридической науке, я бы так сказал: до этого правоведы задавались вопросом - в чем сущность права, государства, правовой обязанности, обязательства, владения, права собственности; конце 19 - начале 20 века они стали задавать вопросы несколько иного плана: что выражает (подразумевает) термин право, государство, владение, право собственности, обязанность. Чувствуете разницу? То есть ушли от вопроса сущности правовых явлений, пришли к вопросу юридической терминологии. Кажется, что это полной отрыв от жизни. Ничего подобного.

Дело в том, что Харт пишет в самом начале своего труда, о том, что юр терминология имеет особое значение, обладает специфическими чертами. Она понимается, к сожалею, как терминология описательная, дескриптивная. Это терминология, которая описывает сущность правовых явлений, отсюда это нелепое стремление определить юр термины. Совершенно не принимается во внимание, что юр терминология может быть не только дескриптивной, но и аскриптивной. Кстати по этой аскриптивности понятия ответственности и средства восстановления нарушенного права, то что называется по-английски, remedy Харт написал одну из первых статей в области юриспруденции в 1849 году.

Он обратил внимание на эту аскриптивность, то есть терминология может не только описывать юр действия, но и быть юр действиями. Самый удачный пример: в ответ на вопрос "Согласны ли вы гражданка такая -то вступить в брак с гражданином таким-то?" она говорит слово "Согласна", но это слово на самом деле является действием. Если с этой точки зрения посмотрим на юр терминологию, то сущность права коренится во многом не в самих правовых явлениях, а в юр терминологии. Понятна теперь сущность революции, которая произошла в юр науке? То есть обратились правоведы повсеместно, одновременно, что удивительно. Я не думаю, что Васьковский с работами Хофельда, тем более Хофельд с работами Васьковского, хотя Васьковский раньше Хофельд написал свою «Цивилистическую методологию», это его докторская диссертация, которая была уже опубликована в 1900 году, а книгой вышла в 1913. А «Фундаментальные юридические концепции» [Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays] Хофельд опубликовал только в год своей смерти — 1918. Очевидно, что правоведы стихийно, намучившись с попытками определить сущность юр явлений, пришли к юр терминологии. Больше всего эту революцию продвинул именно Герберт Харт, с этим связана его популярность. Как ни странно, для того чтобы понять смысл, специфику юр терминологии, необходимо было иметь философское и филологическое образование. Харт их имел, получил в Оксфорде, и одновременно юридическое. Сочетание трех этих наук как раз и позволяло получить плодотворные результаты в исследовании юр терминологии. Харт достаточно четко сформулировал отличительный черты юр терминологии, того, что можно назвать юр языком.

**Первое:** юр термины не могут определяться так, как термины других наук или термины нашего обычного языка. Потому что остальная терминология имеет обязательно какое-то общее понятие. Например, мы говорим «стул» и у нас мелькает общее понятие - «мебель». Стул — это разновидность мебели. Мы берем любое понятие и сразу же натыкаемся на более общее понятие. В юриспруденции не так. Что может быть более общим понятием для термина «право»? Могут сказать, допустим, социо-нормативная культура. Но право — это нечто другое. Значит, юр термины невозможно определить путем указания на общее понятие, частью которого они являются.

**Второе:** юр терминология большей частью перформативна, а не конститутивна. Когда мы говорим о праве, описываем юр ситуации, споры судебные, мы обычно употребляем терминологию в динамике, в движении, а не в статике. Харт приводит примитивный пример: можно сказать - в этой комнате находится такой-то стул, а можно по-другому сказать — перенеси стул из зала в столовую. Для юр терминологии характерна именно эта перформативность. Поскольку юр терминология, всегда выражает некое движение, некое изменение, поэтому она очень неопределенна и нуждается в толковании. Еще один пример Харта: представьте себе, на входе в парк висит плакат «Запрещается использовать транспортные средства на территории парка». Женщина с ребенком в коляске заезжает на территорию парка, но ведь коляска — это транспортное средство, значит женщина использует транспортное средство. Или ребенок на велосипеде заезжает.

На самом деле, невозможно что-то выразить юр языком настолько понятно, чтобы не было никакой нужды в толковании. Как сказать одним словом, одним термином, один термин употребить, чтобы запрещено было в парк заезжать на автомобиле, а разрешено на велосипеде? И автомобиль, и велосипед — это транспортные средства, какую терминологию использовать? Очевидно, что сама юр терминология и выражает во многом юр действия; частично является этим юр действием, а частично выражает юр действия. Здесь Харт обращается к мысли, которую высказывал Остин, что мы не можем понять сущность правовых явления, если не уясним себе значение терминов, которые эти явления выражают. Термины – очки, линзы, через которые познается сущность правовых явлений. А, значит, перед познанием сущности права надо заняться познанием юр терминологии, это воершенно логичная методология. Очевидно, что Харт занялся юр-й терминологией, потому что понял, что сущность юр-х явлений вкраплена в юр понятия. Юр понятия – это не что-то внешнее, что-то отражающее сущность правовых явлений, а это именно то, что и составляет сущность правовых явлений. Именно поэтому Харт назвал свой подход аналитической юриспруденцией. В литературе иногда называют это философской юриспруденцией.

Он воспринимает идею Остина, согласно которой кирпичиками права являются правовые нормы. Только он не принимает название этих норм как «команд, исходящих от гос власти». Харт пошел дальше Остина и здесь. Остин связал юридическую сущность правил поведения с тем, что они исходят от суверенной власти. Здесь мы сталкиваемся с принуждением к соблюдению правовых норм. Но принуждение к соблюдению каких-либо действий может оказывает обыкновенный бандит, разбойник, вор. Можно ли сказать, что он издает команду? Конечно, это тоже команда. Остин не особо озаботился, вопросом о том, из какого источника исходят команды. Он просто заявил, что команда от бандита не составляет правовую норму. Он сказал, что правовая норма должна исходить от суверенной власти, признанной таковой общество. И команда, исходящая от суверенной власти должна быть общеобязательной. Только эта общеобязательность, принуждение со стороны суверенной власти составляют главные признаки права. Харт с этим согласился, хотя и поспорил с Остином по поводу суверенной власти. Он обратил внимание, что понятие суверенной власти Остин толком не определил, поэтому [Харт] столкнулся с огромным противоречием.

Харт считал, надо задать себе вопрос, а что такое суверенная власть? Умерший король – суверенная власть? Его команды, законы, указы составляют право после его смерти? Или только пока он живой? Остин ушел от этого вопроса, Харт это заметил. Харт увидел юридическую сущность не только во внешних признаках права, он увидел юр сущность, во-первых, в самой терминологии, которая выражает правовые явления, а во-вторых, в самом нормативном материале права. Норма права у Остина отличилась от нормы морали только по одному признаку. В отличие от нормы морали норма права соблюдается под действием гос-го принуждения, норма морали — принуждения, исходящего от общества. Харт считал, что это недостаточный признак для права. Харт говорил, что в самом устройстве правовых норм уже содержатся признаки права. В отличии от Остина, Харт увидел, что правовые нормы очень разнообразны. Он увидел простую вещь: юридическая терминология употребляется широко, но часто она является юр-й фикцией. Она носит условный характер. Например, термин «гражданское право Франции» и «международное право». Очевидно, значение «право» разное. Термин «право» в сочетании втором носит условный характер: надо государствами нет силы, которая принуждает их к соблюдению правовых норм. Обращение к м\н праву и к ГП позволило Харту увидеть, что не только гос-е принуждение определяет сущность правовых норм, норм поведения. Есть еще нечто, что отделяет правовые нормы, от норм морали. Харт считал, что теория права Остина применима больше к уголовному праву. Там мы действительно сталкиваемся с запретами, с применением государственного принуждения. Не совсем применима к ГП. Ведь в ГП часто источник права – договор. Договор вообще не считается источником права, но надо признать, что хотя бы для себя стороны создают правовые нормы. Очевидно, что договор следует общей модели, установленной государством, но тем не менее, в рамках этой модели предоставляется довольно большая свобода творчества сторонам. Харт увидел, что есть правовые нормы конституционного права, УП, ГП, и они сущностно друг от друга отличаются. Невозможно говорить, что есть какая-та общая для всех правовая норма. Даже сам термин правовая норма имеет различный смысл, когда сочетается с разными словами. Правовая норма в УП, правовая норма в ГП, правовая норма в конституционном праве — это разные правовые нормы. Харт приложил усилия для классификации правовых норм. Здесь, мне кажется, самое слабое место учения:. Он дал довольно схематичную классификацию: Первичные и вторичные правовые нормы.

1. **Первичные** - нормы, которые стихийно возникают в обществе: это скорее принципы, правовые устои, которым должно следовать общество, даже если правовые нормы не закреплены в письме в каких-либо законах. Здесь Харт открыл дверь из сферы права в сферу морали, далекую от права. Попытка решать правовые проблемы только в рамках права наталкивается на то, что Харт назвал первичными нормами. Действительно, в праве много такого, что не закреплено в законах.

Н., 1875 г. – Франция, 3 закона — об организации государственных властей, о сенате и др., но не приняли закон о правах и свободах граждан. В ответ на упреки творцы этих конституционных законов объяснили, что Декларацию прав и свобод человека и гражданина никто не отменял, она действует. Она формально не считалась частью Конституции, но тем не менее мыслилась действующей.

Сама 1 статья Билля о Правах (Америка): Конгресс США не должен принимать законы, которые ограничивают свободу вероисповедания, слова, манифестаций, шествий. Явное свидетельство того, что есть какие-то права, не закрепленные законами, но они действуют и Конгресс их признает.

Харт на это обратил внимание, но его первичные нормы не в полной мере правовые с точки зрения его же собственной доктрины. Они не исходят от гос-ва. Есть много такого в праве, что является правом, но не исходит от гос-ва. Более того, есть много такого, что сложно считать правовыми нормами. Можно ли считать первичные нормы правовыми нормами? Может быть это просто идеи. К примеру, нигде не было закреплено в английском праве положения о том, что налогообложению подлежит только то население, которое представлено в парламенте. На это обратили внимание только когда северо-американские колонисты отказались платить налоги на том основании, что они не представлены в Парламенте Великобритании. И с ними согласились. И действительно, если бы они были английскими поданными, они бы не платили налоги. Но им сказали, что они не английский поданные. То есть признали этот случай.

Или возьмите норму, по которой все решения гос власти, затрагивающие имущественные и личный права английских поданных должны обязательно проходить через Парламент. Король не может такие решения принимать единолично, даже если это назначение таможенных пошли, хотя вроде бы сфера м\н, которая регулировалась единолично королем, входила в его абсолютную прерогативу. Это нигде не закреплено.

Ну и знаменитый разговор Якова I с Эдвардом Коуком, председателем Суда общих тяжб; знаменитый разговор с Парламентом, с Палатой общин, которая выступила с протестом против нарушения Яковом парламентских привилегий. Он попросил: - напишите мне эти привилегии, я не буду их больше нарушать. Они сказали: - мы не можем это сделать, мы их не знаем. - А почему же вы говорите что я их нарушил? - А когда вы нарушаете, мы сразу узнаем, какие привилегии вы нарушили.

Понятие первичный правовых норм выходило за сферу права, но Харту просто нужна была опора для остальных правовых норм. Самое главное, что Харт увидел, что такой опорой является не только государственная власть, но еще и некая система правовых ценностей , которая существует в обществе не благодаря гос власти, а только потому что общество существует; система ценностей, вытекающих из сущности общественной жизни. Харт посмотрел на право в условиях господства позитивизма в 20 веке, когда законодательство а развитых странах разрослось до невообразимых размеров, широко использовалось в качестве инструмента гос политики. Он увидел, что право существует благодаря не только гос-ву. В праве есть еще некая опора, некие источники. Первичные нормы могут упорядочить общественную жизнь, но их недостаточно. Они устанавливают только некие рамки поведения. А надо еще знать свои права и обязанности. На них указывают вторичные нормы.

2. **Вторичные**

a. Нормы признания (конституционные нормы). Они дают основание для других вторичных норм. А сами нормы признания получают основание не только от гос-ва, но и от этой системы правовых ценностей, существующих в обществе независимо от гос-ва.

b. Нормы решения или процессуальные

c. Нормы изменения (изменяют статус лиц, права и обязанности, устанавливают новые, прекращают существующие).

Харт понимал, что сам термин правовые нормы для обозначения этих правил поведения тоже во многом является условным, потому что перед нами совершенно разные явления. Ели взять норму УП, она запрещает какое-то поведение под страхом наказания. А норма ГП наоборот разрешает то, что не запрещено законом. Это совершенно разные правовые нормы.

Харт создал совершенно новую правовую методологию. Главное значение его мыслей – не в том, что он сказал, не в их содержании, а в том, что он представил право совершенно в другом виде. Раньше право представало в виде некого статичного явления, которое надо рассматривать как рассматривают, допустим здание (с крышей и фундаментом, на какие части делится это здание). Харт посмотрел на право как на организм, который постоянно меняется, развивается, конкретное состояние которого трудно уловить. Мы видим не само устройство организма, а его движения. Это совершенно другой объект исследования. Право – это то, что меняется. Сложно говорить о составе права, его устройстве. Надо говорить о жизни права, о движении права. Не совсем правильно это называть эту методологию аналитической юриспруденцией, но это название самого Харта. Название «аналитическая» предполагает исследование, анализ чего-то статичного. А здесь другое. Харт показал, с чем имеет дело любой правовед. Он имеет дело с чем-то движущимся. Стремительно мчится авто – вы не можете рассмотреть его в деталях, как он устроен, вы видите его движение. Пролетел метеорит — вы видите след за метеоритом, траекторию движения, а не сам метеорит. Харт показал: то, что называют юр языком — это просто хаос терминов и понятий, которые невозможно выстроить в четкую систему, значит, надо от этого отказаться. Очевидно, что необходимы другие подходы. Харт а самом деле не завершил свою работу. Даже название для своего учения выбрал неудачно, оно не соответствует содержанию, но его замысел понятен: изучать жизнь права, само движение. Может быть самое важное из его достижение, это то, что он увидел, что жизнь права – это не изменение правовых институтов, но изменение терминологии. Он увидел, что юр термины и составляют во многом сущность правовых явлений. Он по-другому поставил вопрос о форму и содержании права. Как у нас ставится вопрос? Вот есть формы права или правовые нормы или термины, и они якобы отражают содержание права. Он по-другому вопрос поставил: многие термины являются и содержанием права, многие термины — это правовые действия; сделка — это не только действие, но еще и слова, произнесение слов.

Харта нельзя назвать правовой теорией, это скорее методология. Это некий взгляд на право. Он на самом деле занимался поиском тех лиц, с помощью которых можно рассмотреть явление, которое всегда движется и не стоит на месте. Харт считал кодексы вредным явлением, потому что они как бы застывшая лава вулкана. Они консервируют состояние правовой материи и она отрывается от жизни из-за кодификации. Кодексы отрывают правовые нормы от жизни. Надо понять, все-таки, Харт жил в Великобритании. Очевидно, что это мировоззрение, которое впитывается при изучении common law, во многом определило характер его учения. Если мы посмотрим на творчество Харта не как на попытку создать какую-то теорию, а как попытку создать новую правовую методологию, нам будет понятно, что он остался в русле традиции common law. Он просто по-другому выразил эту традицию применительно к нашему времени.

Харта заботила терминология права, оно дала бы больше определённости праву. Но ведь можно толковать тоже по-разному. Он увидел в терминологии не только описание сущности институтов, но и саму сущность института, когда терминология несет в себе не только информацию, но и действие какое-то.

Пример: заключается брак, говорят «согласно», вот их согласно –это слова и или действие? Одновременно и слова и действия

Вот Харт это увидел и понял, что юр терминология чаще всего выражает какие-то действия. Вот действия как раз и предопределяют хаос, что такое действия – это постоянное движение, смена. Поэтому у него не было цели создать какую-то правовую систему, как у Савиньи. Это начало 19 века Савиньи пытался найти некие кирпичи в терминологии для построения системы, а Харт просто увидел, что в отличии от терминологии в других отраслях, юр терминология уже несет сущность самим институтов. На самом деле юр терминология разнообразная, то, что он делала – это шлифовка линз, это не совсем учение и теория, это скорее новая методология познания права. Неудачный перевод «Понятие права». Незнание «Концепция права» тоже неудачно, потому что в книге раскрывается правовой подход к познанию правовых явлений. Он просто показывает, что на эти вопросы ответить невозможно. Нет ответа на вопрос «А что такое право?». Скорее встают вопросы, что вы имеете в виду – МП, УП, гос. право? Такой же термин «любовь», употребляется в массе значений (любовь к труду, родине, блинам). Главное значение «любовь» - это состояние, которое отрывает человека от своего собственного эгоизма и заставляет жить чем-то другим. М. Цветаева «Для меня любить дерево и любить человека одно и то же». Термин право имеет такое же значение. МП и УП, слова одинаковые, а понятия совсем разные.

Харт дает более реалистический взгляд на право, аналитическая юриспруденция – неудачное название. Харт сказал «реалистическая юриспруденция» более подходящее название. Харт показ весь ужас юриспруденции. Не случайно именно он, потому что по своему образованию он философ и филолог, юрист бы так не написал, что юриспруденция состоит из терминов, значения которых невозможно понять, а сами правовые явления не поддаются объяснению. Судья в потемках, он действует как робот. Правоведы, которые составляли ГК Германии, это поняли: отказались от определений, посмотрели на деятельность судьи как на движение; поставили вехи – какие-то ограничения для судьи, среди которых судья бродит и чтобы он не заблудился. В ГК Германии определили, что владение – не в чем сущность (потому что это сложно), а с какого момента возникает, как передается, связанно с владением.

Харт показал насколько необычна юр наука, а необычное мог увидеть только филолог, не юрист, который воспринимает как должно быть.

Холмс чем-то схож с Хартом, хотя терминологией не занимался. Для нас – Харт показывает, что сама кодификация – не способ упорядочения правового материала. Упорядочение осуществляется не ее систематизацией. Упорядочение, прежде всего, достигается пониманием его свойств. Перед нами лес дремучий, бесполезно деревья переставлять, но надо знать, куда заведут те или иные тропинки. Смотрел на право, как на субстанцию, в которой бесполезно что-то передвигать / менять.

19 век – век кодификации, создают искусственно правопорядок, механический взгляд на построении общества. Ужасная терминология и ужасное мышление. Стали говорить о строительстве нового общества, перестройке. Харт показал, что право это то, что нельзя перестроить, нельзя упорядочить. Это некий мир, в который невозможно вломиться со своими правилами и перестроить, использовать право для власти. Харт возвысил юр профессию до небес. Он показ ее отличие от всех наук, это природный мир, который нужно принимать как есть. Мы можем только его понять, объяснить. Пересоздать по-своему мы не можем, у нас нет инструментов. Мы воспринимает категории, который даже не понимаем, но мы вершим судьбы людей этими категориями. Мы мало понимаем, как мы выносим приговоры, судебные решения. Харт показал жизненный трагизм.

Группка людей со своими воззрениями не может ничего сделать, пример, франкская и русская революция, только кровь..

Харт мало писал, много говорил, оставил много писем. Могу много говорить о Харте. Если заинтересуетесь, сами прочитаете, на русском языке точно 2 книги есть. Журнал правоведение с 2005 опубликовал отдельные статьи Харта. Последняя работа посвящена философии юр-го языка (2017). Достаточно Харта.

Наука гос-го права целиком развивалась в русле традиции common law. На это указывает само понимание сущности конституции. Британская конституция считалась неписанной и ее неписанность объявлялась правоведами как самое главное свойство конституции. Для юриста континентальной Европы это не очень понятно. Британская конституция состоит и из значительного письменного материала: Билль о правах (1789), Великая Хартия Вольностей, огромное количество судебных решений, Акт о Парламенте (1911 и 1949), Акты о народном представительстве - всё записано на бумаге. Все они выражены на бумаге. Британская конституция имеет огромное писанное содержание, но тем не менее считается неписаной. Почему? Вот здесь раскрывается не только сущность конституции, но и характерная для науки гос права Великобритании методология. Неписанность они понимали не в качестве синонима устности, а в качестве понятия, выражающего отсутствие творца. Она неписаная, потому что ее никто не написал. Не потому что она не записала, а потому что не единого творца, нет единой гос власти, которая создала эту конституцию. Конституция не выражена в каком-то документе, имеющем высшую юридическую силу, поэтому неписаная. Она создана многими поколениями правоведов, населением, а самое главное — многими политическими конфликтами. Попытки выйти из таких конфликтов и способствовали появлению таких документов, как Петиция о праве, Билль о правах, Великая Хартия Вольностей. Это первая важная черта.

Далее, мы привыкли видеть в конституции совокупность правовых норм. Для нас это главные кирпичики конституции, ну и еще правовые принципы, статьи. Великая Хартия Вольностей составляет часть Британской конституции, это общепризнанно. Возьмите любой современный учебник по британскому конституционному праву, например учебник Энтони Кинга, самый, пожалуй, лучший учебник. Неотъемлемая часть британской конституции – ВХВ. Но это же 1215 год, хотя частью конституции является вариант 1225 года. В ней 49 статей - ни одна статья не действует. Например, статья 29 (первоначально -ст 39) «Ни один свободный человек не будет арестован или заключен в тюрьму, или лишен владения, или объявлен стоящим вне закона, или изгнан, или каким-либо [иным] способом обездолен, и мы не пойдем на него и не пошлем на него иначе, как по законному приговору равных его [его пэров] и по закону страны”. Как эту статью применять? Ведь речь идет не просто о свободном человеке, а о каком-то магнате, которого только войной можно принудить что-то сделать. И суд пэров не существует. Почему же ни одна норма не действует, а все равно Великая Хартия Вольностей - часть конституции.

Великая Хартия Вольностей состоит не только из правовых норм, но и из идей. Самая главная идея, которая составляют всю ВХВ, это идея компромисса между различными силами, идея о том, что полит сила, которая держит в руках верховную гос власть, не должна подавлять другие полит силы. Она должна создавать такую организацию полит, системы, в которой все полит силы могли бы выразить свои интересы и не подавлялись бы. А стать 39 варианта 1215 года как правовая норма неприменима, но в ней на поверхности очень важная идея. Перед нами правовая норма, за ней идея: ни один человек не может быть решен важнейших жизненных благ без судебного решения. Потому что суть — это состязание аргументов, и он должен иметь возможность защититься от притязаний других лиц или гос-ва. Это важнейшая конституционная идея и она не ушла в прошлое

Мы привыкли сводить право к совокупности правовых норм,и нам не очень понятно, что право составляют также идеи, и просто методика разрешения споров, и просто стиль юр мышления, и просто способ организации полит системы. Это особенность британской конституции.

На сайте выложено 5 статей о британской конституции, там много пишется об этих идеях, о сущности конституции, о том, как разрешаются конфликты в них.

Обратите внимание, как появляются правила, составляющие конституцию. Они не создаются никем, они появляются путем повторения на практике тех или иных стереотипов поведения. Например, король длительное утверждал время законы, статуты билли, принятые парламентом. Так и завелось, что король должен любой билль, принятый парламентом, утвердить. Другой пример, он не из стереотипов поведения, а из самой логики правовых правил, он прямо не выражен. К примеру, в 60е годы 19 века Палата общин настаивала на том, что Палата лордов должна обязательно одобрять финансовые билли, принятые Палатой общин. На том основании, что финансовые билли это, как правило, билли о налогообложении, а налоги в основном платят общины Палата общин указывает, что в преамбуле фин билля, как правило, речь шла только о палата общин, и они представлялись только как билли палаты общин, и как правило Палата лордов одобряла из даже не вникая. Посмотрите, как формируется материя британской конституции. Она формируется самой полит жизнью. Брит конституция — хороший пример, показывающий, что право не сводится к набору команд, исходящих от государственной власти. Право — это во многом стихийное образование, которое постепенно вырастает из жизни, и более того, составляет часть этой жизни. Перед нами развитая в сфере государственной власти традиция common law. Очевидно, британская конституция не случайно считалась имеющей в своей основе common law. Потому что common law это мировоззрение, и оно вошло в науку гос права. В 19 веке в Англии появится целая серия трудов по британскому гос строю, по британской конституции, это, например, известное [произведение] Дайси «Введение в конституцию Англии» [А.В. Дайси - Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции]. Мы увидим, что ученые правоведы предприняли попытку изложить британскую конституцию в виде совокупности доктрин. Показали, что сами общепринятые доктрины в рамках британской науки гос права приобретают совершенно другой смысл. Например, доктрина господства права - rule of law. Во Франции, Германии эта доктрина подразумевает, что гос власть осуществляется в правовых формах. Государства является правовым, потому что все свои веления обрекает в форму закона. Право — инструмент гос власти. А в условиях Англии эта доктрина имела прямой смысл В Англии существует господство права не потому что власть облекает свои явления форму права, а потому что право действительно господствует над гос-вом, право стоит над государством, потому что не гос-во создало право. Право – творение общества, причем очень многих поколений англичан. Поэтому гос-я власть подчиняется такому праву. Яков 1 говорил: я король волею common law. Поэтому наука гос права в Англии исходила из аксиомы, что настоящая конституция и дб неписанной. Они не оправдывались в том, что во всех развитых странах писаная конституция, а у них неписаная. Не гос-во должно конституцию создавать, иначе как может конституция ограничить произвол гос-й власти, если право является только инструментов в руках государственной власти, не стоит над гос-ом. Если право — это совокупность команд, исходящих от гос власти, от суверена, как писал Остин, то как правом может быть ограничен произвол самого суверена? Как может ограничить произвол гос власти конституция, которая создана самой этой гос властью? Британские правоведы показали эту несуразицу, которая была связана с европейскими конституциями. С точки зрения науки гос права Великобритании, во Франции никогда не было конституции, хотя с 1799 года по 1875 год они приняли 8 документов под названием «конституция». С точки зрения брит науки гос права, ни один из этих документов не был конституция, потому что он был всего лишь предназначен для закрепления верховенства той или иной полит группировки.

[Ответ на вопрос про Харта: Харт исходил из того, что юр термины надо толковать только в контексте, потому что без контекста они бессмысленны. Потому что эти термины означают что-то движущееся, что-то меняющееся. И правовая норма должна прежде всего истолковываться с т зр той терминологии, которая ее выражает. Ведь толкование правовой нормы — это толкование терминов. Но термины невозможно истолковать сами по себе. Харт попытался обособить право от морали, но он понимал, что невозможно те или иные правовые явления толковать только ограничиваясь этими явлениями. На самом деле, он понимал право как совокупность самых различных явлений — и правовые нормы, и идеи, и методика мышления и тд. Он считал, что разрешение проблем, в частности проблем толкования терминов, должно находиться внутри права. То есть толковать тот или иной элеменр права необходимо с учетом других элементов, а не исходя только из этого данного элемента

Харт наткнулся на проблему, когда обратился к законодательству фашисткой Германии — это право или нет? Концепция учения о первичных правовых нормах позволяла ответить на этот вопрос. Законодательства фашисткой Германии не соответствовало неким первичным правовым ценностям, которые защищают права человека, предоставляют гражданам определенную свободу поведения, которые признают право человека на свободные высказывания, на свободную оценку тех или иных явлений Это первичные нормы, характерные для любого развитого общества. Им законодательство фашисткой Германии не соответствовало, но оно исходило из официального государства. И Харт запутался в этом противоречии. Это показывает его знаменитая дискуссия в Леоном Фуллером. Фуллер увидел это противоречие и сказал, что на самом деле вопрос о законодательстве фашисткой Германии невозможно решать только на основании доктрины Остина, представляющей право как совокупность команд, исходящих из гос власти. Т.к. с этой точки зрение законодательство фашисткой Германии было правом.

У Харта две взаимоисключающие идеи. С одной стороны право должно быть замкнутым, обособленным от морали, и необходимо находить решение правовых проблем внутри права, не обращаясь к морали. А с другой стороны, его учение о первичных нормах явно выводило право в другую сферу. Далее, Харт пытался доказать, что Остин совершенно неправильно сводил право только к командам, исходящим из гос власти. Он показал, что термин команда совершенно неудачный, потому что тогда команды умершего суверена перестают быть командами. С другой стороны, он показал, что право не сводится только к нормам, проистекающим из гос власти. Совершенно понятно, что здесь он выходил их сверы законодательства и сферы права. В самом деле, эта идея, что существует некие ценности независимо от гос-ва, это же идея науки естественного права. Харт отвергал науку ЕП, он считал — это сфера морали, даже сфера общественного мнения. Но если эти ценности признаются обществом, значит они имеют авторитет. Здесь была главная проблема. Если правовые ценности соблюдаются только потому, что они признаются обществом, не исходят от гос-ва, то что отличает их от ценностей моральных. Это мораль или право? Я думаю, Харт правильно поставил вопрос том, что право изменяющееся явление и надо смотреть на движение право; и терминология выражает именно движение права, а не устройство правовой материи. Но он не учел, что с воем движении право часто заходит в область морали; невозможно отделить право от морали. Например, судебное решение: внук убил своего дедушку, т. к. боялся, что тот изменит завещание. Отсидел, вышел, предъявил требования по получению наследства. Суд стал решать. Формально по закону надо пережать все имущество дедушки, завещание действует. Но но же убил дедушку, но ведь он и отсидел уж. Суд отказал в наследовании на том основании, что внук совершил аморальное действие. А знаменитая история 1725 года. В суд поступил иск от человека, который описал, что они с компаньоном заключили договор простого товарищества (о совместной деятельности), он внес 2000 фунтов. Они ездили по Англии и уговаривали людей отдать им драгоценности, собрали 10000 фунтов. Компаньон поделили пополам и не учел ранее внесенные 2000 фунтов. Судьи долго думали, потом поняли: два бандита, создали банду, грабили народ, поспорили между собой и подали иск в суд. Суд постановил арестовать их за оскорбление суда.]

Лекция 14. 05.12

**Тема 11. Развитие американской юриспруденции в XX веке**

Вопросы:

1. Оливер Уэнделл Холмс.
2. Социологические учение о право Роско Паунда.
3. Реалистическая юриспруденция и ее родоначальник Карл Ллевеллин.

Экзамен – группы по три человека, каждому человеку задается по два вопроса по разным эпохам, вопросы общие. Если у пар возникают трудности – Томсинов обратится к помощи зала. Если часто будем отвечать из зала, то можно получить автомат.

Ни за что не упоминать, что ты работаешь, иначе он сразу презюмирует, что ты не ходил на лекции. И вообще никаких оправданий не нужно.

Главную роль в современной научной юриспруденции играют американские правоведы, потому что они столкнулись на практике не только с законодательством, но и с американским вариантом коммон ло (оно не такое традиционное и консервативное как английское). Американское коммон ло – это производная от судебной практики, можно даже сказать, что это воплощенная в некоторых доктринах судебная практика, она динамичная. Поэтому американские правоведы, конечно, имели более благоприятный правовой материал для того, чтобы развивать свое понимание права. с этим связан расцвет правовой науки в Америке в 20 веке. Кроме того, Европа в 20 веке – нестабильность (войны, революции, распады государств), а вот США – стабильное государство. Они, конечно, вели войны, но за пределами государства. Хотя, если внимательно посмотреть на развитие американского государства в 20 веке, то можно увидеть два периода, когда государство фактически было на краю гибели, потому что погрязло в коррупции:

1) Начало 20 века. Это затронуло даже президентствую власть. Вильсон по сути продал право печатать доллары Федеральному Резерву – корпорации, которая не имела никакого отношения к Федерации. Вильсон просто-напросто совершил государственное преступление.

2) Начало 30 годов – распространение коррупции было связано с великой депрессией, в государстве доминировали разные преступные группировки (которые иногда почему то героизировались – Аль Капоне).

Но США выбрались из этого кризиса, в 20 годы сформировали настоящий рабочий, нейтральный бюрократический аппарат. С этим как раз связано повышение роли законодательного регулирования в 20 веке. Но суды, тем не менее, не утратили свое значение в американской правовой и политической жизни. Описанные обстоятельства предопределили развитие правовых доктрин, которые проистекали из переосмысления судебной практики:

**Социологическое учение** о праве Роско Паунда (1870 род.). интересен тем, что выбивается из закономерности, поскольку в начале 20 века главной фигурой был судья, который разрабатывал научные доктрины. А Паунд – правовед, он 30 лет возглавлял Гарвард, получил университетское юридическое образование. Никогда не пытался занять судебную должность или заниматься практикой. Посвятил себя именно научному изучению права и преподаванию. Представление его о праве сформировалось в начале 20 века не случайно, поскольку он видел слабость государства и оторванность от жизни законодательства. Эта оторванность законодательства от жизни заставила его обратиться к правовой социологии. Название его метода социологическим носит усл хар-р. На самом деле социология категория философская в его понимании. Но как говорил, не мог придумать другого термина, поэтому будет применять его, потому что отказ от этого термина тоже вводил бы в заблуждение.

Он считал себя учеником Холмса. Он считал что именно Холмс, обратившись к "жизни" права, подсказал ему, что корни права надо искать именно в обществе. Другой учитель Паунда – Р.Иеринг, у он которого заимствовал категорию интереса. Но Иеринг говорил об индивидуальном интересе, иногда о групповом, но считал, что в основе права лежит совокупность **индивидуальных** интересов, они сталкиваются между собой и создают атмосферу борьбы за право. Паунд считал, что Иеринг, во-первых, не увидел общий интерес общества, который выражается в законодательстве и который всегда ощутим, особенно в моменты кризиса. Во-вторых, общество состоит не из индивидов, а из соц групп (классов, сословий итд), а индивиды являются частью этих групп. И на право оказывает влияние не индивидуальный интерес, а групповой (интерес общества и интересы этих групп). Паунд посмотрел на право как на общественное явление, он его вывел из «замкнутого мирка», в который право заключили Остин, или, например Христофор Ленгделл.

Вывел право из материала правовых норм и показал, что многие общественные отношения могут существовать как правовые. Право не только отражает общественную жизнь, но и вкраплено в нее, его невозможно рассматривать изолированно, обособленно от общества, морали. Решения правовых проблем надо искать именно в обществе. Паунд показал, что судья при рассмотрении дела учитывает потребность, соц условия жизни, устанавливает мотивы их поведения. особенно это характерно для уголовных дел. То есть, судья смотрит на право как на общественное явление. Паунд увидел в праве общественное явление и посмотрел на формирование законодательства, которое формируется не путем столкновения общественных групп (как считал Иеринг), а должно отражать общественную жизнь. Устаревает именно то законодательство, которое перестает отражать реальную общ жизнь.

Фигура Паунда – это фигура правоведа-энциклопедиста. Правовую историю он представлял как развитие общественных отношений, которые могут существовать как правовые, не сводил ее к истории законодательства.

Особое внимание уделял морали, считал, что мораль не постороннее явление по отношению к праву (как считали позитивисты). Мораль – мостик, который соединяет правовые ценности с общественной жизнью. Судья должен заботиться об авторитетности своего решения и смотреть на решение с точки зрения морали, как оно будет воспринято в обществе. Проводя такой подход, Паунд фактически выступал против кодификации, так как кодификация есть собрание оторванных от жизни правовых ценностей. Социологический подход как раз помог во многом осознать достоинство американского права. Ведь в Америке двойственное было распространено отношение к кодификации. Успешно шла кодификация уголовного права, частично было кодифицировано ГП (например, в Калифорнии). Но в целом к кодификации отрицательно правоведы относились и Паунд объяснил такое отрицательное отношение. Он по сути мало что нового сказал именно о праве, он просто-напросто провел взгляд на то, что право не должно ограничиться только нормами, понятиями, и основное содержание права составляют именно общественные отношения. Мы с этими понятиями хорошо знакомы по советской доктрине права, ведь она всегда определяет право как систему общественных отношений.

Другое достоинство Паунда – привлек внимание к жизни права: показал, что право это не застывшая система правовых норм, доктрин, понятий, а часть общественной жизни. Это привело к развитию доктрины реалистической юриспруденции, самому значительному направлению в современной американской юриспруденции.

Родоначальником **реалистической юриспруденции** стал ученик Паунда – Карл Ллевеллин, немец по происхождению, хотя жил и родился в США. Родился в 1893 г. Он решил, что образование он должен получить в Германии, переехал туда. Потом вернулся в США, понял, что образование его недостаточное, поехал в Сорбонну на юрфак. Это было весной 14 года. А на исходе лета началась первая мировая война. Находясь в Париже, Ллевеллин (американский гражданин, ощущавший себя немцем по духу), добровольцем вступил в немецкую армию. К счастью, он служил на западном фронте, поэтому выжил. После окончания Первого мировой он вернулся в США.

*Чем более необычные теории выдвигал правовед, тем более необычная у него биография – закономерность, которую выявил Томсинов.*

Видимо, учение Паунда произвело на Ллевеллина такое впечатление, что он решил заняться практической юриспруденцией. В 20 году он поступил на работу в Национальный Банк Америки и стал его представителем в одной крупной торговой компании. Работал там три года, именно там он познакомился с коммерческим правом. Его реалистическое учение о праве во многом покоилось именно на коммерческом праве. Оно довольно сильно отличается от всех других, и одновременно как бы несет в себе "зародыш будущего права". А в то же время именно в коммерческом праве лучше всего выражаются такие свойства права, которые мы не видим даже в ГП. С 24 года он начинает преподавать, занимается в основном коммерческим правом. Одновременно становится экспертом в национальном комитете по унификации законодательства. В 1940 году президент этого комитета выступал на торжественном заседании и выдвинул идею, что надо создать некий единообразный торговый кодекс. Лллевилин его поддержал, и именно ему поручили сделать набросок этого Кодекса.

После смерти Ллевеллин выяснилось, что он предлагал это еще в 30-е годы, и, скорее всего, президент комитета озвучил тогда именно мысли Лллевелина. Разработка кодекса и разработка доктрины реалистической юриспруденции происходили параллельно.

Карл Ллевеллин воспринял реалистическую юриспруденцию как некую правовую идеологию. Был убежден в истинности этого взгляда. В чем суть?

Карл Ллевеллин исходит из социологического учения о праве Роско Паунда. Сохранилась их переписка, поскольку ученик оказался критически настроенным к творчеству учителя. В письмах они обсуждали основные проблемы реалистической юриспруденции. Из писем видно, чем отличаются взгляды двух этих мыслителей. Роско Паунд, все-таки, правовед 19 века, как и мы сейчас. Мы исходим из того, что в юриспруденции есть некие застывшие конструкции, вечного характера. Есть правовые нормы, которые можно рассматривать отдельно от их применения, в отрыве от применения. Этот способ изучения правового материала казался Ллевеллину очень смешным, потому что он очень рано пришел к выводу, что взгляд Роско Паунда на право как на общественное явление не очень социологический. Почему? Роско Паунд говорит: есть нормы, кодексы, но смотрит он на нормы как на отражение общественных явлений. Но он смотрит в статике на них, то есть он воспринимает весь материал как заранее оформленный, статичный. А вот Ллевеллин сразу пришел к выводу, и с этого и началось его изучение о праве… тут он отвлекся: вообще у любого мыслителя важно уловить корень доктрины, и тогда сразу вся доктрина станет понятной. Этот корень еще называют кодом учения. Так вот, кодом учения Роско Паунда является то, что целый ряд общественных отношений одновременно являются юридическими. Договорные отношения являются и общественными, и правовыми. Да и вообще, любое правоотношение – это общественное отношение. Есть такие общественные отношения, которые не могут существовать, не являясь одновременно правовыми. Поэтому право не только отражает, оно вкраплено в общественные отношения.

Роско Паунд, конечно, принимал во внимание нормативный характер права, но смотрел на правовую норму не как произведение юридического ума, а как произведение общества. Он считал, что законотворческая деятельность не свободна, она запрограммирована. Законодатель – инструмент общества, воплощает в правовые нормы интересы общества. Но все же смотрел на правые нормы как на часть права.

А вот Ллевеллин все-таки занимался практической юридической деятельностью, много участвовал в процессах спорных, видел, как право действует. Корневая идея реалистической юриспруденции – не только юридические категории сами по себе бессмысленные (об этом сказал еще Бентам), но он пошел дальше: правовые нормы сами по себе бессмысленны. Ведь правовые нормы становятся правовыми только при применении в какой-то конкретной жизненной ситуации. Если она просто выражена в кодексе, это не правовая норма, а ее знак, образ, скелет. А вот когда суд ее применяет, он ее фактически создает.

Паунд считал, бессмысленным спор о том, что делает судья. Холмс, Мейнсвуд – считали, что задача судьи – только обнаружить право (прецедент – свидетельство о праве, но сам судья право не творит). Ллевеллин считал спор о том, обнаруживает ли судья все-таки право или творит его, бессмысленным, ведь судья и обнаруживает, и творит, он делает все одновременно, потому что правовых норм нет без применения на практике. То, что мы называем правовой нормой, полуфабрикат, символ. Только когда она применяется, она оживает и становится полноценной. **Еще раз, правовой нормы не существует без ее применения на практике.** Она в мертвом состоянии не может быть объектом изучения. Если юрист смотрит на правовую норму без практики, **то он неизбежно привносит в понимание правовой нормы свои субъективные воззрения.** И тем самым он искажает эту норму, ведь он видит в ней только то, что есть внутри у него.

Действительно, если мы смотрим давно написанные книги, мы замечает то, что у нас есть внутри. Очень сложно человеку обнаружить что-то новое в литературном наследии, то, что он в первый раз видит. В окружающем мире мы замечаем самого себя. Ллевеллин обратил внимание на такую психологию человека и перевел ее на право. То, что называют познанием правовой нормы, это, безусловно, не ее познание. При толковании нормы мы в норме видим то, что в нас присутствует. Значит, настоящий процесс познания – освобождение от собственных пристрастий, воззрений. Настоящий процесс познания – не субъективный, а объективный. Когда норма воспринимается не с точки зрения воззрений правоведа, а с точки зрения ее содержания, это происходит только в общественной жизни. Мы видим, что норма применяется в конкретном случае. Да, действительно, тогда жизненная ситуация раскрывает смысл нормы.

Но тогда получается, что правовая норма называется таковой только условно. Норма – это нечто типичное. Каждый случай индивидуален. Типичным может быть только символ, что-то искусственное. А все живое – индивидуально. Поэтому если правовая норма применяется на практике, она перестает быть нормой. А что тогда право, если оно не состоит из правовых норм? То, что мы называем нормой, заготовка. На практике норма перестает быть нормой – все случай разные, нет дел, одинаковых во всем, а, значит, нормы как таковой в праве быть не может. И это говорится даже о коммон ло, хотя кажется, что коммон ло больше всего подходит к его доктрине.

Он говорит, ведь коммон ло предполагает правило обязательности прецедента: и здесь мы сразу сталкиваемся с искусственностью. Ведь правила об обязательной силе прецедента предполагают две мифические ситуации:

1) есть схожие ситуации, аналогичные дела (Ллевеллин: но не бывает же такого);

2) самый главный порок прецедентности – правила обязательности прецедента предполагают, что прецедент, вынесенный ранее, правильный. То есть отрицается возможность ошибок в судебной деятельности. А ошибки есть. А если есть ошибки, то правило обязательности прецедента бессмысленно.

Правовые нормы - это самый вредный миф, с которым мы сталкиваемся, изучая право. И многие правовые принципы также являются мифами. Например, правило обязательности прецедента. Причем его ложность очевидна. Достаточно посмотреть на него с точки зрения: еще одна корневая идея – **посмотреть на данный принцип с точки зрения здравого смысла.**

Но если право – не совокупность норм, невозможно вывести правила, которые нельзя было бы опровергнуть сточки зрения здравого смысла, то что такое право? Это уже ствол доктрины. Корни я назвал ранее. Действительно он исходит из того, что правовых норм, которые бы обладали признаками права, нет. Если мы говорим – право – совокупность правовых норм, то это нечто искусственное. Не то, в чем право воплощается.

Есть подлинный смысл правая норма приобретает только при ее применении и она одновременно в этот момент прекращает свое существование, **то право – сам этот процесс**, **которые показывает, как правовая норма воплощается в жизнь. Она оживает, перестает быть нормой, приобретает такие метафоры. И в итоге, норма превращается в методику разрешения спора.**

**То есть настоящее право – не застывшие правовые ценности, а движение в общественной жизни правовых ценностей, что они нам дают. Они – что? Они всего лишь ориентиры при рассмотрении правового спора. Жизнь права не в них, не в этих цееностях. А в той деятельности, которая на основе конкретных фактов пытается разрешить спор.**

**Право на самом деле воплощается не в нормах, а в реальной жизни.**

**Но, по мнению Ллевеллина, жизнь это не социальное отношение, а юридическая деятельность. Ллевеллин представил нормы в непривычном для нас виде.**

**Право – это не нормы, не принципы, не законы. И вообще бессмысленно говорить о какой-либо форме выражения права, потому что единственная форма такого выражения – это жизнь этих правовых норм. Это процесс разрешения каких-либо правовых проблем. Так что право – это процесс, а не нечто застывшее.**

Раз так, как можно вообще создать кодекс.

Эти идеи и воплощаются в Единообразном торговом кодексе. Название не должно вас смущать, потому что оно ложное. В юриспруденции «мысль изреченная есть ложь».

Каким должен быть кодекс, построенный на реалистической концепции права. Это не сборник правовых норм. А из чего мы должны его составить? ЕТК – не единообразный, не кодекс. Это когда при рождении дается имя вне связи с днем рождения, без связи со святым или с датой. Хаотичное нагромождение юридических понятий создало в юриспруденции мир неправильных названий. Название не отражает называемого предмета. Это не кодификация, это нечто другое, не кодекс, не торговый, не единообразный.

Потом он вспомнил, что забыл рассказать про Холмса, и переключился на него.

**Оливер Венделл Холмс**

Родитель американского реализма. 19 век, США, утвердился позитивистский взгляд на право. США – Христофор Ленгделл, сам он называет свое учение о праве **формалистическим учением о праве.** Основное внимание уделил юридическим категориям. Тем же занимался Савиньи в Германии. Савиньи, как уже было сказано, называют историком права. Но он изучал историю не для того, чтобы прошлую правовую жизнь реконструировать, а чтобы выделить из категорий устойчивые категории и создать систему.

Савиньи видел отражение народного духа в законодательстве, поэтому все равно находился в плену позитивизма. Поэтому и он старался выстроить систему. Тем же Джон Остин в Англии занимался и Христовор Ленгделл в США. **Все смотрели на право как на совокупность команд власти, и соответственно, создавали искусственный правовой мир.**

Середина 19 века этот мир начал рушиться, потому что США начали рушиться. Конституции штатов, гражданская война в США, штаты хотят выйти из состава США. Гражданская война покажет, что команды власти не имеют значения, потому что сама власть – неустойчивое явление. Силу в годы войны сохранили только суды. И вот этот факт, видимо, оказал огромное влияние на Оливера Холмса.

1941 – Холмс родился, 57 – поступил в Гарвард, 61 – закончил. Началась гражданская война, он пошел в армию. 1963- ранен был, не мог дальше служить. Вернулся. Занимался практической деятельностью, работал барристером, писал много статей в американ ло ревью, авторитетный юридический журнал. Приглашали читать лекции в университетах.

В 1980 году его пригласят прочитать курс лекций об американском варианте коммон ло в Бостонском университете. В следующем году были опубликованы эти лекции. Но не оставлял практической деятельности. Будучи успешным барристером, он был избран судьей верховного штата Мичиган, он там жил, потом стал председателем этого суда.

Выпустит труд the path of the law (путь к праву).

1902 – избран в состав ВС США, до 12 января 1932 года. Уйдет по собственному желанию (по некторым данным, председатель его уговорил уйти). На 92 году жизни. 6 март 1935 года умер.

В чем суть его взгляда на право?

Американский вариант коммон ло в 70-е годы 19 века сформировался. На его основе Холмс разработал концепцию. Опирался от Христовора Ленделла, критиковал его, позитивизм и попытки представить право в виде совокупности правовых норм. До гражданской войны в США эта попытка еще имела основания. Гражданская война сокрушила и президентскую, и законодательную власть. Показала, что формализм – ложное учение.

В праве надо искать что-то более вечное, чем законодательство. Жизнь права не в логике права, а в практическом опыте. Право – судебная деятельность. Но не вся судебная деятельность. Что в судебной деятельности – право?

Аргументация. Как судья аргументирует судебное решение, тогда мы понимаем, что такое право. Потому что право – методика аргументации правового решения. Даже те принципы, которые не выражены на письме: нельзя получить выгоду из преступления.

Пример: Парень 16 лет, подозревая, что дед собирается переписать завещание на другого внука, убил этого деда, отсидел, вышел и предъявил претензии на наследство. Новые владельцы, которые пользовались имуществом, пока он сидел в тюрьме – собственниками не стали. Суд установил, что на основании законов у сына есть основания вступить во владение имуществом. Но в коммон ло есть принцип: нельзя получить выгоду из правонарушения. Применили принцип и отказали во вступлении в наследство.

Далее, Холмс понимает, что на самом деле судья имеет дело с той стороной человеческого существа, которая не привлекательна. Люди в образе bad man. Именно они и являются субъектами права. Это означает, что все понятия морали в таком случае не применимы. Он принимает аргумент формалистов, что право не связано с моралью.

Говорит, да, судья не должен моральные соображения принимать во внимание. Но только нормами права он не обоснует судебное решение. Судья смотрит на реальную ситуацию, он смотрит, как применить правовой материал в жизненной ситуации. Именно эта мысль Холмса потом и привлекла внимание Паунда и Ллевеллина.

Реалистический взгляд на правовые нормы и позволяет создать настоящий кодекс. Но это будет не совсем кодекс. Ллевелин показал, что он понимает под кодексом на основании проекта ЕТК (1940 г.).

1940 – он составил проект этого кодекса.

Лет 6 шло обсуждение (но там была война, она все затрудняла).

1945 – была сформирована специальная редакционная комиссия. Возглавил Ллевеллин со своими друзьями, единомышленниками, супругой (Зоя Меньшикова). Супруга оставила большое наследие эпистолярное. Она переписывалась с друзьями Ллевеллина. С авторами книг о нем. Много написала, о том, как шла разработка ЕТК.

Она также написала о своей роли. Ее роль во многом раскрывает взгляды Ллевеллина на право. «Я не понимала, что за работа осуществлялась; не могла помочь своему мужу, не смыслила в торговом праве. Я была необходима мужу, потому что ничего не понимала». Задача Ллевеллина – кодекс ЕТК должен быть понятен каждому не юристу, иначе нет смысла писать кодексы. Это во многом выражало его воззрения, которые стали частью реалистической юриспруденции. Это юриспруденции жизни. А, значит, это не знание, доступное только для понимания просвещенных, а знание, доступное для понимания всем.

Ллевеллин осознавал, что торговое право – сложная материя. Но нет смысла создавать кодекс, который будут понимать только правоведы. Он пишет кодекс, чтобы любой торговец, бизнесмен понимал его содержание. Только тогда кодекс выполнит свою функцию упорядочения торговых отношений в стране.

США – разнообразие обществ, общества до этого были самостоятельными колониями. Очень трудно в государстве разнообразия правопорядков говорить о единой правовой системе США. Нельзя говорить «Право США», надо говорить «Правовые системы США».

**ЕТК единообразный по замыслу. Он будет единообразный, когда его будут понимать все** **торговцы, и тогда они будут следовать тем методикам, которые заложены в кодексе**.

Далее, систематизация по отраслям страдает недостатками. Он понимает, что на самом деле необходим кодекс не торгового права, а торговой деятельности. Кодекс торгового права – только нормы торгового права, кодекс тор-й деятельности – не только нормы торгового права, но и нормы процессуального права, а еще и гражданское, банковское, МЧП (торговля всегда выходит на рамки одной страны). Как определить момент перехода ПС? Инкотермс – базисные условия поставки.

Создает кодекс торговой деятельности, а не торгового права. Общее между ними – регулирование торговой деятельности.

Далее, его подход любопытен.

Понимает, кодекс – это не совокупность норм. Но в то же время, в кодексе дб правила. Ллевеллин понимает, что кодекс должен содержать такие правила, которые бы не задавали жесткое поведение сторон, а, наоборот, правила разнообразного поведения в разных конкретных жизненных ситуациях. ЕТК состоит не из норм, которые ограничивают торговую деятельность, ставят ее в какие-то рамки, а, наоборот, из норм, которые придают этой деятельности юридически оформленный. **ЕТК дает методику разрешения торговых споров.**

ЕТК – это не просто определение рамок поведения. Кодекс предполагает, что в торговой деятельности обязательно возникнут какие-то проблемы.

Проблема обмана: покупатель не получил товар, продавец деньги. Как выйти из ситуации? Кодекс содержит определенные гарантии, не только инкассо, аккредитив, но и обеспечительные меры для сделок. Сама система ЕТК – скорее система институтов, обеспечивающих торговую деятельность, а не просто система институтов торгового прав. Построены по принципу от общего к частному.

Далее, в ЕТК множество норм, регулирующих контрактное право. Кое-что из обязательственного права. Ллевеллин вообще смотрел на коммерческое право не как на совокупность норм, регулирующих торговую деятельность, а как на совокупность норм, программирующих, направляющих торговую деятельность. Соответственно, в итоге получилось скорее **руководство по обеспечению торговой деятельности.** ЕТК – это лучшее выражение реалистической юриспруденции.

Ллевеллин также настоял на том, чтобы кодексу не придавалась сила закона. Потому что он считал, что в основе права лежит согласие, поэтому нельзя что-то навязать сверху властью.

1946 г. – Закончен начальный проект ЕТК, созвана комиссия из торговцев для обсуждения кодекса.

1951 г. – Завершили кодекс. Предложили штатам. Штаты 4 года думали, принимать / нет. По замыслу Ллевеллина, кодекс можно было ввести в действие только если штаты его примут.

1956 г. – ЕТК приняли. 4 года работала комиссия по оценке ЕТК.

Но пока штаты думали, принимать или нет, кодекс устарел.

1957 г. – новая редакция появляется.

1958г. – некоторые штаты ее принимают. Пока остальные штаты дальше думают, ЕТК опять устарел.

1962 г. – опять новая редакция.

2006 г. – последняя редакция.

В итоге, разные штаты приняли разные редакции, поэтому нельзя назвать кодекс единообразным. Но каждый штат все-таки принял, и, действительно, удалось упорядочить торговлю.

ЕТК можно назвать действительно модельным. Но отличается от модельного УК. УК предлагает конкретные нормы УП. А тут кодекс именно торговой деятельности, не совсем права.

Реалистическая школа права до сих пор доминирует. В ее рамках появилось несколько самостоятельных учений. Одно из них создал Ричард Познер, 39 года рождения, он считается самым великим правоведом современности. Есть его двухтомник экономического анализа права, скучно читать ☹

«Право, прагматизм и демократия» - 2003 г.

В чем суть подхода Познера?

Его ответвление от реалистической юриспруденции Томсинов назвал абсолютным прагматизмом. Он абсолютизировал мысли Ллевеллина. Он решил, что действительно, право надо рассматривать в жизни. Но при этом необходимо понимать, что надлежащее правовое регулирование мб достигнуто только за счет прагматичного взгляда на ситуацию.

Фермер обратился с иском в суд в ЖД компании, которая построила железную дорогу на границе его участка, т.к. 50 метров его участка вышли из оборота (загрязнены всякими вредными веществами и тд). На 50 м ничего нельзя посеять. Требование: выплачивать ему 50 тысяч долларов каждый год за вывод земель из оборота. Суд установил, что убытки на самом деле больше, 100 тысяч долларов. Суд принял компромиссное решение – 60 тысяч долларов присудил фермеру. Компания осталась довольна. Познер приводит это решение в качестве примера того, как на самом деле надо решать правовые проблемы. То есть надо смотреть на конкретную ситуацию и учитывать выгоду обеих сторон.

Прагматизм Познера лучше всего проявлялся в сфере экономики. Именно здесь выгода имеет наивысшее выражение.

Была еще одна причина, почему Познер обратился к экономике. Он ведь одновременно изучал политику, а в политике разрешение проблем зачастую носит радикальный характер, наносит ущерб всем. Мир политики – жестокий мир. Поэтому лучшая методика разрешения проблем была им обнаружена в сфере экономики. Тут проблемы решаются "мягче", с учетом выгод всех сторон. Именно поэтому Познер считал мир экономики – реальным выражением права.

На этом я заканчиваю свой курс, остальное сами прочитаете, а что не прочитаете – спросите во время зачета…☺

1. Это не договор займа, а процедура заключения займа; процедура, связанная с исполнением договора займа. [↑](#footnote-ref-1)
2. Процедура обязывания стороны совершить то или иное действие (это не материальный институт). [↑](#footnote-ref-2)
3. Обязательства он относил к вещам. [↑](#footnote-ref-3)
4. Критиковали это деление по признаку интереса: так как частные интересы зачастую могли совпасть с интересами государства. [↑](#footnote-ref-4)
5. Классификацию обязательств они проводят:

- даю, чтобы ты дал

- даю, чтобы ты сделал,

- делаю, чтобы ты сделал

- делаю, чтобы ты дал.

Эта классификация во многом заменяет классификацию (по моменту возникновения): реальные, консенсуальные, литтеральные, вербальные. Но эта классификация прорывается в сущность отношения, другого стиля.

Переработка сущности брака – права и обязанности сторон. Римское общество состояло из семей. Государство не вмешивалось в семью. Все отношения в семье регулировались главой семьи. Глава семьи имел власть над домочадцами (в том числе над жизнью). Государство строилось тоже по модели семьи. Поэтому в римском праве категория субъективных прав не получила большого развития, так как превалировали интересы сплочённости тех или иных социальных структур. Сама юридическая наука чаще всего исходил из идеи поддержания сплочённости общества. Юстиниан прямо провозглашает в Конституции, что Дигесты – несовершенный сборник, нуждается в толковании, но толкования породят споры юристов, которые будут раскалывать общество, поэтому Юстиниан запрещает толкования. При жизни Юстиниана это не будет нарушено, но в 7 веке появится глосса – сохранение текста при изменении смысла слов (придаётся новое значение словам). [↑](#footnote-ref-5)
6. Эдикт Каракаллы или «Антонинов указ» (лат. Constitutio Antoniniana — «Конституция Антонина») — указ римского императора Каракаллы 212 г., предоставлявший римское гражданство всему свободному населению империи.. [↑](#footnote-ref-6)
7. Аккурзий (Франциск), по-итальянски Аккорзо — один из знаменитейших старинных итальянских ученых законоведов (глоссаторов); род. около 1180 г. во Флоренции; один из учеников Азо, с 1221 г. преподавал в Болонье и умер около 1260 г. Известен по труду своему «Glossa ordinaria», или, как просто называют, «Glossa», сборнику глосс (см. это сл.) предшественников и современников А. Впечатление, произведенное выходом этого труда, было необыкновенное. В судах этот сборник сделался вскоре настольной книгой и доставил автору славу первого законоведа средних веков. [↑](#footnote-ref-7)
8. Данный термин невозможно переводить на русский (с) В.А. Томсинов. [↑](#footnote-ref-8)