Мартынчик Е., Колоколова Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. 1994. № 12.

Миронов Д. Н. Интерпретационная деятельность Конституционного Суда Российской Федерации // Право и политика. 2011. № 6.

Насырова Т. Я. Телеологическое (целевое) толкование советского закона: теория и практика. Казань, 1988.

Нерсисянц В. С. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М., 2000.

Нешатаева Т. Н. К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине // Судебная практика как источник права. М., 2000.

Образиев К. В. Судебное толкование и судебное нормотворчество: проблемы соотношения // Журнал российского права. 2010. № 3.

Пиголкин А. С. Толкование норм права и правотворчество: проблемы соотношения // Закон: создание и толкование / под ред. А. С. Пиголкина. М., 1998.

Пиголкин А. С. Толкование нормативных актов в СССР. М., 1962.

Правосудие в современном мире: монография / под ред. В. М. Лебедева, Т. Я. Хабриевой. М., 2012.

Рабинович П. М., Шмелева Г. Г. Конкретизация правовых норм (общетеоретические проблемы) // Правоведение. 1985. № 6.

Реутов В. П. О юридической природе и видах предписаний, содержащихся в актах высших судебных органов // Конкретизация права: теоретические и практические проблемы: матер. IX Междунар. науч.-практ. конф. М., 2015.

Сауляк О. П. Судебная практика как источник российского права (материальный и формальный аспекты проблемы) // Государство и право. 2009. № 11.

Смирнов А. В., Манукян А. Г. Толкование норм права. М., 2008.

Трофимова Л. А. Понятие и значение судебной практики в российской правовой системе // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. № 2.

Туманов В. А. Роль судебной практики в развитии советского права // СССР-Франция: социологический и международно-правовой аспект сравнительного правоведения. М., 1987.

Цихоцкий А. Прецедентное право как объективная реальность // Научные труды «Эди-лет». 2000. № 1.

Черданцев А. Ф. Вопросы толкования советского права. Свердловск, 1972.

Черданцев А. Ф. Толкование советского права. М., 1979.

Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. 2. М., 1995.

Е. В. Васьковский и современная цивилистическая методология

ГАДЖИЕВ Гадис Абдуллаевич, судья Конституционного Суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации

190000, Россия, г. Санкт-Петербург, Сенатская площ., 1

E-mail: ksrf@ksrf.ru

В настоящей работе подчеркивается вклад отечественного цивилиста Е. В. Васьковского в развитие учения о методе юридической науки. Демонстрируется, как с течением времени теоретико-догматический подход в юриспруденции дополнился экономическим подходом, концентрирующимся на оценке эффективности нормы. Это сочетание, или «агрегирование», научных методов права и экономики привело к новому пониманию нормативности в регулировании общественных отношений. Автор приходит к выводу о том, что учение Е. В. Васьковского о юридическом методе, как и его вклад в проблему толкования норм и устранения пробелов в праве, актуальны и сегодня и приобретают новое звучание.

Ключевые слова: метод юридической науки, право и экономика, эффективность норм.

E. V. Vaskovsky and Contemporary Civilistic Methodology

G. A. GADZHIEV, doctor of legal sciences, professor, honored lawyer of the Russian Federation
The Constitutional Court of the Russian Federation
1, Senatskaya sq., St. Petersburg, Russia, 190000
E-mail: ksrf@ksrf.ru

In the present paper a contribution of Russian scholar E. V. Vaskovsky to the development of the doctrine of legal science methodology is considered. It is demonstrated, how a theoretical and dogmatic approach to jurisprudence was supplemented over time by economic approach, focused on assessment of efficiency of legal norm. This combination or «aggregation» of scientific methods of law and economics has led to a new understanding of normativity in the regulation of social relations. The author concludes that the teachings of E. V. Vaskovsky on the juridical method, as well as his contribution to the issue of interpretation of the rules of law and filling the gaps in law — are still actual today and furthermore have become ever more topical.

Keywords: method of legal science, law and economics, effectiveness of legal norms.

DOI: 10.12737/20903

1. Круг научных интересов профессора Е. В. Васьковского был достаточно широк. Он интересовался проблемами адвокатуры, написал учебник по гражданскому процессу, увлекался французской философией. Когда в конце XIX в. ученый оказался в Казани, профессор Г. Ф. Шершеневич подсказал ему тему магистерской диссертации, которая стала основной в творчестве Е. В. Васьковского. Сам Г. Ф. Шершеневич опубликовал в Казани в 1898 г. брошюру «Задачи и методы гражданского правоведения», в которой продолжил традицию изучения методов гражданского правоведения. А заложили эту традицию в русской литературе С. А. Муромцев, Н. М. Коркунов и С. В. Пахман¹. Именно Шершеневич обосновал научный характер догматической методологии, описал исторический, социологический, политический методы, сравнительно-правовой метод в юриспруденции. Вслед за Муромцевым ученый отметил важность со-

циологии для гражданского правоведения и предпринял попытку показать разницу задач социологии и философии права. Социология имеет своей целью раскрытие законов общественной жизни, тогда как философия права исследует понятия, общие всем юридическим наукам, и является главным образом методологической наукой².

С точки зрения современной классификации юридических наук в России Е. В. Васьковский относится к специалистам в области теории права и гражданского права. За все время своей научной деятельности преимущественно он занимался цивилистической методологией, его книга, изданная в Варшаве в 1938 г., посвящена более широкой тематике, чем просто проблематика толкования юридических норм, т. е. юридическая герменевтика. Е. В. Васьковский был незаурядным методологом, и его работы сохранили наибольшую актуальность. Позволим себе эту идею выразить с известной долей экспрессии: в настоящее время в современной юридической науке России заметно прежде всего методологическое наставничество Е. В. Васьковского.

2. Я мысленно представляю себе немыслимое — что бы я рассказал

¹ См.: Муромцев С. А. Очерки общей теории гражданского права. М., 1877; Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. М., 1879; Муромцев С. А. Что такое догма права. М., 1885; Коркунов Н. М. О научном изучении права. СПб., 1898; Пахман С. В. О современном движении в науке права. СПб., 1882.

² См.: Шершеневич Г. Ф. Избранное. М., 2016. С. 358.

Евгению Владимировичу Васьковскому, если бы у меня была такая возможность, о судьбе его научного наследия. Прежде всего я бы сообщил, что он широко известен благодаря своим работам по догматической методологии, и особенно методологии толкования, что почти во всех современных публикациях по этой проблеме (А. Ф. Черданцев, А. В. Смирнов, А. В. Корнев, Т. Я. Хабриева) развиваются базовые идеи учения о толковании.

Идея ученого об основаниях права получила развитие в двух блестящих монографиях Г. В. Мальцева о нравственных и культурных основаниях права.

Интерес представляет идея Васьковского о пробельности в праве. Профессор вышел на нее, занимаясь разработкой методов устранения неясности, неопределенности правовых норм. Восполнение пробелов — это ситуация в правоприменении, когда обнаруживается кризис в юридической силлогистике, когда «молчат» источники права, но нельзя отказать в осуществлении правосудия. Идея ст. 1 Швейцарского гражданского кодекса состоит в том, что в случае отсутствия подходящих к разбираемым делам положений закона судья при отсутствии обычаев разрешает дело согласно таким нормам, какие он сам установил бы, если бы был законодателем. Слова в сослагательном наклонении «если бы я был законодателем», адресованные судьям, обнаружили дефицит юридической силлогистики, а сложившейся юридической догматике был нанесен сильный удар. Е. В. Васьковскому вне всякого сомнения было бы приятно узнать, что один из ведущих теоретиков права России В. В. Лазарев, опираясь на его идеи о понятиях пробела в праве, защитил докторскую диссертацию, став самым молодым доктором наук и в Казанском университете, и в СССР. Евгению Владимировичу польстило бы то обстоятельство, что в 2008 г. в г. Вильнюсе, там, где он пре-

подавал, прошел Конгресс европейских конституционных судов, на котором предметом обсуждения были законодательные пробелы в практике конституционных судов.

3. Наверняка ученому было бы интересно узнать, как развивалась в России юридическая методология в XX в.

В изданных в Варшаве в 1936 г. «Очерках методологии цивилистической догматики» описывается французская школа Свободного права (Жени, Салейм) и опирающаяся на нее американская школа правового реализма (Ллевеллин, Директор). Безусловным достоинством этого издания является конструктивная критика двухтомника Жени, изданного в 1932 г. в Париже, по методологии толкования, в той части, в которой автор не дифференцирует (1) методологию законодательства, (2) методологию судебного правоприменения и (3) научную юридическую методологию, когда при изучении правовых норм используются общенаучные методы познания. Жени хотел объединить эти методы как части единого процесса «научной разработки права», т. е. старался выявить единые методы для сферы профессиональной деятельности юристов, занимающихся практической законодательской и правоприменительной деятельностью, и для сферы юридической науки. Полагаю, профессор Е. В. Васьковский точно заметил, что надо различать (1) методологию гражданского права как учебной дисциплины и (2) методологию цивилистики как отрасли юридической науки.

Поделюсь своим опытом в преподавании цивилистической методологии. На первом этапе, в начале изучения гражданского права, я, как и все, читаю лекцию о методе частного права (не гражданского, а частного). При этом важно объяснить, что в основе дихотомии «частное — публичное» находится именно метод, а не предмет урегулирования, а поэтому основными методами воздействия на общественные отно-

шения являются диспозитивный и императивный. Логика метода частного права основывается на разумной презумпции, в соответствии с которой участники имущественных отношений лучше всего урегулируют свои взаимоотношения, если смогут договориться. Появляется юридическая формула «Договор — закон для двоих».

Логика метода публичного права — опека участников оборота, патернализм, основанный на возможных провалах достигнуть взаимоприемлемой договоренности.

На втором этапе обучения цивилистической методологии в качестве отдельной лекции в рамках изучения общей части гражданского права я рассказываю об основах учения о методах разрешения юридических споров, т. е. о методологии правоприменения, основанном на очень важной методологии различения простых, ординарных и сложных юридических дел (основы догматической методологии).

Применительно к первым двум достаточно овладеть приемами юридической силлогистики, но для третьей категории (сложных) юридических дел надо применять методы постдогматической юридической методологии. Эта лекция называется у меня «Золотые правила правоприменения», ее основа — объяснение того, что такое дедукция, силлогистика, аналогия, пробельность, и какие виды толкования норм можно применять.

На четвертом курсе в рамках специального методологического спецкурса «Право и экономика. Методология» я объясняю основные методы постклассической юридической методологии, и это методы онтологии права, метод конституционно-правового истолкования, развившийся на основе метода систематического толкования, а также очень важный для судов высоких инстанций аксиологический метод, или метод пропорциональности (соразмерности), который я описал в своем мнении по делу о конституционности положения

о 10-летнем преклюзивном сроке в п. 2 ст. 200 ГК РФ³.

Однако самые новаторские изменения в области юридической методологии связаны с развитием научного направления «Право и экономика». Попробуем восстановить хронологию событий в XX в., приведших к существенному росту влияния указанного научного направления в США и Европе (кстати, в Нижнем Новгороде, в одном из центров российской теории права, скоро будет защищаться диссертация Е. А. Тимофеева на тему «Law and Economics: учение о праве и государстве в США в XX веке»).

В 1930-е гг. в США после появления антимонопольного законодательства суды стали рассматривать сложные дела со значительной экономической компонентой. Традиционная юридическая силлогистика обнаружила свою недостаточность, и тогда возникла идея об использовании судьями новых для них экономических методов в судебном познании — экономико-правовых. А. Директор, который в начале 1940-х гг. работал на факультете права Чикагского университета, показал возможность экономического анализа при рассмотрении правовых вопросов и обосновал, что эффективная конкуренция невозможна без государственного регулирования, экономического патернализма. Это он привлек интерес ученых-юристов к экономическому анализу права, чем способствовал появлению нового поколения ученых-практиков. Один из них Р. Познер — самый цитируемый ученый-юрист в мире. А работа Р. Коуза 1960 г. о проблеме социальных издержек, затем монография Г. Беккера (оба стали Нобелевскими лауреатами в области экономики), а также статья Г. Калабрезе 1961 г. подняли волну интереса к «Праву и экономике». Сейчас это очень влиятельное научное направление, основанное на постдогматической мето-

³ См. постановление КС РФ от 15 февраля 2016 г. № 3-П.

дологии, в основе которой лежат новые постулаты об автономии права. Незаметно произошла смена парадигмы — интерналистский подход к познанию права в юриспруденции США вытеснен экстерналистским.

Юристы стали соглашаться с Р. Коузом, который писал: «Желательно было бы, чтобы суды понимали экономические последствия своих решений и учитывали эти последствия в своих решениях в той степени, в какой это возможно без создания чрезмерной правовой неопределенности»⁴.

Нобелевский лауреат от этого нового трансдисциплинарного научного направления Дж. Бьюкенен обосновывал исключительную важность для экономического роста юридической капитализации страны, понимая под юридическим капиталом страны вслед за Дж. Коммонсом сумму судебных решений, принятых экономически мыслящими судьями. Юридическая капитализация — это реальная защищенность судами имущественных прав предпринимателей, рождающая энергию коммерческой активности.

Но являются ли экономические методы познания правовых явлений совместимыми с юриспруденцией? Не приведет ли их применение к разрушению основополагающих ценностей, лежащих в фундаменте юриспруденции? Вопросы не лишние, учитывая предложения Р. Познера отказаться от идеи справедливости и заменить ее идеей экономической эффективности. В любом случае новая юридическая методология нуждается в обсуждении темы о границах использования экономических методов. По моему мнению, право обладает свойством резистивности, или сопротивляемости, замены юридических методов экономическими. Мы, юристы, должны осознавать те риски, которые возникнут, если мы уступим проявлениям «экономического импе-

риализма». Необходимо сохранить существующие границы двух самостоятельных социальных наук — экономической и юридической. В связи с этим уместно напомнить мысль Т. Беккера о том, что отличительной чертой экономической науки является не ее предмет, а ее метод, т. е. экономические методы должны использоваться в процессе научного изучения правовых институтов.

Моя научная позиция состоит в том, что «Право и экономику» можно развивать как междисциплинарное научное направление, как часть юридической науки, ветвью которой является конституционная экономика. При этом специфика методов познания правовых феноменов должна сохраняться. Однако не стоит забывать и о процессе в науке, который Ф. фон Хайек обозначил как «пагубные последствия специализации научных знаний».

Вполне можно согласиться с тем, что предметы юридической и экономической наук могут частично совпадать. Имущественные отношения между людьми находятся в совместном ведении (как минимум) двух наук. Иллюзорность научного сознания ученых-юристов и экономистов — вот объяснение тому, что две очень близкие системы научных знаний, понятийный ряд которых обслуживает одни и те же реально существующие отношения между людьми, стали фокусироваться на разных гранях этих отношений. Тот ракурс, который интересен для юриспруденции — это правовая грань имущественных отношений — правоотношения. Экономическая наука изучает экономические грани имущественных отношений.

Это явление я называю изоморфностью права и экономики.

На ее основе, сохраняя специфику и отраслевую принадлежность экономических и юридических научных методов в рамках «Прав и экономики», можно сочетать эти методы, или агрегировать их. Замечу, что латинский научный термин *aggregates*

⁴ См.: Коуз Р. Фирма, рынок и право. Пер. с англ. М., 2007.

означает соединение (и не только механическое) в одно целое разнородных или однородных частей.

Но тогда этот метод соединения в одно целое (или для достижения единой цели) разнородных методов будет представлять собой новый метод — метод агрегирования экономических и юридических методов познания как собственный метод «Права и экономики». Он реально существует и применяется в практике органов исполнительной власти при оценке регулирующего воздействия нормативных актов. Полагаю, что этой новой методологией должны овладеть и правоприменительные органы.

Одним из собственных методов «Права и экономики» как юридико-центристского междисциплинарного научного направления является метод учета сложной контекстуальности юридических норм.

В правовой реальности юридическая норма оказывает воздействие на поведение лиц, вступающих в отношения, во взаимодействии не только с другими юридическими нормами и нормами-принципами, что объясняет метод систематического и логического толкования, а также метод телеологического толкования, но и со сложным контекстом экономической и этической нормативности.

И доказательством может служить упомянутая ст. 1 Швейцарского гражданского кодекса о невозможности отказать в правосудии в состоянии выявившейся абсолютной пробельности (таковая может возникнуть в случае заключения договора между лицами, относящимися к разным правовым порядкам, когда стороны не предусмотрели порядок распределения рисков, возникающих, к примеру, от обстоятельств непреодолимой силы) (God's will). Почему и в этом случае судье удается принять решение, основанное порой только на экономической логике? Да потому что помимо юридической нормативности существуют феномены экономической и этической нормативности. О последней юристы зна-

ют больше, поскольку и этика, и право созданы человечеством на основе единого морального типа сознания. Что же касается экономической нормативности, то о ней известно меньше. У экономистов можно встретить работы на тему «Экономическая эффективность как норма» или об эффективном распределении в условиях пробельности.

Теоретическое значение методов «Права и экономики» и в том, что традиционная цивилистическая методология дополняется очень плодотворными аналитическими методами, что позволяет цивилистике восполнить частично утраченный реализм.

Возвращение реальности — это избавление от иллюзий. Одной из них является иллюзия, лежащая в основе так называемого телеологического объяснения феномена эффективности правового регулирования.

Методы оценки регулирующего воздействия, применяемые в юриспруденции и в экономической науке, естественно, не совпадают. «Право и экономика» в своей методологической части должно сопоставлять эти методы, выявляя возможные недостатки, а тем самым взаимно обогащая обе социальные науки. Вопрос об эффективности нормативного регулирования становится одним из основных в «Праве и экономике». На первый взгляд кажется, что это сугубо прагматичная проблема, однако сравнение экономических и юридических методов оценки эффективности регулирующего воздействия норм может дать толчок развитию концептуальных основ традиционной юриспруденции, позволит последней посмотреть на сложившуюся юридическую ортодоксию со стороны и критически. В частности, в юриспруденции, как считает С. В. Третьяков, едва ли не господствующим является представление об автоматизме поведения субъекта права в процессе реализации юридических норм⁵.

⁵ См.: Третьяков С. В. Формирование исследовательской программы экономической

Согласно этой теоретической конструкции юриспруденции ценность юридических норм проявляется в их способности оказывать воздействие на волю субъектов права и через нее — на их поведение. Действие права представляет собой информационное, ценностно-мотивационное и непосредственно-регулирующее воздействие на общественные и прежде всего экономические отношения⁶. Согласно юридическим воззрениям оно означает переход (перевод) юридических моделей поведения в практику реального поведения. Это теоретическое построение, призванное объяснить, описать, структурировать в виде научных знаний процесс оказания влияния юридических норм на общественные отношения, использует самые распространенные в юридическом способе познания мира приемы — это презумпции и фикции. Презюмируется, что раз юридические нормы существуют, то они обязательно — эффективно или неэффективно — оказывают воздействие на поведение людей. Эта презумпция фикционна, поскольку мотивы поведения человека могут быть обусловлены совсем не действием юридической нормы.

Экономическая и экономико-правовая теория предлагает отказаться в целях познания от традиционной презумпции и фикции. Экономическая теория права фиксирует свое внимание только на стимулирующей функции права, когда норма, ее онтологическое существование может стимулировать поведение, а может и не оказывать никакого стимулирующего воздействия⁷. Как минимум эта теория более реалистична, а отказ от привычных штампов в юридическом мышлении очень полезен.

Юристы начинают анализ эффективности юридических норм с оцен-

ки целей, которые ставил перед собой законодатель. Затем юристы пытаются сопоставить и квантифицировать (оценить), насколько полно в практике реализации юридической нормы модель реального поведения приближается к юридической (идеальной) модели. Как справедливо подметил С. В. Третьяков, поскольку правовая теория не располагает каким-либо полноценным инструментарием оценки воздействия права на общественные отношения, то единственным инструментом, призванным на теоретическом уровне сопрягать «должное» и «сущее», является категория цели правового акта⁸. У юристов, таким образом, в их теории юридического познания имеется только телеологическая конструкция понимания и объяснения эффективности права.

С точки зрения экономической теории права анализ эффективности действия юридических норм осуществляется с использованием совершенно иных, нежели в юриспруденции, методов. Основой этих методов является предположение, что на реальное поведение субъекта права влияет множество факторов, так что влияние юридической нормы может быть и минимальным. Нормы права, точнее санкции этих норм, трактуются экономистами как некие цены, назначаемые за определенное поведение. Нормы при этом рассматриваются только как одно из множества сложившихся в обществе ограничений экономического поведения. Экономические субъекты прежде всего ориентируются на максимизацию полезности.

Как считает С. В. Третьяков, такое понимание сущности правовых регуляторов (норм) накладывает определенные онтологические обязательства на трактовку собственно правовой нормы как таковой и предлагает проанализировать эти онтологические обязательства⁹.

теории права // Трансграничный торговый оборот и право. М., 2013. С. 228.

⁶ См.: Теория государства и права / под ред. В. К. Бабаева. М., 2006.

⁷ См.: Третьяков С. В. Указ. соч. С. 229.

⁸ См.: Третьяков С. В. Указ. соч. С. 222.

⁹ Там же. С. 227.

Во-первых, содержание правовой нормы представляет собой лишь одно из множества внешних, объективно существующих (сложившихся) ограничений, которые рациональный субъект права принимает во внимание при формировании своей поведенческой стратегии. Значит, экономический анализ действия юридических норм вовсе не презюмирует, что они непременно и чуть ли не автоматически исполняются. Благодаря такому подходу создается более сложная объяснительная теоретическая модель, которая нацелена в первую очередь на анализ последствий соблюдения или несоблюдения (что вполне реально) правовых норм. Это иной методологический принцип экономического анализа права, когда в научном анализе осуществляется фокусировка на исследовании фактических последствий реализации юридических норм. Квантификация (оценка) при этом осуществляется с помощью методов ценовой теории. С. В. Третьяков делает вывод, что для экономической теории права, в отличие от юриспруденции, характерно консеквенциалистское понимание эффективности права.

Как заметил К. Матис, единственная разница между традиционным юридическим методом и экономическим методом заключается в том, что они рассматривают дело с различных точек зрения: ретроспективной и перспективной. С позиции юриста нужно давать оценку каждому конкретному

делу по его завершении (ретроспективная точка зрения). При этом при рассмотрении последствий судебного решения акцент делается на прямых последствиях на микроуровне. Рассмотрению реальных последствий на микроуровне обычно не уделяется такого же внимания. Однако с точки зрения экономической науки основной интерес представляет рассмотрение реальных последствий на макроуровне, в особенности того воздействия, которое судебный прецедент оказывает на будущее поведение адресатов нормы (перспективная точка зрения). В этом случае в качестве критерия оценки выступает эффективность распределения ресурсов¹⁰. (Примечательно, что эта идея современного научного течения «Право и экономика» заимствована у Л. И. Петражицкого, который писал в своих работах 1890 — 1895 гг. о том, что влияние юридических норм должно быть оцениваемо с точки зрения народнохозяйственной, а не частной¹¹.)

Таким образом, учение Е. В. Васковского о юридическом методе, как и его вклад в проблему толкования норм и устранения пробелов в праве, приобретают сегодня актуальность и новое звучание.

¹⁰ См.: Матис К. Консеквенциализм в праве // Вестник гражданского права. 2015. № 5. С. 209.

¹¹ См.: Петражицкий Л. И. Die Lehre vom Einkommen. Т. 1. 1892; Т. II. 1895; Введение в науку права. Киев, 1896.

Библиографический список

- Введение в науку права. Киев, 1896.
 Коркунов Н. М. О научном изучении права. СПб., 1898.
 Коуз Р. Фирма, рынок и право. Пер. с англ. М., 2007.
 Матис К. Консеквенциализм в праве // Вестник гражданского права. 2015. № 5.
 Муромцев С. А. Что такое догма права. М., 1885.
 Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. М., 1879.
 Муромцев С. А. Очерки общей теории гражданского права. М., 1877.
 Пахман С. В. О современном движении в науке права. СПб., 1882.
 Петражицкий Л. И. Die Lehre vom Einkommen. Т. 1. 1892; Т. II. 1895.
 Петражицкий Л. И. Введение в науку права. Киев, 1896.
 Теория государства и права / под ред. В. К. Бабаева. М., 2006.
 Третьяков С. В. Формирование исследовательской программы экономической теории права // Трансграничный торговый оборот и право. М., 2013.