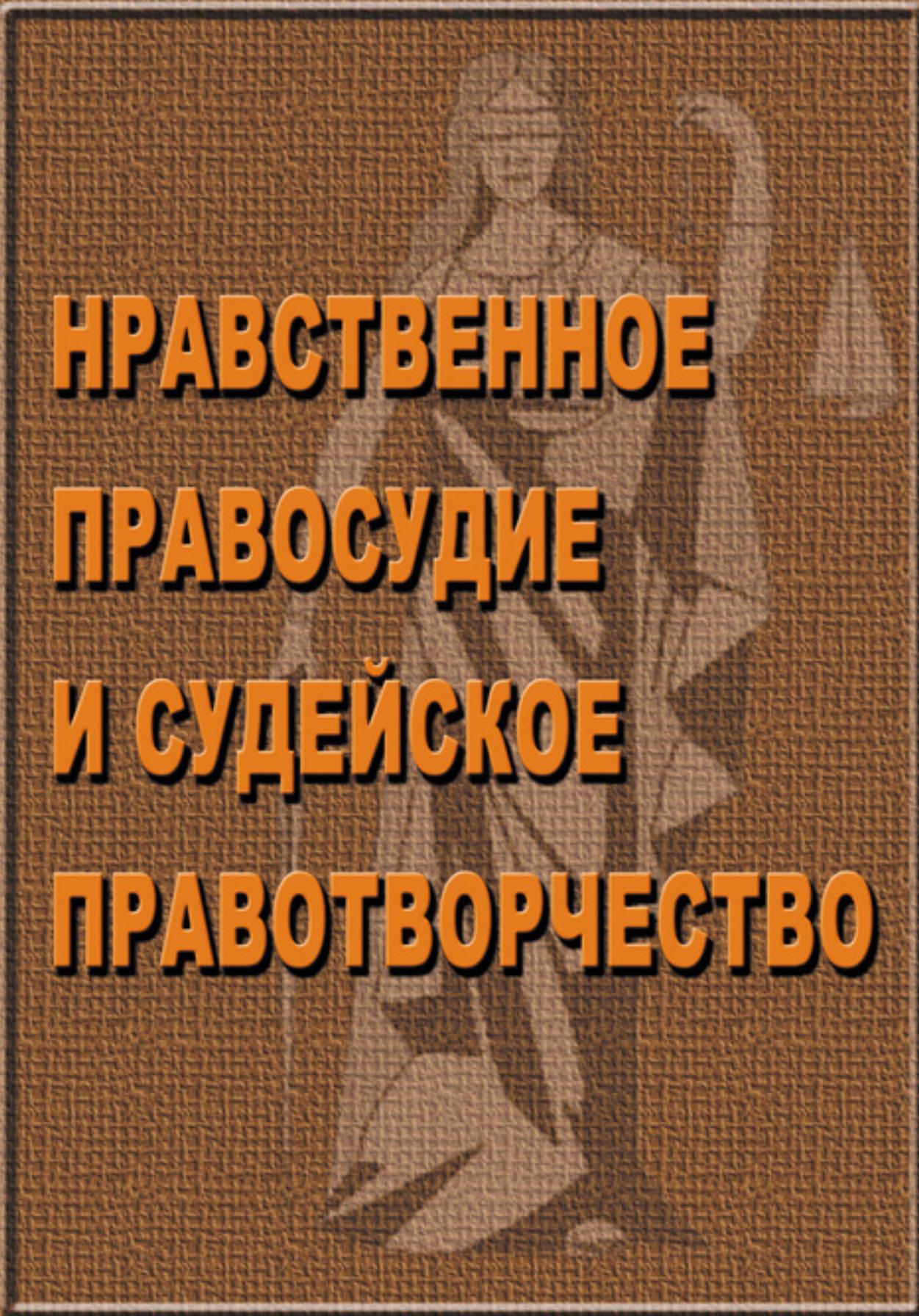


В.Г. Ярославцев



**НРАВСТВЕННОЕ
ПРАВОСУДИЕ
И СУДЕЙСКОЕ
ПРАВОТВОРЧЕСТВО**

Владимир Ярославцев

**Нравственное правосудие и
судейское правотворчество**

«Юстицинформ»

2007

Ярославцев В. Г.

Нравственное правосудие и судебское правотворчество /
В. Г. Ярославцев — «Юстицинформ», 2007

ISBN 5-7205-0790-6

Данная работа посвящена центральной фигуре правосудия – судье, в котором персонифицируется самостоятельная и независимая судебная власть. Автор, опираясь на свой многолетний опыт судьи, полагает, что судья не является простым правоприменителем, «говорящим законом», а представляет собой творческую личность, которая в процессе отправления правосудия «творит право» при рассмотрении конкретного дела, то есть осуществляет правотворчество. Во все времена и в любых странах, в разных системах права настоящий судья был, есть и всегда будет высоким профессионалом и носителем непреходящих нравственных ценностей. Книга предназначена как для специалистов, так и для широкого круга читателей, интересующихся проблемами права и правосудия.

ISBN 5-7205-0790-6

© Ярославцев В. Г., 2007

© Юстицинформ, 2007

Содержание

Сведения об авторе	5
Введение	6
Начало	12
Древняя Греция	22
Конец ознакомительного фрагмента.	26

Владимир Григорьевич Ярославцев

Нравственное правосудие и судейское правотворчество

Сведения об авторе

Ярославцев Владимир Григорьевич

Судья Конституционного Суда РФ (включен в состав первой палаты Конституционного Суда РФ 14 февраля 1995 г.), кандидат юридических наук. Член квалификационной коллегии судей Санкт-Петербурга. Председатель комиссии по международным связям КС РФ. Член Президиума Совета судей РФ. Заслуженный юрист РФ.

В 1977–1978 гг. работал консультантом Отдела Юстиции Исполкома Ленинградского Совета народных депутатов. С 1978 по 1985 гг. занимал должность народного судьи Красносельского районного народного суда г. Ленинграда.

С марта 1985 г. по октябрь 1994 г. – судья Ленинградского (затем – Санкт-Петербургского) городского суда, председательствующий судебного состава по уголовным делам Санкт-Петербургского городского суда по рассмотрению дел по первой инстанции.

В.Г. Ярославцев стал единственным из 12 кандидатов, выдвинутых III Всероссийским съездом судей 25 марта 1994 г., чью кандидатуру Президент РФ представил 6 октября 1994 г. в Совет Федерации для назначения на должность судьи КС РФ. 24 октября 1994 г. назначен судьей Конституционного Суда РФ.

Автор статьи «Джироламо Савонарола и Никколо Макиавелли (несостоявшийся диалог)» // Сборник «Максима Макиавелли. Уроки для России XXI века». М., 2001.

Введение

Без идеалов, т. е. без определенных хоть сколько-нибудь желаний лучшего, никогда не может получиться никакой хорошей действительности.

Ф.М. Достоевский

«Судебная власть», «судебная система», «суд» – понятия, всем хорошо известные. Проблемам становления сильной и независимой судебной власти посвящено большое количество исследований. Но, к сожалению, до сих пор в тени остается центральная фигура правосудия, в которой судебная власть персонифицируется, – судья, человек, живущий реальной жизнью, и одновременно профессионал, ежедневно посредством рассмотрения конкретных дел решающий судьбы других людей.

Власть, предоставленная судье, огромна. Поэтому гражданам совсем не безразлично, как она будет употребляться – во благо или во вред, какова роль носителя этой власти и кто же он сам, наконец, – бесстрастный применитель законов или творческая личность, для которой правоприменение и есть правотворчество. На наш взгляд, как общество, так и государство в полной мере заинтересованы в судье как творческой личности, и именно такой тип судьи востребован в настоящее время. В связи с этим нельзя не согласиться с утверждением о том, что «традиционный для нашей правовой системы принцип... подчинения суда (судьи) только закону (а значит, видимо, и законодательной власти в конечном счете) не выдерживает критики, если исходить из того, что суд (судья) не только применяет право, но и участвует в правотворческом процессе»¹.

Традиционный подход к проблеме предельно прост: правотворчество есть прерогатива законодателя, правоприменители же обречены на точное и неуклонное исполнение закона. Казалось бы, в привычной схеме нет изъянов, ведь соблюдение норм права, закона – это основа правопорядка в государстве, выход за пределы предписаний закона чреват произволом правоприменительных органов. Думается, однако, что вопрос значительно сложнее и его решение не укладывается в узкие рамки представлений о правотворчестве как презумпции суверенности законодательной власти на издание законов, определенности правовой нормы, ее текстуальной ясности.

Столь жесткая детерминированность с неизбежностью предполагает абсолютный диктат предписаний закона в отношении правоприменителей, включая «особого» правоприменителя – судью, который, стало быть, только подыскивает, определяет соответствующий закон, а затем использует его при разрешении дела, т. е. проводит заурядную «юридико-технологическую» операцию. Но при такой постановке вопроса, когда, как «блестяще» сформулировал Монте-ссье, судья выполняет только то, что предписывает закон, и ничего более, не остается места правосудию, если под правосудием понимать профессиональную деятельность судьи, который, для того чтобы прийти к законному и справедливому, с его точки зрения, решению по делу, не только толкует закон, но и вводит в это решение свои личностные нравственно-правовые принципы. Повторим вслед за Лютером: «Юрист, если он только юрист, жалкая вещь»².

«Применение закона судом (судьей)» и «правосудие» – понятия не тождественные, каждое имеет свое содержание и не противостоит другому. Именно при применении закона судья «творит право», т. е. осуществляет правосудие. Тогда, по справедливому замечанию Гегеля, «применение (закона) является уже не спекулятивным мышлением, а рассудочным подведе-

¹ Бойков А.Д. Третья власть в России. М. 1997. С. 93.

² Цит. по: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Петроград. 1917. С. 48.

нием частного под общее»³. Развивая эту мысль, Гегель приходит к выводу, что «существование коллизий при применении законов, в разрешении которых рассудок судьи находит себе подобающее место, представляет собою совершенно необходимое явление, так как в противном случае применение законов превратилось бы в нечто машинообразное. Если некоторые юристы напали на мысль покончить с коллизиями посредством предоставления решения многих вопросов благоусмотрению судей, то нужно сказать, что такой выход куда хуже затруднения, которое он должен устранить, так как коллизия также принадлежит области мысли, мыслящего самосознания и его диалектики, между тем как голое решение было бы произволом»⁴. Итак, перед нами вечная проблема соотношения права и закона, хотя «истина о праве, нравственности государства столь же стара, сколь и открыто дана в публичных законах, публичной морали, и она всем известна»⁵.

Любая власть в государстве устанавливает правопорядок, и в нем решающую или исключительно определяющую роль играет позитивное право. Однако не во всем правопорядок напрямую связан с законотворчеством. Вспомним поучения Иоанна Златоуста: «Бог, в начале созидания человека, даровал ему естественный закон. Что такое естественный закон? Бог впечатлел в нас совесть, и познание добра и зла сделал врожденным... мы знаем это от начала (от природы)»². Отсюда вывод: существуют законы естественные и юридические. Последние суть законы, имеющие своим источником людей⁶, и именно они являются наличным бытием права, которое как общее понятие в равной мере включает естественное право и позитивное право, обогащающие и дополняющие друг друга.

Как в позитивном, так и в естественно-правовом смысле право, будучи необходимым атрибутом гражданского общества, представляет собой живой, развивающийся организм. При исследовании этой парной категории необходимо, по нашему убеждению, исходить из онтологии права, где оно является сущим, законным, в эпицентре же «погруженный в бытие и познающий субъект» судья. (Американский ученый О.У. Холмс-младший наставлял студентов: «Ваше дело как юристов видеть связь между вашим конкретным фактом и зданием всей вселенной»⁷.) Соответственно, нельзя согласиться с оппонентами концепции судебского правотворчества, в основе рассуждений которых, в частности, лежит основная методологическая ошибка – жесткое противопоставление позитивного права естественному, что и приводит их, с нашей точки зрения, к ошибочным выводам. Г.Ф. Шершеневич, например, пишет: «Что бы ни понимать под естественным правом, но одно несомненно для всех: оно резко противопоставляется положительному праву»⁸. Кроме того, очевидна и формально-логическая ошибка – отождествление позитивного права с правом. Как иронично заметил по этому поводу Л.И. Петражицкий, «от прибавления слова «позитивное» к праву позитивное право не становится правом»⁹.

На наш взгляд, решение проблемы лежит не в противопоставлении, а в поиске баланса и согласия (законодатель и судья, не подменяя друг друга, действуют сообща в целях укрепления государственности и гражданского общества). Конечно, тезис о судебском правотворчестве не укладывается в прокрустово ложе позитивистской теории права с ее культом закона, господствовавшим в доктрине XIX в. и являвшимся, по выражению Р. Давида, «традицией,

³ Гегель. Сочинения. Т.7. М.-Л., 1934. С. 26.

⁴ Гегель. Указ. соч. С. 232.

⁵ Гегель. Указ. соч. С. 7.

⁶ См.: Гегель. Указ. соч. С. 18.

⁷ Цит. по: Берман Г.Д. Западная традиция права: эпоха формирования. М. 1994. С. 17.

⁸ См. подробнее: Шершеневич Т.Ф. Общая теория права. Вып. 1. С. 33; Вып 4. С. 709–757.

⁹ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1909. Т. I. С. 182.

от которой не могли отказаться»¹⁰. Однако, отдавая должное принципу законности, мы вместе с тем полагаем, что без судебного правотворчества, без судьи-творца этот принцип лишен реального содержания, «безжизнен».

* * *

Возвращаясь к реальности, сошлемся на Концепцию судебной реформы в Российской Федерации, авторы которой справедливо указывают на то, что кадры правоохранительных органов (в том числе судов) «чужды творчеству из-за отсутствия внутренней свободы. Слишком много стремящихся выполнять функцию, слишком мало способных оставаться личностью»¹¹. В связи с этим весьма актуальным представляется исследование проблемы судебного правотворчества именно через онтологизм личности судьи как познающего субъекта, применяющего закон не механически, а по правде и совести, не только устанавливающего, но и «очеловечивающего» истину¹².

«Познайте Истину, и Истина сделает вас свободными. Это сказано в Евангелии. Но это сказано не об истине, которая насильственно навязывается, а об истине, которая свободно познается и принимается, об истине духовной освобожденности, которая исходит не от необходимости»¹³. Приведенное рассуждение Н. Бердяева применительно к рассматриваемой теме означает, что искание истины предопределяется внутренней свободой судьи, когда справедливость, правда, совесть из абстрактных понятий превращаются в его нравственные ориентиры при отправлении правосудия, становятся его благой силой и убеждением в правоте своего дела и само правосудие в связи с этим становится нравственным. В работе «Я и мир объектов» (1934 г.) Н. Бердяев писал, что «противоположение познания бытию означает выключение познания из бытия. Должно сохранить изначальную погруженность познающего субъекта в бытие, психологическое приобщение к тайне существования человека и мира»¹⁴. Подобные качества судьи, его профессиональный нравственный императив, универсальны и не обусловлены правовой системой, в рамках которой судья осуществляет профессиональную деятельность.

В личности судьи персонафицируется власть, которой его наделили Бог, монарх, конституция или закон. В этом заключается и сила судьи, который, действуя в пределах властных полномочий, творит право. Люди, «попадающие» в его юрисдикцию, рассматриваются им не как представители классов, народов, рас и т. д., а как субъекты права (правопорядка) в определенных жизненных ситуациях, охватить и регламентировать которые ни одним законом как общим правилом поведения невозможно, как невозможно предвидеть и просчитать последствия действия любого, даже самого проработанного и хорошо подготовленного, закона. Это под силу только всей правовой системе и на определенный период. Судья же, ежедневно наблюдающий жизнь во всех ее многочисленных проявлениях и вынужденный «подбирать» к ним соответствующую норму, не может не реагировать на реалии бытия.

Несомненно, любой закон должен обладать качеством определенности. Однако в норме (законе) всегда содержится некий «допуск» для принятия решения, поскольку, с одной стороны, сам закон есть результат соглашения¹⁵, компромисс между различными требованиями, выработанный различными партиями, выражающими требования тех классов, представите-

¹⁰ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М. 1996. С. 90.

¹¹ Концепция судебной реформы в Российской Федерации. М., 1992. С. 12.

¹² См.: Указ. соч. С. 44.

¹³ Бердяев Н.И. Истина и откровение. СПб., 1996. С. 274.

¹⁴ Цит. по: Русская философия. М., 1997. С. 350.

¹⁵ См.: Демокрит в его фрагментах и свидетельствах древности. М., 1935. С. 156.

лями которых они являются¹⁶, с другой – в законе могут изначально присутствовать противоречивые нормы или использоваться двусмысленные понятия, в совокупности ведущие к неопределенности закона в целом и затрудняющие его применение.

Закон, как и всякое дело рук человеческих, часто страдает пороками мысли и пороками редакции¹⁷. Для устранения дефектов закона либо законодатель сам предоставляет возможность судье наполнить содержанием соответствующие понятия (например, «тяжкие последствия», «обычай делового оборота», «явные условия»), или устранить противоречия посредством использования аналогии закона, а также аналогии права (например, «при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований достоверности, разумности и справедливости»), или прибегнуть к толкованию (например, толкование договора прямо возлагается на суд), либо судья, используя те же общие правила юридической герменевтики, самостоятельно выявляет сущность и смысл «неопределенной» нормы. Но в любом случае только сам судья определяет с учетом всех обстоятельств дела возможные и необходимые пределы интерпретации нормы, позволяющие, оставаясь в рамках закона, устанавливать новые права и обязанности субъектов права, находящихся в его юрисдикции.

В свое время видный итальянский ученый Аскарелли писал: «Толкование – это больше чем научная деятельность, это – проявление мудрости. Наша задача в том, чтобы право сводилось более к мудрости, чем к науке»¹⁸. Судья субъективно определяет пределы интерпретации «допуска» и самого закона в целом. И тысячу раз был прав Гегель, усмотрев «человеческую» особенность судебного применения закона: «Как раз в этом, в законе то чувство, которое оставило за собой право на произвол, та совесть, которая перемещает правду в область субъективного убеждения, справедливо видит нечто, наиболее враждебное им»¹⁹. (Не вдаваясь здесь в дискуссию по поводу «судейского произвола», отметим только, что у Гегеля этот «произвол» вносит не что иное, как совесть, которая является одним из основных элементов субъективного убеждения судьи в правоте своего решения и которая «выражает абсолютное право субъективного самосознания именно внутри себя и из себя самого ведать, что есть право и долг»²⁰.)

Таким образом, с одной стороны, закон должен служить для судьи неким объективным критерием, с другой – закон субъективен, поскольку принимается людьми и отражает характер соотношения сил в обществе и особенности определенной эпохи. Именно эти свойства закона, фокусируясь в личности судьи, объективно предопределяют его «двойственную природу» при отправлении правосудия. В своей деятельности судья, по выражению Л.И. Петражицкого, являет собой неразрывное единство «объективного» и «субъективного» начал, так как в области императивного-атрибутивного долженствования (применение закона) он – объект правовой обязанности и соответственно в области императивного долженствования объект нравственной обязанности²¹. Последнее особенно важно, ибо судья, олицетворяя власть в личном качестве, «нравственно обязан», и тем самым сама власть становится нравственно обязанной перед своими гражданами, безнравственная же власть лишается той благой силы, которая необходима для управления государством.

«Обычно полагают, писал Гегель, что субъективное и объективное неподвижно противостоят друг другу. Но это неверно, так как они, скорее, переходят друг в друга, ибо не представляют собой абстрактных определений, как, например, положительное и отрицательное, а

¹⁶ См.: Кистяковский Б.А. В защиту права. В сб.: Вехи. М., 1990. С. 135, 136.

¹⁷ См.: Покровский И.А. Указ соч. С. 65, 66.

¹⁸ Цит. по: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 90.

¹⁹ Гегель. Указ. соч. С. 11.

²⁰ Гегель. Указ. соч. С. 156.

²¹ См.: Петражицкий Л.И. Указ. соч. Т. II. С. 426.

имеют уже более конкретный смысл»²². Власть и нормы в определенных границах, а также правосубъект (человек) предстают объектом правотворчества судьи, субъект же судебного правотворчества есть сам судья. Предмет его деятельности – отправление правосудия. Содержанием правотворчества будет установление судьей новых прав и обязанностей для находящегося в его юрисдикции субъекта права (человека): будучи прежде всего хранителем действующего права, судья, применяя право, продолжает быть и создателем нового права²³.

Правотворчество начинается с момента отождествления судьей соответствующего жизненного обстоятельства, чему способствует «погруженность в бытие», с юридическим фактом в гипотезе правовой нормы. Так через правотворчество применяется закон, что объективируется в акте суда (судьи), и происходит «очеловечивание» закона, поскольку его применение – не самоцель, а поиск истины и справедливости. Материальной основой правотворчества является правосудие, которое, в свою очередь, рождается при применении судами закона. Творя право, суд (судья) остается в рамках нормы закона как в материальном, так и в процессуальном смысле.

Следовательно, правотворчество (в субъективном смысле) – это деятельность судьи, направленная на создание качественно новых норм права, но не норм закона, т. е., творя право, судья остается в рамках предписаний закона. Само судебное решение по делу представляет собой «новое» право, выраженное не в норме, а в установлении прав и обязанностей для человека, и наделяет его правами и обязанностями не закон, а судья. (По замечанию Л.И. Петражицкого, это «особый случай позитивации права, выработки позитивного права особого вида. Стороны приписывают себе соответственные обязанности и права со ссылкой на решение судьи или суда как на авторитетно – нормативный факт»²⁴.)

Судья как носитель власти, субъект власти, реализуя эту власть в определенном деле, приводит в соответствие с правом (вечным, идеальным, справедливым, разумным представлением) «разумный неразумный» закон, т. е. «очеловечивает» его, и в этом состоит материальное содержание правосудия. Положение о «разумном неразумном» законе не является юридической абстракцией, а отражает реальное положение дел в сфере законотворчества. «Законодатель может издать закон для какой-то разумной цели, а результат закона в действительности может быть как раз обратный, вредный; или, наоборот, закон создан под влиянием каких-либо неразумных злых мотивов и целей, а в практическом результате может получиться полезное действие»²⁵. Судья при отправлении правосудия вправе и обязан ограничить применение законов «неразумных» и расширить использование «разумных». В противном случае общество может ожидать «альтернатива» Г.Ф. Шершеневича: «Несколько резких результатов применения негодного закона, и последний принужден был бы уступить место новому. Правда, при этом приходится принести в жертву интересы нескольких лиц, которые пострадают при точном применении несправедливого и нецелесообразного закона»²⁶.

Однако можно ли таким «оригинальным» образом, жертвуя интересами нескольких лиц, разрешить противоречие между торжеством закона во что бы то ни стало и правотворчеством судьи, который при отправлении правосудия примет все меры, чтобы не пострадали интересы даже одной личности? Ведь правосудие в материальном смысле есть осуществление законности и справедливости, милости правосудия. Многие авторы полагают, что «справедливость» – абстрактная категория морали (нравственности). Вместе с тем имеется и другая точка зрения, в частности Л.И. Петражицкого, по мнению которого, «исходя из теории интуитивного

²² Гегель. Указ. соч. С. 52.

²³ См.: Кистяковский Б.А. Указ. соч. С. 149.

²⁴ Петражицкий Л.И. Указ. соч. Т. I. С. 183.

²⁵ Там же. С. 304.

²⁶ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 4. М., 1912. С. 713.

права как теории императивно-атрибутивных (правовых) переживаний, справедливость является правовой категорией». Отнесение справедливости со стороны моралистов к нравственности, а равно противопоставление ее со стороны юристов праву представлялось ему неправильным и подлежащим исправлению путем классификационного перемещения справедливости из класса нравственности в класс права. Он утверждал, что, применяя деление права на два вида (позитивное и интуитивное) и изучая переживания справедливости с этой точки зрения, мы имеем дело не с позитивно-, а с интуитивно-правовыми феноменами, поскольку решаем дело по «совести» согласно нашим самостоятельным, не зависимым от внешних авторитетов, убеждениям. Сообразно с этим сами законы подвергаются критике с точки зрения справедливости как некоего высшего масштаба и критерия²⁷. Именно так и только так должен поступать судья, воспитанный в духе *asquitas*, при решении дел, осуществляя то, что в силу его убеждения *in concreto* является справедливым. В связи с этим, несмотря на то что одним решение судьи покажется справедливым, а другим несправедливым, при всех обстоятельствах справедливость имманентно присуща законному судебскому решению и является необходимым и существенным его элементом. И в этом качестве «справедливость» конкретна, т. е. из абстракции морали (нравственности) превращается в правовую категорию.

Итак, там, где закон «одушевляется» человеком-судьей, появляется право. Право есть в широком смысле душа закона, часть его «бессмертия» от преторского права Рима до наших дней, и каждая эпоха наполняет закон одушевленностью права посредством судебной практики, которую следует признать источником права, самостоятельным, равноправным, но не равносильным (понятие Г.Ф. Шершеневича) закону, поскольку ему принадлежит доминирующая роль. И все-таки как не вспомнить слова И.А. Покровского: «Несмотря на всякие учения о безусловном главенстве закона, в действительности судья никогда не был и никогда не может стать простым механическим применителем закона, логической машиной, автоматически выбрасывающей свои решения. Его деятельность всегда имеет творческий элемент, и игнорировать этот последний – значит также создавать себе вредную фикцию, закрывать глаза перед неустранимой реальностью. Закон и суд не две враждебные силы, а два одинаково необходимых фактора юрисдикции. Оба они имеют одну и ту же цель – достижение материального, справедливого; закон для достижения этой цели нуждается в живом дополнении и сотрудничестве в лице судьи. И нечего бояться этой творческой деятельности судьи: судья в не меньшей степени, чем законодатель, – сын своего народа и своего времени и в не меньшей степени носитель того же народного правосознания»²⁸.

* * *

В данной работе затрагивается (только затрагивается) одна из сложнейших проблем религии, философии права и общей теории права – взаимоотношение права, закона и судебного правотворчества. Автор попытается отстоять и защитить право на существование судебного правотворчества как необходимого и неизбежного элемента право(законо)применения, поскольку убежден в том, что судья никогда не был и не может быть лишь бездушным «применителем» закона. В противном случае неминуем гнев Немезиды, мстящей человеческому духу за временное успокоение на добытых формулах и усвоенных результатах²⁹.

²⁷ См.: Петражицкий Л.И. Указ. соч. Т. II. С. 507, 508.

²⁸ Покровский И.А. Указ соч. С. 70, 71.

²⁹ См.: Новгородцев П.И. Сочинения. М., 1995. С. 148.

Начало

Истоки права в совести и нравственном долге

С древнейших времен, задолго до того, как у разных народов оформились государство и право, в жизни людей постоянно возникали спорные и конфликтные ситуации, требовавшие третейского разрешения. В ту пору, когда не существовало ни формального суда, ни облеченного специальными полномочиями судьи, функцию «разрешающего» органа исполняли общее собрание племени, вождь, старейшины, мудрецы или любой третий человек – сосед, первый встречный, способный «рассудить»³⁰. Так, в древнеиндийской «Панчатантре» в положении «О водоемах, о прудах, домах, колодцах и садах» было записано: «Пусть сосед решает спор, – так Ману поучает нас»³¹ (Ману – легендарный мудрец, которому приписывается известный сборник законов).

Думается, однако, что человек, которому было предоставлено право «рассудить», разрешал спор не просто по своему собственному внутреннему убеждению, но опирался на знакомые ему, признанные на данном этапе исторического развития и «разрешенные» обществом правила поведения обычаи. Первоосновой для них служили законы «божьи» (заповеди, заветы и проч.), которые незримо пронизывали «человечьи» законы, привнося в них дух естественного нравственного закона. Святитель Иоанн Златоуст учил, что «человеческая природа имеет у себя достаточный закон в совести. Нас не учат тому, что блуд есть нечистота, а воздержание – дело чистое. Моисей, дав закон: не убиеш, не прибавил: убийство есть зло, а только запретил грех, совесть прежде его сказала, что убийство – злодеяние. Откуда языческие законодатели взяли свои законы о браках, о договорах, об убийстве? Поздние научились от предков? Но откуда взяли их предки? Откуда как не из совести, в которой Бог насадил семена благие, ведение добра и уважение к добру»³².

В древнееврейском языке не было слова, которое терминологически точно соответствовало бы понятию «совесть». Однако реальность совести как общечеловеческого нравственного опыта и как опыта народа, призванного к общению с Богом, несомненно, сознавалась. Это понятие передавалось термином «сердце», означавшим внутреннего человека, сотворенного Богом и известного только Ему. Для богоизбранного народа, знающего Бога и Его закон, голос совести был не чем иным, как внушением сердца, которое воспринималось как голос Бога. Это был голос похвалы или упрека за исполнение или нарушение закона. Таким образом, совесть как реальность нравственного сознания, присущего ветхозаветному человеку, была внутренне связана с Заветом и, по существу, определялась законом, данным в Завете. Вся жизнь человека в Ветхом Завете была в корне обусловлена объективными требованиями Завета и личной верности в исполнении его предписаний. Жизнь в согласии с законом Бога означала чистую и благую совесть, которая приводила человека к миру с Богом и с самим собой³³.

Сокрытую мистическую глубину совести прозревает святитель Иоанн Златоуст, когда говорит, что человеку даны от начала два учителя: это природа и совесть, причем оба они имеют беспристрастный голос и учат человеческие существа в молчании. Обличения совести он называет неким священным якорем, не допускающим человека совершенно погрузиться в бездну греха, и как на нравственный идеал указывает на чистую совесть, которая явля-

³⁰ См.: Книга о судах и судьях. М., 1975. С. 5.

³¹ Панчатантра. М., 1958. С. 208.

³² Архиепископ Филарет (Гумилевский). Историческое учение об отцах Церкви. М., 1996. С. 235.

³³ См.: Архимандрит Платон. Православное нравственное богословие. Издание Свято-Троице-Сергиевой лавры. 1994. С. 70.

ется результатом праведной жизни и праведных дел: ничто так не радует человека, как чистая совесть. Преподобный Нил Синайский в наставлениях учит тому, чтобы человек в качестве светильника при рассмотрении своих поступков употреблял совесть. Вместе с тем совесть есть некая специфическая способность нравственного суждения, с помощью которой человек в каждом конкретном случае определяет, что делать и как поступать³⁴.

В таком контексте деление законов на Божий и человеческие³⁵, как справедливо замечает В.И. Иванов, не только оправданно, но и позволяет выстроить иерархию законов по присутствию в них именно духовного момента³⁶. Читая эти строки, современный читатель может иронично усмехнуться, усмотрев в ссылках на «божьи» законы, божий дух определенную дань моде, растиражированной, к сожалению, на страницах современных юридических журналов. Но разве можно исключить из генетической памяти поколений предания о каменных скрижалях с изображением солнечного бога, передающего свои заповеди царю Хаммурапи? Или законодателя Крита Миноса, который считался только передатчиком воли Зевса, также как и законодатель Спарты Ликург передатчиком воли Аполлона, а законодатель Израиля Моисей передатчиком воли Иеговы³⁷?

Российские исследователи, отмечая сложную, неоднозначную диалектику взаимоотношений мифологии и права, обращают внимание и на то, что «более прочные правовые истоки, предпосылки правовой культуры, более высокий ее уровень в конечном счете будут у того этноса, в мифологии которого глубже и детальнее «проработаны» предправовые мотивы и сюжеты, выражено более четкое отношение к нормам, обычаям, последствиям их нарушения». При этом следует иметь в виду, что и сама «первобытная мифология выполняла регулятивную функцию в обществе, аккумулируя опыт предков и передавая его из поколения в поколение в форме ритуалов, обычаев и традиции»³⁸.

Предания живут в нас независимо от нашего желания, и именно через них современный прагматичный, рациональный человек постигает мудрость связующей духовной нити поколений. «Говоря о народе как о целом, мы должны иметь в виду не одних лишь наличных членов его: духовное единство соединяет также и сменяющие друг друга поколения, настоящее с прошлым. Право сохраняется в народе силой предания, обусловленной не внезапной, а совершенно постепенной, незаметной сменой поколений»³⁹. Развивая эту мысль видного представителя исторической школы права Ф. Савиньи, русский философ В.В. Соловьев выразит ее следующим образом: «Что касается религии в собственном смысле (не мифологии), то и она также не может быть выдумана, и в ней отдельному лицу как таковому принадлежит более страдательное значение, поскольку, во-первых, объективным источником религии признается не зависящее от человека внешнее откровение, и поскольку, во-вторых, субъективным основанием религии является вера народных масс, определяемая общим преданием, а не исследованием личного разума»⁴⁰.

³⁴ См.: Там же. С. 72.

³⁵ См.: Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. II. СПб., 1909. С. 336.

³⁶ См.: Иванов В.И. Закон и право. В сб.: Право и жизнь. № 25. М., 2000. С. 59.

³⁷ См.: Спекторский Е.В. Христианство и правовая культура. В сб.: Русская философия права: философия веры и нравственности. СПб., 1997. С. 338.

³⁸ Алексеев С.С. Философия права. М., 1999. С. 7—11; Семитко А.П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. Екатеринбург, 1996. С. 91, 249.

³⁹ Цит. по: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1908. С. 109.

⁴⁰ Соловьев В.В. Философское начало цельного знания. Минск, 1999. С. 7.

Таким образом, центральной идеей божественных и профетических учений является утверждение, что право создано Богом для регулирования жизни людей и даруется им через посредника пророка или правителя. Соответствующее представление о природе права мы находим в некоторых древних правовых системах, таких, как вавилонские законы, древнееврейские законы и законы Ману, а также в исламском праве. Например, в законах Хаммурапи констатируется, что Бог Мардук внушил Хаммурапи, вавилонскому царю, утвердить правду и даровать людям справедливость и достойное управление. В Книге Исхода утверждается, что две каменные скрижали, переданные Господом Моисею, призванному на Синайскую гору, содержали закон, писанный перстом Божиим. Согласно древнеиндийским законам Ману, также претендующим на божественное происхождение, Верховное Существо якобы раскрыло свой священный закон Ману как отцу человечества в момент создания мира. «Шария» (путь следования) предлагает профетическую теорию, согласно которой первоисточником исламского права является Коран – священная книга мусульман, составленная из вдохновенных Богом изречений пророка Мухаммеда⁴¹.

Следовательно, в представлении древних право обуславливалось волей богов и их «помазанников» – правителей государства. Все древние народы (египтяне, вавилоняне, евреи, индусы, персы и др.) дают божественное объяснение и обоснование своим законам⁴². По сути, не было ни одной системы древнего писаного права, которая не включала бы религиозные предписания. Ярко выраженное обожествление власти и закона характерно для Египта и Вавилона. «Религия здесь непосредственно опирается на пользу, небесный закон воспринимает в себя юридические статьи и политические правила... Таким образом, общественная этика со своими правилами морали, обширное законодательство по гражданскому праву, не менее многочисленные положения по праву уголовному и, наконец, самая настоящая политика и наука об управлении – все это становится неизменным содержанием религиозной догмы, объединяющей нормировку жизни с космическим законом и общим мировым порядком»⁴³. Именно в религии кроется «предельная основа, конечный источник всякого права»⁴⁴.

В свое время известный русский правовед Н.М. Коркунов заметил, что «божественная теория происхождения права способна не только напрямую соединить Бога, закон и Человека, но и сказать Человеку, как ему жить и действовать, чтобы стать лучше»⁴⁵. Эту мысль продолжает наш современник В.И. Иванов, полагающий, что существует Первозакон, который так изложен в Книге Бытия: «И заповедал Господь Бог человеку, говоря: от всякого дерева в саду ты будешь есть; а от дерева познания добра и зла, не ешь от него; ибо в день, в который ты вкусишь от него, смертью умрешь» (Бытие. II. 16, 17). По мнению ученого, здесь сформулировано правило поведения, которое обращено именно к Человеку, к его личности и индивидуальной ценности, его духовно-душевной сущности⁴⁶.

Как учит православное нравственное богословие, человек является носителем трех начал естественного, разумного и божественного, жизнь его протекает одновременно в трех сферах бытия: природной, социально-культурной и религиозной. Нравственное начало как универсальная реальность человеческой жизни присутствует во всех этих сферах бытия и выполняет важнейшую онтологическую функцию формирования структуры бытия. При этом человеческое существование включает в себе два основных и важнейших элемента: мировоззрение и

⁴¹ См.: Сурия Пракаш Синха. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс. М., 1996. С. 68.

⁴² См.: Даррест Р. Исследования по истории права. СПб., 1894; Мэн Г.С. Древний закон и обычай. М., 1884; Еллинек Г. Социально-этическое значение права, неправды, наказания. М., 1910; Рейснер М. Идеологии Востока. Очерки восточной теократии. М., 1927; Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1967.

⁴³ Рейснер М. Указ. соч. С. 18.

⁴⁴ Тихонравов Ю.В. Основы философии права. М., 1997. С. 272.

⁴⁵ Коркунов Н.М. Указ. соч. С. 99—115.

⁴⁶ См.: Иванов В.И. Первозакон // Право и жизнь. М., 1994. № 5. С. 91.

реальную жизнь. Мировоззрение определяется воспитанием и образованием, т. е. интеллектуальным, нравственным и религиозным формированием; реальная жизнь – умением поступать в соответствии с верой и в согласии с нравственными убеждениями⁴⁷. На наш взгляд, особый интерес представляет положение о реальности естественного нравственного закона как принципа, имеющего безусловный и всеобщий характер и лежащего в основе всех правовых и этических норм. В признании естественного нравственного закона Церковь исходит из общечеловеческого нравственного опыта, который у всех народов во все времена освящался верой в высшую и вечную правду, в мировой объективный закон, благодаря которому подлежит справедливому возмездию всякое совершаемое в мире зло.

На естественный нравственный закон указывает в известном изречении святой апостол Павел: «Когда язычники, не имеющие закона, по природе законное делают, то, не имея закона, они сами себе закон: они показывают, что дело закона у них написано в сердцах». (Рим. II. 14–15). Православная Церковь выделяет в его учении следующие основные положения: 1) естественный нравственный закон дан Богом и является общим достоянием всех людей; 2) это закон для разума, ориентирующий каждого человека в выборе добра; 3) знание добра имеет не просто теоретический характер, но и внутренне обязывающую силу; 4) все люди ответственны за нарушение требований нравственного закона и знают, что неповиновение закону влечет будущее возмездие.

Замечательные рассуждения о естественном нравственном законе мы находим у Тертуллиана: «Итак, прежде Моисеева Закона, написанного на каменных скрижалях, я утверждаю, существовал неписанный закон, который обыкновенно понимался естественным образом и соблюдался предками». Тертуллиан говорит, что естественный нравственный закон является общим для всего человечества, и учит: все совершенное человеком против природы должно заслужить осуждение среди людей как нечто позорное и ужасное. На вопрос язычников, что такое закон, он отвечает: «Вы спрашиваете о законе Божиим? Он общий для всего человечества и высечен на скрижалях нашей природы, на которые указывает апостол»⁴⁸.

Православное нравственное богословие исходит из того, что существует один общий источник, в свете которого вырабатываются правила и нравственные предписания, составляющие этическую основу личной и общественной жизни и выражающие заранее предустановленное соответствие между абсолютными требованиями нравственного закона и нравственным сознанием человека (Второзак. XXX. 14). Поэтому в целом патристическая традиция отождествляет содержание естественного нравственного закона с десятью заповедями Ветхого Завета. Сопоставляя естественный закон с законом, записанным на скрижалях, отцы Церкви указывают на существующую между ними внутреннюю связь. В библейском и нравственном богословии можно считать прочно утвердившимся мнение о том, что Богооткровенный закон раскрывает и конкретизирует содержание естественного нравственного закона⁴⁹. В предельно обобщенной форме эта мысль выражена Климентом Александрийским: «От Бога закон природы и закон Откровения, которые составляют нечто одно». В плане человеческих взаимоотношений ни одна религия не проповедует ничего, что могло противоречить Десятословию. Содержание естественного нравственного закона совпадает с основными понятиями, присутствующими в нравственном сознании каждого народа. В ходе культурно-исторического развития

⁴⁷ См.: Архимандрит Платон. Указ соч. С. 5, 19.

⁴⁸ Там же. С. 36.

⁴⁹ См.: Архимандрит Платон. Указ соч. С. 38.

естественный нравственный закон облекался в те различные формы выражения, в которых открывалось его действительное содержание⁵⁰.

Таким образом, следует заключить, что Первозакон и естественный нравственный закон были изначально дарованы Богом человеку, а другие законы, заповеди и постановления шли от Бога позже и выражали их содержание. Бог говорит Моисею: «Останься со Мною и Я изреку тебе все заповеди, и постановления, и законы, которым ты должен научить их, чтобы они так поступали на той земле, которую Я даю им во владение» (Второзак. V).

Центральным понятием ветхозаветной этики и религии является само понятие «завет», в основе которого лежит верность союзу и договору, обосновывающему союз между Богом и народом, между индивидами, образующими нацию. Но всякий договор и всякий союз, построенные на договоре, есть правоотношение и, следовательно, кладут в основу норму поведения, иначе говоря, «закон дел». Понятие «завет» необходимо утверждает закон и жизнь в законе⁵¹. Исследователи признают, что признание абсолютной и вечной ценности Торы проходит через всю раввинскую литературу. Тора дороже бесценной жемчужины, дороже всех сокровищ; одно слово из Торы стоит дороже всего мира; ни одна йота в законе не должна быть опущена, это основные утверждения Талмуда и Мидраша⁵². Вообще весь Ветхий Завет, как писал русский философ Е.В. Спекторский, понимался как закон, как нечто юридическое, как какая-то сакральная юриспруденция. Сам Бог «ведет тяжбу свою» (Псал. LXXIV, 22), ибо «суд дело Божие» (Второзак. I, 17). И Израиль гордился своей юридической религией. «Как люблю я закон Твой! Весь день помышляю о нем», – восклицал псалмопевец (Псал. CXIII, 97)⁵³.

Любопытно отметить, что Иосиф Флавий, описывая общественно-политический строй древних иудеев в сочинении «Против Апиона» (94 г.), употребил термин «теократия», что в переводе с греческого означает «богоставие». Теократический характер еврейского государства, по его мнению, заключался в том, что высший правитель в нем Бог, а важнейшими делами занимается духовенство, возглавляемое первосвященником⁵⁴. Конкретизируя это положение, русский философ Н. Алексеев также говорит о политическом строе ветхозаветного Израиля как о теократии, т. е. «такой форме правления, при которой Бог властвует над народом через посредство своих медиумов – пророков и судей. Эти последние не суть цари земные, но Божьи первосвященники»⁵⁵.

Кого называли судьями и кто именем судей правил народом Израиля?

Как и в патриархальные времена, отец как глава семейства имел право и власть судьи над всеми своими домашними, даже над их жизнью и смертью (Бытие. XXXVIII. 24). Далее эта власть перешла к главам колен и родов (библейский народ был разделен на 12 родов), которые вместе с отправлением дел по управлению ими производили также и суд, исправляя должность судей над своими соплеменниками⁵⁶. Таким образом, они выполняли, говоря современным языком, и судебные функции. После освобождения из египетского рабства все искавшие правосудия стали обращаться к Моисею как избавителю народа, как уполномоченному Богом в качестве его посланника, и он судил их. Важно подчеркнуть: статус уполномоченного Богом посланника означал, что Моисей являлся правителем Израиля и именно в этом качестве осуществлял правосудие по конкретным делам:

⁵⁰ См.: там же. С. 39.

⁵¹ См.: Вышеславцев Б.П. Этика преображенного Эроса. Проблемы Закона и Благодати. В сб.: Русская философия права: философия веры и нравственности. СПб., 1997. С. 384.

⁵² См.: Stracku Billerbeck. Ev. Nach Matthaus, erlautertaus Talmud und Midrasch. Munch., 1922. S. 244, 245.

⁵³ См.: Спекторский Е.В. Указ. соч. С. 338.

⁵⁴ См.: Иосиф Флавий. О древности иудейского народа. Против Апиона. М., 1994. С. 176.

⁵⁵ Алексеев Н. Русский народ и государство. М., 1998. С. 27.

⁵⁶ Библейская энциклопедия. Издание Свято-Троице-Сергиевой лавры. 1990. С. 679.

«13. На другой день сел Моисей судить народ, и стоял народ перед Моисеем с утра до вечера.

14. И видел тесть Моисеев все, что он делает с народом, и сказал: что это такое делаешь ты с народом? Для чего ты сидишь один, а весь народ стоит пред тобою с утра до вечера?

15. И сказал Моисей тестю своему: народ приходит ко мне просить суда у Бога.

16. Когда случается у них такое дело, они приходят ко мне, и я сужу между тем и другим, и объявляю уставы Божии и законы Его» (Исход. XVIII).

Из текста Ветхого Завета следует, что Моисей, будучи правителем народа Израиля, осуществлял функции судьи не постоянно, а когда возникал спор «между тем и другим» и они обращались к нему, чтобы он рассудил их спор. Кроме того, Моисей рассматривал споры на основании «уставов Божиих и законов Его», т. е. его усмотрение судьи должно было находиться в согласии с нормативной системой ценностей, предписанных Богом. И, наконец, Моисей, «объявляя уставы Божии и законы Его» участникам спора, творил право исходя из конкретных обстоятельств дела и, объявляя решения, устанавливал тем самым для них новые права и обязанности.

Совершенно справедливо отмечает С.С. Алексеев, что существующее в данном обществе право обретает смысл и содержание в правах. Именно в них, в субъективных правах, раскрываются исконно заложенные в объективном праве («по идее», по определению, в потенции) его суть и предназначение, когда лица поступают, действуют (или не действуют) «по праву». Стало быть, надо видеть в сути и предназначении права самое глубинное, исконное: право потому и «право», что оно (закрепленное в законах и выраженное в юридических нормах) «говорит о правах». Значит, субъективные права, т. е. правомочия, юридические возможности, которыми наделяются определенные субъекты, это своего рода активный, узловый центр содержания права (именно как права!). К нему, этому активному, узловому центру, стягиваются все нити правового регулирования, все частицы правовой материи, из которых в совокупности складывается правовое содержание. И здесь обратим внимание на данный пункт: эти самые «частицы правовой материи» предстают в виде средств юридического регулирования и правовых механизмов⁵⁷.

Разумеется, трудно представить себе, что участники спора, отстояв очередь «с утра до вечера», вместо конкретного разрешения спора были бы удовлетворены общими сентенциями Моисея относительно добра и зла. К слову, обратим внимание на любопытную деталь, которая говорит нам о связи времен: руководствуясь вполне атеистическими процессуальными нормами, современные судьи, как и Моисей в свое время, «объявляют решение». Случайность? Может быть, но случайность весьма колоритная.

Моисей, разумеется, не мог один отправлять правосудие в отношении такого множества дел, и, решая вопрос об упрощении доступа к правосудию, он выслушал совет своего тестя:

«19. Итак, послушай слов моих; я дам тебе совет, и будет Бог с тобою: будь ты для народа посредником пред Богом и представляй Богу дела его.

20. Научай их уставам и законам Божиим, указывай им путь Его, по которому они должны идти, и дела, которые они должны делать.

⁵⁷ См.: Алексеев С.С. Указ. соч. С. 43.

21. Ты же усмотри из всего народа людей способных, боящихся Бога, людей правдивых, ненавидящих корысть, и поставь их над ними тысяченачальниками, стоначапьяниками, пятидесятина начальниками и десятиначальниками.

22. Пусть они судят народ во всякое время, и о всяком важном деле доносят тебе, а все малые дела судят сами: и будет тебе легче, и они понесут с тобою бремя.

23. Если ты сделаешь это, и Бог повелит тебе, то ты можешь устоять, и весь народ сей будет отходить в свое место с миром.

24. И послушал Моисей слов тестя своего, и сделал все, что он говорил» (Исход. XVIII).

Комментируя приведенные положения, некоторые исследователи говорят о создании Моисеем независимой судебной власти. Так, по мнению американского автора П. Джонсона, Моисей создал «постоянно действующую и обученную судебную власть»⁵⁸. К нему присоединяется историк М. Даймонт: «Моисей также заложил основы для другого разделения, которое стало неотъемлемой чертой любой демократии. Он создал независимую судебную власть»⁵⁹. Этой же позиции в определенной мере придерживается и российский исследователь П. Баренбойм: «Хотя мы находим слова «тысяче-», «сто-» и т. д. начальники, но ни до, ни после нет никакого намека на то, что речь идет о чисто административных руководителях. Нет и намека на связь назначенных судей со старшинством или богатством»⁶⁰.

На наш взгляд, мудрый Моисей, усыпив бдительность тестя своей восприимчивостью к его советам, все-таки не до конца «сделал все, что он говорил»:

«25. И выбрал Моисей из всего Израиля способных людей, и поставил их начальниками народа, тысяченачальниками, стоначапьяниками, пятидесятиначапьяниками и десятиначальниками.

26. И судили они народ во всякое время; о делах важных доносили Моисею, а все малые дела судили сами.

27. И отпустил Моисей тестя своего, и он пошел в землю свою».

Действительно, Моисей выбрал из всего Израиля, из всего народа людей способных, боящихся Бога, людей правдивых, ненавидящих корысть, но поставил их не судьями, а начальниками, предоставив им наряду с функцией управления и определенные полномочия в области отправления правосудия. Любопытно, что впоследствии Моисей дает предписания следующего характера: «Во всех жилищах твоих поставь себе судей и надзирателей по коленам твоим, чтобы они судили народ судом праведным, не извращая закона» (Второзак. XVI. 18). Эти судьи, без сомнения, были учреждаемы из старейшин, потому что, говоря о разных судебных случаях, Моисей предоставляет суд старейшинам (Второзак. XXI. 18—2; XXII. 13, 15, 18; XXV. 2, 8). Кроме того, для затруднительных дел, которые при жизни Моисея были предоставлены ему самому для решения, после него должен был устроиться высший суд, который должен был иметь заседание в Святилище под председательством первосвященника и светского судьи и состоять из священников и судей (Второзак. XVII. 8—12; XIX. 16—19; XXI. 2, 5).

Тем самым Моисей предпочел революционному эволюционный путь реформирования административно-судебного устройства общества. На наш взгляд, его действия – поучительный пример для современных реформаторов «быстрого действия», и в связи с этим приведем суждение П. Джонсона о Моисее: «Он был пророк и лидер, человек решительного действия

⁵⁸ Цит. по: Баренбойм П.Д. Первая Конституция Мира. В сб.: Библия и Конституция. М., 1998. С. 55.

⁵⁹ Даймонт М. Иудеи. Бог и История. США. 1994. С. 45.

⁶⁰ Баренбойм П.Д. Указ. соч. С. 54.

и буквально электрического воздействия на окружающих, способный на неудержимый гнев и жесткое решение, но также человек интенсивной духовности, любящий уединение с самим собой и Богом, в безлюдных местах наблюдая видения Божоявлений и Апокалипсиса; при этом, однако, не отшельник и затворник, но активная духовная сила, ненавидящая несправедливость и пламенно стремящаяся к созданию Утопии. Этот человек не только был посредником между Богом и человечеством, но стремился перенести чрезвычайно высокие идеалы в практическую деятельность, а благородные концепции в каждодневную жизнь. Кроме того, в качестве законодателя и судьи он стал конструктором мощной правовой инфраструктуры, обеспечивая честный подход к каждому аспекту общественного и частного поведения, т. е. в конечном счете тоталитаризм духовности»⁶¹.

Думается, читателю интересно узнать напутствия Моисея судьям: «И дал я повеление судьям в то время, говоря: выслушивайте братьев ваших и судите справедливо как брата с братом, так и пришельца его. Не различайте лиц на суде, как малого, так и великого выслушивайте: не бойтесь лица человеческого, ибо суд дело Божие; а дело, которое для вас трудно, доводите до меня, и я выслушаю его» (Второзак. 1.16,17). Таким образом, Моисей считает существенными элементами правосудия в материальном смысле справедливость и беспристрастность судей. И как не признать современность данного сюжета!

А вот заложенные им основы судопроизводства, которые получили дальнейшее развитие уже в последующее время Судей и Царей:

«15. Недостаточно одного свидетеля против кого-либо в какой-нибудь вине и в каком-нибудь преступлении и в каком-нибудь грехе, которым он согрешит: при словах двух свидетелей или при словах трех свидетелей состоится дело.

16. Если выступит против кого свидетель несправедливый, обвиняй его в преступлении.

18. Судьи должны хорошо исследовать, и, если свидетель тот свидетель ложный, ложно донес на брата своего,

19. То сделайте ему то, что умышлял сделать брату своему; итак истреби зло из среды себя.

20. И прочие услышат, и убоятся, и не станут впредь делать такое зло среди тебя.

21. Да не пошадит его глаз твой: душу за душу, глаз за глаз, зуб за зуб, руку за руку, ногу за ногу».

Где не доставало свидетелей, например при воровстве, должна была решать дело клятва (Исход. XXII. 10–11; Евр. VI. 16). Иногда, за неимением доказательств и средств к открытию истины, бросали жребий (Нав. VII. 14; I Цар. XIV. 40). Он употреблялся как непосредственное Божественное решение (Притч. XVI. 33; XVIII. 19). Принудительные средства, пытки, заключение в темницу чужды были закону Моисея, они явились позднее под чужим владычеством (Лука. XII. 58).

После смерти Моисея, по прошествии времени, когда умерли и старейшины, бывшие свидетелями великих дел, новое поколение Израиля стало пренебрегать Божиим повелениям: «В те дни не было царя у Израиля; каждый делал то, что ему казалось справедливым... Но всякий раз, когда они покидали нечестие и злые дела и обращались к Богу о помощи, Бог двигал им мужей крепких верою и полных упования на Бога, которые избавляли их от иноплемеников и с именем Судей правили народом от имени и по воле Господа»⁶².

⁶¹ Джонсон П. Указ. соч. С. 27.

⁶² Библейская энциклопедия. С. 679.

«И после сего, около четырехсот пятидесяти лет, – говорит священный писатель книги Деяний Апостольских, – давал им (Господь) Судей до пророка Самуила». История израильтян под управлением Судей (а всего было их 14) передана в Книге Судей, автором которой, по мнению большинства толкователей, был последний из них, а именно пророк Самуил. Согласно Ветхому Завету Самуил оказался достойным народного доверия во всех отношениях. В качестве судьи он делал ежедневные обходы знатнейших городов, с тем чтобы требующие правосудия не имели нужды в трудных путешествиях, и управлял Израилем со всем правосудием и без корысти. В его правление Израиль пользовался полным миром и благосостоянием. В течение многих лет Священное Писание ничего более не говорит о Самуиле. Впрочем, считают толкователи Библии, пророк-судья оставался верным Богу и верным народу, которым правил; под мудрым и справедливым его управлением Израиль жил беспечно и пожинал богатые плоды его правления⁶³.

На склоне дней Самуил разделил дело правления между двумя своими сыновьями, но они, по словам толкователей, «уклонялись в корысть, и брали подарки, и судили превратно». Опасаясь тяжких последствий такого незаконного правления сыновей Самуила, старейшины обратились к нему с просьбой поставить царя над ними, чтобы он судил их. С позволения Бога царем был избран и помазан на царство Саул. При торжественном помазании его на царство Самуил объявил народу, что теперь управление им будет принадлежать царю⁶⁴. С этого времени Израиль стал находиться под управлением царей: «Будет судить нас царь наш и пойдет впереди нас и будет сражаться за нас». Но правление царя не должно было находиться вне закона, о чем свидетельствуют еще советы Моисея:

«18. Но когда он сядет на престол царства своего, должен списать для себя список закона сего с книги, находящейся у священников левитов.

19. И пусть он будет у него, и пусть он читает его во все дни жизни своей, дабы научился бояться Господа, Бога своего, и старался исполнять все слова закона сего и постановления сии.

20. Чтобы не надмевалось сердце его пред братьями его, и чтобы не уклонялся он от закона ни направо, ни налево, дабы долгие дни пребыл на царстве своем он и сыновья его посреди Израиля» (Второзак. XVII).

Таким образом, как справедливо отмечает Е.Н. Салыгин, нормой властеотношений в Древнем Израиле было соединение в одном лице полномочий судьи, верховного правителя и военачальника. Это доказывается тем, что как предшественники царя Саула на посту политического лидера Израиля Моисей, Иисус Навин и Самуил, так и преемники – древнеизраильские цари Давид и Соломон, помимо управления осуществляли также суд⁶⁵. Говорить о стройной доктрине разделения властей, о чем пишет П.Д. Баренбойм⁶⁶, в период написания Книги Судей, по мнению Е.Н. Салыгина, преждевременно⁶⁷. На наш взгляд, также следует признать, что в тексте Ветхого Завета речь идет о единой власти, едином властелине-правителе, хотя именуется он по-разному. Титул власти ничего не может изменить в ее природе: можно быть царем, или пророком, или судьей по происхождению, по избранию, по правопреемству и т. д. От Бога дается не титул, а сила, способная повелевать, принимать решения и добиваться исполнения. Ветхий Завет говорит только об иерархическом устройстве власти. Власть исходит от Бога. Получивший власть от Бога оказывается способным творить право, так как наделяется божественной силой осуществлять Его законы, заповеди, постановления.

⁶³ Там же. С. 622.

⁶⁴ Там же. С. 623.

⁶⁵ См.: Салыгин Е.Н. Теократическое государство. М., 1999. С. 64.

⁶⁶ См.: Баренбойм П.Д. 3000 лет доктрины разделения властей. Суд Сьютера. М., 1995. С. 13.

⁶⁷ См.: Салыгин Е.Н. Указ. соч. С. 63.

Их осуществление носителем власти – судьей, «создающим» в конкретном деле новые права для участников спора, есть правотворчество.

* * *

Итак, основными составляющими правосудия, которое творили правители Древнего Израиля, являются как сами Божественные законы, на основании которых судья объявляет решения, так и естественный нравственный закон, в основе которого лежат такие понятия, как совесть и справедливость. Центральная фигура правосудия – судья, познающий субъект, который при рассмотрении дела «очеловечивает» Божьи законы и тем самым творит право для участников спора. И, как следует из наставлений Ветхого Завета, правосудие должно осуществляться в определенных процессуальных формах судопроизводства, основу которого составляют гласность и состязательность.

Древняя Греция

«Совершенные» законы и судьи – «господа над законами»

Божественный закон с его требованием неукоснительной преданности канонам, несомненно, составлял смысл и основу жизни израильтян, обреченных, казалось бы, оставаться в религиозной чистоте и непорочности. Но история рассудила иначе, столкнув однажды вроде бы несовместимые антиподы – иудаизм и языческую культуру Древней Греции.

Формально греческая культура не была признана учителями Божественного закона, единственно изучение которого считалось занятием и либеральным, и достойным серьезного человека, известно, что они одинаково предавали проклятию и «того, кто вскармливал свиней, и того, кто обучал своего сына греческой науке»⁶⁸. А один ученый раввин так ответил на вопрос, в какое время дня всего приличнее преподавать детям «греческую мудрость»: «Не днем и не ночью, ибо сказано в Законе: изучай его день и ночь»⁶⁹. Не следует ли из этих примеров, взятых нами из книги известного французского ученого Э.Ренана «Жизнь Иисуса», что, невзирая на проклятия и непринятие, мудрость эллинизма проникала в умы израильтян?

Как считает Э. Ренан, попытки слить эллинизм с иудаизмом предпринимались в течение почти 200 лет⁷⁰. Еврейские мыслители, не отделяя судеб человечества от судьбы своей крошечной расы, первые взяли на себя труд создать общую теорию развития человеческого рода. Греция, всегда замыкавшаяся в самой себе и прислушавшаяся внимательно только к распрямам между своими маленькими городами, имела превосходных историков, стоицизм возвестил величайшие принципы обязанностей человека как гражданина мира и как члена великого братства; но до наступления римской эпохи тщетно было искать в классической литературе общей системы философии истории, охватывающей все человечество⁷¹.

* * *

Античный мир в согласии со своим натурализмом верил в право природы, в естественное право. Пытаясь найти свой ответ на центральный, жизненный вопрос философии права, до сих пор не решенный окончательно, философы Древней Греции спорили о том, коренится ли право в самой природе вещей, в вечном, неизменном порядке мироздания или же оно составляет результат произвольного соглашения людей, человеческое установление, возникшее в определенный момент.

Софисты, например, утверждали, что в основе права нет ничего неизменного, вечного. Первоначально, говорили они, люди жили врозь, не руководствовались во взаимных отношениях никакими началами права и правды, каждый делал что хотел, и, разумеется, сильные поработали слабых. Чтобы положить конец такому порядку вещей, слабые соединились в общества, установили законы нормы права и правды, которыми они и сковали произвол силь-

⁶⁸ Ренан Э. Жизнь Иисуса. М., 1990. С. 71.

⁶⁹ Там же.

⁷⁰ См.: там же.

⁷¹ См.: там же. С. 77.

ных. Иными словами, все, что называется правом или правдой, составляет, по мнению софистов, результат соглашения людей, искусственное изобретение человеческого ума⁷².

Поворот мышления от объективно-божественного к субъективно-человеческому комплексу явлений и проблем впоследствии был назван «великой исторической заслугой софистов, предпринявших плодотворную попытку взглянуть на мир человеческими глазами»⁷³. Современники же, прежде всего Сократ, а за ним Платон и Аристотель, считали учение софистов односторонним. С их точки зрения, право не во всем своем составе является искусственным изобретением людей; в его основе лежит вечный, незыблемый божественный порядок, который господствует не только в человеческих отношениях, но и во всем строе мироздания: рядом с законами, изобретенными людьми, существуют вечные, неписанные законы, вложенные в сердца людей самим божественным разумом. Таким образом, естественный закон становится высшей ценностью как принцип добродетели и справедливости, имеющий универсальное, сверхнациональное, всеобщее обязательное значение.

Универсальным космическим принципом закон предстает и в стоической философии. Для стоиков закон – это порядок мира, порядок природы, Божественный закон, который есть вместе с тем закон нашего разума и сообразование с которым – добродетель; естественный закон есть выражение божественного порядка и Провидения, управляющего миром⁷⁴, где человек – носитель божественного элемента, разума, который имеет ценность независимо от принадлежности к государству и официальной религии, а право – выражение всеобщего разума⁷⁵.

Такова была, по выражению Е.В. Спекторского, первая редакция естественного права⁷⁶. По словам другого русского философа, В.В. Соловьева, «так называемое естественное право, рациональная сущность которого отличается от его исторического явления или права положительного, выступает общей алгебраической формулой, под которую история подставляет различные действительные величины положительного права. При этом само собой разумеется, что эта формула (как и всякая другая) в своей отдельности есть лишь отвлечение ума, в действительности же существует лишь как общая форма всех положительных правовых отношений, в них и через них»⁷⁷.

Учение о естественном праве, о законе, «написанном в сердцах», вознесло закон как принцип на предельную «божественную» высоту. Вечный Божественный закон, естественный закон (полным выражением которого, напоминает русский ученый Б.П. Вышеславцев, считался Декалог десять заповедей)⁷⁸ рассматривался как основа и руководящее начало для писаных законов. Аристотель, разделивший все законы на писанные и неписанные, учил, что последние обладают обязательной силой по самой своей природе, не зависят от усмотрения законодателя, везде и всегда одни и те же; они восполняют пробелы положительного права и служат критерием для его оценки. Иными словами, естественное право вступает в силу, когда молчит право, установленное людьми, т. е. естественное право, с одной стороны, является как

⁷² См.: Трубецкой Е.Н. Право и нравственность. В сб.: Русская философия права: философия веры и нравственности. СПб., 1997. С. 202.

⁷³ Нерсесянц В.С. Право и закон: из истории правовых учений. М., 1983. С. 92.

⁷⁴ См.: Вышеславцев Б.П. Этика преображенного Эроса. Проблемы Закона и Благодати. В сб.: Русская философия права: философия веры и нравственности. С. 387.

⁷⁵ См.: Михайловский И.В. О религиозно-нравственных основаниях права. В сб.: Русская философия права: философия веры и нравственности. С. 260.

⁷⁶ См.: Спекторский Е.В. Христианство и правовая культура. В сб.: Русская философия права: философия веры и нравственности. С. 349.

⁷⁷ Соловьев В.В. Философское начало цельного знания. Минск, 1999. С. 606.

⁷⁸ См.: Вышеславцев Б.П. Указ. соч. С. 388.

бы частью всего положительного права, с другой – стоит где-то над ним и выступает только по временам и как бы в помощь положительному праву⁷⁹.

Закон – основная святыня всего античного мира, основной принцип дохристианской этики. Жизнь в законе, в праве и государстве для эллинов есть жизнь совершенная.

Лучше умереть, соблюдая закон, чем жить, нарушая закон, – такова тема Платонова «Критона»: к сидящему в темнице Сократу приходят законы и говорят: мы вскормили тебя и вспоили, мы дали тебе жизнь, отечество и все ценности, которыми ты жил; неужели ты можешь помыслить о том, чтобы нас попрасть? («Вот обожание закона как живой святыни, апофеоз самой формы закона даже и тогда, когда она облакает собой несправедливость», – замечает по этому поводу Б.П. Вышеславцев).

Кир, спрошенный, кого он назовет несправедливым, отвечал: не применяющего закон. Солон, спрошенный, как наилучшим образом живут в государствах, отвечал: если граждане повинуются властям, а власти законам. Демосфен называл законы душой государства. Для рабов, утверждал Демадий, необходимость есть закон, а для свободных закон есть необходимость.

Платон определял как гармонию всех струн идеал государства, идеал законодательного совершенства, идеал справедливости. И для Аристотеля совершенное государство есть то государство, в котором властвует закон, и только в нем возможно жить человеку: «Вне государства или животные, или боги»; человеческое совершенство есть совершенство государства и совершенство законов. Тот же Б.П. Вышеславцев иронизирует: «Аристотель не подозревал, конечно, что христианство будет утверждать именно этот, им исключаемый, парадокс: «А я говорю вам: вы боги и сыны Всевышнего все». Поскольку мы «боги» и сыны Всевышнего, мы живем вне государства и вне закона. Царство благодати, сфера обожания сверхприродна, сверхзаконна, метаполитична»⁸⁰.

Идея законопослушания не осталась для эллинов сугубо абстрактно-теоретической, а была непосредственно воспринята ими. Подтверждением тому служит, например, текст присяги, которую приносили афиняне, когда по достижении совершеннолетия (18 лет) становились эфебами и как граждане вносились в списки демов:

«Я не посрамлю священного оружия и не покину товарища, с которым буду идти встрою, но буду защищать их рамы и святыни один и вместе со многими. Отечество оставлю после себя неумаленным, а большим и лучшим, чем сам его унаследовал. И я буду слушаться властей, постоянно существующих, и повиноваться установленным законам, а также и тем новым, которые установит согласно народ. И если кто-нибудь будет отменять законы или не повиноваться им, я не допущу этого, но буду защищать их и один и вместе со всеми. И я буду чтить отеческие святыни»⁸¹.

Вместе с тем греческие мыслители, провозглашая культ закона (что, как мы помним, характерно и для Древнего Израиля), предъявляли к нему такое существенное требование, как справедливость. Если закон не окажется на пользу общения людей, говорит Эпикур, «он уже не имеет природы справедливости»⁸². По Аристотелю, «справедливость» – понятие относительное, это всегда общая мерка, которая для своего применения требует наличия каких-либо общих свойств у людей: в одних случаях ее предпосылкой является равенство людей по какому-нибудь признаку, в других – соизмеримость.

⁷⁹ См.: Шершеневич Г.Ф. О теории права. В сб.: Русская философия права: философия веры и нравственности. С. 176.

⁸⁰ Вышеславцев Б.П. Указ. соч. С. 386, 387.

⁸¹ Аристотель. Политика. Афинская полития. М., 1997. С. 404.

⁸² Эпикур. Главные мысли. В сб.: Материалисты Древней Греции. М., 1955. С. 217.

Поскольку все частные случаи невозможно уложить в прокрустово ложе одного и того же правила, наряду со справедливостью, выступающей в качестве общего правила, Аристотель выделяет особую форму справедливости частного случая, которую называет «правдой». Его «правда» – это «высшая ступень справедливости»⁸³. Отсюда вывод: справедливость может быть не только относительной, но и конкретной, но тогда возникает вопрос: для кого? Те, кто упускает из виду этот вопрос, судят дурно, поскольку судят о самих себе, «в суждении же о своих собственных делах едва ли не большинство людей плохие судьи»⁸⁴.

Данное рассуждение, завершающееся мыслью о том, что невозможно быть судьей в собственном деле, с неизбежностью приводит к выводу: только беспристрастный судья, т. е. тот, кто рассматривает дела других, может решить дело по «правде», иными словами, добиться справедливости.

Однако нет ли тут определенного противоречия: совершенное государство, совершенное законодательство – писанные законы, которые в обязательном порядке должны быть «опубликованы» на кирбах (деревянные выбеленные доски высотой приблизительно в рост человека, составленные в виде призмы, которая вращалась на оси для удобства чтения), и потребность в судье как беспристрастном арбитре? Ведь само совершенство, на первый взгляд, не нуждается в посреднике-судье для реализации «совершенных положений». Наиболее красноречиво передает это сомнение Сократ в беседе с Главконом:

«Когда в государстве распространяется распущенность и болезни, разве не потребуется во множестве открыть суды и больницы? И разве не будут в почете судебное дело и врачевание, когда ими усиленно станут заниматься даже многие благородные люди?»

Да, выйдет так.

Какое же ты можешь привести еще большее доказательство плохого и постыдного воспитания граждан, если нужду во врачах и искусных судьях испытывают не только худшие люди и ремесленники, но даже и те, кто притязает на то, что они воспитаны на благородный лад? Разве, по-твоему, не позорна и не служит явным признаком невоспитанности необходимость пользоваться, за отсутствием собственных понятий о справедливости, постановлениями посторонних людей, словно они какие-то владыки и могут все решить?

Это величайший позор.

А не кажется ли тебе еще более позорным то обстоятельство, что человек не только проводит большую часть своей жизни в судах как ответчик либо как истец, но по своей невоспитанности еще и чванится этим в уверенности, что он горазд творить несправедливости, знает всякие уловки и также лазейки, чтобы увернуться от наказания, и все это ради мелких, ничего не стоящих дел? Ему неведомо, насколько прекраснее и лучше построить свою жизнь так, чтобы вовсе не нуждаться в ключом носом судье.

⁸³ Аристотель. Указ. соч. С. 107.

⁸⁴ Там же.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.