



ГАНС VS САВИНЬИ: ПОЛЕМИКА МЕЖДУ ФИЛОСОФСКОЙ И ИСТОРИЧЕСКОЙ ШКОЛАМИ ПРАВА¹

УДК 340.122:340.123

Валентина Викторовна Эмих

кандидат юридических наук,
старший научный сотрудник отдела права
Института философии и права УрО РАН,
г. Екатеринбург. E-mail: emikh.valentina@gmail.com

На основе трудов Э. Ганса и Ф. Савиньи 1810–1820 гг. в статье проанализированы основные вопросы исследовательской повестки исторической и философской школ права, а именно – понимание права, роли нации в формировании права, роль истории в формировании права, сравнение в праве, проблема отбора правового материала, правовая наука в системе наук и роль римского права в познании права. Ганс – представитель философски ориентированной правовой науки, в то время как доктрина Савиньи направлена на точное представление источников права, таким образом она принимает антифилософскую установку. Учение о нации составляет магистральные линии взаимодействия Ганса и Савиньи. Тем не менее Ганс, следуя гегелевской философии права, полагает, что мировой дух является неограниченной судебной инстанцией, стоящей над нациями, нация же служит носителем мирового духа. Для Савиньи право создается исключительно духом народа и правовой материал порождается сущностью нации и ее истории. Гансовская универсальная история права противостоит историзму Савиньи. По мнению Ганса, сравнение необходимо для поиска истины, однако у Савиньи – для идентификации национальной традиции. Автор исследует классификацию Ганса для различных отраслей знаний о праве и позицию Савиньи о праве как специальной науке для юристов. В статье сделан вывод о том, что концепции Ганса и Савиньи имеют много точек соприкосновения, но их наследие имеет разный эвристический потенциал для истории политико-правовой мысли.

Ключевые слова: историческая школа права, историзм, Савиньи, Ганс, универсальная история права, компаративистика.

¹ Статья подготовлена в рамках программы фундаментальных исследований УрО РАН «Социально-политические и правовые регуляторы современного общества», проект № 15-19-6-6 «Трансформация морально-политических и правовых регуляторов современного общества: взаимодействие национального и глобального пространств».

«...лебедь и гусь¹ не могут плавать в одном пруду. Не дай Бог, если пруд превратится в лужу».

(Из письма наследного принца Фридриха Вильгельма III Фридриху Карлу фон Савиньи от 31 декабря 1828 года [цит. по: Kletzer 2007: 127])

Прусское государство и «государство Гегеля». В 1820 г. по окончании Гельдельбергского университета Эдуард Ганс обратился к министру образования Пруссии с заявлением о замещении академической должности на юридическом факультете Берлинского университета. Его заявление было отклонено в связи с письмом администрации университета, в котором поднимался вопрос о еврейском происхождении Ганса [Rose 2014: 106]. Письмо было подготовлено по инициативе Фридриха Карла фон Савиньи, основателя исторической школы² юридической мысли – ведущей для того времени. 18 августа 1822 г. кабинетом Фридриха Вильгельма III издан указ, согласно которому евреи были исключены из числа лиц, имеющих право замещать академические должности³. В этом контексте не сложно догадаться о причинах личной неприязни между Гансом и Савиньи. В 1825 г. после принятия протестантства карьера Ганса быстро определилась: сначала он назначен экстраординарным, затем – ординарным профессором юридического факультета Берлинского университета [Ганс 1908–1913: 165], чему немало способствовал Георг Вильгельм Фридрих Гегель. С приходом Ганса в университет случилось так, что Савиньи подал в отставку с руководящей должности юридического факультета. По словам доктора К. Клецера, «гегелевский лагерь выиграл по крайней мере одну битву в жесткой конфронтации, которая велась посредством опосредованных войн и суррогатной полемики»⁴ [Kletzer 2007:127].

В Гегеле Ганс не только видит «глубокого мощного мыслителя», но и благодарен за то, что он дал ему основание для утверждения своей позитивной науки, определил его научный путь [Ганс 2015: XL]. В качестве руководителя Verein für Kultur und Wissenschaft der Juden он пытался продвинуть гегелевскую концепцию государства как основу вливания евреев в жизнь Прусского государства, ибо она позволяла интегрировать еврейское сознание и еврейские институты в этическую тотальность государства. Однако жизненные реалии показали, что Прусское государство и государство Гегеля, которое может дать еврейскому сообществу дом, это не одно и то

¹ Игра слов. Gans (нем.) – гусь.

² О понятии «историческая школа права» и его содержательном наполнении в современной науке подробно см.: [Асламов 2012].

³ Впоследствии данный указ вошел в историю Пруссии под названием “Lex Gans”. См. подробнее: [Braun 1998].

⁴ Здесь и далее перевод с английского и украинского языков Эмих В.В., перевод с немецкого Серебренниковой Е.В. и Эмих В.В.

же [Rose 2014: 111, 116, 119]⁵. Как саркастически отмечает исследователь С.-Э. Роуз, то что было неразумным, стало действительным [Rose 2014: 122]. В 1830-е гг. Ганс проявляет все больший интерес к французской философской мысли и критически оценивает суждения Гегеля по социальным вопросам и ассоцианизму [Breckman 2001; Hoffheimer 1995; Waszek 1987]. Во многом такой подход обусловлен тем, что гегелевская концепция «разумного государства» по сути отрицает либеральную концепцию автономии личности.

В научной полемике Ганса и Савиньи нашли отражение особенности и тенденции развития юридической науки в Германии начала XIX в., значительное влияние на состояние которой оказало формирование исторической и философской (философско-исторической) школ юридической мысли [Кресин 2015: 121]. На основе анализа работ Ганса и Савиньи 1810-1820-х гг. рассмотрим основные вопросы исследовательской повестки указанных школ, на которых строится их интеллектуальная база: понимание права (I); роль нации в формировании права (II); роль истории в формировании права (III); сравнение в праве (IV); право и наука (V). Если значительная часть работ Савиньи была представлена русскоязычному читателю издательством «Статут» (г. Москва) при поддержке Центра исследования права им. Савиньи (г. Одесса, Украина), то работы Ганса в России не публиковались. В настоящем издании мы предлагаем читателю ознакомиться с переводом предисловия к четырехтомному сочинению Э. Ганса «Наследственное право во всемирно-историческом развитии» (1823 г.), в котором им изложены основы его концепции [Ганс 2015], и переводом статьи немецкого ученого Х. Монгаупта «Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса» (2002 г.) [Монгаупт 2015].

I. Философское и юридическое правопонимание. Концепцию права Ганса невозможно раскрыть вне философии права Гегеля. Гегель различает науку о праве (правовую науку) и науку о позитивном праве (юриспруденцию) [Нерсесянц 1990: 8]. При этом наука о праве представляет собой часть философии. Как указывает Х. Монгаупт, «в отличие от исторической школы права подход Гегеля ... является не собственно юридическим, а философско-правовым» [Монгаупт 2015]. Ключевая гегелевская установка здесь заключается в следующем: *«Философская наука о праве имеет своим предметом идею права – понятие права и его осуществление ... Наука о праве есть часть философии.* Поэтому она должна развить из понятия идею, представляющую собой разум предмета, или, что то же самое, наблюдать собственное имманентное развитие самого предмета... *понятие права по*

⁵ Весьма провокационный анализ влияния концепции Гегеля на деятельность Vereiн в Пруссии, определения роли евреев в истории Прусского государства в свете философии права Гегеля, в том числе на основе скрупулезного исследования писем Ганса в качестве руководителя Vereiн, содержится в главах «Позиционирование самих себя в истории. Гегель в основных текстах Vereiн» и «Обретение гражданства гегелевского государства или курс науки иудаизма в 1820-е гг. в Германии»; в работе С.-Э. Роуза «Еврейская философская политика в Германии. 1789–1848» [Rose 2014: 44-146].

своему становлению трактуется вне науки права, его дедуция предполагается здесь уже имеющейся, и его следует принимать как данное» [Гегель 1990: 59-60]. Для Ганса, как и для Гегеля, правовая наука – часть философии, и искать понятие права следует вне науки права. С учетом этой гегелевской установки Ганс трактует право «как действительное настоящее, как запечатленный в мыслях современный мир права, нравственности и государства» [Ганс 2015].

Концепция Савиньи вытекает из доктрины источников права (Rechtsquellenlehre) и нацелена на «точное представление источников права», уже поэтому она имеет антифилософскую установку [Kletzer 2007: 130]. Он в отличие от Гегеля и его последователей не ищет понятия права, оно является для него изначально заданным: «...не каждая эпоха порождает для себя и произвольно свой мир, она делает это в неразрывной связи со всем прошлым. Тогда, следовательно, каждая эпоха должна признавать нечто *Данное*, которое, однако, одновременно является неизбежным и свободным: неизбежным – поскольку оно *не зависит от особого произвола современности*; свободным – потому что оно *не было порождением какого-либо чуждого и особого произвола* (как приказ господина своему рабу), а скорее было порождено *высшей сущностью народа как Целого*, находящегося в постоянном становлении и развитии» [Савиньи 211]. Этот принцип заданности права, изложенный Савиньи в предисловии к «Журналу по исторической юриспруденции», вызвал бурю негодования у Ганса. Следуя гегелевской философии, Ганс полагает, что право порождается народом и эпохой свободно и произвольно, в зависимости от меры их понимания и силы. Разум, как и у Гегеля, – ключевая категория концепции права для Ганса: «Разум – это как раз и есть то, что в любую эпоху и в любом народе *делает понимание и силу народа инструментами своего действия*... Применительно к отдельному духу народа этот разум проявляется в постепенном развитии, и дело субъективного духа признать этот разум, уважать его и постигать» [Ганс 2015].

Изначально разное понимание права привело к несовпадению воззрений Ганса и Савиньи по вопросу о правообразовании.

Ганс придерживается гегелевской концепции правообразования. Правообразование и развитие права Гегель рассматривает в его целостной философской системе, направленной на постижение того, что «есть, ибо то, что есть, есть разум». Данная система основана на тождестве мышления и бытия, действительного и разумного: по Гегелю «понятия права и свободы как исходные моменты и содержание объективного духа подготовлены в недрах и ходе развития субъективного духа» [Нерсисянц 1990: 7, 13]. Свобода приобретает форму объективной реальности, форму наличного бытия, только когда дух становится объективным, когда он свободен не только в себе, но и для себя. Гегель так пишет о соотношении права и свободы: «*Право* состоит в том, что наличное бытие вообще есть *наличное бытие свободной воли*, ... *право есть вообще свобода как идея*» [Гегель 1990: 89]. Для него свободная воля – основной принцип права: «Почвой права является вообще *духовное*, и его ближайшим местом и исходной точкой – *воля*, которая сво-

бодна; так что свобода составляет ее субстанцию и определение и система права есть царство осуществленной свободы, мир духа, порожденный им самим как некая вторая природа» [Гегель 1990: 67].

По Гегелю, в праве представлено ступенчатое развитие свободы: «Каждая ступень развития идеи свободы обладает своим собственным правом, так как она есть наличное бытие свободы в одном из ее определений» [Гегель 1990: 90]. В гегелевской философии права развитие объективного духа дано через раскрытие диалектического движения понятия воли – от непосредственной воли (сфера абстрактного права) к воле, непосредственно рефлексированной в себя из внешнего наличного бытия, определенной в качестве субъективной единичности в противопоставлении всеобщему (сфера моральности), а затем к нравственности (семье, гражданскому обществу и государству) [Гегель 1990: 93-94]. Государство предстает в этом движении «как всеобщая и объективная свобода, остающаяся таковой и в свободной самостоятельности особенной воли».

Возвышается над государством лишь «всеобщий мировой дух, право которого есть наивысшее» [Гегель 1990: 94]. Говоря о соотношении права и закона Гегель указывает: «То, что есть право в себе, положено в его объективном наличном бытии, т.е. определено для сознания мыслью и известно как то, что есть и признано правом как закон; посредством этого определения право есть вообще *позитивное* право» [Гегель 1990: 247]. В законе право обретает всеобщность и подлинную определенность [Гегель 1990: 247]. У Гегеля позитивное право возникает из обычая, создается лицами, облеченными законодательной властью, и воплощается в законе. Гегель рьяно отстаивает необходимость кодификации, ибо в ней он видит возможность «познать наличное содержание законов в его определенной всеобщности, т.е. постичь его *мыслью* и указать его применение к особенному» [Гегель 1990: 248].

Теория правообразования исторической школы основана на духе народа, который является источником развития права и обеспечивает связь различных времен в единую историю народа. Для Савиньи первично позитивное право, которое живет не в текстах законов, а в духе народа (*Volksgeist*) [Савиньи 2011b: 132]. Право, язык, нравы, устройство народа не являются обособленными явлениями, а неразрывно связаны. «То, что их связывает в единое Целое, есть *общее убеждение народа*¹, одинаковое чувство внутренней необходимости, которое *исключает* любые мысли о случайном и произвольном возникновении» [Савиньи 2011b: 131-132]. То есть право складывается из духа народа и всегда отличается национальным характером.

Право развивается по закону внутренней необходимости, исключаящему произвол в какой бы то ни было форме. Для Савиньи «не существует совершенно отдельное и обособленное бытие человека, напротив, то, что может считаться отдельным, есть, если посмотреть с другой стороны, звено высшего Целого» [Савиньи 2011a: 210]. При этом в духе народа право

¹ В текстах того периода Савиньи заменяет «дух народа» на описательное «общее убеждение народа» [Асламов 2012: 15].

живет не в виде норм, а в виде органического Целого. Каким же образом это спрятанное в духе народа позитивное право проявляется в реальности? Отвечая на этот вопрос, Савиньи пишет: «...изначально оно порождается благодаря *обычаю и народной вере*, затем благодаря *юриспруденции*, стало быть, повсюду благодаря *внутренним, незаметно действующим силам, а не вследствие произвола законодателя*» [Савиньи 2011b: 134]. В связи с этим выделяются «народная» и «академическая» стадии правового развития [Кресин 2014: 202]. То есть у Савиньи позитивное право создает обычай, а не обычай создает позитивное право. Именно поэтому он отводил незначительную роль в развитии права законодательству и считал нецелесообразной кодификацию права в Германии.

Итак, в 1810-1820-е гг. Ганс как представитель философски ориентированной науки о праве [Монгаупт 2015] последовательно противопоставляет свое понимание права концепции Савиньи, мыслит процесс правообразования в гегелевских категориях свободы, воли, разума, всеобщего мирового духа и как следствие – обвиняет историческую школу в отсутствии должного внимания к законодательной деятельности и потере ее адептами сущности, а именно понятия права в связи с их пренебрежительным отношением к философии [Ганс 2015].

II. Неограниченность мирового духа и национализм. И Ганс, и Савиньи отводят нации существенную роль в своих концепциях и рассматривают ее в качестве субъекта правового развития, что впрочем характерно в целом для представителей как философской, так и исторической школ¹ [Kletzer 2007: 129; Кресин 2015: 142]. Вместе с тем эта роль различна.

Вслед за Гегелем, Ганс видит в мировом духе высшую судебную инстанцию, которая стоит над всеми государствами (нациями). Гегель не мыслит дух народа вне мирового духа и вне ее взаимодействия с духами народов: «...действительный и органический дух а) народа, проходя б) через отношение друг к другу особенных духов различных народов, γ) получает действительность и открывается во всемирной истории как всеобщий мировой дух...» [Гегель 1990: 94]. Ганс убежден, что «...любой дух народа от разума получает свое правомочие, которое является его принципом...» [Ганс 2015]. Право для Ганса развивается в условиях всемирной жизни, в нации же мировой дух получает индивидуализацию, нация, в свою очередь, становится «носителем» мирового духа. Национальный характер народа является лишь одним из факторов, определяющих позитивность права. Если духи народов сами по себе конечны, то мировой дух «неограничен»².

Правовой историзм Савиньи основан на органической связи существования нации и права: «...материал права дан всем прошлым нации, но не

¹ Более подробно о концептах национального права, нации и государства в немецких учениях конца XIX – начала XX в. и их влиянии на формирование социально-правовых феноменов социально отдельного, социально особенного и социально общего; см.: [Кресин 2014; Кресин 2015].

² Анализ текстов Гегеля по данному вопросу см.: [Монгаупт 2015].

произвольно.., а порожден самим существом нации и ее истории. Разумная деятельность каждой эпохи должна быть направлена на проверку этого материала, данного с внутренней необходимостью, на его обновление и сохранение его живым» [Савиньи 2011а: 212]. Право определенной нации у Савиньи по сути замкнуто само на себя, так как оно творится исключительно духом народа, который ограничен по своему характеру. В этой характеристике духа народа как ограниченного Х. Монгаупт справедливо видит антагонизм по отношению к Гегелю [Монгаупт 2015] и соответственно по отношению к Гансу. Дух народа формирует идентичность нации. Именно благодаря своему «национальному» характеру историческая школа долгое время была доминирующей в Германии, поскольку в ней видели возможность сохранения Германией своей идентичности после освобождения немецких государств от французской оккупации.

III. Универсальная история права и историзм в праве. Оба исследователя обращаются в своих работах к истории.

Концепцию универсальной истории Ганса необходимо рассматривать в совокупности следующих положений: 1) исторический метод для Ганса – один из элементов философского познания мира; 2) для постижения понятия права важны все народы без исключения; 3) история права обеспечивает связь права с историческим принципом народа; 4) прошлое позволяет установить закономерности всемирно-исторического развития в настоящем.

1. Концепция Ганса движется от всеобщей универсальной истории к универсальной истории права [Монгаупт 2015] и вытекает непосредственно из философского правопонимания: «История права, если она не хочет иметь своим содержанием голые абстракции, неизбежно несет в себе тотальность развития понятия права во времени, поэтому она столь же неизбежно является универсальной историей права» [Ганс 2015]. Универсализм в истории права возникает для Ганса в связи с приближением позитивных наук к философии, в связи с чем возникло понимание того, что «любая определенность не заключает в себе свою истину и что истина присуща не отдельной абстракции, а что обнаружить ее можно скорее в тотальности и только в ней одной. Отдельное же является лишь одним из ее моментов» [Ганса 2015].

Как и Гегель, Ганс считает историческую ступень развития народа одним из факторов в многообразии факторов, определяющих позитивность права. Оба ученых признают заслугу Монтескье в выделении исторического элемента в позитивном праве¹ [Гегель 1990: 62; Ганс 2015]. Ганс видит в Монтескье «основоположника универсального исследования в правовой науке», для которого «законодательство какого-либо народа представляло собой не существующий сам по себе Абсолют, а лишь взятый из жизни этого народа в целом момент» и который «не довольствовался мелочным ограничением одним народов и одной эпохой, но только в тотальности истории

¹ О влиянии взглядов Фейербаха и Тибо на формирование концепции универсальной истории права Ганса см.: [Монгаупт 2015].

находил возможность и необходимость каждого отдельного народа и каждой отдельной эпохи» [Ганс 2015]. Таким образом, исторический материал и исторической исследование приобретают значимость только как моменты раскрытия философского понятия.

2. Для Ганса нет народа и времени исключительной важности, «каждый народ принимается во внимание, только если он стоит на ступени развития, вытекающей из понятия права» [Ганс 2015]. Ганс сопоставляет понимание права с пониманием искусства – как для искусствоведения в одинаковой мере важны готический собор, храм Юпитера и индийская пагода как одинаково значимые моменты в необходимом развитии искусства, так и для права в равной степени важно изучение права всех народов. Хотя «юрист сегодняшнего дня, живущий в праве этого времени и погруженный в него, чувствовал бы себя более увлеченным подобным же, ближе стоящим к праву его времени юридическим образованием, а следовательно – римским или германским правом». Но не следует смешивать субъективные интересы и объективность науки: «...так как все степени (развития) для нее неизбежно являются степенями (развития) понятия, то в этой необходимости как раз и заключается значение всего» [Ганс 2015].

3. Исходя из принципа стадильности исторического развития Ганс считает, что «право передает скорее только один момент в тотальности какого-либо народа» [Ганс 2015], определенную фазу последовательного всемирно-исторического развития; вопросом о том, какое право будет действовать в следующий исторический период, должен задавать конкретный исторический момент [Ганс 2015]. Вот почему «история права должна оберегать и выявлять постоянную живую связь права с историческим принципом народа» [Ганс 2015].

4. Ганс не отрицает необходимость использования исторического метода при познании права, но отводит прошлому следующую роль: оно не подчиняет себе настоящее, но позволяет установить закономерности всемирно-исторического развития в настоящем. «Все прошлое для настоящего является попросту мертвым, но мертво не то, что в настоящем, как и в прошлом, образует субстанцию, а именно божественный разум» [Ганс 2015]. И далее – «в любое время живо совокупное прошлое, но это прошлое, преобразованное в другой момент; непосредственная, свежая жизнь того или иного времени не может осознать это прошлое: жизнь не может ощутить смерть, из которой она произошла» [Ганс 2015].

Сочинение Ганса «Наследственное право во всемирно-историческом развитии» в четырех томах представляет собой применение гегелевского философского подхода и концепции универсальной истории права на материале наследственного права. Ганс ставит перед собой глобальную исследовательскую задачу – посредством рассмотрения наследственного права разных народов и разных исторических периодов раскрыть всемирно-историческое развитие права [Ганс 2015]. В указанной работе всемирная история наследственного права представлена как прогресс в сознании свободы в четырех выделенных Гегелем всемирно-исторических мирах: восточном, греческом, римском и германском (по

сути все государства Европы). Гегелевский подход предопределил структуру работы Ганса.

Работа начинается с предисловия, в котором отражены ее теоретико-методологические основы. Далее следует введение, в котором раскрыты понятия римской истории и римского права. Затем рассмотрено предримское право (в данный раздел включены шесть глав: «Индийское наследственное право», «Китайское наследственное право», «Иудейско-талмудическое наследственное право», «Мусульманское наследственное право», «Понятие восточного наследственного права», «Аттическое наследственное право»). Том второй открывается частью «Греция и Рим», затем рассмотрено непосредственно римское наследственное право, и автор переходит к послеримскому праву (том третий и четвертый). Том третий начинается частью «О праве средневековья». Далее рассмотрено послеримское право: глава первая «Каноническое право» (том третий), глава вторая «Романское право» (том третий), включая право Италии, Испании и Португалии, глава третья «Романо-германское право» (том четвертый), включая право Франции, глава четвертая «Германо-романское право» (том четвертый), включая право Англии, глава пятая «Скандинавское право» (том четвертый), включая право Исландии, Норвегии, Дании и Швеции, и дополнение к четвертой главе «Шотландия» (том четвертый). Уже исходя из содержания данного труда видна его масштабность. Ганс задумал изучить истории практически всех народов, чтобы потом свести их воедино и выявить закономерности общего исторического развития, при этом отраслевая принадлежность исследуемых Гансом вопросов уходит на второй план.

Правовой историзм составляет основу правопонимания исторической школы и теории правообразования Савиньи и исходит из следующих положений: материал права задан всем прошлым каждой нации, порождается самим «существом нации и ее истории»; каждая эпоха порождает право в неразрывном единстве со своим прошлым; единственно верным методом познания права является «историко-систематический».

В работе «О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции» Савиньи поясняет роль истории в процессе непроизвольного органического развития права: «...не существует совершенно отдельное и обособленное бытие человека, напротив, то что может считаться отдельным, есть... звено высшего Целого. Так, каждого отдельного человека одновременно необходимо представлять как члена семьи, народа, государства, каждую эпоху народа – как продолжение и развитие всех минувших эпох...» [Савиньи 2011а: 210-211]. Каждая эпоха порождает свой мир «в неразрывной связи со всем прошлым» и не зависит от произвола современности [Савиньи 2011а: 211]. Современность представляет собой звено Целого: «...история больше не является простым собранием примеров, а есть единственный путь истинного познания нашего собственного состояния».

Подобная обусловленность настоящего исключительно прошлым нации делает излишним изучение права других народов и исключает влияние других народов на право конкретного народа. Применительно к праву

немецких государств историческая концепция Савиньи вылилась в исключительный культ римского права, необходимость изучения в Германии римско-германского и канонического права, отрицания влияния права других народов, в том числе иудейского права несмотря на большое число лиц еврейского происхождения среди населения Германии. Знаменитый метод исследования Савиньи заключается в следующем: «Юристу необходимо двойное понимание: историческое, чтобы четко понимать своеобразие каждой эпохи и каждой правовой формы, и систематическое, чтобы видеть каждое понятие и каждое положение в живой связи и взаимодействии с целым, т.е. в отношении, которое является единственно верным и естественным» [Савиньи 2011b: 151].

В представлении Ганса историческая школа заменила осознание и силу народа в настоящем на хронику прошлого. Поэтому он обвиняет данную школу в мелочном исследовании отдельных фактов прошлого взамен философских обобщений, пренебрежении философией в целом, «овладевании» лишь внешней стороной правового материала, чтении мертвых знаков прошлого и микрологии.

IV. Сравнение в праве и отбор правового материала. Оба ученых не отрицали необходимость сравнения в праве как таковое, но при встраивании в их концепции сравнение как метод познания права получает разные целевые установки и разное сущностное наполнение.

Ганс считает, что усиление в Германии начала XIX в. тенденции к сравнению во всех позитивных науках обусловлено их сближением с философией [Ганс 2015]. Как поясняет Х. Монгаупт, «овладевание реальным миром через ... идею открывает возможность ... измерить разнообразие мира с учетом всех его особенностей...» [Монгаупт 2015]. Для Ганса цель сравнения «в смысле гегелевского притязания на тотальность в рамках «осмысленного рассмотрения» истории, заключается в охвате высшей истины из множества ее отдельных частей» [Монгаупт 2015].

Таким образом, сравнение особенностей юридического права разных народов для него позволяет выявить общие закономерности развития правовых устройств: «...в этом сравнении и в потребности в нем заключено и уже содержится признание того, что любая определенность не включает в себе свою истину, ... истина присуща не отдельной абстракции, а обнаружить ее можно скорее в тотальности и только в ней одной» [Ганс 2015:]. Более того, по Гансу, допустимы заимствования из иностранного права, даже не имеющего ничего общего с национальным правом, но достигшего определенной степени совершенства по определенному вопросу. Иностранное право для него не только объект исторического знания, но оно может выступать также источником улучшения национального права [Саидов 2003: 57].

Савиньи признавал важность сравнительного познания права, но в его логике оно необходимо «для идентификации национальной традиции», но не для заимствования иностранного права, а во избежание «соблазна растворения национального правового развития во всеобщем» [Кресин 2015: 127]. Смешение логики исключительности и компаративизма у Савиньи

породило так называемый «арийский» поход к сравнению, основанный на связи институтов германского права с римским правом и их индоевропейским происхождением [Monateri 2000: 14]. Поэтому для исторической школы сравнение – есть способ показать отличие и противопоставить право одной нации праву другой.

«Вопрос философски обоснованной сравнительной истории права» – одно из основных оснований конфликта между Гансом и Савиньи [Монгаупт 2015]. Пытаясь совместить универсальную историю права с философией, Ганс неизбежно столкнулся с проблемой отбора материала для исследования ввиду его огромного объема. Для Гегеля подобная проблема не возникла в принципе. Он отличает историческое исследование и сравнительно-историческое познание от философского способа рассмотрения [Нерсисянц 1990: 18]. Они, считает Гегель, находятся вне философского рассмотрения: «Рассмотрение являющегося во времени процесса возникновения и развития правовых определений – это чисто историческое исследование, так же как познание их осмысленной последовательности, обнаруживающейся посредством сравнения их с уже наличными правовыми отношениями, обладает в своей собственной сфере несомненными заслугами, но находится вне какой бы то ни было связи с философским рассмотрением, если только развитие из исторических оснований само не смешивает себя с развитием из понятия, а историческое объяснение и оправдание расширяется до в себе и для себя значимого оправдания» [Гегель 1990: 62–63]. Исторический материал приобретает для Гегеля значение лишь тогда, когда он раскрывается как момент развития философского понятия.

Савиньи проблему отбора материала для сравнения решал иным образом. Учитывая его теорию правообразования, следует учитывать только те источники, которые исходят из «глубинной сущности нации как таковой и ее истории». Для Савиньи прежде всего важно точное и строгое знание деталей (хотя это и высмеивает Ганс как «микробиологию»), поэтому ему недостает «хоть сколько-нибудь пригодного к использованию исторического материала» [цит. по: Ганс 2015:], чтобы вести речь о сравнительной истории права. Исходя из этих доводов он ограничивает поле исследования германским, римским и каноническим правом. Ганс же считает: «История права ... не признает ни за одним народом и ни за одним временем исключительной важности, но каждый народ принимается во внимание, только если он стоит на ступени развития, вытекающей из понятия права [Ганс 2015]. Необходимо констатировать, что в его четырехтомном исследовании по наследственному праву обозначенная проблема так и не была решена. Выводы относительно конкретных вопросов наследственного права отдельных наций носят весьма расплывчатый характер [конкретные примеры см. в: Монгаупт 2015].

Полемика Ганса и Савиньи имеет важное значение в вопросе о сравнении как методе познания в целом, дискуссии об автономном и организованном характере сравнительного правоведения, и о критериях сравнения. «Сравнительно-философско-историческая концепция» [Константинеско 1981: 57]. Она способствовала, во-первых, становлению

правовой компаративистики частью национально-позитивистской парадигмы; во-вторых, интегрированию сравнительного права в философско-историческую концепцию [Константинеско 1981: 112-113]; в-третьих, переносу с внутреннего на внешнее сравнение и выходу за пределы сравнительного познания германского права в контексте права народов германского происхождения и римского права; в-четвертых, формированию отношения к сравнению как к способу преобразования действительности, а не просто как к способу познания плюралистической картины правовой действительности. Вместе с тем историческая концепция Савиньи, во-первых, показала роль детализации знания для внутреннего сравнения; во-вторых, показала роль внешнего сравнения для обоснования исключительности национального права; в-третьих, способствовала становлению идеи систем римско-германского права и таким образом становлению современных представлений о правовых семьях [Кресин 2015: 143]; в-четвертых, помогала развитию тезиса о допустимости сравнения права только тех народов, которые близки этнически.

V. Философия права и правовая наука. Роль римского права в познании права. Разное правопонимание Ганса и Савиньи породило расхождения между ними и в понимании правовой науки, ее позиционировании в системе наук в целом, роли юридической профессии в развитии права.

Ганс исходя из ключевой установки Гегеля о том, что правовая наука является частью философии, различает *Rechtskunde*, или *Rechtsgelehrsamkeit*, от правовой науки (*Rechtswissenschaft*). «*Rechtskunde*, или *Rechtsgelehrsamkeit*, содержит в себе знания о праве, действующем в определенном государстве. Поэтому *Rechtskunde* имеет своим предметом содержание обозначенного права [Ганс 2015]. *Rechtskunde* ограничивается только действующим правом, оно является конечной дисциплиной и представляет собой «науку рассудка» (*Wissenschaft des Verstandes*) в гегелевской терминологии. *Rechtskunde* изучается и применяется только в государственных целях, сориентировано исключительно на юристов и имеет роль «исполнительского мастерства». Правовая наука, в свою очередь, предъявляет абсолютное требование в-себе-и-для-себя-бытия (*An-und-für-sich-sein*) и не зависит от государственных целей, не связана с юристами как специально подготовленными людьми, а только с идеями, является частью философии и не имеет самостоятельности и замкнутости на саму себя. По словам Ганса, «она является лишь тем моментом науки, в котором разумное бытие неизбежно развивается в реальный мир свободной морали» [Ганс 2015]. В отношении правовой науки нельзя вести речь о полезности или бесполезности, ибо «то, что как раз составляет понятие и честь науки – это отсутствие полезности» [Ганс 2015].

С учетом принципа заданности права, для Савиньи правовая наука – единственная дисциплина, предметом изучения которой является право и соответственно юридическим факультетам он отводит ведущую роль в изучении права. Ганс достаточно точно охарактеризовал понимание

правовой науки исторической школой как науки «исключительно и только для юристов». Он презрительно называет историческую школу «школой для хлебных наук» [Ганс 2015]. Для Савиньи право есть «особая наука в руках юристов» [Савиньи 2015b: 134]. Правовая наука должна быть связана с реальной жизнью, теория и практика неотделимы друг от друга: «Ибо право не существует само для себя, его сутью, напротив, является жизнь самих людей, рассматриваемая с особой стороны. Если же наука права оторвется от этого своего объекта, то научная деятельность сможет пойти дальше по своему одностороннему пути...; тогда наука сможет достичь высокой степени формального развития, и все же ей будет недоставать всякой непосредственной реальности. Но именно с этой стороны метод римских юристов представляется самым совершенным, ... для них теория и практика ... вовсе не являются чем-то разным, их теория проработана вплоть до самого непосредственного применения, а их практика всегда облагораживается научной трактовкой, ... их искусство одновременно развилось в научное познание и изложение...» [Савиньи 2011b: 140-142]. Именно римское право становится для Савиньи безальтернативным источником научного познания, в нем он видит «образец юридического метода» и подчеркивает его историческое значение [Савиньи 2011b: 146-147].

Ганс, в свою очередь, видит в римском праве лишь материал для раскрытия его идеи о всемирно-историческом развитии. Римское право для него не обладает исключительностью по сравнению с другим правом, оно – такой же момент в истории права, как и другое право. Тем не менее Рим он выбрал ключевой точкой «внутри истории» [Ганс 2015], что составило важнейший методологический посыл его четырехтомника по наследственному праву. Первый и второй тома имеют название «Римское наследственное право в его положении к пред- и послеримскому», третий и четвертый – «Наследственное право Средневековья».

Ганс или Савиньи: кто кого? В научном споре Ганса и Савиньи нет ни победителя, ни проигравшего. С 30-е гг. XIX в. демаркационные критерии между исторической и философскими школами становятся все более расплывчаты, наблюдается тенденция согласования взглядов последователей исторической школой с гегелевской философской концепцией [Асламов 2012: 146]. Более того, оба исследователя сами признали некоторое сближения между их позициями по отдельным пунктам [см. подробнее: Монгаупт 2015]. Историческое и историко-правовое наследие Ганса и Савиньи заняло свое место в истории политико-правовой мысли. Научные концепции Ганса и Савиньи лежат в одной плоскости, но их воззрения обладают различным теоретико-эвристическим потенциалом. В частности, для становления междисциплинарного подхода в области гуманитарных наук имеют в равной степени важное значение концепции правопонимания обоих исследователей и их представления о правовой науке, их общие воззрения сыграли определенную роль в развитии учения о нации, оба ученых представляют исторический процесс как континуум. Но если Ганс пытается отыскать в историческом процес-

се универсальные правила, по которым развивается всякое единичное в истории, то для Савиньи сущность нации обусловлена ее историей. История определяет идентичность нации. Существенный вклад и Ганс, и Савиньи внесли в развитие представлений о сравнительно-правовом методе исследования.

Сегодня мир так называемой «Савиньианы» – движения по изучению наследия Савиньи – уже открыт российскому читателю. Думается, что и концепция «философски обоснованной универсальной истории права» Ганса, отчасти изложенная в предисловии к его «Наследственному праву во всемирно-историческом развитии», будет небезынтересна широкому кругу российских исследователей в области гуманитарных наук.

Материал представлен в редколлегию 06.11.2015 г.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Асламов Н.Е. 2012. Философия истории немецкой исторической школы права : дис. ... канд. филос. наук : 09.00.03 / Асламов Николай Евгеньевич. М. 155 с.

Ганс, Эдуард, 1910 // Еврейская энциклопедия. Свод знаний о еврействе и его культуре в прошлом и настоящем : в 16 т. СПб. : Изд. о-ва для науч. еврейских изд. и издательства Брокгауз-Ефрон. Т. 6. С. 164-165.

Ганс Э. 2015. Предисловие к работе «Наследственное право во всемирно-историческом развитии. Сочинение по универсальной истории права» // Науч. ежегодник Ин-та философии и права Урал. отд-ния Рос. акад. наук. Т. 15, вып. 4. С. 154-173.

Гегель Г.В.Ф. 1990. Философия права / вступ. ст. и примеч. В.С. Нерсесянца ; пер. с нем. Б.Г. Столпнера и М.И. Левиной. М. : Мысль. 524 с.

Константинеско Л.-Ж. 1981. Развитие сравнительного правоведения // Очерки сравнительного права : сб. тр. М. : Прогресс. С. 104-152.

Кресин А.В. 2014. Немецкая философия национального права в конце XVIII – начале XIX в. и трансформация юридической науки // Науч. ежегодник Ин-та философии и права Урал. отд-ния Рос. акад. наук. Вып. 3. С. 197-209.

Монгаупт Х. 2015. Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса // Науч. ежегодник Ин-та философии и права Урал. отд-ния Рос. акад. наук. Т. 15, вып. 4. С. 107-136.

Нерсесянц В.С. 1990. «Философия права»: история и современность / Г.В.Ф. Гегель. Философия права. М. : Мысль. С. 3-43.

Савиньи К.Ф. фон. 2011а. О предназначении «Журнала по исторической юриспруденции» // Ф.К. фон Савиньи. Система современного римского права. М. : Статут. Т. 1. С. 209-218.

Савиньи К.Ф. фон. 2011б. О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции // Ф.К. фон Савиньи. Система современного римского права. М. : Статут. Т. 1. С. 128-207.

Саидов А.Х. 2003. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : учебник / под ред. В.А. Туманова. М. : Юрист. 448 с.

Кресін О.В. 2015. Дискусія історичної та історико-філософської шкіл і питання про соціальні та компаративні засади права і юридичної науки. Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень : збірник наукових праць / за ред. О.В. Кресіна, І. М. Ситара ; упор. О.В. Крейн. Київ ; Львів : Ліга-прес. С. 121-150.

Braun J. 1997. Die "Lex Gans" – ein Kapitel aus der Geschichte der Judenemanzipation in Preussen // J. Braun. Judentum, Jurisprudenz und Philosophie Bilder aus dem Leben des Juristen Eduard Gans (1797–1839). Baden-Baden : Nomos. S. 46-74.

Breckman W. 2001. Eduard Gans and Crisis of Hegelianism // Journal of the History of Ideas. Vol. 62, № 3 (July). P. 543-564.

Hoffheimer M.H. 1995. Eduard Gans and the Hegelian Philosophy of Law. Dordrecht ; Boston : Kluwer Academic Publishers. XIII, 134 p.

Kletzer C. 2007. Custom and Positivity: On the philosophic grounds of the Hegel-Savigny controversy // The Nature of Customary Law: Philosophical, Historical and Legal Perspectives / ed. by Amanda Perreau-Saussine and James Murphy. Cambridge : Cambridge Univ. Press. P. 125-148.

Monateri P.G. 2000. Black Gaius: A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition // Hastings law journal. Vol. 51, № 9. P. 479-555.

Rose S.-E. 2014. Jewish Philosophical Politics in Germany, 1789–1848. Waltham, Massachusetts : Brandeis Univ. Press. XIII, 381 p.

Waszek N. 1987. Eduard Gans on Poverty: Between Hegel and Saint-Simon, The Owl of Minerva // Journal of the Hegel Society of America. № 18. P. 167-178.

References

Aslamov N.E. *Filosofiya istorii nemetskoj istoricheskoy shkoly prava : dis. ... kand. filos. nauk* [Philosophy of History of the German Historical School of Law: dissertation], Moscow, 2012, 155 p. (in Russ).

Gans, Eduard [Gans, Eduard], *Evreyskaya entsiklopediya. Svod znaniy o evreystve i ego kul'ture v proshlom i nastoyashchem : v 16 t.*, St. Petersburg, Izd. o-va dlya nauch. evreyskikh izd. i izdatel'stva Brokgauz-Efron, 1910. vol. 6, pp. 164-165. (in Russ).

Gans E. *Predislovie k rabote «Nasledstvennoe pravo vo vseмирno-istoricheskom razvitii. Sochinenie po universal'noy istorii prava»* [Preface to «The Law Of Inheritance in a World-History Perspective. Treatise on Universal Legal History»], *Nauch. ezhegodnik In-ta filosofii i prava Ural. otd-niya Ros. akad. nauk*, 2015, vol. 15, iss. 4, pp. 154-173 (in Russ).

Hegel G.W.F. *Filosofiya prava* [Philosophy of Law], Moscow, Mysl', 1990, 524 p. (in Russ.).

Konstantinesko L.-Zh. *Razvitie sravnitel'nogo pravovedeniya* [Development of the Comparative Law], *Ocherki sravnitel'nogo prava : sb. tr.*, Moscow, Progress, 1981, pp. 104-152. (in Russ).

Kresin A.V. *Nemetskaya filosofiya natsional'nogo prava v kontse XVIII – nachale XIX v. i transformatsiya yuridicheskoy nauki* [German Philosophy of National Law in late XVIII – early XIX century and Transformation of Jurisprudence], *Nauch. ezhegodnik In-ta filosofii i prava Ural. otd-niya Ros. akad. nauk*, 2014, vol. 14, iss. 3, pp. 197-209. (in Russ).

Mohnhaupt H. *Universal'naya istoriya prava i sravnenie u Eduarda Gansa* [Universal Legal History and Comparison according to Eduard Gans], *Nauch. ezhegodnik In-ta filosofii i prava Ural. otd-niya Ros. akad. nauk*, 2015, vol. 15, iss. 4. S. 107-136 (in Russ).

Nersesyants V.S. «*Filosofiya prava*»: *istoriya i sovremennost'* [«Philosophy of Law»: History and Modernity], *G.V.F. Gegel'. Filosofiya prava*, Moscow, Mysl', 1990, pp. 3-43. (in Russ).

Savigny F.C. von. *O prednaznachenii «Zhurnala po istoricheskoy yurisprudentsii»* [On the Goal of the Legal History Journal], *F.K. fon Savin'i. Sistema sovremennogo rimskogo prava*, Moscow, Statut, 2011, pp. 208-218. (in Russ.).

Savigny F.C. fon. *O prizvanii nashego vremeni k zakonodatel'stvu i yurisprudentsii* [The Vocation of Our Time for Legislation and Legal Science], *F.K. fon Savin'i. Sistema sovremennogo rimskogo prava*, Moscow, Statut, 2011, vol. 1, pp. 128-207. (in Russ).

Saidov A.Kh. *Sravnitel'noe pravovedenie (osnovnye pravovye sistemy sovremennosti) : uchebnik* [Comparative Law (the Main Modern Legal Systems)], Moscow, Yurist, 2003, 448 p. (in Russ).

Kresin O.V. *Дискусія історичної та історико-філософської шкіл і питання про соціальні та компаративні засади права і юридичної науки* [Discussion Between Historical and Philosophical-Historical Schools of Law and the Issues on the Social and Comparative Grounds of Law and Legal Science], *Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень : збірник наукових праць*, Київ, Львів, Лига-прес, 2015, pp. 121-150. (in Ukrain.).

Braun J. *Die "Lex Gans" – ein Kapitel aus der Geschichte der Judenemanzipation in Preussen* [«Lex Gans» – a Chapter of the History of Jewish Emancipation in Prussia], *J. Braun. Judentum, Jurisprudenz und Philosophie Bilder aus dem Leben des Juristen Eduard Gans (1797–1839)*, Baden-Baden, Nomos, 1997, pp. 46-74. (in German).

Breckman W. Eduard Gans and Crisis of Hegelianism, *Journal of the History of Ideas*, 2001, vol. 62, no. 3 (July), pp. 543-564.

Hoffheimer M.H. *Eduard Gans and the Hegelian Philosophy of Law*, Dordrecht, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1995, XIII, 134 p.

Kletzer C. Custom and Positivity: On the Philosophic Grounds of the Hegel-Savigny Controversy, *A. Perreau-Saussine, J. Murphy (eds.) The Nature of Customary Law: Philosophical, Historical and Legal Perspectives*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2007, pp. 125-148.

Monateri P.G. Black Gaius: A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition, *Hastings law journal*, 2000, vol. 51, no. 9, pp. 479-555.

Rose S.-E. *Jewish Philosophical Politics in Germany, 1789–1848*, Waltham, Massachusetts, Brandeis Univ. Press, 2014, XIII, 381 p.

Waszek N. Eduard Gans on Poverty: Between Hegel and Saint-Simon, *The Owl of Minerva, Journal of the Hegel Society of America*, 1987, no. 18, pp. 167-178.

Valentina V. Emikh, Candidate of Law, Senior Researcher, Institute of Philosophy and Law, Ural Branch of the Russian Academy of Sciences, Ekaterinburg.
E-mail: emikh.valentina@gmail.com

GANS VS SAVIGNY: POLEMICS BETWEEN HISTORICAL AND PHILOSOPHICAL SCHOOL OF JURISPRUDENCE

Abstract: Based on E. Gans and F. Savigny's works of 1810s and 1820s, the article analyses main issues, which were discussed by Historical and Philosophical School of Jurisprudence, namely, understanding of law; the role of nation in forming the law; the role of history in forming the law; comparison in law; selection of legal material; the place of jurisprudence in the system of sciences; the role of Roman law in the understanding of law. Gans represents philosophically oriented jurisprudence, while Savigny's doctrine aims at the precise presentation of legal sources, thus obtaining anti-philosophical stance. Theory on nation represents the arterial line of collaboration between Gans and Savigny. Nevertheless, following Hegel's philosophy of law, Gans supposes that the World

Spirit is an absolute judicial instance dominating over nations, while nation is a carrier of the World Spirit. For Savigny, solely Spirit of the Peoples creates law, and legal material is produced by the essence of nation and its history. Gans' universal history of law opposes Savigny's historicism. According to Gans, comparison is needed for the search of truth; according to Savigny – for identification of the national tradition. The author examines Gans' classification of different branches of jurisprudence, as well as Savigny's viewpoint on the jurisprudence as a special science for lawyers. The article concludes that Gans' and Savigny's conceptions have much in common; yet, their heritage has different heuristic potential for history of political-judicial thought.

Keywords: Historical School of Jurisprudence, historicism, Savigny, Gans, universal history of law, comparativism.