Задание эссе.

«Теории происхождения права: содержание, направления, современное состояние дискуссий в науке»

Основные теории происхождения права. Вопрос о происхождении права всегда привлекал внимание философов, историков, юристов, социологов. На основе обобщенного анализа различных взглядов на происхождение права традиционно выделяют несколько основных теорий: теологическую, естественно-правовую, психологическую, историческую и марксистскую.

Теологические теории связывали происхождение права с божественной волей. Особенное распространение они получили в Средние века. В этот период появляется учение известного ученого-богослова Фомы Аквинского. Согласно его учению, право – это действие справедливости в божественном порядке человеческого общежития, а сама справедливость выражает отношение человека к другим людям и состоит в воздаянии каждому ему принадлежащего. Фома Аквинский утверждал, что существует Вечный закон, который управляет Вселенной, – это божественный разум, его часть составляет божественный закон, который содержится в Библии. От него производны все другие законы. Неотомисты (напр., Жак Маритен) считают, что право, как и государство, представляет собой результат действия духовных начал, отражение божественного разума в общественном порядке.

Естественно-правовые учения относятся к самым распространенным правовым теориям. Представления о естественном праве зарождаются в античности и отражают процесс осмысления античными философами становления писанного права, которое отличалось от обычного права, выступавшего в качестве олицетворения справедливости. Сократ, Платон, Аристотель считали, что наряду с письменными законами существуют вечные, неписанные законы, не зависящие от воли людей и составляющие естественное право. Римские юристы наряду с положительным правом, т. е. законами, признавали существование естественного права, которое возникло независимо от воли человека и одинаково для всех народов.

Расцветом теорий естественного права принято считать XVII–XVIII вв. Значительный вклад в развитие этих теорий внесли Г. Гроций и Б. Спиноза (Голландия), Т. Гоббс и Дж. Локк (Англия), Ж.-Ж. Руссо и П. Гольбах (Франция) и А.Н. Радищев (Россия). Они отказались от идеи божественного происхождения естественного права и обратились к воле народов, наций, отдельного человека. Признавалось, что в обществе наряду с позитивным правом, созданным государством (законодательством), существует высшее право, свойственное человеку от природы, – естественное право. Оно служит критерием позитивного права с точки зрения его соответствия

справедливости. Если такого соответствия нет, то законы государства являются неправовыми. При этом под естественным правом понимались законы природы, которые провозглашают всех равными, следовательно, законы государства должны быть одинаково справедливыми ко всем людям. Основные положения теории естественного права нашли закрепление в Декларации независимости США (1776), затем в Конституции США 1787 г., в Декларации прав человека и гражданина во Франции (1789) и др.

Во второй половине XIX – начале XX века сформировалась теория возрожденного естественного права и получила широкое распространение во многих странах Европы (Германия, Франция, Италия, Австрия), Латинской Америки и Северной Америки. В России основоположниками возрожденного естественного права явились П. Новгородцев, В. Гессен, Б. Кистяковский.

Для возрожденного естественного права характерно возникновение на его базе частных теорий и доктрин. К ним относятся уже упомянутую неотомистскую теорию Ж. Маритена, а также феноменологическую теорию Э. Гуссерля, экзистенциалистскую теорию М. Хайдеггера, герменевтическое направление естественной теории.

Историческая школа права (Ф. Савиньи, Г. Гуго, Г. Пуха) сформировалась в Германии в противовес теории естественного права. Право возникает стихийно, подобно языку, естественно и постепенно и служит выражением духа народа, присуще только этому народу. Задача законодателя – зафиксировать веками складывающиеся обычаи и народные верования, придать им юридическую форму как «общее утверждение нации». Таким образом, обнаруживая себя первоначально в глубине народного духа, право затем на более высоком уровне развития общества разрабатывается юристами-профессионалами. Но они не создают право, а извлекают необходимые правила поведения из того правового массива, который живет в национальном сознании. Таким образом, право не обладает универсальностью, присущей всем народам, а имеет сугубо национальный характер и потому не может быть перенесено в другое общество.

Психологическая теория происхождения права исходит из того, что источником формирования права служат внутренние переживания людей, их правовые эмоции. Основоположником психологического направления в юриспруденции считают дореволюционного юриста Л.И. Петражицкого (1867–1931). Он полагал, что появление официальных юридических норм стало возможным в силу способности людей к правовым эмоциям, особого психического состояния, которое позволяет регулировать человеческое поведение в рамках сущего и должного. У каждого народа существует так называемое интуитивное право, которое развивается постепенно, не подвержено фиксации и не зависит от чьей-либо воли или произвола. Оно

легко приспосабливается к новым жизненным ситуациям, подвижно и побуждает перемены в позитивном праве, т. е. законодательстве.

У Петражицкого немало последователей среди зарубежных юристов, которые всю общественную жизнь понимали как проявление психического начала (Г. Тард, Ф. Уолрд). По теории Г. Тарда, законом, определяющим развитие общества, является закон психологического подражания. Право создается господствующими классами для того, чтобы низшие классы подражали высшим.

В известной мере на психологической теории основывалось учение известного австрийского психиатра З. Фрейда. Он пытался объяснить индивидуальную жизнь человека и все социальные процессы с позиции подсознательных инстинктов, полагая, что бессознательное является определяющим фактором поведения и всей жизни человека.

Марксистское учение о происхождении права базируется на основополагающей идее – возникновение права неразрывно связано с образованием государства. А поскольку они возникают одновременно, причины и закономерности их развития одни и те же, а именно: появление прибавочной стоимости, затем и частной собственности привело к расколу общества на антагонистические классы. В результате первобытные обычаи оказались не приспособленными для регулирования поведения людей. В то же время для функционирования государства потребовались такие нормы, которые смогли бы сделать государственную волю общеобязательной. В результате возникла потребность в нормативном регулировании, которое обеспечивало бы классовое господство и стало бы классовым регулятором общественных отношений. Ими стали юридические нормы, образующие в своей совокупности право.

Современное состояние дискуссий в науке. Для современной юридической науки характерен эволюционистский взгляд на право, предполагающий, что право развивается последовательно и поэтапно как единое культурное явление. Подобный взгляд на историю права установился еще в работах историков права в XIX веке и с тех пор не претерпел значительных изменений. Однако сама проблема происхождения права по-прежнему не решена однозначно и порождает дискуссии среди юристов, антропологов, историков, социологов. Современная научная дискуссия о происхождении права строится вокруг попыток найти ответ на вопрос, в какой момент правовые нормы выделяются из единой системы социального регулирования в первобытном обществе и приобретают самостоятельное значение. Еще один ключевой вопрос, ответ на который так или иначе дают современные теории происхождения права, – это соотношение генезиса права и государства.

Распространенной является точка зрения, что для первобытного общества различия между отдельными видами социальных норм еще не существовало. Дискуссионным остается вопрос, представляли ли нормы первобытного общества некий отдельный специфический способ регулирования или речь идет о том, что один из видов социальных норм является исторически первым, а из него возникают все остальные. Советский этнограф А.И. Першиц развивал теорию о том, что в древнем обществе существовали так называемые «мононормы», которые представляли собой единые и внутренне неделимые правила поведения.

Еще французский социолог Эмиль Дюргейм в конце XIX века отстаивал тезис о том, что изначальная нормативная система являлась полностью религиозной, и именно из религии выделили мораль и право как отдельные нормативные системы. Именно в результате распада религиозных норм на составляющие возникают мораль и право. Однако это теория, в целом, не была поддержана антропологами, историками и юристами. Антрополог Е. Хоубел доказывал в своих работах, что «примитивное право» носило нерелигиозный характер. По его мнению, право занимало самостоятельную и активную роль по отношению к обществу и даже становилось на защиту религии, когда регулятивная сила религиозных запретов и табу теряло самостоятельное значение. Противники теории сакрального происхождения права указывали также, что многие древние памятники права (например, вавилонские юридические тексты, в том числе «Законы Хаммурапи») носят светский характер.

Также довольно распространенной является идея о том, что раньше права и религии возникает мораль как исторически первый способ социальной регуляции. Существуют и теории, которые для обобщенного обозначения недифференцированной нормативной системы первобытного общества используют понятие «право». Этот подход характерен для антропологов, но также его используют и юристы особенно в англо-американской научной традиции. Характерным примером такого подхода являются работы Е. Хартлэнда, использующего понятие «примитивное право» для обозначения всей совокупности обычаев первобытных племен. Использование термина «право» применительно к огромным комплексам разнородных социальных норм довольно часто встречается в этнографической, антропологической и социологической литературе, но не всегда является оправданным. Так как в этом случае стираются различия между отдельными видами социальных норм и из поля зрения ученых ускользают специфические характеристики собственно правовых норм в узком смысле.

С точки зрения представлений о возможности существования догосударственного права можно выделить два основных подхода. Юридический позитивизм предполагает, что происхождение права

непосредственно связано с наличием зрелых политических структур государства, а право, созданное государством, является единственно возможной правовой системой в обществе. Юридикологическое оформление этатистский взгляд на происхождение права получил среди европейских исследователей в XIX веке. Так, например, теория насилия (Л. Гумплович, Р. Иеринг) предполагала, что необходимость в праве возникает для обеспечения мирного и постоянного порядка, после того как с помощью насилия сильные поработают слабых. На представлении о праве как выражении воли господствующего класса и отрицании догосударственного права строилось марксистско-ленинское учение о государстве.

Представления о том, что право является независимым от государства явлением и соответственно возникает самостоятельно получили свое развитие в нескольких формах. Социологическое направление в европейской юриспруденции отделяет возникновение права от правотворческой деятельности государства (Л. Дюги, М.М. Ковалевский, Е. Эрлих, Ж. Гурович), объясняя происхождение права через потребности социальных групп в саморегуляции. Распространенными представления о догосударственном существовании права являются в англо-американской традиции (аналитическая юриспруденция, юридический реализм и т.д.). Это обусловлено широким развитием в XX веке антропологических исследований в этой сфере (Е. Хартлэнд, У. Сигл, Р. Редфилд, Е. Хоубел, К. Ллевеллин и др.). Наиболее типичным для подобных теорий является представление о том, что возникновение права связано с появлением судов, которые могут возникать еще до государства при формировании минимального политического авторитета. Изучая обычаи в первобытном обществе, представители юридической антропологии рассматривают их в качестве «примитивного права», которое становится полноценным правом в тот момент, когда его применение для разрешения конфликтов в обществе санкционируется судами.

Примером наиболее широкого взгляда на происхождение права является плюралистическая концепция американского этнографа Л. Поспилиса. По его мнению, право возникает на этапе, когда формируются социальные группы с явно определенным членством, в которых выделяются носители политического авторитета, уполномоченные принимать решения и применять санкции к нарушителям. Эта теория допускает не только существования догосударственного права, но и возникновение нескольких независимых друг от друга правовых систем внутри одного общества.

Отдельные авторы (М. Глукмен, Б. Малиновский) также возражали против абсолютизации фактора принудительного контроля в теории возникновения права. Они видят признаки возникновения права в формировании системы взаимных прав и обязательств, которые осознаются и признаются всеми членами первобытного сообщества (например, к таким

выводам пришел Б. Малиновский в своем исследовании о системе хозяйственных обменов среди жителей Тробриандских островов).

Подводя итог, можно сделать вывод о существовании различных точек зрения на проблему происхождения права. Относительно общепризнанным является представление о последовательном эволюционном развитии права, которое так или иначе связано с развитием политических институтов, способных применять насилие для контроля за соблюдением правовых норм. Однако взгляды о первичности или вторичности права по отношению к государству в рамках разных теоретических направлений во многом зависят от эмпирического материала, с которым работают ученые. Антропологи, изучающие первобытные сообщества, находят признаки примитивного права на догосударственных стадиях развития общества. Юристы и историки права, изучающие законодательные памятники, склонны связывать возникновение права с правотворческой деятельностью политических институтов. В свою очередь, тезис о связи возникновения права с появлением первых судов, распространенный в англо-американской традиции, очевидно, связан с особенностями англо-американской правовой семьи, где суды занимают особое место и играют важную роль в создании и закреплении норм права.