



УДК 340.114.5  
ББК 67.05

## О ТРЕХ ВИДАХ ЮРИДИЧЕСКОГО МЫШЛЕНИЯ

Д.В. Зыков

В статье предпринимается попытка критически переосмыслить традиционное подразделение юридического мышления на прецедентное и доктринальное в свете современного методологического дискурса философии науки. Также предлагается альтернативная классификация юридического мышления как единого концепта юридического мышления, в которой допустимо существование трех видов мышления.

**Ключевые слова:** доктринальное и прецедентное юридическое мышление, правовая система, иерархические уровни правовой реальности, мышление о правиле (легализм), мышление о решении (децизионизм), мышление о порядке и форме.

Со времени выхода в свет знаменитой книги Р. Давида в сообществе юристов прочно утвердился взгляд, согласно которому существует два способа или образа юридического мышления, вытекающих из принадлежности к англосаксонской или континентальной правовой системе и именуемых, соответственно, прецедентным и доктринальным [2, с. 105–111, 242–248]. Сегодня ситуация в науке по поводу вопроса о классификации юридического мышления более не выглядит столь однозначной в свете уже многократно отмеченных в теории и постепенно признаваемых на практике тенденций конвергенции двух еще недавно казавшихся диаметрально противоположными семей права. Но в чем проявляется это тяготение двух правовых систем друг к другу? Едва ли здесь правомерно говорить о стремлении к какой-либо однородности юридических практик или к унификации модели правовых идеологий указанных семей права. Было бы столь же некорректно, как и невозможно ожидать подобное смешение в области двух различных языков, религий и т. п. Впрочем, даже если нечто подобное и представить в качестве некой гипотетической уни-

версалии, грядущей в будущем как одно из проявлений глобализации, то очевидно, что это не будет уже ни англосаксонский тип, ни континентальный, а нечто третье. Но об этом преждевременно говорить всерьез.

В основном в науке в качестве проявлений объединения правовых семей отмечаются, с одной стороны, тенденция возрастающей роли законодательства в системе общего права, стремящегося подмять и запрограммировать судебское усмотрение, модифицировать судебную практику до положения проводника государственной воли [1, с. 224–254], с другой стороны, тенденция увеличивающейся роли судебского корпуса (в основном высших инстанций) в романо-германской семье до органа правотворчества в виде прецедентов [4, с. 46–66, 98–113]. Думается, что достаточно указать эти тенденции, чтобы подорвать сами основания разграничения правовых семей и целесообразность всего сравнительного правоведения, если, конечно, мы не преследуем интерес к чисто научному изучению исторических и социокультурных особенностей той или иной системы права, например, представлений о норме, процедуре, строении отраслей, источниках права в Англии, Франции или России.

Если говорить строго, то сама по себе конвергенция происходит не на уровне практик, идеологий или организации нормативного материала в той или иной стране, она происходит, прежде всего, на уровне мышления.

Отсюда и вытекает вопрос о классификации юридического мышления и сомнения по поводу его подразделений по признаку принадлежности к той или иной правовой семье. Мы утверждаем, что выделение прецедентного и доктринального юридического мышления ошибочно. Но это заблуждение имеет более глубокие и широкие корни, чем только юридические. Если принять во внимание характеристики двух означенных типов мышления, то традиционно первое считается скорее индуктивным и казуистичным, в то время как второе скорее дедуктивным и абстрактным. В философском масштабе эта проблема хрестоматийна и восходит к спору интеллектуалистов и эмпиристов Нового времени, который завершился только в постпозитивизме, признавшем индуктивную модель познания недостаточной и дополнившем ее гипотетико-дедуктивизмом [5, с. 305–320]. В самом деле, потребовались столетия интеллектуальной борьбы, чтобы осознать ту простую вещь, что «факты» не бывают «чистыми», а обычно теоретически и аксиологически нагружены и что индукция, на каком бы огромном фактическом материале она ни была основана, всегда говорит о когда-то происшедшем, но по самой своей сути не может сформулировать высказывание о предстоящем или о том, что должно быть; равно как и дедукция без проверки «фактами» грозит вылиться в фантазирование по поводу истинного положения вещей.

Тем не менее, юристы пришли к осознанию процессов в философии науки только сейчас. Оказалось, что и прецедент не берется из ниоткуда, но обусловлен идеологически-доктринально, то есть зиждется на основе тех или иных принципов, целей и ценностей, идеалов и представлений о должно-дозволенном, циркулирующих в обществе в виде коллективных доминант сознания. Равно как и доктринальное мышление не может загнать все бесконечное многообразие действительности в общую норму, какой бы степенью абстрактности она ни обладала, но всегда допускает пробел в законодательстве, а значит, допускает и прецедент. Кроме того, данное деление юридического мышления еще неудобно и тем, что не позволяет различить в содержании каждого вида специфику законодательно-

го и правоприменительного мышления в рамках конкретной правовой системы, вследствие чего напрашивается нелепый вывод, что в системе общего права существует только прецедентное (правоприменительное) мышление, а в континентальной системе только доктринальное, то есть законодательное, мышление. Понятно, что Р. Давид, описывая образы мышления английского или американского юриста и французского или российско-советского юриста, имел в виду, в первую очередь, ментальные, социокультурные, особенности. Тем не менее, есть все основания говорить, что он в то же время воспринимал их как совершенно автономные образования, методологически независимые. Отсюда и то странное положение в науке, когда подавляющим большинством признается конвергенция как состоявшийся факт, но при этом все еще считается, что способ мышления английских юристов и способ мышления российских юристов в корне отличны. Но если мы признаем процесс конвергенции, мы в то же время не можем признавать верность убеждения в непроходимой пропасти между методологией познания правовой действительности англо-американской юриспруденции и романо-германской. В этом случае нам необходима новая классификация юридического мышления, если она возможна, или выработка некоего единого концепта юридического мышления, вбирающего в себя как признаки доктринального, так и признаки прецедентного мышления, поскольку каждое в отдельности является односторонней отвлеченностью.

Думается, что единая модель юридического мышления, будучи отражением универсальных оснований профессии юриста [3, с. 3–12], о котором мечтал еще Р. Иеринг, является делом будущего. Ведь по мере сближения, интеграции двух основных правовых систем – континентальной и общей – в той же мере будет совершаться и взаимопонимание юристов разных стран, подобно тому как это имеет место практически во всех прикладных науках, где такой раскол просто немыслим. Что касается классификации, то о ней можно говорить лишь в рамках этой единой модели как специфическом проявлении многослойности, многоуровневости юридического мышления. Если представить, что такая модель еди-

ного мышления юристов всех стран, как некая универсальная категория, существует гипотетически, то в качестве классификации, то есть подразделения по уровням от простого к сложному, или хотя бы введения к ней могла бы послужить классификация К. Шмитта в работе «О трех видах юридического мышления» [6, с. 307–357], где им выделяется мышление о правиле (законе), мышление о решении и мышление о порядке и форме. Надо сказать, что К. Шмитт не преследовал при этом цели построить именно классификацию, склоняясь к тому мнению, что реально существует из этих трех видов только мышление о порядке и форме. Что ж, в этом есть, безусловно, рациональное зерно, но гораздо продуктивнее, по нашему убеждению, все-таки попытаться адаптировать представленное К. Шмиттом деление под полноценную классификацию, допустив, соответственно, существование всех трех видов мышления. Это возможно, если очертить границы применимости каждого из этих видов мышления в рамках единого правового поля или юридической реальности как неких иерархических уровней.

Мышление о правиле (легализм) будет иметь место в рамках различных государственных и общественных служб и организаций (например, в органах по налогам и сборам, учреждениях почты и т. п.), деятельность которых строго регламентирована, порядок юридически значимых действий и решений логически выводится из нормативно-правовых актов, на базе которых они учреждены и функционируют.

Мышление о решении (децизионизм) будет иметь место в рамках различных государственных органов, чья деятельность регламентирована. Они также руководствуются буквой

закона, хотя само их существование этим не исчерпывается, так как они исходят и из духа закона, что обнаруживается в принятии юридически значимых решений, содержание которых не выводится из норм права, но является «чистым» решением (например, органы следствия и суда).

Мышление о порядке и форме будет иметь место в отношении законодателя как выразителя идеалов и целей общества и государства, утверждающего в действительности своей волей некую модель социальной организации как должностную быть.

### СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Алексеев, С. С. Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 2000. – 256 с.
2. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 1999. – 400 с.
3. Давыдова, М. Л. Обучение юридической профессии в России и США: к вопросу об универсальных основаниях / М. Л. Давыдова // Право и современные государства. – 2012. – № 3. – С. 3–12.
4. Разуваев, Н. В. Источник права: классическая и постклассическая парадигмы : монография / Н. В. Разуваев, А. Э. Черноков, И. Л. Честнов ; под общ. ред. И. Л. Честнова. – СПб. : ИВЭСЭП, 2011. – 172 с.
5. Рузавин, Г. И. Философия науки : учеб. пособие для студ. высш. учеб. заведений / Г. И. Рузавин. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2008. – 400 с.
6. Шмитт, К. Государство: право и политика / К. Шмитт ; пер. с нем. и вступ. ст. О. В. Кильдюшова. – М. : Изд. дом «Территория будущего», 2013. – 448 с.

### ABOUT THREE KINDS OF LEGAL REASONING

*D. V. Zikov*

The paper attempts to critically rethink the traditional division of legal reasoning to the case in the light of the doctrinal and methodological discourse of contemporary philosophy of science, and proposes an alternative classification of legal thinking.

**Key words:** *doctrinal and legal precedent thinking, legal system, hierarchical levels of legal reality, thinking about the rule (legalism), thinking about the decision (decisionism), thinking about the procedure and form.*