



УДК 340.114.5
ББК 67.05

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ ЮРИДИЧЕСКОГО МЫШЛЕНИЯ

Д.В. Зыков

Юридическое мышление в свете неклассических методологических представлений об идеалах, нормах и критериях рациональности оказывается под пристальным вниманием правовой науки. В связи с этим обнаруживаются тенденции релятивизации и иррациональной интерпретации юридической реальности, что сравнимо с ее отрицанием. В статье предпринята попытка защиты традиционной концепции объективной действительности нормы на основе учения Г. Кельзена. В качестве иллюстрации возможности «примирения» субъективного юридического мышления с объективным механизмом права предлагается постпозитивистский парадигмальный подход Т. Куна.

Ключевые слова: понятие юридического мышления, парадигма (дисциплинарная матрица) юридического мышления, норма как смысл отношения, догма правопорядка, ценности и поведение, антиномии мышления юриста, стиль юридического мышления.

Вопрос о юридическом мышлении, его понятии и развитии стоит очень остро перед наукой в условиях все усложняющейся общественной жизни. В этой связи достижение научным сообществом единства понятия является актуальной задачей. Однако, подобно отсутствию договоренности по поводу определения права, наблюдается тенденция все более глубокого расхождения в среде правоведов по поводу определения юридического мышления. Перейдем к рассмотрению некоторых воззрений на юридическое мышление из наиболее поздних разработок.

А.И. Овчинников определяет правовое мышление как «феномен сферы духовного мира человека, представляющий собой процесс понимания окружающей индивида социально-правовой действительности, результатом которого являются, с одной стороны, желаемое и позитивное право, с другой – комплекс правовых знаний, привычек и стереотипов поведения, формирующийся и институционализирующийся в правовом сознании и юри-

дическом мировоззрении человека. <...> ...*Понимание – не просто основной способ или метод правового мышления, а его сущность, основной механизм* (курсив мой. – З. Д.)». И в другом месте: «В процессе уяснения смысла правовых норм в контексте конкретного случая происходит незаметное для толкователя соавторство, или *конструирование собственного индивидуального смысла нормы, объединяющего и «волю законодателя», и «волю закона» в «воле толкователя»* (курсив мой. – З. Д.). Судебное решение лишь частично может быть запрограммировано законодателем, что еще раз актуализирует необходимость признания широкого подхода к праву и фиктивности нормативного правопонимания» [8, с. 7].

По нашему мнению, данное определение неприемлемо одновременно по нескольким причинам. При определении «понимания» сущностью, основным механизмом и методом правового мышления качественная специфика рассматриваемого феномена продолжает быть полной загадкой, поскольку «понимание» может быть положено в основу любого иного мышления, например политического, дипломатического или повседневно-бытового и т. д. Кроме того, юридическое познание хоть и опирается на «понимание», будучи познанием историческим, поскольку работает с событием

прошлого в процессе правоприменения, тем не менее не сводится к последнему. Оно опирается также на «объяснение», будучи познанием прогностическим, поскольку стремится создать действенную («правильную») норму в процессе правотворчества, включающую догадку о будущем развитии общества и будущих фактах, а для этого необходимо знание закономерностей. Таким образом, отличительной особенностью юридико-познавательной деятельности в целом является использование как социально-гуманитарного, так и естественно-научного метода.

Последнее замечание не находит отражения в работе цитируемого автора, а значит, не раскрывает в полной мере сущность юридического мышления. Также следует учитывать, что само «понимание» можно трактовать двояко: как уяснение смысла и как привнесение смысла. Очевидно, что «смыслопорождение» и «конструирование собственного индивидуального смысла нормы» указывает на трактовку автором «понимания» как приписывания смысла тому или иному явлению. Однако для юридического мышления (приводящего в действие объективный механизм права) подобные «конструирования» будут фактически граничить с правонарушением, то есть «непониманием» задач законности или с технико-юридическим несовершенством правового акта, противоречия в котором «допускают» ошибку толкования. Так, М.Л. Давыдова замечает следующее: «От того, насколько профессионально работают юристы, а следовательно, насколько совершенны нормативно-правовые акты, отлажены юридические процедуры, эффективны различные правовые механизмы, зависит и уровень правосознания граждан, и качество правомерного поведения, и состояние всей правовой системы» [3, с. 9–10]. При этом все-таки следует согласиться с В.П. Малаховым в том, что «юридическая мысль “привносит” правовой момент в действительность, а не “открывает” его там» [7, с. 270], однако это не имеет ничего общего с индивидуальностью смыслопорождений. В чем заключается этот правовой момент, преломленный через субъективное сознание мышления юриста, который им «привносится» в действительность, мы попытаемся сформулировать и конкретизировать ниже.

Представляется достаточным собственных и приведенных высказываний, чтобы прийти к выводу о том, что А.И. Овчинников под видом правового мышления фактически описывает правосознание, широкий подход к правопониманию и не усматривает специфики юридического познания, что делает его позицию неубедительной.

Другим примером отстаивания «широкого» истолкования правового мышления является работа Т.В. Авакян, которая полагает, что «юридическое мышление не может быть отделенным от правосознания, несубъективным, предполагающим отсутствие иррационального начала и протекает оно всегда с психическими переживаниями. Интуитивное право выступает результатом единства правосознания и правового чувства» [1, с. 10]. Иными словами, автор утверждает иррациональное (эмоциональное) начало юридического мышления в виде интуитивного (личного, индивидуального) права.

На это можно возразить следующим аргументом: если следовать общеизвестному делению мышления на два вида – определенно-направленное (логическое, словесное) и фантастическое [9], то получается, что автор определяет юридическое мышление разновидностью мышления фантастического, поскольку логика плохо мирится с эмоциями. Последовав этим путем, мы рискуем вместе с автором принять следующий нонсенс: «...несмотря на то, что юридическим мышлением обладает каждый гражданин, профессиональная деятельность накладывает свой отпечаток на процесс юридического осмысления действительности» [1, с. 9]. И далее, характеризуя используемые подходы, автор заявляет: «Антропологический подход предполагает рассмотрение правового мышления как особого рода духовного феномена, присущего всем без исключения членам социума независимо от рода их деятельности, глубоко не разделяя быденное, научное или профессиональное правовое познание» [там же]. Таким образом, выходит, что каждый обыватель обладает юридическим мышлением? Весьма рискованное утверждение. Можно согласиться, что каждый обладает интуитивным правом, чувством справедливости, то есть имеет правовые эмоции, как учил Л.И. Петражицкий, но с

тем, что каждый обладает юридическим мышлением, согласиться нельзя. Иначе получается, что индивид, не будучи, например, юристом, врачом или инженером по образованию или призванию, обладает тем не менее юридическим, медицинским и технико-математическим мышлением просто потому, что является «членом социума», а значит, может разрешать сложные дела на основе закона, ставить диагнозы и назначать лечение и строить мосты и небоскребы?! Наверное, автор подразумевал, что у каждого индивида есть свое собственное представление о праве, те самые «фантазмы», интуиции о должном и возможном поведении, о которых писал Л.И. Петражицкий. Однако неясно, какое отношение к этому имеет юридическое мышление, предполагающее наличие понятийного аппарата (а не просто представления единичных вещей в рамках личного опыта), который априорно закладывается образованием, обучением и работой по специальности с целью технического применения знаний на практике; и сквозь призму которого юрист имеет определенное «видение» того, как решать стоящие перед ним проблемы.

Ошибка автора, на наш взгляд, заключается в смешении юридического мышления, которое может быть только результатом профессиональной принадлежности либо призвания и обычного размышления о своем личном праве, справедливости, которое всегда эмоционально окрашено. Позиция Т.В. Авакян оказывается далека от выделения «эссенции», самой сути «юридического» в мышлении вообще, его специфики, того, что его отличает от других видов мышления и также ведет к фактическому отождествлению его с правосознанием и «широким» правопониманием.

Теперь мы можем предварительно сформулировать тот «правовой момент» или условия, которые «привносит» юридическое мышление в реальность. Это можно обозначить «принципами юридического мышления» или его «дисциплинарной матрицей» [6, с. 272–286], что в итоге должно проявить основной метод правопорядка.

Следуя парадигмальному подходу Т. Куна, можно выделить следующие принципы юридического мышления.

1. Известно, что правовая норма служит основанием возникновения, изменения и прекращения правовых отношений. В этом заключается ее значение как «символического обобщения» правопознания. Однако она не может обладать творческой силой причины сама по себе. Посредником между нормой-причиной и следствием-отношением выступает юрист, его мышление и техника обращения со своим предметом. Отсюда следует, что юрист своим образом действий, поведением в установленной процедуре активизирует норму, делая ее действительным, позитивным фактом. Иными словами, юрист реализует определенную норму технически, внося форму в отношения в самом широком смысле этого слова. Но это только часть правды. Другая половина состоит в том, что эта активизация носит вероятностный характер и, следовательно, может не произойти по разным причинам.

Детерминистская связь здесь не является естественно-научной закономерностью, где если есть А, то есть (будет) В. Например, если есть понижение температуры ниже 0, то лужи замерзнут. Каузальный принцип в правоотношениях срабатывает несколько иначе: только при опосредовании цепочки связей третьим элементом, а именно самим актом субъективной воли. То есть запись формулы будет иной: если есть А, то *должно* быть В. Отсюда следует, что если не появится между А и В посредствующего формирующего звена в виде юриста и его мышления, где происходит, так сказать, нейтрализация двух сил в момент создания социального явления, то не будет и правового факта. Г. Кельзен по этому поводу указывал: «Внешнее действие, которое по своему объективному значению составляет правовой (или противоправный) акт, это всегда протекающее в пространстве и времени, чувственно воспринимаемое событие, то есть природное явление, определенное законом причинности. Однако это явление как таковое, как элемент природы, не составляет предмета специфически юридического познания и вообще не относится к праву. Что превращает это действие в правовой (или противоправный) акт, так это не его фактичность, то есть не его каузально определенное, включенное в систему природы бытие,

но объективный смысл, связанный с этим актом, то значение, которым он обладает. Конкретное действие получает свой специфически юридический смысл, свое собственное правовое значение в силу существования некоторой нормы, которая по содержанию соотносится с этим действием, наделяя его правовым значением, так что акт может быть истолкован согласно этой норме. Норма функционирует в качестве схемы истолкования» [10, с. 10]. Первую условность, которую вносит в действительность юридическое мышление можно обозначить как *объективация и формализация смысла отношения как правоотношения*.

2. Юридическое мышление не просто нормирует общественную жизнь, создавая объективно действительную норму, оно приносит эту норму как долженствующую быть, иными словами принудительно. Слово *должен* употребляется здесь в более широком, нежели обычно, смысле. В обычном словоупотреблении только приказыванию соответствует *должен*, а позволению – *может*, уполномочиванию – *имеет право*. Но здесь *должен* выражает нормативный смысл акта, интенционально направленного на поведение других. Понятие долженствования (*должен*) включает здесь также *может* и *имеет право*; ведь норма может не только предписывать (приказывать), но также позволять и особенно уполномочивать [там же, с. 12].

Эта принудительность выражается в догматизации юридической практики, ее инвариантности, когда траектория движения социального взаимодействия задана непреложно, категорично, как должное быть либо в ограниченном диапазоне «коридора колебаний» человеческого поведения. Обычно догма понимается как нескритичность мышления и поведения. Однако, в юриспруденции догма трактуется, скорее, как непререкаемость, эффект веления, авторитарность правовых высказываний и только потом как «бездумное» исполнение. Едва ли юридическое мышление в целом можно назвать нескритическим. Что касается поведения юристов, алгоритма их действий, то здесь бесспорна догматизация их практик. Второй условностью таким образом (вытекающей из первой) является *догма как объективный принудительный правопорядок*.

3. Суждение о том, что одно фактическое поведение соответствует норме, а другое не согласуется с ней, есть оценочное суждение, критерием которого является ценность того или иного поведения с точки зрения общественного сознания в целом и юридического мышления в частности. «Фактическое поведение, к которому относится оценочное суждение, – поведение, составляющее объект оценки и обладающее положительной или отрицательной ценностью, есть существующий в пространстве и времени бытийный факт, часть реальности. Только бытийный факт можно при сопоставлении с нормой охарактеризовать как ценный либо противочеловечный, только он может обладать положительной либо отрицательной ценностью. Оценивается именно реальность. <...> А это значит, что ценность в своем качестве долженствования оказывается противопоставленной реальности в ее качестве бытия. Ценность и реальность в соответствии с логическим дуализмом долженствования и бытия оказываются в двух разных сферах» [10, с. 30–31]. Таким образом, устанавливая норму в реальности, некий шаблон или эталон поведения, юридическое мышление утверждает третью условность, определенную *систему ценностей и оценок*.

4. Кантова теория познания и постпозитивизм как эпистемологическая философская программа показали невозможность объяснения происхождения теории посредством индуктивного вывода из наблюдения и обосновали гипотетико-дедуктивный характер теоретического познания. Наблюдаемый нами мир есть интерпретация на основе изобретенных нами теорий, наш рассудок вносит форму в наши знания, упорядочивает хаос ощущений в некий космос. Границы нашего разума совпадают с границами эмпирического опыта, однако он (разум) неизвестным образом способен самопроизвольно вырабатывать и использовать теоретическое знание, которое согласуется с реальностью и применимо в опыте.

Выходя за границы чувственных наглядных представлений в сферу высоких абстракций, разум, по Канту, упирается в антиномию, то есть неразрешимые противоречия как предел того, «что и насколько» он может познать. Все это привело к постепенному осознанию невозможности полного освобождения

от метафизических или концептуальных допущений в науке. В процессе правопознания можно встретить множество подобных метафизических концептов в виде аксиом, презумпций или фикций [3, с. 222–262]. Однако нам для наших целей достаточно будет по аналогии с кантовской методологией сформулировать наиболее абстрактные «первопричины и первоосновы» или фикции в виде антиномий юридического мышления, то есть неразрешимых противоречий или противоположных идей [4, с. 372–397].

1-я антиномия

Тезис. Право имеет начало во времени, совпадающее с моментом возникновения государства, и ограничено его пространством; оно не существует безотносительно, вне связи с местом и временем государства.

Антитезис. Право не имеет начала во времени, совпадающее с моментом возникновения государства и не ограничено его пространством; оно существует само по себе как естественная сущность вне времени и пространства государства.

Примечание. Здесь отражается один из наиболее темных вопросов юриспруденции о генезисе права и связанного с этим затруднением его определения как относительной или абсолютной ценности. Юридическое мышление на практике решает эту проблему в пользу первого тезиса, постулируя творцом права государство, а источником – закон; контрпримеры ему известны, но они имеют подчиненное второстепенное значение и часто просто игнорируются.

2-я антиномия

Тезис. Право состоит из простых норм поведения и этим определяется его понятие; расширение его элементов за пределы простого понятия нормы не обосновано, поскольку ведет к усложнению и неопределенности явления.

Антитезис. Право состоит из норм, отношений и сознания, и этим определяется его понятие; уменьшение его элементов до простого понятия нормы не обосновано, поскольку ведет к упрощению и гипостазированию явления.

Примечание. Здесь имеется в виду проблема юристов в установлении собственного предмета познания и связанные с этим последствия методологического характера.

Юридическое мышление в ответе на этот вопрос раздваивается между объективной нормой и субъективным отношением, типичностью и уникальностью ситуации, предпочитая противоречивость поведения односторонней плоскости.

3-я антиномия

Тезис. Право регулирует человеческое поведение, являющееся причиной следствия, а не следствием причины, то есть обладающее свободой воли.

Антитезис. Право регулирует человеческое поведение, являющееся следствием причины, а не причиной следствия, то есть не обладающее свободой воли.

Примечание. Этот вопрос глубже и сложнее, чем кажется на первый взгляд. Антиномия правопознания эксплуатируется на практике в обе стороны и показывает, насколько последнее метафизично. Юриспруденция использует «принцип вменения» там, где нужно найти «первопричину» или виноватого [6] для привлечения к ответственности, и «принцип причинности» там, где настойчиво, а порой жестко детерминистским путем надо осуществлять цели управления и правопорядка. Юридическое мышление утверждает либо констатирует антиномию свободы и необходимости в реальности.

4-я антиномия

Тезис. Право связано с высшими ценностями бытия, признает над собой высшее духовное начало как свою часть или как свою причину.

Антитезис. Право не связано с высшими ценностями бытия, отрицает их существование, является инструментом для осуществления утилитарных целей, его причины носят внешний характер.

Примечание. Это мировоззренческая проблема философии права о сущности, назначении, смысле, целях права и т. д. Юридическое мышление выступает проводником идей или, лучше сказать, идеалов. И четвертой условностью выступают *концептуальные допущения (фикции, аксиомы, презумпции)*.

5. С логической и исторической точки зрения любые юридические нормы (будь то прецедент, закон или подзаконный акт) представляют собой не суммированные копии действительности, как учит теория отражения, а пре-

образование предметов реального мира в понятие о предмете. Мы мыслим не вещи, а образы вещей. Мышление всегда есть процесс некоторого «огрубления», «упрощения» реальности до понятия о ней, но не фотографический снимок. Юридические конструкции как средство юридического мышления представляют собой идеальное построение, то есть понятие. Там, где в естествознании применяют эксперимент, наблюдение и измерение, в обществоведении используются абстракция и идеализация. Все это значимые различия для осознания того, что если это всего лишь понятие, образ действительности, но не сама действительность, то нет ничего удивительного, что закон (или прецедент), будучи понятием, не всегда будет совпадать с частностями действительности. Но это не умаляет значения юридической конструкции «как основного доктринального средства юридической техники» [3, с. 149]. Техника различия системы общего права и техника толкования системы континентального права в этом смысле представляют собой также конструкции, только большего масштаба. Значение конструкции техническое, следовательно, должно всегда обуславливаться тем важным обстоятельством, работает она или нет, можно ли с помощью заложенного в ней механизма осуществлять некоторые интересы и цели или нет, пригодна ли она как форма, как смысл всех свойств юридических реалий или нет. Не находим мы в юриспруденции иной категории, кроме конструкции, характеризующейся как *образец решения практических проблем и ситуаций, что является очередной «привносимой» условностью юридического мышления.*

6. Все элементы в результате взаимодействия образуют априорную понятийную сетку или теоретическую схему мышления юриста, сквозь призму которой он рассматривает мир юридических реалий. Эта теоретическая схема более всего напоминает куновскую парадигму. Поэтому правильнее говорить о метатеоретической ее составляющей. Это «образ мыслей» и «образ действий», представляющие собой метод мышления юриста, который известен как *формально-догматический*, но точнее будет сказать – *авторитарно-рационалистический*. В самом деле, юридическое мышление по своей природе ав-

торитарно. Хорошо сказал А.И. Герцен, несколько перефразированный Я. Вечевым: «В нем сказывается влияние высших, неземных сил – “позади государства видимого стоит идеал, государство невидимое, апофеоз существующего порядка вещей”» [2, с. 397]. При этом не важны особенности догмы, выступающей ядром его структуры, будь то закон, прецедент, правовой обычай или религиозный канон. Все эти источники права объединяет то, что юрист должен апеллировать к их авторитету с целью легитимации своей деятельности и аргументации своей позиции. Юридическое мышление авторитарно, поскольку его «видимость» всегда скрывает «невидимого» привилегированного субъекта истины – государство, первая и главная привилегия которого заключается в монополии права принуждения [10, с. 53–55]. И это можно назвать *условностью авторитарно-рационалистического правопорядка.*

Цель нашего исследования заключалась в теоретическом, схематичном описании юридического мышления, чего мы и достигли. Поэтому может показаться, что обозначенные нами свойства и черты изучаемого понятия говорят больше о том, какое оно должно быть, нежели о том, какое оно есть на самом деле. Однако достаточно даже поверхностного наблюдения за происходящим с целью верификации, чтобы увидеть, что при всей иррациональности человеческой повседневности мышление юриста выступает организующим, упорядочивающим человеческие отношения фактором. Оно может и должно быть *объективным, формальным и догматичным, поддерживающим общественное сознание и поведение на сравнительно высоком культурном уровне общежития.*

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Авакян, Т. В. Юридическое мышление в правоприменительном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Авакян Татьяна Владимировна. – Ростов н/Д, 2006. – 18 с.
2. Вечев, Я. Правовые идеи в русской литературе / Я. Вечев // Анти-Вехи. – М. : АСТ МОСКВА, 2007. – С. 391–450.
3. Давыдова, М. Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии : монография

/ М. Л. Давыдова. – Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2009. – 318 с.

4. Кант, И. Критика чистого разума / И. Кант. – Ростов н/Д : Феникс, 1999. – 672 с.

5. Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сб. пер. – Вып. 1 / пер. С. В. Лезевой, Ю. С. Пивоваровой ; ИНИОН АН СССР. – М., 1987. – 195 с.

6. Кузнецов, В. Ю. Преодоление метафизики как проблема современной философии / В. Ю. Кузнецов // Вопросы философии. – 2012. – № 1. – С. 28–39.

7. Кун, Т. Структура научных революций / Т. Кун. – М. : АСТ МОСКВА, 2009. – 317 с.

8. Малахов, В. П. Логика для юристов / В. П. Малахов. – М. : Академический проект, 2002. – 432 с.

9. Овчинников, А. И. Правовое мышление : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Овчинников Алексей Игоревич. – Ростов н/Д, 2004. – 31 с.

10. Юнг, К. Г. Символы трансформации / К. Г. Юнг. – М. : АСТ МОСКВА, 2010. – 736 с.

CERTAIN ISSUES ON THE THEORY OF LEGAL THINKING

D. V. Zykov

Legal thinking in the light of non-classical methodological ideas about ideals, norms and criteria of rationality is under the scrutiny of the legal science. In this regard, there appears a tendency for relativization and irrational interpretation of legal reality which is comparable to its negation. An attempt is made to protect the traditional concept of objective reality rules based on G. Kelsen's theory. As an illustration of the possibility of "reconciliation" of the subjective legal thinking and the objective legal mechanism it is proposed that law post-positivist paradigm approach put forward by Kuhn should be applied.

Key words: *concept of legal thinking, paradigm (disciplinary matrix) of legal thinking, a rule as the essence of relations, dogma of law, values and behavior, antinomy of a lawyer's thinking, legal construction, a style of legal thinking.*